

TRA «DISPORRE» E «PROVVEDERE». I DPCM PANDEMICI AL *TEST* DI  
NORMATIVITÀ

**LUCA CASTELLI\***

**Sommario**

1. Oggetto e obiettivi dell'indagine. – 2. Profili problematici degli indici di riconoscimento dell'atto normativo. – 3. Gli assestamenti nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La giurisprudenza amministrativa sulla distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale. – 5. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza. – 6. I dpcm pandemici tra principio di legalità e riserva di legge. – 7. L'atto necessitato nella riflessione scientifica di Massimo Severo Giannini. – 8. Sulla normatività dei dpcm pandemici. – 9. Sulla loro (maggiore) assimilabilità alle ordinanze di necessità o agli atti necessitati.

**Abstract**

*The essay aims at focusing the vexed question of the legal nature of the decrees issued by the President of the Council of Ministers to tame the spread of the pandemic. It goes through the traditional criteria of identification of the sources of the law and retraces the notion of necessity and urgency ordinance, as well as of necessity act according to the theory of Massimo Severo Giannini. The very final endpoint of the paper is to apply such criteria on the pandemic decrees in order to assess, on the one hand, whether they can be recognized as normative acts; on the other hand, whether they can be better included in the necessity ordinances rather than in the necessity acts.*

**Suggerimento di citazione**

L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al test di normatività*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Perugia.  
Contatto: [luca.castelli@unipg.it](mailto:luca.castelli@unipg.it)

### 1. Oggetto e obiettivi dell'indagine

La cessazione dello stato di emergenza connesso alla diffusione degli agenti virali da COVID-19<sup>1</sup> e la sentenza n. 198 del 2021 di pochi mesi precedente<sup>2</sup>, con la quale – come noto – la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità sollevate in riferimento alla asserita natura legislativa dei dpcm pandemici ed alla conseguente lesione delle funzioni del Parlamento, inducono a ritornare sulla *vexata quaestio* della natura giuridica di tali atti, specie alla luce delle conclusioni cui sono pervenuti i giudici di Palazzo della Consulta, che li hanno ricondotti al novero degli atti necessitati.

Senza riprendere puntualmente tutti i passaggi della motivazione, ci si limita qui a ricordare come, secondo la Corte, il decreto-legge n. 19 del 2020 – che ha a lungo rappresentato l'anello "più robusto" della «catena normativa dell'emergenza»<sup>3</sup> fondata dal decreto-legge n. 6 del 2020 – non ha delegato alcuna potestà legislativa al Presidente del Consiglio, essendosi semplicemente limitato ad abilitare l'autorità governativa a rendere operative le restrizioni in esso previste<sup>4</sup>.

Ed è per corroborare ancor di più questa conclusione che la Corte qualifica il dpcm (ancorché solo «per certi versi») come atto necessitato, in ragione del contenuto tipizzato che esso esibisce, in tal modo sgombrando definitivamente il campo – almeno questa ci pare la preoccupazione di fondo – dal fatto che quella conferita al Presidente del Consiglio possa anche solo lontanamente considerarsi una funzione legislativa, non essendo i dpcm neppure riconoscibili come atti *lato sensu* normativi, dato che si arrestano sulla soglia degli «atti amministrativi sufficientemente tipizzati».

<sup>1</sup> A far data dal 31 marzo 2022. Sulla gestione del *post* emergenza si veda il decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24, recante «Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza».

<sup>2</sup> È infatti stata depositata il 22 ottobre 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 27 ottobre 2021.

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 2 ss.

<sup>4</sup> Secondo M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *federalismi.it*, 27/2021, 180, il decreto-legge n. 19 avrebbe «esplicitato la natura attuativa, a rime obbligate» dei dpcm pandemici fondati su di esso, «che i loro predecessori non presentavano». Ravvisa invece una «delega ai d.P.C.M. di scelte politiche fondamentali» C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, p. 170, secondo cui il dl n. 19 ha rimesso «il cuore della scelta politica di bilanciamento» tra la salute pubblica e i vari interessi costituzionali contrapposti «ad un atto sublegislativo di un organo monocratico, privo di potere di indirizzo politico». Di un «decreto-legge [...] di delega», a proposito però del dl n. 6 del 2020, parla anche 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.it*, 23 marzo 2020, p. 13.

D'altronde, un indizio del *favor* del giudice costituzionale per siffatta interpretazione poteva già cogliersi nella precedente sentenza n. 37 del 2021<sup>5</sup>, relativa all'altrettanto nota vicenda della legge della Regione Valle d'Aosta che aveva attenuato le misure di contrasto alla pandemia rispetto a quelle previste dallo Stato.

In quella pronuncia, infatti, il giudice costituzionale apre alla possibilità che il legislatore statale, ove «posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari», introduca «nuove risposte normative e *provvedimentali*» e, a proposito del connubio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, parla di una «sequenza normativa e *amministrativa*» (corsiivi aggiunti).

Da questo punto di vista, pertanto, la sentenza n. 198 non fa altro che confermare quanto anticipato dalla Corte nella decisione sulla legge regionale valdostana ed anzi dal combinato disposto delle due pronunce risulta il complessivo avallo del giudice costituzionale all'impianto di produzione normativa predisposto dallo Stato per gestire l'emergenza.

Ma quel che più interessa in questa sede della sentenza n. 198 è, come si diceva, l'esplicita presa di posizione in favore della natura giuridica dei dpcm pandemici, giacché tale questione è di quelle che toccano i gangli nevralgici del diritto pubblico, chiamando in causa tematiche di grande rilievo dommatico, quali la ricerca dei criteri idonei ad identificare un atto come normativo, il fondamento e i limiti del potere di ordinanza, la definizione della stessa nozione di atto necessitato.

Se ne ha conferma nel dibattito molto intenso e articolato che la richiamata questione ha suscitato in sede scientifica. Ben prima di questo approdo della giurisprudenza costituzionale, infatti, il problema era stato tra quelli più discussi in dottrina ed aveva condotto ad esiti estremamente differenziati, nei quali – giova ricordare – la tesi alla fine recepita dalla Corte è rimasta isolata, essendo nettamente prevalsa l'opinione secondo la quale i dpcm pandemici andrebbero piuttosto assimilati alle ordinanze contingibili e urgenti.

A voler provare a sintetizzare – senza pretesa di esaustività – un così ampio confronto, che peraltro è ben lungi dall'essersi concluso come si evince dai numerosi commenti che la sentenza in esame continua a sollecitare<sup>6</sup>, sembra

<sup>5</sup> Che per A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 512, è «una sentenza normativa sull'ordine complessivo delle fonti perdurante la Pandemia».

<sup>6</sup> Tra i quali quello di A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2/2021; nonché A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia Insieme*, 19 gennaio 2022. Nel momento in cui si scrive non sono ancora disponibili i commenti pubblicati sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

possibile individuare almeno sette diverse posizioni che, a seconda del grado di normatività di volta in volta attribuito all'atto, oscillano, con varie gradazioni, tra il minimo del provvedimento amministrativo e il massimo dell'atto sostanzialmente legislativo.

E così c'è chi ha inquadrato i dpcm nella categoria degli atti necessitati<sup>7</sup>; chi li ha accostati ai «provvedimenti attuativi di natura amministrativa generale non normativa»<sup>8</sup>; chi li ha ricondotti ad «atti di coordinamento tecnico basati sulle analisi scientifiche condotte sulla malattia»<sup>9</sup> e chi invece ha ritenuto che «appartengono [...] al novero degli atti amministrativi generali, a contenuto normativo, e non a quello delle fonti di normazione secondaria»<sup>10</sup>.

Secondo altri autori, invece, si tratterebbe di atti di natura regolamentare, «dato che i dpcm contengono misure che vietano comportamenti individuali e sanzionano penalmente le trasgressioni ai divieti, proprio come fanno di solito gli atti normativi»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1/2021, p. 305; nonché, volendo, L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 123.

<sup>8</sup> A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, III, 2021, p. 846.

<sup>9</sup> Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, *Le Regioni*, 4/2020, p. 750.

<sup>10</sup> In questo senso G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2021, p. 294. Di «atto amministrativo a contenuto normativo» parla anche P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec. 2020, p. 297. Anche per M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 403, si tratta di «atti amministrativi generali, che trovano il proprio fondamento giuridico nella riforma della Presidenza del Consiglio operata con la legge n. 400 del 1988». Adesivamente A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 10 agosto 2020, p. 7, che parla del «ricorso a un atto amministrativo generale». Lo ritiene un «atto amministrativo» senza ulteriori specificazioni R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, III, 2020, p. 524. Secondo L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale, cit., il dpcm «è e rimane provvedimento amministrativo».

<sup>11</sup> G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020. È questa la prospettiva fatta propria, più in generale, da U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 27, secondo cui le regole (fatte da un'organizzazione in vista dell'esercizio di un certo potere) che si rivolgono all'esterno sono «in linea di principio atti normativi» quando impongono obblighi o divieti (perché «sarebbe irragionevole, ed al limite contraddittorio, ipotizzare che la Costituzione riservi una certa disciplina alla legge [all'art. 23 Cost.], atto normativo per eccellenza, e poi ammettere che la legge a sua volta possa spogliarsi parzialmente del suo potere a vantaggio di atti che vengono trattati come non normativi»), mentre «vanno appannate alle norme interne» se «prevedono diritti, poteri, facoltà». Sono «atti regolamentari» anche per G. D'AMICO, *La libertà capovolta. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 169, mentre R. MANFRELOTTO, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 234, parla di atti «di natura sostanzialmente regolamentare».

La più esplicita presa di posizione in favore della loro classificazione tra le fonti secondarie – «cui però è attribuito un contenuto tipico delle fonti primarie» – è quella di Padula, il quale ritiene «difficile negare la natura normativa di un atto che limita i diritti costituzionali con disposizioni generali e astratte»<sup>12</sup>; a suo parere, infatti, siffatta limitazione è espressione di una «funzione sostanzialmente legislativa, che fa emergere una “carica” normativa dirimpante che, unita ai caratteri della generalità e dell’astrattezza, li dovrebbe far considerare atti normativi»<sup>13</sup>.

All’estremo opposto di queste ricostruzioni si colloca l’opinione di Ruggeri, per il quale è «giocoforza riconoscere [ai dpcm] non soltanto rango sostanzialmente primario ma, addirittura, superprimario, avendo prodotto (e producendo) effetti sospensivi (se non pure derogatori) nei riguardi dei diritti di libertà»<sup>14</sup>.

La tesi che ha riscosso il maggior *favor* in sede dottrinale, però, è quella secondo cui i dpcm «sono ovviamente ordinanze, pur se nella forma tipica – per quell’organo – del decreto del Presidente del Consiglio»<sup>15</sup>.

All’interno di questa opinione, poi, sembra possibile distinguere ulteriormente almeno due varianti fra quegli autori che pongono l’accento sulla non

Secondo M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 403, anche il Comitato per la legislazione, nel parere rilasciato sulla conversione del decreto-legge n. 2 del 2021, «distinguendo tra ordinanze e d.P.C.M. sembra sottrarre i secondi all’ambito delle prime, qualificandoli implicitamente come fonti regolamentari, atipiche rispetto al modello dell’articolo 17, comma 3, della l. n. 400/1988». A suo avviso, tuttavia, tale tesi non è condivisibile perché «se i “d.P.C.M. di emergenza” avessero natura regolamentare non potrebbero derogare alle norme di legge, come invece è consentito [...] alle ordinanze».

<sup>12</sup> C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 176.

<sup>13</sup> C. PADULA, *ivi*, 177.

<sup>14</sup> A. RUGGERI, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell’emergenza*, in *Consulta Online*, 1/2021, p. 245.

<sup>15</sup> Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell’emergenza*, cit., 12. Di «ordinanze in forma di DPCM» parla anche S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 544. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 388, ritiene che «[c]iò a cui ci troviamo di fronte è invece un uso massiccio di atti (i DPCM, appunto) dall’incerta natura giuridica (ma senz’altro riconducibili alla categoria delle ordinanze)». Adesivamente G. GUZZETTA, *Le fonti dell’emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 81. M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all’esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Annuario 2020 dell’Associazione italiana costituzionalisti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 269, parla del «ricorso allo strumento dell’ordinanza nazionale, nelle forme del DPCM» per fronteggiare l’emergenza. A sua volta M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato meno Regioni*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 571, qualifica il dpcm come «un atto normativo [...] che, anche in quanto ordinanza, è perfettamente in grado di sostituirsi all’ordinanza di protezione civile». Anche secondo E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, p. 4, «[c]he tali DPCM rientrino tra le ordinanze *extra ordinem*, non sembrano esservi dubbi».

piena assimilabilità tra dpcm e ordinanze contingibili e urgenti. E così se Bignami, pur ritenendo che non vi sia «nulla di male nel catalogarli nel *genus* delle ordinanze contingibili e urgenti», ne rileva «la abissale differenza che, nel caso di specie, li distingue dai provvedimenti di tal fatta»<sup>16</sup>; Mangia ne evidenzia il carattere di «ordinanze emergenziali di tipo nuovo, create *ad hoc* per l'occasione, che presentano solo alcune delle caratteristiche tradizionalmente proprie del diritto dell'emergenza»<sup>17</sup>.

Neanche la giurisprudenza amministrativa è univoca sul punto, a partire da un passaggio della Relazione sulla giustizia amministrativa 2021 nel quale il Presidente Patroni Griffi sembra ricondurre i dpcm al novero delle fonti secondarie, allorché rileva che «le misure adottate nel corso dell'emergenza hanno suscitato un dibattito *sui limiti del potere di normazione secondaria del Governo*» (corsivo aggiunto).

Il Tar Calabria, invece, nell'annullare l'ordinanza regionale che consentiva la ripresa nel territorio regionale dell'attività di ristorazione non solo con consegna a domicilio e con asporto, come previsto dal dpcm *ratione temporis* vigente, ma anche mediante servizio al tavolo, esclude espressamente il carattere normativo di quel dpcm e lo qualifica come atto amministrativo generale<sup>18</sup>.

Anche il Tar Lazio<sup>19</sup>, chiamato poco dopo a pronunciarsi sull'ostensibilità dei verbali del Comitato tecnico-scientifico, nega che i dpcm siano atti

<sup>16</sup> M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il Coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 43.

<sup>17</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 153. L'Autore ritorna sull'argomento nel saggio *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, *Le Regioni*, 3/2021, p. 518, ribadendo che i dpcm pandemici «non sono altro se non una evoluzione particolare dell'istituto dell'ordinanza emergenziale: e costituiscono un caso anomalo di delegificazione temporanea di settori specifici dell'ordinamento, in cui l'effetto derogatorio disposto dal decreto-legge *sub condicione* tiene luogo della normale abrogazione *sub condicione* delle leggi di delegificazione». Una tesi che richiama quella sostenuta, più in generale, da M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1178, secondo il quale «l'effetto prodotto dagli alti normativi *extra ordinem* in tanto potrebbe ritenersi consentito, in quanto essi venissero intesi come condizioni al cui verificarsi l'effetto derogatorio, determinato – però – da una fonte primaria legittimante, si produrrebbe. Tanto, secondo un modulo concettuale e procedimentale analogo a quello già sperimentato (con successo) dall'art. 17 della L. n. 400 del 1988 in riferimento alla delegificazione. Anche in questo caso, però, così come in quello, la fonte primaria legittimante dovrebbe contenere indicazioni sufficientemente precise sui presupposti e sulle modalità dell'adozione, così come sui limiti e sui criteri guida, dell'atto legittimato, onde evitare che l'effetto legittimante operi sul terreno della mera forma e non della sostanza».

<sup>18</sup> TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, su cui cfr. *amplius* F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 374 ss.; nonché C. SALAZAR, «Spaghetti, pollo, insalatina e una tazzina di caffè»... ai tempi del coronavirus (in margine a TAR Calabria, sent. n. 841/2020), in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, p. 599 ss.

<sup>19</sup> TAR Lazio, Sez. Prima Quater, 22 luglio 2020, n. 8615.

normativi, come tali sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990, trattandosi di atti «privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico».

Ma questo giudice amministrativo non li ritiene neppure atti amministrativi generali, «con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari» e rilevandone la «peculiare atipicità» li accosta piuttosto alle ordinanze contingibili e urgenti, «in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare». Un accostamento, però, che non è neppure pieno, in quanto i dpcm – a differenza delle ordinanze – non avrebbero, secondo questo TAR, il presupposto della “contingibilità”, atteso che essi «riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere».

Il Consiglio di Stato<sup>20</sup>, invece, li considera in tutto e per tutto «atti equivalenti nella sostanza alle ordinanze contingibili e urgenti», che hanno «natura di atti generali, introduttivi di disposizioni di rango secondario, ancorché temporanee ed emergenziali»; ma ritiene anche che si tratti «indubbiamente [...] [*di*] atti di alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità, attraverso i quali il Governo ha attuato le fondamentali scelte politiche e amministrative di gestione della gravissima crisi pandemica».

Secondo i giudici di Palazzo Spada, tuttavia, «la questione della configurazione di tali atti [...] riveste a ben vedere un rilievo più formale e nominalistico che sostanziale», giacché le competenze e le procedure previste dal Codice della protezione civile e dalla legge n. 833 del 1978 ben possono essere derogate da una successiva norma primaria che demandi al dpcm la disciplina attuativa delle fattispecie da esso regolate.

Questa opinione, in vero, non può essere condivisa, perché tende a sminuire, nei fatti, la portata del problema che qui ci occupa e che riguarda atti – i dpcm pandemici – i quali, è bene ricordare, hanno prodotto la più penetrante limitazione dei diritti garantiti dalla Costituzione che il nostro ordinamento costituzionale abbia fin qui conosciuto.

Non è chi non veda, infatti, come dall'opzione teorica in favore del loro carattere normativo o amministrativo derivino implicazioni tutt'altro che trascurabili sul piano pratico, legate proprio alle esigenze di (miglior) tutela giurisdizionale da assicurare a diritti fondamentali della persona così profondamente incisi.

<sup>20</sup> Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

Riconoscere ai dpcm pandemici natura regolamentare significa assoggettarli al peculiare regime delle fonti, con le conseguenze che ciò comporta in termini di ricorribilità in Cassazione per violazione di legge; di applicazione dei principi *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*; di sottoposizione agli ordinari canoni ermeneutici di cui alle disposizioni sulle leggi in generale; di pubblicazione legale.

Il regolamento, inoltre, è inderogabile<sup>21</sup>; a differenza dell'atto amministrativo generale, può essere (anche) disapplicato in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità<sup>22</sup>; può essere sindacato dalla Corte costituzionale non solo in sede di conflitto tra enti e di conflitto tra poteri, ma di giudizio di legittimità costituzionale, sia quando il suo vizio è in realtà riconducibile alla fonte primaria che lo ha autorizzato; sia quando costituisce un «completamento del contenuto prescrittivo» della norma primaria e quindi può formare oggetto di giudizio unitamente ad essa<sup>23</sup>.

Da questo punto di vista, infatti, ove il regolamento si configuri come atto che completa l'atto legislativo, per capire l'illegittimità della legge occorre capire quel che c'è scritto nel regolamento<sup>24</sup>; con la conseguenza, in tutti questi casi, che la portata *erga omnes* della decisione della Corte contribuisce a rendere (ancor) più intensa la tutela avverso violazioni dei diritti della persona recate da norme regolamentari.

Insomma, nei confronti di un dpcm che sia esplicazione di una funzione regolamentare un cittadino che si ritenesse leso in un suo diritto di libertà avrebbe una serie di garanzie che il trattamento giuridico proprio dell'atto amministrativo<sup>25</sup> non sarebbe in grado di apprestare.

<sup>21</sup> Come osserva A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 6-7, «[l] regolamento [...] è atto sovraordinato rispetto a tutti gli atti amministrativi, anche generali, in virtù del suo fondamento legislativo e dei suoi caratteri intrinseci. Il regolamento, dunque, non è derogabile con atto concreto della stessa autorità che l'ha adottato [...] e neppure di autorità amministrativa superiore».

<sup>22</sup> Lo sottolinea G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2016, p. 287.

<sup>23</sup> Tra le altre, Corte costituzionale, sentenza n. 200 del 2018 e n. 92 del 2021. Secondo M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 58, una delle caratteristiche dell'attuale fase della giustizia costituzionale è proprio «la maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità [...] di questioni su norme regolamentari».

<sup>24</sup> È una prospettiva che richiama alla mente la nota tesi espositiva del regolamento come diritto vivente, in forza della quale per valutare la costituzionalità di una legge non si può prescindere dal significato che essa assume in concreto nell'ordinamento in forza del regolamento che vi dà esecuzione. Cfr. C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962 605 ss. Più in generale, per l'opinione che i regolamenti siano fonti di carattere sostanzialmente primario, come tali sindacabili dalla Corte costituzionale, si veda C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*.

<sup>25</sup> Annullabilità d'ufficio o su ricorso; applicabilità della disciplina del procedimento amministrativo; sindacabilità in Cassazione limitata ai vizi di motivazione, non sottoponibilità al giudizio di legittimità costituzionale.



Di qui il senso di diffusa insoddisfazione provocato, almeno in chi scrive, dall'alto grado di incertezza che circonda un tema già di per sé controverso e che l'esistenza di opinioni così fortemente discordanti – anche al proprio interno – tra la dottrina, il giudice amministrativo e la Corte costituzionale non fa altro che accentuare.

Beninteso, questa varietà di giudizi sui dpcm non è certo una novità. Che essi «siano da sempre atti di non facile collocazione» in ragione del «loro uso poliedrico» e della «diversa natura che [...] assumono a seconda della loro utilizzazione» è una conclusione cui la dottrina più attenta a questi temi è pervenuta ormai da tempo<sup>26</sup>.

Anche prima dell'esplosione dell'emergenza pandemica, infatti, il dpcm era ritenuto un atto ibrido<sup>27</sup>, che poteva veicolare tanto un contenuto regolamentare; quanto avere natura di atto amministrativo generale<sup>28</sup> o di alta amministrazione<sup>29</sup>; oppure configurarsi come un provvedimento espressione di una scelta di carattere essenzialmente tecnico<sup>30</sup>.

Ma il punto è che mai prima d'ora tali atti avevano avuto un così rilevante impatto sulla sfera dei diritti costituzionalmente garantiti, il che impone al costituzionalista un "supplemento d'anima" (e di riflessione), per inquadrare il problema all'interno delle categorie dogmatiche che fanno parte del suo bagaglio teorico, al fine di valutare se – ed eventualmente fino a che punto – tali categorie siano applicabili ai dpcm pandemici.

Con due essenziali avvertenze. La prima è che non sarà evidentemente possibile trattare in maniera esaustiva tutte le grandi questioni teoriche che l'oggetto dell'indagine implica – né d'altronde è questo l'obiettivo del presente

<sup>26</sup> M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "Emergenza e Governo-Pubblica amministrazione"*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 436.

<sup>27</sup> M.C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 155 ss. Per una ricognizione delle più recenti tendenze nella prassi di adozione dei dpcm si veda M.A. GLIATTA, *L'uso dei dpcm nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, p. 1192 ss.

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 2010, che qualifica come atto amministrativo generale il dpcm con cui, fino al 2012, veniva dichiarato lo stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992.

<sup>29</sup> Il TAR Lazio, sez. II, 8 aprile 2003, n. 3276, ha ricondotto al novero degli atti di alta amministrazione il dpcm per il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale, di cui all'art. 19, c. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, nonché il dpcm di nomina degli organi di vertice degli enti pubblici di ricerca, di cui all'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 204 del 1998. Su tale categoria di atti amministrativi si veda tra gli altri V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 1/2009, p. 101 ss.

<sup>30</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 2014, in riferimento al dpcm 21 dicembre 2012 che recepisce le linee guida deliberate dalla Conferenza Stato-Regioni per assicurare la corretta rilevazione dei fatti di gestione e la regolare tenuta della contabilità da parte dei gruppi consiliari regionali.

lavoro –, dovendoci qui limitare a richiamarle limitatamente agli aspetti che ci sembrano più rilevanti ai nostri fini.

La seconda è che nel condurre l'analisi non sembra possibile prescindere dall'insegnamento che D'Atena ha tratto dall'approccio con cui Aldo M. Sandulli affrontava il tema dei confini della normatività, vale a dire che «il giurista non è chiamato ad elaborare concetti fini a sé stessi [...] ma opera in una dimensione pratica. Il che significa che la stessa dogmatica d'alta quota, la dogmatica più rarefatta e raffinata, in tanto si giustifica, in quanto serve a dare risposta alle domande che la vita incessantemente pone a chi è chiamato ad applicare il diritto»<sup>31</sup>.

In questo spirito, allora, il presente contributo si propone di esaminare la questione della natura giuridica di tali atti muovendo dalla tradizionale concettualizzazione dei criteri (formali e sostanziali) di identificazione delle norme da parte della dottrina, nonché dalla loro successiva applicazione ad opera della giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

Dopo aver ricostruito la categoria delle ordinanze di necessità, oggetto di un'approfondita riflessione teorica specie alla luce dei limiti precisati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 e quella dell'atto necessitato nella teorizzazione che ne ha fatto Massimo Severo Giannini, i richiamati criteri verranno saggiati sul “tipo” dpcm pandemico, per verificare se l'atto, alla luce dei caratteri essenziali che esibisce, possa essere riconosciuto o meno come normativo; e di conseguenza per individuare quale, tra le diverse posizioni espresse in dottrina e in giurisprudenza, si riveli più aderente al *test* di normatività qui condotto.

Scopo ultimo dell'indagine vorrebbe essere quello di invitare la comunità scientifica a continuare la riflessione sul tema; nonché, sulla scorta dell'auspicio di Rescigno per cui in materia di fonti è sempre «augurabile un pò d'ordine e di certezza»<sup>32</sup>, di (provare ad) introdurre qualche elemento di chiarezza al fine di avvicinare le rispettive opinioni e pervenire ad approdi maggiormente condivisi, nella prospettiva di acquisire una maggiore “preparazione” anche da parte di coloro che a vario titolo operano nel campo del diritto in vista di future – non certo auspicabili, ma purtroppo sempre possibili – emergenze di questo genere.

## 2. Profili problematici degli indici di riconoscimento dell'atto normativo

Come ha osservato Staiano «[p]oche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività»<sup>33</sup>; un “tormento” che esprime in maniera molto efficace

<sup>31</sup> A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, in *Diritto e Società*, 4/2004, p. 473.

<sup>32</sup> G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1523.

<sup>33</sup> S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p.

tutta la complessità di un tema che ancora oggi non può dirsi risolto in modo univoco, dati i cospicui margini di incertezza e di dubbio che continuano a circondarlo.

D'altra parte, già secondo Amato «[L]a riconoscibilità della norma secondaria e i relativi criteri costituiscono ancora, in molti casi, un problema apertissimo»<sup>34</sup>, sicché non pare affatto azzardato annoverare tra i «molti casi» ancora aperti, da ultimo, anche quello dei dpcm pandemici.

Tali decreti, infatti, rappresentano un vero e proprio banco di prova per l'applicazione dei tradizionali criteri di identificazione delle norme, ponendo l'interprete che voglia provare a tirare una chiara e precisa linea di confine tra il territorio della normatività e quello della non normatività davanti a non trascurabili difficoltà. Il pensiero corre subito al monito di Crisafulli secondo cui «il concetto dell'atto normativo mal si presta ad una trattazione riassuntiva organica e lineare»<sup>35</sup>.

A maggior ragione, dunque, l'indagine deve procedere con grande cautela, ben consapevole che le elaborazioni dottrinali intorno alla figura dell'atto normativo sono state molteplici e che nonostante questo – o forse proprio per questa ragione – i criteri sopra richiamati non risultano ancora del tutto assodati.

Sulla base di queste premesse non si può che prendere le mosse da Crisafulli, le cui riflessioni in materia di teoria delle fonti restano un punto di riferimento imprescindibile per chiunque voglia cimentarsi con questo tema.

A suo avviso, per sapere quali atti possano essere ricompresi tra le fonti «è necessario rinvenire nel sistema la “norma di riconoscimento”, ossia [...] la norma attributiva di competenza normativa»<sup>36</sup>. «L'ideale sarebbe – proseguiva il Maestro – [...] che esistesse [...] una elencazione esplicita, completa e tassativa delle fonti legali, contenuta in Costituzione o in altra legge costituzionale [...] e che – per di più – fossero chiaramente specificati i contrassegni caratterizzanti formalmente i diversi tipi di fonti, in modo da renderle immediatamente riconoscibili»<sup>37</sup>.

Quando la Costituzione contiene una norma del genere e quindi prestabilisce le «forme esclusive caratterizzanti gli atti di esercizio» del potere di creare diritto oggettivo, la scelta da essa effettuata non può che prevalere; di conseguenza, ai fini della determinazione delle fonti (primarie), viene accordato

537. Di un «groviglio di problemi che la categoria della normatività [...] ha suscitato e suscita» parla R. BALDUZZI, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, in *Ius*, 2-3/2020, p. 568.

<sup>34</sup> G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 193.

<sup>35</sup> V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 238.

<sup>36</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, Cedam, 1993, p. 24.

<sup>37</sup> V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 15.

rilievo prioritario ai contrassegni formali, quelli cioè legati a connotati esteriori dell'atto quali il *nomen iuris*, l'*iter* formativo, le modalità di esternazione, le forme di pubblicità legale, giacché «le fonti sono [...] disciplinate in Costituzione più sotto il profilo dei soggetti e organi dai quali sono poste in essere [...] che non dal punto di vista dell'esser fonti (normative)»<sup>38</sup>.

L'applicabilità dei criteri formali – primo fra tutti il *nomen iuris* – facilita, in un certo senso, l'identificazione dell'atto normativo da parte dell'interprete, perché esso è riconosciuto come tale per il fatto stesso di avere quella denominazione, al di là che esibisca o meno un contenuto generale e astratto. Di qui, in caso di scissione tra la forma (di legge) e il contenuto (disposizioni non generali e astratte), il rilievo decisivo dell'elemento onomastico.

Tale scissione, peraltro, chiama in causa la grande questione – cui non si può che accennare di sfuggita – della distinzione tra legge in senso materiale e legge in senso formale, a seconda che l'atto legislativo contenga o meno norme giuridiche.

Una distinzione che rimonta alla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento<sup>39</sup> e che, per quanto qui interessa più da vicino, è piuttosto equivoca. Essa, infatti, finisce per attrarre nell'orbita del concetto materiale di legge anche il regolamento, il quale, pur implicando «secondo tradizione l'idea di atto contenente disposizioni “generalì ed astratte” e perciò normative»<sup>40</sup>, è tuttavia espressione di una funzione completamente diversa da quella legislativa.

Ed infatti non sono state poche le critiche rispetto a una simile qualificazione del regolamento, che si possono ben condensare in questa alternativa posta da Foderaro: «o il concetto di legge viene desunto dalla forma che l'atto riveste e dagli organi da cui l'atto emana (criterio formale e soggettivo) ed allora qualunque norma e regola di diritto, non può mai, in difetto di quella forma, qualificarsi legge; ovvero, invece, quel concetto viene desunto dal contenuto normativo (criterio oggettivo e materiale) ed allora qualsiasi atto fornito di tale contenuto, da qualunque autorità emani, non può mai riguardarsi come vera legge»<sup>41</sup>.

Alla fine il superamento della teoria della legge in senso materiale viene sancito anche dalla Corte costituzionale, che ha puntualizzato come «[l]anto la Costituzione (artt. 70 e 121), quanto gli Statuti regionali definiscono la legge, non già in ragione del suo contenuto strutturale o materiale, bensì in

<sup>38</sup> V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 17.

<sup>39</sup> Secondo P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, Milano, Giuffrè, 2007, 10, «[l] criterio essenziale ai fini della legge consiste pertanto nel contenuto ed è dunque un criterio materiale. In quale forma lo Stato esprima una regola giuridica non fa alcuna differenza, anche se questa forma è valida in sé».

<sup>40</sup> V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 18.

<sup>41</sup> S. FODERARO, *Il concetto di legge. Studi su la legge nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, F.lli Bocca, 1948, p. 123.

dipendenza dei suoi caratteri formali, quali la provenienza da un certo organo o da un certo potere, il procedimento di formazione e il particolare valore giuridico (rango primario delle norme legislative, trattamento giuridico sotto il profilo del sindacato, resistenza all'abrogazione, etc.)»<sup>42</sup>.

Ed è esattamente su tale presupposto che la Corte, dopo aver chiarito che gli artt. 70, 76 e 77 Cost. «non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte»<sup>43</sup>, nega l'esistenza in Costituzione di disposizioni che comportano «una riserva agli organi amministrativi o “esecutivi” degli atti a contenuto particolare e concreto»<sup>44</sup>, così aprendo all'ammissibilità delle leggi-provvedimento<sup>45</sup>.

Rispetto a un orientamento fin qui granitico, va però segnalata la recente evoluzione che sembra profilarsi alla luce della sentenza n. 116 del 2020 nella direzione di una flessione della riserva di amministrazione.

La Corte, infatti, pur precisando che non vuole affatto «mettere in discussione il tema della “riserva di amministrazione” nel nostro ordinamento», osserva che «se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»; donde l'irragionevolezza della disposizione censurata che aveva legiferato «*una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle naturaliter amministrative*» (corsivo aggiunto).

Il giudice costituzionale, dunque, individua una categoria di materie – quelle «*naturaliter amministrative*», in quanto già oggetto di disciplina da parte della pubblica amministrazione – rispetto alle quali la “cattura” del legislatore va sottoposta, caso per caso, ad un giudizio di ragionevolezza.

<sup>42</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 1989.

<sup>43</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 60 del 1957. Non viene dunque accolta l'opinione secondo cui l'art. 70 farebbe coincidere la legislazione con la normazione e dunque si riferirebbe alla funzione legislativa come funzione produttiva di leggi-norma, cioè generali e astratte. In dottrina, tra i tanti che negano questa coincidenza cfr. G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi sulla riforma fondiaria*, *Foro It.*, 1952, IV, p. 77, secondo cui «la competenza del potere legislativo non è quella di emanare norme, ma quella di emanare leggi, atti che si definiscono per caratteri diversi dalla normatività»; nonché G.U. RESCIGNO, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1058, il quale rileva come l'art. 70 «dicendo che la funzione legislativa spetta alle Camere, non ha affatto inteso dire che la funzione normativa spetta alle Camere, cosicché il parlamento è libero di creare nuove potestà normative in capo ad altri soggetti, purchè sprovviste della forza di legge (giacchè questo invece dalla lettura congiunta degli artt. 70, 76 e 77 è vietato)».

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 1989.

<sup>45</sup> Tra le tante Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 2007.

Questo indirizzo sembra chiaramente volto a contenere l'(ab)uso delle leggi-provvedimento, che rappresentano una delle più vistose manifestazioni di crisi della legge – *sub specie* della moltiplicazione dei suoi tipi – evidenziate dalla dottrina<sup>46</sup>.

Ma non è chi non ne veda le ripercussioni rispetto all'opinione, che si considerava pacifica, per cui «non tutta la funzione legislativa può considerarsi normativa»<sup>47</sup>. Nel momento in cui la legge si emancipa dal contenuto particolare e concreto per essere riportata al suo “alveo naturale” di legge-norma (generale e astratta), neppure i criteri formali diventano più «decisivi» per identificarla, dovendo essere necessariamente integrati con quelli sostanziali. Viene allora da chiedersi quanto questo nuovo filone della giurisprudenza costituzionale possa contribuire a riportare *in auge* la vecchia tesi della legge in senso materiale, che si distingue dall'atto amministrativo non solo per i suoi caratteri estrinseci, ma anche per il contenuto.

Ma per tornare più da vicino al nocciolo della nostra questione è soprattutto sul versante delle fonti secondarie – ed in particolare dei regolamenti – che la questione della dissociazione tra la forma dell'atto e il suo contenuto va collocata ed indagata.

Prima della legge n. 400 del 1988, come noto, la mancanza di indici formali di riconoscimento poneva il problema di distinguere i regolamenti governativi dai decreti legislativi, nonché i regolamenti ministeriali dagli atti amministrativi generali adottati dal medesimo ministro nell'esercizio di una diversa potestà ad esso attribuita (amministrativa e non normativa secondaria).

Nonostante l'opportunità di tale intervento legislativo, però, si è dovuto ben presto prendere atto che l'art. 17 – per dirla con Pizzorusso – «non appare tale da fornire un contributo decisivo per la configurazione del potere regolamentare»<sup>48</sup>, avendo al contrario favorito il dilagare del ben noto fenomeno della «fuga dal regolamento», che ha poi trovato nella figura dei decreti non aventi natura regolamentare una delle sue espressioni più plastiche<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Si veda in particolare F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 349-350.

<sup>47</sup> D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. *Quaderno n. 1. Seminario 1989-1990*, in <https://studiparlamentari.it>, p. 70.

<sup>48</sup> A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 477.

<sup>49</sup> Si veda tra gli altri E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 169 ss.; V. MARCENÒ, *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*, 2011, p. 1 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 5075 ss.

Tali decreti, infatti, pur non recando il *nomen iuris* di regolamenti, vengono qualificati e trattati come atti normativi regolamentari in ragione del loro contenuto e quindi devono essere assoggettati al regime proprio di questi ultimi (adozione in forma regolamentare col procedimento di cui all'art. 17). Di qui, sovente, la loro illegittimità per violazione di legge quando tale procedimento non sia stato seguito.

D'altra parte, che l'autoqualificazione legislativa «non ha carattere precettivo e vincolante», poiché la natura della norma cui essa si riferisce va comunque verificata con riguardo «all'oggetto, alla ratio e alla finalità» [...] che ne costituiscono l'effettiva sostanza»<sup>50</sup> è orientamento costante del giudice costituzionale, che viene comunemente riferito ai tentativi del legislatore statale di ricondurre una determinata disciplina ad una materia di sua competenza, ma che ben può essere esteso, per la sua portata generale, anche ai profili qui considerati.

Ecco allora che di fronte alla complessiva insufficienza dei criteri formali a fornire all'interprete approdi sicuri, o perché mancanti<sup>51</sup>, o perché comunque non decisivi sebbene presenti, «occorre anzitutto ricercare se altri contrassegni [...] anche sostanziali [...] soccorrano univocamente allo scopo di rendere possibile la riconoscibilità dell'atto come normativo»<sup>52</sup>.

«Ad un certo punto [...] – chiosa Crisafulli – è inevitabile che l'identificazione delle fonti avvenga con riferimento a criteri sostanziali, ricercando nei singoli casi dubbi se l'atto da qualificare sia, per il suo contenuto e per gli effetti che è idoneo a produrre, o per il fine cui è istituzionalmente rivolto, esercizio di attribuzioni normative»<sup>53</sup>.

Si tratta di criteri che, a differenza dei primi, hanno riguardo alla natura del potere esercitato e presentano un carattere sussidiario, nel senso che intervengono allorché quelli formali si rivelino appunto inutilizzabili o inadatti allo scopo.

In realtà, l'esplosione della categoria dell'atipicità<sup>54</sup>, legata proprio alla sopra richiamata dissociazione tra la forma e il contenuto dell'atto e favorita dall'avvento dello Stato sociale, che moltiplica i centri di produzione del diritto per cercare di rispondere con sempre maggiore efficacia ai bisogni materiali delle persone – bisogni via via divenuti più particolari e concreti –, ha finito

<sup>50</sup> *Ex multis* Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 2021.

<sup>51</sup> Come fa notare lo stesso V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 24, allorché rileva che la norma di riconoscimento «raramente risulta da disposizioni espresse e non sempre si presenta di agevole decifrazione».

<sup>52</sup> F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, p. 52.

<sup>53</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 947.

<sup>54</sup> Su cui *amplius* R. BALDUZZI, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, cit., p. 558 ss.

per attribuire ai criteri sostanziali un ruolo di primo piano, relegando quelli formali sullo sfondo<sup>55</sup>.

Ma è subito da avvertire che anche all'interno della sistematica dei criteri sostanziali sono presenti «aree di crisi»<sup>56</sup> che contribuiscono a rendere particolarmente fluidi e instabili i confini della normatività. Ciò chiarito, secondo un'opinione comunemente accettata gli attributi essenziali della norma giuridica sono da individuare, sul piano sostanziale, nella generalità e nell'astrattezza<sup>57</sup>.

La generalità attiene ai destinatari della norma, i quali, affinché tale requisito possa ritenersi soddisfatto, devono essere indeterminati. Al fondo, essa esprime l'istanza potente di uguaglianza, di matrice roussoviana, per cui la legge «è la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca»<sup>58</sup>. «Quando dico che l'oggetto delle leggi è sempre generale – affermava infatti il Ginevrino – intendo dire che la legge considera i sudditi come corpo collettivo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo o un'azione particolare»<sup>59</sup>.

Nella generalità, insomma, sta la fondamentale forza legittimante del diritto, che tanto più è in grado di adempiere alla sua funzione ordinante attraverso la produzione di norme che siano spontaneamente osservate, quanto più queste norme appaiano disancorate da ogni riferimento personale e vengano applicate a tutti i casi simili. «Senza questa nota di generalità – aggiungeva Codacci Pisanelli – è concepibile l'autorità e il comando di questa emanante, ma non è concepibile il diritto»<sup>60</sup>.

L'astrattezza, dal canto suo, viene comunemente concepita come ripetibilità, sicché si dice astratta la norma che è suscettibile di innumerevoli applicazioni ogniquale volta si verifichi la fattispecie in essa prevista.

Come anticipato, però, tali indici non sono mai stati «oggetto di definizioni pacificamente accolte in dottrina e in giurisprudenza, bensì di concezioni le più varie»<sup>61</sup>. E così la generalità viene ora riferita all'applicabilità della norma nello spazio (ad una massa indeterminata di soggetti), ora alla sua ripetibilità

<sup>55</sup> Al punto che la moltiplicazione degli atti atipici, secondo A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, cit., 5106, impone il completo «abbandono dei criteri formali di riconoscimento delle fonti in favore di un rinnovato criterio sostanzialistico della loro identificazione».

<sup>56</sup> G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., p. 289.

<sup>57</sup> Come rileva V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 26, «non vi ha dubbio che la massima concordanza di elementi di ordine logico-razionale e di ordine storico, ed insieme di valori ideologici e di motivi ed esigenze di carattere politico, si riscontra intorno al concetto della norma giuridica come generale e astratta: nella sua forma pura, precetto avente ad oggetto classi di situazioni possibili e suscettibile pertanto di indefinita applicazione».

<sup>58</sup> Art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793.

<sup>59</sup> J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Bari-Roma, Laterza, 1997, p. 53.

<sup>60</sup> A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, p. 14.

<sup>61</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 41.



nel tempo, così risolvendola nell'astrattezza<sup>62</sup>. Ed in effetti capita spesso che i due requisiti vengano declinati congiuntamente, quasi a formare un'endiadi, come due indicatori della ripetibilità del comportamento<sup>63</sup>.

A sua volta dell'astrattezza si mette in risalto più che il profilo della ripetibilità il fatto che la norma «prende a oggetto della propria disciplina non singoli casi concreti, bensì casi tipici astrattamente ipotizzati»<sup>64</sup>; oppure se ne parla come di un carattere che consente la «riferibilità della disposizione a un numero *indeterminabile* di comportamenti», finendo così per sovrapporla inevitabilmente alla generalità siccome riferita «a un numero *indeterminabile* di soggetti»<sup>65</sup> (corsi aggiunti).

La divergenza si registra anche sul piano giurisprudenziale. Se la Corte costituzionale parla dell'astrattezza quale «indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto, ovvero quale attitudine dell'atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verificano i presupposti da esso indicati»; l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in una pronuncia "bussola" per la distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale, sembra operare una sorta di inversione semantica tra i due concetti, allorché afferma che devono essere intesi «come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)»<sup>66</sup>.

Non è tutto. Al di là di queste oscillazioni definitorie, generalità e astrattezza presentano ben più vistose zone di crisi, che sono il riflesso della crisi di cui ormai da tempo è affetta la legge in ragione della sua perduta centralità nel sistema delle fonti<sup>67</sup>.

Con riguardo alla generalità il problema fondamentale è che tale requisito non riesce a svolgere una funzione realmente discretiva, non essendo di per sé sufficiente a distinguere il regolamento dall'atto amministrativo generale, che

<sup>62</sup> Che «tra i giuristi l'aggettivo "generale" viene usato con significati diversi» è la constatazione di G.U. RESCIGNO, *Regolamenti regionali, atti normativi, atti non normativi, alla luce delle sentt. nn. 311 e 348 del 1990 della Corte cost.*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1905, nota 7.

<sup>63</sup> Prova ne sia questo passaggio di V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 25, in cui l'Autore osserva che per norma generale e astratta si intende «nella sua forma pura [...] precetto avente ad oggetto una classe di situazioni assunte come possibili, e pertanto suscettibile di indefinita applicazione (generale-abstracta nel senso della "ripetibilità")».

<sup>64</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, vol. LXXVII, Parte IV, p. 220, nota 7.

<sup>65</sup> V. MARCENÒ, *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*, cit., 6.

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, su cui *amplius* N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012, p. 1209 ss.

<sup>67</sup> Si veda tra gli altri F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla crisi della legge*, in ID (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 30 ss.

come il primo esibisce un analogo contenuto generale<sup>68</sup>. Che dire poi delle norme abrogative, rispetto alle quali l'elemento della ripetibilità non è ravvisabile.

Quanto all'astrattezza, se con tale nozione si vuol far emergere, in ultima analisi, «la contrapposizione fra previsione di un'azione e azione concreta»<sup>69</sup>, non si sfugge all'obiezione espositiva per cui «anche gli atti ritenuti concreti regolano in realtà delle astrazioni giuridiche»<sup>70</sup>.

Ma soprattutto, dove il requisito dell'astrattezza viene messo maggiormente alla prova è sul terreno della temporaneità dell'atto, che di regola porta ad escluderne la natura normativa, perchè non in grado di approntare una disciplina dei rapporti giuridici stabile nel tempo<sup>71</sup>.

Ecco allora che anche in ragione dell'inidoneità della coppia concettuale generalità-astrattezza a fungere sempre da indice certo di riconoscimento della normatività dell'atto, l'attenzione degli interpreti si è rivolta all'accertamento dell'ulteriore requisito della novità, intesa come attitudine della norma ad innovare l'ordinamento giuridico, creando nuovo diritto, facendo sorgere diritti e obblighi che prima non esistevano.

Tale criterio, a ben vedere, è strettamente connesso alla più intima vocazione della norma giuridica che è quella, ad un certo punto, di staccarsi dalla fonte che l'ha prodotta per immettersi nell'ordinamento giuridico e vivere di vita propria, facendo sistema con le altre norme che lo compongono. Ed è proprio in questa prospettiva che si spiega il rilievo preminente che alcuni autori hanno accordato al criterio della novità.

Secondo Aldo M. Sandulli, infatti, «in null'altro che nella "innovatività" rispetto al sistema normativo preesistente può essere [...] individuato, in via tendenziale, il momento caratterizzante degli atti normativi»<sup>72</sup>. A sua volta, per Crisafulli «la prima condizione, che disposizioni contenute in atti pubblici

<sup>68</sup> La «comune capacità di fungere da fonte di precetti generali e astratti ai fini della disciplina dei pubblici uffici o del controllo delle attività private» è rilevata da G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 371. Secondo la richiamata pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sopra richiamata «[i]l carattere normativo di un atto non può [...] essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore (nelle specie ai titolari di impianti per la produzione di energia da fonte solare) dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell'astrattezza». Dunque anche un atto settoriale può essere normativo

<sup>69</sup> G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, cit., p. 198

<sup>70</sup> C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 295.

<sup>71</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 569 del 1988, che nega il carattere regolamentare di un decreto assessorile anche in ragione della sua durata limitata nel tempo (nella specie era annuale).

<sup>72</sup> A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origine - Funzione - Caratteri*, Napoli, Jovene, 1970, p. 89.

autoritari debbono soddisfare per potersi considerare normative alla stregua dell'ordinamento positivo, è di essere innovative (rispetto a questo)»<sup>73</sup>.

Nel pensiero di Crisafulli, poi, «[n]ovità (come costitutività della fattispecie) e generalità (come ripetibilità)» sono i due criteri che concorrono «ad integrare il concetto empirico del disporre (funzione normativa), in contrapposto al provvedere»<sup>74</sup>.

Viene così in rilievo la celebre distinzione crisafulliana tra «il disporre, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il provvedere, caso per caso e in concreto»<sup>75</sup>, che assurge a fondamentale criterio di orientamento ai fini della normatività di un atto, a seconda di quale sia il momento di volta in volta prevalente, benché, come avverte lo stesso Crisafulli, si tratta di un criterio che «non sempre si presenta nella pratica con contorni netti e precisi»<sup>76</sup>.

I due autori, tuttavia, divergono sul modo di intendere la novità. Per A.M. Sandulli «quando si dice che le fonti di produzione giuridica hanno carattere innovativo dell'ordinamento, non si vuol limitarsi a significare che esse producono una *qualsiasi* modificazione nel mondo del diritto, bensì si vuol significare che esse innovano (o completano) il sistema giuridico che regge il corpo sociale, costituito appunto dalle fonti di produzione che compongono il sistema, e da esse soltanto»<sup>77</sup>; per Crisafulli, invece, la novità non può «intendersi in senso assoluto o iniziale, perché essa non si riscontrerebbe, allora, che in pochissime norme soltanto», dovendosi piuttosto ravvisare «un *quid novi* in qualsiasi statuizione giuridica, che rappresenti comunque sviluppo e incremento del sistema»<sup>78</sup>. A sua volta Rescigno mette l'accento sulla capacità di «innovare stabilmente» il diritto oggettivo<sup>79</sup>.

Neppure il terreno della novità è però immune da zone di crisi, specie se si assume la ben nota prospettiva kelseniana per cui funzione creativa e funzione applicativa del diritto non sono affatto in (irriducibile) opposizione tra loro. Secondo Kelsen, infatti, «[l]a creazione del diritto è sempre un'applicazione del diritto [...] ogni atto è normalmente creativo e applicativo del diritto al

<sup>73</sup> V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 255.

<sup>74</sup> V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 256.

<sup>75</sup> V. CRISAFULLI, *ivi*, 255. Secondo G. SILVESTRI, «Questa o quella per me pari sono...». *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi*, Pisa University Press, 2006, p. 185, «[l]a fondamentale distinzione tra il previo disporre e il successivo provvedere in concreto costituisce ancor oggi una delle eredità più vitali dell'antico principio di separazione dei poteri, se si vuol conservare la natura di democrazia liberale al sistema costituzionale italiano».

<sup>76</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 30.

<sup>77</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 218-219, nota 4.

<sup>78</sup> V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 243.

<sup>79</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 94.

tempo stesso. La creazione di una norma giuridica è, normalmente, un'applicazione di una norma superiore che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente, la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore»<sup>80</sup>.

L'altro tipico fronte di crisi della novità è rappresentato dalla natura interna dell'atto. Proprio con riguardo ai dpcm previsti dalla legge n. 400 del 1988, il Consiglio di Stato aveva operato una *summa divisio* tra quelli emanati ai sensi dell'art. 21, comma 5 – per disciplinare l'organizzazione dei dipartimenti affidati ad un Ministro senza portafoglio – e quelli emanati ai sensi del comma 3 per la disciplina di uffici e dipartimenti non affidati alla responsabilità di soggetti esterni. Ebbene, i dpcm del primo tipo vengono considerati veri e propri regolamenti e assoggettati al procedimento di cui all'art. 17; quelli del secondo tipo ne sono invece dispensati, in ragione della loro natura meramente interna, quindi non normativa.

Per non dire dei regolamenti parlamentari, che si sono definitivamente affrancati dal retaggio statutario della loro rilevanza meramente interna (art. 61) solo di recente, allorché la Corte li ha qualificati a chiare lettere «fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi»<sup>81</sup>, così fuggendo – ovverossia ce ne fosse stato ancora bisogno – ogni residuo dubbio a riguardo.

Va infine ricordato che i tre principali requisiti sostanziali sono stati variamente integrati, a seconda dei casi, con altri di ordine funzionale, quali il criterio dello scopo perseguito dall'atto<sup>82</sup> o quello della funzione regolativa esercitata<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 2009, p. 135.

<sup>81</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 2014.

<sup>82</sup> È la tesi di M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 20.

<sup>83</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003, p. 76, accomuna nella categoria delle fonti tutti gli atti aventi «vocazione e capacità di regolazione della convivenza». Valorizza la funzione regolativa dell'atto, al di là dei suoi indici sostanziali, anche R. BIN, «*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*» - *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *www.robertobin.it*. A suo avviso «[L]a distinzione tra gli atti normativi e gli atti non normativi (come pure, all'interno dei primi, la distinzione tra le fonti primarie e quelle secondarie) non può fondarsi su una diversità di contenuti prescrittivi, cioè sul differente modo di fraseggiarne le disposizioni. Così come, sotto il profilo della sostanza prescrittiva, leggi e regolamenti sono interscambiabili, per lo stesso profilo entrambi possono sovrapporsi ad atti amministrativi generali, ad accordi, intese, programmi, contratti ecc. Come si scrivono le regole non ci dice molto sulla natura dell'atto che le contiene: questa è determinata dalla forma dell'atto, che a sua volta è connessa al procedimento con cui l'atto è prodotto, il quale poi giustifica la forza regolativa che l'ordinamento ad esso attribuisce».

### 3. Gli assestamenti della giurisprudenza costituzionale

Se questo è il retroterra teorico che fa da sfondo alla ricerca dei criteri necessari affinché un atto possa essere riconosciuto come normativo, non meno rilevante appare, ai fini dell'indagine, l'esame dell'applicazione che tali criteri hanno poi avuto da parte dei giudici, i quali hanno dato un contributo significativo al loro progressivo assestamento, sia nella direzione di privilegiare l'approccio sostanzialistico ai fini dell'accertamento della normatività dell'atto; sia nell'*actio finium regundorum* tra regolamenti e atti amministrativi generali.

Cominciando la disamina dalla giurisprudenza costituzionale, quando la Corte si è trovata di fronte al problema di dover accertare la natura giuridica di un dpcm ha esibito per lungo tempo un atteggiamento elusivo, preferendo in un certo senso schivare l'argomento, cioè risolvere la questione posta alla sua attenzione – avente per lo più ad oggetto la presunta lesività dell'atto rispetto a competenze regionali – senza prendere posizione sul tema specifico, ma limitandosi a verificare quale materia venisse di volta in volta in rilievo al fine di individuare chi tra Stato e Regione fosse l'ente titolare della competenza ad adottare l'atto contestato<sup>84</sup>.

Sul punto l'orientamento è costante sia in epoca precedente alla modifica del Titolo V della Costituzione, sia – almeno in una prima fase – dopo la revisione del 2001. La quale, nel disciplinare il riparto della potestà regolamentare ai sensi dell'art. 117, sesto comma, ha dotato di copertura costituzionale una regola – quella della separazione delle competenze – che già governava i rapporti tra fonti secondarie dello Stato e fonti regionali<sup>85</sup>, così aprendo un nuovo capitolo nella saga della “fuga dal regolamento”.

Infatti, per aggirare il divieto di regolamenti statali nelle materie di competenza regionale, è invalsa la prassi a livello ministeriale di emanare decreti espressamente qualificati come aventi «natura non regolamentare» in modo da

<sup>84</sup> Di una giurisprudenza costituzionale che «tende a minimizzare il problema dell'identità delle fonti normative, censurando tutt'al più la lesione delle competenze regionali» ha parlato G. RIVOSCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 1-2/2019, p. 96. Adesivamente T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giur. It.*, 2013, p. 5, secondo cui «la Corte non basa il proprio giudizio sulla natura dell'atto, quanto sulla corretta attribuzione della materia». Una Corte «parsa per lungo tempo sostanzialmente indifferente circa la natura regolamentare o meno degli atti oggetto di conflitti di attribuzione» è quella descritta da E. ALBANESI, *La Corte consolida la propria giurisprudenza sul percorso interpretativo da seguire in un giudizio costituzionale avente ad oggetto un atto d'incerta natura regolamentare*, in *Giur. It.*, 2012, p. 8-9.

<sup>85</sup> Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, un regolamento governativo o ministeriale non può contenere norme volte a limitare la sfera di competenza delle Regioni nelle materie loro attribuite, disattendendo le regole costituzionali relative all'ordine delle fonti normative, nonché i principi espressamente sanciti dall'art. 17, comma 1, lett. b) e comma 3, della legge n. 400 del 1988. *Ex multis* Corte costituzionale, sentenze nn. 482 e 333 del 1995; nn. 461 e 97 del 1992.

non incorrere nella violazione del richiamato parametro costituzionale; una prassi – inutile dirlo – palesemente *in fraus constitutionis*<sup>86</sup>, che infatti determinerà un *revirement* nella giurisprudenza costituzionale.

Emblematico dell'iniziale tendenza della Corte a lasciare sullo sfondo questo genere di questioni è un passaggio della sentenza n. 250 del 1996, concernente un dpcm con cui venivano determinati i compensi per i componenti delle commissioni di tutti i concorsi banditi dalle pubbliche amministrazioni.

Il giudice costituzionale afferma infatti che l'atto «pales[a] [...] caratteri di invasività che, a ben vedere, trascendono anche il problema, sul quale indugia la ricorrente, della natura giuridica del medesimo. Sia a ritenere il provvedimento che dà luogo al conflitto un regolamento [...] sia a considerarlo un atto di indirizzo e coordinamento [...] sia a reputarlo un atto governativo a contenuto generale, esso lede sicuramente la sfera di competenza regionale in materia di personale». Il fuoco, dunque, non è sulla natura giuridica dell'atto, ma appunto sulla spettanza della materia.

L'altro grande filone giurisprudenziale che riguarda i dpcm è quello della loro utilizzazione come atti di esercizio della funzione governativa di indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa delle Regioni, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 382 del 1975.

Sin dalla sentenza n. 150 del 1982 la validità di tali atti è stata essenzialmente valutata alla stregua del principio di legalità inteso in senso sostanziale, dovendo la Corte verificare l'esistenza di una base legislativa idonea, che cioè non si limiti a fondare formalmente il potere del Governo, ma ne delimiti adeguatamente la discrezionalità attraverso la previa determinazione dei criteri ai quali esso deve attenersi. Pertanto, neanche rispetto a questa tipologia di dpcm la questione della loro natura giuridica è stata risolutiva ai fini dello scrutinio di costituzionalità.

Questa sorta di ritrosia del giudice costituzionale si registra (in parte) anche dopo la riforma del Titolo V. La Regione Marche aveva sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri che, con proprio decreto, aveva aggiornato le disposizioni in materia di cerimoniale. Riteneva si trattasse di un atto amministrativo di indirizzo e coordinamento che interferiva con una materia di competenza residuale regionale, quale doveva intendersi la disciplina dell'ordine delle precedenza degli organi regionali.

La Corte rigetta il ricorso prescindendo del tutto dalla qualificazione giuridica dell'atto e considerandolo semplicemente espressione della competenza

<sup>86</sup> Di «un sotterfugio per eludere l'applicazione del 6° co. del nuovo art. 117 Cost» hanno parlato F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2003, p. 356.

esclusiva statale in materia di organizzazione amministrativa dello Stato, cui la materia va ricondotta<sup>87</sup>.

Ad un certo punto, invece, il giudice costituzionale modifica il suo approccio e inaugura un orientamento che dà la priorità alla qualificazione dell'atto in termini di esercizio o meno di potestà regolamentare: tale qualificazione, dunque, diventa pregiudiziale rispetto allo scrutinio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, sesto comma, Cost.

Il nuovo indirizzo emerge in modo netto a partire dalla sentenza n. 278 del 2010, che riguarda la natura del potere attribuito al Cipe di definire, con propria delibera, le tipologie degli impianti per la produzione di energia nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale.

Ancorchè non abbia ad oggetto un dpcm, la sua importanza consiste nell'esplicito rilievo che la Corte accorda ai criteri sostanziali per escludere che la potestà conferita al Cipe sia di tipo regolamentare.

Ad avviso del giudice costituzionale, infatti, «non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sè l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito».

Diversamente opinando, infatti, la qualificazione legislativa di un atto del Governo come non avente natura regolamentare diventerebbe un grimaldello per scardinare l'ordine costituzionale delle competenze ed è proprio per scongiurare una simile evenienza che la Corte fissa la sua attenzione sul contenuto dell'atto piuttosto che sui suoi contrassegni formali.

Tale approccio ermeneutico si consolida nella successiva sentenza n. 275 del 2011 sulle linee guida in materia di fonti di energia rinnovabile. Qui la Corte sembra per la prima volta delineare un vero e proprio *test* di giudizio su un atto dalla incerta natura regolamentare, articolato in tre distinte fasi: anzitutto l'esame del quadro normativo in cui l'atto si colloca; quindi l'indagine sulla sua natura giuridica attraverso l'applicazione degli indici sostanziali di qualificazione delle fonti; infine lo scrutinio della sua legittimità costituzionale.

Ma la definitiva conferma del *favor* dei giudici di Palazzo della Consulta per i criteri sostanziali ai fini del riconoscimento di un atto come regolamento si rinviene nella sentenza n. 141 del 2016, avente ad oggetto il dpcm con il quale venivano individuati gli importi e le destinazioni delle riduzioni di spesa a carico delle Regioni, nel caso in cui non fosse stata raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

<sup>87</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 104 del 2009.

Nell'escludere che la disposizione impugnata, rinviando al dpcm, violasse l'art. 117, sesto comma, la Corte afferma infatti che «[n]el caso in esame [...] non ricorrono “gli indici sostanziali che la giurisprudenza costante di questa Corte assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti”. In particolare, non ricorre di certo il requisito dell'astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto, ovvero quale attitudine dell'atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verificano i presupposti da esso indicati».

Dalla giurisprudenza passata in rassegna emergono due indicazioni particolarmente rilevanti ai fini del *test* di normatività cui sottoporremo i dpcm pandemici. In primo luogo, che il criterio dell'astrattezza è il vero *discrimen* al fine di distinguere, dentro la categoria degli atti generali, la *species* degli atti normativi da quella degli atti amministrativi.

In secondo luogo, che quando l'atto è espressione di una scelta «essenzialmente tecnica», ciò porta la Corte a negarne la natura regolamentare in ragione del carattere puntuale delle sue previsioni, della loro durata temporanea e dell'interesse concreto alla cui cura l'atto è preordinato<sup>88</sup>.

In questi casi, a ben vedere, è proprio il canone dell'astrattezza a venir meno, privando l'atto della capacità di fornire una regolazione stabile nel tempo dei rapporti giuridici per la cui disciplina era stato adottato.

Per quanto riguarda invece il requisito della novità questo deve fare i conti con il carattere «meramente esecutivo» dell'atto, nel quale la Corte ha ravvisato uno dei principali impedimenti al riconoscimento della sua natura normativa sin dalla sentenza n. 61 del 1963<sup>89</sup>.

La questione riguardava una legge che stabiliva il principio per cui particolari categorie professionali, in alcune località, potevano beneficiare dei sussidi

<sup>88</sup> È sulla base del contenuto essenzialmente tecnico che la Corte – per restare ai soli decreti del Presidente del Consiglio – riconduce all'esercizio di una funzione amministrativa quello che recepisce le linee guida deliberate dalla Conferenza Stato-Regioni per la definizione della struttura del rendiconto dei gruppi consiliari (sent. n. 39 del 2014); nonché quello che individua gli importi e le destinazioni delle riduzioni di spesa a carico delle Regioni, in caso di mancata intesa in sede di Conferenza (sent. n. 141 del 2016). Ma la stessa argomentazione è utilizzata dal giudice costituzionale nei confronti della delibera Cipe con cui sono definite le tipologie degli impianti per la produzione di energia nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale (sent. n. 278 del 2010); del decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia che disciplina l'erogazione di incentivi statali a favore delle Regioni che abbiano applicato volontariamente le riduzioni di spesa previste nei loro confronti (sent. n. 139 del 2012); nonché del decreto sempre del Ministro dell'economia che avvia il funzionamento del sistema di tesoreria unica (sent. n. 311 del 2012). Sulle «norme tecniche» e sulla loro distinzione dalle «regole tecniche» e dalla «regolazione a carattere tecnico scientifico» si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; nonché F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>89</sup> C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 543.



straordinari di disoccupazione e demandava poi ad un decreto ministeriale la determinazione concreta di tali categorie e località.

Nel negare che tale decreto avesse forza di legge e quindi potesse essere sottoposto al suo sindacato ai sensi dell'art. 134, la Corte osserva che «[q]uanto al suo contenuto, è da escludere che il decreto impugnato abbia in sé quel contenuto innovativo del preesistente ordinamento legislativo che è caratteristico della legge o dell'atto avente, comunque, forza di legge. *Il legislatore [...] prevede esso, nella legge del 1949, la serie di ipotesi, astratte e generali, organicamente collegate, che danno luogo alla concessione del sussidio straordinario di disoccupazione, ponendo così in essere una compiuta ed esauriente disciplina della materia: al Ministro, in sostanza, resta solo affidata la materiale attuazione del precetto legislativo, che si estrinseca nella scelta delle località e delle categorie di lavoratori cui applicare il beneficio previsto dalla legge*» (corsivo aggiunto).

Questo orientamento viene poi ribadito nella sentenza n. 311 del 1990, sebbene in riferimento ad una legge regionale che affidava alla Giunta gli interventi operativi ed attuativi dei criteri per la realizzazione del sistema informativo regionale deliberati dal Consiglio.

Secondo la Corte tali interventi «hanno natura meramente esecutiva» e ciò comporta che «[a]lla Giunta non è affatto conferita una potestà regolamentare ma è demandato il compimento soltanto di atti esecutivi ed attuativi».

Si tratta di un'altra indicazione particolarmente rilevante ai nostri fini, perché porta a ritenere che, in mancanza di un'esplicita attribuzione di potere regolamentare, l'esercizio di una mera potestà di esecuzione di previsioni, misure, interventi già predeterminati dalla legge debba considerarsi un chiaro indice sintomatico di una semplice attività amministrativa e non assurga al rango di attività normativa, neppure quando si estrinsechi attraverso enunciati di carattere generale.

Che l'attributo della novità abbia assunto anche nell'argomentazione della Corte un ruolo centrale ai fini della riconduzione di un atto nel novero delle fonti lo si ricava, a tacer d'altro, dalla sentenza n. 346 del 2010, avente ad oggetto un decreto legislativo che disponeva la permanenza in vigore di un precedente regio-decreto del 1923 sulla denominazione dei comuni dei territori annessi e che la Provincia di Bolzano riteneva invasivo della sua competenza esclusiva in materia di toponomastica.

La Corte dichiara la questione inammissibile perché le norme impugate non hanno capacità lesiva, rilevando come «[p]roprio in ragione della sua funzione meramente ricognitiva, il decreto legislativo n. 179 del 2009 appare [...] sprovvisto di una propria e autonoma forza precettiva o, se si preferisce, *di quel carattere innovativo che si suole considerare proprio degli atti normativi*» (corsivo aggiunto).

A ben vedere, infatti, l'atto si limitava ad individuare le disposizioni da mantenere in vigore senza introdurre alcuna modifica nella disciplina preesistente e dunque senza produrre – crisafullianamente – quell'effetto costitutivo dell'ordinamento come diritto oggettivo che inerisce al concetto stesso di norma giuridica.

#### **4. La giurisprudenza amministrativa sulla distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale**

La preferenza assegnata agli indici sostanziali come principale strumento di discernimento della natura normativa o amministrativa di un atto rappresenta, in vero, una sorta di *acquis* giurisprudenziale, nel senso che è ormai patrimonio comune tanto della giurisprudenza di legittimità, quanto di quella amministrativa.

Secondo la Suprema Corte, infatti, «ai fini del riconoscimento della natura regolamentare o meno di un decreto ministeriale, occorre avere riguardo essenzialmente al contenuto dell'atto medesimo, essendo, altrimenti, facilmente eludibile, ad opera del potere esecutivo, la procedura di cui al citato art. 17, omettendo di denominare come “regolamenti” provvedimenti aventi invece un intrinseco contenuto di regolamento»<sup>90</sup>.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, ritiene che «ai fini [...] della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico»<sup>91</sup>.

Proprio alla giurisprudenza amministrativa, peraltro, si deve la definitiva sistemazione della questione tanto agitata in dottrina sulla differenza tra regolamenti e atti amministrativi generali<sup>92</sup>, che ha rappresentato il classico banco di prova per testare l'applicazione degli indici sostanziali di riconoscimento delle fonti.

Gli atti amministrativi generali, infatti, operando «nei confronti di una generalità indeterminata di destinatari e [*essendo*] volti a risolvere specifici

<sup>90</sup> Cassazione civile, sez III, n. 1972 del 2000.

<sup>91</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2674 del 2012.

<sup>92</sup> Che secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 40, ha rappresentato «un vero e proprio cavallo di battaglia per gli amministrativisti e per gli stessi costituzionalisti». Come rileva A. PIZZORUSSO, *Art. 1-9. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 604, «il problema centrale dell'individuazione della funzione regolamentare e della fonte del diritto che da essa è prodotta consiste nella distinzione, da un lato, della funzione regolamentare dalla funzione legislativa ordinaria e dall'altro lato, di tale funzione dalla funzione amministrativa consistente nella produzione di atti amministrativi, anche generali, ma non normativi». Di «ampia area “grigia” di confine» tra fonti secondarie e atti amministrativi parla M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione al Convegno AIPDA 2015 su «Le fonti nel diritto amministrativo», in *www.aipda.it*, p. 8.

problemi già disciplinati in astratto dall'ordinamento»<sup>93</sup>, sono quelli che presentano le maggiori affinità con i regolamenti, i quali si pongono tradizionalmente al crocevia tra la funzione legislativa e quella esecutiva<sup>94</sup> e si presentano del pari come atti «a carattere generale posti in essere da autorità amministrative, e subordinati alla legge»<sup>95</sup>.

Per tale ragione D'Atena ha definito «particolarmente imbarazzante»<sup>96</sup>, sul piano della teoria delle fonti, la categoria degli atti amministrativi generali, giacché fa emergere il «tallone d'Achille» della generalità a fungere da efficace criterio distintivo degli atti normativi.

Nelle elaborazioni della dottrina più risalente la natura non normativa degli atti amministrativi generali era ricondotta alla mancanza di una volontà normativa<sup>97</sup>, ovvero, nella riflessione gianniniana, di una causa normativa. Secondo Giannini, infatti, «i provvedimenti, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo. Nei regolamenti lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico: questo potrà essere un'occasione; ma lo scopo è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolamentazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico»<sup>98</sup>.

Si deve ad Aldo M. Sandulli, come noto, la principale obiezione a queste tesi di matrice soggettivistica, «non essendo semplice, sul piano pratico, stabilire dove sussista nell'agente una volontà o una causa legislativa, e dove no»<sup>99</sup>.

A suo avviso «non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far sì che una disposizione [...] acquisti o non [...] natura regolamentare. *La certezza del diritto esige che tale natura inerisca ai caratteri obiettivi – e immediatamente rilevabili – delle disposizioni*»<sup>100</sup> (corsivo aggiunto).

Di qui l'esigenza di guardare al contenuto dell'atto ed in particolare, nella riflessione sandulliana, alla sua novità. Secondo Sandulli, infatti, il primo elemento che differenzia i regolamenti dai meri atti amministrativi generali «è

<sup>93</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 217.

<sup>94</sup> La peculiarità dei regolamenti in ragione dei loro punti di intersezione con le due funzioni è ben colta da SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, allorché rileva come «la funzione legislativa e la funzione esecutiva trovano un punto in cui s'incontrano e si esplicano con atti di carattere misto, che costituiscono una legislazione amministrativa minore e secondaria, rispetto a quella delle leggi formali, e anche un'amministrazione normativa superiore all'amministrazione concreta che si estrinseca in singoli provvedimenti».

<sup>95</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 217.

<sup>96</sup> A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, cit., p. 467.

<sup>97</sup> C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, cit., p. 542.

<sup>98</sup> M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit., p. 20.

<sup>99</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 218.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

dato, per definizione, dal fatto che questi – non essendo fonti di produzione giuridica – non hanno carattere innovativo dell’ordinamento»<sup>101</sup>.

Oltre a ciò gli atti amministrativi sono anche privi del predicato dell’astrattezza, il che «inerisce necessariamente alla circostanza che si tratta di atti volti a risolvere in concreto specifici problemi, la cui disciplina in astratto è già posta dall’ordinamento»<sup>102</sup>.

E tuttavia, a proposito del peso che i due requisiti hanno nel pensiero di A.M. Sandulli, «[s]e [...] la mancanza del carattere di fonte di produzione, e cioè di forza innovativa, *va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria*, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano, e quindi come *indizio di riconoscimento*» (corsivi aggiunti)<sup>103</sup>.

Sembrano qui ravvisarsi le prime avvisaglie di quell’evoluzione del pensiero del Maestro<sup>104</sup> che lo porterà, nei lavori successivi, a scindere più nettamente l’astrattezza dalla novità fino a ravvisare solo in quest’ultima l’attributo specifico della norma giuridica. Ma già sulla base di questa sua originaria impostazione egli conclude che in mancanza dei due requisiti gli atti amministrativi generali «non sono mai atti normativi».

I successivi sviluppi della prassi vedranno «[l]a linea di discriminare [...] spostata a favore degli atti generali e a scapito dei regolamenti, in continuità con una produzione regolamentare che aveva da tempo imboccato la strada della atipicità, riottosa sia ai vincoli legislativi sia ai canoni di un procedimento formale»<sup>105</sup>.

Di fronte allo “smottamento” dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988, che si è rivelato del tutto inidoneo ad incanalare l’esercizio del potere regolamentare entro le forme prescritte, è stata soprattutto l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a (provare a) mettere un argine<sup>106</sup>, da una parte ribadendo la cogenza del modulo procedimentale previsto dal legislatore per l’esercizio della potestà regolamentare del Governo<sup>107</sup>; dall’altra, tracciando un confine ormai sicuro

<sup>101</sup> A.M. SANDULLI, *ivi*, p. 219.

<sup>102</sup> A.M. SANDULLI, *ivi*, p. 220.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> Segnalata da A. D’ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, cit., p. 468 ss.

<sup>105</sup> A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, cit., p. 5096. Una atipicità che, secondo M. DELLA MORTE, *Il potere regolamentare sistematica e effettività: tendenza e prospettive*, in *federalismi.it*, numero speciale 2/2017, p. 3, «non è affatto fluidità o, addirittura – come pure potrebbe pretendersi – condizione debitrice della mutevolezza propria del dato storico reale, quanto, in termini maggiormente prosaici, disordine funzionale alla garanzia di un decisionismo strumentale, volontariamente irrispettoso delle regole formali».

<sup>106</sup> Nella già citata pronuncia del 2012.

<sup>107</sup> Allorchè ha affermato che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti “atipici”, di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga in ordine alla

tra regolamenti e atti amministrativi generali, grazie agli importanti chiarimenti offerti in ordine al significato da attribuire al requisito della generalità, che accomuna entrambi i tipi.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, la natura normativa di un atto non può essere negata in ragione della sua dimensione “settoriale”, perché «la “generalità” e l’“astrattezza” [...] non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell’ordinamento». Pertanto che l’atto si applichi solo agli operatori di un determinato settore non osta alla sua qualificazione come normativo.

Piuttosto, occorre avere riguardo, in quel settore, al criterio della indeterminabilità dei destinatari e da questo punto di vista «è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza), mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

La giurisprudenza successiva affinerà ulteriormente la distinzione, anche alla luce di alcuni significativi arresti della Corte di Cassazione<sup>108</sup>. Ciò che distingue i regolamenti dagli atti amministrativi generali viene individuato nel fatto che «questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all’Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all’ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell’astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell’applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono»<sup>109</sup>.

A differenza del regolamento, quindi, l’atto amministrativo generale si caratterizza per la mancanza di un contenuto astratto, perché nel rivolgersi a destinatari non determinabili *a priori*, ma solo *a posteriori*, lo fa comunque *un tantum*: i candidati che si presenteranno a *quel* concorso, le imprese che

possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall’art. 17 legge n. 400/1988».

<sup>108</sup> Cassazione civile, sez. un., 28 novembre 1994, n. 10124; Cassazione civile, sez. III, 5 luglio 1999, n. 6933.

<sup>109</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

saranno ammesse a *quella* gara d'appalto, tanto per citare i due tipici casi di scuola.

Sicchè, in ultima analisi, è proprio sul piano dell'astrattezza che si apprezza in pieno la distinzione tra le due tipologie di atto. Da questo angolo visuale, infatti, mentre nel caso dei regolamenti il fondamento giustificativo del relativo potere riposa nell'esigenza di disciplinare nel corso del tempo una serie indefinita di situazioni astrattamente prefigurate; nel caso dell'atto amministrativo generale, invece, sta nel perseguire in concreto un interesse pubblico, peraltro di portata temporalmente circoscritta.

### 5. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza

Il vaglio dell'opinione della prevalente dottrina che ha ricondotto i dpcm pandemici al tipo delle ordinanze di necessità e urgenza esige il preliminare inquadramento teorico di tali atti nel più ampio contesto del fondamento e dei limiti di esercizio del potere di ordinanza.

Nel suo celebre studio su *Potere di ordinanza e atti necessitati* Massimo Severo Giannini osserva come nello Stato assoluto tale potere non aveva alcun limite e «coincideva perciò con la discrezionalità assoluta», nonché con la concezione alla base di quella forma di Stato secondo cui «per il bene comune, valutato dall'autorità, ogni agire dell'autorità è ammesso»; nello Stato costituzionale, invece, il potere di ordinanza «diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi»<sup>110</sup>, sicchè esso viene minuziosamente disciplinato quanto a presupposti, contenuti e modalità d'esercizio.

La riflessione gianniniana risale al 1948, nel momento in cui, cioè, comincia ad avvertirsi in misura crescente nella riflessione scientifica il problema della conformità alla nuova Costituzione dei tanti poteri di ordinanza che la legislazione di epoca fascista aveva conferito ad autorità amministrative statali e locali.

Tra di essi il «più insidioso»<sup>111</sup> – come lo stesso Giannini ebbe a definirlo – era senza dubbio quello previsto dall'art. 2 del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931, ai sensi del quale «[i]l prefetto, nel caso di urgenza o per grave

<sup>110</sup> M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Scritti 1938-1948*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 951.

<sup>111</sup> M. S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione*, in *Democrazia e Diritto*, 1960, p. 67. Tant'è che A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Il Foro italiano*, 1977, I, p. 277, si sorpendeva che «dei poteri prefettizi, tipici di un'amministrazione centralizzata ed autoritaria, si continui a parlare (dimenticando, per non dire altro, il famoso grido di Luigi Einaudi) come di un istituto che trova nell'attuale ordinamento una sua collocazione, invece che come di un relitto degli ordinamenti del passato». Più di recente la Corte è tornata sui poteri del prefetto nella sentenza n. 195 del 2019, ritendendo illegittimo il potere sostitutivo ad esso attribuito nelle attività di Comuni e Province, ai sensi dell'art. 28, primo comma, del decreto-legge n. 113 del 2018 (cd Decreto sicurezza), in quanto lesivo dell'autonomia degli enti locali, nonché del principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa.

necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Ed è proprio rispetto a tali provvedimenti che la Corte costituzionale, in due famose sentenze dei primi anni della sua attività, ha precisato lo spazio che nel nuovo ordinamento residua all'esercizio del potere di ordinanza<sup>112</sup>; potere – giova ricordare – «essenzialmente derogatorio»<sup>113</sup> della legislazione vigente, attraverso il quale si provvede a fronteggiare situazioni di fatto non espressamente previste dal legislatore.

Si tratta allora capire a che titolo tali ordinanze possano contraddire la disciplina vigente. La spiegazione che è stata tradizionalmente offerta è che l'art. 2 sarebbe la fonte (sulla produzione) di una potestà normativa di rango primario del prefetto e quindi idonea, in quanto tale, a derogare alle norme legislative vigenti. A bene vedere, è la stessa argomentazione utilizzata – *mutatis mutandis* – contro i dpcm pandemici, ritenuti espressione di un potere legislativo del Presidente del Consiglio.

In questo ordine di idee, però, una simile disposizione in tanto potrebbe giustificarsi in quanto rinvenga il suo fondamento – romanianamente – nella necessità come fonte del diritto, che determina il subentro di una disciplina nuova e diversa da quella prevista in via ordinaria, benché di carattere temporaneo ed eccezionale. Con l'ulteriore conseguenza che le ordinanze prefettizie fuoriuscirebbero dall'ambito delle fonti legali per configurarsi come fonti *extra ordinem*.

Ma una simile conclusione si infrange contro il sistema costituzionale, che riserva alle Camere l'esercizio della funzione legislativa (art. 70) e solo in via eccezionale, al ricorrere di presupposti predefiniti e nel rispetto di limiti rigorosi, lo demanda al Governo (art. 77). Una Costituzione di tipo rigido, infatti, non può ammettere eccezioni al normale ordine delle competenze al di fuori di quelle espressamente previste. Sicché, a ragionare nei termini suddetti, l'art. 2 t.u.p.s. sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 77.

Nella sentenza n. 8 del 1956 la Corte, come noto, scioglie il dubbio in via squisitamente interpretativa, valorizzando il significato che l'art. 2 aveva acquistato nel nuovo ordinamento costituzionale e dunque ritenendo che non fosse incostituzionale se interpretato nel senso che i provvedimenti del prefetto «hanno il carattere di atti amministrativi [...] strettamente limitati nel tempo e

<sup>112</sup> Più in generale per una ricostruzione della parabola evolutiva delle ordinanze di necessità e urgenza si veda A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 133 ss. Cfr. anche G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, Jovene, 2008, p. 1935 ss.

<sup>113</sup> V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. CVIII, 1956, p. 863.

nell'ambito territoriale [...] e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico». In quest'ottica l'esercizio del potere prefettizio non è in contrasto con la Costituzione «restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale».

La questione viene dunque risolta sul piano della natura dell'atto e non su quello del fondamento costituzionale del relativo potere; nondimeno, i giudici costituzionali sono ben consapevoli che «la formula dell'art. 2 della legge di p.s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte» e non escludono affatto – sembrando anzi quasi suggerire una simile eventualità – di essere di nuovo investiti della questione.

Nel frattempo lanciano un chiaro monito al legislatore affinché «il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che lo ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione»; a tal fine, delineano quello che appare un vero e proprio statuto ontologico delle ordinanze prefettizie, fondato su quattro fondamentali indici di riconoscimento della loro natura amministrativa: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico».

Ma come ha subito rilevato Crisafulli a commento della decisione, benché la qualificazione delle ordinanze d'urgenza alla stregua di atti amministrativi fosse in qualche modo rassicurante, restava il problema che la dizione dell'art. 2 t.u.p.s. era «talmente generica da far persistere pur dopo così autorevole pronuncia, seri dubbi sulla compatibilità con la rafforzata riaffermazione del principio di legalità, che informa l'ordinamento costituzionale vigente, di una norma legislativa assai vicina, in pratica, a una norma in bianco»<sup>114</sup>.

Impossibile non instaurare subito un parallelismo tra la norma in esame e un altro articolo 2, quello del decreto-legge n. 6 del 2020, ai sensi del quale «[L]e autorità competenti possono adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1» (corsivo aggiunto).

Anche quest'ultima disposizione, infatti, al pari della prima, finiva in sostanza per demandare alla piena discrezionalità del Presidente del Consiglio il contenuto dei dpcm pandemici, limitandosi semplicemente a stabilire – peraltro con un generico riferimento a non meglio specificate «autorità competenti» – quale soggetto dovesse provvedere e per quale finalità, senza nulla disporre

<sup>114</sup> V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 870.



in ordine a come provvedere e sulla base di quali criteri. Ragion per cui se non fosse stata abrogata, il suo destino sarebbe apparso in ogni caso segnato.

Non minori erano le perplessità di Mortati, secondo il quale dei quattro canoni suggeriti dalla Corte «solo l'ultimo assume rilievo sostanziale al fine di preservare le situazioni giuridiche dei cittadini da attentati incostituzionali, e pertanto si rende necessaria una migliore individuazione del contenuto dei principi richiamati».

L'occasione per riesaminare la questione viene offerta alla Corte dal diverso orientamento assunto dalla Cassazione che, a sezioni unite<sup>115</sup>, aveva ricondotto le ordinanze prefettizie nel novero delle ordinanze libere con forza di legge, idonee a limitare temporaneamente anche i diritti costituzionalmente garantiti.

Al cospetto di questa nuova interpretazione, in contrasto con quella posta alla base della sentenza n. 8 del 1956, il Pretore di Livorno, davanti al quale pendevano procedimenti penali a carico di soggetti che avevano violato il divieto, stabilito con ordinanza prefettizia, di distribuire giornali a domicilio a scopo di propaganda politica, chiedeva alla Corte di verificare se l'art. 2, nella lettura che ne avevano dato le Sezioni Unite, fosse ancora da ritenere conforme a Costituzione<sup>116</sup>.

La regola interpretativa fissata dalla Cassazione, infatti, scardinava uno dei quattro pilastri posti dal giudice costituzionale a garanzia del carattere amministrativo dell'atto, ossia che i provvedimenti prefettizi siano vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico, giacché tale vincolo sarebbe stato *inutiliter dato* se si fosse ammesso – per dirla con Giannini – «che l'amministratore, nell'esercizio di questo potere del tutto eccezionale, quindi da contenere e da circoscrivere, potesse fare ciò che neppure il legislatore potrebbe legittimamente fare»<sup>117</sup>.

Nella sentenza n. 26 del 1961 la Corte «ha ristrutturato il potere di ordinanza prefettizio»<sup>118</sup>, ribadendo che provvedimenti prefettizi «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo» e che «*anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo [...] ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi*» (corsivo aggiunto).

<sup>115</sup> Cassazione, sez. un. civili, 16 giugno 1958, n. 2068.

<sup>116</sup> Tuttavia già C. MORTATI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, cit., 72, rilevava come «[n]on è [...] agevole conciliare l'affermazione che le ordinanze in parola rientrano nella potestà amministrativa (che per sua natura deve svolgersi *secundum legem*) con l'altra secondo cui esse possono incidere su tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione».

<sup>117</sup> M.S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, cit., p. 68.

<sup>118</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 77.

Benchè la decisione sia stata considerata un «esauriente chiarimento dei limiti dei poteri del prefetto in sede di esercizio della potestà di ordinanza»<sup>119</sup>, dato che la Corte ha inequivocabilmente chiarito che le ordinanze prefettizie non possano mai incidere sui diritti costituzionalmente garantiti in materie coperte da riserva assoluta di legge, resta una ambiguità di fondo intorno alla loro natura giuridica, nella misura tali provvedimenti vengono qualificati come atti amministrativi, ma non se ne esclude il carattere anche normativo<sup>120</sup>.

Qui si apre il secondo grande problema posto dalle ordinanze di urgenza, dopo quello del fondamento costituzionale del relativo potere e cioè se tali atti siano o meno da ricomprendere nel novero delle fonti del diritto. Emblematicamente Crisafulli le ritiene «[i]l caso più interessante, proprio al limite tra fonte e provvedimento»<sup>121</sup>.

Si tratta di un problema su cui la dottrina in passato si è divisa non meno di quanto avrebbe poi fatto ai giorni nostri rispetto all'analogia questione dei dpcm pandemici e che fornisce una serie di preziose indicazioni ai fini del *test* cui intendiamo sottoporli.

Sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità si sono confrontate essenzialmente tre opinioni: quella che nega loro valore normativo e le considera meri atti amministrativi; quella che ne riconosce il carattere normativo, ma non le annovera tra le fonti; quella che le qualifica a tutti gli effetti come fonti del diritto<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> A. PIZZORUSSO, *Nota a sentenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, parte I, sez. I, p. 758. Secondo V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 896, si tratta di «due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale».

<sup>120</sup> In dottrina un ulteriore elemento di perplessità della sentenza è stato individuato nel riferimento al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ritenuto da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2007, p. 360, «di perplessa decifrazione». Anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 35, osserva che «i principi dell'ordinamento giuridico» siano un'«espressione alla quale non è agevole dare un significato preciso». Secondo G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 102, «se con questa espressione si vogliono indicare sinteticamente tutti i limiti che le ordinanze incontrano per poter essere riconosciute conformi a Costituzione, essa può accogliersi, anche se appare imprecisa». Per M.S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, cit., p. 68, il riferimento al limite dei principi dell'ordinamento «veniva a significare che non si poteva riconoscere all'amministrazione un potere maggiore di quello che l'ordinamento attribuisce al legislatore primario; di «iperboreo limite dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"» parla G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, p. 34.

<sup>121</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 35.

<sup>122</sup> Per la tesi che le ordinanze emergenziali siano fonti del diritto cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*. Anche secondo P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 15 novembre 2013, «l'imponente fenomeno dell'ordinanza in deroga alla legge [...]».

La prima tesi prevale in giurisprudenza ed è stata sostenuta in dottrina, tra gli altri, da Rescigno. Il quale, muovendo dal mancato accoglimento in sede giurisprudenziale di alcuni dei più rilevanti corollari che derivano dall'essere un atto assoggettato al regime delle fonti – obbligatorietà indipendentemente dalla sua conoscenza, *iura novit curia*, ricorribilità in Cassazione per violazione di legge in caso di inosservanza – ha rilevato come ciò confermi l'«esattezza della tesi che nega alle ordinanze il carattere di atti normativi»<sup>123</sup>.

Cerri, a sua volta, osserva che le ordinanze di necessità «non hanno carattere regolamentare, perché insuscettibili di “conformare” stabilmente il sistema»<sup>124</sup>. Ciò che dunque impedisce di qualificarle come atti normativi è la loro temporaneità ossia l'inidoneità a produrre effetti permanenti.

D'altra parte, come ha rilevato la Corte costituzionale, la temporaneità «è insita nello stesso concetto di emergenza, incompatibile con una sua previsione a tempo indefinito, che renderebbe illegittime tutte le norme fondate su tale premessa»<sup>125</sup>.

Alle ordinanze prefettizie è comunemente riconosciuta un'efficacia derogatoria o sospensiva della legislazione vigente – pur sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e limitatamente alla durata della situazione d'emergenza –, ma non un'efficacia abrogativa<sup>126</sup>.

soprattutto in tema di gestione dell'emergenze di protezione civile, data la dimensione e la diffusione dello stesso, assieme alla sua tendenziale stabilizzazione, rappresenta oggi al di là di ogni bizantinismo il caso forse più importante di fonte in grado di sostituirsi con la sua disciplina a quella dettata dalla legge ordinaria che risulti assolutamente priva di fondamento costituzionale ed in tutto e per tutto regolata dalla legge».

<sup>123</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 94. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 52, «è preferibile la tesi [...] che le ordinanze non vadano mai classificate tra gli atti normativi, sia pure “secondari”». Anche M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, cit., p. 260, ritiene «che risultino più persuasive quelle che negano la [...] portata normativa» delle ordinanze.

<sup>124</sup> A. CERRI, *Regolamenti*, cit., p. 2.

<sup>125</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 2010.

<sup>126</sup> Lo conferma la Corte costituzionale che nella sentenza n. 201 del 1987 ha precisato la natura e i limiti del potere di ordinanza. Secondo i giudici di Palazzo della Consulta «nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.). Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito [...] una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata. Va soggiunto, per un verso, che, anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie è soggetto a rispettare le garanzie costituzionali, e a non invadere la "riserva assoluta" di legge (nello stesso caso di "riserva relativa" la norma primaria attributiva dei cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale: cfr. sent. n. 26 del 1961); per altro verso, che, pur quando le

Secondo Luciani, tuttavia, «le fonti emergenziali non si limitano a sospendere “per un periodo di tempo determinato l’efficacia di una o più norme anteriori” ma – per quel periodo di tempo – disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle»<sup>127</sup>.

Dunque sia quando provvedono in deroga alla legislazione vigente, sia quando la sospendono, le ordinanze di necessità realizzano, a ben vedere, quel «disporre diversamente»<sup>128</sup> in cui Crisafulli ravvisava il *proprium* dell’abrogazione e pertanto esibiscono – come minimo – un contenuto normativo<sup>129</sup>; come massimo, una vera e propria forza di legge<sup>130</sup>.

Ma è lo stesso Crisafulli a precisare che «non ogni deroga o sospensione del diritto è modificazione, sia pur temporanea, del diritto stesso, né quindi creazione di nuovo diritto. Non è modificare le norme vigenti, sottrarre alla disciplina da esse risultante singoli casi concreti e determinati, dettando per questi un precetto singolare difforme dal diritto comune»<sup>131</sup>.

È esattamente in questo crinale, allora, che si colloca quella sorta di *obiter* contenuto nella sentenza n. 26 del 1961, allorché la Corte ammette che i provvedimenti prefettizi possano anche essere considerati di natura normativa («anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo»).

disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare (cfr. sentt. n. 4 del 1977 e n. 100 del 1987)» (corsivo aggiunto). Tuttavia secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell’emergenza*, cit., 5, la deroga essendo «caratterizzata dalla definitività [...] non è altro che una forma di abrogazione parziale». La sospensione, invece, ha carattere temporaneo.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 116.

<sup>129</sup> Secondo M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 956-957, «[i]n quanto atti derogatori, le ordinanze possono [...] fare quello che farebbe un legislatore, il quale peraltro avesse potestà circoscritta dall’ambito dei principi generali. Ed ecco che siamo al punto essenziale: le ordinanze sono esse stesse atti normativi creativi di *jus singulare*. Hanno la figura formale di atti amministrativi, ma la loro sostanza è quella dell’atto normativo». Anche per G. TARLI BARBIERI, *Editoriale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2011, p. 7, le ordinanze contingibili e urgenti «sembrano avere dato vita ad un polo sostanzialmente normativo, parallelo tanto rispetto ai decreti legge (che condividono con le prime il presupposto della necessità e dell’urgenza) quanto rispetto ai regolamenti (non essendo le ordinanze atti con forza di legge)».

<sup>130</sup> In questo senso A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, Utet, 1961, p. 530, «poiché forza di legge significa capacità di innovare nell’ordine legislativo, le ordinanze, potendo derogare la legge, hanno forza di legge anche se non hanno valore di legge perché sono soggette al giudizio del giudice amministrativo e non a quello della Corte costituzionale». *Contra* L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, il quale contrapponendo la capacità derogatoria alla forza abrogativa delle leggi rileva come «le ordinanze posseggono soltanto la prima, mentre è patologico che esse pretendano di dettare una nova normativa a tempo indefinito». Di «[u]na normazione [...] nella sostanza di rango primario, che fuoriesce dalla legislazione e perciò dal circuito parlamentare» parla V. CERULLI IRELLI, *La forma di governo vigente e la sua riforma*, in *www.astrid-online.it*, 14 giugno 2010.

<sup>131</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 30.

Se infatti le ordinanze d'urgenza, anziché sottrarre alla disciplina di diritto comune singole situazioni concrete o incidere sospensivamente su di esse, hanno riguardo ad una molteplicità di casi astrattamente prefigurati, sotto il profilo strutturale non se ne può negare il contenuto generale e astratto e quindi, secondo concetto, normativo. A maggior ragione se, accogliendo il criterio della novità, si rinviene nella loro efficacia derogatoria la conferma dell'attitudine ad innovare all'ordinamento giuridico.

Semmai, da questo punto di vista, l'ulteriore problema che si pone è se esse siano fonti e, a monte, se se ne possa addirittura predicare il carattere legislativo, malgrado l'esplicita declinatoria da parte della Corte costituzionale.

Inizialmente anche Crisafulli, muovendo dal presupposto che la norma derogante ha natura equiparabile a quella della fonte che viene derogata, le aveva qualificate come «[f]onti primarie *di secondo grado* [...] perché ripetono la loro efficacia da una legge ordinaria, anziché direttamente – com'è invece il caso dei decreti-legge – da norme costituzionali»<sup>132</sup>.

A suo avviso, infatti, «poiché queste norme hanno carattere derogatorio, quindi innovativo rispetto alla legislazione vigente, ci troveremmo su di un piano diverso e superiore rispetto alla potestà regolamentare: su di un piano, propriamente legislativo, ossia in presenza di norme, temporanee ed eccezionali, capaci di derogare alle norme poste dalla legge formale. Le ordinanze d'urgenza sarebbero pertanto fonti normative, e più precisamente fonti primarie, analoghe ai decreti legge, con i quali hanno in comune il presupposto della urgente necessità e i caratteri della straordinarietà e della provvisorietà»<sup>133</sup>.

Modugno, dal canto suo, ha osservato come i loro limiti oggettivi «non escludono che le ordinanze possano incidere sulla legislazione “non riservata” e manifestare, in questo ambito, valore legislativo [...] Se sono normative e *se consentono interventi limitativi dei diritti fondamentali garantiti da riserva assoluta di legge* in casi e con modalità non previste dalla legge, esse non possono non essere, al tempo stesso, atti dotati di valore legislativo» (corsivo aggiunto)<sup>134</sup>.

Di qui la «potenzialità paralegislativa»<sup>135</sup> che esse sono in grado di esprimere e che un'attenta dottrina ha riscontrato anche nei dpcm pandemici nella misura in cui tali atti, limitando di diritti costituzionali con disposizioni generali e astratte, hanno «il contenuto della fonte primaria in senso pieno»<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 864.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 79-80.

<sup>135</sup> F. MODUGNO, *ivi*, p. 80.

<sup>136</sup> C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 176.

Ma rispetto alla posizione di Modugno non si può fare a meno di notare che la Corte, nella sentenza n. 26 del 1961, ha espressamente negato l'ammissibilità di ordinanze *contra legem* nelle materie coperte da riserva assoluta. E lo stesso Crisafulli ha successivamente affinato la sua posizione ritenendo «che esse [*le ordinanze aventi contenuto generale e astratto ndr*] non modificano alcuna norma preesistente, ma si limitano a provvedere alla situazione determinatasi con riguardo a questa soltanto [...] Insomma, il “disporre” in generale ed in astratto [...] è assorbito nel “provvedere”»<sup>137</sup>.

In definitiva, ciò che osta alla loro equiparazione alle fonti dotate di forza di legge che esse sono abilitate a derogare è che «per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente nell'ordine legislativo», mentre le ordinanze hanno «una limitata e temporanea capacità innovativa nell'ordine legislativo secondo i limiti posti dalla Costituzione e dalle stesse norme attributive dei relativi poteri»<sup>138</sup>.

A negare recisamente la natura di fonti, ribadendone nel contempo il carattere provvedimentoale, è la sentenza n. 4 del 1977, che ha chiarito come «le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge».

È dunque condivisibile il punto di caduta della riflessione crisafulliana sul tema, che situa il potere di ordinanza tra quei poteri «anche strutturalmente normativi, nel senso della generalità ed astrattezza, ma vincolati ad essere provvisori», i quali pertanto «non sarebbero [...] alla stregua del diritto positivo annoverabili tra quelli autorizzati a creare nuovo diritto, né gli atti di esercizio di essi sarebbero in conseguenza da ricomprendersi tra gli atti-fonte»<sup>139</sup>.

Anche perché, diversamente opinando e quindi riconoscendo forza di legge alle ordinanze di necessità, esse si attergerebbero, a tutti gli effetti, alla stregua di atti equiparati alla legge e quindi se ne dovrebbe giustificare l'ammissibilità in un sistema di fonti «rigidamente chiuso» a livello primario, che non consente

<sup>137</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 36.

<sup>138</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 93-94.

<sup>139</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 952. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, 1950, p. 61, pur affermando la natura normativa e derogatoria delle ordinanze osserva che esse non si pongono per l'ordinamento giuridico come fonti «di norme giuridiche in senso stretto». Anche per L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, 540, «non sarebbero fonti, pur potendo derogare temporaneamente, nel rispetto dei principi, a disposizioni di grado legislativo per l'esigenza di provvedere».

alla legge ordinaria di «validamente istituire fonti “concorrenziali”, vale a dire dotate della medesima forza»<sup>140</sup>.

Se infatti dal combinato disposto degli artt. 70, 76 e 77 si ricava che il Governo non può adottare – di sua iniziativa o su autorizzazione delle Camere – atti aventi forza di legge al di là delle ipotesi tassativamente previste, a maggior ragione un simile divieto non può che valere per quegli organi statali come il prefetto, o il commissario straordinario, che sono collocati in una posizione di dipendenza gerarchico-funzionale rispetto al Governo. E dunque le ordinanze di necessità non potrebbero avere forza di legge se non al prezzo della loro illegittimità costituzionale.

Più di recente, il problema si è riproposto con riguardo alle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 5, comma 2, della legge n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, la quale rappresenta «il punto di arrivo dell'evoluzione del diritto dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale»<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 940. G. SILVESTRI, “*Questa o quella per me pari sono...*”. *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, cit., p. 176, considera il numero chiuso delle fonti primarie «il principale argine contro il caos delle fonti». Come chiarisce la sentenza n. 26 del 1966 della Corte costituzionale «se l'art. 70 configura come organo della funzione legislativa il Parlamento, e se altri articoli della ricordata sezione della Costituzione indicano tassativamente i casi in cui è consentito ad organi dello Stato diversi dal Parlamento di porre in essere provvedimenti dotati dello stesso valore giuridico delle leggi approvate da quest'ultimo, ciò non esclude la possibilità che la legge (o atti equiparati) attribuisca il carattere di fonte dell'ordinamento - quando ciò faccia, come nel caso in esame, senza conferire ad essi valore di legge - a provvedimenti diversi da quelli contemplati dalle ricordate disposizioni». Il sistema delle fonti è dunque chiuso a livello primario, ma aperto a livello secondario. La più nota obiezione alla tesi crisafulliana secondo cui la legge non può istituire fonti della medesima forza è quella di F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 43-44. A suo avviso, infatti, «[l]a disciplina di fonti anche primarie recata da leggi ordinarie è ammissibile nei limiti in cui non contrasti con la Costituzione, ossia, propriamente con esplicite specifiche disposizioni costituzionali che non l'ammettano (come non ammettono che possano darsi atti con forza di legge del Governo fuori dai casi in Costituzione contemplati). Ma fuori dai divieti costituzionali espliciti, non è detto che la legislazione ordinaria non possa istituire fonti anche primarie nel loro ambito, per esempio riconoscendo o istituendo autonomie, regolandone i modi di esplicazione, vincolandole a principi, in definitiva variamente condizionandole». Anche secondo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1178, «[s]i deve considerare, invero, che atti di questo genere comunque delimitano l'ambito di efficacia di fonti primarie e che, quando sono in deroga alla legge, della legge sembrano avere la forza, ché altrimenti parrebbero non poter fare ciò che fanno. Senoché, sembra difficile negare che della forza della legge possa disporre solo una fonte che alla legge sia sovraordinata, sicché dalla difficoltà non si può uscire accontentandosi di affermare che gli atti normativi *extra ordinem* sono legittimi quando hanno il loro fondamento in una previa legge o almeno in un decreto-legge».

<sup>141</sup> 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, p. 317.

Tale disciplina, ora confluita nel decreto legislativo n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile), prevede che al verificarsi degli eventi di cui all'(attuale) art. 7, comma 1, lett. c)<sup>142</sup>, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, deliberi lo stato d'emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi, nonché autorizzando l'emanazione delle ordinanze di protezione civile (art. 24, comma 1).

Le ordinanze vengono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza, nonché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Inoltre, devono essere emanate d'intesa con le Regioni interessate, essere motivate ed indicare le principali norme a cui intendono derogare (art. 25, comma 1).

Con riguardo alle ordinanze di protezione civile i tradizionali problemi legati al fondamento costituzionale del relativo potere<sup>143</sup> ed alla loro natura normativa<sup>144</sup> risultano viepiù aggravati dalla progressiva estensione dell'ambito di applicazione di tali atti ad ipotesi, come i «grandi eventi» e i casi di disfunzioni amministrative, che appaiono del tutto avulse dal presupposto dell'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, il solo a legittimare l'adozione di provvedimenti del genere<sup>145</sup>.

Non è chi non veda, infatti, come nel primo caso si tratti di eventi del tutto prevedibili e programmabili in anticipo, nel secondo di situazioni ben note da tempo, che anzi si sono venute via via stratificando nel corso degli anni; nulla,

<sup>142</sup> Si tratta delle «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

<sup>143</sup> M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, cit., 1176, rinviene tale fondamento «nel principio (assai meno implicito di quanto si creda) della *salus Reipublicae*, che in Costituzione rintracciamo, fra l'altro, nel principio di indivisibilità (art. 5) e di unità (art. 87) della Repubblica, come in quello dell'intangibilità degli elementi essenziali dell'ordine costituzionale (art. 139)». A suo avviso «[n]on si tratta [...] di aderire alle dottrine della necessità come fonte (fosse pura sulla produzione), che oggi non godono più di grande successo, ma di constatare l'esistenza in Costituzione di un principio positivo (costituzionale, appunto), che ha tale contenuto e che è spiegato, ma non è fondato, dalla necessità».

<sup>144</sup> Secondo A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 138, la questione della normatività delle ordinanze di necessità «rischia di risolversi in un gignatesco *cul de sac* dottrinario», perché «ciò che conta davvero non è il carattere normativo o meno delle ordinanze, ma il loro regime giuridico». Invece secondo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, cit., p. 1174, nota 48, si tratta di una «questione tuttora dirimente».

<sup>145</sup> Secondo il giudice amministrativo, tuttavia, può anche trattarsi «di una situazione endemica, essendo ormai acquisito che il potere di ordinanza *extra ordinem* può essere legittimamente esercitato anche sussistendo da tempo la situazione di fatto per cui si procede» (Cons. St., IV, n. 2795 del 2005; TAR Lazio, Roma, n. 2134 del 2009).



dunque, che non potrebbe essere gestito in via ordinaria dalle amministrazioni interessate con i normali poteri di cui sono dotate.

Per altro verso, ciò che rende il problema particolarmente spinoso ed attira le critiche della dottrina è la «la progressiva dissoluzione del limite della temporaneità e la deriva paranormativa delle ordinanze»<sup>146</sup>. Sicchè le ordinanze di protezione civile diventano un nuovo banco di prova dei criteri di identificazione delle fonti, complice una «normativa primaria [...] che ha esteso quei poteri anche a situazioni che con l'emergenza non hanno nulla a che vedere»<sup>147</sup>, dando vita ad un vero e proprio «sistema parallelo»<sup>148</sup> di normazione.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha cercato ancora una volta di rassicurare l'interprete, fissando in linea con i suoi precedenti alcuni punti fermi: e così ha ribadito «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa»<sup>149</sup>; ha sottolineato che questa autorizzazione non può prescindere dall'indicare «il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»<sup>150</sup>; ha precisato che si tratta in ogni caso «di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti»<sup>151</sup>; ha rilevato che in caso di dubbio «la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti»<sup>152</sup>.

Sul piano giurisprudenziale si registra dunque un consolidamento dell'indirizzo che nega carattere legislativo alle ordinanze contingibili e urgenti e le riconduce al *genus* degli atti amministrativi. In dottrina, invece, la questione resta quantomai aperta, ma soccorre, almeno sul piano del metodo, l'insegnamento di Rescigno il quale, muovendo dal rilievo per cui «ciascun ordinamento determina rispetto a sè quali siano gli atti normativi e quali no» osserva con riguardo alle ordinanze che «va visto volta per volta se esse siano atti normativi, e in secondo luogo se esse oltre che atti normativi siano atti con forza di legge»<sup>153</sup>.

<sup>146</sup> A. CARDONE, *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, 2013, p. 50.

<sup>147</sup> Tale estensione è fortemente stigmatizzata da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 371 ss. Di un «quadro [...] allarmante» e di un potere di ordinanza ormai «diventato il grimaldello attraverso cui l'esecutivo può forzare la stabilità della forma di governo» parla G. MARAZZITA, *Il conflitto fra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 19-20.

<sup>148</sup> CESARE PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2/2009, p. 317 ss.

<sup>149</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 2003.

<sup>150</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 617 del 1987.

<sup>151</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1995.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto*

## 6. I dpcm pandemici tra principio di legalità e riserva di legge

Nel prisma del potere di ordinanza si rifrange più nitidamente la differenza che passa – e che va mantenuta ferma – tra principio di legalità e riserva di legge. Altro tema sconfinato, che l'economia del lavoro non consente di trattare se non in maniera sommaria, nella misura in cui esso fa da sfondo anche alla problematica che qui interessa più da vicino: la conformità a Costituzione dei dpcm pandemici, come la sentenza n. 198 del 2021 ha messo bene in evidenza.

Conviene anzitutto muovere dall'osservazione gianniniana secondo cui nello Stato costituzionale il potere di ordinanza «è una deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali»<sup>154</sup>.

E la Corte nel 1961 sembra esserne talmente consapevole da premurarsi anzitutto di ribadire che le ordinanze prefettizie, finché «si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi» (corsivo aggiunto)<sup>155</sup>.

In linea di principio, infatti, «il limite dei diritti costituzionali deve ritenersi invalicabile dalle ordinanze di urgenza: ciò che la legge (ordinaria) non potrebbe fare, a più forte ragione ancora è sottratto all'attività amministrativa»<sup>156</sup>.

Ma quando è la Costituzione ad autorizzare la legge ad intervenire per comprimere un diritto di libertà, allora si tratta di distinguere, caso per caso, se la materia rientra tra quelle coperte da riserva assoluta, nelle quali cioè «la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia»; ovvero da riserva relativa, nelle quali è invece consentito che «la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché [...] indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito»<sup>157</sup>. Ed è esattamente in questa direzione che la Corte si è mossa nella sentenza n. 26, recependo la distinzione suggerita in dottrina da Fois<sup>158</sup>.

*amministrativo*), cit., p. 93.

<sup>154</sup> M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 951.

<sup>155</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961.

<sup>156</sup> V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 870.

<sup>157</sup> I virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961. Secondo L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 877, la riserva relativa viene dunque concepita «come una sorta di riserva bipartita, entro la quale il momento normativo rimane affidato al legislatore, mentre il momento esecutivo ricade nell'esclusiva competenza dell'amministrazione».

<sup>158</sup> S. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 23 ss. Non ha invece avuto seguito la distinzione proposta da G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, cit., p. 89 ss., tra «riserve di campo materiale» e «riserve di modo di disciplina». La prima tipologia «significa che la fonte cui il campo stesso è affidato può regolare i soggetti che vi operano, attribuir loro situazioni giuridiche senza

Comune ad entrambe le tipologie di riserva è la matrice garantistica dell'istituto, che riposa nel carattere rappresentativo dell'organo da cui la legge deriva, di modo che ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini si risolve – crisafullianamente – «in una sorta di “autolimitazione” indirettamente consentita dai soggetti interessati a mezzo dei loro rappresentanti»<sup>159</sup>.

Nella formazione della legge, infatti, non solo vengono coinvolte le minoranze parlamentari, ma ciò avviene nell'ambito di un procedimento che assicura la massima pubblicità e trasparenza, al punto che Rescigno ha rilevato la «incommensurabilità anche giuridica tra legge e regolamento», proprio perché «la legge formale viene discussa e deliberata in pubblico, da tutti i rappresentanti della volontà popolare»<sup>160</sup>.

La distinzione tra riserve assolute e riserve relative dipende invece dall'interpretazione che viene data alle singole disposizioni costituzionali che le prevedono e porta la Corte a precisare che quando la riserva è assoluta «non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione»; se invece è relativa «nulla vieta che [...] una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, *ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere*» (cor-sivo aggiunto)<sup>161</sup>.

alcun vincolo; essa è quindi libera relativamente al modo di disciplina»; con il secondo tipo di riserva, invece, «non si affida all'una o all'altra fonte la disciplina di certi soggetti in quanto autori di certi comportamenti, ovvero un certo settore dell'organizzazione statale, bensì, quali che siano i soggetti ed i comportamenti da regolare, solo con l'intervento della fonte primaria potranno essere attribuite talune situazioni giuridiche ovvero istituite talune sanzioni».

<sup>159</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 64.

<sup>160</sup> G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, relazione al Convegno «Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana», Padova, 20 giugno 2003, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 19 dello stampato.

<sup>161</sup> I virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961. L'enunciazione generale della riserva relativa viene comunemente rivenuta nell'art. 23 Cost. La costante giurisprudenza costituzionale ritiene che «l'espressione “in base alla legge”, contenuta nell'art. 23 della Costituzione», debba essere interpretata «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» [...] Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessaria la preventiva determinazione di «sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa» [...], richiedendo in particolare che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (*ex multis* sentenza n. 83 del 2015). Sul rilievo dell'art. 23 nel sistema costituzionale delle libertà cfr. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 come norma di chiusura*, Milano, 2007.

Le materie di riserva relativa, dunque, rappresentano il «campo di elezione tradizionale»<sup>162</sup> del potere di ordinanza, che viceversa incontra in quelle di riserva assoluta un limite invalicabile. Come noto, però, la stessa ammissibilità della differenziazione tra le due tipologie di riserve è stata messa in discussione da autorevole dottrina, che l'ha ritenuta «molto opinabile, di incerta determinazione, di incertissimo fondamento», in ragione del fatto che «la riserva di un settore alla disciplina legislativa costituisce un limite per lo stesso legislatore, il quale non può disporre della propria competenza esclusiva nella *materia che è tenuto, viceversa, a regolare direttamente e compiutamente*» (corsivo aggiunto)<sup>163</sup>.

Crisafulli ha invece accolto favorevolmente questa giurisprudenza costituzionale<sup>164</sup>, che a suo avviso ha il merito di alleviare il rigore del testo costituzionale in materia di riserve di legge<sup>165</sup>, sia quando distingue tra riserve assolute e riserve relative, sia quando ammette che le prime possano essere assolte anche mediante atti aventi forza di legge<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 4/2005, p. 789. Anche secondo M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, VII, p. 20, «deve [...] ritenersi legittima l'attribuzione, in questo campo, di poteri di ordinanza alle autorità amministrative centrali e locali, sempre che tali ordinanze siano, secondo ha stabilito la Corte costituzionale, conformi ai principi dell'ordinamento giuridico [...], adeguatamente motivate, efficacemente pubblicate e, se prese per ragioni di necessità e di urgenza, limitate nel tempo quanto alla loro efficacia».

<sup>163</sup> Le citazioni sono tratte da L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, rispettivamente p. 22 e 1p. 9.

<sup>164</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 66.

<sup>165</sup> Nonché a smitizzarne le premesse ideologiche, come sottolinea G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 6 ss.

<sup>166</sup> Alla stregua del fondamento democratico della riserva l'istituto mette in relazione la produzione della legge con il Parlamento in quanto organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare e dunque si traduce in una riserva d'organo. È questa, come noto, la tesi di A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 1969. La Corte costituzionale, tuttavia, nella sentenza n. 184 del 1974, ha precisato come «la parificazione alle leggi formali degli atti "aventi forza di legge" [...] abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate». A proposito della indistinguibilità tra legge e atti aventi forza di legge ai fini dell'assolvimento della riserva G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, cit., p. 51, osserva che «[l]a riserva di legge, dunque, è stata interpretata dalla Corte costituzionale piuttosto come "riserva di livello" (normativo) all'interno della gerarchia delle fonti, ossia come limitazione della competenza a intervenire in favore del solo "gruppo di "tipi" di atti appartenenti al medesimo livello» (p. 51). Si tratta infatti di atti che, o in via preventiva, o in via successiva, vengono comunque sottoposti al controllo delle Camere. Secondo N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, spec. p. 363, dunque, «non può certo destare scandalo che anche gli atti con forza di legge siano considerati idonei a soddisfare le riserve di legge poste dalla carta costituzionale: alla formazione tanto dei decreti-legge quanto dei decreti legislativi il parlamento ha infatti modo di partecipare attraverso l'approvazione, nel primo caso, della legge di conversione e, nel secondo caso, della legge di delega (oltre che, il più delle volte, mediante il parere delle commissioni parlamentari sugli schemi di decreti legislativi)».

Del resto già Bachelet rilevava come «una indiscriminata assunzione [...] del principio della riserva (assoluta) di legge come garanzia di posizioni soggettive dei cittadini, rischierebbe di divenire non solo una illusione, ma addirittura una trappola»<sup>167</sup>.

Il problema piuttosto è quello di stabilire, sulla scorta della sentenza n. 26 del 1961, quali siano i criteri «idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito» affinché la riserva relativa possa dirsi rispettata. Ed è appunto su questo piano del discorso che il principio di legalità viene specificamente in rilievo, come uno dei postulati fondamentali dello Stato di diritto.

Esso assume un diverso grado di intensità a seconda che venga concepito come mera «compatibilità» o «non contrarietà» dell'atto amministrativo (o regolamentare) alla legge, di modo che l'amministrazione può agire liberamente dove la legge manchi; oppure come vera e propria «conformità».

In questo secondo senso, poi, si distingue tra una legalità «formale» e una legalità «sostanziale», allorchè si ritenga sufficiente che la legge si limiti a fornire la base legale per l'esercizio del potere; o venga altresì richiesto che l'atto legislativo indirizzi l'azione dell'amministrazione vincolando il contenuto dei relativi atti.

La dottrina prevalente ha accolto questa accezione più intensa del principio, sul presupposto che «la legalità intesa in senso puramente formale finisce per vanificare totalmente le istanze che per suo mezzo dovrebbero venire soddisfatte»<sup>168</sup>.

Orbene, sul piano dei limiti immanenti all'esercizio del potere amministrativo non sono tollerabili norme legislative “in bianco”, che cioè rimettano alla piena discrezionalità dell'amministrazione il contenuto dei provvedimenti da adottare, senza l'indicazione delle condizioni minime necessarie ad orientare

<sup>167</sup> V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 908.

<sup>168</sup> L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, p. 3. Secondo V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 949, il «principio di legalità [...] sarebbe svuotato di ogni reale contenuto ove si riducesse alla formalistica postulazione di un fondamento qualsiasi in una legge formale, anche singolare, degli atti autoritari concretamente incidenti sulle situazioni giuridiche dei sottoposti». Anche per G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 95, il principio di legalità dell'azione amministrativa non deve essere interpretato «come mera necessità di autorizzazione contenuta in legge ma come necessaria predeterminazione con legge degli elementi essenziali di ciascun atto della pubblica Amministrazione». Negano invece la dimensione sostanziale del principio di legalità G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale, I, Il sistema costituzionale delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 53-54; nonché E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, p. 53 ss., sulla base dell'argomento, riassunto da A. CERRI, *Regolamenti*, cit., p. 5, per cui «un principio di legalità sostanzialmente inteso, ove fosse riferito anche ai regolamenti, finirebbe con il generalizzare l'istituto della riserva di legge, oltre l'intenzione del costituent».

l'azione dell'organo agente, ovvero con l'indicazione di condizioni non sufficienti.

L'art. 2 t.u.p.s. era, da questo punto di vista, paradigmatico, perché stabiliva solo chi poteva adottare provvedimenti d'urgenza e per quale finalità, ma nulla diceva a proposito del come provvedere e sulla base di quali criteri. Disposizioni del genere, pertanto, non possono in alcun modo giustificare l'intervento delle ordinanze di necessità nella sfera dei diritti costituzionalmente garantiti, neppure nelle materie coperte da riserva relativa.

Proprio sulla portata della riserva relativa una precisazione importante è arrivata dalla sentenza n. 115 del 2011, sebbene a proposito di una diversa *species* di ordinanze, quelle sindacali di ordinaria amministrazione.

Secondo la Corte la riserva relativa, pur lasciando all'autorità amministrativa «consistenti margini di regolazione delle fattispecie [...] non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, *anche non dettagliata*, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (corsivo aggiunto).

Quanto simili affermazioni possano servire ad arginare le «rilevanti tendenze eversive del principio di legalità»<sup>169</sup> che la dottrina più attenta a questi temi ha registrato nella più recente prassi delle ordinanze di protezione civile è questione opinabile.

Di certo il tradizionale orientamento della giurisprudenza costituzionale che rimette al sindacato giurisdizionale la concreta verifica della legittimità delle ordinanze emergenziali<sup>170</sup> ha finito per legittimare una lettura svalutativa del limite delle riserve relative, ritenendole assolute «attraverso l'enunciazione legislativa del fine di interesse pubblico e di una generica determinazione dei presupposti di necessità e urgenza»<sup>171</sup>.

Si è così tentato di porre un freno a tali tendenze facendo valere nei confronti delle ordinanze di protezione civile le proposizioni enunciate dal giudice costituzionale con riguardo alle ordinanze sindacali<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge». Un doppio regime per la riserva relativa?*, in *Giur. cost.*, 2/2011, p. 2090.

<sup>170</sup> A partire dalla sentenza n. 8 del 1956 la Corte accoglie la tesi, dominante in giurisprudenza, secondo cui «il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente».

<sup>171</sup> G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei Sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative*, in *federalismi.it*, 14/2011, p. 10.

<sup>172</sup> A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali*, cit., p. 2081.

Senonchè un simile “travaso” sembra precluso dalla pronuncia stessa, laddove chiarisce che «[L]e ordinanze oggetto del presente scrutinio di legittimità costituzionale non sono assimilabili a quelle contingibili e urgenti, già valutate nelle pronunce appena richiamate». Le prime, infatti, non possono derogare a norme legislative vigenti, a differenza delle seconde che possono bensì farlo, ma a condizione che le deroghe siano «temporalmente delimitate»<sup>173</sup> e circoscritte alla «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»<sup>174</sup>.

Al netto di queste considerazioni, l'altro aspetto della sentenza che più merita di essere segnalato in questa sede è la declinazione del principio di legalità nella sua valenza sostanziale. Secondo la Corte, infatti, esso «non consente “l'assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione»; pertanto «[n]on è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

Si tratta in realtà di un orientamento granitico, che si è consolidato a partire dalla giurisprudenza sugli atti di indirizzo e coordinamento<sup>175</sup> e che viene da ultimo scolpito nella sentenza n. 45 del 2019, ai sensi della quale «*il riconoscimento di un potere “in bianco” [...] sarebbe in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità che caratterizza, qualifica e limita tutti i poteri amministrativi, principio che, com'è noto, ha fondamento costituzionale (artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.) e va letto non solo in senso formale, come necessità di una previsione espressa del potere, ma anche in senso sostanziale, come determinazione del suo ambito, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio*».

Dalla complessiva rassegna di questa giurisprudenza, tuttavia, non si sfugge all'impressione di una certa sovrapposizione di piani tra principio di legalità e riserva di legge. Se ne ha un esempio tangibile nella sentenza n. 383 del 1998, in materia di accesso ai corsi universitari, laddove la Corte, dopo aver rilevato che «la disposizione censurata riconosce un potere senza precisarne le

<sup>173</sup> *Ex plurimis* Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1995.

<sup>174</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 4 del 1977.

<sup>175</sup> Sin dalla sentenza n. 150 del 1982 la Corte condiziona la validità degli atti di indirizzo e coordinamento amministrativo al rispetto del principio di legalità sostanziale. Ad avviso del giudice costituzionale la funzione di indirizzo e coordinamento «è soggetta, quanto a fondamento ed esercizio, a puntuali requisiti di forma e di sostanza che nella specie non si riscontrano: di forma, perché la funzione stessa deve trovare svolgimento in forma collegiale e cioè con una delibera del Consiglio dei ministri; di sostanza, perché occorre idonea base legislativa per salvaguardare il principio di legalità sostanziale, attraverso la previa determinazione, con legge, dei principi ai quali il Governo deve attenersi» (sent. n. 250 del 1996).

condizioni di esercizio», osserva che affinché «essa possa ritenersi non incompatibile con la Costituzione sotto l'aspetto della riserva di legge, occorre interpretarla nel senso che il potere ch'essa afferma essere conferito all'amministrazione non sia libero e, perché esso non sia libero, occorre che la disposizione che lo riconosce sia integrata da altre determinazioni che lo circoscrivano» (corsivo aggiunto).

Dunque qui (nella sent. n. 383 del 1998) il conferimento di un potere “in bianco” lede la riserva di legge, lì (nella sent. n. 115 del 2011) il principio di legalità<sup>176</sup>. Questo non stupisce più di tanto, sol che si consideri che la relazione da instaurare tra principio di legalità e riserva di legge è da sempre al centro di una «antica (e mai sopita) *querelle*»<sup>177</sup>.

Mentre la riserva di legge viene tradizionalmente riferita ai rapporti tra legge e regolamento – e, a monte, tra legislativo ed esecutivo –, rappresentando la garanzia più intensa conquistata dai parlamenti nei confronti del potere regio nel passaggio storico dalle monarchie assolute alle democrazie; il principio di legalità presenta uno spettro più ampio, coprendo in realtà tutta l'attività dei pubblici poteri (esecutivo, amministrativo, giudiziario), sicché si può dire che «il principio di legalità governa l'istituto della riserva di legge»<sup>178</sup>.

E dunque un'area di sovrapposizione è inevitabile, specie ove si tenda a risolvere la riserva di legge relativa nel principio di legalità inteso in senso sostanziale, dato che quando la Costituzione non richiede che l'intera disciplina di una materia sia contenuta nella legge, non è sufficiente che questa – per rispettare la riserva relativa – rimetta l'integrazione o lo svolgimento effettivo dei suoi contenuti ad un'attività normativa secondaria o di esecuzione concreta, ma è necessario che tali attività siano predeterminate nei loro elementi essenziali dalla norma primaria. Di qui l'assorbimento dell'una (la riserva relativa) nell'altro (il principio di legalità sostanziale).

Eppure non mancano le differenze. A cominciare dal nome ossia «che il primo si chiama “principio”, mentre la seconda è un istituto e non un principio»<sup>179</sup>; ancora, il primo è «volto [...] a regolare i rapporti fra le fonti»; la

<sup>176</sup> Va tuttavia precisato che nella sent. n. 383 del 1998, oltre agli artt. 3 e 97 Cost., dedotti (insieme a molti altri) anche nella sent. n. 115 del 2011, vengono specificamente evocati come parametri gli artt. 33 e 34 «in particolare per quanto riguarda la riserva di legge che si afferma valere nella materia in esame». Il che spiega la (apparente) aporia.

<sup>177</sup> P. STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol 8, Milano, 2007, p. 692.

<sup>178</sup> G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995, p. 286. Per un'ampia e articolata disamina del tema si veda anche S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del Convegno tenutosi a Salerno nei giorni 14-15 novembre 2014, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*.

<sup>179</sup> G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., p. 248.



seconda «a stabilire limiti normativi all'azione dell'amministrazione»<sup>180</sup>; infine, «[l]'uno è un limite al potere esecutivo, e più largamente ai pubblici poteri diversi dal legislativo; l'altra è un vincolo di contenuto alla stessa legge formale»<sup>181</sup>.

Una volta chiarito se in materia di diritti costituzionalmente garantiti l'autorità amministrativa possa o meno intervenire per limitarne l'esercizio, si tratta di capire a quali condizioni l'intervento dell'amministrazione – quando consentito – risulti legittimo.

Ebbene, alla prima domanda risponde l'istituto della riserva di legge; alla seconda il principio di legalità (sostanziale) L'una attiene all'*an* dell'intervento, l'altro al *quomodo* (ove l'intervento sia, a monte, ammissibile).

Ove questo ragionamento sia condiviso, applicandolo all'oggetto della nostra indagine, se ne ricava quanto segue. La riserva di legge (relativa) consente al Presidente del Consiglio di adottare un dpcm per limitare la sfera di libertà dei singoli. Il principio di legalità attiene al modo in cui l'organo può concretamente effettuare tale limitazione, nel senso che il suo intervento, per essere conforme al vincolo legislativo, deve essere stato adeguatamente specificato nelle sue modalità di esercizio.

Di conseguenza, un dpcm che avesse introdotto una restrizione della libertà personale dei cittadini, o avesse limitato la libertà di circolazione in mancanza di esplicita autorizzazione legislativa, avrebbe violato la riserva di legge, essendo intervenuto in materia coperta da riserva assoluta, nel primo caso; senza base legale, ancorché in materia coperta da riserva relativa, nel secondo<sup>182</sup>.

Avrebbe viceversa violato il principio di legalità se, per ipotesi, avesse introdotto una delle «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza», previste dall'art. 2 del decreto-legge n. 6 del 2020, perché sarebbe stato espressione di un potere amministrativo praticamente libero da ogni vincolo.

Certo si è che anche al netto di queste precisazioni riserva relativa e principio di legalità sostanziale tendono inesorabilmente a confondersi nella misura in cui «la riserva di legge è strutturalmente indirizzata a porre limiti legislativi all'azione dei pubblici poteri» e dunque «finisce col rafforzare il principio di

<sup>180</sup> R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, p. 1218.

<sup>181</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 64.

<sup>182</sup> Che «[n]on si tratta, insomma, di un problema di violazione delle riserve di legge previste in Costituzione, ma semmai di un problema di legalità di atti dell'amministrazione, che devono essere valutati alla luce della disciplina legislativa (o comunque con forza di legge) a cui si riallacciano» è rilevato anche da A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 514, che ribadisce come «[l]e limitazioni sono introdotte in via generale dai decreti-legge, e ai d.P.C.M. spetta solo effettuarne il «dosaggio (...) nel tempo e nello spazio a seconda dell'andamento della Pandemia».

legalità, imponendo al legislatore limiti e prescrizioni per la delimitazione dei poteri amministrativi»<sup>183</sup>.

Da questo punto di vista, come ha osservato Bachelet, le norme che pongono riserve di legge non sono altro che «una manifestazione qualificata» del principio di legalità e la differenza si può più che altro apprezzare su un piano meramente quantitativo, rispetto all'esigenza di un maggior grado di dettaglio nella «definizione degli organi competenti, dei poteri attribuiti, e dei criteri in base ai quali tali poteri vanno esercitati»<sup>184</sup>.

Ma a parere di chi scrive l'utilità di mantenere ferma la distinzione si coglie con chiarezza proprio rispetto alla sentenza n. 198 del 2021 e alle precisazioni che contiene in ordine ai dubbi di costituzionalità che hanno investito i dpcm pandemici.

Dopo aver respinto l'eccezione dall'Avvocatura dello Stato relativa all'inconferenza dei parametri evocati, in quanto – ad avviso della difesa erariale – la doglianza relativa alla violazione del principio di legalità delle sanzioni amministrative avrebbe dovuto essere dedotta rispetto agli artt. 23 e 25 Cost. (e non al 76 e al 77), la Corte rimarca come l'oggetto del suo giudizio resti confinato alla violazione del principio di legalità «quale riflesso dell'alterazione del sistema delle fonti [...] senza attingere specificamente il problema delle riserve di legge, né quelle poste dagli artt. 23 e 25 Cost. [...] né le altre potenzialmente incise dalle singole misure di contenimento» (corsivo aggiunto).

È evidente, infatti, che questo diverso profilo, ove correttamente invocato, avrebbe implicato tutt'altro tipo di scrutinio, richiedendo verosimilmente al giudice costituzionale anche di prendere esplicitamente posizione sulla questione – tutt'altro che pacifica – del carattere assoluto o relativo della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost.<sup>185</sup>, in ragione della indubbia primazia che tale parametro assume ai fini della complessiva valutazione della costituzionalità del corpo normativo approntato dal Governo per fronteggiare la pandemia.

Se si conviene che le principali misure di contrasto alla diffusione del *virus* – distanziamento sociale, divieto di allontanamento dalla propria abitazione, limitazioni agli spostamenti tra Comuni, etc. – incidono in prima battuta sulla libertà di circolazione, avendo poi un effetto “a cascata” anche sugli altri diritti costituzionalmente garantiti, è giocoforza per la Corte chiarire, ai fini della risoluzione di una così prospettata questione di costituzionalità, se la richiamata disposizione costituzionale sia o meno aperta alla possibilità che la legge

<sup>183</sup> R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1218.

<sup>184</sup> V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economic*, cit., p. 914.

<sup>185</sup> Questione che la Corte non scioglie nella recente sentenza n. 127 del 2022 benché chiarisca che la quarantena ai contagiati dal Covid-19 è una limitazione che incide nel campo di applicazione dell'art. 16 e non dell'art. 13.

demandi ad atti regolamentari o amministrativi la concreta messa in opera della disciplina ad essa riservata.

E non è chi non veda quanto scivoloso possa rivelarsi tale chiarimento alla luce delle autorevoli posizioni dottrinali che attribuiscono carattere assoluto alla riserva di legge di cui all'art. 16<sup>186</sup>, l'adesione alle quali avrebbe come conseguenza l'illegittimità di tutta la catena normativa dell'emergenza.

Ad attenuare il rigore di una simile conclusione, tuttavia, soccorre l'interpretazione che lo stesso giudice costituzionale dà dei dpcm pandemici come strumenti di puntuale esecuzione delle misure restrittive disposte dal decreto-legge, allorché li definisce atti che hanno «unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria».

Si tratta di una lettura che mette la Corte al riparo dalle conseguenze che potrebbero derivarle, *pro futuro*, dalla sua adesione alla tesi secondo cui l'art. 16 contempra una riserva assoluta, sempre che ovviamente si convenga – con Crisafulli – che tanto i regolamenti «di stretta “esecuzione” della legge», quanto i provvedimenti del potere esecutivo «rigorosamente “vincolati” alla legge»<sup>187</sup>, possano intervenire anche nelle materie coperte da riserva assoluta.

Un'ulteriore riprova, può aggiungersi, della necessità di un'accurata disamina dei caratteri essenziali che consentono di delineare il prototipo del dpcm pandemico – ciò che sarà oggetto della parte finale di questo lavoro – al fine di saggiare la tenuta della richiamata lettura anche sotto questo specifico profilo.

## 7. L'atto necessitato nella riflessione scientifica di Massimo Severo Giannini

Il summenzionato saggio di Giannini del 1948 contiene la sua nota teorizzazione della figura dell'atto necessitato, che egli elabora a partire dalla

<sup>186</sup> Ritengono che l'art. 16 preveda una riserva di legge assoluta A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 174; M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, cit., p. 403, secondo il quale «se nella riserva di legge si riconosce la funzione di presidio alle libertà dei cittadini nei confronti dell'amministrazione [è] difficilmente accettabile l'attribuzione alla stessa amministrazione del potere di “dettagliare” in termini più restrittivi il precetto legislativo (esso stesso fortemente limitato in relazione a determinate libertà coperte da riserva rinforzata)»; G. DEMURO, *Commento all'art. 16 della Costituzione*, in A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 377; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Ceda, 1988, p. 272; 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», cit., p. 18; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, Relazione presentata al Convegno «I diversi volti della sicurezza», l'Università degli Studi di Milano - Bicocca, 4 giugno 2009, p. 9.

<sup>187</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 62. Adesivamente A. PACE, *ivi*, p. 273, secondo cui «[s]e il Costituente ha individuato nel solo legislatore (statale) l'organo competente a stabilire, in via generale, delle limitazioni, la competenza che residua al Governo e alla p.a. non potrà che essere di natura puramente esecutiva, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello provvedimentoale».

distinzione del potere d'ordinanza dagli altri poteri amministrativi con cui ha in comune il presupposto dell'urgente necessità.

Smentendo la diffusa opinione per cui il potere d'ordinanza consista nel «potere di provvedere in via d'urgenza sul presupposto di grave e irreparabile necessità», egli evidenzia come in realtà esso sia «uno strumento che permette all'autorità amministrativa di sfuggire al rigidissimo vincolo delle norme giuridiche»; ove un simile potere non esistesse, infatti, l'autorità competente che si trovasse al cospetto di situazioni non previste dalla legge non potrebbe agire o agirebbe illecitamente e ciò – aggiunge l'Autore – «proprio in quei momenti supremi, i quali, più di ogni altro, richiederebbero il suo intervento»<sup>188</sup>.

Ciò premesso, Giannini osserva come tutti gli atti di ordinanza presentino i medesimi presupposti di necessità e urgenza e quindi rientrino nel *genus* degli atti necessitati. Si tratta, tuttavia, di due *species* molto diverse fra loro, che non vanno confuse in quanto hanno in comune il solo presupposto dell'urgenza.

Per il resto, invece, «tra gli uni e le altre c'è una opposizione polare», gli atti necessitati essendo «strumenti che l'ordinamento attribuisce alle autorità per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale, cioè di rara verifica-zione»; le ordinanze di necessità, invece, provvedendo «a situazioni eccezionali in senso giuridico, cioè che richiedono delle deroghe alle norme vigenti». I primi «contemplano fattispecie, seppure rare, sempre però preordinate nel sistema legislativo e quindi ordinarie»; le seconde riguardano «fattispecie non previste nè prevedibili, quindi straordinarie»<sup>189</sup>.

Quando dunque si tratta di fronteggiare situazioni di emergenza nelle quali l'autorità abbia l'urgente necessità di intervenire per tutelare l'interesse della collettività, limitando i diritti dei cittadini, essa ha anzitutto a disposizione lo strumento degli atti di necessità.

I quali possono anche derogare alla legislazione vigente, ma sono «sempre predeterminati dalle norme, e regolati di solito con grande minuziosità, nei presupposti, nei motivi, nell'oggetto, nei fatti di legittimazione, nella competenza».

Sicché, in definitiva, il *discrimen* fondamentale tra le due categorie è individuato da Giannini nel fatto che «il potere di provvedere d'urgenza mediante tali atti ha carattere eccezionale, ma solo rispetto ai presupposti [...] non lo ha rispetto all'oggetto. Invece nelle ordinanze vi è un'eccezionalità anche rispetto all'oggetto»<sup>190</sup>.

La distinzione è poi ripresa da Rescigno il quale, dopo aver precisato che «quello che caratterizza il potere di ordinanza non è già il fatto che esso sia

<sup>188</sup> M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 950-951.

<sup>189</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 952.

<sup>190</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 956.

libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato», osserva come gli atti necessitati sono quelli «emanati in casi di urgente necessità per disciplinare eventi eccezionali in modo conforme a norme eccezionali che li prevedono»<sup>191</sup>.

Si tratta, dunque, di «normali provvedimenti amministrativi previsti e disciplinati in ogni loro elemento da norme»; le ordinanze, invece, «sono atti di pubbliche autorità dal contenuto non predeterminato da norme»<sup>192</sup>.

Posto che entrambi presentano contenuto derogatorio rispetto alle norme vigenti, Rescigno mette piuttosto l'accento sul fatto che nel caso delle ordinanze di necessità «la deroga viene disposta volta per volta dalle singole ordinanze ma non è predeterminata dalla norma attributiva del relativo potere»; nei casi di atti necessitati, invece, «la stessa norma che disciplina l'atto necessitato si pone in rapporto di eccezione con altra norma cui deroga»<sup>193</sup>.

Dunque, per Rescigno, ciò che vale a distinguere le ordinanze di necessità all'interno della più ampia categoria degli atti necessitati è che l'effetto di deroga «corre solo fra norma derogata e ordinanza, mai fra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza»<sup>194</sup>.

Entrambe le ricostruzioni, benché con sfumature diverse, portano a concludere che nel caso degli atti necessitati ci troviamo di fronte all'esercizio di poteri esercitati bensì in via d'urgenza, ma che vengono ordinariamente conferiti all'amministrazione per gestire eventi eccezionali; nel caso delle ordinanze di necessità, invece, siamo al cospetto di un vero e proprio «*potere straordinario* [...] per fare fronte a situazioni straordinarie», un potere sostanzialmente libero – di qui la denominazione di «ordinanze libere» – che finisce per attribuire all'autorità agente «una sorta di capacità generale di diritto pubblico»<sup>195</sup>.

Sarà poi la Corte costituzionale a cristallizzare la distinzione nella celebre sentenza n. 4 del 1977, che si deve alla penna di Crisafulli. Dopo aver individuato i tratti salienti delle ordinanze di necessità nel fatto che il loro contenuto «non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione»; nonché nel fatto che tali circostanze «non sono, a loro volta, previste – né, di regola, sono prevedibili in astratto – da specifiche disposizioni di legge», il giudice costituzionale ne traccia il confine con gli atti necessitati rilevando come questi sono «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto»; quelle «nell'esplicazione di

<sup>191</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 92.

<sup>192</sup> G.U. RESCIGNO, *ivi*, p. 93.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 353.

poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, *per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni*» (corsivo aggiunto).

E non passa certo inosservato come una finalità analoga a quella appena richiamata con riguardo alle ordinanze di necessità – ossia la capacità «di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»<sup>196</sup> – sia stata invece riferita dalla Corte ad uno strumento – il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri – che la sentenza n. 198 ha poi ricondotto alla diversa categoria dell'atto necessitato.

### 8. Sulla normatività dei dpcm pandemici

Alla luce dell'imponente apparato concettuale che fa da sfondo al tema oggetto dell'indagine e dei risultati che la sua ricostruzione – per quanto sommaria – ha permesso di illuminare, si può ora procedere, in conclusione, a saggiare sul dpcm pandemico le indicazioni emerse, al fine di verificare anzitutto se possa essere qualificato o meno come atto normativo; e, in secondo luogo, se possa essere meglio accostato alla figura dell'ordinanza di necessità o dell'atto necessitato.

Preliminare a tale verifica, però, è la ricostruzione del “tipo” dpcm pandemico, ossia l'individuazione dei caratteri strutturali che consentono all'atto di assumere una sua precisa identità e quindi di configurare una categoria tipologica a cui esso corrisponda ove esibisca quei tratti somatici.

Da questo punto di vista l'atto, sul piano formale, presenta le seguenti caratteristiche: intestazione recante la denominazione «Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri» con la data di emanazione; adozione da parte del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute, previo parere di una nutrita schiera di ministri, in ragione del fatto che le misure da esso attuate toccano una molteplicità di settori; il che, per inciso, consente di ridimensionare le critiche relative alla mancanza di collegialità del dpcm, sol che si consideri che ai fini della loro emanazione vengono di regola sentiti una quindicina di ministri (sui ventitrè che componevano il Governo Conte II). Al di fuori della compagine governativa, poi, esprimono parere i Presidenti di Regione (o il Presidente della Conferenza delle Regioni) e il Comitato tecnico-scientifico<sup>197</sup>.

Sono inoltre previsti la comunicazione alle Camere da parte del Presidente del Consiglio (o di un Ministro da lui delegato) prima dell'adozione dell'atto

<sup>196</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

<sup>197</sup> Il decreto-legge n. 19 del 2020 prevede anche un ulteriore procedimento di formazione, nel quale il potere di proporre l'adozione del dpcm è attribuito ai Presidenti delle Regioni interessate o al Presidente della Conferenza delle Regioni, a seconda che le misure abbiano un impatto solo regionale o anche nazionale, con il parere di numerosi ministri (art. 2, comma 1, secondo periodo).

(o anche dopo per ragioni di urgenza); il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti; la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Sul piano sostanziale, invece, il dpcm presenta essenzialmente un doppio contenuto: uno – corrispondente all'*id quod plerumque accidit* – che consiste nello “svolgimento-esecuzione” del decreto-legge, secondo uno schema per cui il decreto-legge elenca in via generale le categorie di limiti che possono essere introdotti per contenere la diffusione del contagio, il dpcm rende operative tali restrizioni, provvedendo al loro «dosaggio [...] nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia»<sup>198</sup>.

Ad esempio, il decreto-legge dispone il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, comma 2, lett. e, dl n. 19 del 2020); il dpcm stabilisce che «è fatto divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus» (art. 1, comma 1, lett. c, dpcm 26 aprile 2020). Qui l'atto dà pedissequa esecuzione alla norma primaria.

Oppure può accadere che il decreto-legge stabilisca la «limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti» (art. 1, comma 2, lett. v, dl n. 19 del 2020); e il dpcm, a sua volta, sospenda le attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie), ma consenta eccezionalmente la sola ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie sia per l'attività di confezionamento che di trasporto, nonché la ristorazione con asporto, fermo restando l'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi (art. 1, comma 1, lett. aa, dpcm 26 aprile 2020). Qui il contenuto del dpcm è duplice, ricomprendendo nel proprio raggio d'azione tanto la «sospensione», quanto la «limitazione» disposte dalla fonte primaria.

Rientrano nello schema suindicato anche i casi di “svolgimento-specificazione”, quelli cioè nei quali il dpcm specifica, ad esempio, le «situazioni di necessità o urgenza» che, ai sensi del decreto-legge n. 19 del 2020, giustificano l'allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora (art. 1, comma 1, lett. a), qualificando come «necessari gli spostamenti per incontrare congiunti», purchè nel rispetto del divieto di assembramento, del distanziamento di almeno un metro e con l'utilizzo delle mascherine (art. 1, comma 1, lett. a, dpcm 26 aprile 2020). In tali circostanze il contenuto dell'atto precisa l'ampiezza delle misure disposte a monte dal legislatore.

<sup>198</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

In alcune (più limitate) ipotesi, invece, il dpcm si presenta come “svolgimento-integrazione” della norma primaria. Ad esempio, il decreto-legge dispone l’«applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa o che rientrano da aree ubicate al di fuori del territorio italiano» (art.1, comma 2, lett. *d*, dl n. 19/20); il dpcm integra la fattispecie aggiungendo una nuova categoria di soggetti tenuti a «rimanere presso il proprio domicilio»: quelli «con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5°C)» (art. 1, comma 1, lett. *b*, dpcm 20 aprile 2020)<sup>199</sup>.

In questi casi, come rileva Cardone, «le limitazioni [...] sono [...] 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»<sup>200</sup>.

Orbene questi tratti tipologici si riscontrano, in serie, in ciascuno dei dpcm pandemici adottati nelle diverse ondate dell’emergenza<sup>201</sup>, il che consente di generalizzare il *test* di normatività che ci si accinge ad effettuare, anche se un approccio metodologico più rigoroso richiederebbe – sulla scorta di Rescigno – un’analisi casistica su ogni singolo decreto del Presidente del Consiglio, per poi ricavarne indicazioni di carattere generale. L’economia dell’indagine, evidentemente, non consente un simile modo di procedere, ma ciò non toglie che i risultati così ottenuti, ove diano adito a dubbi o perplessità, possano sempre essere sottoposti ad un riscontro *ex post* attraverso un più aderente *test* caso per caso.

Ciò premesso, non esistendo un numero chiuso di fonti a livello secondario, si procederà – in linea con la giurisprudenza costituzionale e amministrativa passata in rassegna – privilegiando gli indici sostanziali di identificazione delle norme e dunque saggiando sul dpcm pandemico l’applicazione dei requisiti di generalità, astrattezza e novità, pur con le oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali sopra evidenziate rispetto all’uso di questi paradigmi.

In merito al criterio della generalità, il dpcm ha senza dubbio un contenuto generale perché si rivolge ad una pluralità di cittadini non individuabili né a

<sup>199</sup> Anche G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l’importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020, segnala «alcune slabbrature» in riferimento al decreto-legge n. 6 del 2020. Esso, infatti, indicava fra le misure restrittive il «divieto di allontanamento dal comune», mentre il dpcm dell’8 marzo aggiungeva «un ulteriore divieto relativo allo spostamento delle persone all’interno dei territori comunali della regione Lombardia e di alcune province». Poi «[i]l divieto di spostamenti infra-comunali è stato [...] esteso all’interno nazionale dal dpcm del giorno successivo», ma «una cosa è non poter transitare da un comune all’altro, un’altra non potersi spostare nell’ambito del proprio comune».

<sup>200</sup> 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*, cit., p. 332.

<sup>201</sup> In riferimento al Governo Conte II si tratta di 23 decreti del Presidente del Consiglio.



*priori né a posteriori*: tutti i destinatari delle misure di contenimento della pandemia fissate dal decreto-legge.

Quanto all'astrattezza, il dpcm ha bensì ad oggetto categorie di restrizioni ai comportamenti umani configurate in astratto, ma contiene un'esplicita clausola volta a limitare strettamente nel tempo l'efficacia delle sue prescrizioni<sup>202</sup>.

Da questo punto di vista un primo elemento di dubbio in ordine alla normatività dell'atto è dato proprio dal suo carattere temporaneo. Si tratta, infatti, di un atto che viene rinnovato con cadenza periodica (anche quindicinale) in modo che le sue prescrizioni siano continuamente aggiornate rispetto alle repentine evoluzioni del quadro epidemiologico, peraltro sulla base delle valutazioni di tipo tecnico-scientifico del Cts. Il che alla luce della giurisprudenza sopra richiamata impedisce di attribuire carattere normativo al dpcm pandemico quand'anche esso esibisca contenuto generale e astratto.

Sotto questo profilo esso si avvicina molto di più ad un atto amministrativo generale, che esaurisce la sua efficacia nel momento in cui abbia realizzato l'interesse pubblico per la cui cura concreta era stato conferito il relativo potere, piuttosto che ad un regolamento, la cui efficacia è temporalmente indefinita.

Questo connotato del dpcm pandemico incide anche sul requisito della novità. Se infatti questo predicato va inteso – crisafullianamente – «come costitutività della fattispecie» e se – sempre con Crisafulli – l'elemento decisivo per aversi atto normativo «non sarebbe [...] la novità dell'effetto “in sé”, ma il suo ricondursi a quel determinato atto, che, appunto per questa ragione, viene qualificato normativo»<sup>203</sup>, i dpcm pandemici non possono dirsi normativi perché la capacità innovativa, a ben vedere, sta tutta nell'atto avente forza di legge<sup>204</sup>.

È il decreto-legge, infatti, ad introdurre le regole nuove, costitutive dell'ordinamento come diritto oggettivo; il dpcm, invece, si inserisce in un quadro in cui tutto l'apparato più significativo di regole volte a contenere la diffusione dell'epidemia è già stato predefinito in via generale dal legislatore e l'atto si limita a dare ad esse (mera) esecuzione e/o (ulteriore) specificazione. Questo, perlomeno, è ciò che accade rispetto ai dpcm il cui contenuto abbiamo definito

<sup>202</sup> Cfr. l'art. 10 del dpcm 26 aprile 2020, ai sensi del quale «Le disposizioni del presente decreto si applicano dalla data del 4 maggio 2020 in sostituzione di quelle del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020 e sono efficaci fino al 17 maggio 2020».

<sup>203</sup> V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 243

<sup>204</sup> Sviluppo qui in maniera più netta una posizione che avevo già espresso in L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., p. 126 ss., ancorché in una chiave più dubitativa, non avendo potuto prendere in considerazione, *ratione temporis*, alcuni elementi di valutazione che sarebbero intervenuti solo successivamente (come, a tacer d'altro, la sentenza n. 198 del 2021). Invece, secondo C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 177, nota 29, «[b]enché le limitazioni dei diritti siano prefigurate dal d.l. 19/2020, l'innovazione nell'ordinamento non deriva dal decreto-legge, che si limita a consentire le misure limitatrici, ma dal d.P.C.M., che sceglie quali misure introdurre».

di svolgimento-esecuzione e svolgimento-specificazione della normativa primaria.

Sulla scorta di Rescigno<sup>205</sup>, allora, al Presidente del Consiglio non è attribuito un potere di incidere «stabilmente», con propri decreti, sulla sfera delle libertà delle persone, così innovando l'ordinamento giuridico; si tratta piuttosto di quella specie di poteri che, pur rientrando tra quelli «strutturalmente normativi, nel senso della generalità ed astrattezza» – ammesso e non concesso che di astrattezza si possa parlare quando l'atto è temporaneo<sup>206</sup> – sono «vincolati ad essere provvisori» e dunque «non sarebbero [...] alla stregua del diritto positivo, annoverabili tra quelli autorizzati a creare nuovo diritto»<sup>207</sup>.

Si tratta infatti di un potere che è attribuito all'autorità governativa per risolvere un problema specifico – limitare la diffusione del contagio –, la cui disciplina in astratto è stata già prediposta dal decreto-legge e non per «porre regole di comportamento destinate a durare e a ripetersi nel tempo»<sup>208</sup>; un potere, può aggiungersi, esercitato in relazione a situazioni contingenti e destinato ad esaurirsi nel momento in cui tali contingenze vengano meno. Sicchè, scomodando Crisafulli, esso integra più gli estremi del «provvedere» in concreto che del «disporre» in generale e astratto e va più opportunamente ascritto all'esercizio di una funzione amministrativa.

Dall'applicazione dei criteri sostanziali di identificazione delle norme al contenuto dei dpcm pandemici si ricava allora che tali atti hanno sicuramente carattere generale; non hanno sicuramente carattere innovativo; è quantomeno dubbio che possano avere carattere astratto. Al netto delle incertezze anche qualificatorie che circondano tali indici, il combinato disposto dell'assenza di novità e dei dubbi intorno all'astrattezza costituisce comunque un serio indizio

<sup>205</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 94.

<sup>206</sup> Sul carattere temporaneo dei dpcm il TAR Lazio, ordinanza n. 7468 del 2020, ha osservato che «le misure finora assunte per fronteggiare l'epidemia da Covid 19 di cui la difesa erariale enfatizza la temporaneità, nei fatti risultano avere sostanzialmente perso tale connotazione stante la rinnovazione di gran parte delle stesse con cadenza quindicinale o mensile». Dunque si tratterebbe di una temporaneità solo formale. Tuttavia, non sembra possibile prescindere da una valutazione del contesto storico nel quale queste misure si collocano, che era quello di una nuova ondata dei contagi. Secondo C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., 177, nota 230, «la temporaneità di una disposizione non ne esclude il carattere normativo». Adesivamente l'orientamento del Consiglio di Stato, riportato da F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Dike, 2017, p. 464, secondo cui «anche gli atti che contengono precetti temporanei, che cioè innovano la disciplina vigente per un periodo circoscritto hanno carattere normativo».

<sup>207</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 952.

<sup>208</sup> A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta OnLine*, III/2021, p. 846, che osserva peraltro come «i d.p.c.m. appaiono non innovativi rispetto al contenuto dei vari dd.ll. dei quali assumono natura dichiaratamente attuativa».

– se non già una riprova – del fatto che tali dpcm non presentino sul piano sostanziale i requisiti idonei a riconoscerli come atti normativi.

Senonchè questa conclusione non può essere assolutizzata, in quanto – come si è visto – non ogni misura introdotta dal dpcm corrisponde precisamente alla categoria di limiti prevista in via generale dal decreto-legge. Una parte del contenuto dei dpcm pandemici, infatti, si presenta come “svolgimento-integrazione” della normazione primaria; esibisce, cioè, un’attitudine integrativa della fattispecie descritta dall’atto avente forza di legge che è un tratto tipico della natura regolamentare di un atto.

In questi casi il potere di decretazione attribuito al Presidente del Consiglio incide in senso espansivo sulla preesistente disciplina avente forza di legge, ampliandone il contenuto precettivo sotto un profilo da essa non contemplato e dunque manifestando una portata senza dubbio innovativa dell’ordinamento ossia, secondo concetto, normativa.

Che questo valga a mettere in discussione la conclusione appena raggiunta sulla non normatività dell’atto, però, non sembra possibile affermarlo, se non rispetto ad un dpcm pandemico che – sottoposto ad un *test* specifico – esibisca un contenuto nel quale la regolazione di “svolgimento-integrazione” risulti nettamente prevalente rispetto a quella di “svolgimento-esecuzione” e/o “svolgimento-specificazione”.

Il motivo per non revocare in dubbio la nostra conclusione riposa nella giurisprudenza costituzionale richiamata, da cui emerge con chiarezza che ogni potere amministrativo deve bensì essere adeguatamente «determinato nel contenuto e nelle modalità», ma al fine di «mantenere costantemente una, *pur elastica*, copertura legislativa dell’azione amministrativa» (corsivo aggiunto); e che la «precisazione [...] dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini», da parte della legge possa essere «anche non dettagliata»<sup>209</sup>.

Ebbene, la discrezionalità che caratterizza il dpcm pandemico quando provvede *praeter legem* rientra nei margini di elasticità e di disciplina “non dettagliata” consentiti dalla Corte costituzionale in ordine alle modalità di esercizio del potere amministrativo; ed appare del resto coerente con l’«elevazione del livello di responsabilità amministrativa»<sup>210</sup>, nonché politica, che è si voluta realizzare attribuendo la competenza a limitare diritti costituzionali al Presidente del Consiglio, il quale può essere sempre chiamato a rispondere davanti alle Camere anche della latitudine con cui ha voluto dare attuazione a questi limiti<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011.

<sup>210</sup> Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

<sup>211</sup> Come ha osservato A. SAIITA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, cit., p. 847: «i provvedimenti concretamente attuativi delle norme

Ciò è peraltro in linea di sostanziale continuità con il modello di gestione delle emergenze di cui alla legge n. 225 del 1992, il quale, benchè alternativo all'impianto normativo fondato sul connubio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresenta il tronco su cui questo impianto inizialmente si è innestato, salvo poi distaccarsene e vivere di vita propria<sup>212</sup>.

Anche quel modello, infatti, ha il suo fulcro nell'attribuzione al Presidente del Consiglio (o su sua delega ad un ministro senza portafoglio) del compito di promuovere e coordinare tutte le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati coinvolti nelle attività di protezione civile. Si ispira dunque alla medesima *ratio* di intestare al vertice dell'Esecutivo, per comprensibili esigenze di prontezza e unitarietà della reazione, oltre che per salde motivazioni di ordine costituzionale che riposano nell'art. 95, primo comma, Cost., la regia unitaria delle misure necessarie a fronteggiare la gravità della situazione che si è determinata.

Quando dunque il dpcm introduce tra i soggetti tenuti a rimanere nel proprio domicilio l'ulteriore categoria di coloro che hanno una «sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5°C)» (art. 1, comma 1, lett. *b*, dpcm 20 aprile 2020), non solo persegue la medesima *ratio* che ispira la norma primaria – contenere la diffusione del contagio per tutelare la salute pubblica –, ma lo fa, a ben vedere, in maniera veppiù stringente e rigorosa.

Il potere di decretazione del Presidente del Consiglio, pertanto, non esorbita dal fine per cui è stato attribuito, restando sempre nei limiti del rapporto di strumentalità con la norma primaria. Lo stesso sembra potersi dire allorchè il decreto-legge dispone la «sospensione delle cerimonie civili e religiose», al pari della «limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto» (art. 1, comma 2, lett. *b*, dl n. 19/20) e il dpcm consente invece «le cerimonie funebri con l'esclusiva partecipazione di congiunti», ma circonda questa deroga di una serie di cautele, quali la presenza di un massimo di quindici persone, lo svolgimento della funzione preferibilmente all'aperto, l'obbligo di mascherina e il rispetto del distanziamento di almeno un metro.

contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica». Adesivamente A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021, p. 3, secondo cui «[l']adozione di un metodo di regolazione fortemente accentrato, basato sul largo impiego dei d.p.c.m., ha comunque inteso rispondere [...] a una profonda esigenza costituzionale: quella di una sicura attribuzione di responsabilità politica per agli atti emergenziali che importavano limitazioni drastiche ai diritti fondamentali».

<sup>212</sup> Mette l'accento sulle «caratteristiche totalmente imprevedute» di questa emergenza, «che non rispondeva pienamente ad una gestione affidata solo alla protezione civile, ma [...] imponeva di mettere in gioco tutto l'assetto del governo e dello Stato» E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, p. 729.

Anche qui il dpcm provvede *praeter legem*: a fronte della generale sospensione delle cerimonie religiose permette lo svolgimento di funerali, pur subordinandolo ad una serie di limiti. Tuttavia, ove si consideri che la celebrazione delle cerimonie funebri avviene di regola all'interno dei luoghi di culto, la distonia tra decreto-legge e dpcm è solo apparente, poiché il contenuto di quest'ultimo, nel prevedere limiti allo svolgimento dei funerali, è comunque coperto da una finalità – la «limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto» – che è contemplata dalla norma primaria. E dunque non si risolve nemmeno in questo caso nell'esercizio di un potere in violazione del vincolo teleologico posto dalla fonte di rango primario.

Semmai ciò che la presenza di questo genere di contenuti di “svolgimento-integrazione” all'interno dei dpcm pandemici denota, lungi dal qualificarli come normativi, è ancora una volta il carattere polimorfo dell'atto, la sua intrinseca poliedricità<sup>213</sup>.

Si tratta cioè di un atto che sotto la forma amministrativa ben può veicolare un contenuto di tipo normativo e rispetto al quale si presentano tutti i problemi di dissociazione tra forma e sostanza che la dottrina ha studiato con riguardo ai regolamenti, ai decreti ministeriali<sup>214</sup>, ai decreti non aventi contenuto regolamentare.

Laddove la sentenza n. 198 del 2021 delude maggiormente, insomma, non è tanto nell'esplicita qualificazione dei dpcm pandemici come «atti amministrativi tipizzati», che invece risulta corretta alla luce del *test* di normatività qui condotto, quanto nel silenzio da essa serbato intorno alla natura pluridimensionale dell'atto, che è un tratto saliente della sua identità tipologica.

Enfatizzando soltanto il profilo amministrativo del dpcm, senza neppure accennare alla possibilità che possa anche assumere valore normativo, la Corte lo appiattisce su un'unica dimensione, restituendo un'immagine deformata della sua essenza, che coincide solo in parte con quella che un'evoluzione ultratrentennale della prassi applicativa dell'atto ha ormai compiutamente disvelato.

Certo si è che la Corte è sempre molto parca nelle innovazioni classificatorie, che riserva soltanto ai casi in cui ritiene ve ne sia davvero bisogno e dunque nella scelta di non spendere troppe parole su questo aspetto sembra possibile ravvisare un ulteriore esempio di quell'«uso costruttivo del silenzio»<sup>215</sup> che

<sup>213</sup> Come ho cercato più organicamente di evidenziare in L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., spec. p. 49 ss., anche con riguardo ai dpcm adottati prima dell'emergenza pandemica.

<sup>214</sup> F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 341 ss.

<sup>215</sup> M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, cit., p. 55.

rappresenta, secondo Massa, uno dei tratti salienti della «vocazione al minimalismo»<sup>216</sup> del nostro giudice costituzionale.

### **9. Sulla loro (maggiore) assimilabilità alle ordinanze di necessità o agli atti necessitati**

Una volta escluso che il dpcm pandemico abbia carattere normativo resta da capire quale delle due tesi principali che si sono confrontate sulla sua natura giuridica – quella della dottrina dominante che lo ha assimilato alle ordinanze di necessità e quella della Corte costituzionale che lo ha qualificato come atto necessitato – sia più calzante rispetto al *test* che si è qui effettuato, tanto alla luce delle premesse teoriche che sorreggono le due categorie di atti, quanto alla stregua dei caratteri essenziali che si sono estrapolati dal dpcm pandemico e ne hanno consentito la configurazione del tipo.

Ebbene sul piano sostanziale, come si è visto, il tratto tipologico maggiormente ricorrente del dpcm è senza dubbio la predeterminazione del suo contenuto da parte del decreto-legge, di modo che – per dirla con Mangia – «all'amministrazione spetta solo il compito [...] di "attivare" la singola misura di limitazione»<sup>217</sup>.

Qui corre una differenza abissale con le ordinanze di necessità. Le quali, al pari dei dpcm pandemici, sono bensì provvedimenti rivolti ad una generalità di destinatari, adottati per ragioni di necessità e urgenza, sulla base di una specifica abilitazione legislativa; ma – ecco il punto – hanno un contenuto completamente rimesso alla volontà del soggetto agente, che ha in proposito un amplissimo potere discrezionale, mentre è vincolato dal legislatore nei presupposti, negli ambiti e nelle finalità dell'intervento.

Come riassume esattamente Modugno, «[n]elle ordinanze, rispetto agli altri "atti necessitati", si manifesta perciò una maggiore discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* dell'adozione del provvedimento»<sup>218</sup>. E questo, può aggiungersi, resta vero anche nei casi in cui i dpcm pandemici presentino la portata integrativa sopra evidenziata, che quando sussiste non è mai comunque tale da eguagliare il tasso di discrezionalità proprio delle ordinanze, perché si traduce nell'aggiunta di un contenuto che – esplicitamente o implicitamente – può essere estrapolato dal perimetro applicativo della fattispecie.

Il Presidente del Consiglio, in altri termini, si limita a manovrare, in ragione dell'evoluzione del quadro epidemiologico, l'ampiezza di limiti che sono espressamente stabiliti dal decreto-legge, oppure porta in superficie limiti presupposti dall'apparato dei vincoli e delle restrizioni disposti dal decreto-legge.

<sup>216</sup> M. MASSA, *ivi*, p. 58.

<sup>217</sup> A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, cit., p. 517.

<sup>218</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

Nel primo caso il dpcm pandemico è, a tutti gli effetti, “misura” del decreto-legge e resta ancorato al principio di tipicità dell’azione amministrativa, a differenza dell’ordinanza di necessità che ne fuoriesce; nel secondo caso esibisce indubbiamente un tasso di creatività maggiore.

Ciò nondimeno anche in quest’ultima ipotesi, come mostrato nell’esempio delle cerimonie funebri, la misura introdotta dal dpcm non è una (libera) invenzione del Presidente del Consiglio, ma è incorporata nel tessuto dei limiti preesistenti, con i quali si salda e si trova in rapporto di necessaria implicazione.

Una lettura del genere, ove condivisa, dovrebbe valere a rassicurare quella parte della dottrina che ha rilevato come «[l]’ampiezza della discrezionalità concessa al Presidente del Consiglio dei ministri impedisce di ricondurla alla mera attività amministrativa necessitata»<sup>219</sup>.

Che il decreto-legge n. 19 del 2020, nel vincolare in modo più stringente la discrezionalità del Presidente del Consiglio ai canoni di adeguatezza e proporzionalità, gli lasci comunque dei margini di intervento maggiori rispetto al mero accertamento del presupposto dell’urgente necessità di provvedere – ciò in cui si ravvisa tradizionalmente il *proprium* dell’atto necessitato – è del resto comprensibile tanto in ragione dell’organo chiamato in causa, che è il «massimo livello di responsabilità politico-amministrativa del governo»<sup>220</sup>; quanto alla luce delle caratteristiche dell’emergenza, che fanno sì «che non ne siano *a priori* definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali»<sup>221</sup>.

Ad ogni buon conto, l’accostamento non pieno, ma solo «per certi versi» dei dpcm agli atti necessitati, lascia supporre che la Corte costituzionale sia in qualche modo “avvertita” delle perplessità della dottrina e si sia voluta

<sup>219</sup> M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *federalismi.it*, 25/2021, p. 86. Anche secondo G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, cit., p. 294, i dpcm, pur dopo la correzione di rotta impressa dal decreto-legge n. 19, «continuano a disporre di margini di discrezionalità consistenti». Che il decreto-legge n. 19 «lascia al Presidente del Consiglio un’amplissima scelta dal punto di vista sia del contenuto [...] sia dell’ambito territoriale» è altresì l’opinione di G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell’emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 4/2020, p. 757. A sua volta C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., 177, sottolinea come «[i] d.P.C.M. anti-Covid sono molto lontani dagli atti necessitati, in quanto non si tratta certo di atti che fanno fronte a situazioni «ordinarie», seppur rare (come gli atti necessitati)».

<sup>220</sup> Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

<sup>221</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., p. 13. Anche A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 322, ha osservato come «il modello d.l./d.P.C.M. “funzionava” sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si è scontrata inevitabilmente 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, proprio come la sentenza sottolinea».

riservare una “uscita di sicurezza” per il caso in cui il giudice, chiamato di volta in volta a valutare se qualcuno di questi provvedimenti leda diritti costituzionali, dubiti che la discrezionalità del Presidente del Consiglio abbia esorbitato dai limiti che i principi costituzionali pongono all’esercizio del potere amministrativo e quindi investa la Corte della relativa questione.

A quel punto uno scrutinio *ad hoc* potrebbe anche condurre ad esiti divergenti rispetto a quelli cui siamo qui pervenuti. Ma ciò non equivarrebbe necessariamente a revocare in dubbio le conclusioni raggiunte sul piano generale dall’indagine, comportando semmai l’esigenza di una loro verifica *a posteriori* nel caso di specie.

Tali conclusioni, pertanto, si possono così riassumere: le limitazioni dei diritti costituzionalmente garantiti risalgono sempre alla fonte primaria da cui trae specifico fondamento il potere di decretazione del Presidente del Consiglio, anche se in alcuni (più limitati) casi il nesso di derivazione appare meno intenso; l’adozione dei dpcm pandemici soddisfa, nel complesso, i requisiti per il corretto esercizio da parte del Presidente del Consiglio della funzione amministrativa, salva naturalmente la possibilità che, nei loro contenuti specifici, singole disposizioni risultino non conformi a tali requisiti; il sistema costituzionale non è vulnerato, in quanto la norma di rango legislativo vincola e dirige la discrezionalità dell’autorità di governo in conformità alle condizioni richieste dalla giurisprudenza costituzionale perché il principio di legalità sostanziale possa dirsi rispettato.