

LA DECRETAZIONE D'URGENZA ALLA PROVA DELLE VERE EMERGENZE. L'EPIDEMIA DA COVID-19 E I RAPPORTI TRA DECRETO-LEGGE E ALTRE FONTI*

GIUSEPPE MOBILIO**

Sommario

1. Considerazioni introduttive: il decreto-legge tra i molteplici canali di produzione normativa emergenziale. – 2. Il rispetto dei requisiti costituzionali. – 3. Il decreto-legge come fonte *sulla* produzione per l'emergenza. – 3.1. Atti a livello statale. – 3.2. Atti a livello territoriale. – 4. Il riflesso dei d.P.C.M. sui diritti fondamentali e sulla sistematica delle fonti. – 5. Perché decreti del Presidente del Consiglio e non decreti-legge?. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay examines the use of the decree-laws to challenge the pandemic emergency due to Covid-19. First, it is verified whether the Government respected the conditions put by Italian Constitution in order to enact decree-laws. Once analyzed these problematics, the essay describes how decree-laws have been used to alter the regime and the nature of many other sources of law, influencing the strategies of all the other territorial levels of government. Then, the essay focuses on the differences between decree-laws and decrees of the President of the Council of Ministers, underlines the abuse of the latter and the consequences on fundamental rights, and investigates if a wider use of decree-laws to assume many crucial decisions to trigger the Covid-19 epidemic would have been more respectful of the Constitution. Finally, the paper highlights some needs to be considered by a hypothetical reform of the emergency sources of law.

Suggerimento di citazione

G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* “Le fonti normative dell'emergenza”, organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze.

Contatto: giuseppe.mobilio@unifi.it

1. Considerazioni introduttive: il decreto-legge tra i molteplici canali di produzione normativa emergenziale

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha indotto tutti i livelli di governo a dispiegare gli strumenti giuridici emergenziali a disposizione per contenere la diffusione del virus. Ne è scaturito un vero e proprio profluvio normativo, nel tentativo di fronteggiare la scarsa predicibilità degli andamenti dell'infezione e di portare avanti un approccio gradualistico nell'adozione delle misure sempre più restrittive¹. La situazione contingente ha costretto i decisori politici a scelte difficili, alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo².

Il 25 gennaio 2020 è stata adottata la prima ordinanza contingibile ed urgente del Ministro della Salute ai sensi dell'art. 32 legge n. 833/1978, per disporre il potenziamento della sorveglianza sanitaria rispetto ai passeggeri provenienti con volo diretto dalle aree interessate dai primi focolai virali e il potenziamento del reclutamento del personale sanitario.

Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della sanità ha – finalmente – definito l'epidemia da Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

Il giorno successivo il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza ai sensi del Codice della Protezione Civile.

Di conseguenza, il 3 febbraio è stata adottata una prima ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile per coordinare gli interventi necessari al soccorso e all'assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza, per garantire il funzionamento dei servizi pubblici e disporre l'istituzione dell'oramai noto Comitato tecnico-scientifico.

A distanza di settimane, precisamente il 23 febbraio 2020, il Governo ha poi adottato un primo decreto-legge, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", e contestualmente il Presidente del Consiglio ha adottato un d.P.C.M. recante "disposizioni attuative" di tale d.l.

L'andamento di questi primi interventi normativi, distinti per tipologia, appare sintomatico di un vero e proprio cambiamento di approccio da parte del Governo. Sebbene fino ad oggi si siano succeduti numerosi atti di ciascuna

¹ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, 4.

² A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali, Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 4 aprile 2020, 519. Duro il giudizio di A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal, Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020, 3, che parla di un diritto e di una politica che non sono andati semplicemente a rimorchio della paura, ma che hanno creato paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e di pressapochismo.

delle tipologie appena richiamate³, si ha l'impressione che, con l'aggravarsi di quella che sarebbe diventata una pandemia, si sia passati prima da interventi normativi incentrati sul sistema della protezione civile, poi a quelli sull'emergenza sanitaria, ed infine a un meccanismo – inedito, come si vedrà – di decreti-legge accompagnati da una definizione di interventi puntuali tramite decreti del Presidente del Consiglio⁴, un binomio su cui è stata impostata la strategia di risposta per contenere e gestire la diffusione del virus.

Volendo rintracciare gli opportuni riferimenti costituzionali, nel nostro ordinamento – come noto, e a differenza di altre Carte⁵ – non è prevista una “clausola di emergenza”. Lo strumento normativo messo a disposizione per affrontare le situazioni emergenziali è quindi il decreto-legge – al netto di possibili interpretazioni volte ad estendere la portata dell'art. 78 e il concetto allo “stato di guerra” all'emergenza sanitaria in atto⁶.

Gli interrogativi che muovono la presente riflessione si appuntano proprio sull'uso che è stato fatto del decreto-legge per affrontare il Covid-19; se tale fonte si sia rivelata uno strumento adeguato per venire incontro alle esigenze politiche degli organi di governo; se, in prospettiva, nella gestione di emergenze di questa gravità il decreto-legge sia inevitabilmente destinato ad essere soppiantato da altre fonti; se, da ultimo, occorra necessariamente abbandonare i criteri formali che strutturano gli ordinamenti giuridici, assieme agli strumenti normativi codificati, per inoltrarci sul terreno incerto della fattualità e della “necessità” come fonte del diritto⁷.

³ È possibile trovare una ricognizione ragionata di tali atti nella banca dati su “fonti emergenza Covid-19, curata dalla Rivista *Osservatorio sulle fonti*.

⁴ Cfr. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 6. Di un nuovo tipo di percorso nella gestione dell'emergenza parla A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 520.

⁵ Sull'ordinamento francese e spagnolo, v. P. MILAZZO, in questo *Speciale*. Per una ulteriore comparazione tra alcuni dei Paesi che si sono trovati ad affrontare l'emergenza, v. il Dossier a cura di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*.

⁶ Interpretazione prospettata, ad esempio, da F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020, 6, sottolineando come si sarebbe garantito un maggior coinvolgimento del Parlamento. Molti, però, sono gli argomenti che impediscono simile forzatura, come l'andamento dei lavori preparatori della Carta (A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 6 aprile 2020, 208), o «l'impraticabilità dell'estensione di un regime giuridico che la Costituzione ha disegnato per una condizione ch'essa addirittura (sia pure nei termini dell'art. 11) “ripudia”» (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020, 138).

⁷ Sulle “teoriche della necessità”, come fonte di produzione e fonte sulla produzione del diritto, e le possibili critiche alle derive giustificazioniste di poteri che si pongono al di fuori della legalità, v. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 49 ss.

Con questo intento, sarà analizzata la prassi dei decreti-legge adottati per affrontare l'emergenza epidemiologica a partire dal 31 gennaio (data di dichiarazione dello stato di emergenza) al 30 maggio (130 giorni), ovvero 14 decreti-legge, dando particolare risalto alla disciplina sulle misure di contenimento e gestione. L'attenzione si concentrerà su alcune delle problematiche che scaturiscono dai rapporti instauratesi tra decreti-legge e altre fonti, per sottolineare come, tra i portati dell'emergenza epidemiologica, vi sia una accentuazione dei riflessi che le dinamiche tra fonti del diritto provocano direttamente, tra l'altro, sugli equilibri tra poteri costituzionali, sulle esigenze di tutela delle libertà fondamentali, sulle articolazioni del nostro sistema territoriale⁸.

2. Il rispetto dei requisiti costituzionali

Che la prassi nell'uso della decretazione d'urgenza si sia fortemente discostata dal modello costituzionale e dalle sue logiche di fondo è un dato ben conosciuto e studiato. Sia che si parli di "abusi" patologici⁹, sia che si riconduca tale fenomeno all'aspettativa fisiologica che gli organi di governo rispondano in maniera sempre più rapida alle domande e istanze sociali¹⁰, il rispetto dei «casi straordinari di necessità e d'urgenza» si dimostra alquanto problematico.

Ad ogni modo, l'esempio classico di situazione da affrontare tramite decretazione d'urgenza, in senso oggettivamente conforme allo spirito della Costituzione¹¹, è proprio quello delle "calamità naturali"¹². La pandemia in atto, tuttavia, ha reso palese non solo come esistano "emergenze" meramente strumentali a logiche politiche ed "emergenze" reali¹³, ma anche come esistano differenti situazioni emergenziali causate da altrettanto differenti catastrofi naturali. Non solo, ma il modo con cui è stata affrontata la pandemia in corso,

⁸ La letteratura che rimarca queste relazioni è vastissima; basti rinviare qui a A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 1986, 271 ss.; U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, XIII ss.; A. SIMONCINI, *Dalla prassi in materia di fonti nuove gravi "torsioni" della forma di governo e della forma di stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011.

⁹ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1997.

¹⁰ Sul punto cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 262 ss.

¹¹ Parla di significato "oggettivo" G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, Torino, 1988, 177, facendo riferimento ad eventi della vita che si manifestano con forza tale da richiedere risposte legislative immediate (come, appunto, le catastrofi naturali).

¹² L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 241, che però sconfessa subito questa impostazione già alla luce dei dibattiti in Assemblea costituente.

¹³ Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020, come «troppo spesso politici, giornalisti e tuttologi di vario genere hanno abusato del termine "emergenza", al solo scopo di dare enfasi retorica ai propri discorsi, per ritrovarsi poi puntualmente impreparati quando si verificano autentici stati di necessità, che reclamano risposte rapide ed efficaci dalle istituzioni».

nonostante le numerose voci di diverso avviso¹⁴ – e al netto dell’elasticità che possono assumere i principi costituzionali in situazioni di emergenza, su cui si ritornerà –, sembrerebbe aver dato adito a ulteriori e significativi scostamenti dal modello costituzionale.

Per apprezzare pienamente questo scostamento può essere utile riflettere innanzitutto sulle distanze dai singoli requisiti posti dalla Costituzione alla decretazione d’urgenza, così da gettare le basi per un giudizio complessivo.

Non si pongono questioni con riguardo al requisito della “straordinarietà” del caso da fronteggiare, sia che venga intesa più tradizionalmente come imprevedibilità o eccezionalità della situazione, sia alla luce di ulteriori possibili accezioni¹⁵.

Parimenti, si può considerare integrato anche il requisito della “necessità”, addirittura in senso assoluto, ovvero come “elemento di qualificazione delle fattispecie regolate”, e non in senso relativo, cioè a partire dalle ragioni di mera opportunità che connotano l’indirizzo politico governativo¹⁶.

Problemi nascono invece sul piano del requisito della “urgenza”. La prassi ci ha notoriamente abituati ad intendere tale carattere come riferito al “provvedere” e non al “provvedimento”¹⁷, o comunque relativamente all’intero provvedimento e non alle sue singole parti¹⁸. Si tratta di fenomeni confermati anche in questa fase, in cui si è assistito addirittura a decreti-legge “annunciati” in anticipo di vari mesi dalla loro pubblicazione allo scopo di venire incontro alle richieste sociali¹⁹.

Se però lo si intende nel suo sviluppo concettuale di “autoapplicabilità”, così come esplicitato fin dall’art. 15, c. 3, della legge n. 400/1988²⁰, si possono apprezzare le più vistose forzature. La giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito come la Costituzione «non postula inderogabilmente un’immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge»²¹.

¹⁴ Come C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 2; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., 119 ss.; A. VERNATA, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 13 marzo 2020, 4.

¹⁵ Si consideri la proposta di M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163, di intendere la straordinarietà come necessità che il d.l. non sia uno strumento ordinario di normazione primaria.

¹⁶ Distinzione già teorizzata in C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 834 ss.; v. anche C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1976, 320.

¹⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 844 s., nota 46.

¹⁸ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 243.

¹⁹ È il caso del d.l. n. 34/2020, datato 19 maggio, ma qualificato in fase di incubazione come “decreto Aprile”, cfr. S. CASSESE, *Le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della sera*, 14 maggio 2020.

²⁰ Come noto, in base all’art. 15, c. 3, della legge n. 400/1988, i d.l. «devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

²¹ C.cost., sent. n. 97/2019, 3.3.2 cons. dir.; sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.

Ed infatti le dinamiche normative ci hanno ampiamente dimostrato come i decreti-legge rinviino spesso ad altre fonti, aventi funzioni variamente “attuative”, con riflessi significativi sui rapporti tra organi costituzionali e certezza del diritto²². Nella vicenda del Covid-19, tuttavia, questo fenomeno ha subito una accentuazione tale da rendere il rinvio ad altri atti, in qualche modo, la stessa ragion d’essere – come si dirà più avanti – di quei decreti-legge che introducono misure di contenimento e gestione dell’epidemia.

Sempre problematico appare il rispetto del requisito della omogeneità del decreto-legge, pur intesa in senso finalistico secondo le indicazioni fornite della giurisprudenza costituzionale. La Corte ha ampiamente ammesso che un decreto-legge possa intervenire in una pluralità di ambiti materiali tramite interventi eterogenei, purché «indirizzati all’unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare»²³. A fronte dei decreti-legge emanati durante l’emergenza sanitaria, tuttavia, non può che destare stupore la latitudine delle misure assunte per fronteggiare questa particolare “situazione straordinaria” del tutto inedita: dalla limitazione di un novero ampissimo di libertà fondamentali da parte dei dd.ll. nn. 6 e 19/2020, agli ambiti materiali toccati dai dd.ll. n. 18 e 34/2020, finanche la disciplina dei “poteri speciali in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale”, di cui agli artt. 15 ss. del d.l. n. 23/2020 (c.d. *golden power*)²⁴.

L’analisi sul rispetto dei requisiti costituzionali condotta in termini disaggregati, soprattutto con riguardo alla autoapplicabilità e all’omogeneità dei decreti-legge, consente quindi di formulare alcune considerazioni complessive, attorno alle quali ruotano le riflessioni che seguiranno. L’impressione, infatti, è che la decretazione d’urgenza fin qui adottata abbia dato vita ad un vero e proprio “microsistema delle fonti”²⁵, rispondente a dinamiche e logiche

²² Per una recente analisi sistematica sul punto, v. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell’attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Ma in non pochi casi i decreti-legge possono disporre addirittura delegificazioni innominate, con significative conseguenze, ad esempio, in termini politici di dilazione dei tempi per formulare una disciplina efficace, di autoassunzione da parte del Governo di potestà normative sostanzialmente di rango primario, di certezza del diritto; sul punto, sia consentito il rinvio a G. MOBILIO, *Le delegificazioni autorizzate mediante decretazione d’urgenza quale fenomeno foriero di rilevanti spunti ricostruttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2011.

²³ C.cost., sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.; sent. n. 22 del 2012, 3.3 cons. dir. La Corte ha altresì esplicitato che «i presupposti costituzionali per la decretazione d’urgenza riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo» (ord. n. 72/2015).

²⁴ Utili riferimenti si ricavano dalle “parole di interesse” utilizzate per individuare i contenuti di ciascun atto catalogato nella citata banca dati su “fonti emergenza Covid-19”, curata dalla Rivista *Osservatorio sulle fonti*.

²⁵ Per adoperare una espressione cara ad uno studioso come Antonio Ruggeri, che in più occasioni ne ha fatto ricorso, specie per descrivere la produzione normativa dei diversi livelli territoriali di governo; si veda, tra i molti, A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti*

proprie, in cui i decreti-legge non si limitano ad essere le *fonti di produzione* contenenti misure per affrontare l'emergenza, ma vere e proprie *fonti sulla produzione* di altri atti giuridici di varia natura attraverso cui affrontare l'emergenza. Questi ultimi rappresentano una serie di tipologie normative (decreti e ordinanze) già esistenti nell'ordinamento, tanto che spesso ne vengono richiamate le rispettive fonti istitutive. Ma il modo con cui avviene questo richiamo, la scarsa cautela con cui si individua il fondamento normativo di questi atti, la latitudine con cui se ne traccia l'ambito di intervento, la mancanza di indicazioni chiare circa il rapporto con i poteri normativi già costituiti, e conseguentemente i contenuti concretamente assunti da questi atti, fa sì che questi ultimi siano difficilmente riconducibili alle categorie già presenti nell'ordinamento. Il risultato, a giudizio di chi scrive, è che in questo modo il decreto-legge si sia allontanato ancora di più dal senso sottostante alle coordinate costituzionali, già messe a dura prova dalla variegata prassi che ha caratterizzato la storia repubblicana²⁶. Di modo che le conseguenze prodotte sul piano della forma di Stato e di governo sono destinate a lasciar traccia anche dopo la chiusura dell'emergenza sanitaria.

3. Il decreto-legge come fonte *sulla* produzione per l'emergenza

Le problematiche sollevate dagli atti normativi ai quali i decreti-legge fanno rinvio sono tali da rendere necessaria una breve panoramica allo scopo di giustificare l'affermazione circa l'asserito scostamento dal quadro costituzionale.

3.1. Atti a livello statale

I primi tra questi atti ad assumere rilievo, come anticipato introduttivamente, sono i decreti del Presidente del Consiglio richiamati dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, c. 1) e dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, c. 1) per "adottare" le misure di contenimento e gestione.

La prassi ha fin qui dimostrato come dietro la categoria del d.P.C.M vi sia un universo variegato di atti giuridici, sia a livello formale che contenutistico²⁷.

fondamentali, in D. DOMINICI, G. FALZEA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004, 225 ss.

²⁶ Anche a partire da una analisi induttiva della prassi, dalla quale emerge una funzione propriamente politica e tecnica del decreto-legge, come espresso E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 460, secondo uno spunto rielaborato in A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, ripreso poi in ID., *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, 47 ss.

²⁷ Da ultimo, si veda l'ampia ricostruzione in D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, cui si rinvia per numerosi esempi. Ma anche V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, *ivi*, 2, 2016.

Non stupisce quindi che, a livello procedurale, la decretazione d'urgenza qui analizzata preveda degli iter *sui generis*, come l'adozione «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico»²⁸; il dimezzamento dei termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, in pendenza dei quali i d.P.C.M. sono comunque efficaci, esecutori ed esecutivi²⁹; l'obbligo a carico del Governo di trasmettere i d.P.C.M. alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione³⁰. Piuttosto, mai a livello sostanziale si è verificato che i d.P.C.M. potessero porre limitazioni così stringenti a libertà di circolazione, di riunione, di religione e di culto, a libertà economiche, al diritto al lavoro, all'istruzione, al diritto di proprietà e godimento dei propri beni, sino a quanto conseguente a misure come quarantena e permanenza domiciliare fiduciaria, appunto in «attuazione» dei decreti-legge e attingendo discrezionalmente alle misure ivi previste. Dei riflessi complessivamente prodotti sul piano costituzionale si dirà più avanti³¹. Basti qui osservare come sia difficile considerarli espressione del ruolo costituzionalmente delineato di direzione politica e coordinamento del Presidente del Consiglio, pur nelle diverse forme che questo può assumere³².

Si pensi poi alle ordinanze del Ministro della Salute *ex art. 32* della legge n. 833/1978, richiamate sempre dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, c. 2) e dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, c. 2), adottabili «nelle more» dell'adozione dei d.P.C.M. e «nei casi di estrema necessità ed urgenza».

Riservandoci a breve di ritornare sul significato di queste «more», si considerino i limiti di questo potere di ordinanza. Basti ricordare, infatti, come la legge istitutiva del SSN circoscriva tale potere alla «materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria»; viceversa, si è assistito a ordinanze che hanno disposto misure di contenimento più restrittive di quelle stabilite dei decreti-legge e dai d.P.C.M. in vigore³³.

Vengono poi in rilievo le ordinanze del Ministro dell'Istruzione previste dal d.l. n. 22/2020, per agevolare lo svolgimento degli esami di Stato per l'anno scolastico 2019/2020 e l'avvio dell'anno scolastico 2020/2021.

²⁸ Art. 2, c. 1, del d.l. n. 19/2020. Si fa riferimento al Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630.

²⁹ Art. 3, c. 6, del d.l. n. 6/2020; art. 2, c. 4, d.l. n. 19/2020.

³⁰ Art. 2, c. 5, d.l. n. 19/2020.

³¹ V. *infra* le considerazioni conclusive.

³² Anche a seguito della crescente amministrativizzazione della Presidenza del Consiglio. Per una recente riflessione sulle strutture di quest'ultima, v. N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, spec. 169 ss., e M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, 58 ss.

³³ È il caso, per citare l'esempio più significativo, dell'ordinanza del 20 marzo 2020, recante «Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale», che contiene misure più stringenti del d.l. n. 6/2020 e del d.P.C.M. 11 marzo 2020, come il divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici (art. 1, c. 1, lett. a).

In questo caso, si consente a questi atti di derogare alla legge statale che disciplina in termini generali questi momenti³⁴, attraverso una impropria delegificazione che però appare comunque circoscritta dalle previsioni dell'atto avente forza di legge³⁵.

Infine, sempre a livello governativo, occorre fare riferimento alle assai discusse «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» che «le autorità competenti» hanno potuto adottare in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, al di fuori di quelle elencate dallo stesso decreto-legge. Si tratta di una previsione oramai abrogata, per la quale sono state sollevate forti perplessità in ordine al rispetto del principio di legalità sostanziale³⁶. Proprio per questo la giurisprudenza ha cercato di distinguere le misure adottate in forza di tale previsione da quelle legittimate dall'articolo precedente circoscrivendone maggiormente la capacità di incidenza sulle libertà fondamentali³⁷.

3.2. Atti a livello territoriale

A queste tipologie di atti a livello governativo – ed escludendo le ordinanze di protezione civile, non richiamate esplicitamente dai decreti-legge – si sommano le misure di contenimento e gestione adottate a livello regionale e locale.

Il d.l. n. 6/2020 richiamava il potere di ordinanza che i Presidenti di Regione possono esercitare ai sensi del già citato art. 32 della legge n. 833/1978, specificando, anche qui, la possibilità di adottare tali atti solamente “nelle more” dell'adozione dei d.P.C.M. e in casi di “estrema necessità e urgenza”³⁸. Vale la

³⁴ Come effettuato da parte della ordinanza 17 aprile 2020 concernente “Modalità di costituzione e di nomina delle commissioni dell'esame di Stato conclusivo del secondo ciclo di istruzione per l'anno scolastico 2019/2020”, in deroga, fra l'altro, all'art. 16, c. 4, del d.lgs. n. 62/2017.

³⁵ Fenomeno ben noto quello delle delegificazioni che sfuggono al modello della legge n. 400/1988; cfr. su tutti G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Giappichelli, Torino, 1996.

³⁶ Secondo una previsione per la quale, si è detto, sono «in bianco» le «autorità competenti», così come lo sono «le ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza»; cfr. L. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale, in *Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1, 13 marzo 2020, 13; un riferimento in C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 31 marzo 2020, 83 s.

³⁷ Il riferimento va a T.A.R. Marche, Sez. I, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, secondo cui «tali misure non possono essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione; in altri termini, la possibilità di adottare misure “ulteriori” va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6». Per una ricostruzione del contenzioso in questione cfr. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020. Critico sulla scelta di ricorrere alle vie giurisdizionali, invece di adire il ricorso straordinario al Capo dello Stato ex art. 2, c. 3, lett. p, della legge n. 400/1988, ovvero la via politico-amministrativa dell'annullamento, F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza COVID-19*, *ivi*, 18 marzo 2020, 2 ss.

³⁸ Osservano R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali, Forum “La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed*

pena ricordare che la legge del 1978 circoscrive tali ordinanze alla «materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria». Tuttavia, per i termini scarni con cui è stato disposto questo rinvio, per le maglie fin troppo larghe della disciplina contenuta nell'atto avente forza di legge in ordine alla portata e ai limiti di questo potere rispetto all'emergenza da affrontare³⁹, per il debole coordinamento che si è manifestato tra tutti i livelli territoriali di governo⁴⁰, unitamente all'uso che concretamente è stato fatto di questo potere a livello territoriale, sorge l'interrogativo se, e in che misura, le ordinanze regionali possano giungere a derogare anche la legislazione statale e le stesse ordinanze di protezione civile.

Quale conseguenza di queste incertezze, non stupisce che il Presidente del Consiglio sia stato costretto ad interrompere la diretta di una conferenza stampa di un Presidente di Regione per richiedere la sospensione delle misure appena preannunciate⁴¹; o che un Presidente di Regione giunga a chiedere formalmente al Ministro dell'Interno se prevalga l'ordinanza da lui adottata oppure le misure disposte con d.P.C.M.⁴²; o che un Presidente di Regione insista sulla vigenza di misure più restrittive da lui adottate in aperto contrasto con quelle disposte a livello governativo⁴³.

Successivamente è intervenuto il d.l. n. 19/2020, che, nell'abrogare le previsioni vigenti del d.l. n. 6/2020, ha cercato di offrire una risposta agli

Enti locali", 23 aprile 2020, 672, come «distinguere l'urgenza "ordinaria", dai casi di "estrema necessità ed urgenza" è operazione caratterizzata da latissima discrezionalità, ma era comunque indubbio il senso, ossia che doveva trattarsi di situazioni il cui intervento fosse così impellente da non poter attendere neppure un DPCM statale».

³⁹ Che l'emergenza sanitaria avrebbe dovuto indurre all'adozione, in sede di decretazione d'urgenza, di soluzioni normative più nette e decise in relazione al potere di ordinanza, è giudizio espresso anche *ivi*, 677.

⁴⁰ Ragioni condivise anche da F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, 3, 2020, 7 aprile 2020, 9 e E. CA TELANI, in questo *Speciale*, con riguardo al sistema delle Conferenze. Di contrario avviso L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 11 marzo 2020, che invece parlano di «un buon funzionamento del raccordo verticale Stato-Regioni».

⁴¹ Cfr. *Coronavirus: Marche, scuole chiuse. Ma poi arriva la telefonata di Conte: "Fate dietrofront"*, in *Repubblica.it*, 24 febbraio 2020, disponibile su: https://www.repubblica.it/cronaca/2020/02/24/news/coronavirus_caso_marche-249463832/ (ult. acc. 30/05/2020).

⁴² Cfr. *Fontana: 'Chiesto al Viminale se prevale l'ordinanza della Regione o il Dpcm'*, in *Ansa.it*, 23 marzo 2020, disponibile su: https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/03/23/galleria-in-lombardia-vale-quanto-deciso-in-regione_57b342a9-eddb-48c7-ae72-df4f0591d931.html (ult. acc. 30/05/2020).

⁴³ È il caso dell'ordinanza n.15 del 13 marzo 2020 adottata dal Presidente della Regione Campania, che vieta qualsiasi attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico, in contraddizione con l'art. 1, c. 3, del d.P.C.M. 9 marzo 2020; cfr. quanto ribadito anche nei chiarimenti adottati dal Presidente della Regione, disponibili su: <http://www.regione.campania.it/assets/documents/chiarimento-n-6-all-ordinanza-n-15.pdf> (ult. acc. 30/05/2020).

interrogativi sopra posti. L'art. 3, c. 1 del nuovo decreto-legge, pur non facendo più formalmente richiamo all'art. 32 della legge n. 833/1978, stabilisce che le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive» all'interno di quelle indicate dallo stesso d.l. – sebbene le Regioni abbiano continuato a richiamare tale legge nelle proprie decisioni; definisce i presupposti per l'adozione delle ordinanze in «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso»; fissa il perimetro di questo potere delle Regioni «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»; esplicita a livello temporale che le ordinanze possono essere adottate sempre «nelle more» dell'adozione dei d.P.C.M., ma «con efficacia limitata fino a tale momento».

Si tratta di precisazioni che valgono a circoscrivere meglio i poteri di ordinanza regionale, ma che non riescono a sanare tutte le incertezze. Si consideri, ad esempio, i possibili significati della locuzione «nelle more»: si potrebbe ritenere sufficiente che la nuova disciplina statale adottata con d.P.C.M. coinvolga l'intero settore nel quale la Regione ha provveduto ad adottare proprie misure affinché si determini l'inefficacia sopravvenuta di queste ultime; oppure che le successive previsioni governative prevalgono soltanto su quelle regionali che si pongano in contrasto diretto con esse⁴⁴; oppure, ancora, che non debba verificarsi una sovrapposizione nei campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando le Regioni libere di intervenire solo in quelli lasciati scoperti e in presenza di specifiche esigenze locali⁴⁵; fino a ritenere che i Presidenti di Regione rimangano liberi di emanare ordinanze anche dopo l'intervento statale, perché si sarebbe comunque “nelle more” di possibili ulteriori d.P.C.M. “in corso di adozione”⁴⁶, o che il periodo di mora terminerà soltanto quando un d.P.C.M. recherà misure “contrastanti” con quelle regionali, le quali potranno invece disporre misure più restrittive⁴⁷. Vi è poi giurisprudenza che attesta come le Regioni non possano disporre misure meno restrittive di quelle fissate con d.P.C.M.⁴⁸, ma possano introdurne di più restrittive⁴⁹.

⁴⁴ Dubitativamente, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 525.

⁴⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 134.

⁴⁶ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1 – 6 aprile 2020, 14.

⁴⁷ G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei DPCM sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali, Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 21 marzo 2020, 363.

⁴⁸ Tar Milano, sez. I, dec., 23 aprile 2020, n. 634, con riguardo alla consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per le categorie merceologiche non previste dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020.

⁴⁹ Tar Sardegna, sez. I, dec., 20 aprile 2020, n. 141, con riguardo al commercio al dettaglio di libri.

Inoltre, la sanatoria disposta dall'art. 2, c. 3, del d.l. n. 19/2020, con cui vengono fatti salvi «gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze» emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, non può che contribuire alla confusione del quadro normativo⁵⁰.

Nonostante le precisazioni indicate, dunque, continuano a riproporsi contrasti tra misure regionali e statali, come nel caso dell'ordinanza della Regione Toscana, che consentiva a partire dal 1° maggio di svolgere liberamente attività motoria entro il Comune di residenza⁵¹, subito stigmatizzata dal Governo⁵² e revocata dalla Regione; o l'ordinanza della Regione Calabria che consentiva la ripresa dell'attività di ristorazione all'aperto mediante servizio al tavolo⁵³, impugnata dal Governo e dichiarata illegittima dal TAR Catanzaro⁵⁴; o l'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana che vieta ai minori di compiere attività motoria all'aperto, in aperto contrasto con le misure contenute nel d.P.C.M.⁵⁵

A fianco alle ordinanze regionali, meritano un cenno anche le ordinanze adottate dai sindaci in «materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria» ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833/1978, e dirette a fronteggiare «emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale», ai sensi dell'art. 50 del TUEL, entrambi richiamati dal d.l. n. 6/2020⁵⁶.

Il livello comunale ha un ruolo cruciale nel fronteggiare la pandemia, sia in ragione della sua prossimità alle comunità locali, quale osservatorio privilegiato dello sviluppo epidemico, sia in veste di esecutore delle disposizioni assunte a livello statale⁵⁷. Tuttavia, già a poche settimane dall'adozione del decreto-legge, i Sindaci hanno dato vita ad una cospicua produzione di ordinanze⁵⁸, non

⁵⁰ Osserva C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 7, come «l'attribuzione di efficacia temporanea a ordinanze regionali adottate talvolta in aperta ribellione agli indirizzi del potere centrale riflette l'illusione di poter contare su una sorta di sanatoria per spegnere i dissensi».

⁵¹ Ordinanza del Presidente della Regione Toscana 29 aprile 2020, n. 46

⁵² Cfr. *Via libera all'attività motoria, Conte 'boccia' l'ordinanza toscana: "Illegittime misure regionali meno restrittive"*, in *FirenzeToday*, 30 aprile 2020, disponibile su: <https://www.firenzetoday.it/politica/conte-illegittime-misure-regionali-meno-restrittive.html> (ult. acc. 30/05/2020).

⁵³ Ordinanza del Presidente della Regione Calabria 29 aprile 2020, n. 37.

⁵⁴ Tar Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

⁵⁵ V. anche Tar Palermo, sez. I, dec., 17 aprile 2020, n. 458, che rigetta l'istanza cautelare di sospensione dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana 11 aprile 2020, n. 16, pur in contrasto con l'art. 1, c. 1, lett. f del d.P.C.M. 10 aprile 2020.

⁵⁶ L'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6/2020, circoscrive tale potere di ordinanza sindacale facendo sempre riferimento a «nelle more dell'adozione dei [d.P.C.M. e] nei casi di estrema necessità ed urgenza», consentendo ai Sindaci di adottare le misure indicate agli articoli precedenti.

⁵⁷ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 527.

⁵⁸ V. ad esempio la selezione riportata in *Documentazione dei Comuni* a cura di F. SEVERA, pubblicata in *Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*.

sempre in linea con gli indirizzi governativi. Tanto che il Governo ha deciso di intervenire per arginare tale potere, pur tracciando confini non esenti di ambiguità⁵⁹: prima tramite il d.l. n. 9/2020, non convertito in legge, per dichiarare «inefficaci» le ordinanze sindacali «dirette a fronteggiare l'emergenza [epidemiologica in corso]» e che risultino essere «in contrasto» con le misure statali, e successivamente con il d.l. n. 19/2020, per circoscriverne l'oggetto all'ambito delle attività di competenza del Comune, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» e «senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»⁶⁰.

Un primo elemento problematico emerge con riguardo alla legittimazione delle ordinanze adottate e all'adeguatezza degli strumenti a disposizione: l'art. 50 del TUEL, infatti, prevede un potere di ordinanza diretto a fronteggiare emergenze a carattere locale, mentre qui i Sindaci hanno dovuto fare i conti con una pandemia di ben più ampia portata. Per questo, spesso, le ordinanze adottate hanno fatto solo formalmente richiamo dell'art. 50 del TUEL, mentre, in realtà, guardavano al successivo art. 54 del TUEL, in cui il Sindaco agisce in qualità di «ufficiale del Governo» incaricato di «prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica»⁶¹.

Ulteriori problemi interpretativi si sono concentrati sul significato della locuzione «in contrasto». Con ciò si potrebbe intendere che le ordinanze sindacali possano svolgere una funzione attuativa o esecutiva dei d.P.C.M., o comunque che debbano risultare non incompatibili con quanto in essi disposto⁶². L'interrogativo principale, però, è – come non pochi sindaci hanno concluso – se le ordinanze sindacali possano introdurre misure locali di contenimento più restrittive rispetto a quelle statali e regionali.

Per un verso, si potrebbe sostenere che tali atti non dovrebbero avere valenza meramente integrativa, posto che – è stato detto – andrebbe contro la

⁵⁹ Sul punto, v. la ricostruzione puntuale e le note critiche in N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti regionali*, 2, 2020, 10 giugno 2020, 74 ss.

⁶⁰ L'art. 35 del d.l. 9/2020 prevede che «a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali». L'art. 3, c. 2, del d.l. n. 19/2020, ha poi precisato che «i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto» definiti per le ordinanze regionali al comma precedente. L'art. 5 del d.l. n. 19/2020 ha altresì abrogato l'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6/2020 e l'art. 35 del d.l. 9/2020.

⁶¹ Cfr. sempre N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, cit., 70 ss., anche per la ricostruzione dei differenti regimi del potere di ordinanza ex artt. 50 e 54 TUEL.

⁶² A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 526.

ratio con cui i decreti-legge, nel fare riferimento all'emergenza pandemica nazionale, stabilirebbero in realtà una deroga all'art. 50 del TUEL, il quale – come anticipato – circoscrive questo tipo di atti alle sole emergenze a carattere esclusivamente locale⁶³. In senso analogo sembrerebbe muoversi la prima giurisprudenza amministrativa⁶⁴.

Per l'altro, l'argomento letterale induce a escludere che le ordinanze sindacali possano essere maggiormente restrittive, considerato che questa possibilità è stata espressamente riconosciuta alle sole Regioni dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 19/2020⁶⁵. Ne seguirebbe che le ordinanze sindacali dovrebbero limitarsi a disciplinare ambiti oggettivi non già regolati dagli atti statali e regionali, potendo in sostanza introdurre prescrizioni di rilievo esclusivamente locale⁶⁶.

Stanti i dubbi tutt'ora persistenti, il punto ha dato adito ad un significativo contenzioso giurisdizionale⁶⁷ e persino ad annullamenti straordinari⁶⁸.

Questa produzione di ordinanze a livello territoriale, e le problematiche che ne conseguono, costituisce certo espressione di un marcato attivismo da parte di alcune Regioni e Comuni, i cui Presidenti o Sindaci possono agire nella convinzione di conoscere meglio la situazione specifica e i bisogni dei propri territori, onde aspirare, entro uno Stato decentrato, ad una differenziazione rispetto al regime seguito nel resto del Paese. Ma si tratta certamente anche delle conseguenze delle evidenziate ambiguità di fondo nel modo con cui il Governo ha

⁶³ Secondo l'opinione di A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 376.

⁶⁴ V. TAR Sardegna, sez. I, decisione, 7 aprile 2020, n. 122, che non concede la sospensiva in sede cautelare a seguito dell'impugnazione delle ordinanze nn. 9 e 10/2020 del Sindaco del Comune di Pula, datate rispettivamente 31 marzo e 2 aprile, con cui si limitava la possibilità di fare spesa presso strutture di vendita ad alcuni giorni della settimana e per un numero limitato di persone, perché tali atti «non si pongono in contrasto con le disposizioni dettate a carattere nazionale e a livello regionale, peraltro richiamate nella stessa ordinanza, tenuto conto che si limitano a rendere più stringenti alcune delle misure prese a livello nazionale e regionale con il dichiarato fine di evitare che il contagio nell'ambito comunale possa diffondersi attraverso comportamenti delle persone non in linea con l'obiettivo di limitare al massimo gli spostamenti e le uscite dalla propria abitazione per l'approvvigionamento dei necessari beni alimentari».

⁶⁵ R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 676.

⁶⁶ *Ivi*; in senso analogo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 136.

⁶⁷ Si pensi al caso delle ordinanze nn. 9 e 10/2020 del Sindaco del Comune di Pula, citate *retro*.

⁶⁸ È il caso della ordinanza sindacale di Messina 5 aprile 2020, n. 105, che istituiva un regime autorizzatorio da parte del Comune, previa registrazione online, per coloro che intendessero oltrepassare lo Stretto e fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina. Il Consiglio di Stato, sez. I, con ordinanza 7 aprile 2020, n. 735, ha dato parere positivo per l'annullamento straordinario sul presupposto, tra l'altro, di contrasto con il d.P.C.M. 22 marzo 2020 e l'art. 3, c. 1, del d.l. n. 19/2020. In dottrina v. N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 12 aprile 2020, e criticamente A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 10 aprile 2020.

impostato i rapporti con i poteri di ordinanza delle autonomie territoriali. Il riflesso è costituito da un incremento esponenziale delle pronunce dei giudici amministrativi, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di tali ordinanze⁶⁹, e una crescente incertezza da parte dei cittadini nel comprendere le regole da seguire in questo frangente.

4. Il riflesso dei d.P.C.M. sui diritti fondamentali e sulla sistematica delle fonti

La decretazione d'urgenza per far fronte all'emergenza pandemica, dunque, ha dato il via, in termini pressoché inediti, all'adozione di numerosi atti giuridici che sollevano diversi dubbi in ordine ai relativi contenuti e ai limiti cui vanno incontro, ai loro reciproci rapporti, alla loro stratificazione tra i diversi livelli territoriali di governo. Al di là della torsione che ha subito l'istituto della decretazione d'urgenza in sé, tali profili assumono una rilevanza ancor più significativa se si considerano le implicazioni in termini di limitazioni ai diritti fondamentali disposte da tali atti.

In questa sede si limiterà il discorso ai soli d.P.C.M., i quali fra l'altro operano come una sorta di "riferimento" per stabilire la legittima portata delle ordinanze regionali e comunali. L'interrogativo che sorge è se i decreti-legge possano affidare ad atti come i d.P.C.M., nei termini sopra richiamati, il compito di incidere così pesantemente su numerosissimi diritti fondamentali.

Sul piano della legittimità, si consideri il caso paradigmatico della quarantena o della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva. Il dibattito si accende, da una parte, tra coloro che ritengono si sia sul terreno delle limitazioni alla libertà personale, e conseguentemente che i d.P.C.M. siano illegittimi, dal momento che occorrerebbe rispettare le garanzie previste dall'art. 13 Cost., ovvero la riserva assoluta di legge e la riserva di giurisdizione⁷⁰. È la prospettiva con la quale autorevole dottrina penalistica ha sottolineato la necessità di intervenire con una fonte primaria a disciplinare in modo organico la quarantena e le altre misure limitative di diritti e libertà fondamentali⁷¹.

Dall'altra, vi sono coloro – invero, la maggioranza⁷² – che ritengono si sia sul terreno delle limitazioni alla libertà di circolazione, e che conseguentemente

⁶⁹ Sul punto si vedano le pronunce selezionate in www.giustizia-amministrativa.it, nella sezione *Emergenza Covid 19 - Focus di Giurisprudenza e Pareri*.

⁷⁰ Dottrina citata in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 126; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 81.

⁷¹ Cfr. G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 6 aprile 2020, 202, anche per alcuni spunti in ordine alle esperienze straniere, fra cui il Coronavirus Act inglese del 25 marzo 2020 e l'impostazione seguita negli Stati Uniti. Anche G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, 2 aprile 2020, rileva come «la compressione di diritti fondamentali non possa avvenire in un modo così invasivo attraverso fonti diverse da quella legislativa».

⁷² Ad esempio, secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 127, si dovrebbero escludere le garanzie ex art. 13 Cost., sulla base della ricostruzione teorica di libertà

i d.P.C.M. non siano illegittimi, perché rispettosi della riserva di legge relativa disposta dall'art. 16 Cost.⁷³

La ricostruzione teorica dei confini entro cui una limitazione alla libertà di circolazione si riverbera sulla libertà personale è invero assai complessa e dibattuta⁷⁴. A parere di chi scrive, occorre valutare in concreto in quale forma e secondo quali modalità viene imposta e mantenuta la limitazione in questione. Quand'anche, come sembrerebbe preferibile in termini generali, si riconducesse la quarantena ad una limitazione della libertà di circolazione, le forme di vigilanza, i controlli e le sanzioni cui si è sottoponibili possono assumere una forza coercitiva tale che l'obbligo di permanenza domiciliare imposto in via generalizzata potrebbe trascinare in una limitazione della libertà personale del singolo individuo⁷⁵.

Sul punto, la ricostruzione del quadro giuridico è invero assai complessa, poiché dipende da una pluralità di atti (dalle ordinanze del Ministro della Salute, alle circolari dei prefetti) e dall'interpretazione datane dalle pubbliche amministrazioni⁷⁶, rendendo per l'appunto assai difficile ragionare su un livello astratto e generalizzato.

Si aggiunga poi che «anche l'idea di un cordone sanitario esteso all'intero Paese sembra estranea alla *ratio* dell'art. 16, di sicuro circoscritta a vincoli riguardanti esclusivamente talune, ben definite porzioni del territorio nazionale»⁷⁷.

I dubbi sulla legittimità di simili misure disposte con d.P.C.M., tuttavia, non si attestano solamente sul piano delle garanzie da rispettare nel disporre limitazioni alle libertà costituzionali, ma anche su un piano più strettamente legato al sistema delle fonti.

Tramite le misure di contenimento e gestione, infatti, viene operato un delicato bilanciamento, da una parte, tra il diritto alla salute (o meglio, la tutela

personale prescelta. Per M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020, invece, non sarebbe necessario invocare la riserva di giurisdizione perché non vi è valutazione che apra a rischi di arbitrio e discriminazione. Si sarebbe invece in presenza di una restrizione alla libertà di circolazione, imposta direttamente dalla legge (e non dall'amministrazione) ad una categoria di individui, selezionata senza alcuna discrezionalità, bensì sulla base di un criterio puramente e oggettivamente medico.

⁷³ Sebbene taluno riconosca nell'art. 16 Cost. una riserva di legge assoluta; v. L. MAZZAROLLI, *“Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale*, cit., 18.

⁷⁴ Per un'ampia ricostruzione a partire dalla giurisprudenza costituzionale e dalle ipotesi dottrinarie, anche più risalenti, si veda R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 656 ss.

⁷⁵ Integrando così una ipotesi di “atto coercitivo” (su cui *ivi*, 657, nota 17), o «menomazione della libertà morale» e «assoggettamento totale della persona al potere altrui» (su cui v. *ivi*, 657 s., nota 18).

⁷⁶ Problema rilevato anche da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 347.

⁷⁷ ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 207.

della salute come interesse della collettività), ritenuto prevalente anche dalla giurisprudenza⁷⁸, e dall'altra, la libertà di circolazione (si pensi al divieto di spostamento infracomunale), la libertà di riunione (divieto di assembramento), di religione e di culto (sospensione delle manifestazioni a carattere religioso), le libertà economiche e il diritto al lavoro (chiusura di fabbriche, imprese, attività commerciali), in deroga peraltro alla normativa di rango primario vigente.

Stante questa tipo di incidenza, ci si è giustamente interrogati sul fondamento e la natura degli atti giuridici cui viene affidato questo compito.

In assenza, come detto, di una clausola di "emergenza costituzionale", il fondamento di questi atti è stato rintracciato nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, positivizzati, seppur implicitamente, in una serie principi costituzionali⁷⁹. Stante questo assunto, diverrebbe possibile derogare temporaneamente a principi e previsioni di rango costituzionale, quali quelle citate sopra a presidio di svariate libertà, nel rispetto dei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità⁸⁰. Questi principi, tuttavia, in assenza delle necessarie norme di competenza e di procedura, necessiterebbero di una intermediazione da parte di norme di rango primario, individuate nei principi generali contenuti nel Codice della protezione civile, di cui al d.lgs. n. 1/2018, nonché nei decreti-legge qui oggetto di analisi⁸¹.

Per giustificare la capacità derogatoria alla legislazione vigente, inoltre, ai d.P.C.M. in questione è stata riconosciuta natura di ordinanze *extra ordinem*, con il conseguente onere del rispetto dei canoni (proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza) fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza, nonché dalla prassi vigente⁸².

⁷⁸ V. Cons. St., Sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553, ove si legge che «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

⁷⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113 s., che fa riferimento alla previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, dell'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139).

⁸⁰ R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 665.

⁸¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 123.

⁸² Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal, Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020, 3 ss.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 5 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. Editoriale*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, 18 marzo 2020, VII; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal, Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020, 3.

Per giustificare l'incidenza sulle libertà costituzionali, infine, si è altresì ricostruito il rapporto tra d.P.C.M. e fonti di rango primario argomentando come non siano i primi a disporre le limitazioni in questione, bensì i decreti-legge sulla cui base sono stati adottati: in questo modo sarebbe la normativa di rango primario a descrivere i presupposti dell'intervento, a disporre le forme di limitazione e a stabilire le sanzioni⁸³, nel pieno rispetto del principio di legalità⁸⁴, mentre spetterebbe ad atti amministrativi, o di alta amministrazione, il mero compito di commisurare l'estensione di tale limitazioni, in funzione di mera attuazione ed esecuzione⁸⁵. Quest'ultima ricostruzione sembrerebbe aver ricevuto il conforto della prima giurisprudenza amministrativa⁸⁶, presentando il pregio di salvaguardare l'assetto delle fonti stabilito in Costituzione⁸⁷.

Non si possono nascondere, però, i molteplici nodi problematici che emergono da simili prospettazioni.

Innanzitutto, vi sono margini di incertezza nel giustificare l'incisività dei d.P.C.M. attraverso una operazione interpretativa sistematica che ricollega una serie di principi costituzionali espressione di valori indiscutibilmente supremi per l'ordinamento, ma dalla portata estremamente ampia, ad una serie di altri principi generali contenuti nella disciplina sul sistema di protezione civile, aventi una propria organicità, e la disciplina disposta con decreti-legge, i quali hanno per molti versi delineato un sistema innovativo e forse al limite con la legittimità costituzionale.

Lo sforzo interpretativo risulta ancor più difficoltoso se si pensa che i d.P.C.M. in parola presentano una atipicità tale da non essere riconducibili ad alcun modello normativo previgente: non alle ordinanze di protezione civile, che l'art. 25, c. 2, del Codice della protezione civile circoscrive ad altri contenuti e finalità⁸⁸; non al generale potere di decretazione del Potere del Consiglio,

⁸³ M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit.

⁸⁴ Osserva E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit, 5, come «il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità», per cui «l'atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge».

⁸⁵ Così, in linea generale, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali, Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 30 marzo 2020, 511 ss.

⁸⁶ Conferme, ad esempio, in TAR Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, ove si legge che «è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione» (punto 18.3).

⁸⁷ R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 655 ss.

⁸⁸ Nella prassi, osserva A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 244 ss., come, in un'ottica di tipizzazione delle fattispecie che danno luogo all'adozione di ordinanze e delle forme concrete da queste ultime assunte, tra le normative più derogate vi sia la disciplina sul pubblico impiego, sugli adempimenti fiscali e tributari, la sospensione dei termini relativi a procedimenti amministrativi e giurisdizionali, ma anche relativi ai pagamenti di contributi e tributi, le regole sulla contabilità pubblica, i regimi autorizzatori, nonché le competenze degli enti territoriali. Tra i testi normativi

pur nella multiformità assunta nella nostra storia istituzionale, anche con riguardo ai poteri di direzione, indirizzo e coordinamento delle politiche di protezione civile⁸⁹; non ai regolamenti o agli atti di delegificazione.

Inoltre, anche il riconoscimento di una valenza meramente esecutiva, o attuativa, dei d.P.C.M. può lasciare perplessi⁹⁰. Non soltanto con riferimento all'oramai abrogata previsione delle «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» all'art. 2 del d.l. n. 6/2020, ma anche a quei d.P.C.M. che attingono tra le misure elencate dall'art. 1 del d.l. n. 19/2020: ne costituisce una riprova l'ampiezza con cui l'atto avente forza di legge formula tali misure, la produzione normativa a livello regionale che ha tentato di insinuarsi tra le sue maglie, la varietà di contenuti che i d.P.C.M. hanno concretamente assunto – e non poteva essere diversamente, a fronte dell'esigenza di modulare le misure di contenimento in relazione all'andamento epidemiologico. L'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini. Pur in un contesto emergenziale, il risultato è stato quello di svilire quella valenza democratica della riserva di legge posta a presidio degli equilibri tra poteri costituzionali⁹¹.

5. Perché decreti del Presidente del Consiglio e non decreti-legge?

In definitiva, pare di poter sostenere che nell'uso della decretazione d'urgenza per affrontare l'emergenza epidemiologica vi siano state significative distorsioni. Usando una forzatura teorica, si potrebbe dire come i decreti-legge, soprattutto quelli che hanno disposto misure di contenimento e gestione, abbiano operato impropriamente come una sorta di “norma di riconoscimento”

più derogati vi sono il codice civile, il T.U. sull'espropriazione, la legge su procedimento amministrativo. Osserva V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 365 ss., in particolare nota 20, come siano quattro i principali settori oggetto di deroga: quello degli «appalti di lavori, servizi e forniture e altri contratti pubblici», quello della «conformazione e pianificazione di beni immobili o del territorio», quello del «rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni» e quello residuale delle «altre discipline generali e di settore». Per un'analisi più approfondita degli ambiti materiali in cui ricadono le ordinanze, cfr. sempre A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 10 ss.

⁸⁹ V. art. 5 del d.lgs. n. 1/2018.

⁹⁰ Cfr. anche R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto “di principio”*, cit., 515, che pur critica l'ampiezza dei decreti-legge e il ricorso ai d.P.C.M. per dettagliare le scelte in merito alle misure limitative della libertà di circolazione ed alla loro motivazione.

⁹¹ Il riferimento va ai classici cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 5, e S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 663 ss. Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., che «qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti – anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri – deve trovare il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo – legge formale o atto con forza di legge – perché, in un modo o nell'altro, la limitazione stessa possa essere assoggettata al vaglio del Parlamento».

– nel senso indicato da Hart di norma che definisce i criteri per l'individuazione delle fonti valide in un dato ordinamento giuridico⁹² – nei confronti di una serie di tipologie normative che hanno assunto contenuti tali da essere difficilmente riconducibili agli atti che condividono lo stesso *nomen iuris*.

Se i decreti-legge che sono stati adottati sono meritevoli di attenta analisi, si potrebbe dire, allo stesso tempo, che qualche perplessità sorge anche nei confronti dei decreti-legge che non sono stati adottati. In altri termini, e in prospettiva costruttiva, l'interrogativo che nasce riguarda i motivi per cui le misure limitative di così tante libertà costituzionali siano stati adottate con d.P.C.M. e non direttamente con decreto-legge.

Si potrebbe rispondere come in questa fase occorra uno strumento persino più agile della decretazione d'urgenza⁹³, dal momento che le «necessità di contrasto variano di giorno in giorno e a seconda dei territori ed essendo lo stesso Parlamento in difficoltà di svolgere regolarmente le sue funzioni»⁹⁴. La circostanza che questi atti siano adottati da un organo monocratico e che non debbano, di per sé⁹⁵, passare al vaglio di un organo collegiale in cui trovano espressione diverse anime politiche (sia esso il Consiglio dei Ministri per l'approvazione, o il Parlamento per la conversione) è senza dubbio garanzia di celerità.

Il d.P.C.M., inoltre, è una forma di decisione che consente di integrare il momento della decisione politica (e amministrativa) con ulteriori apporti tecnico-scientifici, attraverso la consultazione di organismi tecnici⁹⁶.

Questa scelta, infine, appare sì dettata da una logica di accentramento e di speditezza, ma anche perché la normativa di settore sulla protezione civile e la sanità viene giudicata inadeguata ad affrontare emergenze di questa portata⁹⁷.

Il dubbio, però, è se si tratti di ragioni sufficienti, anche alla luce di una comparazione tra benefici e costi.

Fermandoci su un dato puramente quantitativo, risulta che tra il 23 febbraio e il 30 maggio si siano susseguiti 13 d.P.C.M. e 17 sedute del Consiglio dei

⁹² Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, *passim*, prescindendo qui dalla fattualità con la quale una norma di riconoscimento esiste e manifesta i suoi contenuti. Concetto valorizzato recentemente da A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, 23 ss.

⁹³ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 212.

⁹⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 1. In senso analogo L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, cit., 3, che addirittura ritengono tra gli strumenti normativi il d.P.C.M. «il più conforme al principio di proporzionalità».

⁹⁵ Salvo, come visto, l'onere di trasmissione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione ex art. 2, c. 5, d.l. n. 19/2020.

⁹⁶ Si ricorda che il d.l. n. 19/2020 prevede espressamente che i d.P.C.M. siano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico» (art. 2, c. 1).

⁹⁷ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 6, che parla di «un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana».

Ministri (durante le quali, va ricordato, sono stati adottati i 14 decreti-legge)⁹⁸. In termini assoluti, quindi, ci si potrebbe chiedere perché l'organo collegiale non avrebbe potuto deliberare direttamente anche sulle misure di contenimento e gestione – al netto delle diverse procedure istruttorie che precedono le decisioni del Consiglio dei Ministri, ma che nella prassi possono subire una frequente compressione⁹⁹. Parimenti, ci si potrebbe chiedere perché anche le decisioni del Consiglio dei Ministri non possano aprirsi all'apporto di organismi tecnici, sempre in fase di istruttoria.

L'impressione è che il Consiglio dei Ministri sia una sede nella quale viene affrontato un quantitativo enorme di questioni, forse eccessivo, anche alla luce della complessità e della natura tecnica dei problemi¹⁰⁰. Ma si tratta anche di una sede che rischia di essere troppo esposta ai conflitti politici che scaturiscono in seno alla coalizione di maggioranza¹⁰¹: a questo proposito si pensi, nella definizione delle misure di sostegno alle imprese previste dal d.l. n. 23/2020, a quanto accaduto in ordine alla definizione del ruolo di Sace s.p.a.¹⁰²; oppure, tra le misure di rilancio dell'economia contenute nel d.l. n. 34/2020, al tema della regolarizzazione degli immigrati irregolari¹⁰³.

Non sembra ultroneo ipotizzare che il Governo avrebbe potuto provvedere direttamente con atto avente forza di legge¹⁰⁴; ma anzi, che ciò sarebbe stato necessario per non “svuotare di significato” il decreto-legge¹⁰⁵, per rispettare maggiormente il principio di legalità¹⁰⁶, per garantire una maggior aderenza a

⁹⁸ Dati tratti dal sito internet istituzionale del Governo.

⁹⁹ Il riferimento va alla disciplina del d.P.C.M. del 10 novembre 1993, frequentemente derogato dalla prassi con riguardo, ad esempio, al coordinamento effettivo del DAGL, la diramazione dei documenti a tutte le componenti del Consiglio, le questioni affrontate nelle sedute del pre-Congresso; v. G. SGUEO, *Lo scontro tra regola e prassi nelle riunioni del Consiglio dei Ministri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 159 ss.

¹⁰⁰ Per alcune considerazioni sulle trasformazioni dell'indirizzo politico di governo, sia consentito rinviare a G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 271 ss.

¹⁰¹ Cfr. G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione*, cit., 222 ss.

¹⁰² Cfr. “*Non indeboliamo Cdp*”. *Italia Viva e M5s bocciano il piano Gualtieri su Sace*, in *La Stampa*, 5 aprile 2020, disponibile su: <https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/04/05/news/non-indeboliamo-cdp-italia-viva-e-m5s-bocciano-il-piano-gualtieri-su-sace-1.38679889> (ult. acc. 30/05/2020).

¹⁰³ Cfr. *Scontro M5s-Pd sui migranti. Il Viminale, il testo è pronto*, in *Ansa.it*, 12 maggio 2020, disponibile su: https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2020/05/12/migranti-p.chigi-ce-sintesi-governo_ace530a2-c597-42ed-bf66-9d15f461bf64.html (ult. acc. 30/05/2020).

¹⁰⁴ A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, cit., 5; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 2.

¹⁰⁵ F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, cit., 4.

¹⁰⁶ F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 7; A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, 9; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, cit., 6.

«quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare»¹⁰⁷. Addirittura è il decreto-legge la fonte per la quale la dottrina si è interrogata a lungo sulla possibilità che fosse abilitata o meno a derogare la Costituzione e sospendere le garanzie a presidio delle libertà in situazioni di pericolo per l'intero ordinamento o di emergenza assoluta¹⁰⁸; caso, quest'ultimo, in cui potrebbe farsi rientrare l'emergenza da Covid-19, la cui gravità, però, non può comunque portare ad accedere all'ipotesi sopra prospettata¹⁰⁹ – sul punto si ritornerà in conclusione.

Viceversa, l'uso del d.P.C.M. ha avuto conseguenze su un duplice versante.

Da una parte, in termini di alterazione degli equilibri infragovernativi e di collegialità interna al Governo¹¹⁰. Con la scelta della fonte attraverso cui operare, il Governo ha introdotto una procedura *ad hoc* di adozione dei d.P.C.M., che prevede la proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni, a seconda dell'ambito territoriale interessato dalle misure. Un così ampio coinvolgimento di esponenti del Governo costituisce, sul piano giuridico, il tentativo di ricercare un modulo alternativo alla collegialità del Consiglio dei Ministri per mitigare il rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio nell'adozione di scelte così significative. La ricerca di moduli organizzativi più adeguati ai compiti del Governo costituisce oramai una esigenza insopprimibile, da cui trae alimento anche la proliferazione di organi differenziati come i comitati interministeriali. Tuttavia, se il

¹⁰⁷ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 9.

¹⁰⁸ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 835, nota 14, a partire dalla suaccennata distinzione tra necessità assoluta e relativa. V. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova 2003, 340 ss., che apre a questa ipotesi, proprio perché – osserva – la Costituzione pone «al Governo insuperabili limiti in ordine sia al contenuto e alla forma (misure “provvisorie”, e perciò necessariamente limitate nel tempo; proporzionate all'emergenza che devono fronteggiare; adottate con “decreto presidenziale” avente forza di legge) sia ai controlli e alla responsabilità e, quindi, al regime dell'atto ovviamente non derogabile dallo stesso decreto».

¹⁰⁹ Di avviso contrario L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 67 s., che oppone come argomenti il diverso avviso ricavabile dai lavori dell'Assemblea costituente e la mancanza di alcun riferimento al presupposto regime “duale” che ne deriverebbe alla luce di d.l. aventi forza di legge ordinaria e altri aventi forza di legge costituzionale, come delle rispettive leggi di conversione. Ne deriva che «i decreti-legge anticostituzionali sono ancor meno ammissibili oggi di quanto non lo fossero nell'ordinamento statuario». Contrario anche F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. soc.*, 1974, 510 s., a partire dal presupposto che i d.l. avrebbero forza di legge, e quindi la stessa efficacia e i relativi limiti.

¹¹⁰ Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., come «assieme alla rappresentanza parlamentare viene “sospesa” anche la collegialità del Governo, entrambe sostituite dalla comunicazione diretta tra vertice dell'Esecutivo e cittadini».

bilanciamento da operare nella scelta di qualsiasi forma di collegialità alternativa è quello, tra l'altro, di assicurare il coordinamento funzionale tra centri di decisione e di non concentrare eccessivamente nelle mani di un esponente o un'amministrazione il potere decisionale¹¹¹, si comprende come il procedimento descritto di adozione dei d.P.C.M. possa non rivelarsi pienamente soddisfacente a fronte di una non del tutto effettiva capacità di coordinamento, soprattutto in termini di assunzione di responsabilità, e di una concentrazione in capo al Presidente del Consiglio del potere di adottare misure così incisive.

Sul piano politico, poi, tale procedura rappresenta forse il tentativo di ovviare alle citate difficoltà nei rapporti in seno alla maggioranza di governo, al costo però di determinare una sovraesposizione del titolare della carica di Presidente del Consiglio, responsabile – come noto¹¹² – di aver dato vita agli ultimi due Governi in un contesto di forte crisi istituzionale e di debolezza del sistema politico-partitico¹¹³.

Dall'altra, la scelta del d.P.C.M. influisce anche sulle dinamiche dei rapporti tra organi costituzionali e nelle garanzie di cui essi si fanno portatori¹¹⁴.

L'effetto è stato innanzitutto quello di esautorare il Parlamento dalle sue funzioni di controllo esercitate con la conversione dei decreti-legge; anche se sarebbe stato necessario valutare attentamente le conseguenze della mancata conversione di previsioni che avrebbero potuto disporre direttamente misure di contenimento, più di quanto effettivamente accaduto a seguito delle abrogazioni verificatesi nella successione dei decreti-legge adottati¹¹⁵, o dalla loro completa abrogazione (che assomiglia ad una non conversione), con contestuale sanatoria e stabilizzazione di parte delle relative previsioni a seguito della loro refusione in altri decreti-legge¹¹⁶. Se ciò può essere considerato il frutto di una «strategia di politica del diritto» messa in campo dal Governo, volta al parziale aggiramento del Parlamento, occorre considerare anche come vi sia stata da parte di quest'ultimo una rinuncia «ad esercitare da subito il controllo

¹¹¹ V. ancora G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione*, cit., 213 ss.

¹¹² Cfr. A. MORELLI (a cura di), *Dal contratto di governo alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

¹¹³ Come sottolinea B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. Editoriale*, cit., 6, rendendo così il processo decisionale più oscuro.

¹¹⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 209; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 8 s.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, cit., 4.

¹¹⁵ Si pensi alle modifiche e abrogazioni disposte dal d.l. n. 18/2020 al d.l. n. 9/2020, o all'abrogazione della maggior parte delle previsioni sulle misure di contenimento del d.l. n. 6/2020 da parte del d.l. n. 19/2020. Sul punto si rinvia a E. ROSSI, in questo *Speciale*.

¹¹⁶ È quanto accaduto con la legge n. 27/2020, di conversione del d.l. n. 18/2020, che ha «abrogato» i d.l. n. 9, 11 e 14/2020, e ne ha fatti salvi gli effetti (art. 1, c. 2). Ipotesi preconizzata anche in F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1, 2020, 4.

con gli strumenti del sindacato ispettivo»¹¹⁷. In più, si aggiungano le difficoltà non solo materiali e politiche, ma anche giuridiche, nell'ammettere sulla base dell'art. 64 Cost. e del diritto parlamentare vigente la possibilità che i dibattiti e le votazioni avvengano tramite strumenti elettronici o di videoconferenza¹¹⁸.

L'uso dei d.P.C.M. al posto dei d.l., però, ha avuto anche l'effetto di pretermettere formalmente il Presidente della Repubblica, impedendogli del tutto la possibilità di svolgere un controllo in fase di emanazione, al netto dei poteri informali che eventualmente il Capo dello Stato può spendere per interloquire con il Governo e discutere sulla "opportunità" di determinati atti¹¹⁹.

Ed infine, la scelta del Governo ha determinato una sottrazione della fonte al controllo della Corte costituzionale, sebbene i d.P.C.M. siano pure assoggettabili al sindacato del giudice amministrativo¹²⁰.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, quella che stiamo affrontando è una situazione inedita, nelle cui condizioni non è peregrino che saltino gli schemi giuridici usuali¹²¹. Ad un

¹¹⁷ Come rileva F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 10.

¹¹⁸ In questo senso militano le interpretazioni più restrittive dell'art. 64, c. 3, Cost., con riguardo al concetto di "presenza", su cui v. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1° aprile 2020, 5 ss., invocando anche il principio della necessaria rappresentanza proporzionale nella composizione degli organi parlamentari e il principio maggioritario delle decisioni (artt. 72, c. 3, e 82, c. 2, Cost.). Ipotesi, quella del voto a distanza, che sembra percorribile invece per S. CURRERI, *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, in *LaCostituzione.info*, 16 marzo 2020, giustificandosi con la grave situazione emergenziale e il dovere comunque di assicurare il buon andamento dei lavori (art. 8 R.C.), per il tramite del parere unanime della Giunta per il regolamento e la delibera unanime della Conferenza dei capigruppo, allargata ai Presidenti delle componenti politiche del gruppo misto. Favorevole anche N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2020, 31 marzo 2020, che riporta precedenti e pronunce giurisprudenziali a riprova dell'elasticità con cui tale previsione può essere interpretata e in favore dell'autonomia regolamentare. Vi è però chi ritiene che debba essere privilegiata la discussione, il dibattito, il confronto dialettico e spesso compromissorio svolto necessariamente in presenza, come C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 85 s..

¹¹⁹ Viene qui alla mente quel passaggio della sent. n. 1/2013 in cui la Corte costituzionale chiarisce come il Presidente della Repubblica disponga di un «potere di persuasione», essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato» (8.3 cons. dir.).

¹²⁰ Con tutte le difficoltà legate all'accesso alla giustizia, come sottolineato da F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 9 s.

¹²¹ Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 207. Di una maggiore aderenza più alle necessità straordinarie che alle nozioni giuridiche acquisite parla anche U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, 1.

giudizio finale, le misure messe in campo non sembrano porsi in aperta rottura con l'ordinamento, sebbene vi sia stata una marcata torsione nell'uso delle fonti normative, prima fra tutte il decreto-legge, utilizzato come strumento attraverso cui definire il regime, e forse anche la natura degli strumenti normativi – si è detto, istituire un vero e proprio microsistema delle fonti – con cui affrontare l'emergenza. Questa scelta di metodo e di contenuti ha condizionato, come in una sorta di “effetto domino”¹²², l'utilizzo degli atti normativi emergenziali di ogni altro livello territoriale di governo, con il risultato di provocare una alterazione considerevole degli equilibri tra poteri costituzionali e la compressione di alcuni principi a tutela delle libertà.

È fondamentale, dunque, che anche in situazioni di vera emergenza come quella attuale tali scostamenti si verifichino per un periodo strettamente limitato di tempo¹²³, che si salvaguardino, nelle loro logiche di fondo, i meccanismi democratici¹²⁴, e che al contempo si preservino le categorie giuridiche che, secondo Costituzione, devono orientare i rapporti tra autorità e libertà¹²⁵. Per questo, una volta calmate le acque, si potrebbe ragionare, in una prospettiva di riforma costituzionale o legislativa, su una disciplina che definisca meglio le condizioni e gli strumenti normativi con cui fronteggiare situazioni analoghe, anche attraverso le necessarie limitazioni delle libertà costituzionali.

L'epidemia da Covid-19 ha reso evidente come tra i fattori da tener presente vi siano: le garanzie individuali da accordare a fronte di misure limitative di diritti fondamentali posti al confine tra libertà di circolazione e libertà personale; i meccanismi di assunzione di responsabilità collegiale da parte del Governo; una funzione di garanzia effettiva del Capo dello Stato, già chiamato a intervenire nelle situazioni emergenziali¹²⁶; un ruolo più incisivo del

¹²² Espressione usata da G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., secondo cui «era logico aspettarsi che, diventato il decreto legge una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente, quando si fosse presentata una vera situazione di necessità e urgenza, il procedimento ideato dai Costituenti per fronteggiare velocemente l'emergenza sia apparso “lento”, come “lento” era apparso il procedimento ordinario di formazione della legge di fronte all'abuso della parola “emergenza” per qualunque problematica economica o sociale si presentasse al vaglio della politica».

¹²³ «Non si può negare che la necessità “di fatto” assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento, non si deve accettare che terminato lo “stato di necessità” la rottura delle regole prosegua»; cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 31 marzo 2020, II ss., che giudica gli atti fin qui adottati non conformi a Costituzione, ma non illegittimi.

¹²⁴ T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 30 marzo 2020, 192 ss.

¹²⁵ Come ritiene anche A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 523.

¹²⁶ Che, come rileva B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*. Editoriale, cit., VI, avviene già in situazioni *extra ordinem* secondo i poteri a lui attribuiti dall'art. 87 Cost.: rappresenta l'unità nazionale rispetto a Regioni ed enti locali ove si applica l'art. 120, c. 2,

Parlamento nell'informazione e nel controllo¹²⁷; una migliore definizione dei confini del potere di ordinanza delle Regioni e dei sindaci¹²⁸; l'istituzione di sedi di raccordo con le autonomie territoriali per concertare preventivamente le misure da adottare¹²⁹.

A ben vedere, molte di quelle emerse sono esigenze che devono essere salvaguardate anche in un contesto di piena "ordinarietà". In fin dei conti, la vicenda in esame induce a riflettere non soltanto sulle incertezze che oggi caratterizzano la decretazione d'urgenza e il sistema delle fonti in una fase di emergenza, ma anche in condizioni di piena "normalità"¹³⁰. Come la crisi si sta dimostrando un'occasione per riconsiderare gli stili di vita e i modelli di organizzazione sociale¹³¹, e addirittura per assumere consapevolezza delle false sicurezze di cui si circondano le persone¹³², così, anche sul piano giuridico, può divenire una occasione per riconsiderare il regime delle fonti normative e riportarle entro un alveo precostituito, interrompendo così quell'"effetto domino" che rischia di spingere verso l'abbandono dei canoni formali.

Cost.; dichiara lo stato di guerra *ex art.* 78 Cost.; emana i decreti aventi valore di legge ai sensi dell'art. 77 Cost.

¹²⁷ Come chiosa A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, cit., 6, «il Parlamento non può chiudere». Che non chiudano i servizi pubblici essenziali (persino le tabaccherie), ma che rischi di chiudere il Parlamento, «organo vitale della democrazia rappresentativa», è censurato da G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., IV.

¹²⁸ Come osserva C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 9, sono limiti dimostrati da «il precario assetto delle fonti, che ha cercato inutilmente di coprire l'impotenza di fronte a iniziative e pretese di parte regionale eccedenti il costituzionalmente disponibile».

¹²⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 373, che definisce modello vincente quello della «cooperazione di tutte le istituzioni operanti nel territorio coordinate in modo efficace dal centro».

¹³⁰ ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit.

¹³¹ R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, cit., 7 s.

¹³² «Una crisi ci costringe a tornare alle domande; esige da noi risposte nuove o vecchie, purché scaturite da un esame diretto; e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcepiuti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce» (H. ARENDT, *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano, 1991, 229).