



Rivista N°: 2/2021  
DATA PUBBLICAZIONE: 08/04/2021

AUTORE: Alessandro Mangia\*

## EMERGENZA, FONTI-FATTO, E FENOMENI DI DELEGIFICAZIONE TEMPORANEA.

*Sommario: 1. Ordine delle fonti e ordine delle legittimazioni politiche - 2. L'inattesa apparizione dei dPCM - 3. Generale e speciale nella disciplina delle emergenze - 4. Le oscillazioni tra disciplina generale e discipline speciali. Il Codice sulla Protezione Civile e il d.l. 6/2020 - 5. Le oscillazioni tra disciplina generale e discipline speciali. Il d. l. 19/2020 - 6. Ordine delle fonti e sistema degli atti di diritto pubblico - 7. Potere di ordinanza e 'urgente necessità' - 8. Stato di guerra o un decreto legge viziato? - 9. Fonti fatto e delegificazioni atipiche.*

### 1. Ordine delle fonti e ordine delle legittimazioni politiche

Se c'è un dato che la vicenda svoltasi attorno alla pandemia dovrebbe aver posto in luce è che le antiche teorie sulla originarietà del potere amministrativo, lungi dall'essere definitivamente consegnate alla storia, dovrebbero essere oggetto rimeditazione da parte degli studiosi: tanto di coloro che si occupano di forma di governo, quanto di coloro che dedicano la loro attenzione al sistema delle fonti.

Non che i due profili siano disgiunti. Si sa da tempo che l'ordine delle fonti fornisce, in controluce, una formalizzazione dei rapporti di natura istituzionale tra gli organi di vertice dello Stato; e che istituti come gerarchia, competenza, riserva di legge, e principio di legalità non sono altro se non categorie pensate per coordinare, sul piano della dogmatica giuridica, gli esiti di quei processi politici statali che sono destinati a sfociare in atti normativi (o che comunque contengono prescrizioni normative). Per questo, alla fine, i procedimenti di formazione di questi atti, e gli istituti che li descrivono, non sono altro se non un modo, ideato dal diritto pubblico, per descrivere attraverso il linguaggio giuridico, e così condizionare sul piano formale, i processi materiali da cui si origina la produzione del diritto. Ed è anche per questo che i vizi di legittimità degli atti normativi, che da un punto di vista formale si descrivono at-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

traverso il principio di gerarchia, si traducono sempre, da un punto di vista sostanziale, in un vizio di legittimazione delle relative prescrizioni<sup>1</sup>.

Resta vero, insomma, quel che C. Mezzanotte ci ha detto ancora molti anni fa: ossia che *l'ordine delle fonti riflette sempre l'ordine delle legittimazioni politiche*<sup>2</sup>. Per questo, incertezza e instabilità dell'ordine delle fonti sono sempre, e inevitabilmente, indice di una medesima situazione di incertezza nei rapporti tra i soggetti politici (gli organi) di cui quell'ordine è espressione. E ciò perché, al di là dei dubbi sulla tenuta della nozione di forma di governo, che è lecito nutrire<sup>3</sup>, forma di governo e ordine delle fonti stanno, o cadono assieme. Il funzionamento reale – la resa, come dice qualcuno - della forma di governo dipende sempre dall'atteggiarsi complessivo dell'ordine delle fonti, che di quel funzionamento è la cartina di tornasole. Sicché ogni perturbazione nell'ordine delle fonti è sempre il riflesso di una perturbazione nel funzionamento della forma di governo.

Richiamare queste considerazioni, apparentemente tanto generali da potersi attagliare praticamente ad ogni tema del diritto costituzionale, non è inutile se si vuole ragionare della fase apertasi con l'avvio della pandemia del 2020. La relazione tra ordine della produzione normativa e ordine delle legittimazioni politiche - e degli organi che di queste legittimazioni si avvalgono per produrre diritto – può risultare preziosa per rileggere e rivalutare, a distanza di un anno, quella fase: una fase che – bisogna ammetterlo - da molti è stata vista, innanzi tutto, come un'emergenza nella vita delle istituzioni disegnate dalla Costituzione del 1948, tale da scardinare molti degli equilibri consolidatisi nell'ambito di questa.

Prova ne siano le polemiche che, soprattutto nella prima fase di gestione della pandemia, si sono dipanate in ordine all'accentramento di poteri in capo alla Presidenza del Consiglio e, in generale, al Governo. Prova ne sia l'oggettiva debolezza di ruolo giocato del Parlamento, dopo il febbraio 2020, a tutto vantaggio dell'azione di governo (salvo tornare a rivestire un ruolo, il Parlamento, in sede di conversione di decreti legge, di scostamenti di spesa per il 2020, e di approvazione della legge di bilancio 2021)<sup>4</sup>. Prova ne sia l'andamento dei rapporti, a dir poco tempestosi, tra Governo e amministrazioni regionali in ordine alle misure di contenimento e gestione, nell'ambito dei quali i poteri di ordinanza regionali in materia sanitaria (art. 32 l. 833/1978) si sono continuamente sovrapposti ai poteri d'ordinanza statali, e financo dei Sindaci<sup>5</sup>. Prova ne sia, su un altro versante, le ambiguità che hanno segnato il rapporto con le istituzioni dell'Unione nella fase anteriore e successiva al Consiglio del 23 luglio 2020, che sta segnando l'approvazione del regolamento Ue sul Recovery Plan., e

---

<sup>1</sup> G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, III ed., Cedam 1994, p. 125.

<sup>2</sup> C. Mezzanotte, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni* 1991, p. 50 ss.; Id. *Referendum e legislazione*, paper AIC 1993.

<sup>3</sup> Cfr., ed es, R. Bin, *Il presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad Cost.* 1/2013, p. 7, per il quale "la forma di governo ci restituisce soltanto il quadro - più o meno coerente, più o meno assestato – delle nostre rilevazioni empiriche: quale equilibrio interno questo quadro possa offrire e quale compatibilità abbia con i tratti prescrittivi tracciati in Costituzione è una valutazione successiva, del tutto estranea alla sistemazione dei "dati", che si esprime nei classici termini del linguaggio normativo (legittimo/illegittimo)". Ma, in senso non troppo diverso, M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. Annali III*, p. 593.

<sup>4</sup> S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?* In *Quad. Cost.* 4/2020, p. 705 ss.

<sup>5</sup> A. Morelli, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. Cost.* 4/2020, p.

che segnerà, con conseguenze facilmente prevedibili, l'approvazione delle future leggi di bilancio<sup>6</sup>. Per non parlare poi, sempre sul versante dei rapporti con l'Unione, delle polemiche relative all'accesso dei finanziamenti offerti dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) attraverso l'attivazione di una linea pandemica precauzionale (il cd. MES sanitario) e alle condizionalità che ne dovrebbero scaturire<sup>7</sup>.

Si tratta di un complesso di questioni che sono strettamente interrelate, e che traggono origine da una situazione dove carenze ricorrenti e strutturali dell'organizzazione pubblica (e non solo di quella statale) si sono intrecciate a nuove questioni e a nuovi problemi generati dall'emergenza, contribuendo a dare vita ad una situazione di anomala destabilizzazione mai sperimentata prima. Per interpretare la quale, va detto, gli insegnamenti offerti dal passato più recente (e cioè maturati nel contesto della Costituzione del 1948), offrono solo un principio di spiegazione.

## 2. L'inattesa apparizione dei dPCM

Ora, se questi sono i (principali) problemi messi in campo dalla pandemia, bisogna riconoscere che la delibera dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020, adottata dal Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 24 del d. lgs. 1/2018, ha segnato senz'altro l'avvio di una fase particolare nella vita dello Stato, in cui l'azione statale, almeno per qualche settimana, è sembrata rattrappirsi su sanità e ordine pubblico: un rattrappimento generato dalla sospensione delle attività parlamentari<sup>8</sup> e, nel migliore dei casi, dal rallentamento della funzione giurisdizionale<sup>9</sup>. Da qui lo stupore e la sorpresa, e i rinvii alla eccezionalità della situazione: come avvenuto per la regolarità della vita sociale, anche il complesso delle attività statali si sarebbe sospeso; e per questa via lo Stato sarebbe divenuto (o tornato ad essere) soltanto amministrazione.

In realtà è da tempo che gli studiosi sono avvertiti del fatto che l'amministrazione è un fatto costituzionale in sé, nel quale si concentrano, in embrione, tutte le funzioni dello Stato: un fatto costituzionale originario a cui, con l'avvento della Costituzione repubblicana, è stato sovrapposto un fatto costituzionale più ampio e comprensivo, che però si è alimentato della permanenza e della continuità del potere amministrativo. La continuità dello Stato, di cui si è parlato anche di recente a proposito della pandemia, non è nient'altro se non continuità storica dell'amministrazione all'interno dello Stato: e ciò perché, anche dopo il 1948, l'amministrazione è rimasta nella Costituzione e l'ha in parte riempita di contenuti, in parte condizionata<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> C. Bergonzini, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad Cost.* 4/2020, p. 761 ss.

<sup>7</sup> A. Mangia, *Del Mes, delle sue condizionalità e delle discipline in deroga. Cosa succede quando il diritto delle crisi d'impresa viene applicato ai rapporti intergovernativi*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 30/04/2020.

<sup>8</sup> S. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat justitia, pereat mundus?* (11 marzo 2020), in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info); *Il Parlamento nell'emergenza* (12 maggio 2020), in Osservatorio costituzionale 3/2020.

<sup>9</sup> M.G. Civinini, *La giustizia in quarantena* (31 marzo 2020) in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

<sup>10</sup> G. Berti, *L'amministrazione e il diritto*, in *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova 1987, p. 192.

Semmai, la prima fase della pandemia ha mostrato per fatti che legislazione e giurisdizione possono vivere fasi di interruzione o di sospensione, non l'amministrazione. L'amministrazione non può permettersi fasi del genere, pena il venir meno dello Stato stesso. Per questo, come è stato detto, la dinamica degli equilibri interni allo Stato va ricercata nel continuo accordo tra stato parlamentare e stato amministrativo: o, per usare una terminologia più aggiornata, tra Stato amministrativo e Stato costituzionale di diritto<sup>11</sup>. E' in fondo questa la ragione per cui l'amministrazione, come rilevava giustamente E. Forsthoff, non può essere *definita*, ma soltanto *descritta*<sup>12</sup>: tant'è vero che, quando si cerca di definire la sostanza del potere amministrativo non si fa altro se non procedere per sottrazione da questa di ciò che ancora oggi, in omaggio ad una tradizione risalente, si definisce funzione legislativa o funzione giurisdizionale<sup>13</sup>.

Si può dubitare, come si è sempre fatto, dell'utilità conoscitiva di questa definizione: e infatti non è granché utile per capire cosa sia, in sé, l'amministrazione. Ma è utile a capire che l'amministrazione non è una parte dello Stato: è, semmai, lo Stato come condizionato dalla prescrizione legislativa e dalla tutela giurisdizionale. Se si muove da questa prospettiva si capisce perché l'amministrazione non può avere un suo profilo definito, proprio perché si identifica con lo Stato inteso nella sua accezione più elementare: e cioè come sistema di apparati. In altre parole, è amministrazione ciò che lo Stato fa, e, in parallelo, è amministrazione l'organizzazione che lo Stato predispone per fare. Nel che, a ben vedere, non si fa altro se non riproporre in termini astratti (e cioè in termini di dogmatica giuridica) il processo storico di individuazione delle funzioni statali dal tronco originario dell'amministrazione, e che ha condotto prima all'affermazione dello Stato di diritto, attraverso la separazione dei poteri, e poi all'attuale Stato costituzionale di diritto.

E allora, alla luce di questo, è forse più facile cogliere perché, nella prima fase dell'emergenza, il mutare repentino degli obiettivi e delle forme dell'azione statale, e l'improvviso spostarsi dei pesi a favore dell'amministrazione, abbia aperto una fase inaspettata nello studio delle fonti, ed abbia indotto ad una sorta di viaggio a ritroso nel tempo, all'interno del quale acquisizioni che sembravano definitivamente stabilizzate nel quadro dello Stato costituzionale, sono sembrate, d'un tratto, assai meno pacifiche di quanto non si potesse immaginare in passato. E sono sembrate richiedere una verifica, se non una messa a punto, di quanto dato finora dato per scontato nell'ambito delle (diverse) dottrine

---

<sup>11</sup> G. Berti, *L'amministrazione e il diritto*, cit., p. 193: "Tutte le Costituzioni che non hanno ancora risolto in modo adeguato il problema della irradiazione della sovranità popolare su tutto il sistema ... rendono istituzionale a loro modo la presenza di due anime dello Stato, e quindi di due matrici dei poteri che si ricollegano genericamente allo Stato. La tenuta delle Costituzioni è perciò affidata all'equilibrio politico dello Stato parlamentare e dello Stato amministrativo".

<sup>12</sup> E' la formula con cui si apre E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1. Bd., Munchen und Berlin, 1966. p. 1.

<sup>13</sup> E' il classico approccio che si ritrova in W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., 1931, p. 6.

dell'eccezione e dell'emergenza<sup>14</sup>, innanzi tutto con riferimento ai poteri normativi dell'amministrazione<sup>15</sup>.

Insomma, non ci dovrebbe voler molto a riconoscere che la sequenza di dPCM avviata nel febbraio 2020 ha sollevato tra gli studiosi interrogativi mai posti, vigente la Costituzione repubblicana, in ordine a quanto si dava per acquisito in punto di riserve di legge; in punto di tipizzazione e chiusura dell'ordine delle fonti; in punto di rapporti tra funzione legislativa e poteri d'ordinanza; in punto di principio di legalità e di sindacato del giudice amministrativo; in ultima analisi, in punto di capacità della Costituzione di esprimere un sistema di garanzie delle libertà individuali destinato a reggere, indipendentemente dalla situazione (emergenza/normalità) in cui questo sistema di garanzie si trovasse ad operare.

Tant'è vero che, soprattutto all'inizio, diverse sono state le voci che si sono levate a dubitare della conformità di questi dPCM al disegno costituzionale della produzione normativa. I dPCM, secondo molti, sarebbero stati atti atipici, non previsti dalla Costituzione e mai visti prima, che avrebbero illegittimamente compresso o rimodulato posizioni soggettive costituzionalmente protette<sup>16</sup>: dalla circolazione alla riunione, e alla libertà di culto; dal diritto alla salute al diritto all'istruzione; dal diritto al lavoro all'iniziativa economica, fino a indurre taluni a parlare di limitazioni della libertà personale<sup>17</sup>. Insomma, stante l'ordine delle fonti previsto in Costituzione, come avrebbe potuto (non già il Governo, ma) il solo Presidente del Consiglio, intervenire con un atto amministrativo atipico a riconformare, sia pur in via temporanea e territorialmente circoscritta, posizioni soggettive sostanziali protette in Costituzione da riserva di legge<sup>18</sup>? Come avrebbe potuto un atto del Presidente del Consiglio, in assenza di una espressa attribuzione costituzionale di funzioni, avere contenuto minuziosamente normativo e derogare a disposizioni di legge<sup>19</sup>? Forse che questo non rappresentava una violazione della Costituzione, visto che gli stati d'emergenza dovrebbero essere ricondotti alla categoria dell' 'urgente necessità', e quindi gestiti soltanto attraverso la decretazio-

---

<sup>14</sup> Sulla necessaria distinzione tra le categorie dell' 'eccezione' e dell' 'emergenza' cfr. già V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986, p. 125.

<sup>15</sup> E' quanto sembra trovarsi in M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC 2/2020.

<sup>16</sup> Così F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it* 1/2020, p. 130 ss., ma il rilievo è comune a molti altri autori.

<sup>17</sup> Che la misura della quarantena dovesse essere assimilata ad una limitazione della libertà, non già di circolazione, ma personale ex art. 13 Cost. è la tesi che, ad es., si trova in L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la risposta italiana* (31 marzo 2020), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), ma anche in A. Ruggieri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, 207. Sul che è lecito esprimere qualche perplessità.

<sup>18</sup> G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it* 1/2020 parla, al proposito, di "una piena e solitaria assunzione di responsabilità politica del Presidente del consiglio in carica in materia di diritti fondamentali del cittadino".

<sup>19</sup> E' l'interrogativo implicito nella chiusa di F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, cit.: "detti poteri del Presidente del Consiglio dei Ministri appaiono del tutto nuovi nel pur frastagliato panorama delle fonti, dal momento che la stessa legge n. 400/1988, che pur prevede un'ampia potestà normativa del governo e degli stessi ministri, non prevede affatto decreti del Presidente del consiglio del tutto sganciati dal sistema. Nella specie tali decreti, per mezzo dei quali sono state adottate le più rilevanti misure, hanno assunto, non ostante la loro temporaneità, un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza, che ha finito per interessare la stessa forma di governo, collocando la figura del Primo ministro in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri".

ne ex art. 77 Cost.? E, allo stesso modo, si era sicuri che il sistema delle riserve di legge previsto in Costituzione fosse sufficientemente consolidato da permettere di distinguere puntualmente - innanzi tutto con riferimento alla libertà di circolazione - tra riserve di legge assolute e relative, graduando, in questi doversi ambiti, i poteri dell'amministrazione?<sup>20</sup> E fosse, in secondo luogo, sufficientemente stabile da consentire di distinguere con chiarezza tra aree dell'ordinamento governate dal sistema delle riserve, ed aree rette dal solo principio di legalità?

Per rispondere a questa serie di interrogativi, generati da quello che è sembrato un improvviso ritorno allo Stato amministrativo, si sono rievocate categorie del passato, quali stato di eccezione e stato d'assedio<sup>21</sup>; queste categorie sono state sovrapposte all'urgente necessità dell'art. 77 e allo stato di guerra dell'art. 78 Cost.<sup>22</sup>; riflettendo su questo si è rammentato che in Costituente non si è consapevolmente voluto disciplinare lo stato d'emergenza, scegliendo di ricondurre ogni interruzione della regolarità sociale alla fonte e al procedimento ex art. 77 Cost.<sup>23</sup>; si è richiamata la disciplina di situazioni analoghe nella Costituzione tedesca, francese e spagnola<sup>24</sup>; tutto questo è stato, a sua volta, sovrapposto e confrontato alla dichiarazione dello stato d'emergenza prevista dall'art. 24 T.U. Protezione Civile, rilevandone l'eterogeneità o, almeno, l'autonomia rispetto alle categorie previste negli artt. 77 e 78 Cost.

Si è, per queste strade, dato vita ad un dibattito frastagliato in cui categorie di teoria generale venivano usate per leggere categorie di diritto positivo; in cui i dati della comparazione giuridica si confrontavano con la disciplina di diritto interno; in cui tematiche di forma di governo si intrecciavano a problemi di tutela delle libertà; in cui l'obiettivo di dimostrare la tesi per cui il sistema delle fonti sarebbe un *numerus clausus* governato dalla Costituzione (che è stata rimarcata da buona parte degli osservatori) si è dovuta confrontare con l'evidente novità dei modi attraverso cui Governo e Regioni si sono trovate ad affrontare una situazione di rottura della normalità, attraverso atti dei quali era incerta non solo la legittimità, ma la stessa natura. Insomma, i dPCM erano regolamenti o ordinanze emergenziali? E queste ordinanze emergenziali avevano o meno natura normativa?

---

<sup>20</sup> Cfr., ad es. L. Mazzaroli, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23 marzo 2020, dove si ripropone la tesi del carattere assoluto della riserva ex art. 16 Cost.

<sup>21</sup> G. Preterossi, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?* (25 marzo 2020), in *Micromega-II* Rasoio di Occam, e quindi G. Zagrebelsky, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica* 28 luglio 2020, su cui G. Agamben, *Stato di eccezione e stato di emergenza* (30 luglio 2020), in [www.quodlibet.it](http://www.quodlibet.it)

<sup>22</sup> E. de Marco, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali*, in *Consultaonline* 2/2020, p. 372; G. Brunelli, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del Coronavirus*, in *Diritto virale: scenari e interpretazione delle norme per l'emergenza Covid-19*, reperibile in <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale/democrazia-e-tutela-dei-diritti-fondamentali-ai-tempi-del-coronavirus>

<sup>23</sup> E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto* 1/2020, p. 10.

<sup>24</sup> A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLawJournal-Rivista di biodiritto* 2/2020.

### 3. Generale e speciale nella disciplina delle emergenze

In realtà, il protrarsi nel tempo dello stato di emergenza, a più di un anno dalla data del 31 gennaio 2020, e l'aggiustamento delle tecniche normative via via adottate, sembrano aver sopito molti dei dubbi e delle preoccupazioni che erano state avanzate dalla dottrina giuridica nella prima fase della pandemia.

Che – a parte il caso del primo dPCM del 23 febbraio 2020, e del d.l. n. 6/2020 della stessa data, di cui si dirà tra breve - sia possibile ricostruire una 'catena normativa' che ricollega ciascun singolo dPCM ad una qualche manifestazione di volontà del Parlamento, attraverso la mediazione offerta dal meccanismo decreto legge/legge di conversione, sembra avere, in qualche modo, ricucito al quadro costituzionale una tecnica normativa che ha presentato, al suo apparire, elementi di oggettiva novità<sup>25</sup>. E ha generato non poco disorientamento. Dovrebbe però mettersi definitivamente in chiaro che i singoli dPCM che si sono succeduti nel tempo – e gli altri che plausibilmente seguiranno – non si sono basati esclusivamente sul T.U. Protezione Civile, ma hanno poggiano la loro legittimità tanto sugli artt. 5, 24 e 25 di quel T.U, quanto su una sequenza di decreti legge *modificativi/integrativi di quella disciplina*, regolarmente presentati dal Governo al Parlamento, e da questo regolarmente convertiti in legge<sup>26</sup>.

Hanno poggiano, in altre parole, la loro legittimazione su una disciplina 'eccezionale' dell'emergenza, di volta in volta creata *ad hoc*, e che di volta in volta si è sovrapposta a quella 'generale' prevista dal T. U. Protezione Civile, con varietà di effetti e di durata nel tempo<sup>27</sup>. Da qui molti dei problemi di classificazione dei dPCM da parte della dottrina giuridica, che ha stentato a rendersi conto che questi atti presentavano (e presentano tuttora) caratteri unitari solo nella denominazione, ma non nella natura, né nella funzione, non diversamente di quanto è sempre avvenuto con i decreti del Presidente della Repubblica, nell'ambito dei quali si ritrovano ancora oggi (nonostante le precisazioni della l. 400/1988 sul 'nome proprio' degli atti normativi) atti di natura diversissima: che vanno dai regolamenti governativi, ai decreti di scioglimento delle Camere, passando per la proclamazione degli esiti referendari.

Allo stesso modo, i singoli dPCM succedutisi nell'ultimo anno hanno sì visto l'utilizzo di competenze e procedimenti previsti in via generale dal d. lgs.1/2018, e cioè 'stato di emergenza', 'decreti della Presidenza del Consiglio', e 'decreti del Capo del Dipartimento della protezione civile' dei quali il T. U. definiva in via generale gli effetti. Ma questo era solo il punto di partenza. Scorrendo la normativa approvata dal 23 febbraio 2020 in poi, ci si rende conto che i poteri esercitati in sequenza dalla Presidenza del Consiglio sono stati, di volta

---

<sup>25</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

<sup>26</sup> E. Catelani, *I poteri del Governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in Quad. Cost. 4/2020, p. 729: "Se la normativa contenuta nel codice fosse stata applicata in modo completo, ne sarebbe derivata, come conseguenza necessaria, anche l'applicazione delle altre parti della normativa, fra cui l'attribuzione delle competenze essenziali e delle funzioni decisorie alla protezione civile, con l'adozione di ordinanze solo dopo aver acquisito «l'intesa» con le Regioni interessate".

<sup>27</sup> Come si adombra già in B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6 del 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., p. 123.

in volta, ampliati o ristretti, quanto ad ambito di applicazione e intensità, da ciascun singolo decreto legge, che, di fatto, ha finito con il dettare una disciplina speciale, e derogatoria, del T. U. Protezione Civile. Insomma, questi istituti, che paradossalmente potremmo definire di diritto 'generale' dell'emergenza, sono stati, di volta in volta, ricalibrati e adattati alla situazione da un serie di decreti legge che hanno conformato al caso specifico, e per il periodo di tempo definito dalla vigenza di ciascun decreto, i poteri di intervento della Presidenza del Consiglio che sono sì previsti, *ma in modo nettamente diverso*, dal T. U. Protezione Civile.

Sicché, per questa strada, i nuovi dPCM di diritto 'speciale' hanno potuto affiancarsi alle normali ordinanze della Protezione Civile, alle ordinanze ex art. 32 l. 833/1978 del Ministro della salute, a quelle dei Presidenti di Regione, alle ordinanze prefettizie e sindacali, creando un groviglio apparentemente inestricabile di poteri speciali e di poteri derogatori di poteri speciali, in cui lo 'stato di emergenza' necessario alla gestione amministrativa della pandemia (e cioè per l'adozione delle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile) si sovrapponeva all' "urgente necessità" di cui all'art. 77 Cost.

Il che, però, per quanto rispondesse ad una tecnica normativa anomala, ampiamente criticabile, soprattutto per i problemi di intelligibilità e di garanzia che ha posto sul versante sanzionatorio, a rigore, non si può dire essere stata tale da contravvenire ai principi generali che reggono la produzione legislativa. E, infatti, a parità di forza formale, perché mai i decreti legge non avrebbero potuto, di volta in volta e di periodo in periodo, ridefinire ed adattare ai bisogni dell'amministrazione i poteri, si badi, non della Presidenza del Consiglio, ma, propriamente parlando, dell'amministrazione, ridefinendo questi stessi poteri in rapporto all'evolvere dei fatti? Forse che questo non rientra a pieno titolo nella logica dell'emergenza ai sensi dell'art. 77 Cost.?

Semmai, da un punto di vista formale, è evidente che ci si è trovati qui di fronte ad un caso classico di rapporto tra 'generale' e 'speciale' nella definizione della base legislativa di un intervento dell'amministrazione: un caso, per intenderci, che si riscontra tutte le volte in cui una fonte che detta (o pretende di dettare) una disciplina generale (il T.U. sulla protezione civile), finisce con l'essere derogata quanto a classi di fattispecie, quanto all'estensione territoriale, o quanto all'estensione nel tempo, da una normativa speciale e posteriore (la catena di decreti legge successivi al marzo 2020). Che questa deroga sia stata introdotta con decreto legge può certo generare dubbi – e di fatto li ha generati - nell'intervallo di tempo intercorrente fra l'entrata in vigore e la conversione del decreto, visto che ci si è trovati nella curiosa situazione di un Governo che deroga la legge (in realtà un decreto legislativo) per conferire poteri straordinari a sé stesso.

Ma è evidente che si tratta di un rilievo marginale, che attiene più all'opportunità istituzionale ed alle valutazioni politiche che ne stanno alla base, che alla regolarità formale della soluzione adottata. Il che appare tanto più vero più se si considera che, proprio in ossequio all'art. 77 Cost., il Parlamento avrebbe sempre potuto negare, in tutto o in parte, la conversione del decreto che riconfermava i poteri d'ordinanza dell'amministrazione, dettandone una disciplina speciale. Così come la Presidenza della Repubblica avrebbe potuto negarne l'emanazione ai sensi dell'art. 87 Cost. E tanto più – si potrebbe aggiungere - che l'art. 15/2 co. l. 400/1988, all'atto di limitare l'ambito di impiego del decreto legge vieta solo le deleghe



legislative riconducibili all'art. 76 Cost.: non le deleghe del Governo ad un organo dell'amministrazione, fermo restando il vincolo – in questo caso sì problematico – gravante sul decreto legge a contenere 'misure di immediata applicazione' ai sensi dell'art. 15/3 co.

E infatti, se, da questo punto di vista, un problema era da ritrovare nel d.l. 6/2020, questo stava nel fatto di rinviare, per la concreta disciplina dell'emergenza in corso, ad atti ulteriori – appunto i 'nuovi' dPCM – cui spettava il compito di 'specializzare' ulteriormente le prescrizioni, anche troppo indeterminate, di quel decreto legge. Ma questo, bisogna dire, appare davvero un peccato veniale a fronte della straordinarietà della situazione, in cui, come si è giustamente notato, non si trattava di gestire un singolo evento di rottura della regolarità sociale, ma si trattava di governare una fase destinata a durare indefinitamente nel tempo.

#### **4. Le oscillazioni tra disciplina generale e discipline speciali. Il Codice sulla Protezione Civile e il d.l. 6/2020**

Ora, che la base legislativa della serie di dPCM che sono stati adottati dal febbraio 2020 in poi debba essere ritrovata nel gioco tra disciplina generale e discipline speciali, può aiutare a comprendere le ragioni che stanno alla base delle difformità dell'intervento governativo rispetto agli schemi – di per sé non chiarissimi – prefigurati nel T. U. E aiuta a comprendere le ragioni delle (comprensibilissime) polemiche che hanno accompagnato l'accentramento in capo alla Presidenza del Consiglio dei poteri di ordinanza.

E infatti, se è vero che la dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio è stata adottata in piena conformità agli artt. 7 lett. c) e dell'art. 24 co. 1 del T.U., e cioè con una delibera collegiale del Consiglio dei Ministri, è altrettanto vero che il T.U. configura il potere d'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri in modo sostanzialmente difforme rispetto a quanto è stato fatto poi sulla base dei decreti legge susseguitisi dal febbraio 2020. E infatti, stando all'art. 5 del T. U., intitolato alle *Attribuzioni del Presidente del Consiglio*, "Il Presidente del Consiglio dei ministri, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24, per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile, e 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".

Ci si trova, insomma, di fronte ad una disposizione che distingue in modo abbastanza chiaro gli atti che dispongono le *politiche di coordinamento* tra le diverse amministrazioni dello Stato e degli enti locali – espressamente riservati al Presidente del Consiglio, e che possono essere ricondotte alla dimensione della direttiva - dai *poteri d'ordinanza* veri e propri, che sono detenuti dal Presidente del Consiglio, ma che, stando alla lettera della disposizione, dovrebbero essere normalmente esercitati dal Capo del Dipartimento, a meno che la de-

libera dichiarativa dello stato di emergenza non disponga diversamente, attribuendo la competenza ad emanare questi atti allo stesso Presidente del Consiglio. Si tratta senz'altro di una norma ambigua, che copre troppe eventualità, ma è comunque abbastanza chiara da far intendere che l'attribuzione o meno al Presidente del Consiglio del potere di ordinanza dipende dal contenuto della dichiarazione dello 'stato di emergenza'<sup>28</sup>.

Il punto è che se si esamina la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020<sup>29</sup> si legge chiaramente che *“Per l'attuazione degli interventi di cui dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3.”*

Il 31 gennaio si sceglie, insomma, la via maestra; e cioè la strada dell'esercizio del potere di ordinanza da parte del Capo del Dipartimento, plausibilmente sotto la direzione politica e il coordinamento della Presidenza del Consiglio, con il corollario, imposto dall'art. 25 T. U., per cui queste ordinanze *“ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare”, “devono essere specificamente motivate”* e devono essere *“emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate”*.

Insomma, e più chiaramente, l'art. 25 del T. U., e il tenore della delibera del 31 gennaio, imponevano, come condizioni di legittimità di ogni singolo dPCM, a) l'indicazione delle norme di legge derogate; b) la motivazione in ordine alle ragioni della deroga; c) la preventiva intesa con le Regioni quanto al contenuto degli atti. Sicché ogni ordinanza che non avesse rispettato queste tre condizioni sarebbe stata evidente illegittima.

Precisare come fa, con un certo puntiglio, l'art. 25 del T. U. che le ordinanze di protezione civile devono essere 'specificamente motivate' non è un pleonasma, ma è semmai indice del fatto che queste ordinanze, nel più vasto genere delle ordinanze emergenziali, potendo avere anche natura normativa, potrebbero sfuggire, in quanto tali, al generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in virtù di quanto previsto dall'art. 3 co. 2 l. 241/1990 (*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*). Sicché la 'specificata motivazione' non è inutile, ma serve a garantire la giustiziabilità di queste stesse ordinanze. Diverso è, evidentemente, il discorso per le ordinanze di gestione concreta dell'emergenza (ad es. per l'approvvigionamento di mezzi e risorse da destinare agli interventi) per le quali è comunque imposto l'obbligo di motivazione, ma delle quali è oggettivamente difficile sostenere la natura normativa e che, nella logica che sembra di cogliere nell'art. 24 T.U., dovrebbero essere normalmente attribuite alla competenza del Capo Dipar-

---

<sup>28</sup> Dubbi sulla perspicuità della norma si trovano anche in E. Catelani, *I poteri del Governo nell'emergenza*, cit., p. 730.

<sup>29</sup> G.U. Serie Generale n. 26 del 1 Febbraio 2020.

timento. Dovrebbe insomma esser chiaro che con l'espressione 'ordinanza di protezione civile' si allude, nell'art 25 T.U., soltanto ad un *veicolo formale*, che può assolvere tanto a funzioni materialmente normative, quanto a funzioni amministrativo-gestionali: uno strumento flessibile, insomma, a disposizione dell'amministrazione che può essere colmato di qualunque contenuto a seconda della necessità.

E' comunque chiaro che alla base della lettera dell'art. 25 sta, innanzi tutto, la consapevolezza del dibattito sulla natura normativa o meno delle ordinanze emergenziali, e la consapevolezza della riluttanza della dottrina giuridica (e della giurisprudenza) a riconoscerne, in termini generali, il carattere normativo<sup>30</sup>. E sta, in secondo luogo, il tentativo di dissipare, per quanto possibile, e *limitatamente a questa classe di ordinanze*, i dubbi sulla loro reale portata e natura. Si tratta di atti tipizzati in modo abbastanza stringente; che possono derogare alla legislazione vigente; che diversamente dalle fonti ordinarie hanno bisogno di motivazione; che possono essere immesse nell'ordinamento nei limiti di tempo e di spazio giustificati dallo stato di emergenza; che sono espressamente impugnabili avanti la giurisdizione amministrativa (art. 25 co. 9 T.U.); e che trovano il loro limite nel sindacato di proporzionalità e ragionevolezza/eccesso di potere che è connaturato a questo tipo di atti. Atti dell'amministrazione, insomma, che però possono derogare alle leggi in via temporanea, e quindi legittimi, a patto che la deroga non debordi in deroga permanente.

Si tratta di condizioni che sappiamo benissimo non essere state, se non in minima parte, soddisfatte dalla successiva catena di dPCM, che sono stati redatti al di fuori delle prescrizioni dell'art. 25 d.lgs. 1/2018, innanzi tutto in punto di motivazione e di indicazione delle norme di legge derogate. E' infatti con il d.l. 6/2020 che si realizza il primo, significativo scostamento in deroga dalla disciplina generale del T.U.: scostamento che si realizza attraverso la diretta attribuzione al Presidente del Consiglio del potere di adottare ordinanze che, presentando caratteri nettamente differenti, non possono più essere ricondotte alla disciplina generale delle ordinanze ex art. 25 T. U., ma devono essere intese come atti amministrativi atipici, a contenuto normativo e generale, che inseriscono nell'ordinamento discipline direttamente conformative delle libertà costituzionali.

Si è trattato, insomma, di ordinanze emergenziali di tipo nuovo, create *ad hoc* per l'occasione, che presentano solo alcune delle caratteristiche tradizionalmente proprie del diritto dell'emergenza, e che, come si diceva, debbono essere viste come *una disciplina eccezionale dell'emergenza* da coordinare ex art. 14 disp. prel. alla disciplina generale contenuta nel T. U. Protezione Civile.

---

<sup>30</sup> Su cui ora E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019.

Che il d. l. 6/2020 richiamasse in premessa la dichiarazione dello ‘stato di emergenza’ del 31 gennaio 2020, non solo non rileva sul versante della qualificazione di questi dPCM, ma semmai ha generato confusione, suggerendo l’idea che i dPCM che sarebbero stati emanati dovessero essere riconducibili a quel ‘tipo’ di ordinanze emergenziali, mentre in realtà si trattava di qualcosa di diverso.

Basta esaminare, da questo punto di vista, il contenuto del d.l. 6 febbraio 2020 n. 6 (poi abrogato del dl. 19/2020 reperibile in G.U 23 febbraio 2020 n. 45) il cui art. 1 afferma al co. 1 che *‘le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica’* e passa poi ad esemplificare al co. 2 (*“tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti”*) solo alcuni degli interventi che sono stati di seguito adottati dal dPCM del 23 febbraio 2020 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19); dal dPCM del 25 febbraio 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19); dal dPCM del 4 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale); dal dPCM 8 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19); dal dPCM del 9 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale); dal dPCM dell' 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 epidemica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale) e, da buon ultimo, dal dPCM 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 epidemica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale).

Si tratta di una catena di 7 dPCM., che richiamano tutti come base normativa il d.l. 6/2020, e che si fondano (art. 3 d.l. 6/2020) sull’attribuzione di competenza in capo al Presidente del Consiglio ad adottare generiche misure di *‘contenimento e gestione’*, in deroga all’art. 5 T. U., e comunque in difformità rispetto alla delibera sullo stato di emergenza del 31 gennaio 2020. Offrono una motivazione stilizzata. Non indicano espressamente le norme di legge derogate. Omettono l’intesa con le Regioni, sostituita dal d.l. 6/2020 da un obbligo di consultazione con “i Presidenti delle Regioni competenti” nel caso in cui le ordinanze *‘riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni’*, ovvero il Presidente della Conferenza Stato-Regioni *‘nel caso in cui riguardino il territorio nazionale’*. Estendono, non si sa davvero con quale fondamento, la sanzione di cui all’art. 650 c.p. alla violazione delle prescrizioni di cui ai diversi dPCM.

Che questo decreto legge ponesse seri problemi di tenuta, dal punto di vista della legittimità costituzionale, tanto rispetto al sistema delle riserve di legge, quanto al rispetto del riparto costituzionale di competenze ex artt. 117 e 118 Cost., può essere colto dal fatto che, fatte salve le esemplificazioni non esaustive previste all'art. 1, vi si affermava (art. 2) che, comunque, *'Le autorità competenti'* avrebbero potuto *'adottare ulteriori misure di contenimento e gestione ... anche al di fuori dei casi di cui all'art.1 co.1'*".

Insomma, la clausola dell'art. 2 del dl. 6/2020 concretava un perfetto esempio di norma in bianco che delegava ad una fonte *extra ordinem*, istituita dallo stesso decreto – appunto il dPCM – il potere di intervenire in materie coperte da riserva di legge sulla base di una clausola autorizzatoria generale, priva di specifico contenuto materiale, e in almeno apparente deroga al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni. Si è trattato di una figura nuova, che (di fatto) ha realizzato una temporanea delegificazione di larga parte dell'ordinamento, affidandone la disciplina alla determinazione dell'autorità amministrativa; e che tuttavia, rispetto alla figura della delegificazione – almeno per com'è descritta nell'art. 17 co. 2 l. 400/1988 – ha presentato la particolarità di non indicare esaustivamente le materie oggetto di intervento amministrativo; di non rispettare l'obbligo di preventiva determinazione delle norme generali regolatrici della materia; di non indicare espressamente le norme (di legge o di regolamento) la cui efficacia doveva ritenersi temporaneamente sospesa a seguito dell'emanazione di ciascuna ordinanza<sup>31</sup>.

Certo, trattandosi di atti formalmente imputabili all'amministrazione, questi dPCM avrebbero potuto essere sempre oggetto di autonoma impugnazione avanti il giudice amministrativo. Così come avrebbe potuto essere impugnata in qualunque momento la dichiarazione dello 'stato di emergenza' del 31 gennaio 2020, e di quelle che sono seguite. Il che – va detto – ha contribuito non poco ad attenuare l'irritualità della prima fase di gestione dell'emergenza. E' vero, insomma, che alla pervasività ed intensità di questi interventi dell'amministrazione faceva riscontro la fragilità formale degli atti attraverso cui questi interventi venivano realizzati, visto che sarebbe bastata la pronuncia di un qualunque TAR a sospenderne od annullarne l'efficacia. E nondimeno bisogna ammettere che il sindacato nei confronti di questi stessi atti difficilmente avrebbe potuto essere costruito se non sui principi di proporzionalità o ragionevolezza, visto che, almeno formalmente, questi poteri normativi, eccezionali e temporanei, di una base legale, per quanto discutibile, erano forniti: e questa base legale era il d.l. 6/2020.

Semmai, come si è detto, ad essere problematica era la lettera del d. l. 6/2020, tanto indeterminata nel suo conferimento di poteri da sollevare diffusa preoccupazione quanto al rispetto dei meccanismi delle riserve relative di legge di cui è disseminata la Costituzione, quanto al rispetto del principio di legalità, che, almeno nei settori coperti da riserva relativa di legge, non può che intendersi senso sostanziale. Insomma, ad essere problematico, nella sua genericità quanto ai settori interessati, e nella sua assenza di norme generali, era assai

---

<sup>31</sup> Sulla natura della delegificazione, in termini generali, cfr. G.M. Demuro, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, Giappichelli, 1995.

più il decreto legge attraverso il quale il Governo conferiva a sé stesso poteri atipici di emergenza, che i singoli dPCM che esercitavano questa forma di delega anomala, concentrata in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. A cui, come si è visto, si aggiungeva un aggravamento ulteriore degli obblighi costituzionali di intesa con le Regioni.

Da qui le diverse reazioni, politiche – e non solo politiche - sulla concentrazione di poteri in capo alla Presidenza del Consiglio; sull'aggravamento o sulla violazione del riparto costituzionale di competenza nei rapporti tra Stato e Regioni, e tra Stato ed enti locali; sulla violazione del sistema di riserve di legge, palesemente alterato da quel decreto legge.

## 5. Le oscillazioni tra disciplina generale e discipline speciali. Il d. l. 19/2020

Non deve stupire, pertanto, che il d.l. 6/2020, convertito a fatica, con modifiche marginali, con la l. 5 marzo 2020, n. 13, sia stato oggetto di un intervento di abrogazione espressa da parte del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale non solo abrogava il primo decreto legge, ma (giustamente) si preoccupava di far salvi gli effetti prodotti *pro tempore* dai primi dPCM, oltre che dai provvedimenti del Ministro della Salute ex art. 32 l. 833/1978 (art. 2 co. d. l. 19/2020)<sup>32</sup>. E si sia messa a punto, con lo stesso decreto legge, una tecnica normativa diversa, che si è rivelata definitiva, costruita ancora sulla sequenza decreto legge-dPCM: prevedendosi però, stavolta, una elencazione dettagliata delle misure potenzialmente applicabili, nel cui ambito i singoli provvedimenti attuativi - adottati, ai sensi dell'art. 2, sempre con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri - avrebbero potuto selezionare, a seconda del luogo e del momento, quelle più opportune ed efficaci.

E' chiaro che l'obiettivo era quello di chiudere la primissima fase di gestione dell'emergenza, e ricondurre alla legalità costituzionale gli interventi in deroga, predeterminando con una fonte equiparata alla legge il ventaglio delle opzioni a disposizione dell'amministrazione. In questa nuova disciplina, *comunque derogatoria del T. U. Protezione Civile*, il potere di ordinanza (art. 2) era confermato in capo alla Presidenza del Consiglio, che però l'avrebbe esercitato su proposta del Ministro della Salute; si confermava l'obbligo di 'sentire' i Presidenti delle Regioni interessate da singoli provvedimenti o il Presidente della Conferenza Stato-Regioni nel caso in cui il provvedimento riguardasse l'intero territorio nazionale; si ammetteva, con la stessa logica, la possibilità, per i Presidenti di Regione o per il Presidente della Conferenza, di proporre l'adozione di provvedimenti da parte della Presidenza del Consiglio; si attribuiva al Ministro della Salute, in caso di urgenza, la facoltà di adottare ordinanze ex art. 32 l. 833/1978 di anticipazione del contenuto dei dPCM, comunque destinate a perdere efficacia al sopravvenire del corrispondente decreto.

---

<sup>32</sup> Dubbi sulla efficacia di questa sanatoria a mettere al riparo da annullamento o disapplicazione gli effetti prodotti *pro tempore* dai dPCM adottati in base del d. l. 6/2020 in M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112. Il che, si dovrebbe aggiungere, potrebbe essere astrattamente destinato a riverberarsi anche sulla responsabilità giuridica connessa all'adozione di questi atti, quanto sulla legittimità delle sanzioni irrogate nel periodo di vigenza del d.l. 6/2020.

Si trattava, ancora una volta – e non ci dovrebbe essere neanche bisogno di dirlo – di ordinanze strutturalmente diverse rispetto a quelle previste in via generale dall'art. 25 T. U.: non avevano obbligo di motivazione; non avevano l'onere di indicare le norme di legge derogate; non richiedevano l'intesa con le Regioni. Insomma, delle ordinanze ex art. 25 T.U, questi 'nuovi' dPCM avevano soltanto la denominazione formale, e l'attribuzione allo stesso organo, ma erano, ancora una volta, cosa sostanzialmente diversa perché poggiavano la loro legittimità su una disciplina diversa, quella del d. l. 19/2020. Così non fosse stato, e a queste ordinanze si fosse dovuta applicare la disciplina generale, è altrettanto evidente che ci si sarebbe trovati ad ordinanze totalmente illegittime.

Si correggeva, in questo modo, una tecnica di normazione introdotta con evidenti lacune dal d.l. 6/2020, e si consegnava alla successiva prassi normativa un modo di procedere destinato ad essere in seguito riprodotto senza variazioni degne di nota nei d. l. 33/2020 e, ancora, nel d.l. 158 del 2 dicembre 2020, con la definitiva acquisizione del meccanismo così disegnato e con l'introduzione del sistema 'a semafori' per la riconformazione delle situazioni soggettive su base territoriale.

## 6. Ordine delle fonti e sistema degli atti di diritto pubblico

In questo gioco di rapporti tra disciplina generale e disciplina speciale - ma si dovrebbe dire discipline speciali - dell'emergenza sta la chiave di volta per valutare i singoli dPCM dal punto di vista della loro collocazione nell'ordine delle fonti.

Altri hanno già messo in luce i problemi di tecnica normativa presenti nella catena di decreti legge attraverso la quale si è proseguito nella gestione dell'emergenza<sup>33</sup>: la tendenza ad abrogare con un decreto legge disposizioni collocate in precedenti decreti legge, prima della conversione, con le questioni di diritto intertemporale che ne sono discese (è il caso del d.l. 18/2020 abrogato dal d.l. 23/2020); la tendenza ad aggirare i vincoli alla reiterazione disposti con la dec. 360/1996, comunque giustificati dalla oggettiva incertezza quanto alla durata della pandemia; la presentazione di decreti *omnibus* in cui è difficile trovare il rispetto del divieto di norme 'intruse' sulla base di quanto previsto dall'art. 15 l. 400/1988 e confermato dalla giurisprudenza costituzionale fin da 171/2007 (è il caso del decreto cd. 'rilancio' n. 34/2020, composto di 266 articoli poi rimaneggiati in sede di conversione, del decreto cd. 'semplificazioni' 76/2020, e soprattutto del d.l. 83/2020 che proroga la durata in carica dei vertici dei servizi segreti); la tendenza all'approvazione in Consiglio dei Ministri del testo di decreti legge 'salvo intese', qualunque cosa questa formula voglia dire

Se invece ci si vuole interrogare su 'cosa' siano stati – e continuano ad essere – questi dPCM, bisogna ammettere che l'impossibilità di ricondurli ai 'tipi' di normazione espressamente previsti in Costituzione – e che ha indotto taluni a ritenerne la radicale illegittimità<sup>34</sup> -

---

<sup>33</sup> Si veda la sintesi che di questa vicenda si ritrova in E. Catelani, *I poteri del Governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili ?*, cit.

<sup>34</sup> G. Brunelli, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 50.; più articolata la posizione di M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, (18 marzo

non significa granché dal punto di vista della loro attitudine a conformare situazioni soggettive costituzionalmente protette. Semmai, come si diceva all'inizio, la vicenda della pandemia ha riportato alla luce problemi antichi del rapporto tra potere normativo del parlamento e dell'amministrazione, che si rifanno alla questione dei poteri normativi *extra ordinem*, e al sindacato che è possibile esercitare nei confronti delle forme di esercizio di questi stessi poteri.

Quello dei dPCM, insomma, più che un problema di legittimità costituzionale, o di generico rispetto della Costituzione e dei ruoli che questa ripartisce tra Parlamento e amministrazione, è più un problema di rispetto del principio di legalità, e delle forme da rispettare per consentire la verifica di questo principio da parte della giurisdizione (non solo) amministrativa. Su questo versante, semmai, la Costituzione entra in gioco da un altro punto di vista: e cioè con riferimento al diverso atteggiarsi del principio di legalità nei settori coperti da riserva di legge, con il corollario del divieto di deleghe in bianco all'amministrazione del genere, ad es., di quella contenuta nel d. l. 6/2020, laddove la riserva debba essere intesa come riserva relativa.

Il che, però, anziché ritenere che tutto quanto non sia previsto in Costituzione sia necessariamente *contra constitutionem*, dovrebbe indurre a riscoprire che il diritto costituzionale è, se così si può dire, cosa più ampia della Costituzione e dei suoi tipi normativi. E che il sistema degli atti di diritto pubblico va ben al di là di quanto prevede la Costituzione, che di questo sistema si limita a disciplinarne una parte, lasciando poi alla legge (e alle fonti equiparate) il compito di sviluppare questa sistemica, adattandola alle esigenze di gestione di bisogni e interessi che si presentano nel tempo. Nel che, si può dire, si manifesta la differenza tra legittimità costituzionale e legalità dell'azione amministrativa. Insomma, piaccia o non piaccia, la sistemica degli atti di diritto pubblico è senz'altro un *numerus clausus*, ed è senz'altro retta da un principio di tipicità, diversamente da quanto avviene nella diversa sfera del diritto privato. Ma non è definita dalla Costituzione: *extra constitutionem*, in altre parole, non vuol dire necessariamente *contra constitutionem*. La sistemica degli atti di diritto pubblico è, nella sua gran parte, in mano alla legge, fermo restando che alla disponibilità della legge sono sottratti gli atti direttamente disciplinati dalla Costituzione. Ma comunque la legge, nel suo potere di governare questa sistemica, anziché essere libera di muoversi come crede, come ad es. poteva essere nel vecchio sistema statutario, è tenuta a rispettare i vincoli che le sono apposti dalla Costituzione e dagli istituti che questa si ritrovano. E cioè, innanzi tutto, riserva di legge e principio di legalità.

Sicché, riflettendo su questo assetto, si capisce benissimo che il sovrapporsi della Costituzione non ha fatto venir meno il vecchio impianto, tipico dello Stato di diritto, che pretendeva di governare lo Stato amministrativo, e i suoi apparati, attraverso la supremazia della legge. La Costituzione del 1948, al momento della sua entrata in vigore, ha conservato quel sistema, però modificandolo ed adattandolo alle esigenze che discendevano dal nuovo

---

2020), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), secondo il quale la situazione di illegittimità avrebbe riguardato (giustamente) solo i dPCM che, nelle loro previsioni, fossero andati al di là di quanto espressamente consentito dal d.l. 6/2020.



principio di rigidità costituzionale: non sostituendo, insomma, integralmente il nuovo impianto al vecchio, ma modificando il vecchio attraverso la ridefinizione del ruolo della legge. Che infatti, con la tripartizione riserva di legge assoluta, riserva di legge relativa, principio di legalità, finisce con il rapportarsi in modi diversi al potere normativo dell'amministrazione, di volta in volta escludendolo (laddove si ritrovi una riserva assoluta), condizionandolo dall'interno (attraverso le norme generali delle riserve relative), condizionandolo dall'esterno (laddove operi il principio di legalità). Per questo chi, come F. Modugno, ha messo in luce ancora anni addietro la perdita del carattere unitario della legge come categoria dogmatica unitaria, in ragione della articolata tipizzazione che della legge si ritrova in Costituzione, e che deriva dal suo complesso sistema di riserve e procedimenti speciali, ha, almeno su questo versante, colto perfettamente nel segno<sup>35</sup>.

L'attenzione riservata al principio di rigidità da parte della dottrina giuridica di età repubblicana ha insomma cospirato a lasciare in ombra il fatto che, nonostante le innovazioni prodottesi con l'entrata in vigore del testo costituzionale, il sistema degli atti di diritto pubblico continuasse ad essere governato dalla legge e, evidentemente, dagli atti ora a questa equiparati dalla stessa Costituzione<sup>36</sup>. In altri termini, e per usare un linguaggio dell'oggi, che lo Stato di diritto si fosse trasformato in Stato costituzionale di diritto, poco aveva (e poco continua ad avere) a che fare con il permanere, anche in nel nuovo contesto, del problema di struttura sul quale si è modellata l'esperienza storica dello Stato di diritto, e cioè il problema del rapporto tra Parlamento e Governo, o, se si preferisce, del rapporto tra legislazione e amministrazione, innanzi tutto (ma non solo) sul versante dei relativi poteri normativi.

E' semmai alla tendenza a leggere l'ordine delle fonti alla luce di una 'immagine' pre-costituita di forma di governo parlamentare che si deve imputare anche la tendenza, mostrata dalla dottrina giuridica dopo il 1948, ad abbandonare le impostazioni più antiche di questo rapporto, facendo leva sull'osservazione per cui, nel nuovo Stato costituzionale, non avrebbe potuto darsi potere normativo che non ritrovasse la sua legittimazione nella Costituzione: insomma, detronizzata la legge come centro di razionalizzazione e unificazione dell'ordine giuridico, se ne doveva cercare un sostituto<sup>37</sup>. E questo sostituto, dopo il 1948, è stato trovato nella Costituzione.

E che la Costituzione potesse assolvere, ed abbia assolto, almeno fino ad oggi, questo compito è senz'altro vero<sup>38</sup>. Meno rispondente a verità era che fosse la Costituzione a

---

<sup>35</sup> F. Modugno, *Legge in generale (diritto costituzionale)*, in Enc. dir., 1973, 872 ss.

<sup>36</sup> Il che, in altri termini, vuol dire che il sistema delle fonti è soltanto una parte del più generale sistema degli atti di diritto pubblico. Sul che, ancora una volta, G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 291..

<sup>37</sup> M. Nigro, *Il segreto di Gerber*, in Quad. Fior. 1973, p. 332.

<sup>38</sup> Così come è vero che la stessa Costituzione stia cedendo il passo a favore di altri centri di unificazione dell'ordinamento, indicati con lungimiranza già da M. Nigro, op. loc. cit.: "La frantumazione del sistema normativo e la sua incessante, sempre più accelerata, modificazione rendono ogni giorno più difficile quella soddisfazione delle esigenze di unità e di certezza senza la quale un ordine giuridico neppure è concepibile e comunque non è idoneo a realizzare gli scopi pratici per cui esiste. Detronizzata la legge, nell'ottocento centro di razionalizzazione e di unificazione dell'ordine giuridico, si ricerca qualcosa che possa assumerne in qualche modo la funzione. Si è pensato al diritto naturale, alla costituzione (materiale o formale), al giudice, ad una legislazione di principio, a ciascuna di queste cose da sola o variamente commista con le altre. Sono tutte proposte interessanti

governare direttamente tutto il sistema degli atti normativi. Che si fosse passati da una forma di governo duale, giocata sul rapporto tra una legittimazione originaria ed una derivata dall'investitura popolare, ad una forma di governo monista, imperniata sulla sola legittimazione democratica, ha indotto gli studiosi a ritenere che anche le dottrine della originarietà del potere amministrativo meritassero di essere confinate nello scaffale della storia e, in parallelo, a ritenere che non ci fosse potere normativo che non fosse governato direttamente dalla Costituzione. Sicché l'*extra constitutionem* avrebbe necessariamente dovuto coincidere con il *contra constitutionem*.

In realtà l'originarietà del potere amministrativo non è venuta meno solo per l'avvento della rigidità costituzionale e per il passaggio ad una forma di governo che superava il vecchio assetto dualista. Certo, è venuta meno l'idea che l'amministrazione potesse legittimarsi in virtù del rapporto diretto che le burocrazie potevano vantare con la Corona. E non c'è dubbio che, in questo senso, l'originarietà dell'amministrazione sia venuta meno. Ma non è venuta meno la circostanza per cui l'organizzazione amministrativa coincida, nella sua gran parte, con l'organizzazione statale: e che lo Stato, quando non agisce attraverso legislazione e giurisdizione, è sempre e solo amministrazione.

E' dall'accettazione di questo, che è un ineliminabile dato di struttura dell'azione statale, che si possono cogliere le ragioni del periodico riapparire delle vestigia dello Stato amministrativo in tutte quelle situazioni in cui il bisogno di provvedere immediatamente – e cioè, letteralmente, senza mediazioni – sopravvanti la necessità di attendere i tempi necessari alla vita dello Stato costituzionale. Che, per giustificare questo genere di evenienze, si sia, di volta in volta, indotti a fare ricorso a concetti o categorie presupposte dalla Costituzione positiva, quali possono essere la *salus rei publicae*, il 'principio di continuità dello Stato', ovvero il 'principio di unità ed indivisibilità' della Repubblica, o altro ancora<sup>39</sup>, può servire, semmai, a dare la misura di quanto riluttante continui ad essere la dottrina giuridica ad ammettere la permanenza nello Stato costituzionale di elementi che si vorrebbero definitivamente superati. E che invece permangono, come ci ha dimostrato la vicenda, non ancora conclusa, dei dPCM: solo che permangono in forme diverse dal passato, e quindi stentano ad essere riconosciuti.

## 7. Potere di ordinanza e 'urgente necessità'

Sulla base di ciò, è forse più facile essere consapevoli delle ragioni che stanno alla base della difficoltà di conciliare un approccio totalizzante alla Costituzione con la permanenza, nell'ordinamento, di istituti come il potere di ordinanza di cui al vecchio T.U.L.P.S.: con la difficoltà, in altre parole, di conciliare l'"urgente necessità" di cui all'art. 77 Cost. con le preesistenti ordinanze 'contingibili ed urgenti'. Che a governare il rapporto tra questi istituti siano riserva di legge e principio di legalità, però, non dovrebbe essere cosa nuova per gli

---

e da vagliare. Per sua parte, Gerber ci suggerisce di non dimenticare la giurisprudenza teorica, la funzione unificatrice e razionalizzatrice di questa giurisprudenza".

<sup>39</sup> Come, ad es., si fa in M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 113.

studiosi. E' dalla dec. 8/1956, in punto di poteri prefettizi d'ordinanza, che la Corte costituzionale ha dichiarato la conformità dei poteri di emergenza dell'amministrazione all'impianto costituzionale tracciato nel 1948, a condizione che gli atti di esercizio di questi poteri fossero a) non stabili, ma ad efficacia limitata nel tempo; b) proporzionati alla situazione; c) adeguatamente motivati; d) oggetto di pubblicazione nel caso in cui avessero portata generale; e) fossero coerenti con i principi generali dell'ordinamento giuridico. Atti amministrativi, insomma, temporaneamente abilitati a sostituirsi, in deroga, a disposizioni di legge; però diversi dai decreti legge che, secondo la Corte, 'hanno altri caratteri ed altri effetti'.

Si tratta di uno statuto da sempre ben noto, che è stato integrato con la dec. 26/1961, nel momento in cui si è precisato che "nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito." Insomma, che ancora in quella sentenza del 1961 si lamentasse, da parte della Corte, la riluttanza del legislatore a fare propri i criteri enunciati nel 1956, modificando il TULPS per adattarlo al diverso impianto del sistema delle fonti introdotto dalla Costituzione, la dice lunga della difficoltà, riemersa nella vicenda dei dPCM, a conciliare l'originario impianto dello Stato amministrativo, sulla cui logica era costruito il TULPS, con il nuovo Stato costituzionale di diritto<sup>40</sup>.

Ma riprendere quella sentenza del 1961 è interessante anche da un altro punto di vista, perché rileggendola è facile avvedersi che i problemi (e i timori) che sono stati agitati in rapporto all'emergenza del 2020, sono esattamente gli stessi di cui dà conto la Corte nella sua limpidissima motivazione di allora. E cioè violazione del sistema delle riserve di legge; stabilità degli effetti nel tempo delle ordinanze emergenziali; rottura della legalità costituzionale a favore di atti amministrativi dal contenuto sostanzialmente normativo; necessità di ricondurre la disciplina dell'emergenza alla logica dell'art. 77 Cost. E nondimeno, pur avendo perfettamente presenti questi profili, la Corte non aveva problemi a concludere che "i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte fin dalla precedente sentenza". E cioè nella dec. 8/1956.

Certo, non c'è dubbio che da allora il sistema delle ordinanze amministrative formatosi sul calco delle ordinanze prefettizie del TULPS sia poi andato incontro ad uno sviluppo

---

<sup>40</sup> Su cui già, diffusamente, V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1987.

allora inimmaginabile, tanto da dare vita ad un autonomo sottosistema di atti, variamente denominati, che ibridano funzione legislativa e funzione amministrativa: le 'norme d'ordinanza', appunto, di cui, ad es., si è parlato di recente<sup>41</sup>. Così come non è dubbio che negli ultimi anni si sia assistito ad una abnorme proliferazione di discipline derogatorie dei procedimenti amministrativi generali il cui fondamento era da ritrovare assai più nella 'esigenza del provvedere' in deroga ai normali procedimenti amministrativi, innanzi tutto in tema di appalti pubblici, che in una situazione materiale di pericolo presente e concreto per la collettività. E' il caso, per intenderci, delle 'amministrazioni straordinarie' e delle 'gestioni commissariali' che si sono succedute per la gestione di 'grandi eventi', e che sono state istituite o con disciplina speciale, o attraverso l'impiego della disciplina generale provvista dal T. U. Protezione, come modificato ed adattato nel tempo e alle situazioni, a partire da quanto originariamente previsto dalla l. 225/1992<sup>42</sup>.

Quel che importa, però, è che la Corte costituzionale abbia tenuto fermo nel tempo l'impostazione originaria delle prime due decisioni. Lo ha fatto con la dec. 617/1987, a proposito dei poteri d'urgenza del Ministero dell'Ambiente, quando ha ritenuto conforme a Costituzione "la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata. Inoltre, i provvedimenti devono adeguarsi alle dimensioni territoriali e temporali della concreta situazione di fatto che si deve fronteggiare. Analoghe considerazioni valgono, ed a maggior ragione, per i poteri derogatori attribuiti, in caso di necessità e urgenza, in relazione ad eventi straordinari di elevata pericolosità; poteri che trovano il loro titolo specifico e i loro limiti nella esigenza della pronta iniziativa e del coordinamento delle attività di intervento e di soccorso. Il carattere provvisorio delle misure derogatorie da adottare è, peraltro, persino implicito nella natura stessa del titolo specifico di legittimazione."

E lo ha fatto, ancora di recente, con la dec. 115/2011, quando ha distinto tra le ordinanze sindacali previste dall'art. 54 co.4 del T.U. E L. e le ordinanze adottate sul presupposto di 'urgente necessità', affermando che "*non è consentito alle ordinanze sindacali «ordinarie» ... di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti*".

Che, insomma, l'amministrazione, in nome dei poteri d'emergenza possa temporaneamente derogare a norme legislative è un dato di fatto acquisito da tempo al nostro ordinamento costituzionale<sup>43</sup>. Che questo, poi, sia difficilmente compatibile con il figurino della

---

<sup>41</sup> G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in Dir. Amm. 1-2/2016, p. 33; E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza*, cit.

<sup>42</sup> Su cui almeno G. Razzano, *Il Codice di Protezione Civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in Consulta Online 2020; A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>43</sup> Come si spiega bene in E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza*, cit.

produzione normativa che si vuol ricavare dalla sola Costituzione è un altro problema, che rinvia, ancora una volta alla tensione tra Stato amministrativo e Stato parlamentare di cui si è detto all'inizio. E di cui i dissidi sulla natura sostanziale o formale del principio di legalità, sulla originarietà o derivazione del potere regolamentare, che hanno caratterizzato il percorso della dottrina giuridica, dal 1948 ad oggi, sono esempi fin troppo noti. E su cui non vale la pena tornare.

## 8. Stato di guerra o un decreto legge viziato?

Si può dire allora che tutto sia andato bene nella gestione dell'emergenza? E' evidente che no. Ma dovrebbe essere evidente che si tratta di problemi d'altra natura. La stessa moltiplicazione dei poteri di ordinanza che si richiamava prima a livello di sistema, e la conseguente proliferazione delle norme d'ordinanza che durante la pandemia sono state emanate da Stato, Regioni, ed enti locali, hanno messo in luce una disarticolazione mai vista prima nel funzionamento degli apparati amministrativi, ancor prima che negli organi politici che dovrebbero presiedere al loro funzionamento. Il problema, è stato, insomma, più di coordinamento (e di conflitto) fra livelli di governo dell'amministrazione pubblica, che nel rapporto tra Governo e Parlamento, come è stato lamentato da più parti. Il quale rapporto si è assestato fin dall'inizio su una situazione di sostanziale delega (politica e di ruolo) delle Camere a favore del Governo, fatto salvo l'intervento del Parlamento in sede di approvazione degli atti che gli venivano riservati dall'art. 77 e dall'art. 81 Cost.: e cioè leggi di conversione e scostamenti di bilancio, e che erano strettamente necessari alla prosecuzione dell'attività di gestione dell'emergenza avviatasi nel febbraio 2020.

Questo consente di trarre le dovute conclusioni sulle polemiche intercorse in capo alla concentrazione di poteri in capo al Governo (o alla Presidenza del Consiglio) durante la gestione della pandemia. Da questo punto di vista, l'impressione è che, più che di una concentrazione di poteri indotta dall'abuso dei dPCM, o dal sistematico uso della fiducia parlamentare, si sia trattato di una inevitabile assunzione di ruolo dell'amministrazione a fronte di una rinuncia consapevole delle Camere all'esercizio dei loro poteri. Insomma, più un temporaneo mutamento della forma di governo per mancato esercizio di poteri propri che altro: qualcosa che, in altri tempi, G. Jellinek avrebbe potuto definire un *Verfassungswandel für Nichtausübung*, un temporaneo mutamento costituzionale per mancato esercizio di funzione, che ha finito per alterare, nelle more dell'emergenza, l'equilibrio tra stato parlamentare e stato amministrativo, scaricando in modo pressoché totale il peso dell'azione statale sull'amministrazione<sup>44</sup>.

Il che, per la verità, sembra poter aiutare anche a cogliere le ragioni che hanno indotto taluni a parlare di abuso dei poteri di emergenza, o di surrettizia introduzione dello 'stato di

---

<sup>44</sup> A. Mangia, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto Costituzionale – Rivista Quadrimestrale* 1/2020. Ma, sul diverso piano della forma di governo, bisognerebbe aggiungere che questo 'mancato esercizio' sembra confermare anche la raffigurazione che della nozione di forma di governo si trova in R. Bin, *Il presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, cit.

guerra' ex art. art. 78 Cost.<sup>45</sup> E nei fatti, e cioè dal punto di vista dell'effettività, è difficile negare che la situazione ingeneratasi nell'intervallo di tempo tra l'emanazione del d. l. 6/2020, con il conferimento alla Presidenza del Consiglio di poteri normativi in deroga alla legge, e la sua espressa abrogazione dal d. l. 19/2020 sia stata, almeno di fatto, e temporaneamente, assai prossima a quella descritta dall'art. 78 Cost. Il punto è che, a rigore, ci si è trovati al di fuori della fattispecie prevista dall'art. 78: tant'è vero che non si è avuta alcuna 'delibera delle Camere' ai sensi dell'art. 78 Cost., e nemmeno si è avuto espresso conferimento di 'poteri necessari' al Governo.

Nondimeno, è difficile negare che il d. l. 6/2020, nelle more della sua vigenza, non abbia dato temporaneamente vita ad una concentrazione di poteri in capo al vertice dell'amministrazione statale che non trovavano fondamento né in Costituzione, né nella legislazione ordinaria: sia pure di quella particolare forma di legislazione ordinaria che si è definita disciplina generale dell'emergenza, che si è visto essere stata a più riprese derogata. E questa concentrazione si è manifestata attraverso l'esercizio di poteri sostanzialmente normativi dell'amministrazione in deroga ad ogni altra fonte, legislativa o regolamentare, presente nel sistema.

Uno 'strappo' costituzionale, dunque? Anche qui bisogna essere cauti. E bisogna ammettere che l'anomala situazione generatasi durante la vigenza del d.l. 6/2020 difficilmente può essere ricondotta alla problematica dimensione dello 'strappo' (*Durchbrechung*) alla Costituzione. E ciò perché in ogni momento ciascuno dei dPCM adottati sulla base di quel decreto legge avrebbe potuto essere impugnato avanti la giurisdizione amministrativa ed essere, eventualmente, annullato per le molte anomalie che li caratterizzavano: prima fra tutte quella di dipendere da un decreto legge che palesemente violava, sia pure in nome dell'emergenza, riserve di legge e principio di legalità (sostanziale). Insomma, è difficile invocare categorie estreme, che presidiano i confini del diritto costituzionale, con riferimento a decreti dell'amministrazione che avrebbero potuto essere annullati in ogni tempo da un qualunque giudice amministrativo; così come, nelle diverse fasi della pandemia, è avvenuto in diverse occasioni, e con riferimento ad altre tipologie d'ordinanza.

Sicché, per quanto ambigua nei suoi profili di novità, la situazione che si è generata nella fase di vigenza del d.l. 6/2020 è più accostabile ad una normale ipotesi di temporanea efficacia di un atto, per quanto di vasta portata, invalido da diversi punti di vista, che ad un sovvertimento dell'ordine costituzionale. Anche perché, a ragionare diversamente, bisognerebbe ritenere che ogni legge o atto avente forza di legge in contrasto con la Costituzione realizzerebbe uno 'strappo' costituzionale. Il che può essere senz'altro vero, da un punto di vista astratto: ma ha tanto a che fare con il sovvertimento dell'ordine costituzionale, quanto può averlo una legge prima del suo annullamento da parte della Corte.

## 9. Fonti fatto e delegificazioni atipiche

---

<sup>45</sup> Una sintesi del dibattito al proposito si trova ora in I. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC* 1/2021.

Ciò che resta tuttora aperto, nella vicenda, non conclusa, dell'emergenza è il problema della collocazione nel sistema delle fonti dei dPCM, e della tecnica normativa che ne sta alla base. Di fatto i decreti presidenziali adottati secondo lo schema dei dd. ll. 6 e 13 2020 hanno costituito un *aliquid novi* tanto all'interno del sistema delle fonti (ammessa, come si dovrebbe fare, la loro natura normativa), quanto all'interno del sistema delle ordinanze emergenziali o, come è fondato dire, delle 'norme d'ordinanza'.

Semmai, se si dovesse cercare di descrivere in termini giuridici il complesso di dPCM adottati sulla base del d.l. 6/2020, l'impressione è che questi siano stati, più che 'atti' normativi, dei 'fatti normativi' riconducibili alla (problematica e controversa) categoria delle fonti *extra ordinem* ossia, a quei "fatti (eventi, comportamenti) "originari" che – benché illegittimi, o comunque non previsti come produttivi di diritto dalle vigenti norme sulla produzione giuridica – nondimeno danno vita a norme che, di fatto, ricevono accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari, e si impongono come norme valide in virtù del cosiddetto "principio di effettività".<sup>46</sup>

Del resto che quei dPCM abbiano spiegato effetto normativo, per il periodo di efficacia loro proprio non sembra dubbio; così come non sembra dubbio che siano stati adottati sulla base di un decreto legge che, in nome dell'emergenza, conferiva all'amministrazione una illegittima delega in bianco ad assumere provvedimenti idonei al 'contenimento e gestione' della stessa emergenza. Che quei dPCM fossero adottati in difformità all'art. 25 T.U si è già detto; ed infatti se quella fosse stata la base giuridica della loro emanazione, non c'è dubbio che sarebbero stati atti gravemente viziati. Ma anche la circostanza di essere stati adottati sulla base di un decreto legge che violava il sistema delle riserve relative, e che delegava all'amministrazione il potere di intervenire in piena discrezionalità, in assenza di norme generali, li ha resi, per il periodo della loro vigenza, difficilmente riconducibili alla categoria delle fonti-atto.

E si crede di poter dire che quei primi, anomali dPCM debbano essere ascritti alla dimensione delle fonti-fatto per la semplice ragione che l'unica forma di sindacato possibile nei confronti di questi atti sarebbe stato quello di proporzionalità e ragionevolezza, peraltro richiamato dall'art. 1 co. 1 dello stesso decreto. Il che equivale a dire che la misura della loro legittimità non sarebbe stata altro se non la conformazione complessiva della situazione di fatto su cui questi dPCM erano destinati ad intervenire. Ad essere vero parametro della legittimità dei dPCM ex art. 1 d. l. 6/2020, insomma, non era altro se non il 'fatto' emergenziale in sé, per il contenimento e la gestione del quale ne era prevista l'adozione da parte della Presidenza del Consiglio<sup>47</sup>. Fatto emergenziale che li ha temporaneamente legittimati e ne ha

---

<sup>46</sup> R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, p. 95.

<sup>47</sup> Una ricostruzione che, con riferimento al d. l. 6/2020 sembra combinare in modo diverso il problema della 'clausola aperta' e del principio di legalità si trova in E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, cit.: "la fattispecie legislativa che autorizza l'amministrazione a regolare il fatto emergenziale in luogo del legislatore è formalmente "aperta", invero, essa è però materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità".

garantito l'osservanza. Sicché la definizione di R. Guastini sopra riportata sembra attagliarsi perfettamente: non atti, ma fatti che, benché illegittimi, danno vita a norme che ricevono (hanno ricevuto) accettazione in virtù del solo 'principio di effettività'. E della cui problematicità si doveva avere qualche consapevolezza, se è vero che nel successivo dl. 19/2020, all'atto di abrogare il precedente decreto, ci si è premurati, ad ogni buon conto, di fare salvi gli effetti temporaneamente prodotti da questi anomali decreti.

Diverso invece, è il discorso da fare per la sequenza di dPCM successivamente adottati, a partire del d.l. 19/2020, e per i successivi. Qui il fondamento degli interventi sulle situazioni soggettive costituzionalmente protette deve essere ritrovato nello stesso decreto legge: tant'è vero che, nella logica di questo, come dei dd.ll. successivi, tra le misure elencate dal decreto legge, la Presidenza del Consiglio può solo scegliere quali attivare, con proprio dPCM, in rapporto a quelle stesse finalità di 'contenimento e gestione' di cui si faceva menzione poco fa. Il che chiude, per così dire, il cerchio, dal punto di vista delle legittimazioni ad intervenire, dal momento che questo equivale a dire, per ogni misura introdotta con dPCM, che la limitazione è già stata prevista, in via generale, dall'atto avente forza di legge, e che all'amministrazione spetta solo il compito (in realtà il potere) di 'attivare' la singola misura di limitazione.

E' evidente però che questa 'attivazione' della misura dipende dalla rimozione, da parte dell'amministrazione, di una 'condizione' apposta dallo stesso decreto all'efficacia della deroga legislativa già introdotta. Con dPCM, insomma, si decide non la singola misura di limitazione, ma soltanto la sua applicazione ad un determinato ambito temporale o territoriale, secondo un meccanismo che, da questo punto di vista, ricorda, in qualche modo, quello descritto, in termini generali e con altre finalità, dall'art. 17/2 l. 400/1988. Per questo l'effetto tipico indotto da questa particolare tipologia di dPCM, può essere descritto come un caso anomalo di delegificazione temporanea di settori specifici dell'ordinamento: un caso, cioè, in cui l'effetto derogatorio disposto dal decreto legge *sub condizione*, tiene luogo della normale abrogazione *sub condizione* delle leggi di delegificazione<sup>48</sup>.

Il risultato di questo modo di guardare ai dPCM può essere quello di riconciliare, sia pure in modo problematico e precario, stato parlamentare e stato amministrativo, e di recuperare un qualche equilibrio tra questi due modi di manifestarsi del potere obiettivo statale. E di confermare l'esistenza di un sistema governato, nelle sue linee di fondo, dalla Costituzio-

---

<sup>48</sup> Una soluzione del genere è anticipata da G. Morbidelli, *Prefazione* a E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza*, cit., p. 5 a proposito delle ordinanze emergenziali in generale: "è sostenibile che ci si trovi di fronte a una situazione non molto diversa da quella che incontriamo nel regolamento delegificante, in cui la legge autorizza il Governo a regolare materie coperte da disposizioni legislative, le quali tuttavia vengono a essere abrogate per effetto dell'entrata in vigore del regolamento stesso. Quest'ultimo non modifica la legge, perché al momento in cui esso entra in vigore, in contemporanea la legge che va a sostituire ha cessato la propria efficacia. Si tratta dunque dell'applicazione del principio per cui la legge dispone della copertura regolamentare. Non solo: nel caso in esame non si dà titolo alle autorità amministrative di modificare la legge che, infatti, rimane in vigore, bensì si pongono i presupposti perché la legge non venga applicata in determinate aree del Paese e per un tempo limitato, e nel contempo sostituita da previsioni di natura secondaria. In altri termini è la stessa legge abilitativa che contiene un'«autorottura» o, meglio, una rottura della fonte a cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga". Spunti in questo senso, del resto, si trovano già in M. Ramajoli, *Potere d'ordinanza e Stato di diritto*, in Studi per A. Romano, Napoli 2010.



ne. L'interrogativo, evidentemente, non può essere se non quello relativo alla capacità di questa soluzione di durare nel tempo, proiettandosi al di là della situazione che l'ha originariamente generata: con tutti i problemi che, evidentemente, ne discenderebbero, sul duplice piano dell'ordine delle fonti e della forma di governo<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Su quest'ultimo interrogativo cfr. E. Catelani, *I poteri del Governo nell'emergenza*, cit. p. 743.