

IL BARATRO DELLA NECESSITÀ E LA CHIMERA DELLA COSTITUZIONALIZZAZIONE: UNA LETTURA DELLA CRISI DELLE FONTI DEL SISTEMA DI PROTEZIONE CIVILE CONTRO LE BATTAGLIE DI RETROGUARDIA*

ANDREA CARDONE**

Sommario

1. L'eterno ritorno degli spettri dell'emergenza. – 2. La «normalizzazione» dell'emergenza e la rimodulazione del rapporto tra decreti-legge e ordinanze *extra ordinem*. – 3. La gestione alternativa dell'emergenza, tra ibridazioni del potere d'ordinanza e nuove formule normative. – 4. Il problematico contenuto dei d.P.C.M. alla luce delle norme attributive del potere contenute nei decreti-legge. – 5. La “mela avvelenata” della straordinarietà del caso e dell'adeguatezza di una gestione *ad hoc*. – 6. La “fuga” dal sistema delle fonti di protezione civile: la necessità come fonte del diritto è davvero la soluzione?. – 7. La derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile: ha senso costituzionalizzare l'emergenza?

Abstract

In the context of the COVID crisis, Italy has witnessed a spate of extraordinary legal measures pressed by executive discretion, with a multitude of problems related to proper limitation of constitutional freedoms, relations among State, regions and municipalities, as well as difficult adaptation of the Parliament to this new reality. Against this background, this article tries to shed light on two problems: on one hand, the configurability of “necessity” as a source of law and, on the other, the necessity/opportunity of incorporating an “emergency clause” into the Italian Constitution. After having recalled the constitutional framework and analyzed the numerous decree-laws, ordinances and decrees issued during these months, the article argues that the major problem in the current crisis is the departure from the constitutional principles, rules and procedures created by legislature and administrative case-law in more than twenty-five years since the creation of the National Civil Protection System, which has efficiently and proportionally governed cases of emergency so far.

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, 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.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: andrea.cardone@unifi.it

1. L'eterno ritorno degli spettri dell'emergenza

La vicenda normativa che si è dipanata intorno alla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha riportato in auge tra i commentatori più attenti alle problematiche in materia di fonti del diritto – ma, più ampiamente, nel dibattito pubblico, grazie anche a numerosi interventi sulla stampa cartacea e *on line* – due temi che da sempre accompagnano l'evoluzione che l'ordinamento giuridico italiano ha conosciuto in tema di poteri e fonti della contingibilità e dell'urgenza. Due temi che carsicamente riaffiorano nei momenti in cui l'acutizzarsi delle crisi spalanca le porte agli spettri legati alle incrinature del principio di legalità e della rigidità costituzionale determinate da quegli eventi imprevedibili e imprevedibili che non possono essere fronteggiati con il diritto ordinariamente vigente.

Si intende fare riferimento, da un lato, alla configurabilità della necessità come fonte del diritto, dall'altro, alla necessità/opportunità dell'inserimento in Costituzione di una disciplina dell'emergenza. Entrambi i temi, infatti, sono stati evocati come possibili strumenti per giustificare, *de iure condito*, e contenere in futuro, *de iure condendo*, le difficoltà cui la gestione dell'emergenza ha dato luogo in punto di limitazione delle libertà fondamentali e di compressione delle sfere di autonomia degli enti territoriali, nonché, in definitiva, di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, che, attraverso le riserve di legge e il principio di legalità, avrebbe dovuto poter presidiare i due ambiti in questione e che, invece, è risultato estromesso da una politica normativa imperniata su atti prevalentemente governativi, ovvero i ben noti decreti-legge e d.P.C.M. di cui si avrà modo di dire in seguito.

Come ovvio, l'esatta comprensione della portata di questi non trascurabili problemi presuppone una ricostruzione della prassi, cui saranno dedicate alcune delle pagine che seguono. Ciò che, invece, si può rimarcare fin da subito, anche allo scopo di chiarire in via del tutto preliminare il piano su cui si intende portare il ragionamento, è che la duplice idea secondo cui per superare le ricordate difficoltà si possa (o, addirittura, si debba), per un verso, individuare nello stato di necessità indotto dall'epidemia la fonte ultima in grado di fondare le misure governative derogatorie della legge che limitano i diritti fondamentali e comprimono le competenze degli enti territoriali¹, per l'altro, inserire in Costituzione una previsione dello stato di emergenza che non obblighi ad immaginare l'applicazione analogica dell'art. 78 Cost. in tema di deliberazione dello stato di guerra², può risultare problematica sotto diversi profili.

In particolare, essa sembra basarsi, da un primo punto di vista, su una certa sottovalutazione degli approdi cui è giunto l'ordinamento nel perfezionare gli

¹ Vedi *infra*, § 6.

² Vedi *infra*, § 7.

strumenti per fronteggiare le fattispecie contingibili e urgenti, da un secondo punto di vista, su una non soddisfacente ricostruzione delle ragioni per cui la prassi normativa cui si è assistito ha posto le note questioni di compatibilità costituzionale con riferimento alle libertà fondamentali e alle competenze delle autonomie territoriali. Segnatamente, ciò che si vuole mettere in adeguata luce è che, se si ha ben presente la definizione dello stato dell'arte della gestione dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale fino alla pandemia da Covid-19 e si ricostruisce alla luce di tale *acquis* la prassi sviluppata dal Governo a partire dalla fine del mese di gennaio 2020, ci si avvede che, ai fini di una valutazione problematica della gestione dell'emergenza da Covid-19 dal punto di vista delle fonti del diritto, la chiave di lettura più utile della prassi normativa del Governo è quella che porta a sottolineare come tale prassi si sia tradotta in un macroscopico scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile e che questa sia la causa principale per cui gli atti adottati sono risultati, come detto, problematici, sia dal punto di vista della loro compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali, sia con riferimento al rispetto delle competenze costituzionalmente garantite delle autonomie territoriali.

Si cercherà, quindi, di evidenziare che la deviazione dal paradigma normativo del sistema nazionale di protezione civile ha sottoposto il sistema delle fonti a delle torsioni che si sono manifestate, da un lato, nell'iniziale ibridazione del potere *extra ordinem* del Governo con il potere d'ordinanza del Ministro della Salute previsto dall'art. 32, l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, dall'altro, nella creazione di un canale parallelo e inedito, basato su decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri. E questo per la fondamentale ragione che l'analisi della prassi alla luce dello stato dell'arte in tema di emergenza costituzionale dimostra chiaramente che quelle torsioni non appaiono, né dovevano apparire, necessarie a fronte delle risorse che l'ordinamento già conosce per la gestione delle emergenze.

Infine, sulla base di quella si considera l'esatta ricostruzione della genesi dei problemi richiamati, si potrà proporre qualche riflessione conclusiva sull'intenso dibattito che si è originato sull'opportunità di rievocare la necessità come fonte del diritto ed invocare la "costituzionalizzazione" dell'emergenza e/o di ricorrere alla dichiarazione dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.

2. La «normalizzazione» dell'emergenza e la rimodulazione del rapporto tra decreti-legge e ordinanze *extra ordinem*

Per quanto riguarda lo stato dell'arte della gestione dell'emergenza costituzionale nel nostro ordinamento, si può sinteticamente affermare che il punto di arrivo di una più che secolare tradizione che affonda le sue radici nelle norme post-unitarie istitutive dei poteri di ordinanza *extra ordinem* di Prefetti e Sindaci in veste di ufficiali territoriali del Governo è rappresentato dal sistema nazionale di protezione civile. Utilizzo questa espressione, piuttosto che riferirmi al nuovo Codice della Protezione Civile adottato con d.lgs. n. 1/2018, essenzialmente per due ragioni.

Da un primo punto di vista, per mettere in evidenza che il Codice sistematizza, in larga misura, in un unico corpo normativo, la disciplina che si è sviluppata in seguito all'emanazione della l. 225/1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile³; legge la cui conformità a Costituzione – giova evidenziarlo in prima battuta – è stata chiarita dalla Corte costituzionale con la sentenza 418/1992. In primo luogo, infatti, al verificarsi degli eventi emergenziali, il Codice continua a prevedere la deliberazione dello stato di emergenza come primo atto delle gestioni contingibili e urgenti (art. 24). Lo stato di emergenza è deliberato dal Consiglio dei ministri, che ne fissa la durata e ne determina l'estensione territoriale, autorizzando l'emanazione di ordinanze di protezione civile che, con effetti temporanei, possono disporre anche in deroga alla legge (non è il caso qui di addentrarsi nella questione se di vera deroga si tratti o, piuttosto, di sospensione, dato il suo carattere temporaneo). Per evitare il protrarsi indefinito dello stato di emergenza, il Codice prevede, poi, all'art. 24 co. 3, una durata massima di 12 mesi, prorogabile per non più di altri 12 mesi⁴. È da subito il caso di rilevare che la deliberazione collegiale dello stato di emergenza è aspetto particolarmente significativo, perché la sua natura costitutiva – e non meramente dichiarativa – testimonia l'assunzione da parte del Governo della responsabilità politica della qualificazione dell'emergenza in atto come evento non fronteggiabile nel rispetto dell'ordinario diritto legislativo e, come tale, postulante la necessità di attivare il potere governativo di necessità e urgenza, che, per l'appunto, costituisce la conseguenza giuridica tipica della deliberazione in questione. In secondo luogo, per quanto riguarda più da vicino il potere di ordinanza *extra ordinem*, anche l'art. 25, co. 1, del

³ U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 1/2018

⁴ Cfr., però, l'art. 15 del d.l. n. 162/2019, che ha consentito una proroga fino a tre anni per la gestione dell'emergenza seguita al crollo del Ponte Morandi di Genova, nonché il recente art. 14, co. 4, del d.l. n. 34/2020, che proroga gli stati di emergenza, «diversi da quello dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020», in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili ai sensi del Codice della Protezione Civile.

Codice riprende la disciplina precedente e, conseguentemente, prevede che le ordinanze siano adottate nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (cui si aggiunge il limite del diritto dell'Unione europea), nonché raggiunta l'intesa con le Regioni interessate. Prevede, inoltre, che le suddette ordinanze rechino l'espressa indicazione delle norme derogate ed una idonea motivazione (art. 25, co. 2). Rispetto al sistema affermatosi in precedenza è, invece, venuto meno il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (art. 25, co. 3), che era stato affermato dallo stesso giudice contabile nell'ambito di un "braccio di ferro" con il Governo, che nel 2008 aveva tentato di escluderlo addirittura con una norma di interpretazione autentica introdotta attraverso la decretazione d'urgenza (art. 14, co. 1, d.l. n. 90/2008). In terzo luogo, il Codice consolida il ruolo di Regioni ed Enti locali all'interno del sistema di protezione civile prevedendo, tra le altre cose, che il sistema sia organizzato nel rispetto delle loro competenze (artt. 3, co. 1, lett. b, e 11); consolidamento realizzatosi anche per effetto della prassi con cui, nel rispetto del principio di leale collaborazione, i Presidenti delle Giunte regionali sono stati di sovente nominati Commissari delegati per la gestione delle emergenze.

Da un secondo punto vista, definire il sistema – e non il Codice – di protezione civile come il punto di arrivo dell'evoluzione del diritto dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale consente di mettere in evidenza come lo stato dell'arte – fino alla pandemia in atto – era contraddistinto anche da una corposa serie di limiti al potere d'ordinanza definiti per via giurisprudenziale, anche nei decenni precedenti la legge del 1992, sia dalla Corte costituzionale, che ha scrutinato in astratto la costituzionalità delle singole norme attributive del potere *extra ordinem* del Governo e dei Prefetti, sia dal giudice amministrativo, che ha sindacato in concreto la legittimità dei singoli provvedimenti derogatori della legge. Si è, così, venuto definendo in via pretoria un chiaro regime giuridico delle ordinanze di protezione civile, che ha integrato la disciplina positiva e ne ha definito uno statuto normativo, i cui aspetti essenziali, come noto, possono essere così sintetizzati: 1) efficacia limitata nel tempo, con previsione di un termine finale e obbligo di motivazione delle proroghe e dell'impossibilità di provvedere in via ordinaria per la durata dell'emergenza⁵; 2) soggezione alla riserva di legge ed ai principi di rango legislativo (come quelli, ad esempio, di concorrenza, trasparenza, «giusto procedimento»)⁶; 3) possibilità di comprimere i diritti costituzionali in base ad un bilanciamento in

⁵ A partire da Corte cost. n. 8/1956, in seguito tra le pronunce più rilevanti cfr. Corte cost. n. 127/1995; Cons. Stato, Sez. V., n. 6280/2002, Sez. IV, n. 2795/2005, Sez. IV, n. 1270/2006, Sez. V, n. 6029/2006.

⁶ A partire da Corte cost. nn. 8/1956 e 26/1961; Cons. Stato, Sez. V, n. 1003/2005, sez. IV, n. 2795/2005

concreto tra interessi costituzionalmente protetti che sia esplicitato in motivazione, proporzionato e ragionevole, intendendosi i due aggettivi come espressione di una complessiva adeguatezza spazio-temporale delle misure⁷; 4) capacità di derogare le competenze degli enti territoriali, senza poter giungere ad annullarle e, comunque, nel rispetto del principio di leale collaborazione⁸; 5) obbligo di pubblicazione in caso di effetti non individuali⁹.

Grazie al sistema nazionale di protezione civile – inteso qui, storicamente, come risultante della l. n. 225/1992, del Codice della protezione civile del 2018 e della (anche) pregressa giurisprudenza costituzionale e amministrativa – si è, dunque, strutturato un vero e proprio ordinamento attraverso cui si è compiuto un percorso che, in altra sede, è parso di poter chiamare di “normalizzazione dell'emergenza”¹⁰, proprio per alludere alla procedimentalizzazione e alla definizione dei limiti giurisprudenziali che hanno inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* del Governo (e, in particolare, quelle di protezione civile, ma il discorso vale anche per quelle sanitarie del Ministro della Salute) nel solco della Costituzione repubblicana. Un percorso che fa oggi ritenere, per un verso, superati molti dei dubbi sulla legittimità costituzionale del potere d'ordinanza prospettati negli anni (si pensi, in particolare, alle note critiche di Giuseppe Ugo Rescigno¹¹, Giuseppe Marazzita¹² e Cesare Pinelli¹³), per l'altro, capitalizzati gli sforzi compiuti dalla dottrina nello stesso senso (si pensi, soprattutto, a quelli di Alessandro Pizzorusso, basati sull'uso del modello della delegificazione¹⁴, o a quelli di Roberto Cavallo Perin, fondati

⁷ Corte cost. nn. 4/1977, 100 e 201/1987 e 51/1991; Cons. Stato, Sez. V, n. 1371/2003, e Sez. IV, n. 2246/2006.

⁸ Corte cost. nn. 127/1995, 39/2003, 222/2006, 105 e 169/2009; Cons. Stato, Sez. V, n. 6809/2002, Sez. VI, n. 2426/2006.

⁹ Si tratta di un'affermazione («efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale») contenuta in Corte cost. n. 8/1956 che, come noto, non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza ma che è stata raccolta, in parte, dallo stesso legislatore (v. art. 5, co. 6, l. n. 225/1992 e, ora, art. 24, co. 5, d.lgs. n. 1/2018)

¹⁰ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

¹¹ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1965, 90 ss., e, ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.

¹² G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, 519 ss., e, in particolare, ID., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹³ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 317 ss.

¹⁴ A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1984, 640 ss.

sull'idea del rinvio a tutte le facoltà derogatorie che la legge attribuisce alla p.a.¹⁵).

Sul piano più strettamente delle fonti, attraverso questo processo di normalizzazione, il potere *extra ordinem* di protezione civile esercitato attraverso le ordinanze si è progressivamente sostituito alla decretazione d'urgenza come strumento di gestione delle emergenze. Non sono, però, già in passato mancati i casi in cui il Governo ha agito sulla disciplina del potere di ordinanza attraverso la decretazione d'urgenza: a) modificando in via generale e astratta il sistema di protezione di civile oppure, alternativamente, derogandolo in parte in relazione alla singola situazione emergenziale; b) istituendo con d.l. specifici poteri d'ordinanza per singole fattispecie emergenziali, prevedendo il conferimento del potere di ordinanza a soggetti diversi da quelli previsti in via generale dalla legge del 1992 e contestualmente modulando i contenuti sostanziali del potere attribuito sul piano temporale e/o procedimentale¹⁶. In particolare, dall'analisi della prassi dei vent'anni che hanno seguito l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile emerge una casistica molto variegata, che permette di censire: ordinanze che sono state espressamente qualificate come attuative di precedenti decreti-legge; disposizioni di decreti-legge che rimandano ad ordinanze per la propria attuazione; ordinanze che hanno derogato espressamente disposizioni di decreti-legge; ordinanze che agiscono, con riferimento allo spazio o al tempo, sugli effetti di disposizioni di precedenti decreti-legge; infine, decreti-legge che modulano gli effetti temporali o materiali delle ordinanze¹⁷.

Come si accennava, però, al di là delle singolarità che emergono dalla prassi appena ricordata, l'evoluzione del diritto dell'emergenza dopo il 1992 ha conosciuto – quanto al rapporto tra ordinanze e decreti-legge – dapprima un progressivo “affiancamento” e poi un vero e proprio “passaggio di consegne” (emblematici i dati quantitativi della produzione delle due fonti), tanto che è parso altrove di poter dire che il ricorso al potere d'ordinanza ha “soppiantato” il potere di decretazione in relazione alla funzione tradizionale di provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza di natura calamitosa¹⁸. È anche possibile individuare il ben preciso momento storico in cui le due fonti

¹⁵ R. CAVALLO PERIN, *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, in Foro it., 1989, III, 117, ma, soprattutto, ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁶ Cfr., per tutti, il caso dell'art. 5-bis del d.l. n. 343/2001, che ha autorizzato il Governo, in particolare il Presidente del Consiglio in quanto titolare della funzione di protezione civile, a spendere poteri di ordinanza per l'organizzazione dei cosiddetti “grandi eventi” (previsione a sua volta abrogata con decreto-legge: cfr. art. 40-bis del d.l. n. 1/2012).

¹⁷ Per una ricognizione completa sia consentito rinviare al mio *Il rapporto tra le ordinanze del governo e i decreti-legge*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, Quaderno n.22. Seminario 2011, Giappichelli, Torino, 2013, 33 ss.

¹⁸ *Ivi*, 38-39.

dell'emergenza in questione si sono "passate il testimone"; momento che si data all'anno della storica sentenza della Corte costituzionale n. 360/1996 in tema di reiterazione dei decreti-legge. La coincidenza degli eventi appare in questo caso come la metafora di un'ideale successione, rendendo fondato il sospetto che la prassi governativa, quando ha avvertito che lo strumento del decreto-legge, proprio perché sottoposto a controllo di costituzionalità con riguardo alla reiterazione, andava progressivamente perdendo la propria duttilità, abbia iniziato a privilegiare l'uso sistematico del potere d'ordinanza. Quest'ultimo, infatti, presenta ancora oggi un notevole grado di flessibilità, non solo perché dal contenuto non tipizzato (né *in toto* tipizzabile per la contingibilità degli eventi che deve fronteggiare), ma anche in quanto non sottoposto ai controlli cui soggiace, invece, il decreto-legge: non al controllo parlamentare in sede di conversione, non al controllo del Capo dello Stato in funzione di emanazione, ma esclusivamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei conti, che ad oggi rappresenta il solo presidio preventivo della legalità delle ordinanze di protezione civile.

La ricostruzione della prassi dell'ultimo decennio conferma, infine, che nel fronteggiare le situazioni emergenziali i decreti-legge non solo sono sempre meno frequenti (perché sostituiti dalle ordinanze di protezione civile), ma sono anche di meno immediata adozione, come emerge, in particolare, nelle vicende dei terremoti de L'Aquila nel 2009¹⁹, di Amatrice nel 2016²⁰ e in quella del già ricordato crollo del Ponte Morandi a Genova nel 2018²¹. Ma, soprattutto, lo studio della prassi fa emergere che essi appaiono per lo più relativi non alle misure di diretta e subitanea gestione dell'emergenza, ma all'adozione di interventi complementari, a carattere prevalentemente economico, orientati a contenere gli effetti socio-economici dell'evento e ad accelerare il superamento del contesto emergenziale attraverso l'introduzione e il finanziamento di misure per la ripresa delle ordinarie attività²².

¹⁹ In seguito all'evento del 6 aprile 2009, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 aprile (d.l. n. 39/2009, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»).

²⁰ In seguito all'evento del 24 aprile 2016, il primo decreto-legge è stato emanato in data 17 ottobre (d.l. 189/2016, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016»).

²¹ In seguito all'evento del 14 agosto 2018, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 settembre (d.l. n. 109/2018, recante «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze»).

²² Come appare evidente anche dalla mera lettura dei titoli dei decreti-legge citati nelle note precedenti.

3. La gestione alternativa dell'emergenza, tra ibridazioni del potere d'ordinanza e nuove formule normative

Si è anticipato che la prassi seguita dal Governo nella gestione della pandemia si è tradotta, dal punto di vista dell'uso delle fonti, in un poderoso scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile, il quale ha condotto, per un verso, alla sua iniziale ibridazione con il potere d'ordinanza del Ministro della Salute previsto dall'art. 32 della l. n. 833/1978, per l'altro, alla creazione di un canale parallelo e inedito, basato sui decreti-legge che hanno istituito il potere del Presidente del Consiglio dei ministri di decretare l'adozione delle misure necessarie. In particolare, ciò che preme rimarcare ai nostri limitati fini è che, fin da principio, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata condotta attraverso l'uso parallelo di due distinti strumenti: da un lato, il potere d'ordinanza in materia sanitaria che il citato art. 32 attribuisce al Ministro della Salute, dall'altro, il potere d'ordinanza in materia di protezione civile, che il Codice radica nel Capo Dipartimento della protezione civile e nel Commissario eventualmente nominato.

I primissimi provvedimenti adottati, infatti, sono rappresentati dalle ordinanze del Ministro della Salute del 25 gennaio 2020, recante misure di sorveglianza attiva per gli individui rientrati dalle aree interessate dalla diffusione del virus e di potenziamento del reclutamento del personale sanitario destinato ad attività di controllo, e del 30 gennaio 2020, in tema di sospensione dei voli diretti per la Cina.

A soli sei giorni di distanza dalla prima ordinanza, però, nella seduta del 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri ha, invece, deliberato lo stato di emergenza per 6 mesi (fino al 31 luglio 2020), disponendo che per «l'attuazione degli interventi dell'articolo 25, co. 2, lett. a) e b) del d.lgs. 1/2018, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3».

In seguito – tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020 – sono state, quindi, adottate una serie di ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri (in totale sei). In particolare, con la prima, l'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, recante «Primi interventi urgenti di protezione civile [...]», per un verso, sono state indicate sia le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici, etc.) (art. 1), sia le deroghe alle disposizioni normative (in particolare, al Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste (art. 3), per l'altro, è stato istituito l'ormai noto Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento (art. 2).

Parallelamente, è proseguito l'esercizio del potere d'ordinanza in materia sanitaria. Tra il 31 gennaio e il 22 febbraio 2020, infatti, sono state adottate altre tre ordinanze del Ministero della Salute *ex art.* 32 l. n. 833/1978, con le quali sono state adottate una serie di misure profilattiche e indicazioni operative (come, ad esempio, la quarantena e la sorveglianza attiva per coloro che sono entrati in contatto con soggetti risultati positivi al test). In particolare, anche quando l'emergenza ha conosciuto un punto di svolta per effetto dell'identificazione dei primi "focolai" italiani nei Comuni di Codogno e Vo' Euganeo, nell'immediatezza vengono emanate due (delle tre prima citate) ordinanze del Ministro della Salute, prese d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia e della Regione Veneto, rispettivamente nelle date del 21 febbraio e del 22 febbraio, che prescrivono misure per il contenimento dell'epidemia (quali, ad esempio, la sospensione delle manifestazioni pubbliche, delle attività lavorative, delle attività scolastiche, la chiusura degli esercizi commerciali diversi da quelli essenziali, etc...) nei 10 Comuni della Lombardia e nel Comune di Vo' Euganeo in Veneto che poi diventeranno le c.d. "zone rosse" del d.l. n. 6/2020.

Emblematico della denunciata sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria appare il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 7 febbraio 2020, n. 414, con cui il Segretario generale del Ministero della Salute viene qualificato come soggetto attuatore per la gestione delle attività connesse all'emergenza relativa al rischio sanitario, realizzando così una vera e propria ibridazione funzionale tra i due poteri.

Per effetto dell'aggravarsi della diffusione del virus si realizza, però, una svolta anche dal punto di vista degli strumenti di gestione dell'emergenza e, segnatamente, delle fonti utilizzate. Immediatamente dopo le due ordinanze da ultimo citate, infatti, nella seduta del 22 febbraio 2020, il Consiglio dei ministri ha adottato un primo – ne sono seguiti, ad oggi, altri otto – decreto-legge, emanato il giorno successivo. In via del tutto preliminare, si può osservare che la tempistica di adozione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»), intervenuto a quasi un mese di distanza dai primissimi ricordati provvedimenti del Ministro della Salute, pare confermare il già rilevato *trend* di sempre minor immediatezza della decretazione d'urgenza quale strumento di diretta gestione delle emergenze. Dall'analisi del contenuto del decreto emergono, però, ulteriori e più rilevanti considerazioni sul piano delle fonti.

Segnatamente, il d.l. dispone, all'art. 1, co. 1, che le autorità competenti sono tenute ad «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», nei Comuni e nelle aree in cui risultino casi di positività al virus. L'art. 1, co. 2, poi,

esemplifica in un elenco non tassativo (come appare chiaro dalla formulazione letterale: «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti»), una serie di possibili provvedimenti di contrasto all'emergenza. Il successivo art. 2 autorizza, invece, le autorità competenti a adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza [...] anche fuori dei casi dell'art. 1, comma 1».

Ma a destare interesse, dal punto di vista delle fonti, è soprattutto l'art. 3, il cui co. 1, dettato con riguardo all'attuazione di tali misure, dispone che esse «sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale». Il co. 2 del medesimo articolo dispone, poi, che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al co. 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza» le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, l. n. 833/1978, dell'art. 117 d.lgs. n. 112/1998 e dell'art. 50 d.lgs. n. 267/2000 (art. 3, co. 2), rinviando, quindi, al potere di ordinanza del Ministro della Salute e del Sindaco quale rappresentante della comunità locale. Il co. 3 dell'art. 3, infine, fa espressamente salvi «gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833».

In sostanza, l'art. 3, per un verso, istituzionalizza in via transitoria (fino all'adozione dei d.P.C.M.) la sovrapposizione dei due sistemi paralleli di gestione dell'emergenza che fin da principio erano stati attivati dal Governo (poteri *extra ordinem* in materia sanitaria e in materia di protezione civile), dall'altro introduce un nuovo, e apparentemente terzo²³, canale di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.P.C.M., il quale pare collocarsi addirittura fuori dal sistema di protezione civile²⁴, come sembrerebbe potersi dedurre dalla circostanza che la deliberazione dello stato di emergenza non viene neppure richiamata né nel preambolo, né nella definizione delle misure, ma solo all'art. 4 limitatamente all'incremento economico dello stanziamento destinato al “Fondo per le emergenze nazionali”.

²³ Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 2 ss.

²⁴ Ma si veda M. LUCIANI secondo cui i d.P.C.M. si fondano allo stesso tempo sui decreti-legge e sul Codice di protezione civile, cfr. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, spec. 121 ss.

La data del 23 febbraio 2020 appare, dunque, particolarmente significativa perché innesca un meccanismo di sovrapposizione di strumenti sul piano delle fonti, la cui testimonianza più evidente è data, da un lato, dal concorso di un numero molto elevato di fonti adottate dai diversi livelli di governo (statale, regionale ma anche locale)²⁵, dall'altro, dal conseguente (ma – a differenza della pandemia – questo prevedibile) caos interpretativo generato da questa moltitudine di atti, cui hanno fatto seguito non poco problematici tentativi di fornire chiarimenti, innanzitutto ai cittadini che li reclamavano²⁶.

In attuazione del d.l. n. 6/2020 è stato, poi, adottato il 23 febbraio un primo d.P.C.M.: ne seguiranno in totale altri sette, nelle date del 25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo. Per quanto incidentalmente in questa sede, non è privo di interesse sottolineare che la modalità di coinvolgimento delle Regioni nel procedimento di formazione di tali d.P.C.M. non è stata quella dell'intesa – prevista, invece, come detto, per le ordinanze di cui all'art. 25, co. 1, del Codice di Protezione Civile – ma che le medesime, ai sensi del ricordato art. 3, co. 1, d.l. n. 6/2020, sono state solo “sentite”. Del contenuto di tali d.P.C.M. si dirà più avanti²⁷.

In questa fase preme rilevare che il d.l. n. 6/2020 – convertito, con minime modifiche, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 – è stato abrogato, salvo alcune disposizioni, dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale ha dettato nuove e più stringenti misure di contenimento a gestione dell'emergenza. A differenza di quanto avvenuto con il primo decreto-legge, l'art. 1, co. 1, richiama espressamente, per la prima volta, la delibera sullo stato di emergenza del 31 gennaio, prevedendo che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.P.C.M. fino al

²⁵ Sui numerosi «intrecci» che si sono determinati cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 13 ss. Per una raccolta ragionata degli atti e delle fonti si veda la rubrica *Emergenza Covid-19* curata da questa *Rivista*.

²⁶ Tra le vicende più significative al riguardo vi è quella riguardante la possibilità per i genitori di uscire di casa con i propri figli minori, su cui, il 31 marzo, è intervenuta una discussa nota interpretativa del Capo di gabinetto del Ministero dell'Interno. L'intento della circolare era quello di fornire alcuni «chiarimenti in merito a profili applicativi in tema di divieto di assembramento e di spostamenti di persone fisiche» e, a tal fine, vi si poteva leggere che era «da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori [...], purché in prossimità della propria abitazione». Il giorno successivo, 1° aprile, in seguito alle numerose critiche pervenute da parte dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni, lo stesso Ministero ha diffuso un comunicato – dall'emblematico titolo «Regole sugli spostamenti, chiarimenti sulla circolare del 31 marzo» – in cui si qualificava «la possibilità di uscire con i figli minori [come] consentita a un solo genitore per camminare purché questo avvenga in prossimità della propria abitazione e in occasione di spostamenti motivati da situazioni di necessità o di salute». Dalla lettura di quest'ultimo presupposto, che non era richiesto come concorrente con la vicinanza a casa nella nota ministeriale del giorno prima, risulta, però, evidente che il comunicato non si è limitato – cosa, di per sé, quasi paradossale – a chiarire il contenuto della circolare interpretativa, ma ha effettuato una sua vera e propria novazione della fonte.

²⁷ Vedi *infra*, § 4.

termine dell'emergenza stessa (ovvero, il 31 luglio 2020). Si realizza, così, una sorta di apparente riconduzione del nuovo canale di gestione dell'epidemia – quello basato, appunto, sui d.P.C.M. previsti nella decretazione d'urgenza – nell'alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la significativa eccentricità determinata dalla circostanza che le misure attuative non vengono poste in essere attraverso atti – ovvero le ordinanze *extra ordinem* – dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo e, più in generale, contraddistinte dal regime giuridico che si è prima sommariamente richiamato²⁸.

In attuazione del d.l. n. 19/2020 è stato in prima battuta adottato il d.P.C.M. 1° aprile 2020, con cui, tra le altre cose, è stata disposta – in maniera non poco problematica, come si dirà in seguito²⁹ – la proroga fino al 13 aprile 2020 delle misure «ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020» tra quelle precedentemente previste con i d.P.C.M. dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché con le ordinanze del Ministro della Salute del 20 marzo e del 28 marzo 2020.

Sempre in attuazione del medesimo d.l. è stato adottato il d.P.C.M. 10 aprile 2020, che, per molti aspetti, porta ad ulteriori conseguenze la transizione della gestione della pandemia verso il nuovo modello delineato dalla decretazione d'urgenza. Tale decreto, infatti, non solo prevede un'ampia gamma di misure di contenimento e gestione, sulla scorta di quanto previsto dal d.l. n. 19/2020, ma interviene a disciplinare ambiti fino a quel momento oggetto del potere contingibile ed urgente del Ministro della Salute; potere che, non a caso, risulta non essere stato più esercitato dopo il 3 aprile, data dell'ultima ordinanza ministeriale finora adottata. Lo stesso schema si ritrova nel successivo d.P.C.M. 26 aprile 2020 che, per la prima volta, attenua le misure precedentemente previste.

In seguito all'evoluzione positiva della situazione epidemiologica, il Governo ha, poi, provveduto con il decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, che detta una serie di ulteriori misure di contenimento e gestione, che iniziano ad andare verso il superamento del *lockdown*, senza, tuttavia, procedere all'abrogazione espressa del d.l. n. 19/2020, cui anzi rinvia in più punti. L'art. 1, co. 1, stabilisce, ad esempio, che «a decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere efficacia tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli artt. 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica». In alcuni casi, dunque, il nuovo decreto-legge contiene direttamente le misure (si veda, ad esempio, l'art. 1, co.

²⁸ Vedi *supra*, § 2.

²⁹ Vedi *infra*, § 4.

2, sul divieto di spostamenti interregionali fino al 2 giugno 2020), in altri rinvia ai «provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020» (è il caso, ad esempio, dell'art. 1, co. 8-11, relativo allo svolgimento di riunioni, specie a carattere religioso). In attuazione di tali previsioni sono, quindi, stati adottati, secondo lo schema ormai consolidato, i d.P.C.M. 17 maggio e 18 maggio 2020 (quest'ultimo, in realtà, si limita a modificare una sola disposizione del d.P.C.M. del giorno precedente).

Dal punto di vista procedurale, è appena il caso di rilevare che nessuno dei d.P.C.M. sin qui adottati ha seguito il procedimento di formazione previsto per i regolamenti dall'art. 17 l. 400/1988: non è stato, infatti, richiesto il parere del Consiglio di Stato, mentre per quanto riguarda il controllo preventivo della Corte dei conti l'art. 3, co. 6, d.l. n. 6/2020 e l'art. 2, co. 4, d.l. n. 19/2020 hanno stabilito che i termini del controllo fossero dimezzati e che i provvedimenti emanati fossero provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi in pendenza del visto e della registrazione, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater, l. n. 241/1990. Tutti i d.P.C.M. sono stati, poi, pubblicati in *Gazzetta Ufficiale*.

4. Il problematico contenuto dei d.P.C.M. alla luce delle norme attributive del potere contenute nei decreti-legge

Sulla scorta delle considerazioni sui pilastri del sistema di gestione dell'emergenza fin qui conosciuto e di quelle sulla ricostruzione della prassi emersa in occasione della pandemia da Covid-19, è possibile individuare alcuni problemi, cui il ricorso all'inedito "sotto-sistema" delle fonti dell'emergenza articolato nel binomio d.l./d.P.C.M. pare aver dato luogo.

Appare in proposito dirimente rilevare che la legittimità del sistema basato sui decreti-legge istitutivi del potere di decretazione del Presidente del Consiglio riposa sulla condizione che l'effetto derogatorio delle norme di legge (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali o ad altri rami dell'amministrazione dello Stato), così come la compressione delle libertà fondamentali che le misure comportano³⁰, sia disposto direttamente dalla fonte primaria e solo attuato mediante i d.P.C.M., altrimenti risultando questi ultimi illegittimi, da un lato, per violazione di legge (eventualmente anche di quella che dovesse prevedere funzioni regionali o locali o attribuire competenze a organi statali diversi da quelli di protezione civile), in quanto sprovvisti della capacità derogatoria tipica invece delle ordinanze *extra ordinem*, dall'altro, per violazione della riserva di legge in materia di diritti e libertà fondamentali.

³⁰ Sul punto si veda l'analisi di R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 656 ss.

Nel rispetto di tale condizione, potrebbe addirittura dirsi, com'è stato detto, che la scelta di procedere con la decretazione d'urgenza per la singola emergenza valorizzi, secondo la logica del provvedere per il caso concreto, le specificità, la gravità e l'assoluta novità della pandemia in atto, esprimendo quindi un condivisibile criterio generale di adeguatezza rispetto al fatto; laddove, per converso, "seguire" il sistema di protezione civile, nato storicamente sul modello degli eventi calamitosi e definito in via generale e astratta dal legislatore, non avrebbe consentito di tener conto delle peculiarità di questa emergenza sanitaria e avrebbe affidato la deroga al diritto legislativo e la limitazione delle libertà fondamentali ad atti (ovvero, le ordinanze di protezione civile) della cui natura di fonte si discute ancora oggi³¹, ma che certamente non possono essere annoverati tra le fonti primarie, che costituiscono un *numerus clausus*.

Per le ragioni esposte, rilevato che i d.P.C.M. adottati contengono, come noto, un'ampia gamma di previsioni derogatorie e di limitazioni a diritti fondamentali, appare decisivo, per poter certificare la tenuta costituzionale del sistema introdotto, escludere che vi siano deroghe a norme (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali e alle amministrazioni dello stato) o compressioni di libertà fondamentali che si sono realizzate per effetto diretto dei d.P.C.M., ossia senza essere previamente disposte dai decreti-legge che hanno abilitato l'esercizio del potere³². Più in generale, ciò che deve essere verificato – in concreto, cioè in relazione al contenuto delle singole previsioni – è che i d.P.C.M. non abbiano disposto *ultra vires* rispetto ai decreti-legge cui erano chiamati a dare attuazione. I decreti-legge che devono essere considerati in questa indagine sono esclusivamente i due fin qui citati, ovvero il d.l. n. 6/2020 e il d.l. n. 19/2020, ossia gli unici che, come detto, rinviano per la loro attuazione a questi nuovi strumenti di gestione dell'emergenza. Dall'analisi comparata dei testi dei decreti (legge e del Presidente del Consiglio) emergono tre fondamentali criticità, che attengono all'istituzione e alla limitazione del potere di attuare le norme previste in sede di decretazione d'urgenza e che, quindi, sollevano problemi di compatibilità con il principio di legalità in senso sostanziale.

La prima attiene all'ambito territoriale di applicazione delle misure, alla loro efficacia nello spazio. Nel d.l. n. 6/2020, l'ambito di efficacia territoriale dei d.P.C.M. è circoscritto, in misura indeterminabile a priori, ai «comuni o

³¹ Per tutti, si veda l'analisi conclusiva del recente lavoro monografico di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, spec. 248 ss.

³² B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 6/2020, vi-vii; 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. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 525 ss.

[alle] aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». Nel d.l. n. 19/2020, invece, si fa riferimento a «specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, [alla] totalità di esso». A partire dal 1° marzo, e già in attuazione del primo decreto-legge, però, i d.P.C.M. adottati hanno disposto deroghe a norme e limitazioni delle libertà fondamentali con riferimento all'intero territorio nazionale e, nel caso dei tre d.P.C.M. adottati dopo il d.l. n. 19/2020, ovvero dei d.P.C.M. 1°, 10 e 26 aprile 2020, senza alcuna specifica motivazione sulla adeguatezza dell'efficacia territoriale nazionale. L'ultimo d.P.C.M. citato è particolarmente interessante perché, nel disporre un allentamento delle misure previste, non fa alcun riferimento all'evoluzione della situazione emergenziale (il preambolo è, peraltro, identico a quello del d.P.C.M. precedente).

La seconda criticità emerge, invece, in relazione all'efficacia temporale delle misure. A questo proposito il riferimento cade sul solo d.P.C.M. 1° aprile 2020 (ovvero il primo dei tre adottati dopo il d.l. n. 19/2020), il quale si è limitato a prorogare l'efficacia di alcuni dei d.P.C.M. e delle ordinanze del Ministro della Salute precedenti attraverso una disposizione che, come si accennava³³, appare di dubbia legittimità (cfr. art. 1, co. 1, il quale ha segnatamente disposto che «l'efficacia delle disposizioni dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché di quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 e dall'ordinanza del 28 marzo 2020 adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020 è prorogata fino al 13 aprile 2020»). Infatti, mentre con riguardo alla proroga dei precedenti d.P.C.M. la misura sembra aver ecceduto i limiti del potere attribuito perché essa avrebbe dovuto essere disposta direttamente attraverso la decretazione d'urgenza, trattandosi, come visto, di misure derogatorie del diritto vigente e limitative di diritti e libertà fondamentali adottate in forza di un precedente decreto-legge pressoché integralmente abrogato, in relazione, invece, alla proroga delle ordinanze del Ministro della Salute, l'aver inciso sull'efficacia temporale delle medesime ha rappresentato una deroga alla competenza di cui all'art. 32, l. n. 833/1978, anch'essa in alcun modo prevista dal d.l. n. 19/2020.

Una terza criticità riguarda, infine, la tipicità e la rispondenza delle misure adottate con i d.P.C.M. rispetto alle previsioni dei decreti-legge. Quanto alla tipicità, si deve sottolineare che, nel d.l. n. 6/2020, l'individuazione delle misure che possono essere adottate con d.P.C.M. è, come si è avuto modo di

³³ Vedi *supra*, § 3.

evidenziare³⁴, di tipo meramente esemplificativo e si è realizzata attraverso un elenco, rubricato dalla lettera a alla lettera o (cfr. art. 1, co. 2, secondo cui «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate *anche* le seguenti», *corsivo nostro*). Non solo: l'art. 1, co. 1, ha specificato che «le autorità competenti sono tenute ad adottare *ogni misura* di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (*corsivo nostro*) e, addirittura, l'art. 2 ha disposto che le medesime autorità potessero «adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 2» (*corsivo sempre nostro*). Nel d.l. n. 19/2020, invece, si è disposto che, «ai sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure» (art. 1, co. 2), seguendo poi un elenco non solo tassativo ma anche molto analitico e articolato (rubricato dalla lettera a alla lettera hh).

Quanto alla rispondenza delle misure rispetto alle previsioni normative primarie, l'analisi dei singoli d.P.C.M. adottati in forza del primo dei due decreti-legge evidenzia che in non pochi casi sono state introdotte misure derogatorie del diritto legislativo e/o limitative di diritti e libertà non previste nel ricordato elenco esemplificativo³⁵. Ad esempio, a fronte delle previsioni del decreto-legge che disponevano il «divieto di allontanamento» e «di accesso al Comune e nell'area interessata» (art. 1, co. 2, lett. a e b), l'art. 1, co. 1, lett. a, d.P.C.M. 8 marzo 2020 ha limitato la libertà di circolazione vietando non solo, con formulazione peraltro ambigua, ogni spostamento delle persone fisiche «in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo», ma anche «all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute» (come noto, veniva consentito, invece, il «rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»). Inoltre, con la disposizione di cui alla lett. c – ancora una volta andando ben al di là delle limitazioni consistenti nell'allontanamento e nell'accesso al territorio comunale o dell'area interessata – il d.P.C.M. ha inciso fortemente sulla libertà personale imponendo il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti

³⁴ Vedi *supra*, § 3.

³⁵ Su questo aspetto cfr. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, 885 ss., e L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, 8 ss.

alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus». Ciò che è significativo rilevare è che tali misure, che, come appena detto, in base al primo decreto-legge apparivano decisamente *ultra vires*, vengono inserite nel d.l. n. 19/2020 (cfr. art. 1, co. 2, lett. a ed e).

Analogamente, il sesto d.P.C.M., quello del 9 marzo 2020, ha introdotto, all'art. 1, co. 2, il divieto «sull'intero territorio nazionale» di «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico», assolutamente non previsto nell'elenco di misure del primo decreto-legge. E anche in questo caso la misura è stata, poi, tipizzata, dall'art. 1, co. 2, lett. f, d.l. n. 19/2020.

Ancora, particolarmente problematico risulta l'art. 1, co. 1, del d.P.C.M. 11 marzo 2020, che ha previsto, tra l'altro, che con decreto «Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della salute, può disporre, al fine di contenere l'emergenza sanitaria da coronavirus, la programmazione con riduzione e soppressione dei servizi automobilistici interregionali e di trasporto ferroviario, aereo e marittimo, sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali», mentre il decreto-legge stabiliva che le misure limitative dei trasporti pubblici fossero adottate con il d.P.C.M. stesso. Rispetto a questa fattispecie, si assiste, dunque, ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dall'autorità amministrativa in cui la fonte primaria l'aveva radicata (il Presidente del Consiglio dei ministri) ad altro ramo dell'amministrazione statale (il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) individuato da atto (il d.P.C.M.) che alla norma attributiva del potere era soggetto e a cui doveva dare attuazione, senza poterla derogare.

Inoltre, l'ottavo d.P.C.M., quello del 22 marzo 2020, ha introdotto limitazioni ancora più stringenti alla libertà di circolazione disponendo, all'art. 1, co. 1, lett. b, che «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute» e ha aggiunto che «conseguentemente all'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 le parole "È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza" sono soppresse». Anche tale misura, che per le già evidenziate ragioni non trovava adeguato fondamento nel primo decreto-legge – e che, come si ricorderà, è stata adottata per contrastare i c.d. "esodi" dal Nord al Sud del Paese – è stata poi prevista dall'art. 1, co. 2, lett. a, del d.l. n. 19/2020.

All'elenco si può aggiungere anche l'art. 2 del medesimo d.P.C.M., con il quale è stata disposta un'altra misura controversa, ovvero quella che ha prorogato l'efficacia (riproponendo il problema già citato) dell'ordinanza del Ministero della Salute adottata nella vicenda dei cd. *runners* («le disposizioni del

presente decreto [...] si applicano cumulativamente [...] a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 i cui termini di efficacia, già fissati al 25 marzo 2020, sono entrambi prorogati al 3 aprile 2020», la quale, a sua volta faceva seguito ad alcune ordinanze dei Presidenti delle Giunte Regionali e dei Sindaci che vietavano l'accesso ai parchi e lo svolgimento di attività motoria (cfr., in particolare, l'ordinanza 13 marzo 2020 n. 15 del Presidente della Giunta regionale della Campania). Qui, dunque, il d.P.C.M. interviene a limitare la libertà di circolazione attraverso la rimodulazione degli effetti nel tempo di una misura non solo non prevista dal decreto-legge, ma che il Ministro della Salute aveva adottato in forza del ricordato art. 32 l. n. 833/1978, che il d.P.C.M. non aveva la "forza" di derogare.

Dovrebbe a questo punto risultare chiaro perché si è inteso sottolineare che, dopo la ricordata serie di provvedimenti, è intervenuto il d.l. n. 19/2020, il quale ha introdotto un elenco, stavolta tassativo e dettagliato, di misure adottabili con d.P.C.M., che tipizza tutti i provvedimenti che erano stati precedentemente adottati. Tale rilievo, unitamente alla considerazione che lo stesso decreto-legge ha, come detto³⁶, contestualmente fatti salvi gli effetti prodotti dai d.P.C.M. adottati in forza del d.l. n. 6/2020 (art. 2, co. 3), instilla, infatti, la sensazione che lo stesso Governo sia stato consapevole che diverse delle misure adottate non risultassero sufficientemente sorrette dalla fonte primaria.

Sulla base di tale decreto-legge, il d.P.C.M. 10 aprile 2020, come si accennava³⁷, oltre a adottare misure già precedentemente introdotte dal Ministro della Salute, raccoglie in unico testo le misure fino a quel momento previste (ai sensi dell'art. 8, co. 2, infatti, cessano di produrre effetti i d.P.C.M. ancora in vigore) e realizza la sostanziale riproduzione dell'elenco contenuto nel d.l. n. 19/2020 (anche se permangono alcuni problemi di rispondenza, come nel caso del divieto di «ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza» di cui all'art. 1, co. 1, lett. a). Le medesime considerazioni valgono anche per il successivo d.P.C.M. 26 aprile 2020, che presenta un elenco di misure interamente sostitutivo del precedente e non fa venir meno le discrasie rispetto al decreto-legge: si veda, ad esempio, l'art. 1, co. 1, lett. b, che prevede l'obbligo di rimanere presso il proprio domicilio per «i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre [maggiore di 37,5° C]»; misura già contenuta, come mera "raccomandazione", nei d.P.C.M. 8 marzo 2020 e 10 aprile 2020. Particolarmente problematica appare anche la disposizione dell'art. 1, co.1, lett. d), che consente al «Sindaco di disporre la temporanea chiusura di specifiche aree» in cui non sia possibile garantire l'effettività del divieto di assembramento. E ciò per la ragione che essa

³⁶ Vedi *supra*, § 3.

³⁷ Vedi *supra*, § 3.

finisce per attribuire una competenza all'amministrazione locale attraverso un atto formalmente amministrativo, in maniera difficilmente compatibile con il principio di legalità delle funzioni amministrative (su questo aspetto è poi intervenuto l'art. 1, co. 9, del d.l. n. 33/2020).

Il medesimo schema si ripropone in seguito all'adozione del citato decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, e del successivo d.P.C.M. 17 maggio 2020 (modificato per quanto riguarda una singola disposizione dal d.P.C.M. 18 maggio 2020). In quest'ultimo caso viene, infatti, replicato il citato obbligo di cui all'art. 1, co.1, lett. b), del d.P.C.M. 26 aprile 2020. Appare, infine, di dubbia compatibilità con il principio di tipicità, la disposizione dell'art. 1, co. 1, lett. i), che consente lo svolgimento delle «manifestazioni pubbliche [...] soltanto in forma statica», dando così attuazione al generico art. 1, co. 8, del d.l. n. 33/2020, che rinviava allo stesso d.P.C.M. la determinazione delle “modalità” di svolgimento senza alcuna precisa indicazione.

5. La “mela avvelenata” della straordinarietà del caso e dell'adeguatezza di una gestione *ad hoc*

L'analisi sommariamente effettuata dimostra che lo schema di gestione dell'emergenza basato sul binomio d.l./d.P.C.M. desta non poche perplessità da un punto di vista formale, ovvero di relazioni tra le fonti del diritto. E ciò essenzialmente perché dalla prassi emerge che tanto le deroghe normative, quanto le limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali sono state, per più aspetti, disposte dai d.P.C.M. attraverso la spendita di un potere e un'articolazione dell'efficacia delle misure nello spazio e nel tempo che non trovano adeguato fondamento nei decreti-legge. Ciò inevitabilmente comporta che si debba dubitare della legittimità delle misure così adottate³⁸, ma non è questo il punto su cui si vuole centrare l'attenzione.

La riflessione, infatti, dovrebbe a questo punto risultare sufficientemente matura perché si torni a quanto si diceva in apertura e si metta in evidenza che i problemi appena rilevati sono tutti collegati alla scelta di procedere alla gestione dell'emergenza attraverso un sistema di fonti che, dopo l'iniziale utilizzo del potere d'ordinanza del Ministro della Salute e, soprattutto, dopo la deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, si è “bruscamente” discostato – come visto, in occasione dell'*escalation* sanitaria della crisi, rappresenta dalla scoperta dei primi focolai nazionali³⁹ – dal potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo in materia sanitaria e, soprattutto, di protezione civile. Con ciò, evidentemente, non si intende affatto sostenere che ogni

³⁸ Come emerge dal contributo di M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione Giustizia*, 14 aprile 2020.

³⁹ Vedi *supra*, § 3.

illegittimità prospettabile circa il contenuto dei d.P.C.M. adottati sarebbe stata evitata per il mero fatto di procedere attraverso lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti e ciò per l'assorbente ragione che, da un lato, anche le ordinanze avrebbero potuto, potrebbero e potranno in futuro risultare in concreto non conformi al complesso dei limiti normativi e giurisprudenziali previsti all'interno del sistema di protezione civile, dall'altro, che alcuni limiti previsti per arginare le ordinanze di protezione civile non valgono per i d.P.C.M. di nuova generazione, come nel caso, soprattutto, delle riserve di legge, che nel caso dei d.P.C.M. sono soddisfatte dai decreti-legge che li prevedono (sempre a patto che si mantengano nei limiti – anche sostanziali – del potere attribuito).

Diversamente, si vuole dire che le ordinanze contingibili e urgenti del Governo rappresentano, per le ragioni strutturali prima evidenziate⁴⁰, ovvero per il regime giuridico che le caratterizza per effetto del più che secolare travaglio che l'ordinamento ha sofferto per coniugarle prima, in epoca statutaria, con il principio di legalità e poi, in età repubblicana, con il quadro costituzionale, lo strumento più idoneo alla gestione delle emergenze che non possono essere fronteggiate attraverso il diritto legislativo ordinariamente vigente. Infatti, sia le questioni sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, sia quelle sulle deroghe alle norme primarie, anche attributive di competenze agli enti territoriali, trovano nel regime giuridico delle ordinanze di protezione civile un preciso quadro di presupposti e limiti del potere *extra ordinem*, che rende l'atipicità e la contingibilità del fenomeno coerente con l'assetto costituzionale. Questo perché tale complesso di presupposti e limiti legittima il potere come espressione della pretesa regolativa che le norme della Costituzione – tutte, quelle sui diritti, ma anche quelle sui poteri o “organizzative”⁴¹ – continuano a esprimere anche nel contesto emergenziale, per quanto la loro portata precettiva risulti in concreto (ri)dimensionata. È, infatti, nell'adeguatezza delle misure nello spazio e nel tempo, nella ragionevolezza della motivazione che sostiene la deroga al diritto legislativo e nella proporzionalità della limitazione dei diritti fondamentali e della compressione delle autonomie territoriali che riposa la pretesa conformativa che la Costituzione esprime negli stati di eccezione e che rende quelle limitazioni e compressioni, disposte attraverso le ordinanze *extra ordinem*, tollerabili dal punto di vista del diritto costituzionale. Quest'ultimo, dunque, lungi dall'abdicare alla propria connaturata funzione di limite al potere (come sostiene di recente Agamben con un ingeneroso atto

⁴⁰ Vedi *supra*, § 2.

⁴¹ Distinzione che qui si utilizza per mera comodità espositiva, convinti, all'opposto, che essa non possa avere alcuna validità prescrittiva: cfr., per tutti, E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, il Mulino, Bologna, 2012.

d'accusa che si ritiene di restituire al mittente⁴²), riafferma anzi la propria validità normativa e legittima direttamente quelle misure che non possono trovare nella legge il loro fondamento sostanziale perché la contingibilità e l'urgenza ne spuntano ogni tentativo di tipizzazione da parte del legislatore.

Tutto questo non può, invece, dirsi per i d.P.C.M. previsti dalla decretazione d'urgenza che abbiamo ricostruito. Si tratta, infatti, di provvedimenti che nascono per l'attuazione del diritto primario, che a questo scopo istituisce e limita il potere dell'autorità indicata come competente per la loro adozione, ovvero di misure che soggiacciono integralmente al principio di tipicità e quello di legalità in senso anche sostanziale e che non dispongono di alcuna propria forza nel derogare la legge, limitare i diritti e comprimere le competenze delle autonomie territoriali. Ed è, dunque, tale inadeguatezza strutturale nel fronteggiare la contingibilità a costituire la causa principale delle non secondarie criticità che è parso di poter rilevare nel rapporto con i decreti-legge che li hanno previsti. Sia la difficoltà di mantenere l'esercizio del potere nei limiti di spazio e di tempo previsti in sede di decretazione d'urgenza, sia la debordante forza compressiva, da un lato, dei diritti e delle libertà fondamentali, dall'altro, delle competenze delle autonomie territoriali rappresentano, infatti, la manifestazione tangibile dell'inevitabile affanno in cui cade la logica della tipicità dinanzi al baratro della contingibilità e dell'urgenza.

Ma il ragionamento può essere, forse, portato ad ulteriori conseguenze, che possono apparire più interessanti nella prospettiva del diritto costituzionale. In particolare, è utile chiedersi – nonostante la domanda possa risultare retorica – se, pur essendo tutti i d.P.C.M. adeguatamente fondati sui decreti-legge che li prevedono, la conformità a Costituzione di un sistema di gestione dell'emergenza quale quello sperimentato in questi mesi possa, comunque, risultare minata da altri fattori. Che l'ovvia risposta positiva, derivante dal rilievo che a causare l'invalidità derivata dei decreti presidenziali potrebbe essere l'incostituzionalità “a monte” dei decreti-legge, non riguardi un'ipotesi trascurabile e peregrina, è dimostrato proprio dalla vicenda dell'emergenza da Covid-19. Le fattispecie potrebbero, infatti, essere diverse, soprattutto in relazione al bilanciamento tra diritti antagonisti (ad esempio, quello tra diritto alla salute e iniziativa economica privata) o tra diritti che normalmente sono concorrenti, ma che, nel contesto emergenziale, si pongono in contrasto tra loro (come, ad esempio, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione o il diritto al lavoro) o, ancora, tra posizioni giuridiche soggettive tutelate all'interno dello stesso diritto costituzionalmente garantito: è sotto gli occhi di tutti, ad esempio, come,

⁴² Cfr. gli articoli apparsi all'interno della rubrica *Una voce* sul sito della casa editrice *Quodlibet* al link <https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben>. Sul punto si veda L. BUFFONI, *L'ufficio del giurista: la forza/valore di legge e lo stato di eccezione*, pubblicato in questo numero della *Rivista*.

soprattutto in alcune Regioni, la riorganizzazione sanitaria imposta dall'emergenza sanitaria abbia privato di effettività il diritto alle prestazioni sanitarie dei soggetti non colpiti dal virus ma da altre "ordinarie", anche gravissime, patologie: emblematici i casi angoscianti dei portatori di *handicap* e degli affetti da malattie genetiche o degenerative.

Ma non è necessario inoltrarsi nella discussione sulla possibile incostituzionalità derivante di bilanciamenti (per loro natura complessi e controvertibili) effettuati dai decreti-legge sul Covid-19 per avere contezza della possibile dimensione odierna del fenomeno. Si pensi, ad esempio, alla nota previsione dell'art. 1, co. 2, lett. a, d.l. n. 19/2020 che autorizza i d.P.C.M. a prevedere «limitazioni alla possibilità di allontanarsi dal proprio domicilio, residenza o abitazione», che è apparsa ad una parte della dottrina in contrasto con l'art. 13 Cost.⁴³, sia sotto il profilo della riserva assoluta di legge che della riserva di giurisdizione o, comunque, della necessità di un atto limitativo individuale e non collettivo⁴⁴.

La circostanza da ultimo evidenziata, ossia che anche nel caso di d.P.C.M. tutti conformi alla norma attributiva del potere introdotta con la decretazione d'urgenza, la non conformità al quadro costituzionale possa derivare dal contenuto dei singoli decreti-legge induce una conclusione di carattere più generale sul modello di gestione dell'emergenza dal punto delle fonti utilizzate (d.l./d.P.C.M.). In particolare, spinge a *mettre en cause* la scelta di derogare il sistema di gestione dell'emergenza basato sul potere *extra ordinem* del Governo in materia di protezione civile (ma anche su quello del Ministro della Salute di cui all'art. 32 cit. per la parte più propriamente sanitaria), preferendo la logica del "provvedere" in relazione alla singola emergenza – incarnata, appunto, dalla scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza – rispetto a quella del "prevedere" in astratto, imperniata, all'opposto, sul rispetto del sistema disegnato dal legislatore a partire dal 1992 per la gestione della generalità delle emergenze. Si è già detto delle ragioni di adeguatezza al fatto e di ricorso alla fonte primaria che possono far apparire addirittura preferibile il modello basato sul binomio d.l./d.P.C.M. Adesso è il caso di soffermarsi sulle "controindicazioni costituzionali" di questo sistema alternativo e parallelo.

In particolare, ciò che si vorrebbe sottolineare è che, nel caso delle gestioni emergenziali fondate sul sistema di protezione civile, l'articolato reticolo di

⁴³ Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 207; G. LATTANZI, *La pandemia aggrava anche il diritto?*, Intervista a cura di F. DE STEFANO, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020, e A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 28 marzo 2020.

⁴⁴ G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 193 ss.

contenuti e limiti del potere *extra ordinem* è già definito a priori in un quadro che, come abbiamo evidenziato, ha progressivamente “normalizzato” il potere rendendolo compatibile con la Costituzione repubblicana dal punto di vista procedurale e sostanziale, per cui a residuare è “solo” il rischio dell’illegittimità “a valle” delle singole ordinanze di protezione civile, che trova peraltro un compiuto assetto di limiti giurisprudenziali. Nel caso della gestione emergenziale fondata sul singolo o sui singoli decreti-legge e sulle loro misure attuative adottate con d.P.C.M., invece, le svariate pretese regolative che la Costituzione avanza in tema di diritti, di principi e di competenze degli enti territoriali risultano prive di tutela “a monte” e restano affidate alla legittimità della singola gestione, in un quadro del tutto inedito in cui non valgono tutte le coordinate giurisprudenziali sulle ordinanze di protezione civile; e ciò per l’evidente ragione che queste ultime sono misure *extra ordinem* in quanto, allo stesso tempo, derogatorie e atipiche, mentre i d.P.C.M. in questione sono, come detto, provvedimenti meramente attuativi e dal contenuto tipizzato.

Non solo. Per alcuni aspetti, anzi, la logica del “provvedere” in relazione alla singola emergenza rischia di apparire paradossalmente contraria alle ragioni di efficacia e di efficienza che devono presiedere alla gestione di qualsivoglia emergenza, soprattutto di quelle che, come la pandemia in atto, attentano su larga scala non solo alla vita della popolazione, ma anche alla sopravvivenza del sistema economico e sociale del Paese. Infatti, il modello d.l./d.P.C.M. funziona sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si scontra inevitabilmente, e altrettanto inesorabilmente soccombe rispetto ad essa, con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed *ex ante* le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l’evoluzione dell’emergenza in corso. E proprio la vicenda normativa del Covid-19 ha dato di ciò un’ennesima – e, a parere di chi scrive, non necessaria – conferma, perché, come si è cercato di rimarcare nella ricostruzione della prassi⁴⁵, la decretazione d’urgenza, che doveva essere fonte istitutiva e limitativa del potere, si è invece trasformata in uno strumento di “sanatoria” e tipizzazione *ex post* delle misure che erano state nel frattempo già adottate con i d.P.C.M., evidentemente andati ben al di là della mera attuazione dei decreti-legge stessi.

Peraltro, anche ove la decretazione d’urgenza, all’interno dello schema d.l./d.P.C.M., restasse, pur con tutte le difficoltà evidenziate, sul piano della previsione generale e astratta delle misure e dell’istituzione e limitazione del potere *pro futuro*, l’uso della fonte quale atto legittimante e tipizzante i successivi provvedimenti attuativi, innescherebbe una tendenza a diluire quella funzione provvedimentale del decreto-legge che lo rende, invece, proprio lo

⁴⁵ Vedi *supra*, § 3.

strumento idoneo a intervenire su tutti quegli aspetti collaterali (ma non per questo meno importanti) alla stretta gestione dell'emergenza che vanno dallo stanziamento di risorse aggiuntive alla previsione di misure economiche, dal contenimento degli effetti sociali ed economici della crisi alla disciplina del rientro nell'ordinarietà. Ma, a ben vedere, v'è forse di più.

Se, infatti, per converso, il decreto-legge mantenesse salda la propria natura provvedimentale, ciò determinerebbe la sostanziale inutilità dei successivi provvedimenti attuativi, ai quali resterebbe ben poco da attuare, al massimo l'applicazione individuale delle misure (si pensi, ad esempio, alle requisizioni). In estrema sintesi, allora, utilizzare il decreto-legge come fonte istitutiva e limitativa del potere di adottare i successivi d.P.C.M., non solo evidenzia i limiti di ogni tipizzazione e lo allontana dalla logica del provvedere, ma in quella logica introduce un evidente vizio di coerenza interna. Infatti, delle due l'una: o il decreto-legge ha contenuto generale e astratto e, allora, viene messa sotto stress la sua propria dimensione provvedimentale; oppure il decreto-legge reca direttamente le singole misure e, allora, i successivi d.P.C.M. rischiano di perdere la propria ragion d'essere, come sembra essere accaduto nei ricordati casi in cui essi si sono limitati a riprodurre l'elenco di interventi già previsti in sede di decretazione d'urgenza.

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, pare a chi scrive di poter dire che l'aver voluto valorizzare al massimo la straordinarietà del caso e la necessità di procedere alla gestione dell'emergenza attraverso un sistema delle fonti specificamente "inventato" per essa abbia prodotto una "mela avvelenata", che è consistita, da un lato, nel porre sotto un'insostenibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale, dall'altro, nell'infilarsi nel vicolo cieco cui conduce il sottostimare le caratteristiche strutturali della contingibilità e dell'urgenza.

Per tali ragioni, si ritiene che davvero poco giovi alla ricostruzione giuridica del fenomeno il mantra, diffuso non solo nel mondo politico e sanitario, per cui "questa sarebbe la prima volta" e "non sarebbe mai successo prima". Ogni nuova catastrofe, o ogni catastrofe con effetti particolarmente pronunciati, infatti, può rappresentare la "prima volta", ma ciò non toglie nulla al dato storicamente consolidato che il tasso di tipizzabilità delle misure – come fattore cui affidare l'attenuazione dei contrasti con il principio di legalità in senso formale e sostanziale (perché a ogni misura corrispondono dei limiti anche sostanziali del potere) – non aumenta perché si appalesa una nuova morfologia o sintomatologia dell'emergenza, perché esso è, come si è evidenziato, un dato in larga parte estrinseco al contesto fattuale e strutturalmente problematico rispetto a tutti i casi contingibili e urgenti. E ciò è tanto vero che, storicamente, l'ordinamento ha reagito a questo stato di cose attraverso un percorso che ha progressivamente "normalizzato" la gestione delle emergenze in deroga alla legge

compensando l'anelasticità del tasso di tipizzabilità delle misure con la proceduralizzazione del potere e con la ricostruzione giurisprudenziale, quindi *ex post* e in concreto, di un articolato quadro di limiti volto a garantire la complessiva adeguatezza e proporzionalità degli interventi derogatori: percorso che, non a caso, come detto, ha portato alla strutturazione del sistema nazionale di protezione civile.

6. La “fuga” dal sistema delle fonti di protezione civile: la necessità come fonte del diritto è davvero la soluzione?

Ci si può adesso chiedere, per provare a chiudere il cerchio aperto con le considerazioni introduttive del presente lavoro, se il ritorno alle teoriche della necessità, *de iure condito*, e le spinte verso l'introduzione di una disciplina costituzionale dell'emergenza, *de iure condendo*, rappresentino la soluzione preferibile alle evidenziate problematiche emerse nella gestione dell'emergenza sanitaria. Il che equivale a chiedersi, innanzitutto, se, a diritto costituzionale invariato, la decisione di derogare il sistema delle fonti di protezione civile possa trovare adeguato fondamento nella qualificazione della necessità come fonte del diritto in grado di giustificare le misure adottate per fronteggiare la pandemia.

Potrà appena apparire il caso, in questa sede, di ricordare che il tentativo di sopperire alla crisi del principio di legalità attraverso il richiamo fondativo alla necessità come fonte del diritto è stato esperito in seno a contesti storici e teorici tra loro molto diversi. Si ritiene, però, che ad essi giovi sinteticamente accennare – naturalmente, senza alcuna pretesa di esaustività – perché da tale contestualizzazione si ricavano importanti indicazioni sulla effettiva praticabilità delle relative soluzioni nel quadro degli ordinamenti pluralisti contemporanei. Il timore, infatti, è che, negli ultimi tempi, il riecheggiare della necessità sia tornato a farsi sentire più come reazione istintiva per colmare l'*horror vacui* che come scelta argomentativa razionale di riproposizione di un determinato orizzonte concettuale. Per questo motivo, chi scrive sente l'esigenza di rammentare a stesso di quali contesti storico-teorici e di quali orizzonti concettuali si parla quando si discorre della necessità come fonte.

Come noto, la più risalente e compiuta elaborazione dell'idea della necessità come fonte di produzione del diritto si deve a Santi Romano⁴⁶. Ciò che in questa sede preme mettere in evidenza, ai limitati fini che qui si coltivano, è che, come si è appena accennato, la qualificazione della necessità come fonte del diritto può in gran parte essere considerata il portato dell'opzione di fondo della teoria istituzionalistica. A tale conclusione si perviene se si pone mente alla

⁴⁶ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 287 ss.

circostanza che la costruzione romaniana considera la relazione esistente tra ordinamento giuridico ed organizzazione sociale tanto insolubile da ritenere ogni accadimento necessario che si afferma nella realtà capace di assumere il crisma della giuridicità. Se si muove da queste premesse, infatti, è pressoché necessitato concludere che la necessità politica e sociale che si produce nelle relazioni sottostanti l'ordinamento, come quella che si concretizza negli stati di emergenza, è di per sé suscettibile di legittimare poteri sospensivi dell'ordine legislativo anche in difetto di una espressa previsione normativa. In questo senso, il concetto di necessità in Santi Romano si connota conseguentemente in termini di essenzialità, per il suo carattere di fonte originaria e suprema di tutto il diritto oggettivo⁴⁷.

Profondamente diverso – come altrettanto noto – è il contesto teorico in cui la dottrina della necessità come fonte di produzione viene sviluppata nel pensiero di Costantino Mortati. Come in Santi Romano, alla teorizzazione della forza iusgenerativa della necessità si arriva sempre per cercare di garantire, anche nell'emergenza giuridica, la coerenza della ricostruzione di base su cui si fonda la legittimazione dell'ordinamento e, inevitabilmente, al mutare di essa cambia anche la giustificazione che regge l'attribuzione alla necessità della qualità di fonte di produzione⁴⁸. In particolare, nel pensiero mortatiano la capacità nomopoietica della necessità si presenta come il corollario posto a presidio della «Costituzione in senso materiale»: corollario necessario al fine di assicurare che il mantenimento della decisione politica fondamentale non venga frustrato dal legalistico rispetto dell'ordine costituito, in relazione al quale ogni deroga o sospensione rappresenta il mezzo per attuare nell'ordinamento i fini ordinari che di esso costituiscono il fondamento (*rectius*, la Costituzione) quando questi non possono essere perseguiti con gli strumenti della legge. Osservata da quest'angolo visuale, quindi, l'ordinarietà dei fini che si perseguono attraverso le norme contingibili ed urgenti rappresenta l'ideale *pendant* dell'altro pilastro della costruzione complessiva, ossia, come nel pensiero di Carl Schmitt⁴⁹, l'estraneità del potere d'eccezione alle previsioni ordinariamente vigenti. Come quella romaniana all'istituzionismo, la prospettiva mortatiana è, dunque,

⁴⁷ P.G. GRASSO, *Il potere costituente*, Giappichelli, Torino, 2006, 76.

⁴⁸ Non essendo possibile sviluppare compiutamente in questa sede il parallelo impostato nel testo, ci si limita ad un rinvio al mio *La «normalizzazione dell'emergenza»*, cit., 49 ss.

⁴⁹ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, trad. it. P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico»: saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO - P. SCHIERA, Il Mulino, Bologna, 1972, 61, e ID., *Verfassungslehre*, trad. it. A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 24. La principale differenza tra le due teorizzazioni della costituzione materiale risiede, invece, come noto, nella circostanza che nella sua originaria formulazione schmittiana lo stato d'eccezione è assoluto, esterno all'ordinamento giuridico e generato dalla forza del nemico/straniero: cfr., per tutti, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 51 ss.

da ricondurre alla scelta fondativa, ossia alla logica decisionista che si sviluppa intorno al problema dell'unità politica, a garanzia della quale vengono poste decisioni concrete, anche *contra ius*, che proprio per la loro strumentalità non necessitano di alcuna specifica ed ulteriore legittimazione. Questo perché essa riposa nell'«osservanza alle esigenze essenziali che la legge non prevede, ma tuttavia così essenziali che ne condizionano la sopravvivenza»⁵⁰.

Ancora, sempre per dare una misura della varietà di contesti teorici in cui maturano le idee sulla necessità come fonte del diritto, merita di essere ricordata la teoria della c.d. «necessità funzionalizzata» elaborata da Giovanni Miele, secondo cui la necessità, pur non essendo espressamente qualificata come fonte del diritto, rappresenta il criterio di risoluzione del conflitto che si origina tra la legislazione e l'istituzione statale quando i fini che quest'ultima deve perseguire per soddisfare i bisogni della collettività non possono essere raggiunti mediante gli strumenti ordinari previsti dalla legge⁵¹. La violazione dell'ordine legislativo, attraverso il ricorso a mezzi non previsti dal legislatore, dunque, è considerata in questa diversa prospettiva un male necessario, cui lo stato non si può sottrarre, pena la compromissione della sua stessa ragion d'essere.

Tra le teoriche della necessità non possono, poi, non essere per lo meno rammentate le ricostruzioni prospettate da quella dottrina che, in tempi più recenti, hanno battuto la via di qualificare la necessità non come autonomo fattore di produzione del diritto, ma di considerare piuttosto la norma attributiva del potere d'ordinanza come fonte *sulla* produzione giuridica. Tale impostazione, come noto, è dovuta essenzialmente alla riflessione di Giuseppe Ugo Rescigno⁵² e prende le mosse dalla negazione di ogni differenza intrinseca tra le ordinanze contingibili ed urgenti ed i provvedimenti amministrativi. Dalla constatazione che non è possibile distinguere le ordinanze dai provvedimenti in funzione delle caratteristiche intrinseche degli atti viene, infatti, ricavata la conseguenza che l'«irriducibile ed essenziale differenza tra le ordinanze ed ogni altro provvedimento amministrativo», alla quale è difficile negare qualsivoglia dimensione prescrittiva, risiede in realtà nelle norme che li disciplinano e, segnatamente, nelle norme che attribuiscono il relativo potere. E ciò per la fondamentale ragione che le norme attributive del potere di ordinanza presentano due caratteristiche che valgono a contraddistinguerle da tutte le altre norme attributive di poteri amministrativi: la prima è che esse autorizzano la pubblica amministrazione a provvedere rispetto a fattispecie non previste dal legislatore; la seconda è che le medesime abilitano l'autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme⁵³.

⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1976, 715.

⁵¹ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss. e 425 ss.

⁵² G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 1965, 93.

⁵³ *Ivi*, 93.

Non è, certo, questa la sede per discutere compiutamente delle teoriche della necessità, ma si spera che una pur sintetica abbozzatura, come quella proposta, possa risultare non inutile, come si accennava, non solo per contestualizzare il senso degli appelli odierni alla necessità, ma anche per comprendere la portata e l'attualità delle diverse critiche cui tali dottrine sono andate storicamente incontro.

In particolare, come noto, le teorie della necessità si sono progressivamente sgretolate sotto i colpi inferti da coloro che hanno rilevato come essa, per un verso, legittimi aprioristicamente qualsivoglia potestà normativa del Governo per quanto essa sia estranea all'ordinamento costituzionale⁵⁴, per l'altro, si regga sul postulato della funzione conservativa del potere sospensivo illegale e ciò in evidente ed irresolubile contrasto con la constatazione storica che lo stato d'eccezione può preludere anche ad una crisi costituzionale ed all'affermazione di un nuovo ordine *in fieri*⁵⁵. Quest'ultima osservazione, in particolare, spezza il binomio creato dalla dottrina tra ordinarità dei fini ed eccezionalità dei mezzi e, svelando l'apoditticità che si cela dietro l'affermazione della dimensione conservativa del potere sospensivo illegale, pone in insuperabile crisi l'idea di fondo che la teorizzazione della forza iusgenerativa della necessità possa garantire la coerenza della ricostruzione attraverso cui si fonda la legittimazione dell'ordinamento, sia essa rinvenuta secondo la prospettiva dell'istituzionismo nel legame con la realtà sociale o secondo la dottrina della «Costituzione in senso materiale» nella decisione politica fondamentale. Ammesso naturalmente – ed è questo uno dei punti fondamentali che non dovrebbe essere eluso da chi si appella alla necessità – che quelle scelte fondative siano praticabili anche oggi, nel quadro di un ordinamento costituzionale pluralista.

Ancora, è stato evidenziato che ricostruire il fondamento di validità di un determinato potere dovrebbe valere anche a chiarirne i limiti, perché tutte le singole manifestazioni di quel potere che non trovano radici nel fondamento individuato devono poter essere considerate invalide. Se, però, si tenta di applicare questo fondamentale criterio di falsificazione al caso dei provvedimenti contingibili ed urgenti ci si avvede che le difficoltà che le dottrine della necessità incontrano a chiarire la dimensione ordinamentale del potere *extra ordinem* difficilmente si superano perché, come osservava già Massimo Severo Giannini, venuta meno la situazione concreta che giustifica la sospensione dell'ordine legale, le ordinanze contingibili ed urgenti possono nel frattempo anche aver causato effetti irreversibili, travolgendo così la distinzione tra sospensione e deroga⁵⁶. Del resto, anche coloro che vogliono salvare la

⁵⁴ P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 479 ss.

⁵⁵ P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 31 ss.

⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 577 ss.

prescrittività della distinzione tra sospensione e deroga⁵⁷ non possono che constatare che la teoria della necessità eccezionale acquista effetti incompatibili con la supremazia del diritto ordinario via via che aumentano, proprio come abbiamo visto accadere di recente, la frequenza dei fatti sociali e politici da fronteggiare con misure *extra ordinem*, da un lato, e la rilevanza ordinamentale delle deroghe e delle compressioni alle libertà fondamentali, dall'altro.

Ma, soprattutto, ciò che delle critiche alle dottrine della necessità merita di essere ricordato ai nostri limitati fini è la sottolineatura che il fatto sociale e politico generativo di diritto può anche vivere fuori e prima dell'ordinamento, giustificandolo in tal senso "dall'esterno"⁵⁸. Per tale ragione è stato acutamente osservato che la necessità in senso oggettivo e sociale può essere concepita in un quadro teorico di tipo giuspositivista se si considerano in grado di positivizzare l'emergenza esclusivamente i fatti sociali e/o politici che accadono dopo e dentro l'ordinamento, finendo però così nel risolversi in un parametro di effettività del medesimo⁵⁹.

Insomma, non sono poche le ragioni che inducono a dubitare che il quadro storico-teorico-concettuale delle dottrine della necessità possa attagliarsi, pur con le sue varie sfumature, alla realtà del nostro ordinamento costituzionale pluralista. Anche a tacere dei rilievi sopra formulati, infatti, il richiamo alla necessità sconta inevitabilmente l'annichilimento del ruolo e della forza precettiva della Costituzione, sotto più punti di vista: a) come fondamento giuridico del potere sospensivo illegale (che è, quindi, diverso da quello romaniano e da quello mortatiano); b) come regola da applicare, in deroga alla legge, al concreto caso emergenziale per risolvere l'antinomia con il diritto legislativo ordinario (alla Miele); c) come fonte autorizzativa del potere di provvedere *contra legem* nei casi non tipizzati (alla Rescigno). Detto altrimenti e in estrema sintesi, ciò che rende incompatibile le teoriche della necessità con il contesto costituzionale pluralista è, cioè, non solo che le esigenze colte dalle varie sfumature di quella dottrina sono tutte sussunte al livello della Costituzione come norma giuridica, ma anche che non potrebbe essere altrimenti, a meno di non negare che essa esprima la propria portata precettiva anche nei contesti emergenziali e di affermare che, di conseguenza, quello dello stato di emergenza è il regno della anomia costituzionale.

⁵⁷ Cfr., per tutti, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 165, nota 79, secondo cui la dicotomia sospensione/deroga non può essere cancellata dall'eventuale irreversibilità degli effetti delle misure *extra ordinem* perché resta comunque ferma la provvisorietà dell'efficacia giuridica formale dell'atto di sospensione, il quale non ha la capacità, per questo motivo, di sopprimere gli atti ordinari precedenti.

⁵⁸ R. QUADRI, *Problemi di teoria generale del diritto*, Liguori, Napoli, 1959, 35 ss.; ID., *Natura del diritto e altri problemi*, Liguori, Napoli, 1965, 321 ss.

⁵⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Cedam, Padova, 1964, 255 ss.

Il che rappresenta, per l'appunto, e non a caso, il precipitato di quel percorso di normalizzazione dell'emergenza di cui si è detto⁶⁰ e la cui grande rilevanza storica, oltre che teorica e di diritto positivo, viene inevitabilmente disconosciuta se si torna a cercare nelle varie pieghe della necessità come fonte del diritto il fondamento delle misure emergenziali che il Governo ha inteso adottare discostandosi dal sistema delle fonti di protezione civile, che di quella normalizzazione rappresenta la dimensione operativa.

7. La derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile: ha senso costituzionalizzare l'emergenza?

A ben vedere, il ridimensionamento delle pretese regolative che la Costituzione repubblicana già esprime in relazione agli stati di emergenza rappresenta il filo rosso che unisce i riferimenti, *de iure condito*, alla necessità come base ultima delle misure adottate agli appelli, *de iure condendo*, all'introduzione di una specifica disciplina costituzionale delle situazioni emergenziali.

A tale conclusione si perviene se si effettua un passo indietro e si riprende quanto detto a proposito del rilievo che non sono poche le ragioni che rendono inopportuna, dal punto di vista del diritto costituzionale, la deroga complessiva al sistema delle fonti dell'emergenza in materia di protezione civile⁶¹. Al riguardo è adesso il caso di evidenziare che, a parere di chi scrive, si tratta di una di quelle inopportunità che mettono a dura prova la distinzione tra legittimità e merito, perché le evidenziate torsioni che essa imprime alle fonti interessate rischiano di collocare il loro utilizzo al di fuori di quanto si può ritenere in armonia con la Costituzione repubblicana, intesa – come si è proposto di fare – come insieme di pretese normative che la medesima, in tutte le sue parti (e non solo in quelle laconiche sulle fonti), già esprime nei confronti delle gestioni emergenziali.

In particolare, ciò che si vuole rimarcare è che a spingere nella direzione che porta a ritenere che il modello di protezione civile non solo non dovrebbe, ma nemmeno potrebbe, essere derogato, “di fatto”, dal Governo è ancora una volta una considerazione interna al funzionamento del sistema delle fonti. Per distinguere i casi in cui seguire un sistema piuttosto che l'altro dovrebbe, infatti, esistere una norma sulla produzione giuridica che discrimini le emergenze (*i.e.* le fattispecie) da trattare secondo la disciplina del potere *extra ordinem* in materia di protezione civile e quelle da gestire con la decretazione d'urgenza e i d.P.C.M. attuativi. Tale norma, per ripartire la competenza tra fonti primarie, ovvero il Codice della Protezione Civile, da un lato, e il decreto-legge, dall'altro, dovrebbe con ogni evidenza avere rango superiore e, quindi, costituzionale.

⁶⁰ V. *supra*, § 2.

⁶¹ V. *supra*, § 3.

Sarebbe, cioè, necessaria una norma costituzionale che individui una fattispecie e vi riconnetta un apposito regime giuridico, abilitando alla sua gestione fonti e atti che, a quel punto, potrebbero ben essere diversi da quelli previsti dal sistema di protezione civile. La semplice constatazione che tale norma non esiste dovrebbe, però, rendere ragione del perché si ritiene che il modello di gestione basato sulle fonti dell'emergenza di protezione civile non possa essere derogato da parte del Governo attraverso un mero abbandono di esso nella prassi.

Appare evidente, dunque, come il tema della derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile sia tutt'uno con quello della costituzionalizzazione dell'emergenza. Per opinare diversamente, e sostenere che vi siano spazi per discostarsi da esso anche a Costituzione vigente, infatti, dovrebbe argomentarsi che il Codice di protezione civile è fonte di rango primario e che questo possa, conseguentemente, essere derogato dalla successiva decretazione d'urgenza, che ha la medesima forza di legge. Al riguardo si impongono, però, due osservazioni, che chi scrive ritiene ostantive.

La prima, dirimente, è che ammettere la derogabilità del sistema di fonti recato dal Codice significa negare in radice la logica stessa della strutturazione di un modello normativo di gestione dell'emergenza, perché non ha senso istituire e limitare in via general-astratta un potere e indicare in quali fattispecie esso può essere attivato, se poi le norme attraverso cui si compie questa operazione sono considerate liberamente derogabili, per via fattuale e senza alcuna motivazione, attraverso prassi parallele rimesse alla discrezionalità, se non all'arbitrio, del Governo. Per delineare la posizione del Codice rispetto alle fonti dell'emergenza si può, infatti, ricorrere alla categoria della gerarchia logica⁶², tipica di tutte le norme sulla produzione giuridica e che, come noto, viene diffusamente invocata dalla dottrina – e, nella sostanza, utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale – per contrastare l'illegittimità delle prassi elusive della legge 400/1988, come, ad esempio, quelle della disomogeneità degli emendamenti introdotti in sede di conversione⁶³ (su cui è, come noto, intervenuta Corte cost., sent. 22/2012, in una questione avente ad oggetto proprio la

⁶² R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (fondato da), P. SCHLESINGER (continuato da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, 165 ss.

⁶³ Cfr. *ex multis*, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in ID., E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, 41 ss.

l. n. 225/1992), delle deleghe atipiche⁶⁴, della c.d. “fuga dal regolamento”⁶⁵ e degli stessi d.P.C.M.⁶⁶.

La seconda osservazione è che, in ogni caso, la deroga al potere d’ordinanza in materia di protezione civile dovrebbe ritenersi preclusa quando il Governo stesso ha inteso, come nel caso della vicenda in esame, integrare il presupposto giuridico della sua attivazione, ovvero la deliberazione dello stato di emergenza. Indipendentemente dalla disputa circa la correttezza della tesi che considera tale deliberazione un atto politico, e quindi insindacabile⁶⁷, non pare si possa dubitare del fatto che essa deve primariamente avere ad oggetto proprio la qualificazione giuridica della situazione contingibile e urgente come insuscettibile di essere fronteggiata con i mezzi legislativi ordinari e, conseguentemente, come «evento» che, per natura ed entità (nello spazio e nel tempo), deve essere trattato ai sensi degli artt. 24 e ss. del Codice. Da ciò discende che, una volta deliberato lo stato di emergenza, per ricorrere a strumenti normativi diversi, si imporrebbe la revoca dello stesso o, per lo meno, la specifica motivazione, nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza, delle ragioni giuridiche e fattuali della deroga apportata alla gestione codicistica.

Dovrebbe, quindi, risultare chiaro che, per poter immaginare di rendere compatibile con l’esistenza di un ordinario sistema di protezione civile – cui non pare seriamente sostenibile che si possa rinunciare – un alternativo canale di gestione delle emergenze, sarebbe necessario introdurre una specifica previsione costituzionale. Questa considerazione interseca, come si è già messo in luce, il tema della – da più parti invocata⁶⁸ – costituzionalizzazione

⁶⁴ Cfr. *ex multis*, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 1 ss.

⁶⁵ Cfr. *ex multis*, V. MARCENO, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non Regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, 1 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.

⁶⁶ Cfr. *ex multis*, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, 1 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi. Focus fonti*, n. 3/2018, 2 ss.

⁶⁷ Così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC*, 9 ottobre 2008, 11, citata da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell’emergenza*, 117 ss., che sostiene la tesi contraria alla luce della giurisprudenza amministrativa.

⁶⁸ Tra i molti, cfr. G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 277 ss. Di recente, pur con differenti impostazioni, cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 206; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus, Un dialogo*, in *Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 5-6; A. VERNATA, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello Stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 13 marzo 2020, 5-6; L. DELL’ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell’emergenza da Covid-19*, *ivi*, 18 marzo 2020, 6-7.

dell'emergenza attraverso l'introduzione di una *emergency clause* come quella presente nella Costituzione di altri ordinamenti (ad esempio, Stati Uniti, Germania, Francia, Spagna).

Al riguardo si deve innanzitutto rilevare che la mancata previsione dello stato di emergenza da parte dei Costituenti, se storicamente si spiega con il timore – instillato dall'infesta vicenda che le norme sullo stato d'eccezione avevano avuto nella Repubblica di Weimar – che la costituzionalizzazione del potere finisse per legittimare i suoi abusi liberticidi⁶⁹, assume oggi un significato del tutto nuovo alla luce della ricordata evoluzione che l'ordinamento ha realizzato grazie all'incessante e ultrasessantennale lavoro della giurisprudenza costituzionale e amministrativa e, soprattutto, all'intervento del legislatore, che ha istituito e limitato il potere contingibile e urgente del Governo. Oggi, infatti, quello che nel 1948 poteva apparire un silenzio assordante è stato colmato dalla "voce" dei giudici e del legislatore, che, come ricordato⁷⁰, hanno inalveato il fenomeno del potere *extra ordinem* nel solco della Costituzione repubblicana, superando lo scoglio su cui presumibilmente si infrangerebbe ogni tentativo di distinguere, attraverso una norma costituzionale (la cui rilevata assenza dovrebbe, di qui a pochissimo, apparire non casuale), quali eventi trattare secondo la gestione emergenziale in materia di protezione civile e quali attraverso un diverso sistema di fonti.

Tale scoglio è rappresentato da quel carattere imprevedibile delle fattispecie contingibili e urgenti, che, anche qui non a caso, fin dai tempi dell'unità d'Italia ne ha impedito la tipizzazione tassativa e ha reso sempre problematico far diventare la sua disciplina compatibile con il principio di legalità, prima, e con la Costituzione repubblicana, poi. Ed è tale difficoltà a rendere ancora attuali le preoccupazioni dei Costituenti, perché minore è la possibilità di tipizzare lo stato di emergenza costituzionale, maggiore è il rischio che si faccia un abuso dei poteri che ad esso si ricollegano, perché la norma attributiva di tali

⁶⁹ Sarà sufficiente ricordare, per tutte, la posizione di Mortati, il quale, come noto, favorevole alla regolamentazione soggettiva e oggettiva dello stato di assedio, motivò invece la sua contrarietà alla costituzionalizzazione del decreto-legge osservando che «l'esperienza ha dimostrato come qualsiasi tentativo di regolamentazione e di disciplina dell'istituto sia stato sempre esiziale e non solamente sotto il regime fascista. Esso ingenera da parte del governo la tentazione di abusarne per la più rapida realizzazione della sua politica; dall'altra, vorrei dire, eccita la condiscendenza del parlamento il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettativa» (cfr. le posizioni espresse nelle sedute del 21 settembre 1946 e del 18 settembre 1947, reperibili in CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato generale, Roma, 1976, VII, 1076 ss. e IV, 2929). In estrema sintesi, la cifra unitaria che caratterizzò l'approfondito dibattito svolto alla Costituente – così come i suoi esiti di diritto positivo – è rinvenibile nel tentativo di «esorcizzare» gli stati di eccezione «assoluti», quelli, cioè, idonei a rompere qualsiasi legame tra il diritto applicato nella situazione emergenziale ed i tratti essenziali dell'ordinamento giuridico vigente. Sul punto sia consentito un rinvio al mio *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 119 ss.

⁷⁰ V. *supra*, § 2.

poteri finirebbe per essere sostanzialmente priva fattispecie. Del resto, anche laddove la riflessione sulla costituzionalizzazione dell'emergenza ha raggiunto frontiere più avanzate, come nel dibattito statunitense, essa si è risolta nel proporre alcuni accorgimenti che non incidono se non marginalmente sul sistema delle fonti, e che possono apparire di dubbia opportunità nel nostro ordinamento, come la previsione di maggioranze via via più qualificate man mano che aumenta il carattere straordinario delle misure da adottare o l'introduzione di un indennizzo per la lesione dei diritti fondamentali⁷¹.

A fronte degli ostacoli, difficilmente aggirabili, che derivano dalla contingibilità, una nuova norma costituzionale potrebbe prevedere che lo stato di emergenza sia oggetto di una deliberazione politica del Parlamento e che esso debba avere una durata limitata e non prorogabile, se non entro precisi confini temporali⁷². Non meraviglia, dunque, che, nelle intenzioni dei suoi proponenti, la cd. *emergency clause* dovrebbe contenere, appunto, l'indicazione dell'organo competente a dichiarare l'emergenza e che a tal proposito si sostenga che tale decisione debba esser ricondotta alla volontà esclusiva del Parlamento, per la ragione che si tratterebbe della sede più idonea ad arginare il pericolo di derive liberticide⁷³.

A questo riguardo pare di poter osservare che, se, per un verso, la competenza parlamentare non solleva in se e per sé problemi specifici, se non quello pratico, ma non secondario – che proprio l'esperienza del Covid-19 ha messo in luce – che l'emergenza potrebbe essere tale da impedire l'ordinaria funzionalità delle Camere, per l'altro, l'enfaticizzazione massima del presidio parlamentare contro gli abusi liberticidi del potere *extra ordinem* rischia di apparire per certi aspetti una sopravvalutazione storica non solo rispetto alle vicende che i nostri Costituenti ebbero dinanzi quando decisero di non

⁷¹ B. ACKERMAN, *The emergency Constitution*, trad. it. A. Ferrara-E. Ferrara, *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Roma, 2005, 79 ss.; ID., *Before the next attack: preserving civil liberties in an age of terrorism*, trad. it. A. Quarenghi, *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, 116 ss.,

⁷² Cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 14 marzo 2020, 5, che suggerisce, utilmente, di mutuare a tal fine la disciplina della dichiarazione di stato di guerra ex art. 78 Cost, pur ricordando in maniera assai opportuna che «i tentativi di interpretazione estensiva di questo concetto [lo stato di guerra] non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto».

⁷³ Così G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in questo numero della *Rivista*, 541 ss.

costituzionalizzare lo stato di emergenza⁷⁴, ma anche rispetto ad alcune esperienze europee contemporanee⁷⁵.

Sotto il profilo della gestione dell'emergenza, invece, la clausola dovrebbe rinviare al ruolo del Governo e, in particolare, alla decretazione d'urgenza, pur mantenendo alcuni obblighi informativi "continuativi" da parte del Presidente del Consiglio nei confronti delle Camere⁷⁶. Anche a questo proposito tornano in mente gli ammonimenti che si ricavano dai lavori dell'Assemblea Costituente, i quali mettono in evidenza bene, ancora oggi, i limiti del decreto-legge come strumento esclusivo di gestione dell'emergenza.

In particolare, ci si riferisce all'intenso dibattito sulla costituzionalizzazione del decreto-legge, di cui, come noto, Esposito ebbe a sottolineare la difficoltà avvertita dai Costituenti, dimidiati tra l'idea che la disciplina in Costituzione dei decreti-legge potesse essere una garanzia, per evitare che col «chiudere gli occhi di fronte» ai provvedimenti necessitati ed urgenti si potesse finire per facilitarne l'uso, e «la contraddittorietà tra il dare un riconoscimento ad un istituto atto ai provvedimenti delle situazioni straordinarie, concedendo di emettere solo atti aventi valore di legge ordinaria»⁷⁷. Furono, infatti, gli interventi dell'On. Codacci Pisanelli, nelle sedute dell'Assemblea plenaria del 16 e 17 ottobre 1947⁷⁸ ed in uno scritto coevo⁷⁹, a chiarire come il principale limite del decreto-legge come strumento di gestione delle emergenze fosse che esso

⁷⁴ Come noto, infatti, i Costituenti ben tenevano a mente che la presenza di autorevoli personalità certamente non illiberali come Giolitti, Salandra, Facta, Bonomi, Orlando, Gronchi, De Gasperi, solo per citarne alcuni, non aveva impedito al Parlamento di votare la fiducia al primo Governo Mussolini.

⁷⁵ Si, pensi, soprattutto al caso ungherese, su cui cfr., per un primo commento, S. BENVENUTI, *Sulla Legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il Coronavirus»*, in *SIDIBlog*, 7 aprile 2020, nonché K. KOVÁCS, *Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers*, in *Verfassungsblog*, 6 aprile 2020.

⁷⁶ Come, peraltro, previsto in sede di conversione del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, laddove è stata inserita la norma secondo cui «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo», ovvero ogni quindici giorni: formulazione che appare discutibile per la duplice ragione che non è affatto detto che lo stato dell'emergenza consenta la previa discussione delle misure, di cui non sono chiari peraltro i tempi e gli effetti (essendo la formula del "tenere conto degli indirizzi" piuttosto vaga), e che ove ciò non fosse possibile, ipotesi tutt'altro che irrealistica, chiamare il Governo a riferire il contenuto di misure già pubblicate e, quindi, già conosciute non solo al Parlamento, ma anche all'opinione pubblica, apparirebbe davvero molto poco efficace. Si segnala sul punto la differente impostazione della proposta di legge costituzionale dell'On. CECCANTI, (A.C. 2452, presentata il 30 marzo 2020) dall'emblematico titolo «*Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*».

⁷⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 836.

⁷⁸ Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, 3327 ss.

⁷⁹ G. CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Giuffrè, Milano, 1946, 19 ss.

non può limitare i diritti fondamentali, essendo una fonte primaria, e come solo la disciplina in Costituzione della decretazione d'urgenza, portando il decreto-legge fuori dall'orbita degli atti *extra ordinem*, potesse garantire la certezza preventiva del diritto⁸⁰. Del resto, già nella seduta del 10 settembre 1947⁸¹, l'On. Crispo aveva avuto a sottolineare che «nel progetto di Costituzione non vi è cenno alcuno delle così dette “ordinanze di necessità”, le quali, pur avendo comune il principio sul quale si fonda il decreto-legge, obbediscono a ben altra esigenza. L'ordinanza di necessità quella che si emette nei casi di allarme, di pericolo pubblico e di stato di guerra o d'assedio, quando cioè le libertà individuali corrono il rischio di essere limitate o sospese: è quindi necessario stabilire rigorose garanzie sull'uso delle potestà, ad evitare eccessi e trasmodante da parte del potere esecutivo». Non a caso, dunque, il medesimo On. Crispo, presentando a tal fine la propria proposta nella successiva seduta del 16 ottobre 1947⁸², dedicata ancora alla discussione sul decreto-legge, distinse radicalmente le due ipotesi, in quanto il decreto-legge incideva solo sulla legislazione ordinaria, mentre le ordinanze potevano comportare la sospensione di diritti fondamentali. E fu allora che l'On. Codacci Pisanelli, nel manifestare in quella medesima seduta la propria ferma avversione nei confronti della proposta di costituzionalizzare i poteri autenticamente *extra ordinem*, motivò l'opposizione alla «comunione forzosa» del suo emendamento con quello proposto dall'on. Crispo adducendo, per l'appunto, la circostanza che la propria proposta era riferita alla sola modificabilità della legislazione ordinaria e giammai avrebbe consentito la «deroga ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione».

Per quanto riguarda, infine, i limiti del *costituzionalizzando* potere, si è detto che questi non si prestano a essere definiti una volta per tutte e che, quindi, sarebbe preferibile una costruzione della fattispecie *per relationem*, attraverso un rinvio mobile alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁸³: una tecnica che, ad avviso di alcuni proponenti, consentirebbe l'adattamento costante del testo agli sviluppi giurisprudenziali, senza la necessità ricorrere a continue revisioni formali. Al massimo, dunque, la nuova norma potrebbe spingersi fino a costituzionalizzare parte degli approdi giurisprudenziali e legislativi di cui si è detto in punto di presupposti e limiti del potere *extra ordinem*.

⁸⁰ Su questo aspetto A. TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell'Assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, in *Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Giuffrè, Milano, 1986, 27 ss.

⁸¹ Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, 2777.

⁸² Si tratta della proposta classificata come emendamento 74 *bis* all'art. 74 del progetto di Costituzione, lasciata poi cadere senza discussione nel testo definitivo approvato.

⁸³ Così G. DE MINICO, *ult. cit.*, che utilizza l'espressione “il nocciolo duro dei diritti”: una formula che identifica “l'assoluto inattaccabile, la parte insopprimibile di una libertà, intangibile da ogni potere pubblico, interno e sovranazionale, ordinario e straordinario”.

Un risultato atteso, dunque, complessivamente modesto e, a fronte del quale, indulgere enfaticamente sull'idea della "costituzione dell'emergenza", come su quella dell'estensione della nozione di stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.⁸⁴, rischia di apparire una battaglia di retroguardia, perché, nel negare implicitamente che la Costituzione tutta esprima già ordinariamente la propria portata precettiva nei confronti degli stati di eccezione, confonde il tema della legittimazione del potere con quello della sua espressa previsione, spalancando così le porte alle pericolose teorie della necessità come fonte del diritto.

Quello che, infatti, le soluzioni della costituzionalizzazione dell'emergenza e della rievocazione della necessità come fonte del diritto hanno in comune è di rappresentare entrambe forme di fuga dal diritto vigente, in particolare dal diritto costituzionale, ovvero tentativi di ricerca del fondamento del potere sospensivo illegale al di fuori della Costituzione, la cui ordinaria precettività anche nei contesti emergenziali ha rappresentato, invece, per il nostro ordinamento una faticosa conquista; conquista che, a parere di chi scrive, merita senz'altro, ancora oggi, di essere difesa da ogni nostalgia verso le impostazioni e le soluzioni del passato.

⁸⁴ Cfr. la proposta, presentata come «*extrema ratio*», di A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, 5 ss. Si veda, inoltre, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 60-61, secondo il quale «per il coronavirus si sarebbe potuto applicare proprio l'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di 'guerra' rispetto alla emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari».