

RIFLESSIONI SU ALCUNE CONSEGUENZE ORDINAMENTALI PRODOTTE DALL'EMERGENZA COVID: DALLE LIMITAZIONI DELLE LIBERTÀ COSTITUZIONALI ALLA RIEMERSIONE DEL SISTEMA PARALLELO DI AMMINISTRAZIONE *EXTRA ORDINEM*

CARLO IANNELLO*

Sommario

1. Precisazione: è la necessità di tutelare la “salute pubblica” la causa legittimante la limitazione delle libertà costituzionali. – 2. L'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza nella Costituzione italiana e la problematica questione della limitazione dei diritti fondamentali. – 2.1. La tradizionale risposta alle emergenze a cavallo tra decreti legge ed ordinanze “libere”. – 3. La controversa legittimità costituzionale dei poteri *extra ordinem* tra l'opportunità della loro esistenza e la irresistibile tentazione della loro strumentalizzazione. – 4. I poteri di emergenza per la gestione della fase Covid e la loro discussa compatibilità con la Costituzione. – 5. I poteri del commissario all'emergenza e il ritorno al passato.

Abstract

The essay examines the debate about limits to civil rights, in ordinary and emergency periods, and analyzes, in particular, how the COVID-19 pandemic Emergency has impacted on individual freedoms and on compliance with constitutional principles in the matter of public administration.

Suggerimento di citazione

C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nella Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Contatto: carlo.iannello@unicampania.it

1. Precisazione: è la necessità di tutelare la “salute pubblica” la causa legittimante la limitazione delle libertà costituzionali

Nella recente letteratura che sta approfondendo il conflitto attualmente in atto tra salute e libertà, conseguenza dell'emergenza sanitaria che dura da oramai un anno¹, così come nella (oramai copiosa) giurisprudenza in argomento, spesso si sono usati scambievolmente il concetto di diritto fondamentale alla salute e quello di tutela della salute pubblica, come se fossero fra di loro fungibili²; di modo che la tutela del diritto «fondamentale» finisce con l'apparire del tutto sovrapponibile alla tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come «interesse della collettività» (e viceversa). Una tale rappresentazione, tuttavia, rischia di lasciare nell'ombra la circostanza, peraltro chiaramente espressa nel dettato costituzionale (art.32), che si tratta di due declinazioni del concetto di salute non solo profondamente diverse, ma che si pongono fra di loro in una relazione, perlomeno potenzialmente, conflittuale.

L'uso scambievole dei due concetti cui si è accennato deve essere pertanto una conseguenza della forza della tradizione che, soprattutto in un momento di crisi sanitaria come quello attuale, porta a considerare il concetto di salute nell'accezione con cui esso si è imposto all'attenzione delle politiche pubbliche degli Stati moderni, cioè come tutela della salute pubblica.

Sembra pertanto opportuno chiarire il significato che il concetto di salute assume nell'economia dell'articolo 32 della Costituzione, che lo prende in considerazione in tre diverse declinazioni.

La prima è saldamente legata al modo tradizionale con cui gli ordinamenti statuali ne hanno declinato il concetto a partire dal Settecento, cioè come salute pubblica³. Questa idea rimanda a quel complesso sistema amministrativo di protezione della salute della collettività che gli Stati hanno costruito sulla base delle acquisizioni scientifiche in tema di diffusione delle malattie e riguarda tutte quelle misure volte alla loro prevenzione che gli studi di igiene di quegli stessi anni andavano via via scoprendo⁴. Questa prima e tradizionale accezione

¹ Sulle relazioni tra l'emergenza sanitaria e il sistema delle fonti cfr. il numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19* e, in particolare, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di stato*, ivi, 295 e ss.; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, ivi, 300 e ss.

² Cfr., ad esempio, M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, in *Osservatorioic.it*, 6/2020, pp. 121 ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, in *dirittifondamentali.it*.

³ Sul punto cfr. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, pp. 15 ss.

⁴ Per questa concezione cfr., tra gli altri, S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, vol. I, Milano-Torino-Roma, 1914, nonché F. CAMMEO, *Sanità pubblica* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo diretto da V. E. Orlando*, vol. IV, 1905, pp. 213 ss.

di salute ha posto le premesse affinché il settore pubblico, attraverso un apparato di polizia sanitaria, cominciasse ad occuparsi della salute dei cittadini, considerata come un elemento essenziale per la garanzia di un ordinato e proficuo sviluppo della società. Da questo punto di vista, il concetto di salute ha svolto una funzione antitetica rispetto a quello di libertà, nel senso che la salute pubblica, assurta ad interesse pubblico specificamente tutelato dal diritto sanitario, ha rappresentato una legittima causa di limitazione delle libertà individuali, peraltro anche molto penetrante⁵.

Il risvolto novecentesco di questa concezione della salute è stata la sua individualizzazione, cioè la sua declinazione nei termini del diritto soggettivo alle cure. Un diritto individuale che è nato come diritto sociale, cioè come pretesa a una prestazione erogata dal servizio sanitario nazionale su base universalistica e in modo tendenzialmente gratuito. Anche tale aspetto è preso in considerazione dalla Carta costituzionale, nella misura in cui prevede il compito della Repubblica di garantire “cure gratuite agli indigenti”. In questo modo la salute si è distaccata dalla dimensione, meramente oggettiva, che aveva in precedenza (perché coincideva con la tutela di un interesse della collettività) per incarnare anche le sembianze di un diritto soggettivo (cioè individuale) di carattere sociale. In questa dimensione sociale è ancora molto forte il nesso che lega le due menzionate declinazioni della salute: un efficiente servizio sanitario, infatti, se da un lato serve a garantire un diritto sociale a prestazione, dall’altro lato si pone in modo strumentale con la tutela della salute pubblica, come una sorta di suo completamento: quanto più è garantito l’accesso alle cure, tanto più efficacemente si tutelerà la salute pubblica.

La Costituzione repubblicana, tuttavia, e solo essa nel panorama del costituzionalismo del secondo dopoguerra, ha messo in primo piano una nuova e rivoluzionaria declinazione della salute, che si distacca in modo sensibile dalle due appena esaminate: quella di diritto fondamentale, declinato come libertà di autodeterminazione con riferimento alla piena disponibilità del proprio corpo da parte del malato⁶. Una declinazione, si badi, che si pone in una chiara relazione conflittuale con la tutela della salute pubblica. Il conflitto tra le due accezioni della salute, quella della libertà individuale e quella dell’interesse collettivo, è stato compiutamente bilanciato dal secondo comma dell’art. 32 Cost., sancendo la netta prevalenza della libertà. Per la Costituzione la salute è, prima di tutto, “un fondamentale diritto dell’individuo”, cioè una vera e propria libertà individuale da tutelare rigorosamente. Lo statuto costituzionale della

⁵ C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all’autodeterminazione individuale*, Napoli, 2020, pp. 1 ss.

⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, Milano, 2010, pp. 169 ss.

limitazione della libertà di auto-determinazione inerente la propria salute è, infatti, molto rigoroso: la 'libertà di salute'⁷ può essere limitata, con l'imposizione di un obbligo, ma perché ciò possa avvenire non solo deve intervenire necessariamente la legge, ma questa legge è soggetta a un penetrante e invalicabile limite di carattere sostanziale, non potendo "in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Un limite assoluto, dunque, che testimonia limpidamente la superiorità che il rispetto della persona umana assume nel catalogo assiologico della Costituzione: non è consentita nessuna strumentalizzazione della persona per il raggiungimento di finalità di interesse collettivo. Per limitare la libertà individuale inerente la propria salute, stando alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, è pertanto necessario ricorrano due presupposti: al beneficio per la collettività deve accompagnarsi il beneficio individuale⁸.

La dimensione collettiva della salute svolge, pertanto, la sua tradizionale funzione di limite rispetto alle altre libertà costituzionali, in modo molto diverso a seconda delle libertà costituzionali da comprimere: nella misura in cui la compressione si rivolge all'altra faccia della salute, cioè alla libertà di salute⁹, gli spazi per una legittima limitazione sono stretti e rigorosamente indicati dallo stesso art. 32 Cost.; spazi che si ampliano, invece, se oggetto della limitazione sono le altre libertà costituzionali.

Pare pertanto inappropriato intendere il bilanciamento tra salute e libertà, cui si assiste in questi tempi di emergenza, come se intervenisse tra la tutela del diritto alla salute e la tutela delle altre libertà costituzionali¹⁰. Al contrario, il bilanciamento è fra le libertà costituzionali (esclusa la libertà di salute), da una parte, e la tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come interesse della collettività, dall'altra parte. Un bilanciamento in cui, se è corretto che

⁷ Come la definisce D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, *passim*, in part., pp. 36 ss.

⁸ Cfr. la giurisprudenza costituzionale sulle vaccinazioni obbligatorie, dalla quale emerge chiaramente che il Giudice delle leggi considera che l'art. 32 Cost. contempla «l'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (cfr. Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto; Corte cost. n. 218 del 1994, punto 2 del considerato in diritto e, più recentemente, Corte cost. n. 5 del 2018 punto 8.2.1. del considerato in diritto) per cui per giustificare un trattamento sanitario obbligatorio non solo deve esserci un beneficio per la collettività (la tutela della salute pubblica), ma anche un beneficio individuale (la tutela della salute di chi si sottopone). Su tali aspetti cfr. M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw*, 2/2019, p. 541 ss.

⁹ Di «libertà di salute» discorre D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*, in part., p. 36 ss.

¹⁰ Cfr. M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, cit., pp. 121 ss.; T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, cit.

prevalga la tutela della salute pubblica, ciò deve avvenire sempre con lo scrupoloso rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità¹¹.

2. L'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza nella Costituzione italiana e la problematica questione della limitazione dei diritti fondamentali

La tutela della salute pubblica, già in periodi ordinari rappresenta, dunque, una legittima causa di limitazione delle libertà costituzionali. Ad esempio, lo statuto della libertà di circolazione previsto dall'art. 16 Cost. fa espresso riferimento alle "limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza" e a questi stessi motivi si riferisce l'art. 14 Cost. in tema di libertà di domicilio; ma la tutela della salute pubblica, come causa di limite delle libertà, si può rintracciare in un'ampia nozione di sicurezza (cui si riferiscono sia l'art. 17 Cost., relativo alla libertà di riunione, sia l'art. 41 Cost., in tema di libertà di iniziativa economica) e la si può anche considerare immanente nel sistema, tutte le volte in cui la Costituzione non effettui essa stessa un analitico bilanciamento, come avviene proprio nel caso, prima esaminato, del conflitto tra libertà individuale e interesse della collettività inerenti la salute.

Se la tutela della salute pubblica è presa in considerazione come una valida causa di limitazione delle libertà costituzionali nell'ordinario svolgimento della vita associata, quando ci si trova in presenza di una emergenza di tipo sanitario, come quella attuale, a maggior ragione i bilanciamenti tra i diritti e gli interessi coinvolti non possono non tenere questa circostanza in una adeguata considerazione per garantire un'opportuna tutela dell'interesse collettivo alla salute pubblica.

Tuttavia, come è noto, la Costituzione repubblicana nulla dispone per le situazioni di emergenza. A differenza di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello francese o quello spagnolo, in Italia manca una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, inteso come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, determinato dai più diversi

¹¹ Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giustizia, istituzioni*, 1° settembre 2020, secondo cui "La salvaguardia della salute come 'interesse della collettività' (art. 32, co. 1, Cost.) può ammettere restrizioni anche incisive in situazioni eccezionali, ma non può giustificare limitazioni abnormi dei diritti fondamentali, insostenibili per il sistema costituzionale. Per questo, tutte le misure restrittive delle libertà finora adottate (e quelle che ancora potrebbero intervenire) per contenere la diffusione del coronavirus non possono ritenersi esentate dal sindacato degli organi giudiziari competenti, dovendosi poterne vagliare la proporzionalità, l'adeguatezza e la ragionevolezza. Il fine di contrastare la pandemia, infatti, non può essere perseguito sacrificando in misura intollerabile o in modo definitivo la stessa salute di molti altri cittadini affetti da patologie che le misure restrittive della libertà di circolazione rischiano di aggravare, o ancora altri beni costituzionali come il diritto al lavoro, la libertà di religione, le libertà economiche ecc."

fattori, naturali o umani¹². Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai conflitti armati, alle insurrezioni interne, agli attentati terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo, come l'incendio di un'industria inquinante¹³.

Altre Costituzioni, invece, contengono discipline degli stati di emergenza che possono comportare anche una sospensione oppure una limitazione dei diritti costituzionali dei cittadini¹⁴.

L'assenza di una tale previsione nella Costituzione italiana è frutto della ritrosia dei Costituenti a prevedere ipotesi di concentrazione dei poteri in capo al Governo o al Presidente del Consiglio. Difficile stabilire ora se i timori che sostennero la ritrosia dei Costituenti fossero fondati¹⁵. Certo è che con l'avvento della Costituzione repubblicana e della nuova concezione dei diritti fondamentali è cambiato radicalmente lo stesso paradigma che presiede alle limitazioni dei diritti¹⁶.

Se il tema si affrontasse all'interno di una concezione statualistica dei diritti, ad esempio, propria del giuspositivismo ottocentesco, la questione potrebbe essere risolta in modo molto più agevole.

¹² Sulla questione si rinvia a F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)* in *Enc. delle scienze sociali*, Roma, 1993, pp. 551 ss. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, *passim*; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, *passim*.

¹³ L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, dal momento che il concetto di emergenza è, come è stato rilevato, "un concetto aperto" G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 8. Con riferimento al dibattito sulla necessità di costituzionalizzare l'emergenza, rimereso in questi tempi di pandemia, cfr. la stessa G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?* nel numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*, 541 e ss.

¹⁴ Si pensi alla Costituzione francese del 1958 (che prevede sia un'ipotesi di poteri eccezionali, sancita dall'art. 16, sia una disciplina *ad hoc* per lo stato d'assedio, sancita dall'art. 36) o la Costituzione spagnola del 1978 (che contiene una articolata disciplina dello "stato di allarme, di emergenza e di assedio" all'art. 116). In riferimento all'esperienza spagnola, cfr. L. FERRARO, L. DI MAJO, *La gestione dell'emergenza sanitaria in Italia e profili di comparazione*, in M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *Covid-19 vs. Democrazia*, Napoli, 2020, pp. 116 ss.

¹⁵ Certamente, si tratta di preoccupazioni pienamente comprensibili sul piano storico, ove si rifletta, da un lato, che il nazismo hitleriano si avvale dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar, secondo il quale il presidente del Reich poteva "prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali"; dall'altro, che la stessa dittatura fascista può essere considerata come una sorta di instaurazione di uno stato di eccezione durato un ventennio.

¹⁶ In tema imprescindibile è il riferimento all'art. 2 Cost. Cfr. M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, pp. 11 ss. In tema cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 3, secondo il quale questo articolo ha gettato "un ponte verso la tradizione anglo-americana".

Per l'impostazione giuspositivista ottocentesca, che aveva sradicato i diritti dal loro fondamento giusnaturalistico, la limitazione dei diritti non comportava particolari problemi teorici, nella misura in cui gli stessi diritti individuali erano concepiti come una autolimitazione dello Stato e non, come nelle concezioni giusnaturalistiche di stampo angloamericano, diritti inalienabili perché ontologicamente inerenti alla natura umana¹⁷.

Secondo la concezione statualistica dei diritti, così come teorizzata dalla scuola del diritto pubblico italiano¹⁸, infatti, i diritti di libertà erano attribuiti dallo Stato e trovavano il fondamento della propria esistenza esclusivamente nella legge statale. Conseguentemente, alla legge stessa poteva essere riconosciuto, senza entrare in alcuna contraddizione, un ampio margine di libertà nello stabilirne i limiti. Secondo Ranelletti¹⁹, ad esempio, "si può riconoscere un diritto di libertà dell'individuo solo fino al limite in cui le manifestazioni della sua attività non siano contrarie *all'ordine pubblico esistente*, cioè alle istituzioni e ai principi fondamentali, su cui riposa *l'assetto sociale e politico* del nostro paese"²⁰.

È noto che nell'Ottocento la classe borghese in ascesa non aveva più bisogno di rivendicare i suoi diritti in funzione oppositiva rispetto a uno Stato originariamente inteso come antagonista e a una società che si voleva rifondare da capo, essendo oramai giunta saldamente alla guida degli stati nazionali, per cui i diritti individuali di libertà avevano perso quella tensione rivoluzionaria che aveva caratterizzato il costituzionalismo delle origini. Oramai, gli stessi diritti individuali erano da considerarsi il prodotto di uno Stato ad egemonia borghese: la legge dello stato poteva porre tutte le limitazioni ritenute necessarie alla salvaguardia dell'ordine sociale e del predominio conquistato.

Così come la limitazione dei diritti era nella piena disponibilità della legge, anche la loro sospensione non comportava grossi problemi di carattere teorico. Conseguentemente, nelle situazioni di emergenza, in cui non si poteva attendere il tempo necessario per l'approvazione di una legge, la conservazione dell'ordine sociale era messa al primo posto. Non può pertanto stupire che in questo orizzonte culturale la necessità sia stata considerata essa stessa come una fonte del diritto non codificata²¹, in grado di sostenere la legittimità di un

¹⁷ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Milano, 1912.

¹⁸ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

¹⁹ O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico della Repubblica italiana*, Parte generale, Milano, 1951, p. 115.

²⁰ *Ibidem*, p. 117. Il corsivo è dell'autore.

²¹ Sul punto si rinvia a 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 della p. a. in Italia*, 1909, p. 220, il quale scrive: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che

intervento dei pubblici poteri anche in assenza di un preciso fondamento normativo.

Al contrario, in un ordinamento a Costituzione rigida di ispirazione liberal-democratica, in cui i diritti individuali si caratterizzano per avere una funzione fondativa dell'ordinamento, anche la gestione dell'emergenza va necessariamente ricondotta all'interno della legalità costituzionale, scartando ogni ricostruzione che fonda la risposta alla situazione di emergenza su una fonte del diritto *extra ordinem*.

Per cui, da un lato, la fonte di legittimità dei poteri emergenziali, non può risiedere nella necessità, cioè in un fatto extra giuridico, come riteneva l'insegnamento della citata dottrina²², ma è da rintracciarsi all'interno dello stesso ordinamento costituzionale e, dall'altro lato, i diritti sono limitabili solo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per la salvaguardia di altri fondamentali valori costituzionali.

2.1. La tradizionale risposta alle emergenze a cavallo tra decreti legge ed ordinanze "libere"

Venendo adesso alle questioni di carattere formale, si deve osservare che il diritto costituzionale italiano ha una sola disposizione che si presta ad essere utilizzata al verificarsi di eventi che rientrano nel concetto di emergenza inteso in senso ampio, cioè come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, che può essere determinato dai più diversi fattori, naturali o umani²³. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle insurrezioni interne, agli attentati terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo²⁴.

Si tratta dell'articolo 77 Cost., che detta la disciplina del decreto-legge, se si mette da parte l'art. 78 Cost., che disciplina un'ipotesi specifica, cioè lo stato di guerra (articolo che, infatti, dal 1948 ad oggi non è stato mai applicato²⁵).

rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". La caratura autoritaria della ricostruzione romaniana ben emerge dalla critica alle opinioni più pensose della tutela della libertà individuale, nelle quali vedeva "un residuo, sia pure inavvertito, del dottrinarismo costituzionale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato" (ivi, p. 257).

²² Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit.

²³ Sulla questione si rinvia a F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., pp. 551 ss.

²⁴ L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, come rilevato alla nota 9.

²⁵ In tema cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Art. 78*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. 2, pp. 1531-1544.

Conseguentemente, nel periodo repubblicano, gli stati di emergenza sono stati sempre affrontati o attraverso l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, oppure ricorrendo ai cosiddetti poteri *extra ordinem*, già presenti nel tessuto legislativo dell'Italia pre-repubblicana. Si tratta delle cosiddette ordinanze "libere", cioè di atti amministrativi in grado di derogare all'ordine giuridico esistente. Si pensi, ad esempio, all'articolo 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R. D. n. 773 del 1931), il quale attribuiva al prefetto un vastissimo potere, consentendogli di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica" nel caso in cui vi fosse "urgenza" o una "grave necessità pubblica".

Tali atti prefettizi, tradizionalmente ricondotti nel *genus* delle ordinanze, se dal punto di vista formale potevano essere qualificati come amministrativi, data l'autorità (amministrativa, appunto) cui era attribuito il potere di ordinanza, da quello sostanziale acquistavano, senza dubbio, una forza che trascendeva quella propria degli atti amministrativi, perché dotati della capacità di derogare alla legislazione dello Stato.

Proprio questa attitudine derogatoria ha posto molti problemi interpretativi e dato molto lavoro alla Corte Costituzionale. Una volta entrata in vigore la Costituzione repubblicana, infatti, è emerso con forza il problema della compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzavano l'adozione di queste ordinanze. La giurisprudenza costituzionale ha chiarito due aspetti essenziali: in primo luogo, che questi atti devono essere necessariamente qualificati come amministrativi; in secondo luogo, che la loro compatibilità con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è subordinata ad alcune condizioni: che abbiano un'efficacia temporalmente limitata, un'estensione territoriale circoscritta, e che, sebbene derogatori del diritto vigente, siano comunque rispettosi dei principi generali dell'ordinamento nonché della stessa legalità costituzionale²⁶.

Sulla scia di tali posizioni, che nel tempo si sono consolidate, il potere di ordinanza *extra ordinem* si è affermato nell'ordinamento repubblicano. Conseguentemente, le emergenze sono state affrontate attraverso l'uso, spesso combinato, del decreto-legge e delle ordinanze libere. Le emergenze più rilevanti

²⁶ Cfr. Corte cost. n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 Corte cost. sent. n. 127 del 1995. Sui poteri di ordinanza cfr. F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 970 ss.; Id., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, XXVII, pp. 388 ss. G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. D.I.*, vol. XII, Torino, 1965; ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2189.

che ha vissuto il Paese, dal terremoto in Irpinia del 1980²⁷ al crollo del ponte di Genova del 2018, passando per la nota e lunghissima vicenda dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania²⁸ e del terremoto de L'Aquila, fino alla recente pandemia, sono state affrontate, sul piano normativo, attraverso l'uso integrato di questi strumenti giuridici.

3. La controversa legittimità costituzionale dei poteri *extra ordinem* tra l'opportunità della loro esistenza e la irresistibile tentazione della loro strumentalizzazione

Come osservato, i poteri *extra ordinem*, cioè liberi dalla legge, limitati nella loro ampiezza dalle precisazioni della citata giurisprudenza costituzionale, si sono così stabilizzati e sono stati inseriti nelle più importanti leggi in materia sanitaria e ambientale²⁹, in quanto ritenuti strumenti imprescindibili per la gestione delle emergenze. Tanto che questo istituto giuridico ha rappresentato il cardine su cui sono stati costruiti i poteri di protezione civile, razionalizzati, prima, dalla legge n. 225/1992 e, di recente, nuovamente riproposti nel testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

A dispetto dello sforzo profuso dalla giurisprudenza costituzionale cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, la pagina di storia amministrativa italiana relativa all'utilizzo dei poteri emergenziali ha assunto, purtroppo, principalmente tinte fosche, in quanto la prassi ha messo a dura prova l'effettività delle correzioni introdotte dalla giurisprudenza costituzionale minando, in molti casi, il rispetto dei basilari principi su cui si fondano i sistemi liberaldemocratici: il principio di legalità e quello della divisione dei poteri.

Occorre innanzitutto osservare che un'attenta dottrina aveva sollevato importanti dubbi circa la stessa compatibilità con la Costituzione repubblicana

²⁷ Per il terremoto del 23 novembre del 1980 si veda, come quadro generale, la legge n. 996/1970 sul servizio di protezione civile e il d.l. n. 776/1980. Per il crollo del ponte di Genova cfr. la dichiarazione dello stato di d.l. n.

²⁸ Lo stesso intreccio tra ordinanze libere e decreti legge ha caratterizzato anche la recente storia di strumentalizzazione dei poteri di protezione civile per la creazione di un sistema amministrativo parallelo a quello ordinario, del tutto dal principio di legalità, il cui esempio probabilmente più paradigmatico è rappresentato dalla gestione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania con cui si è creato un apparato amministrativo straordinario, cui erano attribuite una potestà amministrativa sganciata dal rispetto del principio di legalità per gestire non un'emergenza nel senso vero del termine, ma preposto a un settore di amministrazione pubblica in sostituzione dell'amministrazione istituzionalmente competente. Su tali aspetti cfr. C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali* in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2007, pp. 137 ss. e S. MAROTTA, *L'emergenza rifiuti in Campania tra pubblico e privato*, in A. LUCARELLI, A. PIEROBON (a cura di), *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009, pp. 423 ss.

²⁹ Ad esempio nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. 833/1978) alla legislazione in materia di rifiuti (d.lgs. n. 22/1997 poi sostituito dal d.lgs. n. 152/2006).

dell'istituto delle ordinanze libere³⁰ (libere, si ribadisce, dal rispetto della legislazione vigente). Data la natura di atti amministrativi, si osservava, non potrebbe essere loro consentito di derogare alla legge. Per ottenere un risultato simile, infatti, l'intervento del Parlamento sarebbe costituzionalmente necessario, come si evince sia dalla disciplina costituzionale del decreto legge, che necessita di un intervento successivo del Parlamento, sia da quella relativa alla dichiarazione dello stato di guerra, in cui l'intervento del Parlamento è preventivo.

Inoltre, con specifico riferimento al sistema della protezione civile, è stato osservato come questi DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri sfuggano del tutto ai controlli³¹: non solo a quelli previsti per i decreti legge (preventivo del Presidente della Repubblica e successivo del Parlamento), ma anche a quello esercitato dalla Corte costituzionale, previsto solo per le leggi e gli atti ad essa equiparati, nonché, infine, a quello della Corte dei conti sugli atti del governo³².

Tuttavia, anche a voler ritenere superato – sulle orme della consolidata giurisprudenza costituzionale – il problema teorico della legittimità costituzionale di una legge che attribuisce ad autorità amministrative il potere di adottare atti amministrativi atipici e liberi, cioè derogatori della legislazione vigente, la questione della compatibilità costituzionale di questo sistema di ordinanze *extra ordinem* è riemerso con forza, ed in misura aggravata, dalla prassi amministrativa che si è instaurata, la quale ci ha posto di fronte a molti esempi di vero e proprio *abuso* dei poteri emergenziali. Nel corso degli anni abbiamo, infatti, assistito ad una strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem*, in particolar modo in sede di applicazione della legge in materia di protezione civile, la n. 225/1992, rimasta in vigore sino al recente testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

La legge del 1992 aveva previsto un sistema volto a fronteggiare l'emergenza che si reggeva su due cardini: delibera dello stato di emergenza da parte del

³⁰ Osserva G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 525 che: “La materia su cui interviene la l. n. 225 del 1992 non è allora una materia costituzionalmente indifferente poiché attiene alla forma di governo, termine con cui intendiamo il modo con cui le varie funzioni dello Stato sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi costituzionali (43). Il principio organizzatore che informa il nostro sistema prevede la competenza parlamentare della funzione legislativa ordinaria mentre quella straordinaria, pur spettando in prima battuta al Governo, abbisogna di un intervento preventivo (art. 78) o successivo (art. 77) delle Camere. Questo meccanismo non può mai essere derogato: se lo fosse sarebbe messo in crisi il sistema costituzionale vigente”.

³¹ Utilizzo il concetto di controllo in senso atecnico.

³² Ovviamente, ma non è la sede opportuna per approfondire, resta indefettibile la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo, che può annullare tali ordinanze, sebbene con le difficoltà del caso, data la loro capacità derogatoria della legislazione vigente, sia la possibilità di disapplicazione davanti al giudice ordinario.

Consiglio dei Ministri e, conseguentemente, attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze “libere”, nella forma di DPCM.

Come messo in evidenza dalla dottrina³³, la legge n. 225/1992 aveva una portata troppo elastica, perché, in base all'art. 5, comma 1, lett. c), i poteri emergenziali erano legittimati non solo dalle “calamità naturali” e dalle “catastrofi”, ma anche da non meglio specificati “altri eventi”. Ciò che ha prodotto una abnorme estensione dell'ambito applicativo di questa legislazione “emergenziale”, ben al di là degli eventi caratterizzati da straordinarietà e da imprevedibilità.

Si è così messo in piedi un sistema amministrativo *praeter legem*, giustamente qualificato “parallelo”³⁴ rispetto all'apparato amministrativo classico che invece continuava ad essere retto dal canonico principio di legalità³⁵, restando coerente con la tradizione liberaldemocratica in base alla quale il potere di legislativo crea le norme, cioè prevede in generale e in astratto, e la pubblica amministrazione le mette in esecuzione, cioè provvede. Questo è accaduto perché la prassi dell'utilizzo dei poteri straordinari previsti dalla legge istitutiva del servizio di Protezione civile ci ha posto di fronte a un loro uso per la gestione di affari assolutamente ‘ordinari’ con la conseguenza che tali poteri ‘eccezionali’ sono stati disancorati dalla nozione di emergenza, ontologicamente connessa ad eventi imprevisti e imprevedibili. Si è così creato un mostruoso apparato amministrativo abilitato ad operare in uno spazio libero da leggi, che solo da un punto di vista meramente formale era giustificato dall'emergenza, ma che, per essere di fatto impiegato per questioni di carattere ordinario, si poneva in netto contrasto con i principi cardine che presiedono al funzionamento dei sistemi liberaldemocratici. È così accaduto che le regole che hanno guidato l'azione amministrativa *ordinaria*, relativa a primari interessi di un'ampia parte della popolazione, sono state dettate *direttamente* dall'autorità amministrativa, attraverso ordinanze “libere”, in deroga alla legislazione vigente, in contrasto, pertanto, con il principio di legalità sostanziale e con quello della divisione dei poteri.

La legge sulla protezione civile del 1992, per come è stata interpretata dalla prassi, quindi, ha di fatto attribuito al governo – attraverso la deliberazione

³³ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec. pp. 3334 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, cit., p. 525.

³⁴ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit.

³⁵ Così C. PINELLI, *Ibidem*. In tema, cfr., inoltre, A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, pp. 49 ss.; ID., *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della xvi legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, pp. 1 e ss.

dello stato di emergenza – la possibilità di trasformare l'ordinarietà in una artata emergenza, creando una vera e propria amministrazione parallela e straordinaria³⁶ per la gestione di rilevantissimi settori della vita amministrativa (servizio idrico e dei rifiuti, come i più vari compiti di gestione ordinaria, dal traffico urbano alle bonifiche), connessi al godimento di fondamentali diritti di cittadinanza. Una vera e propria strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem*, sempre più diffusamente utilizzati per la gestione di affari non caratterizzati né da elementi di straordinarietà né tantomeno da imprevedibilità.

L'apice di questa degenerazione lo si è raggiunto con la legge n. 401/2001, che ha introdotto la possibilità di gestire persino i "grandi eventi" (cioè manifestazioni solo programmate, spesso molto di là da venire, come ad esempio i *meeting* internazionali o i giochi olimpici), attraverso la normativa derogatoria della protezione civile. Per la gestione di un qualsiasi affare amministrativo con poteri derogatori era sufficiente una dichiarazione di "grande evento", da adottarsi con le forme e le modalità previste dalla legge n. 225/1992.

Questa prassi deviante è stata in grado di eclissare, facendole perdere di attualità, la stessa questione relativa alla legittimità costituzionale dei poteri amministrativi *extra ordinem*.

Se, dal punto di vista teorico, si può, infatti, convenire con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che riconosce, entro determinati limiti e condizioni, la legittimità dei poteri liberi dell'amministrazione, giustificati da motivi di necessità e di urgenza³⁷, la deviazione dal modello va energicamente stigmatizzata. Nessuna giustificazione costituzionale, infatti, può essere rivolta nei confronti della strumentalizzazione dei poteri emergenziali, cioè rispetto al modo in cui questo strumentario è stato spesso utilizzato.

Non pare un caso, dunque, che il d.lgs. n. 1/2018, cioè il testo unico sulla protezione civile, attualmente in vigore, abbia apportato delle modifiche sostanziali al sistema. Se, da un lato, ha lasciato inalterata l'impalcatura della

³⁶ C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali*, cit., pp. 137 ss.

³⁷ Corte cost. n. 617 del 1987 secondo cui tali poteri sono ammissibili purché vi sia "una specifica autorizzazione legislativa" nella quale sebbene non possa essere specificato "il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero)" risultino individuati quantomeno "il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata". Similmente cfr. Corte cost. n. 115 del 2011 nella quale si legge: "Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente 'l'assoluta indeterminatezza' del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

normativa preesistente (delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri e attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze libere, nella forma dei DPCM), dall'altro lato, ha introdotto due sostanziali modifiche. Innanzitutto, il nuovo testo non contiene più nessun riferimento ai "grandi eventi" e, in secondo luogo, la nuova disciplina ha cercato di contenere entro limiti più stringenti la discrezionalità del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'adozione delle concrete misure emergenziali, approfondendosi in uno sforzo definitorio che indicasse in modo sufficientemente dettagliato, se non il contenuto delle ordinanze, quantomeno gli obiettivi che devono essere realizzati dai DPCM (cfr. art. 24 e 25 del d.lgs. 1/2018). I poteri di ordinanza restano atipici anche nel nuovo sistema proprio perché resta la libertà di definirne il contenuto, ma trovano attualmente nella fonte primaria ulteriori limiti con cui si devono confrontare, posti proprio al fine di evitare l'abuso cui si è assistito in precedenza.

4. I poteri di emergenza per la gestione della fase Covid e la loro discussa compatibilità con la Costituzione

Alla luce delle considerazioni svolte, diventa più agevole una valutazione della risposta che l'Italia ha dato all'emergenza pandemica che si è scatenata all'inizio del 2020 e che ci sta continuando ad investire³⁸.

Innanzitutto, occorre notare che il modello cui si è ispirato il nostro paese si è fondato su due cardini: il primo, un accentramento delle decisioni in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla base dello schema già analizzato, ereditato dalla legislazione in materia di protezione civile; il secondo, creato *ad hoc* per l'emergenza Covid da fonti primarie (decreti legge successivamente convertiti) che hanno ripreso l'impalcatura appena citata (cioè l'attribuzione allo stesso Presidente del Consiglio del potere di limitare le libertà costituzionali attraverso un DPCM), ma vi hanno apportato modifiche sostanziali.

³⁸ Su questo aspetto cfr., oltre ai contributi che saranno citati nelle note successive, 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*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020 e ivi in particolare S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, 11 e ss.; M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, passim; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Aic*, 2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio Aic*, 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; F. NIOLA, M. TUOZZO (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, passim; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 e ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2020, 361 e ss.

Non poche sono state le voci che si sono levate per contestare la conformità a Costituzione del modello creato dai decreti legge del 2020. Inizialmente, l'attenzione della dottrina si è concentrata su una mancanza di tipizzazione in sede legislativa dei casi in cui diventava possibile procedere alla limitazione delle libertà costituzionali, a causa del poco felice rinvio alle "misure ulteriori" previsto dal d.l. n. 6/2020. Le critiche si sono poi soffermate soprattutto sulla concentrazione, in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, di un potere così vasto che può arrivare sino a determinare concretamente – con atto amministrativo, nella forma di DPCM – la limitazione dell'esercizio dei fondamentali diritti costituzionali dei cittadini. Ciò ha condotto parte della dottrina ad evocare lo spettro della già ricordata tesi di inizio dello scorso secolo, dalle tinte autoritarie, secondo la quale la necessità si sarebbe imposta come fonte originaria e suprema del diritto³⁹, consentendo una risposta alle emergenze disancorata dalla legalità costituzionale.

A chi scrive sembra tuttavia che, sotto una pluralità di aspetti, la reazione che l'ordinamento ha avuto nei confronti dell'emergenza Covid sia stata, dal punto di vista meramente formale, adeguata, salvo la citata iniziale sbavatura delle "ulteriori misure", corretta però poco tempo dopo.

Si è cioè trattato di una risposta coerente sul piano dello stretto rispetto del principio di legalità, soprattutto ove questa risposta sia valutata alla luce della prassi degenerativa analizzata nel paragrafo precedente.

In particolare, come accennato, la risposta dell'ordinamento italiano all'emergenza Covid-19 va distinta in due fasi.

Una prima fase, affrontata con gli strumenti che erano a disposizione al momento in cui si è manifestata l'emergenza: il d.lgs. n. 1/2018, in tema di protezione civile e le altre leggi attributive all'esecutivo nazionale e a quelli locali, di poteri contingibili ed urgenti, come la legge n. 833/1978 istituiva del servizio sanitario nazionale. Una seconda fase in cui è intervenuta una disciplina dell'emergenza posta da fonti di carattere primario (cioè con decreti legge successivamente convertiti in legge). Una volta chiarito il tipo di pericolo da affrontare e messa a punto la strategia da utilizzare, consistente soprattutto in una penetrante limitazione della libertà di circolazione della popolazione (e delle altre conseguenti libertà), si è potuta affinare e 'codificare' la strumentazione (giuridica) per contrastare un'emergenza che non assumeva più il carattere dell'imprevedibilità.

³⁹ Tesi evocata, seppur con molta cautela, da G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. I ss. Per una critica ulteriore cfr. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 9. Per una posizione vicina a quella espressa nel testo, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Giurcost.org*, 11 aprile 2020, pp. I ss.

Per quanto attiene alla prima fase⁴⁰, non c'è dubbio che l'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 avesse il carattere dell'imprevedibilità che giustifica il ricorso ai poteri emergenziali. Appartengono a questa fase la dichiarazione dello stato di emergenza, adottata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, resa in base al testo unico sulla protezione civile del 2018, e gli atti ad essa conseguenti.

Anche la seconda fase, che si è concretizzata attraverso una “catena normativa”⁴¹ costituita da decreti legge, leggi di conversione e DPCM, è risultata, sul piano formale, coerente con i principi della riserva di legge e del principio di legalità.

Infatti, con la citata sequenza di decreti legge e leggi di conversione si è posta in essere una vera e propria ‘codificazione’ non solo dei presupposti e delle condizioni, ma anche del *contenuto* dei provvedimenti amministrativi volti ad arginare l'emergenza attraverso la limitazione delle libertà costituzionali.

In particolare, se, come osservato, il d.l. n. 6/2020, del 23 febbraio 2020, convertito dalla legge n. 13 del 5 marzo 2020, aveva dato adito ad alcune fondate perplessità, con il d.l. n. 19 del 25 marzo del 2020, convertito dalla legge n. 35 del 22 maggio 2020, esse sono rientrate.

Con tali atti è stato predisposto un sistema di intervento che appare costruito sulla falsariga del già collaudato modello di protezione civile, che delega (e centralizza) la concreta risposta amministrativa nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri autorizzato ad adottare DPCM per fronteggiare la situazione di emergenza, ma con delle novità importanti.

Infatti, se la centralizzazione dei poteri in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri è un tratto comune, i due sistemi divergono radicalmente in merito al grado di libertà di determinazione del contenuto dei DPCM. Mentre nel sistema di protezione civile, nonostante le precisazioni inserite nel testo del 2018⁴², essi continuano ad avere la natura di ordinanze “libere” (e non potrebbe essere altrimenti essendo questo testo adottato per fare fronte ad eventi futuri di cui non si può avere contezza), nel sistema predisposto per affrontare l'emergenza sanitaria relativa all'epidemia da Covid-19, invece, i DPCM sono oramai dotati di un contenuto sufficientemente *tipico*. Le misure da adottare, infatti, sono state dettagliatamente disciplinate (si confronti l'elencazione del

⁴⁰ Fase che è durata meno di un mese, cioè dal 31 gennaio 2020, quando cioè il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo stato di emergenza, fino al 23 febbraio 2020, ossia fino al primo decreto legge adottato dal Governo per fare fronte alla pandemia.

⁴¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 1 ss.

⁴² Anche nel d.lgs. n. 1/2018, il cui articolo 25 ha cercato di ridurre e indirizzare la discrezionalità del potere esecutivo indicando le finalità cui devono tendere le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, queste ordinanze restano “libere”, cioè capaci di derogare alla legislazione vigente.

contenuto dei provvedimenti adottabili, così come disciplinata nell'art. 1, comma 2 del d.l. n. 19/2020). Ciò si è reso possibile perché la fonte di rango primario per fronteggiare l'emergenza sanitaria innescata dal Covid-19 è intervenuta quando era oramai chiaro quali fossero le azioni necessarie da adottare per contenere il contagio.

In conclusione, si deve osservare che questi DPCM adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19 non assumono più il carattere degli omologhi atti adottati sulla base della legislazione in materia di protezione civile, quello di ordinanze "libere" dalla legge, ma si pongono quali atti amministrativi tipici, perlomeno nel senso che il loro contenuto è sufficientemente tipizzato, restando casomai da specificare poi il senso da attribuire alle "misure ulteriormente restrittive" che le Regioni sono state chiamate ad adottare. Si tratta, pertanto, di atti amministrativi esecutivi di fonti primarie. La limitazione delle libertà costituzionali, pertanto, trova il suo fondamento nella fonte primaria, rispetto alla quale i DPCM rappresentano atti applicativi. Con l'ovvia precisazione che, per essere conformi al dettato costituzionale, non è sufficiente che le limitazioni dei diritti costituzionali siano previste da una fonte legislativa, ma è altresì necessario che, in concreto, siano adeguate, ragionevoli e proporzionali⁴³.

Ovviamente ciò non significa che la gestione dell'emergenza non abbia sollevato problemi e criticità anche importanti, ma solo che, dal punto di vista formale e nei suoi tratti essenziali, non pare possa sostenersi che il sistema normativo predisposto si ponga in contrasto con la Costituzione. Restano, tuttavia, aperti numerosi problemi, tra cui quello relativo sia alla proporzionalità degli atti concretamente adottati così come quello relativo alla loro opportunità, dal punto di vista politico⁴⁴.

Vi è, infine, il pericolo, da non sottovalutare, che tale situazione, che ha inevitabilmente accentrato molti poteri nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri, possa definitivamente consolidare tendenze in atto oramai da decenni, volte ad una sempre maggiore emarginazione del Parlamento, favorendo la stabilizzazione di un modello anche oltre la fase emergenziale⁴⁵, sulla

⁴³ Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi, in giustizia, istituzioni*, cit. G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 11 ss. G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, cit., pp. I ss. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, pp. 95 ss.; G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 37 ss.

⁴⁴ Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit.

⁴⁵ Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., pp. 3334 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, cit., p. 377.

falsariga di quanto abbiamo descritto con riferimento alla strumentalizzazione dei poteri emergenziali durante la vigenza della legge n. 225/1992.

5. I poteri del commissario all'emergenza e il ritorno al passato

Se, come osservato, il quadro normativo generale, dal punto di vista formale, almeno nei suoi tratti essenziali, non fuoriesce dalla legalità costituzionale, discorso a parte deve essere fatto, ancora una volta, per la gestione amministrativa dell'emergenza, dove invece sembrano risorgere, amplificate, le vecchie degenerazioni che sono state analizzate in precedenza. Si deve a tale proposito studiare l'art. 122 del d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, che definisce i poteri del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19". Con tale disciplina pare, infatti, essersi ricreata una struttura amministrativa, dai confini amplissimi e dagli altrettanto sconfinati poteri, ivi compresi quelli di spesa, del tutto disancorata dal rispetto del principio di legalità e sottratta a ogni forma di controllo, sia amministrativo che contabile, quasi come se fosse stato utilizzato proprio il sistema 'parallelo' di amministrazione, stigmatizzato nei paragrafi precedenti.

Un potere straordinario dai confini così ampi poteva forse trovare una sua giustificazione nei primissimi giorni di emergenza (anche se, occorre ribadire, l'ordinamento non è mai impreparato rispetto alle emergenze, prevedendo in linea generale un'ampia gamma di atti necessitati che permettono l'acquisizione di beni e servizi secondo schemi consensualistici) ma, con il passare del tempo, ha progressivamente perso qualsiasi elemento di ragionevole giustificazione. Se si pensa che oramai questo potere 'straordinario' opera ininterrottamente da un anno, ci troviamo di fronte ad una situazione che appare oramai disancorata da qualsiasi, pur flebile, giustificazione.

A questo punto appare opportuno esaminare nel dettaglio l'effettiva sostanza di questi poteri.

Secondo il citato art. 122 del d.l. n. 18/2020, il Commissario, nominato con DPCM, attua e sovrintende a "ogni intervento" volto a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Il Commissario, recita il comma 2, "può adottare in via d'urgenza i provvedimenti necessari a fronteggiare *ogni* situazione eccezionale ... *in deroga a ogni disposizione vigente*".

Secondo il comma 3, al Commissario spetta altresì "l'organizzazione e lo svolgimento delle attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte all'emergenza sanitaria, da parte delle autorità competenti nazionali ed europee, nonché tutte le operazioni di controllo e di monitoraggio dell'attuazione delle misure; il Commissario provvede, altresì, alla gestione coordinata del Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE), di cui al regolamento

(CE) n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, e delle risorse del fondo di sviluppo e coesione destinato all'emergenza".

Ai sensi del comma 8, "ogni altro atto negoziale" posto in essere dal Commissario e dai soggetti attuatori, è sottratto ai controlli previsti l'articolo 29 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 novembre 2010, "e tutti tali atti sono altresì sottratti al controllo della Corte dei Conti". Per gli stessi atti, prosegue il comma in esame, «la *responsabilità contabile e amministrativa* è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione. Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori, non appena posti in essere. La medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifiche resi dal Comitato tecnico scientifico di cui al comma 6 funzionali alle operazioni negoziali di cui al presente comma».

Ai sensi del comma 9, infine, «Il Commissario è altresì autorizzato all'apertura di apposito conto corrente bancario per consentire la celere regolazione delle transazioni che richiedono il pagamento immediato o anticipato delle forniture, anche senza garanzia».

Insomma, come si evince chiaramente da questa rapida lettura della disposizione che fissa i poteri del commissario, si è dato vita ad un apparato amministrativo preposto ad interessi vitali della collettività che opera non solo *legibus solutus*, cioè nella totale assenza di un qualsivoglia controllo, ma che è dotato dei più ampi poteri di spesa, anch'essi sottratti ai controlli ordinari. Insomma, un apparato amministrativo che, ad oltre un anno dall'inizio dell'emergenza, appare oramai privo di giustificazione sul piano costituzionale. Quasi come se il modello, deviante dai principi, sperimentato sotto la vigenza della legge n. 225/1992, cui la riforma del 2018 – come si è chiarito in precedenza – aveva apportato sostanziali e importanti correzioni, fosse risorto e fosse stato addirittura 'perfezionato'.

