



Rivista N°: 2/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 11/06/2020

AUTORE: ALBERTO LUCARELLI*

COSTITUZIONE, FONTI DEL DIRITTO ED EMERGENZA SANITARIA

Sommario: 1. Premessa: il governo dell'emergenza tra fonti extra ordinem e fonti secundum ordinem - 2. Emergenza Covid 19: Atto I - 2.1 Il dpcm nel sistema delle fonti - 2.2 Relazione tra normazione primaria e dpcm - 3. Atti di natura amministrativa nella gestione dell'emergenza - 4. Limitazione delle libertà fondamentali nel decreto legge n. 6 del 2020: Atto II - 5. Decreto legge n. 19 del 2020 e le nuove misure urgenti per fronteggiare l'epidemia: Atto III - 6. I rapporti tra Stato e regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria - 7 Brevi osservazioni finali.

1. Premessa: il governo dell'emergenza tra fonti *extra ordinem* e fonti *secundum ordinem*

Il Corona *virus* ripone, con forza, al centro degli studi costituzionalistici, il sistema delle fonti, la forma di governo, il regime delle competenze, segnatamente al rapporto tra Stato e autonomie territoriali.

Tutte categorie che vanno lette ed interpretate alla luce di “fatti emergenziali”, da ricondurre nell’ambito dei principi costituzionali. Sullo sfondo il tema come governare e gestire tali fenomeni, ovvero come “ordinarli” *secundum ordinem*, riconducendo i fatti ai principi ed alle fonti sulla produzione. Normare e regolare i fatti, dunque, secondo tale ordine, o viceversa elevarli a “stati” di emergenza e/o di necessità, tali da costituire il fondamento metagiuridico ad atti *extra ordinem*?

Resta il diritto quale base legittimante alla produzione di norme, anche in presenza di fatti emergenziali, o piuttosto il fatto, nel caso di specie riconducibile alla tutela della salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, assurge a fonte di norme?

Si tratta di interrogativi che, da tempo, hanno sollecitato il dibattito in dottrina¹ e dinanzi alla Corte Costituzionale², discutendo intorno al fondamento giuridico di atti normativi

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

secondari derogatori di norme primarie, nonché sospensivi delle libertà fondamentali. Si è così provato a rinvenirne il fondamento in alcuni principi della Carta costituzionale³, escludendo l'idea che la necessità possa essere fonte del diritto. In tal senso, il principio di legalità, seppur nella sua vaga ed effimera dimensione formale, e la riserva di legge, anch'essa nella vaghezza "per principi", sarebbero rispettati e rappresenterebbero i formanti legittimanti l'adozione di atti normativi secondari, in deroga, seppur temporanea, del principio gerarchico delle fonti.

È evidente che temi così centrali della scienza del diritto pubblico non possano essere affrontati in quest'articolo, tuttavia, ciò che s'intende porre all'attenzione del lettore, è come in presenza del Corona *virus*, in particolare in ordine alle scelte relative al governo ed alla gestione del fenomeno, il diritto costituzionale stia sotto tensione, subendo torsioni che richiedono una riflessione.

Occorre verificare se questi processi in atto siano o meno riconducibili nell'alveo costituzionale; interrogarsi se la Costituzione, oggi, è in grado di rappresentare la *bussola* per tutto quel complesso di atti normativi ed amministrativi, di competenza statale e regionale, che, a vario titolo, stanno governando l'attuale stato d'emergenza.

La tutela della salute, in una situazione emergenziale, quale quella attuale, può essere garantita nel rispetto dei principi costituzionali?⁴ Il c.d. stato d'emergenza e/o di necessità, ovvero una situazione di fatto può legittimamente porsi quale fonte sulla produzione? Tale situazione emergenziale (il fatto) può *curvare* un principio fondamentale (il diritto alla salute), al punto da legittimare una *rottura*, seppur temporanea, del principio gerarchico delle fonti, consentendo ad atti di normazione secondaria, se non addirittura atti amministrativi, di derogare a fonti di normazione primaria?

¹ Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, 513; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza terrorismo*, Napoli, 2016; P. PICCIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020.

² Corte Costituzionale 7 aprile 2011 n. 115, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1581.

³ Il riferimento è, ad esempio, alla indivisibilità (art. 5 Cost.) ed unità della Repubblica (art.87 Cost.) e, inoltre, alla inviolabilità dei principi costituzionali da intendersi quale limite alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e a quello internazionale. (artt. 7, 10, 11, 139 Cost.). Cfr. sul punto M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 113. Cfr. inoltre sul punto Corte costituzionale 1° marzo 1971 n. 30 in www.cortecostituzionale.it; Corte costituzionale 29 dicembre 1988 n. 1146 in *Foro it.*, 1989, I, 609; Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, in *Cass. penale*, 2016, 11, 4253; Corte costituzionale 31 maggio 2018, in *Foro it.*, 7, I, 2, 219.

⁴ Cfr. A. D'ANDREA, *Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020.

Chi scrive ritiene, e preferisco apoditticamente subito rilevarlo, per poi argomentarlo, che il perimetro di azione, anche in presenza di fatti emergenziali, può svolgersi nell'ambito del sistema delle fonti, nel rispetto del principio gerarchico, ovvero *secundum ordinem*.

Com'è noto, in merito alla definizione oggettiva e puntuale dei casi di straordinaria necessità ed urgenza, l'ordinamento non risulta, *giustamente*, essere in grado di definire tassativamente le singole situazioni specifiche. Ogni tentativo di cristallizzazione, oltre a risultare velleitario, deve essere considerato meramente descrittivo ma non prescrittivo. Tale circostanza ha reso imprescindibile il ricorso ad una tecnica normativa, attraverso il decreto-legge, caratterizzata dallo strumento della "clausola generale", al fine di non sottrarre all'istituto la sua funzione di atto emergenziale. La clausola generale, espressa dal legislatore costituente, nella sua indeterminatezza, serve, cioè, ad individuare, in maniera espressa, l'ambito di intervento governativo mediante rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio, desumibili da regole morali, sociali e del costume, anche in considerazione della sua essenziale connessione e direzione teleologica.

Da ciò ne deriva che il concetto di "urgente necessità", di cui all'art. 77 Cost., non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti, ma impone di definire un valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Un perimetro ampio, dunque, in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia, quale fondamento giuridico puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria⁵.

Il costituzionalismo democratico⁶, sorto quale baluardo all'onnipotenza legislativa ed alla tirannia della maggioranza, esclude, in una prospettiva di limitazione del potere, che i fatti, secondo logiche di discrezionalità, possano porsi quale fonte sulla produzione. I casi straordinari di necessità ed urgenza, che *a fortiori*, nel caso di specie, hanno fondamento diretto nell'art. 32 Cost., così come i poteri necessari che il parlamento conferisce al governo, trovano la loro fonte sulla produzione nella Costituzione, rispettivamente negli artt. 77 e 78 Cost. In merito a quest'ultimo articolo, occorre precisare che esso, nella sua concisa formulazione («Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»), fa riferimento sostanzialmente a tre ipotesi: l'ipotesi di guerra difensiva in reazione ad

⁵ Cfr., tra i tanti, S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ed ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 429; L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 554; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Novissimo dig. It.*, Torino, 1965, 100; G. GROTTANELLI DE'SANTI, *Uso ed abuso del decreto legge*, in *Dir. e Società*, 1978, 244; C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, 35; V. ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Milano, 1986, 231; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ediz., Padova, 1993, 104; G. BERNABEI, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza*, in *Federalismi.it*, 21, 2014.

⁶ Cfr. sul punto H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Torino, 2004. Com'è noto in quest'opera è possibile evidenziare come la stessa non possa essere considerata soltanto il frutto di un mero esercizio filosofico quanto, soprattutto, uno strumento per valorizzare il pensiero dell'autore che continuò a credere nella democrazia parlamentare, quale forma di governo in grado di tutelare il massimo grado di libertà per tutti i cittadini, in un momento storico in cui quella fiducia sembrava destinata a scomparire del tutto.

una aggressione subita, ex art. 11 Cost.; l'ipotesi di dover intervenire in soccorso di uno stato alleato, in virtù di un accordo internazionale nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite; e infine quella di c.d. guerra umanitaria, sulla base di una norma consuetudinaria che impone agli stati di intervenire nel caso di gravi violazioni dei diritti umani. Data questa triplice prospettazione, a fronte di una disposizione affatto esplicita, vi è da considerare che l'art. 78 Cost. in realtà non ha mai trovato applicazione, nel senso che in tutti i casi di conflitti internazionali la partecipazione dell'Italia è stata giustificata dalla operatività di alcune clausole internazionali rese attive in virtù dell'art. 11 Cost.⁷.

I casi straordinari di necessità ed urgenza godono, dunque, nel nostro ordinamento giuridico, in quanto fatti, di una copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento), in grado di essere *bussola* e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali. Si tratta di atti di rango normativo primario, nella forma del decreto-legge, ritenuti dal governo necessari, per contrapporsi, nel caso di specie, ad una *feroce* pandemia, e garantire la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività (art. 32 Cost.).

Una struttura, dunque, coerente e conforme alla gerarchia delle fonti del diritto e del rapporto tra fonte sulla produzione (art. 77 Cost.) e fonte di produzione (decreto-legge), basata sulla consequenzialità delle norme e sulla riconducibilità dei fatti a norme. Tale da attribuire, in casi straordinari di necessità e di urgenza (pandemia), ad una fonte di produzione, quale il decreto-legge (legge materiale), il potere di limitare le libertà fondamentali, nel rispetto della riserva di legge assoluta, così come prevista dalla Costituzione.

Un modello, come osservato in dottrina, basata sulla democrazia della rappresentanza, sulla centralità dell'organo legislativo, in grado di *resistere* e di non *cedere il passo* ad una sorta di presidenzialismo *extra ordinem*, con conseguente strapotere delle pubbliche amministrazioni⁸.

Nel caso di cui all'art. 77 Cost., il decreto-legge, e gli atti che si fondano su di esso, con funzione di natura esecutiva ed attuativa, quali ad esempio i decreti del presidente del consiglio (dpcm), dovrebbero essere tutti atti riconducibili e consequenziali alle fonti *secundum ordinem*, ovvero rispettose del principio gerarchico e del fondamento giuridico legittimante (principio di legalità in senso sostanziale). In ogni caso, mai, incidenti con carattere innovativo, sulle libertà fondamentali, in quanto materia coperta da riserva di legge assoluta.

Il fatto - per quanto di natura emergenziale - non assume la dimensione dello "stato" legittimante l'adozione di atti *extra ordinem*. In sostanza, gli atti, secondo l'ordine prospettato,

⁷ Sul tema si veda G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione – Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; G. FERRARI, *Guerra (voce) - Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970; S. SICARDI, *I mille volti della guerra, la costituzione e il diritto internazionale*, in M. Dogliani e S. Sicardi, (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, 1999; S. LABRIOLA, *Difesa nazionale e sicurezza dello stato nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988.

⁸ Cfr. sul punto 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*, 13 marzo 2020.

costituzionalmente orientato, seppur adottati in regime emergenziale, dovrebbero continuare a rispettare il principio gerarchico e, soprattutto, la riserva di legge assoluta, oltre, ovviamente ad essere conformi al principio di legalità. Quest'ultimo, come vedremo, si esprime nella sua dimensione, allorquando, realizza, rispetto all'atto sottostante, dei rigorosi parametri e vincoli di riferimento di natura sostanziale e procedurale.

Altro discorso per le ordinanze di cui all'art. 78 Cost. In questo caso le ordinanze del governo, previo conferimento del potere da parte del parlamento, possono considerarsi *extra ordinem*, ovvero legittimate a derogare fonti normative di rango primario, incidendo, altresì, seppur in via temporanea, sulle libertà fondamentali. Tuttavia, a differenza dell'attuale gestione dell'emergenza, che vede lo svilimento del ruolo del parlamento, sia l'art. 77 che 78 Cost. assegnano all'organo legislativo, un ruolo centrale: il parlamento deve convertire il decreto-legge (art. 77 Cost.), il parlamento conferisce al governo i poteri necessari (art. 78 Cost.). Nel primo caso, ci troviamo in presenza di atti giustiziabili dinanzi alla Corte costituzionale, sia in via incidentale che principale, nel secondo caso è possibile immaginare un conflitto di attribuzione. In entrambi casi il parlamento, seppure con forme e contenuti diversi, esprime il proprio indirizzo politico⁹.

2. Emergenza Covid 19: Atto I

Lo scenario su delineato, che ha tentato di dimostrare come l'ordinamento giuridico costituzionale abbia gli strumenti per gestire fenomeni emergenziali, anche legati alla salute, *secundum ordinem* e soprattutto nel rispetto della riserva di legge assoluta e del principio di legalità in senso sostanziale, sia stato dall'azione di governo del tutto disatteso.

La premessa, nel paragrafo precedente, mi è sembrata utile per introdurre l'iter normativo ed amministrativo che, da alcuni mesi, sta governando e gestendo l'emergenza provocata dalla pandemia Covid19. Va subito detto che in tale crisi il legislatore, al momento, è completamente assente. Il processo è gestito dal governo (ma, come vedremo, anche con protagonismi di natura localistica) che ne ha dettato e ne detta l'indirizzo politico.

Il parlamento¹⁰ - a partire dal primo decreto-legge che, come vedremo, costituisce sostanzialmente una "delega in bianco" a favore del governo, dotando sé stesso di poteri *extra*

⁹ In riferimento al sindacato di legittimità costituzionale del decreto legge in riferimento all'articolo 77 Cost. cfr. Corte costituzionale 18 febbraio 2010 n. 52, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2011, I, II; Corte costituzionale 5 marzo 2010 n. 83, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1003; Corte costituzionale 11 marzo 2011 n. 79, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1206; Corte costituzionale 21 marzo 2011 n. 93, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1357; Corte costituzionale 16 febbraio 2012 n. 22, in *Foro it.*, 2013, 3, I, 795; Corte costituzionale 11 febbraio 2015 n. 10, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 585; Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 72, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 583; Corte costituzionale 10 giugno 2016 n. 287 in *Giur. cost.*, 2016, 3, 1029; Corte costituzionale 12 luglio 2017 n. 170, in *Giur. cost.*, 2017, 4, 155.

¹⁰ Cfr. sul punto S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020.

ordinem - è stato estromesso, o comunque marginalizzato, dalla funzione di determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico emergenziale¹¹.

Ma, vediamo di capire nel dettaglio quali sono gli aspetti formali e sostanziali oggetto del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 che, utilizzando un paradosso, potrebbe essere definito come la *Grundnorm*, almeno fino ad un certo momento, dell'emergenza Covid19. La fonte che in parte ha compromesso tutto il successivo percorso normativo.

L'art. 1, comma 1, del suddetto decreto legge attribuisce alle "autorità competenti", non meglio specificate, il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Questa attribuzione di potere si esercita con le modalità previste dall'art. 3, commi 1 e 2, del suddetto decreto legge.

Il comma 1 prevede che tali misure siano adottate con uno o più decreti del presidente del consiglio dei ministri, su proposta del ministro della salute, sentiti il ministro dell'interno, il ministro della difesa, il ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il presidente della conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.

Il comma 2 prevede che, nelle more dell'adozione dei decreti del presidente del consiglio dei ministri, di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32¹² della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'art. 117¹³ del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'art. 50¹⁴

¹¹ Cfr. decreto legge, 23 febbraio 2020 n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid 19», convertito con legge l. 5 marzo 2020, n. 13.

¹² Ai sensi dell'art. 32 (*Funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria*): «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Sono fatte salve in materia di ordinanze, di accertamenti preventivi, di istruttoria o di esecuzione dei relativi provvedimenti le attività di istituto delle forze armate che, nel quadro delle suddette misure sanitarie, ricadono sotto la responsabilità delle competenti autorità. Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico».

¹³ Ai sensi dell'art. 117 (*Interventi d'urgenza*): «In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1».

del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267¹⁵.

Quindi ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica, è adottata, sulla base della suddetta procedura, nella forma giuridica del dpcm, ovvero di un atto monocratico, di titolarità e responsabilità politica del presidente del consiglio dei ministri. Detti dpcm andrebbero considerati, secondo parte della dottrina, quali "fonte emergenziale" al pari di un'ordinanza *extra ordinem*¹⁶, ovvero

¹⁴ Ai sensi dell'art. 50, (*Competenze del sindaco e del presidente della provincia*): «Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia. 2. Il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l'ente, convocano e presiedono la Giunta, nonché il consiglio quando non è previsto il presidente del consiglio, e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti. 3. Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia. 4. Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 6. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma. 7. Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti. 8. Sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni. 9. Tutte le nomine e le designazioni debbono essere effettuate entro quarantacinque giorni dall'insediamento ovvero entro i termini di scadenza del precedente incarico. In mancanza, il comitato regionale di controllo adotta i provvedimenti sostitutivi ai sensi dell'articolo 136. 10. Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali. 11. Il sindaco e il presidente della provincia prestano davanti al consiglio, nella seduta di insediamento, il giuramento di osservare lealmente la Costituzione italiana. 12. Distintivo del sindaco è la fascia tricolore con lo stemma della Repubblica e lo stemma del comune, da portarsi a tracolla. Distintivo del presidente Testo unico degli enti locali della provincia è una fascia di colore azzurro con lo stemma della Repubblica e lo stemma della propria provincia, da portare a tracolla. Per le nuove disposizioni in materia di città metropolitane, province e unioni e fusioni di comuni, vedi la L. 7 aprile 2014, n. 56».

¹⁵ Nello specifico, si tratta di disposizioni che attribuiscono al presidente della giunta regionale ed al sindaco, in caso di emergenza sanitaria, a carattere esclusivamente locale, di emanare ordinanze contingibili e urgenti con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale, fino all'adozione dei dpcm da parte del Governo.

Tali misure, adottate ai sensi dell'articolo 3 comma 2 del decreto legge, perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione.

¹⁶ Cfr. sul punto M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 125. Cfr. inoltre E. RAFFIOTTA., *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie, che troverebbero fondamento nei principi del «*primum vivere e della salus rei publicae*» e quindi sostanzialmente nell'art. 32 Cost.

Al riguardo si è, infatti, sostenuto come, nel rispetto del principio di legalità e di riserva di legge, tali fonti emergenziali, di rango secondario, possano legittimamente derogare norme primarie, in osservanza dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle restrizioni previste e nei modi e nelle forme contemplate dalla norma primaria, sulla quale si basa tale potere derogatorio¹⁷.

In tal senso, si sostiene che non vi sarebbe stata alcuna “rottura della legalità costituzionale”, vista la correttezza delle procedure seguite, grazie, soprattutto, all’impianto normativo saldo ed efficace che la Costituzione ha dimostrato di poter offrire. Allo stesso modo si evidenzia come «la guardia, non può essere abbassata» in quanto «il rischio che all’uscita dall’emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»¹⁸.

Secondo tale argomentare, il decreto-legge si porrebbe quale fonte attuativa di un principio costituzionale, che implicitamente legittimerebbe il ricorso a fonti *extra ordinem*, quindi una concatenazione di atti al di fuori del perimetro costituzionale, ritenuto, evidentemente, nella sua espressione *secundum ordinem*, inadeguato ed inefficace ad affrontare l’emergenza sanitaria.

Tuttavia, ragionando intorno l’art. 32 Cost., risulta evidente come esso fissi un principio prescrittivo e contestualmente ispiratore di politiche pubbliche ma non idoneo, soprattutto per l’assenza di aspetti di natura procedurale, a costituire il fondamento giuridico e la fonte sulla produzione di atti tesi a gestire casi straordinari di necessità ed urgenza.

La tutela della salute implica l’adozione di determinate politiche pubbliche volte a soddisfare un diritto fondamentale, nella sua dimensione di diritto sociale. Si tratta di un diritto fondamentale, la cui garanzia rappresenta un *prius* dello Stato democratico-sociale, ma pur sempre nell’ambito dei criteri ordinatori del sistema delle fonti. Viceversa, non sarebbe tanto il diritto fondamentale alla salute formante di atti consequenziali di rango secondario, quanto piuttosto l’emergenza sanitaria e la discrezionalità da parte dell’esecutivo a ricondurre fatti nell’alveo dell’emergenza sanitaria. In sostanza, un aspetto è la tutela della salute, quale diritto fondamentale, garantito nel sistema democratico delle fonti, e reso effettivo sulla base di mirate politiche pubbliche, altro, come nel caso di specie, è l’emergenza sanitaria legittimante, con eccesso di discrezionalità, il ricorso a fonti *extra ordinem*.

2.1. Il dpcm nel sistema delle fonti

¹⁷ Cfr. sul punto M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., 125.

¹⁸ Ivi, 130.

Il perimetro normativo, nel quale possono *muoversi* i dpcm, per governare e gestire l'emergenza sanitaria, dovrebbe essere disegnato dall' art. 77 Cost che, in presenza di casi straordinari di necessità ed urgenza, costituisce il fondamento giuridico di atti normativo di rango secondario, *secundum ordinem*, ed a mero contenuto esecutivo.

I fenomeni emergenziali riconducibili alla tutela della salute rappresentano un *prius* ed effettivamente vanno ricondotti al principio «*primum vivere e della salus rei publicae*», ma ciò non confligge con l'esigenza che possano essere affrontati nel regime ordinario delle fonti, come previsto in Costituzione.

A tale articolo va ricondotta la straordinarietà di casi di necessità ed urgenza, come la pandemia, che mettono a rischio la salute quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. L'ampia formulazione, di cui all'art. 77 Cost., consente, appunto, di ricondurre, nel suo ambito, fatti quali la pandemia in corso. Questa interpretazione ordinata delle fonti, e coerente con il sistema, così come delineato in Costituzione, avrebbe evitato il ricorso ad atti *extra ordinem* quali i dpcm, o comunque li avrebbe ricondotti nell'alveo di atti a mero contenuto esecutivo o attuativo, in osservanza del principio di legalità sostanziale e della riserva di legge, baluardi dello Stato democratico¹⁹.

Tale interpretazione avrebbe evitato l'*iper* valorizzazione del ruolo assunto dai dpcm in questa fase, quali atti *extra ordinem*, assimilabili alle ordinanze di necessità ed urgenza, che, di fatto, hanno svuotato la natura e l'essenza originaria del decreto-legge, legge materiale che, in via transitoria, fintanto che non venga convertito in legge, può limitare, nel rispetto della riserva di legge assoluta, le libertà fondamentali.

Insomma, l'emergenza sanitaria (direttamente riconducibile all'art. 32 Cost.) è un fenomeno che andava ricompreso nei casi straordinari di necessità ed urgenza, di cui all'art. 77 Cost., lasciando al decreto legge, e non ai dpcm, il ruolo e la funzione della fonte dominante e protagonista del processo emergenziale.

L'insorgere di tali fatti legittima il ricorso al decreto legge che, a sua volta, può rinviare, soltanto per profili di natura attuativa ed esecutiva, fissando principi, criteri e direttive, ad atti quali i dpcm, nel rispetto della riserva di legge assoluta. In questo senso, ma soltanto in questo senso, la limitazione delle libertà fondamentali avviene unicamente attraverso una norma di rango normativo primario che pone un fondamento giuridico di natura sostanziale e procedurale nei confronti della normazione secondaria.

Nel diritto positivo vigente, la legge che prevede i dpcm (d.lgs n. 1 del 2018, Codice della protezione civile) e ne costituisce il fondamento giuridico (fonte sulla produzione) li configura come direttive, quindi né atti di diretta ed immediata attuazione, né ordinanze contingibili ed urgenti (o di necessità e urgenza). Ed in ogni caso, la Corte costituzionale, come vedremo in seguito, tende a ricondurre tali fonti *secundum ordinem*.

Del resto, come è noto, la Costituzione italiana si riferisce a fonti *extra ordinem* soltanto in relazione all'art. 78 Cost e, comunque, si legittimano tali, soltanto a seguito di un

¹⁹ Sul punto si rinvia alle riflessioni di G. Silvestri, *Situazioni d'emergenza e garanzie costituzionali, in corso di pubblicazione*, in particolare 8 ss.

conferimento di poteri da parte del parlamento. Per buona parte della dottrina, l'attuale situazione non può essere certamente accomunata assolutamente a quella prevista dall'art. 78 Cost.²⁰.

In sostanza, lo stato di emergenza, o meglio più correttamente il fenomeno emergenziale, va ricondotto ai casi straordinari di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., non costituendo esso fonte del diritto, ma non costituendo, come si è visto, fonte sulla produzione neppure il principio fondamentale di cui all'art. 32 Cost.

Pertanto, come ricordato da recente dottrina²¹, i decreti del presidente del consiglio dei ministri ricevono una prima legittimazione (fonte sulla produzione) nel c.d. codice della protezione civile, che attribuisce al presidente del consiglio la facoltà di adottare direttive con cui dare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori», (art. 5 comma 2)²².

Si tratta di una norma che riconosce al presidente del consiglio il potere di determinare, attraverso direttive, indirizzi che poi dovrebbero trovare una loro esecuzione con atti di natura locale. Si configurerebbero secondo detta normativa, quali atti amministrativi generali di indirizzo, che non avrebbero un'efficacia diretta su posizioni giuridiche soggettive attive. Sembra dunque, che si tratti di atti ben distinti e "distanti" dai dpcm previsti dal decreto legge n. 6 del 2020, che incidono, innovando l'ordinamento giuridico, direttamente sulle libertà fondamentali.

Nel caso di specie, i dpcm, previsti dal decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020, per quanto formalmente previsti nel suddetto codice della protezione civile²³ e nell'art. 32 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, trovano in realtà il proprio fondamento giuridi-

²⁰ Cfr. sul punto A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 1-7; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, 14; A. RUGGERI., *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 368; A. PALMA, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020.; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020.; A. D'ALOIA., *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020; G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e di attività motoria all'aperto*, in www.giustiziasieme.it.; M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, 9; A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1, 2020; S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020.

²¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 116. Cfr. inoltre sul punto Corte costituzionale 9 novembre 1992 n. 418, in *Foro. It.*, 1993, I, 2139. In questa occasione i giudici di legittimità hanno affermato che «nel ricorrere di così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure straordinarie».

²² Nello specifico, infatti, il codice dispone che è direttamente il presidente del consiglio che «determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale».

²³ Il riferimento è all'articolo 3 comma 1 lett. a) del c.d. codice di protezione civile.

co nel decreto legge. Quest'ultimo, nei confronti dei dpcm, a differenza della legge sulla protezione civile, che costituisce fondamento-riconoscimento, dovrebbe costituirne il fondamento-attribuzione (di potere), ovvero individuare i soggetti e le procedure e delimitarne gli ambiti, fissandone il perimetro dei contenuti. In sostanza detto decreto legge è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di dpcm, distinto da quanto previsto dalle normative summenzionate, ponendo in essere un rapporto tra norma giuridica ed atto secondario che esula dalla mera natura esecutiva, rendendolo di fatto ingiustiziabile.

Poco c'entra, dunque, nel caso di specie, il codice sulla protezione civile, che al massimo può essere inteso come una norma-riconoscimento, di carattere generale, dei dpcm.

Nella fattispecie oggetto della nostra indagine, si sarebbe ben potuto instaurare un rapporto *secundum ordinem*, diretto ed immediato tra decreto legge e dpcm, caratterizzandosi quest'ultimo per contenuto esecutivo conforme al dato normativo.

2.2. Relazione tra normazione primaria e dpcm

Il rapporto tra legge materiale e dpcm va analizzato, innanzitutto, nell'osservanza del principio di legalità sostanziale²⁴ e della riserva di legge assoluta²⁵. In tal senso, i decreti del presidente del consiglio non potrebbero prevedere disposizioni difformi, o c.d. disposizioni *in melius*, da quelle previste dai decreti legge. Questo, anche per consentire che il decreto del presidente del consiglio possa essere assoggettato al sindacato giurisdizionale, misurandone, rispetto al fondamento-riconoscimento e al fondamento-attribuzione, la sua legittimità.

Nel caso di specie, il quadro di rapporti tra normazione primaria e dpcm si incardina sulla base di un atto di mero indirizzo politico, espresso dalla deliberazione governativa del 30 gennaio 2020 che dichiarava lo stato di emergenza sanitaria²⁶. Tale atto, a sua volta, si

²⁴ La legalità sostanziale si identifica in quelle ipotesi in cui la legge non si limita a costituire la base giuridica degli atti dei pubblici poteri ma ne definisce in qualche misura i contenuti al fine di contenere la discrezionalità amministrativa. Di qui pertanto la distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati; mentre nel primo caso le maglie della legge sono più flessibili, nel secondo sono più rigide. La bibliografia sulla legalità è sterminata. Con riferimento alla attività amministrativa si vedano, *ex multis*, G. BERTI, *Dalla legalità formale alla legalità sostanziale*, in *Il diritto della Regione*, 1992, 623 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 4; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 132; M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319 ss.

²⁵ Cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, 662; A. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto pubblico*, Torino, 1998; G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 158.

²⁶ Com'è noto, infatti, il consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 ha adottato la deliberazione con la quale si disponeva per sei mesi, ossia fino al 31 luglio, lo stato di emergenza costituzionale da Covid-19 legittimando tale scelta sulla base del c.d. codice della protezione civile. Nello specifico, infatti, all'articolo 7, vengono disciplinati i poteri della protezione civile in caso di calamità naturale, tra le quali rientrano anche le pandemie come calamità naturali di carattere biologico, per attivare il presupposto giuridico per l'operatività della protezione civile (la dichiarazione dello stato di emergenza). Allo stesso modo, agli articoli 24 e 25, vengono fissati i limiti temporali

basa sull'articolo 5, comma 1, della legge n. 225 del 1992, così come novellato dal decreto legge n. 59 del 2012²⁷, e sull'articolo 24 del c.d. codice della protezione civile²⁸.

Nello specifico, infatti, tali normative prevedono che la delibera, con cui viene dichiarato lo stato di emergenza, possa essere emanata non solo al verificarsi degli eventi calamitosi, ma anche nella loro imminenza. Allo stesso modo, essa dispone in ordine all'esercizio del potere di ordinanza, conferendo al consiglio dei ministri una competenza attributiva di tale potere. La normativa non effettua una previa individuazione del novero dei potenziali destinatari, fatta salva l'indicazione contenuta nel successivo comma 2, che conferisce potere di ordinanza al capo del dipartimento per la protezione civile salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dello stato di emergenza.

L'ordinanza, inoltre, deve essere oggetto di intesa con le regioni territorialmente interessate e deve indicare l'amministrazione pubblica competente in via ordinaria per il coordinamento degli interventi successivi alla scadenza dello stato di emergenza.

In sostanza, il principio della consequenzialità degli atti dovrebbe consentire, attraverso una relazione sostanziale tra fondamenti giuridici e dpcm (principio di legalità sostanziale), ai destinatari dei provvedimenti di poter esercitare diritti costituzionalmente garantiti (art. 24 Cost.) qual è il potere di adire il giudice amministrativo in merito alla legittimità dei provvedimenti assunti durante la fase emergenziale ed il giudice ordinario nelle ipotesi in cui ricorra l'applicazione di sanzioni penali presenti nel d.l. n. 19 del 2020²⁹.

La riconducibilità di tale modello normativo emergenziale (sistema sanitario nazionale, legge sulla protezione civile, dichiarazione dello stato d'emergenza del 30 gennaio 2020, art. 77 Cost.) alle fonti *secundum ordinem*, piuttosto che *extra ordinem*, avverrebbe, nel caso

dell'emergenza, che non possono eccedere i 24 mesi, le conseguenze e le caratteristiche delle ordinanze di protezione civile, tra le quali rientra il dpcm.

²⁷ Legge 24 febbraio 1992 n. 225, *Istituzione del servizio nazionale della protezione civile*.

²⁸ Decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1, *Codice della protezione civile*.

²⁹ Cfr. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it*, 31 marzo 2020. Cfr. inoltre, sul punto, F. GOISIS, *Senato della Repubblica, audizione informale in videoconferenza in relazione all'esame del disegno di legge n. 1812 (d-l 33/2020 - Ulteriori misure COVID-19) Potestà sanzionatoria amministrativa nei DL 19 e 33 del 2020 e principio di legalità*, che, al riguardo ha evidenziato come prima con il d.l. n. 19 del 2020 e, soprattutto, attraverso il d.l. n. 33 del 2020, il legislatore abbia previsto, sempre per fronteggiare l'emergenza sanitaria, la definizione di sanzioni amministrative per la generalità delle violazioni e sanzioni penali per l'inosservanza della sola misura della quarantena. Secondo l'Autore, infatti, «L'art. 2 d.l. n. 33/2020, in relazione alla "fase 2", ribadisce una disciplina sanzionatoria modellata su quella prevista dal d.l. 19/2020, per la "fase 1", ma destinata a riguardare le misure adottate sulla base della disciplina introdotta con il d.l. n. 33/2020, e quindi giuridicamente autonoma. Emerge quindi bene forse il principale problema della legislazione in commento: essa rinvia sostanzialmente in bianco ad una serie di "fonti" non legislative: Quest'ultime, per di più, appaiono caratterizzate da un'ampia complessità ed incertezza, mettendo così in crisi non solo il principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost., ma altresì l'esigenza sostanziale, per cittadini ed imprese, di conoscere esattamente cosa si può fare o no, e quindi quali possano essere le conseguenze delle proprie azioni o omissioni». Si tratta, quindi, di una impostazione che si pone non solo in violazione dell'art. 25 Cost., ma anche degli obblighi internazionali derivanti dall'art. 7 CEDU che, come è noto, impone chiarezza e prevedibilità per i precetti sanzionatori amministrativi, in quanto criteri pacificamente riconducibili, alla materia penale.

di specie, attraverso la qualificazione dei dpcm quali atti amministrativi di portata generale, ponendosi gli stessi in una *zona grigia* tra norme secondarie ed atti amministrativi.

Essi sono atti sostanzialmente amministrativi, abilitati alla definizione generale di uno specifico evento giuridico e rivolti a soggetti che possono essere determinati solo *ex post*.

Com'è noto, gli atti amministrativi generali sono stati al centro di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza in merito alla individuazione di criteri capaci di distinguerli dai regolamenti amministrativi esterni. Nello specifico, infatti, a differenza dei regolamenti amministrativi, che si caratterizzano per il concorso dei caratteri dell'astrattezza, della generalità e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, gli atti amministrativi generali, pur considerabili quali *lex specialis* in riferimento ad un determinato evento giuridico, sono destinati a produrre il loro effetto solo con riferimento a tale evento e per il periodo della sua durata. Da ciò ne deriva, quindi, che gli atti amministrativi generali possano collocarsi in una posizione intermedia tra il provvedimento amministrativo e il regolamento e debbano distinguersi dagli atti plurimi e collettivi che, pur essendo plurisoggettivi, si rivolgono in realtà singolarmente a ciascun destinatario dell'atto³⁰.

3. Atti di natura amministrativa nella gestione dell'emergenza

In merito alla possibilità che atti di natura amministrativa regolino i fatti emergenziali, con una incidenza diretta sulle libertà fondamentali, a partire da una generica autorizzazione da parte del decreto legge (c.d. a fattispecie aperta), la Corte costituzionale si è nel tempo pronunciata. Essa ha legittimato tali atti, in quanto giustificati da una necessità, da un'urgenza, dichiarandone la compatibilità con l'ordinamento costituzionale repubblicano, purché il legislatore nel prevedere tale potere in capo all'amministrazione rispetti alcuni canoni tra cui: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico». La sussistenza del dato emergenziale ricopre, quindi, un ruolo centrale, al fine di limitare l'intervento straordinario e assicurare, allo stesso tempo, il rispetto del principio di legalità, in senso sostanziale, derivandone da ciò l'imprescindibile legame tra adozione di atti e fattore emergenziale³¹.

³⁰ Cfr. sul punto A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954, 220; E. CANNATA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*, in *Giur. it.*, 1998, 2187; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1, 2013, 53; C. CUDIA, *L'efficacia "dimensionale" dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 719.

³¹ Corte costituzionale 27 maggio 1961 n. 26, in www.giurcost.org. Cfr. inoltre Corte costituzionale 2 luglio 1956 n. 8, in *Giur. cost.*; Corte costituzionale 4 gennaio 1977 n. 4, in *Giur. cost.*; Corte costituzionale 7 aprile 2011 n. 115, in *Giur. cost.* La sussistenza dello stato emergenziale ricopre, quindi, un ruolo centrale al fine di limitare l'intervento straordinario e assicurare, allo stesso tempo, il rispetto del principio di legalità, derivandone da

Questo elemento, evocato dalla Corte costituzionale, al fine di legittimare atti amministrativi in stati emergenziali, non sembra presente - come vedremo nel corso dell'analisi - nella fattispecie in oggetto, ovvero non soddisfa né la riserva di legge assoluta, trattandosi di limitazioni di libertà fondamentali, né il principio di legalità nella sua dimensione sostanziale. La fattispecie, dunque, tratteggiata, dalla Corte, che legittima in linea di principio il ricorso ai dpcm d'urgenza, in presenza di fenomeni emergenziali, sembra riconducibile a fattispecie oggettivamente ben distinte e lontane da quelle oggetto della nostra indagine.

Nel caso di specie, il fondamento giuridico, costituito dal decreto legge, seppur con sfumature diverse, si presenta a "maglie larghe", consentendo ai dpcm un eccesso di discrezionalità, non proporzionata ed adeguata. Essi, pur dovendosi sistematicamente collocare nell'ambito delle fonti *secundum ordinem*, sulla base della delibera del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 (Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili) e dell'evocata legge sulla protezione civile, esplicano, di fatto, la loro carica e funzionalità emergenziale con una portata *extra ordinem*, tale da violare riserva di legge assoluta e principio di legalità sostanziale³².

Nella fattispecie in oggetto, dunque, si va ben oltre i *paletti* posti dalla Corte, muovendosi in difformità dai principi fondativi della Carta costituzionale.

La preoccupazione che il sistema, per quanto emergenziale, *navighi* tenendo ben salda la *bussola* della Costituzione, che si articoli *secundum ordinem*, nel rispetto del sistema delle fonti (principio gerarchico e di competenza), del principio della separazione dei poteri, della riserva di legge assoluta e del principio di legalità sostanziale, della forma di governo di governo parlamentare e del tipo di Stato, è da sempre stata una delle preoccupazioni della Corte costituzionale, che ha evidenziato come «nell'ipotesi di dubbi applicativi, la

ciò l'imprescindibile legale tra adozione di atti e fattore emergenziale. Cfr. sul punto G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 219 ss.; E. RAFFIOTTA., *Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020; ID., *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.

³² Per un'analisi più approfondita del rapporto tra principio di legalità sostanziale e potere discrezionale del Governo sia consentito il rinvio a A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, 3, 2019. Cfr. inoltre sul punto Corte costituzionale 20 giugno 2019 n. 195: in questa occasione i giudici hanno specificato come il principio di legalità debba essere inteso non solo in senso formale ma anche e soprattutto sostanziale. Cfr. inoltre L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano, 1966; E. CHELI, *Ruolo dell'Esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, 65. Si veda anche sentenza Corte cost. n. 115 del 2011, nella parte in cui si osserva: «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti»³³.

Nel caso di specie, la legge sulla protezione civile, in relazione all'art. 32 Cost, è stata interpretata quale fondamento giuridico di un sistema *extra ordinem*, mentre vi sarebbero stati tutti i presupposti di principio e ordinamentali per ricondurre il fenomeno emergenziale nell'ambito del sistema ordinato delle fonti. La Corte, come si è visto, consente decreti emergenziali con incidenza sulle libertà fondamentali, ma nel rispetto dei *paletti* su evidenziati e comunque ricondotti a fonti *secundum ordinem*³⁴.

Invece, il governo non perimetra, né limita l'azione dei dpcm. Anzi, in merito al rapporto tra decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 e dpcm, si tratta di una "delega in bianco" a favore delle "autorità competenti". Nel caso di specie, si tratta di un *ampio* trasferimento di poteri a favore del presidente del consiglio dei ministri che, con discrezionalità, può adottare atti amministrativi di portata generale, ogni qualvolta ritenga che la misura sia adeguata e proporzionata per affrontare la crisi epidemiologica. Ad atti amministrativi di portata generale, e a carattere prescrittivo, si attribuisce, arbitrariamente, il carattere della novità; il decreto legge consente loro di innovare l'ordinamento giuridico, ponendosi quale fondamento-attribuzione del potere "una volta per tutte".

Di fatto, la riserva di legge assoluta che, a determinate condizioni, legittima la limitazione dei diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione, si trasforma in una *riserva di atto amministrativo* (dpcm), con un evidente *vulnus* al principio di legalità sostanziale³⁵. L'innovazione ordinamentale, introdotta dai dpcm, si palesa laddove la norma (decreto-legge), che si atteggia *nebulosamente* quale fondamento-attribuzione del potere, non delinea né limiti formali, né sostanziali all'esercizio di tale potere, al di fuori della locuzione «adozione di atti adeguati e proporzionati per affrontare la crisi».

Si tratta, dunque, di atti amministrativi, a contenuto e di portata generale, altamente discrezionali, capaci di incidere potenzialmente su tutta la prima parte della Costituzione. In merito, la dottrina ha giustamente osservato che nell'attuale fase di emergenza gli atti emanati incidano su alcune libertà fondamentali che «se da questi caposaldi si passa alle conseguenze indirette delle restrizioni quasi tutta la prima parte della Costituzione risulta incisa dalle norme di contenimento del contagio del Covid-19»³⁶.

Nelle ipotesi in cui l'atto emanato, in conseguenza dello stato emergenziale, non dovesse essere rispondente al contesto in una misura «né adeguata né proporzionata» potrebbe essere oggetto di attenzione da parte della giustizia amministrativa o, in casi particolari, della stessa giurisdizione ordinaria e, in via incidentale, della stessa Corte costituzionale³⁷.

³³ Cfr. Corte costituzionale 14 aprile 1995 n. 127, in *Regioni*, 1995, 1167.

³⁴ Cfr. Corte costituzionale 14 aprile 1995 n. 127, cit.

³⁵ Cfr. sul punto M. C. SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2020, 10 ss.

³⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020, 4.

³⁷ Cfr. sul punto Consiglio di Stato, 29 luglio 2008 n. 3726, in *Foro amm. Cds.*, 2008, 7,8, 2005

Nello specifico è stato evidenziato come i decreti del presidente del consiglio, «pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere, per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce»³⁸.

Nel caso di specie i parametri di legittimità (fondamento giuridico attributivo di potere) sono sostanzialmente assenti (violazione della riserva di legge assoluta e del principio di legalità), stante la “delega in bianco” operata dal decreto legge n. 6 del 2020, rendendone oggettivamente complessa la loro giustiziabilità e sacrificando, altresì, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost³⁹.

4. Limitazione delle libertà fondamentali nel decreto legge n. 6 del 2020: Atto II

Oltre la suddetta “delega in bianco”, l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 6 del 2020, prevede che «...tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti...».

La norma indica una serie di misure che, lette unitamente alla disposizione precedente, non può essere interpretata come un *numerus clausus*. Nello specifico, l'art. 1, comma 2 attribuisce alle autorità competenti tali poteri:

- a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area;
- b) divieto di accesso al comune o all'area interessata;
- c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico;
- d) sospensione del funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione e degli istituti di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza;
- e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi;

³⁸ Cfr. Consiglio di Stato 10 febbraio 2015 n. 701, in www.giustiziaamministrativa.it.

³⁹ Cfr. sul punto R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto di “principio”* in *Diritti regionali*, 30 marzo 2020, 514 ss.; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza* in *Diritti regionali*, 4 aprile 2020, 525.

f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del (codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79;

g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale;

h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa;

i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva;

j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità;

k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati;

l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente;

m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3;

n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare;

o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dell'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3.

Ora, tralasciando un'analisi puntuale e materiale delle limitazioni, espressamente indicate nella suddetta disposizione, è evidente che esse incidano sull'esercizio di numerose libertà fondamentali. Penso, in particolare, alle limitazioni su diritti riconducibili, in maniera più o meno diretta, agli artt. 7, 8, 9, 13, 16, 17, 18, 19, 33, 34, 35-40, 41, 42, 43, 48, 49, 97,

138 Cost., oltre alle disposizioni che incidono sul regime delle competenze tra Stato-regioni locali, di cui agli artt.117 e 118 Cost⁴⁰.

La disposizione in esame costituisce un fondamento-attribuzione del potere, anche in questo caso “una volta per tutte”, ma con la differenza, rispetto alla fattispecie precedente, che, in tale disposizione, sono individuati i diritti fondamentali oggetto di limitazione. La limitazione avviene, dunque, con atto normativo di rango primario che legittima, tuttavia, “una volta per tutte” i dpcm a dettare regole (*rectius* atti amministrativi di portata generale) anch’esse limitative delle libertà fondamentali. Quindi, mentre nella prima fattispecie, si ha una “delega in bianco” a favore del dpcm, con il solo limite di atti adeguati e proporzionati, nella fattispecie nella quale si indicano le materie, vi è un perimetro che delimita i contenuti, un limite materiale, oltre quello evidentemente di atti adeguati e proporzionati alla gestione dell’emergenza sanitaria.

Altra fattispecie che rileva sul piano delle fonti è quella contemplata dall’art. 2 del suddetto decreto legge rubricato «Ulteriori misure di gestione dell’emergenza». Esso prevede che le autorità competenti, con le modalità previste dall’articolo 3, commi 1 e 2, possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da Covid19 anche fuori dei casi di cui all’articolo 1, comma 1.

Anche in questo caso si tratterebbe di una “delega in bianco” al governo (dpcm), ma, a differenza dell’art. 1, comma 1, mancherebbero anche i requisiti di atti adeguati e proporzionati a fronteggiare l’epidemia. Atti assolutamente discrezionali, dove l’attribuzione del potere, di cui all’art 2 del suddetto decreto, risulta del tutto inadeguata ad assolvere al rispetto del principio di legalità sia formale che sostanziale.

5. Decreto legge n. 19 del 2020 e gestione dell’emergenza: Atto III

Con il decreto legge n. 19 del 2020⁴¹, il governo è intervenuto rimediando in parte ai «veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell’emergenza»⁴², cercando di risolvere gli aspetti problematici *supra* sollevati⁴³. Nello specifico, il decreto legge n. 19 ha abrogato la contestata formulazione dell’articolo 2 del decreto legge n. 6 del 2020 in virtù del quale «le autorità competenti, con le modalità previste dall’articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare

⁴⁰ Per un’analisi puntuale dell’impatto sui diritti fondamentali in Europa a seguito delle misure normative adottate per fronteggiare la pandemia, si rinvia a European Union Agency For Fundamental Rights, *Coronavirus Pandemic in the EU Fundamental Rights Implications*, April, 2020.

⁴¹ Decreto legge, 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

⁴² G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, cit., 4.

⁴³ Cfr. sul punto M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento dei diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020, 5; F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020, 5; R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in cammino*, 10 aprile 2020.

ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid- 19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1». Tuttavia, restano in piedi tutte le perplessità espresse sia in merito all'art. 1 commi 1 e 2. Occorre sottolineare, infatti, come il nuovo decreto non abbia eliminato del tutto i dubbi sollevati dalla dottrina in merito, soprattutto, all'adozione di atti *extra ordinem*⁴⁴, ma io aggiungerei anche in ordine al rispetto della riserva di legge assoluta e del principio di legalità sostanziale.

Entrambe le norme sono generiche e non in grado di costituire un fondamento giuridico-attributivo, tale da verificare la legittimità dei dpcm che, da atti di natura esecutiva della volontà espressa dal decreto legge, diventano atti di produzione normativa. Il decreto legge, arbitrariamente, ed in maniera del tutto eterodossa, si trasforma da fonte di produzione in fonte sulla produzione, lasciando i cittadini completamente sprovvisti rispetto agli atti di esecuzione ed attuazione di tali decreti.

Al riguardo, deve inoltre considerarsi come il decreto successivo, il decreto-legge n. 19 del 2020⁴⁵, seppur abbia cercato di risolvere il difficile e tesissimo rapporto tra atti statali (in questo caso decreti legge e decreti del presidente del consiglio) non sia riuscito a dirimere tale questione. Soprattutto perché, sin dal primo decreto-legge, è stata assegnata ai dpcm una natura giuridica ed una funzione estranea, se non in contrasto, con il sistema delle fonti.

Si è consumata una trasformazione genetica della natura giuridica dei dpcm, da atti amministrativi di portata generale a fonti normative, in grado, senza alcun serio e rigoroso fondamento-attribuzione, di limitare e comprimere le libertà fondamentali. Come si è visto, né l'art. 32 Cost., né la legge sul sistema sanitario nazionale, né il codice della protezione civile del 2018, né la dichiarazione dello stato d'emergenza del 30 gennaio 2020 possono intendersi quali fonti sulla produzione di tali dpcm.

Come osservato in dottrina, nel fronteggiare l'emergenza Covid si è avuta, quindi, un'alterazione progressiva del sistema delle fonti dovuta, tra l'altro, ad un utilizzo indiscriminato e, in alcuni casi, incoerente, di atti legislativi ed amministrativi che hanno determinato limitazioni di diritti fondamentali⁴⁶. Si è scivolati, in maniera del tutto ingiustificata dal punto di vista giuridico, nel baratro della discrezionalità imperante delle fonti *extra ordinem*, trasformando il fatto emergenziale in stato emergenziale, riconoscendogli di fatto il rango di fonte sulla produzione, strumentalizzando il decreto-legge, e determinandone una torsione da fonti di produzione a fonte sulla produzione di atti che con la massima discrezionalità incidono sulle libertà fondamentali.

Da ciò ne deriva la necessità di riaffermare, senza indugio alcuno, i principi fissati dalla Costituzione in merito alla absolutezza delle varie riserve di legge e, soprattutto, in riferimento alle ipotesi di urgenza e necessità, per le quali la stessa Carta costituzionale prevede espressamente l'utilizzo del decreto legge, e non di atti amministrativi, la cui adozione pre-

⁴⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 124.

⁴⁵ Decreto legge, 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

⁴⁶ G. SILVESTRI, *Covid*, cit., 4.

vede la totale esclusione del Parlamento, ma anche della Corte costituzionale in sede di giustiziabilità e del presidente in sede di controllo e garanzia.

In merito, la dottrina ha sottolineato come tale circostanza sia una diretta conseguenza dell'abuso della decretazione d'urgenza degli ultimi anni, che ha portato ad un «effetto domino» in quanto il decreto legge viene utilizzato al posto della legge e l'atto amministrativo al posto del decreto legge⁴⁷.

Ora, al di là del rapporto tra norma-attribuzione del potere e dpcm, la vicenda che stiamo vivendo impone una rapida riflessione altresì sul legittimo ricorso al decreto-legge e soprattutto sulla sua reiterazione

La Corte costituzionale ha affermato che il riutilizzo della decretazione di urgenza può avvenire solo quando vi siano «presupposti giustificativi nuovi di natura straordinaria» non potendo sussistere un «rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito»⁴⁸. Attenta dottrina ha giustamente sostenuto che la decretazione d'urgenza non può rientrare negli strumenti ordinari di normazione primaria⁴⁹. Nello specifico, infatti, qualora l'emergenza dovesse protrarsi nel corso dei prossimi mesi, l'utilizzo della decretazione di necessità ed urgenza non potrebbe assolutamente essere considerata una situazione straordinaria, in quanto ciò sarebbe lesivo delle prerogative di un parlamento che viceversa «dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo»⁵⁰.

In sostanza, potremmo dire che la *governance* dell'epidemia non può essere *abbandonata* al decreto legge ed al governo, e il parlamento deve essere messo in condizione di svolgere il suo ruolo da protagonista, anche fissando e determinando il proprio indirizzo politico, mai espresso fino ad oggi. Come si è detto la stessa deliberazione dello stato d'emergenza del 30 gennaio 2020 è avvenuta con atto del governo

6. I rapporti tra Stato e regioni nella gestione dell'emergenza

Oltre che sulle relazioni decreto legge-dpcm, i decreti legge su Covid 19 hanno aperto baratri pericolosi in ordine al rapporto con gli atti di natura regionale e, in senso più ampio, in merito al rapporto tra ordinamento statale e ordinamento regionale.

⁴⁷ IBIDEM.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale 24 ottobre 1996 n. 360, in *Giur. it.*, 1997, I, 246.

⁴⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 120.

⁵⁰ IBIDEM. Cfr. inoltre sul punto L. MAZZAROLI, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di coronavirus. 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.

Nello specifico, infatti, vista l'insoddisfacente cooperazione istituzionale⁵¹, si sono sollevati dubbi in merito alla legittimità delle ordinanze dei presidenti delle regioni, in ordine all'intreccio tra principio gerarchico e separazione delle competenze⁵².

La legge istitutiva del servizio sanitario nazionale⁵³, ed in più occasioni la Corte costituzionale⁵⁴, hanno legittimato e perimetrato l'intervento delle regioni in materia di protezione civile. In particolare, nelle ipotesi di emergenza sanitaria, è stato chiarito come la gestione statale dell'emergenza «è una funzione temporanea, che si origina e si elide in ragione, rispettivamente, dell'insorgere e del cessare della situazione di emergenza», evidenziando come tale funzione sia «solo e soltanto correlata allo stato di emergenza, rispetto al quale la regione ordinariamente competente non è comunque estranea»⁵⁵.

La stessa Corte ha inoltre evidenziato come «anche in situazioni di emergenza la regione non è comunque estranea, giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica»⁵⁶, indicando, altresì, come i limiti fissati dalla normativa statale «debbono ritenersi inderogabili dalla regioni anche in *melius*»⁵⁷, al fine di tutelare quella «esigenza di uniformità della tutela di diritti costituzionalmente garantiti che risulterebbe compromessa da un frazionamento istituzionale da un frazionamento istituzionale di competenze»⁵⁸. Insomma, il quadro normativo in caso di emergenza sanitaria, in ordine al rapporto tra ordinamento statale e ordinamento regionale, sembra abbastanza chiaro. Leale collaborazione tra ordinamenti ed azione regionale di natura attuativa ed esecutiva, rispetto a quanto espresso a livello statale. La Corte è molto chiara, la regione non può, neppure *in melius*, derogare ai limiti posti dallo Stato.

Si è fatta enorme confusione tra la competenza legislativa regionale concorrente delle regioni in materia sanitaria e di tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.), che attiene a profili di natura organizzativa e gestionale⁵⁹ con la competenza regionale in materia di libertà

⁵¹ Cfr. V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 985, secondo il quale le restrizioni alla libertà di circolazione devono essere «funzionali ed essenziali». Cfr. inoltre I MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid- 19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020, 4; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020.

⁵² Cfr. D. MONE, *Il Covid- 19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale*, in *DPER online*, 1, 2020.

⁵³ L'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 stabilisce, infatti, che nelle materie di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, «sono emesse dal presidente della Giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

⁵⁴ Cfr. sul punto Corte costituzionale 1° ottobre 2003 n. 303, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 10; Corte costituzionale 13 marzo 2019 n. 44, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 708.

⁵⁵ Corte costituzionale 21 gennaio 2016 n. 1, in *Giur. cost.*, 2016, 1.

⁵⁶ Corte costituzionale 21 gennaio 2016 n. 1, cit.

⁵⁷ Corte costituzionale 1° ottobre 2003 n. 303, cit.

⁵⁸ Corte costituzionale 28 gennaio 1991 n. 32, in *Giur. cost.*, 1991, 192.

⁵⁹ Come è noto l'articolo 117, comma 3, invece, attribuisce alla competenza concorrente la materia «tutela della salute» e «ricerca scientifica», quest'ultima naturalmente collegata, come ricordato anche dalla Corte costi-

fondamentali, funzione ad essa preclusa, salvo immaginare l'adozione di atti non più restrittivi di quegli statali, ma piuttosto di natura attuativa ed esecutiva⁶⁰. E questo risulta ben chiaro dalla succitata normativa e giurisprudenza.

Altro ancora, è il potere delle regioni in ordine all'adozione di ordinanze di necessità (contingibili) ed urgenza, che l'ordinamento riconosce loro, ma soltanto fino all'adozione di atti normativi di rango statale. Il riferimento normativo è all'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 che attribuisce, in materia di igiene e sanità pubblica, al presidente della giunta regionale o al sindaco la facoltà di emanare ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Sono fatte salve, in materia di ordinanze, di accertamenti preventivi, di istruttoria o di esecuzione dei relativi provvedimenti, le attività di istituto delle forze armate che, nel quadro delle suddette misure sanitarie, ricadono sotto la responsabilità delle competenti autorità. Sono, altresì, fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico.

Per questo motivo, quindi, le ordinanze regionali emanate in questo periodo⁶¹ potevano essere emanate, così come previsto già dal decreto legge n. 6 del 2020⁶², soltanto pri-

tuzionale, alle finalità di tutela della salute. Cfr. Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20, in *Nuovo dir.*, 1978, 486. A tali disposizioni costituzionale si affianca la normativa legislativa in materia, contraddistinta, soprattutto negli ultimi anni da una fortissima esigenza di razionalizzazione dell'assistenza sanitaria. Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale cfr., tra le tante, Corte costituzionale, 26 giugno 2002 n. 282, in *Comune Italia*, 2002, 1179; Corte costituzionale, 11 giugno 2004 n. 166, in *Giur. it.*, 2005, 684; Corte costituzionale, 7 luglio 2005 n. 270, in *Foro it.*, 2007, 9, I, 2354; Corte costituzionale, 27 luglio 2005 n. 336, in *Ragiusan*, 2006, 263, 122; Corte costituzionale 25 novembre 2005 n. 424, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, 6, 1197; Corte costituzionale 15 aprile 2010 n. 133, in *Foro it.*, 2010, II, I, 2959.

⁶⁰ I provvedimenti emanati dalle regioni sono stati, come è noto, oggetto di attenzione da parte della giustizia amministrativa chiamata a pronunciarsi in materia. Tra le molte decisioni si vedano: Tar Marche - Decreto n. 56 del 27 febbraio 2020, in *www.giustamm.it*. Nello specifico il Tar Marche, su ricorso della presidenza del consiglio dei ministri, ha accolto l'istanza cautelare e sospende gli effetti dell'ordinanza 1 del 25 Febbraio 2020 del presidente della regione con la quale veniva disposta la chiusura delle scuole sul territorio regionale; Tar Campania - Napoli - Sez. V - Decreto n. 41 del 18 marzo 2020, in *www.giustamm.it*. In questa occasione i giudici hanno evidenziato come «non sussistono i presupposti per accordare la richiesta di misura cautelare in quanto l'ordinanza n. 15 del 2020 del presidente della regione Campania in tema di rischio epidemiologico da "coronavirus" richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale».

⁶¹ Cfr. tra le tante: *Regione Marche*, ordinanza, 3 marzo 2020 n. 3, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; *Regione Campania*, ordinanza, 13 marzo 2020 n. 15 «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»; *Regione Basilicata*, ordinanza 15 marzo 2020 n. 5, «Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'articolo 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 e dell'articolo 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13. -Disposizioni relative all'ingresso e permanenza delle persone fisiche in Basilicata»; *Regione Sicilia*, ordinanza, 13 marzo 2020, n. 5 «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica»; *Regione Emilia Romagna*, ordinanza, 16 marzo 2020 n. 39, «Ulteriore ordinanza ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in tema di misure per la gestione dell'emergenza sani-

ma dell'emanazione dei decreti del presidente del consiglio ed erano destinate a perdere efficacia una volta emanati gli stessi⁶³.

L'iperattivismo incontrollato⁶⁴ ed ingiustificato delle regioni ha, però, contribuito ad aumentare la confusione e la tensione interistituzionale, circostanza che ha imposto, sul punto, un intervento chiarificatore del legislatore statale che, all'articolo 3 del decreto legge n. 19 del 2020 ha stabilito che le ordinanze regionali «possono essere emanate solo nelle more dell'adozione dei decreti del presidente del consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento; sono legittimate solo da specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso; possono introdurre misure ulteriormente restrittive» soltanto «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Norma che si contrappone a quanto su richiamato dalla Corte, secondo la quale «nell'ipotesi di dubbi applicativi, la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti»⁶⁵.

Allo stesso modo, al fine di addivenire ad una tregua istituzionale tra Stato e regioni, lo stesso decreto ha previsto che:

taria legata alla diffusione della sindrome da covid-19. modifiche alle proprie precedenti ordinanze approvate con decreto n. 34 del 12 marzo 2020 e n. 36 del 15 marzo 2020»; *Regione Friuli- Venezia Giulia*, ordinanza, 21 marzo 2020 n. 4, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; *Regione Lombardia*, ordinanza, 21 marzo 2020 n. 514, «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza da Covid-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica: Limitazione degli spostamenti su tutto il territorio regionale»; *Regione Calabria*, ordinanza 22 marzo 2020 n. 15 «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica: limitazione degli spostamenti su tutto il territorio regionale».

⁶² Com'è noto, il decreto legge n. 6 del 2020 aveva previsto, all'articolo 3 comma 2, che «nelle more dell'adozione dei decreti del presidente del consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenze le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottati ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267»

⁶³ Cfr. sul punto G. BOGGERO, «Le more» dell'adozione dei dpcm sono «ghiotte» per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19, in *Diritti regionali*, 1, 2020, secondo il quale le ordinanze regionali hanno anticipato le successive scelte centrali.

⁶⁴ Il riferimento è, tra l'altro a dichiarazioni da parte di presidenti di regione che annunciavano la chiusura dei «confini» regionali. Al riguardo la Corte Costituzionale ha evidenziato come «il divieto imposto a ciascuna regione dall'art. 120, secondo comma, della Costituzione, relativo all'adozione di provvedimenti che ostacolano in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra regione e regione, non comporta una preclusione assoluta, per gli atti regionali, di stabilire limiti al libero movimento delle persone e delle cose. Il potere delle regioni di disciplinare e, quindi, di limitare la libera circolazione dei soggetti umani e dei beni è, infatti, connaturato allo svolgimento dell'autonomia politica e amministrativa delle regioni stesse», così Corte Costituzionale 6 febbraio 1991 n. 51, in *Rass. Avv. Stato*, 1991, 139. Cfr inoltre sul punto, A. D'ALOIA, *L'ART. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei propri confini*, in *Dirittifondamentali.it*, 18 aprile 2020 che correttamente evidenzia come «nessuno può chiudere la 'sua' Regione: simili proposte sono semplicemente (ma palesemente) illegittime, e a questa stregua vanno trattati».

⁶⁵ Cfr. Corte costituzionale 14 aprile 1995 n. 127, cit.

«a) sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978 n. 833;

b) continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del presidente del consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto; c) Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

Il decreto ha, quindi, fatti salvi gli effetti di quelle ordinanze regionali palesemente illegittime per violazione dei limiti previsti dalla normativa statale e, assicurandone l'ultrattività, ha fortemente compromesso «l'esigenza di una conduzione unitaria dell'emergenza necessaria anche per profili non sempre immediatamente percepibili, e quello della chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza», dimostrando come, in una situazione di emergenza, «si sarebbe dovuto avere ben altro passo istituzionale, sia al centro che in periferia»⁶⁶.

7. Brevi osservazioni finali

In conclusione, si può affermare che il parlamento, al momento, senza un serio ed approfondito dibattito, si è limitato, nel processo di conversione del decreto legge, a «ratificare» volontà espresse dal governo che ha delegato a sé stesso i poteri, finalizzati a governare e gestire l'emergenza⁶⁷. Viene meno, del tutto, la differenza tra atti di *government* e atti di *governance*, ovvero tra atti di indirizzo politico tesi a fissare principi ed obiettivi ed atti finalizzati alla mera gestione. Tutto si risolve sulla base della discrezionalità del governo, e la scelta dei dpcm, quali atti di governo e gestione dell'emergenza, è sintomatica di come il processo parta dal governo per terminare nell'azione del governo⁶⁸. Insomma, prima ancora di par-

⁶⁶ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 135. L'Autore sottolinea, inoltre, come il potere di ordinanza regionale poteva essere esercitato anche a seguito del decreto governativo ma «non poteva sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite, appena indicato, del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali».

⁶⁷ Cfr. sul punto G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extra ordinem*, in *Libertà e Giustizia*, 21 marzo 2020.

⁶⁸ Cfr. decreto del presidente del consiglio dei ministri, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 1 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 4 marzo 2020, «Misure per il contenimento del diffondersi del virus Covid-19 e di informazione e prevenzione dell'intero territorio nazionale»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 8 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del

lare di cedevolezza del sistema normativo delle fonti, si è assistito ad una torsione della forma di governo parlamentare con una immediata ricaduta sul rispetto del principio della separazione dei poteri.

Dal punto di vista formale limiti e sospensioni alle libertà fondamentali (diritti civili, diritti sociali, diritti politici), con una incidenza altresì sul regime delle competenze, sono intervenuti, come consentito dalla Costituzione, con un atto di legislazione materiale qual è il decreto legge. Anche se come si è detto il ricorso al decreto-legge, nel caso del protrarsi nel tempo dell'emergenza sanitaria, non è da ritenersi compatibile con l'art. 77 Cost. e soprattutto con la giurisprudenza costituzionale ad esso riconducibile. Il ricorso ad una legge materiale, piuttosto che ad una legge formale, è giustificato, ma limitatamente nel tempo, dall'esistenza di «casi straordinari di necessità ed urgenza...» come previsto dall'art. 77 Cost. Tuttavia, anche in sussistenza di tali situazioni di fatto, l'atto che si adegua al rispetto della riserva di legge assoluta, deve dettare norme di principio e di natura sostanziale, al fine di perimetrare i limiti posti alle libertà fondamentali dalle "autorità competenti. Così non è stato. Il decreto legge n. 6 del 23 febbraio, così come successivamente modificato e integrato, non rappresentano fondamenti giuridici di natura sostanziale e processuale, ma piuttosto una norma di mero riconoscimento del potere "una volta per tutte" ad altra autorità.

In questo caso, il riconoscimento-attributivo del potere è avvenuto senza fissare limiti né sostanziali, né procedurali, necessari per evitare eccesso di discrezionalità e limitazioni di potere che altrimenti diventa foriero di atti non giustiziabili e soprattutto di atti adottati in violazione del principio di legalità in senso sostanziale e della riserva di legge assoluta.

Nel caso di specie, né il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 né quello successivo n. 19 del 25 marzo 2020 hanno assolto alla loro funzione primaria, ovvero di riservare a loro stessi la materia, ma piuttosto si sono atteggiati impropriamente a fonte di delega, di fatto a fonte sulla produzione, avviando un illegittimo processo di atti consequenziali fondato su atti amministrativi generali *extra ordinem*.

Il principio di legalità, in particolare laddove azionabile in materie coperte da riserva di legge assoluta, per essere garantito, avrebbe dovuto implicare un'attribuzione da parte della

decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 8 marzo 2020 recante «Nuove misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 11 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 22 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 1 aprile 2020 «Disposizioni attuative del decreto legge 25 marzo 2020 n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 applicabili sull'intero territorio nazionale»; decreto del presidente del consiglio dei ministri, 10 aprile 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale».

fonte normativa di rango sovraordinato, seppur “una volta per tutte”⁶⁹, ma a contenuto dettagliato e circostanziato. Così non è stato, né l’art. 32 Cost., né i decreti legge summenzionati, seppur con sfumature diverse, hanno costituito un fondamento giuridico tale da consentire il consequenziale legittimo ricorso ai dpcm, i quali si sono mossi su un terreno poroso e discrezionale intervenendo sulle libertà fondamentali emarginando del tutto il parlamento. Come si è detto l’emergenza si può, anzi si deve, governare nel rispetto della forma di governo parlamentare e delle fonti *secundum ordinem*.

⁶⁹ In riferimento alla garanzia di tutela dei cittadini assicurata dal principio di legalità in senso sostanziale, seppur in riferimento alla fonte regolamentare sia consentito il rinvio a A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 10.