

**I POTERI EMERGENZIALI DEL GOVERNO NELLA PANDEMIA: TRA FATTO E DIRITTO UN MOTO PERPETUO NEL SISTEMA DELLE FONTI\***

**EDOARDO CARLO RAFFIOTTA\*\***

**Sommario**

1. Emergenza e diritto: quando l'“essere” prevale sul “dover essere”. – 2. Nascita e (graduale) trasformazione del peculiare ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia. – 3. La prima fase dell'emergenza e il modello a “fattispecie aperta”. – 4. La seconda fase e la particolare attenzione ai rapporti tra Governo e Parlamento. – 5. I successivi decreti e la stabilizzazione ordinamentale dell'emergenza pandemica. – 6. I Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e la loro riconducibilità alle ordinanze emergenziali. – 7. I DPCM e la “fattispecie aperta” come disciplina dell'emergenza. – 8. Una tendenza non solo italiana: centralità del Governo e degli atti amministrativi emergenziali nel diritto comparato. – 9. La regola dell'emergenza e la frustrazione del giurista.

\* Relazione nella II<sup>a</sup> sessione, “Emergenza e Governo-Pubblica Amministrazione”, del Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, “Emergenza, Costituzionalismo e Diritti fondamentali”, 4 dicembre 2020.

*Contributo fuori numero non sottoposto a referaggio, destinato alla pubblicazione negli Atti del Seminario a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.*

\*\* Professore associato di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Contatto: edoardo.raffiotta@unibo.it

### 1. Emergenza e diritto: quando l'“essere” prevale sul “dover essere”

Spesso i giuristi sottovalutano il rilievo che il fatto, o meglio, i fatti hanno sul diritto. Prassi, consuetudini, fatti normativi, sono istituti che dimostrano il rilievo giuridico di ciò che accade. Talvolta i fatti vengono minimizzati, ignorati, inducendo perfino diffidenza in alcuni giuristi. Specialmente in chi intende il diritto come un ordine scritto, chiaro e regolare.

Eppure, le summenzionate formule descrivono istituti che si impongono nell'ordinamento giuridico, indirizzando, influenzando e adeguando il medesimo verso necessità concrete<sup>1</sup>. Di “forza normativa del fatto” parlava Georg Jellinek<sup>2</sup>. *Ex facto oritur ius*<sup>3</sup> scriveva Cesarini Forza<sup>4</sup>: entrambi indicavano quel fenomeno – naturale – che interessa quella parte dell'ordinamento giuridico che subisce i fatti<sup>5</sup>. I fatti si impongono sull'ordinamento formale immaginato, registrando comportamenti ripetuti nel tempo, che creano regole tendenzialmente finalizzate ad assecondare bisogni sociali<sup>6</sup>.

Lo si comprende forse meglio negli ordinamenti di *common law*, nei quali, come noto, queste formule descrivono istituti principali della loro tradizione giuridica. Ma che – a prima vista, forse – sono più difficili da integrare in ordinamenti riconducibili alla tradizione di *civil law*, dove si prova a disegnare regole volte a disciplinare (predeterminandoli) fatti e comportamenti<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Una diversa prospettiva, ispirata a premesse ascrivibili al normativismo, si ritrova in R. BIN, *Normatività del fattuale*, in corso di pubblicazione in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Piccole conferenze*, ed. Muchi.

<sup>2</sup> G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it. sulla 2. ed. tedesca a cura di M. Petrozziello, 1921, p. 518.

<sup>3</sup> Forse più correttamente *ius oritur*. Si veda A.X. FELLMETH, M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press, 2011, p. 93.

<sup>4</sup> W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, Modena, 1930, I, 87 ss. Ma si veda anche O. CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XI, 1931, 585 ss.

<sup>5</sup> Così G. MORBIDELLI, *Prefazione*, in E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019. Al contrario, M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 308 ss., ha considerato tale fenomeno negativamente: indice di una tendenza verso “l'autoritarismo”.

<sup>6</sup> Sul punto si veda G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, in particolare, p. 20. Sul tema, però, con particolare riferimento al rapporto tra prassi e fatti normativi, l'A. è poi tornato in *Prassi, fatto normativo e scienza giuridica*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 583 ss. Per una più ampia ricostruzione delle teorie e dei principali fatti normativi v. G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003, pp. 57 ss.; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, in particolare, pp. 345 e ss.

<sup>7</sup> E infatti non è un caso che anche il nostro abbia una forte torsione verso ordinamenti di *common law*. Sul punto si veda tra gli altri A. PIZZORUSSO, *Il sistema delle fonti come oggetto di ricerca nel campo delle scienze giuridiche*, in A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, pp. 1 ss.; T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, pp. 63 ss.

Per comprendere tale rapporto tra fatto e diritto, pare utile richiamare la relazione che passa tra “essere” e “dover essere”<sup>8</sup>. Il dover essere è l’ordinamento predefinito e formalizzato nelle fonti scritte. L’essere è il fatto. Essere e dover essere non sempre coincidono, anche se il dover essere descrive una realtà (o almeno ci prova). Inevitabilmente, però, l’essere influenza sempre il dover essere. Non se ne può prescindere, salvo – parlando di fonti formali e fatti – lasciare una disposizione astratta e inattuata<sup>9</sup>.

Tale premessa è utile per meglio comprendere il rapporto tra diritto ed emergenza. L’emergenza, invero, rappresenta la massima espressione di un fatto che si impone sull’ordinamento e piega le fonti scritte alla necessità di dare una risposta a cui l’ordinamento non sempre riesce a fornire riscontro attraverso i suoi strumenti ordinari, predeterminati.

Studiare “l’emergenza – e cioè il fatto che rompe la regolarità della vita sociale che il diritto cerca di descrivere con il linguaggio che gli è proprio – intesa come fonte dell’eccezione diventa, per forza di cose, un discorso sull’ordine giuridico, e sul potere che ne sta a fondamento: solo, visto a contrario. L’eccezione, insomma, prova l’esistenza del sistema attraverso la forza del fatto compiuto”<sup>10</sup>.

Tale rapporto tra fatto e diritto, tra necessità e regola, deve essere – come meglio si argomenterà – tenuto presente, in particolare, quando si analizza l’apparato normativo sorto gradualmente – e gradualmente mutato – in risposta all’emergenza pandemica manifestatasi nei primi mesi del 2020. Una disciplina non sempre razionale, ma che ricalca i modelli emergenziali del passato, nel solco della tradizione del nostro ordinamento. Allo stesso tempo, però, un sistema che presenta elementi di novità che sembrano creare un apparato regolatorio parallelo di risposta all’emergenza, rispetto alle altre normative emergenziali non abrogate ma, allo stato, oggetto di deroga, come – tra gli altri – il TU della protezione civile del 2018.

Un sistema oggi molto criticato, ma che molto probabilmente influenzerà il nostro ordinamento anche in futuro.

<sup>8</sup> È questa la suggestiva immagine evocata da A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, cit., p. 9, parlando di comportamenti ripetuti in via di fatto, dando vita a prassi giuridicamente rilevanti.

<sup>9</sup> Del resto, come spesso accade nel nostro ordinamento. Ad esempio, osservando le non poche disposizioni inattuate della Costituzione o quelle che hanno appunto subito attuazioni adeguatissime in via di prassi, per cui si rinvia a A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, in particolare, pp. 87 ss. Sul punto, con particolare riferimento alla Forma di Governo si veda il recente e intelligente studio monografico di Y. CITINO, *Dietro al Testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021.

<sup>10</sup> A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, recensione a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., in *Lo Stato*, 2, 2019, pp. 477 ss. Sul rapporto tra fatto ed emergenza si veda anche A. MANGIA, *Moti della costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020.

Del resto, non bisogna dimenticare come il nostro ordinamento emergenziale sia nato in risposta a uno dei più gravi episodi dei primi del '900: a seguito del tragico terremoto di Messina e Reggio Calabria<sup>11</sup>. Anche allora la dottrina si interrogava ed era divisa tra chi contestava gli interventi del Governo privi di legittimazione formale legislativa e chi – come, tra gli altri, Santi Romano<sup>12</sup> – li giustificava<sup>13</sup>. Discipline che anche allora insistevano talvolta su diritti costituzionali, in forza dell'emergenza – appunto – qualificata come fonte del diritto<sup>14</sup>.

Sulla fonte dell'emergenza nel mutato contesto costituzionale si tornerà nel prosieguo. Ora ci pare utile, però, mettere subito l'accento sulla constatazione che l'eccezionale sistema emergenziale – nato in risposta all'emergenza pandemica – va contestualizzato nel particolare momento storico senza precedenti. Un evento difficilmente immaginabile, e impreveduto dall'ordinamento. Uno di quegli eventi che avranno inevitabilmente conseguenze sul futuro (anche dell'ordinamento medesimo), e che potrà abrogare il vigente sistema emergenziale o intervenire anche prevedendo una disciplina costituzionale dell'emergenza, di cui in passato non si sentiva l'esigenza. Difficile capire cosa accadrà, ma di certo il diritto dell'emergenza non sarà più quello che abbiamo conosciuto<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Il terremoto di Messina e Reggio Calabria – con i provvedimenti adottati a seguito di tale eccezionale situazione di emergenza – rappresenta il momento in cui si pone davvero in epoca statutaria il problema dell'emergenza e dei poteri per fronteggiarla. L'eccezionalità dell'evento tellurico spinse il Governo di allora ad adottare provvedimenti di emergenza (ordinanze e decreti), per lo più in deroga alla legge, privi di qualsiasi forma preventiva di autorizzazione legislativa, salvo la successiva sanatoria giunta solo dopo circa quattordici giorni con la l. 12 gennaio 1909, n. 12. In un contesto con poche previsioni di legge, nel quale i poteri emergenziali erano per lo più legati a prassi e consuetudini, si sviluppa un dibattito, anche dottrinale, ancora attuale. In tal senso F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*, 2001, pp. 118 ss.

<sup>12</sup> Dell'influenza che il fatto ha sull'ordinamento giuridico, M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico dottrine dello stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Tomo I, Milano, 2001, pp. 60 ss., ha ben messo in evidenza la stretta connessione che passava tra Jellinek e Romano, giuristi in forte sintonia, e con un merito su tutti: aver “riscoperto la 'società' contro il dominante positivismo giuridico di stampo statualistico”.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione delle varie teorie dell'epoca sia consentito rinviare a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., pp. 29 ss.

<sup>14</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, n. 1, 1909, pp. 251 ss. Si vedano anche i commenti di V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova, 1909, e S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, n. 1, 1909, pp. 137 ss.

<sup>15</sup> Lo dice bene A. D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, pp. 1 ss., altresì richiamando “la lezione di Capograssi” e in parte riprendendo il celebre scritto di G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, pp. 177 ss., che certo si riferiva a

## 2. Nascita e (graduale) trasformazione del peculiare ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia

Ciò che colpisce osservando l'ordinamento speciale sorto per contrastare la pandemia da Covid-19 è l'incredibile numero nonché l'eterogeneità dei provvedimenti adottati, non solo dal Governo e dalle amministrazioni statali, ma altresì da parte di Regioni e Comuni (*ex art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs. n. 276/2000*)<sup>16</sup>, anche esse susseguendosi con cadenza spesso giornaliera e incidendo su diritti e libertà, creando – quanto meno per la loro pluralità – incertezza e probabilmente anche qualche problema di disparità<sup>17</sup>.

Tuttavia, in continuità con il passato, ancora una volta, la regola dell'emergenza è stata rimessa ad atti amministrativi (o come diremo meglio, a ordinanze emergenziali), che operano come atti normativi<sup>18</sup>, derogando a fonti primarie, e in alcuni casi riconfermano altresì diritti costituzionalmente previsti. Ancora una volta, trovando conferma le normative e le prassi applicate sino ad oggi nelle più o meno gravi emergenze del passato, ma che certo (è evidente) in questa occasione si distinguono per numero e latitudine di intervento<sup>19</sup>.

Invero, in questa sede, ci si limiterà ad analizzare i soli principali interventi del Governo e in particolare i discussi Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, anche perché molti degli argomenti che vanno a sostegno della loro legittimità formale possono essere riprodotti in taluni casi anche per i provvedimenti *extra ordinem* adottati da Regioni e Comuni<sup>20</sup>.

Tale sistema emergenziale delle fonti appositamente creato in risposta alla pandemia da covid-19 è stato sin dall'inizio oggetto di numerose contestazioni

un contesto completamente differente, ma che in comune a quello odierno presenta la voglia di rinascita e reazione di una società che ancora una volta cerca nel diritto lo strumento per fornire risposte.

<sup>16</sup> Si v. il completo *Dossier* di C. DRIGO, A. MORELLI, *Dossier "l'emergenza sanitaria da covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina"*, su [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

<sup>17</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18 marzo 2020

<sup>18</sup> A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, in *Lo Stato*, 2, 2019, pp. 477 ss.

<sup>19</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, su *BLJ*, 2/20.

<sup>20</sup> Nel trattare tali argomenti, però, resta ancora oggi valida l'avvertenza con la quale S. ROMANO – *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pp. 251 ss. – si apprestava ad analizzare le discusse misure governative dell'epoca: "ognuno sa che in siffatta materia tanto delicata che tocca i supremi principii e le basi stesse del nostro ordinamento costituzionale tutto è incerto".

in dottrina<sup>21</sup>. Ovviamente però non sono mancate posizioni – anche se non esenti da critiche – che lo hanno considerato come un assetto, certo peculiare, ma in linea con la normativa emergenziale del nostro ordinamento<sup>22</sup>. Un complesso di fonti emergenziali, invero, che ha costruito un sistema parallelo rispetto a quello vigente. Sistema vigente al quale – si dirà meglio tra poco – il Governo avrebbe potuto comunque ricorrere anche in tale occasione, invece di derogarvi.

Un sistema parallelo che può essere classificato per più fasi, muovendo inizialmente dal ricorso al vigente codice della protezione civile, che gradualmente viene adeguato alle circostanze di fatto attraverso decreti-legge.

Il contenuto di questi decreti è assai eterogeneo. Molti di questi sono finalizzati ad introdurre misure economiche e finanziarie. In questa sede ovviamente ci soffermeremo solo su quei decreti-legge di tipo ordinamentale, che hanno inciso in particolare sul sistema delle fonti e sui rapporti tra Poteri costituzionali<sup>23</sup>. Decreti volti anzitutto a contrastare la diffusione del virus e ridurre il contagio, incidendo in molti casi su discipline costituzionali. Misure eccezionali adottate in deroga al regime emergenziale ordinario, al fine, soprattutto, di coinvolgere il Parlamento nelle scelte adottate attraverso – in un primo momento – dei decreti-legge convertiti, che hanno autorizzato gli atti normativi secondari, poi – successivamente – anche tramite il coinvolgimento delle Camere nelle singole misure adottate con DPCM. Ma andiamo con ordine.

### 3. La prima fase dell'emergenza e il modello a “fattispecie aperta”

I primi interventi del Governo per il contrasto dell'epidemia virale, come noto, hanno inizio con la dichiarazione dello stato di emergenza *in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* a seguito di delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020. A quel tempo l'epidemia interessava il solo territorio straniero, apparendo come “un problema lontano”. A partire da tale dichiarazione, però, nei mesi a seguire, sono state emanate numerose ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile, nonché ordinanze del Presidente del

<sup>21</sup> Alla luce della vastissima letteratura a commento di tale normativa, tra le numerose posizioni critiche, sia consentito il rinvio al recente saggio monografico di I. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, pp. 56 ss.

<sup>22</sup> Anche in questo caso, tra i numerosissimi scritti, ci si limita a rinviare a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

<sup>23</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in corso di pubblicazione su *Rivista AIC*, riprendendo il celebre scritto di C. MEZZANOTTE, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni* 1991, pp. 50 ss., opportunamente enfatizza la necessaria relazione tra l'“ordine delle fonti” e l'“ordine delle legittimazioni politiche”, premessa indispensabile prima di qualsiasi ragionamento su un sistema delle fonti.

Consiglio dei Ministri<sup>24</sup>. Tutti provvedimenti di cui non si può dubitare della legittimità formale, essendo stati adottati in ossequio, in particolare, agli articoli 5, 25, 26 e 27 del TU della protezione civile d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (che raccoglie una normativa collaudata, a partire dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225, negli anni più volte riformata).

Si diceva, il Governo avrebbe potuto continuare a condurre l'emergenza attraverso questo tipo di atti in forza appunto della normativa emergenziale vigente – tra l'altro di recente aggiornata – di cui al TU di protezione civile<sup>25</sup>. Invece, all'aggravarsi dell'emergenza il Governo ha preferito approvare una serie di decreti-legge, poi in parte adeguati e abrogati lungo il corso dell'evoluzione della pandemia. In tal senso, è bene enfatizzare come in questi decreti si possa individuare un'evoluzione classificabile in diverse fasi, gradualmente sempre più attente non solo al rispetto del principio di legalità, inteso in senso stretto, ma altresì – e soprattutto – nell'informare il Parlamento delle singole decisioni del Governo.

Al fine di mettere in evidenza tale evoluzione, pare utile partire da una attenta analisi del primo decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che interviene in deroga alla disciplina generale del TU di protezione civile, avviando questo peculiare e parallelo sistema delle fonti emergenziali.

Questa prima fase sembra essere caratterizzata da interventi normativi a “fattispecie aperta” che potremmo qualificare “temperata”. Ma vediamo più nel dettaglio. Il decreto-legge n. 6, introducendo una prassi senza precedenti, all'art. 3 autorizzava il Presidente del Consiglio dei ministri ad adottare uno, o più decreti, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri competenti<sup>26</sup> nonché sentiti i Presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero il territorio nazionale.

Tali atti dovevano essere adottati per uno scopo preciso, circoscritto dall'art. 1: “evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus”. Altresì la medesima disposizione specificava che “le autorità competenti

<sup>24</sup> Consultabili su <http://www.governo.it/coronavirus-normativa>

<sup>25</sup> E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, pp. 727 ss., rileva giustamente come il TU di protezione civile “avrebbe dovuto costituire il punto di riferimento giuridico per tutta la fase successiva e che, invece, ha seguito una procedura diversa da quella contenuta nel codice”.

<sup>26</sup> La formula precisa all'art. 3 è “sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia”

sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica." Nello specifico poi le misure che potevano essere adottate con DPCM erano elencate nell'art. 1. Qui la dottrina, pressoché all'unanimità, ha criticato l'eccessiva genericità delle condotte limitabili previste dalla summenzionata disposizione<sup>27</sup>. Condotte come noto, in particolare, che hanno inciso su diritti di libertà. Tra le altre si ricordi ad esempio la possibilità di sospendere manifestazioni o iniziative, limitando la libertà di riunione, o ancora servizi di educazione dell'infanzia o delle scuole di ogni ordine e grado. Deroghe a procedure concorsuali e così via, molte altre attività che tutti abbiamo avuto modo di apprendere in via di diretta esperienza. Elencazione invero solo – potremmo dire – esemplificativa. Infatti, il successivo art. 2, di fatto, estendeva questo elenco, consentendo alle autorità competenti di “adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1”. Ovviamente è chiaro come questo articolo, consentendo di regolare attraverso DPCM “ulteriori misure di gestione dell'emergenza”, invero, indefinite, ha introdotto una sorta di fattispecie aperta, con cui la fonte primaria autorizza in generale l'atto amministrativo a regolare il contesto emergenziale.

Al di là di qualsiasi considerazione, va tenuto presente un fatto oggettivo di piena legittimazione del contestato decreto: le Camere hanno convertito in legge il decreto n. 6 in soli dodici giorni, apportando modifiche marginali che non hanno alterato le contestate criticità. Anzi come è stato notato, il decreto-legge è stato approvato dal Parlamento quasi all'unanimità: 2 voti contrari alla Camera dei deputati e 5 astenuti al Senato<sup>28</sup>.

Tuttavia, al di là del summenzionato dato che dà conto dei rapporti tra Parlamento e Governo, dal punto di vista formale sulla legittimità dei contenuti del decreto – nonostante la già criticata genericità di questa disciplina – invero, per meglio poterla giudicare e valutarne la sua compatibilità con l'ordinamento giuridico, è forse utile compararla con la tradizionale disciplina in materia emergenziale, anche alla luce dei principi enucleati dalla Corte costituzionale, nonché altresì dalla giurisprudenza amministrativa.

In dottrina vi è chi ha valutato questo peculiare sistema delle fonti alla luce del più generale TU di protezione civile. Tale tipo di valutazione, però, sembra rischiare, forse, di svalutare un'emergenza che, per la portata senza precedenti, necessitava di un apposito e differente sistema: sistema che, come diciamo, si

<sup>27</sup> Per tutti A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1, 2020.

<sup>28</sup> V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021.

pone in una posizione parallela rispetto al TU di protezione civile. Ma altresì si pone in parallelo ugualmente alle altre normative emergenziali già citate, anche in questo contesto applicate dai vari livelli di governo territoriale. Né pare sufficiente enfatizzare che tale sistema speciale delle fonti abbia avuto come atto iniziale la dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi del TU di protezione civile<sup>29</sup>. Il d.l. n. 6 e i successivi decreti di natura ordinamentale hanno integrato, modificato e operato in modo complementare al TU di protezione civile, creando un rapporto di specialità. Tale apparato normativo, infatti, crea un sistema apposito e parallelo dedicato esclusivamente alla pandemia, autonomo rispetto a tutte le altre discipline emergenziali che vengono inevitabilmente toccate e che in parte completano l'apparato speciale – come visto – anche attraverso i poteri emergenziali previsti – oltre che dal TU di protezione civile, anche – dal TU enti locali o dalla legge 833 del 1978. Un sistema del tutto peculiare, dunque, che non risponde a nessuna di queste discipline, ma che si innesta nel solco delle altre normative emergenziali della tradizione giuridica italiana, rispetto alle quali nel complesso deve essere intesa la sua legittimità. Ovviamente in un contesto emergenziale assai differente rispetto a quello pandemico iniziato nel 2020<sup>30</sup>. Ma comunque utili al fine di operare una valutazione consapevole. Su questo però si preciserà tra poco.

#### **4. La seconda fase e la particolare attenzione ai rapporti tra Governo e Parlamento**

L'evoluzione della disciplina è senz'altro dimostrata dall'analisi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Anzitutto il decreto corregge la criticata generalità della fattispecie aperta. Invero leggendo l'art. 1 c. 2 del d.l. n. 19, i limiti alle libertà costituzionali che i DPCM possono poi specificare sono comunque abbastanza ampi e generici<sup>31</sup>. Sicuramente meno rispetto alle indeterminate formulazioni del criticato d.l. n. 6, ma certo non sembrano comunque soddisfare chi intende in senso strettissimo il principio di legalità<sup>32</sup>, o addirittura chi ritiene che riserve come quella all'art. 16 Cost. siano assolute e non possano ammettere limitazioni se non per mezzo di una legge formale<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit.

<sup>30</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it* 1/2020. Analoghe critiche in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020

<sup>32</sup> Vedi A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

<sup>33</sup> A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020. Ma vedi anche M. Ainis, *Il bisticcio del potere*, su *la Repubblica*, 3 marzo 2020; *Meglio distante che latitante*, *la Repubblica*, 19 marzo 2020.

Nel dettaglio alcune di tali formule risultano maggiormente circoscritte: come in materia di limiti ai servizi educativi e all'istruzione (art. 1 c. 2 l. p) o ancora delle procedure concorsuali (art. 1 c. 2 l. t). Altre invece restano più generiche, come quelle inerenti a vaste categorie dell'attività commerciale o di impresa (si veda ad esempio art. 1 c. 2 l. aa o hh). Invero non mancando anche qui formule che possono essere ritenute talmente indeterminate da risultare aperte. Sembra questo il caso, ad esempio, della formula all'art. 1 c. 3, che autorizza l'imposizione allo "svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo". Come si dirà più avanti, però, il tema della specificazione della disciplina da parte del sistema decreto-legge e DPCM risulta un falso problema, che va risolto attraverso il rapporto tra autorizzazione primaria, intervento amministrativo e fatto emergenziale, che rappresenta il vero limite dell'intervento eccezionale di urgenza. Rapporto espressamente dichiarato al primo periodo dell'art. 1 c. 2 per cui al fine di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 possono essere adottate misure emergenziali straordinarie **"secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente** su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso". Formula che introduce l'elenco di limiti a diritti di libertà previsto dal d.l., ma che resta per forza di cose mai abbastanza specificato e dettagliato. Formula, altresì, che appare come il vero parametro di legittimità di un eventuale ricorso giurisdizionale contro i singoli DPCM di attuazione<sup>34</sup>.

Tuttavia, la più rilevante tra le novità introdotte dal d.l. n. 19, a parere di chi scrive, ha riguardato altri aspetti ordinamentali, conferendo alla normativa una maggiore conformità con lo statuto definito negli anni, dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza amministrativa, in materia di atti amministrativi emergenziali. In tal senso, anzitutto, il d.l. n. 19 introduce un termine massimo di efficacia degli atti emergenziali di trenta giorni. Al contrario il d.l. n. 6 non prevedeva alcun termine, lasciando intendere che la sua durata fosse pari alla dichiarazione dello stato di emergenza. Abbiamo visto però come nella prassi l'esigenza reale di adeguamento dei DPCM ha portato in alcuni casi a repentine modifiche in pochi giorni. Adeguamento che ha interessato del resto anche la disciplina generale dei decreti-legge. Per completezza, successivamente, il d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, ha esteso da trenta a cinquanta giorni la durata massima delle misure emergenziali<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Sul ruolo centrale svolto dal giudizio di proporzionalità nel caso delle ordinanze in deroga si veda A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 172 ss.

<sup>35</sup> Vedi V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.

A bene vedere, però, sono altre e ben più importanti le novità introdotte dal d.l. n. 19, che hanno tra l'altro caratterizzato la specialità di tale sistema emergenziale, sia con riferimento ai rapporti tra Governo e Parlamento, sia con le autonomie territoriali. Entrambi interventi opportuni ed inediti nel panorama delle fonti emergenziali, ma derivanti dalla già più volte citata unicità dell'evento pandemico.

Al fine di superare le critiche all'eccessivo protagonismo del Governo a scapito del ruolo del Parlamento<sup>36</sup>, già il d.l. n. 19 nella sua originaria formulazione aveva previsto all'art. 2 c. 5 che i DPCM adottati in attuazione del decreto-legge fossero anzitutto pubblicati nella Gazzetta Ufficiale (anche qui colmando una grave lacuna presente nel d.l. n. 6) e fossero comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Altresì prevedendo che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferissero ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate. Tuttavia, tale formulazione, come noto, è stata ulteriormente integrata in sede di conversione, con un emendamento di origine parlamentare, che ha rafforzato ulteriormente il ruolo del Parlamento, prevedendo al secondo periodo dell'art. 2 c. 1 che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustri preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti emergenziali da adottare, salvo nei casi di estrema urgenza, qualora non sia possibile: in tal caso l'informativa è successiva secondo la disciplina al c. 5 già ricordata.

Tale integrazione, davvero senza precedenti nella tradizione delle normative emergenziali, ha rappresentato un momento di certo importante nel superare il criticato protagonismo del Governo a scapito del Parlamento. Invero, anche su questo si ritiene di dovere assumere una posizione di parziale dissonanza rispetto alla comune opinione. Non che tale previsione non sia opportuna, ma appare ridondante alla luce dei noti poteri di controllo ed eventualmente di revoca della fiducia già nella disponibilità del Parlamento e in particolare delle forze di opposizione. Sta di fatto – come dimostrato in un recente studio<sup>37</sup> – che tale modifica è stata seguita da una virtuosa prassi applicativa che ha fortemente rafforzato l'attività più informativa che di indirizzo del Parlamento.

Assai utile e opportuno, invece, è apparso l'intervento modificativo del d.l. n. 19 volto a coordinare i rapporti con le autonomie territoriali, che soprattutto nella prima parte dell'emergenza aveva creato non poche incertezze applicative e confusione tra i cittadini.

Il d.l. n. 19 interviene facendo una scelta di maggiore coerenza e più stringente coordinamento sia con le Regioni, che con gli enti locali. In

<sup>36</sup> Che però in quei mesi si riuniva a ranghi ridotti per evitare il contagio tra i Parlamentari.

<sup>37</sup> V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.

particolare, in ambito regionale, sotto la vigenza del d.l. n. 6 le regioni avevano esercitato in modo spesso sordoordinate misure contraddittorie rispetto alle restrizioni definite a livello statale, anche disponendo misure di minori restrizioni. Un contrasto che talvolta ha creato una condizione di incertezza, se non di cortocircuito, rispetto al fine di limitare la diffusione del virus. Incertezza a cui si aggiungevano altresì le ordinanze in deroga alla legge dei Sindaci a livello comunale.

Al fine di ridurre tale incertezza il d.l. n. 19 circooscrive gli interventi delle regioni alle sole “misure ulteriormente restrittive”, tra quelle previste dallo stesso decreto-legge e ovviamente rientranti tra le sole competenze regionali, altresì, con l’ulteriore precisazione di evitare limitazioni alle attività

produttive o di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale, come noto, già fortemente provate. Il medesimo decreto ha altresì vietato qualsiasi tipo di ordinanza comunale in deroga, indipendentemente dal contenuto<sup>38</sup>.

Tale intervento va segnalato, tra l’altro, perchè conferma la specialità dell’ordinamento emergenziale appositamente sorto per il contrasto dell’emergenza pandemica. Va tenuto quindi distinto dall’ordinario sistema emergenziale previsto dalle altre normative generali, che infatti subiscono limitazioni solo ed esclusivamente agli ambiti interessati dall’emergenza covid-19. Pensiamo ad esempio alle altre emergenze che sono sorte a seguito di altri fenomeni: un’emergenza climatica o ambientale, tra i numerosissimi casi che si possono richiamare. Qui è evidente che non valgono i summenzionati limiti a Regioni e Comuni, così come opera diversamente la disciplina generale prevista del TU di protezione civile per altre tipologie di emergenza. Tale constatazione, a prima vista banale, conferma la stretta connessione tra la normativa dell’emergenza e il fatto che scatena l’emergenziale<sup>39</sup>. Una stretta attinenza che giustifica e allo stesso tempo, come tra poco meglio specificheremo, limita l’emergenza.

## **5. I successivi decreti e la stabilizzazione ordinamentale dell’emergenza pandemica**

Gli interventi successivi al d.l. n. 19 si sono limitati invece a “stabilizzare l’emergenza”<sup>40</sup>. Nonostante il passare del tempo e il venir meno dell’urgenza,

<sup>38</sup> Tale misura riferita alle amministrazioni comunali è rimasta in vigore fino al luglio 2020 prima che il comma fosse abrogato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

<sup>39</sup> Si veda ad esempio, tra le altre, la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 luglio 2020 - *Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione alla situazione di criticità ambientale nel Golfo di Follonica*.

<sup>40</sup> Si vuole qui deliberatamente rievocare il titolo di una delle principali opere in materia di fonti dell’emergenza: A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

da un punto di vista ordinamentale si è sostanzialmente confermato l'impianto generale del sistema delle fonti per il contrasto della pandemia. L'incertezza nel governare un fenomeno dalla non chiara entità è infatti rimasta anche nelle successive fasi, nelle quali, pur mantenendo e rafforzando il coinvolgimento del Parlamento secondo quanto già previsto dal d.l. n. 19, si è comunque ritenuto di dover mantenere la materiale gestione dell'emergenza attraverso DPCM in luogo di decreti-legge. Per meglio comprendere lo stato di particolare emergenza, e di incertezza causata dalle misure la cui repentina variazione è risultata indispensabile per il contrasto della pandemia, valgono vari episodi. Pensiamo alle riparature del periodo estivo e di quella parte della letteratura medica che riteneva "clinicamente esaurita la carica virale"<sup>41</sup>, seguito dall'inizio della seconda ondata in cui si è avuta la difficoltà di bilanciare le restrizioni alla circolazione con le riaperture delle attività economiche in vista del periodo natalizio. O, più di recente, si pensi all'incertezza derivante dalla diffusione delle cosiddette varianti del virus.

Fatta tale premessa, alla luce di tale contesto, il sistema delle fonti di risposta all'emergenza pandemica non muta in concreto. I principali interventi da segnalare derivano anzitutto dal d.l. 30 luglio 2020, n. 83, che oltre ad abrogare le limitazioni ai poteri di ordinanza dei sindaci, soprattutto, estende la dichiarazione dello stato di emergenza di altri sei mesi sino al 31 dicembre 2020, poi ulteriormente esteso dal d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, al 30 aprile 2021. Entrambi gli interventi sono intervenuti modificando il dettato dell'originario d.l. n. 19, che pertanto resta la principale fonte dell'ordinamento dell'emergenza. Tali interventi, lo si ripete, enfatizzano la peculiarità di tale ordinamento rispetto alla disciplina del TU di protezione civile che avrebbe consentito l'estensione delle misure in deroga e la proroga dello stato di emergenza semplicemente con una delibera del Consiglio dei Ministri, così come del resto avvenuto la prima volta nel gennaio 2020.

Un sistema, dunque, quello dei DPCM, che trova nel d.l. n. 19 la sua base fondamentale. Un sistema come visto assai criticato, ma che – dato più rilevante – ha prevalso in via di prassi, non subendo alcuna censura. Un ulteriore fatto non secondario sembra essere rappresentato dalla constatazione che tale sistema non è stato del tutto abbandonato dal successivo Governo, presieduto da Mario Draghi. Anzitutto va segnalato come, subito dopo l'insediamento, il Presidente abbia emanato un DPCM per regolare i rapporti sociali e contrastare la diffusione del virus<sup>42</sup>, al quale è seguito il successivo decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, che, però, da un canto replica misure contenute in

<sup>41</sup> Cfr. Zangrillo: «Il virus clinicamente non esiste più». E scoppia la polemica: «Messaggi fuorvianti», su [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 31 maggio 2020.

<sup>42</sup> Cfr. Dpcm 2 marzo 2021.

precedenti DPCM, dall'altro rinvia a DPCM ancora in essere (come per la disciplina di chi espatria o rientra nel Paese). Un modello che francamente sembra destinato a non poter essere abbandonato se l'emergenza necessitasse nuovamente di una risposta repentina, che non può essere gestita attraverso i soli decreti-legge.

## **6. I Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e la loro riconducibilità alle ordinanze emergenziali**

Delineato il generale ordinamento sorto in risposta all'emergenza pandemica, pare a questo punto necessario soffermarsi sulla natura di tali provvedimenti, che, come detto, sembrano rientrare a pieno titolo all'interno dell'ampia e generale categoria delle ordinanze emergenziali<sup>43</sup>. Tale conclusione deriva dalla constatazione che gli attuali DPCM presentino tutti i caratteri distintivi del citato istituto giuridico. Né si può obiettare l'assenza della denominazione "ordinanza". Come già accennato, le emergenze – quelle vere, urgenti, i cui bisogni sociali mutano repentinamente e necessitano di risposte tempestive – sono sempre state gestite attraverso atti amministrativi<sup>44</sup>, autorizzati attraverso una fonte primaria. Generalmente qualificate nella prassi o dalla legislazione come "ordinanze". Invero, locuzione che non specifica – nell'ordinamento italiano<sup>45</sup> – un preciso istituto giuridico<sup>46</sup>. E che, piuttosto, racchiude una serie molto vasta di atti formalmente amministrativi che in comune presentano il presupposto dell'urgente necessità di affrontare una situazione eccezionale ai sensi di legge, oltre a legittimare l'ordinanza a regolare il generico ambito di competenza attraverso un particolare potere (*extra ordinem*) in taluni casi

<sup>43</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit.

<sup>44</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., mette giustamente in evidenza come il protagonismo degli atti amministrativi significativi naturalmente protagonismo dell'amministrazione, per il suo particolare ruolo costituzionale e nelle sempre attuali tesi dell'originarietà del potere amministrativo.

<sup>45</sup> A causa dell'indeterminatezza dell'oggetto, della disciplina, ma soprattutto, dei suoi effetti, da sempre, l'ordinanza rappresenta un istituto dalla complessa analisi e assai difficile definizione. Come notato da F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 27 ss., l'attenzione da sempre rivolta dalla dottrina a tale «centrale» ambito del diritto deriva dalla constatazione che «le situazioni emergenziali rappresentano infatti una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare le forze contrapposte della reazione di emergenza stessa (spesso declinata in forme che tendono ad imporre di prescindere dall'applicazione del diritto ordinario, il quale a sua volta solo raramente prevede strumenti di «gestione» dell'emergenza), e della applicazione di un diritto dettato prevalentemente per situazioni comunque fisiologiche, ancorché non sempre "ordinarie"».

<sup>46</sup> G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. D. I.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 90 ss.

anche in grado di derogare alla legge stessa, in altri di andare *praeter legem*, o perfino *contra legem*<sup>47</sup>.

Basti qui ricordare, tra gli altri, il tormentato ma sopravvissuto art. 2 tulps (r.d. n. 773/31) che autorizza il Prefetto ad adottare *i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica. Questa disposizione è uno dei più rilevanti esempi del rinvio della gestione dell'emergenza da parte del legislatore all'amministrazione attraverso veri e propri poteri a "fattispecie aperta". Tale disposizione non menziona la locuzione "ordinanza", né il potere di derogare alla legge, ma soprattutto non definisce e non circoscrive alcun ambito nel quale l'amministrazione può intervenire in deroga. Tuttavia, a ben vedere, la "fattispecie aperta" è un tratto caratterizzante del potere di ordinanza, anche previsto da discipline più recenti rispetto al tulps. Infatti, molto spesso tale normativa si sottovaluta ritenendola poco significativa perché risalente al periodo prerepubblicano. Invero, però, non vi è dubbio che tale testo sia ancora vigente e quotidianamente applicato, ovviamente. Inoltre, in ogni caso, tale schema a fattispecie aperta è stato riprodotto anche in epoca repubblicana in numerose e centrali normative emergenziali. La genericità dell'autorizzazione al potere amministrativo non cambia. Così, ad esempio, il tuel (artt. 50 e 54) o lo stesso art. 32 l. n. 833 del 1978, utilizzano formule assi generiche e flessibili. Leggendo tali previsioni – tra le tante altre che si potrebbero citare<sup>48</sup> – si nota come la legge neppure menziona espressamente la deroga alla fonte primaria che pertanto viene dedotta in via consuetudinaria da generiche e ampie formule di rito come «provvedimenti indispensabili», o

<sup>47</sup> Già in altra sede – E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., *passim* – tali ordinanze sono qualificate attraverso la locuzione «emergenziale». Sul punto va precisato come il legislatore e la dottrina ricorrono spesso a varie formule per definirle, le quali invero non indicano un differente istituto, bensì sembrano in taluni casi lasciare intendere il fine di mettere in evidenza la caratteristica più rilevante dell'ordinanza. Le medesime ordinanze, infatti, vengono denominate, ad esempio, *in deroga alla legge*, così da enfatizzare il potere di questi atti di derogare appunto alla fonte primaria. A tale denominazione si aggiunge quella di *ordinanze contingibili e urgenti*, richiamando la formulazione di alcune normative che le dispongono, altresì sottolineando i loro caratteri distintivi: la contingibilità e l'urgenza. Analogamente può capitare che siano denominate *ordinanze di necessità e urgenza*. Ancora, spesso, sono definite *extra ordinem* proprio per descrivere l'eccezionalità dell'istituto e delle soluzioni che esso può apportare in un caso di emergenza. Vi è poi chi qualifica tale istituto attraverso l'aggettivo *libere* o anche *innominate*, in tal modo riprendendo il linguaggio utilizzato in un'occasione dalla Corte costituzionale, evidenziando il loro contenuto atipico, nel senso che la legge non tipizza il provvedimento. Sovente poi si parla genericamente di *provvedimenti di urgenza*, o ancora si utilizzano le summenzionate formule in modo indifferente, perché del resto lo stesso legislatore non utilizza una locuzione esclusiva, operando tuttavia (come si vedrà, soprattutto) nella prassi il medesimo istituto.

<sup>48</sup> Per cui si rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme di Ordinanza*, cit.,

«ordinanze contingibili e urgenti», in rare occasioni specificando la formula «ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente»<sup>49</sup>.

Dunque, il tratto comune individuabile in tali discipline con le quali sono state gestite tutte le tipologie di emergenze è l'atipicità delle ordinanze, caratterizzate per la loro indeterminatezza e l'elasticità contenutistica: in deroga alla regola della tipicità degli atti amministrativi<sup>50</sup>. Poiché i fatti emergenziali che richiedono una risposta da parte dell'amministrazione non sono previsti o prevedibili, elencabili o classificabili (così come le soluzioni necessarie), allora il legislatore si limita a fissare in via generale i presupposti della necessità e dell'urgenza lasciando all'amministrazione stessa il compito di valutare in concreto il contenuto del provvedimento<sup>51</sup>: non previsto perché, per definizione, non prevedibile<sup>52</sup>. Il limite può essere ampio e generico come la materia nella quale insiste la disciplina generale che prevede il potere di ordinanza, come la materia ambientale, o sanitaria; determinati ambiti di competenza del sindaco o del prefetto, che però trovano un confine nel territorio di loro competenza<sup>53</sup>, ma mai la disciplina cataloga la tipologia di interventi ammissibili<sup>54</sup>.

In conclusione, fermo restando il giudizio critico per la genericità della disciplina introdotta dal primo d.l. n. 6. è un fatto come tale fattispecie aperta sia assai più circoscritta rispetto ai tradizionali poteri utilizzati e per questo potremmo qualificarla "temperata". Incluso il potere di ordinanza sanitaria (*ex art. 32 l. 833*), o quello degli enti locali (*ex art. 50 e 54 Tuel*). Certo va detto

<sup>49</sup> Formulazione accolta espressamente a partire dall'art. 5 l. 24 febbraio 1992, n. 225 istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, poi confluita del TU del n.1 del 2018.

<sup>50</sup> La quale, strettamente correlata all'autorità dell'atto, è comunque ricondotta al principio di legalità. In particolare, sul punto si vedano F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, pp. 799 ss. Più di recente sul tema si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 35 ss., e S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016, pp. 231 ss. Tuttavia, non si può negare come tale principio sia da tempo ampiamente derogato espressamente anche in altre e non poche discipline di legge, come nel caso analizzato da F. TIGANO, *Principio di tipicità e accordi procedurali*, in *Rass. avv. Stato*, fasc. 3, 2007, pp. 330 ss. Del resto, come ammoniva M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 262, «la necessità di attuare un pubblico interesse non è mai un limite all'attività, ma il suo stesso contenuto».

<sup>51</sup> Si veda B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, pp. 716 ss.

<sup>52</sup> Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, 1986, pp. 73 ss.

<sup>53</sup> Cfr. sul punto G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 267 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 121 ss.

<sup>54</sup> Sul punto, con particolare riferimento ai rapporti con il principio di legalità, non si può non osservare un'assonanza quanto meno nei fini con i c.d. «poteri impliciti della pubblica amministrazione», per cui si veda G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.

che la peculiarità di questa emergenza richiedeva una maggiore attenzione nella disciplina primaria adottata dal governo, ma è altrettanto vero che essa si inserisce in un contesto di assoluta urgenza ed incertezza, che richiedeva ampi poteri attuativi, per un'emergenza in continuo cambiamento. Altresì è un fatto che tale normativa sia stata presto adeguata ad un'emergenza che stava stabilizzandosi. Pertanto, al fine di valutarne la relativa legittimità è necessario verificare di volta in volta il rispetto dei canoni fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) nonché dalla prassi vigente.

### 7. I DPCM e la “fattispecie aperta” come disciplina dell'emergenza

Torniamo quindi al punto centrale sul quale si è divisa la dottrina, ovvero la genericità delle autorizzazioni elencate nei decreti-legge che hanno autorizzato i DPCM. Una genericità che in questa sede si è definita “temperata” nel d.l. n. 6 – alla luce delle altre normative di autorizzazione delle ordinanze – ma altresì – non a torto – per alcuni mantenuta anche nelle previsioni del d.l. n. 19.

Invero, come già argomentato, alla luce dei precedenti non ci si dovrebbe troppo meravigliare del fatto che tali atti formalmente amministrativi regolino i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge appunto qualificata a fattispecie aperta<sup>55</sup>. Del resto, la stessa Corte costituzionale – parlando delle ordinanze – ha definito tali atti come *provvedimenti giustificati da una necessità, da un'urgenza, il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente* (così Corte cost. sent. n. 4 del 1977, è bene ricordare, redatta da Vezio Crisafulli). Sin dalle sue prime pronunce, il Giudice delle leggi ha chiarito la compatibilità di tali atti con l'ordinamento costituzionale repubblicano (Corte cost. sent. n. 8 del 1956), purché il legislatore nel prevedere tale potere in capo all'amministrazione rispetti alcuni canoni tra cui: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico” (Corte cost. sent. n. 26 del 1961). Canoni che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare nel tempo, in numerosissime decisioni<sup>56</sup>. Un'impostazione che pare tra l'altro confermata nella recente pronuncia della Corte costituzionale, sent. 12 marzo 2021, n. 37 (Redattore Augusto Barbera), la quale – pur giudicando una legge della Regione Valle d'Aosta – non ha perso

<sup>55</sup> G. MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pp. 33 ss.

<sup>56</sup> Per un'ampia trattazione della richiamata giurisprudenza sia consentito rinviare a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., pp. 68 ss.

l'occasione per affermare la legittimità dell'intervento del legislatore statale che di fronte a "un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire".

Dunque, a ben vedere il d.l. n. 6, prima, e il d.l. n. 19, dopo, nelle loro diverse formulazioni, descrivono un differente, ma comunque comune metodo di autorizzare. Cambia il dettaglio descrittivo dei fatti emergenziali – imprevisti e imprevedibili – ma entrambi i decreti rappresentano la fonte primaria di legittimazione dei DPCM. In altre parole, i decreti-legge che prevedono il ricorso ai DPCM – analogamente alle varie normative che abilitano le ordinanze – autorizzano il Governo a regolare fatti emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi di diritti. Infatti, per come è costruito nell'ordinamento italiano, anche in base alla citata giurisprudenza costituzionale, il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità (Corte cost. sent. n. 115 del 2011). Il suo limite, pertanto, non è nella legge, cui l'atto amministrativo può derogare, ma nei principi dell'ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali, limiti che possono essere sempre fatti valere innanzi alla giustizia amministrativa competente. Infatti, l'atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge.

Il principio di legalità, dunque, rappresenta l'architrave su cui poggia l'ampio potere emergenziale. Come noto tale principio può essere inteso attraverso accezioni differenti, più o meno restrittive della discrezionalità amministrativa, tra le quali, in senso: formale o sostanziale. Anche in questa occasione, a partire dalla rilettura della sent. n. 115 del 2011, vi è chi ha avanzato dubbi sulla legittimità dei provvedimenti in oggetto, perché alcuni dei poteri emergenziali definiti dal legislatore non sono sufficientemente precisati<sup>57</sup>. Pur concordando con tale lettura – limitatamente ad alcune singole disposizioni del d.l. n. 6 – in generale, resta nei casi di emergenza (e ancor più in quelli di estrema emergenza come quello in corso) il problema per il legislatore di disciplinare *ex ante* situazioni non previste, perché per definizione non prevedibili (come una sconosciuta pandemia mondiale). Pertanto, se è vero che la fattispecie legislativa che autorizza l'amministrazione a regolare il fatto emergenziale in luogo del legislatore è formalmente "aperta", a ben vedere, essa è però materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente di far

<sup>57</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., p. 6.

funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità<sup>58</sup>. Il che è coerente con la stessa Corte costituzionale del 2011, che opportunamente dichiarò l'incostituzionalità della parte di disposizione (o meglio della congiunzione “anche” all’art. 54 c. 4 TUEL) che conferiva al Sindaco poteri *extra ordinem* in assenza dei presupposti di contingibilità e di urgenza, dunque, in assenza di un fatto emergenziale che ne circoscrivesse l’azione<sup>59</sup>.

Se per Santi Romano era la stessa emergenza la fonte del diritto; nell’attuale ordinamento costituzionale – lo sottolineo – è invece la legge la fonte del potere amministrativo (esercitato a mezzo DPCM e ordinanza), che legittima l’eventuale deroga a fonti primarie. Tuttavia, ancora oggi, come detto, il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevenendo un oggetto determinato, trova un’evidente delimitazione del potere dell’organo agente nel fatto emergenziale, che giustifica, e allo stesso tempo delimita, la fattispecie<sup>60</sup>. Altresì, in questo modo consentendo alla stessa amministrazione, in via gerarchica o nell’esercizio del potere di autotutela, o al giudice amministrativo di valutare la proporzionalità e, per questa via, la legittimità dell’intervento rispetto al fatto che la giustifica. In tal senso, infatti, la garanzia giurisdizionale contro eventuali abusi dei poteri *extra ordinem* dell’amministrazione sembra rappresentare non solo un tratto caratterizzante dell’istituto, ma soprattutto un elemento fondante dello stesso, che trova nella generalità del suo limite il bilanciamento all’eccezionalità della sua disciplina<sup>61</sup>.

Il fatto emergenziale svolge dunque un ruolo centrale nel circoscrivere l’intervento straordinario, assicurando così il rispetto del principio di legalità. Pertanto, anche in questo caso, le misure adottate in via di eccezione devono essere strettamente connesse ai fatti emergenziali che la legittimano e la limitano allo stesso tempo. Del resto, se l’atto emergenziale non dovesse rispettare il contesto eccezionale concretizzandosi in una misura “né adeguata né proporzionata” (come richiedono, peraltro, gli stessi decreti-legge n. 6 e n. 19 nonché i principi generali del diritto), qualsiasi cittadino potrebbe rivolgersi alla giustizia amministrativa competente o anche alla stessa giurisdizione ordinaria (o anche al giudice penale se ad esempio dovesse avere subito una sanzione sulla base dell’art. 650 del codice penale), e attraverso il giudice in via incidentale alla stessa Corte costituzionale (che poi, come noto, sarebbe lo

<sup>58</sup> Sulle fattispecie a schema aperto si v. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.

<sup>59</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2011, pp. 707 ss.

<sup>60</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza*, cit., pp. 245 ss.

<sup>61</sup> A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, pp. 219 ss.

stesso meccanismo attraverso il quale far valere l'illegittimità del decreto-legge).

Tali atti possono essere complementari al decreto-legge, ma non possono essere sostituiti dallo stesso, dovendo mantenere quel carattere aperto e flessibile che solo l'amministrazione può assicurare. Infatti, anche in questo caso, come visto in premessa, non sono le ordinanze i soli atti chiamati a governare lo stato di eccezione. A ben vedere, però, come dimostra la prassi delle emergenze della storia repubblicana, da sempre sono le ordinanze gli atti protagonisti nella gestione delle emergenze, talvolta unitamente a decreti-legge, più spesso senza<sup>62</sup>. L'emergenza – come già detto – determina infatti un bisogno sociale a cui l'ordinamento giuridico non è in grado di dare una risposta in via ordinaria. Lo Stato, attraverso i suoi poteri, deve necessariamente intervenire per risolvere quella che appare una frattura tra realtà giuridica e bisogni sociali<sup>63</sup>. L'amministrazione, attraverso la sua organizzazione e i suoi poteri eccezionali, mira a sanare questa frattura, ristabilendo l'equilibrio tra fatto e diritto tramite una modificazione parziale e provvisoria dell'ordinamento, colmando la separazione tra bisogno sociale e previsione dell'ordinamento. In tale lettura appare evidente il ruolo dell'amministrazione che, all'interno del proprio ordinamento particolare, e cioè attraverso la sua organizzazione, è in grado di meglio valutare gli interessi e i bisogni di protezione della comunità (riportandoci per forza di cose alle tesi dell'originarietà del potere amministrativo)<sup>64</sup>.

#### **8. Una tendenza non solo italiana: centralità del Governo e degli atti amministrativi emergenziali nel diritto comparato**

La tendenza ad accentrare i poteri emergenziali in capo al Governo è del resto riscontrabile in tutti i principali ordinamenti europei. In questa sede non è possibile (né utile) compiere una completa analisi, ma anche un rapido sguardo ai principali ordinamenti europei esprime tendenze assai significative.

Nella maggior parte dei Paesi lo schema è il medesimo: una fonte primaria autorizza il Governo ad adottare atti per lo più amministrativi, consentendo in taluni casi la limitazione di diritti di libertà. In tal senso, ad esempio, si veda il *Coronavirus Act 2020* con il quale il Parlamento del Regno Unito conferisce al governo poteri normativi di rango secondario per gestire in via emergenziale la pandemia da COVID-19<sup>65</sup>. Tale disciplina consente al potere esecutivo, tra le altre previsioni, di limitare o sospendere riunioni pubbliche, di detenere

<sup>62</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., pp. 75 ss.

<sup>63</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto*, pp. 257 ss.

<sup>64</sup> G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 278 ss.

<sup>65</sup> Per una trattazione più completa si rinvia a G. CARVALE, *Il Coronavirus Act 2020 e le misure adottate dal Regno Unito per affrontare l'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2020, fasc. 1.

individui sospettati di essere infettati da COVID-19, nonché la disciplina in deroga di vari ambiti regolatori, sempre al fine di limitare la trasmissione della malattia.

Tale impostazione pare rinvenibile anche in ordinamenti per tradizione giuridica più simili all'Italia, come quello francese, dove la loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020, appositamente approvata per contrastare l'emergenza in corso, ha consentito al Governo di dichiarare lo "*état d'urgence sanitaire*" e, successivamente, intervenire attraverso atti amministrativi limitando e regolando vari e vasti ambiti che interessano il contenimento della pandemia e insistono altresì su diritti costituzionali. Una disciplina, dunque, appositamente prevista per questa peculiare emergenza, nonostante l'art. 16 Cost. preveda un'apposita disciplina di poteri emergenziali in capo al Presidente della Repubblica, nonché altresì esista già un'assai dettagliata normativa emergenziale fondata sulla legge n. 1955-385, in passato utilizzata per contrastare gravi emergenze (come nel 2005 e nel 2015)<sup>66</sup>.

La descritta tendenza di accentrare i poteri emergenziali in capo al Governo è riscontrabile anche in ordinamenti che tradizionalmente tendono a circoscrivere rigorosamente il potere amministrativo attraverso una rigida applicazione del principio di legalità, come nel caso dell'ordinamento austriaco. In Austria già dal 1950 era presente una specifica disciplina in materia di emergenze sanitarie (*Epidemiegesetz*) che tuttavia è stata appositamente aggiornata nell'attuale contesto, mantenendo comunque l'impianto originario: legittimare i poteri *extra ordinem* del Governo, necessari per affrontare la pandemia, anche attraverso restrizioni ai diritti di libertà. Poteri del Governo volti anche a indirizzare e se necessario prevalere sulle autonomie territoriali<sup>67</sup>.

Tale ulteriore tendenza è assai più evidente nella Repubblica federale di Germania. Anche in questo caso si disponeva già di un'apposita normativa risalente al 2000 (la *Infektionsschutzgesetz*), adeguata lo scorso marzo alle esigenze della pandemia in corso<sup>68</sup>. Tale particolare normativa definisce la centralità del ruolo del Governo federale nella gestione dell'emergenza – se necessario – anche in relazione ai rapporti con le autonomie: i governi dei *Länder* e i distretti, infatti, sono tenuti ad adottare le misure necessarie per prevenire e reprimere le infezioni. La recente riforma del § 5 dell'*Infektionsschutzgesetz*, però, consente in vari ambiti, al Ministro federale

<sup>66</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in Rivista AIC, 3, 2017.

<sup>67</sup> Cfr. A. GATTI, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderni del Gruppo di Pisa, su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>68</sup> W. JENS, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in DPCE online, 2020, fasc. 2, pp. 1713 ss.

della Salute, non solo di prevalere con un proprio regolamento normativo (*Verordnung*) sui regolamenti dei *Länder*, ma, altresì, attraverso l'adozione di tale strumento in deroga, di discostarsi dal contenuto di fonti normative federali di rango primario. La legge inoltre permette espressamente la compressione dei diritti all'incolumità fisica ed alla libertà personale (tutelati dall'art. 2 c.2 GG) e prevede ulteriori poteri nel contesto della prevenzione e del contrasto alla diffusione delle malattie infettive<sup>69</sup>.

### 9. La regola dell'emergenza e la frustrazione del giurista

Anche osservando il diritto comparato, dunque, ne deriva una comune tendenza degli ordinamenti giuridici ad accentrare in capo al Governo la gestione dell'emergenza. Ovviamente, un accentramento autorizzato dal Parlamento e se del caso limitato da tutti i poteri costituzionali, tra cui, anzitutto, il potere giudiziario. È anche per questo motivo che – molto francamente – sono parse eccessive e senz'altro stonate le accuse di deriva autoritaria, talvolta evocate in un contesto generale di vera e massima emergenza (purtroppo non ancora conclusa). In un Paese in cui si sono utilizzati poteri in deroga per gestire “grandi eventi”<sup>70</sup> – come noto, rimettendo al Governo e all'amministrazione poteri eccezionali di deroga alla legge, senza che vi fosse alcuna urgenza o emergenza – francamente queste accuse suonano ancora più singolari.

Mentre invece, al di là dei richiami più allarmati, quello sin qui descritto appare come un dibattito in perfetta continuità con il passato. Da sempre, infatti, l'emergenza è uno dei grandi temi del diritto pubblico rispetto a cui non si è mai giunti a conclusioni univoche. La polarizzazione a cui si presta il tema dipende proprio da quell'idea – richiamata in apertura – dell'immagine proposta da Augusto Barbera nella differenza che passa tra il dover essere (l'ordinamento formale e precostituito) e l'essere (il fatto che si impone sull'ordinamento). È evidente che l'impossibilità di predire gli accadimenti e individuare le forme giuridiche più adatte a risolvere l'emergenza, rappresenta per il giurista una sorta di frustrazione. Tuttavia, se si guarda al complessivo ordinamento costituzionale, più che alla singola fonte che può porsi in dissonanza con l'ordinamento, probabilmente è più semplice intendere gli eventi e rinvenire soluzioni che valgono per il momento, ma non possono

<sup>69</sup> Lo nota V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, pp. 597 ss.

<sup>70</sup> Si veda la puntuale trattazione di A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit. Invero, tendenza mantenuta anche dopo l'abrogazione della disciplina generale dei «grandi eventi» a opera dell'art. 40-*bis*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Si veda ad esempio la vicenda di Expo 2015 ben ricostruita da A. ROCCELLA, *Milano in stato di eccezione*, e A. PAVESI, *Expo Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, entrambi in *www.gustamm.it*.

intaccare il sistema di garanzie. Per dirla in breve: un'ordinanza o un DPCM che deroga alla legge all'interno di una emergenza pandemica globale, non pone in discussione la stabilità democratica, cerca di dare una risposta immediata a un bisogno sociale. Se così non fosse, qualsiasi giudice interverrebbe in garanzia invalidando l'atto adottato in nome dell'emergenza.

Sovente, quando si parla di fonti d'eccezione, si evoca la Costituzione di Weimar e il particolare potere di ordinanza (art. 48) che fu uno degli strumenti – il principale, ma non l'unico – attraverso il quale si passò dalla Repubblica alla dittatura nazionalsocialista. Tuttavia, sarebbe troppo semplice e semplicistico ricondurre al potere di ordinanza la ragione di tale mutamento costituzionale. Un mutamento dovuto invece a una più generale fragilità costituzionale nella distribuzione dei poteri che rendeva appunto Weimar una «democrazia pericolante»<sup>71</sup>.

Al contrario in una democrazia stabile e in un ordinamento costituzionale liberaldemocratico è del tutto normale che in caso di necessità il Parlamento accentri i poteri in capo al Governo per un periodo limitato. Limitato non significa necessariamente breve, ma circoscritto alla durata dell'emergenza.

Del resto, tutto questo dibattito è ulteriormente alimentato dal fatto che la nostra Carta costituzionale non ha previsto, a differenza di altre Costituzioni, disposizioni sulla distribuzione dei poteri in una fase di emergenza<sup>72</sup>. In Italia, come noto, per ragioni storiche, si è volutamente esclusa la disciplina in Costituzione degli stati di emergenza, ritenendo sufficiente la disciplina prevista dall'art. 78 Cost. sull'emergenza bellica, ma che nell'attuale contesto non si è ritenuto di utilizzare per la differente natura dell'emergenza pandemica<sup>73</sup>.

Pertanto, forse, il superamento di questa crisi potrà essere l'occasione anche per ripensare l'ordinamento dello stato d'eccezione nel nostro Paese. Anche se nessuna eventuale riforma potrà escludere che a “causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande” si possa ricorrere a “strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire” (Corte costituzionale, sent. 12 marzo 2021, n. 37). Un limite a strumenti di

<sup>71</sup> V. FROSINI, *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*, 1979, 2, pp. 315 ss.

<sup>72</sup> B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18 marzo 2020.

<sup>73</sup> Certo forse si potrebbe sostenere che l'Italia è oggi in guerra contro un nemico invisibile. Del resto, lo stesso SANTI ROMANO – *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit., p. 254. – si chiedeva se i poteri di guerra fossero invocabili in occasione del terremoto del 1908. Tuttavia, indipendentemente da qualsiasi riflessione teorica, nell'attuale contesto non è stata questa la strada scelta per contrastare l'emergenza, né è possibile rinvenire precedenti in tal senso.

questo tipo, anche se scritto, non sarebbe applicabile, perché l'“essere” prevarrebbe sul “dover essere”.