



Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 09/12/2021

AUTORE: Erik Furno*

COSTITUZIONE, FONTI DEL DIRITTO ED ORDINANZE EMERGENZIALI

Sommario: 1. Premessa. – 2. La cornice costituzionale. –3. Il quadro normativo: la prima fase dell'emergenza. – 4. La seconda fase dell'emergenza. – 5. La terza fase dell'emergenza. – 6. I dd.P.C.m. ed il principio di legalità. - 7. La natura giuridica dei dd.P.C.m. – 8. Notazioni finali.

1. Premessa

La crisi sanitaria, e poi quella economica e sociale, conseguente al diffondersi della pandemia da Covid-19, hanno inciso profondamente, seppur in via emergenziale, sulla dinamica e sulla tenuta degli ordinamenti costituzionali delle moderne democrazie pluraliste¹, costrette ad adottare misure fortemente restrittive delle libertà personali, pur di assicurare il diritto alla salute ed alla vita dei propri cittadini.

La necessità di fronteggiare l'epidemia ha portato alla centralizzazione dei poteri del governo ed alla emarginazione del Parlamento e delle autonomie territoriali, condizionando pesantemente la nostra esistenza.

Le misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica, da un lato, hanno inciso sull'equilibrio dei poteri della Repubblica, dall'altro, hanno comportato un inedito livello di compressione dei diritti fondamentali dei cittadini, sconosciuto ai più almeno dai tempi della seconda guerra mondiale, ponendo limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno, a quella di riunione, al diritto –dovere al lavoro ed allo studio e, perfino, alla libertà di culto.

* Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ V., per tutti, A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in www.dirittiregionali.it, n.1/2020, 21 marzo 2020.

Ciò ha alimentato un ampio e divisivo dibattito dottrinale in ordine alla *governance* dell'emergenza pandemica ed, in particolare, agli strumenti adoperati per far fronte ad essa e garantire la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività ex art.32 Cost.²

L'uso dell'unica fonte emergenziale prevista dalla Costituzione, cioè il decreto-legge, si è intrecciato e confuso con una produzione alluvionale di altre fonti normative, anche *extra ordinem*, che hanno prodotto conflitti di competenze, quando non un vero e proprio caos normativo, creando incertezze nei cittadini.

L'emergenza pandemica è divenuta, così, l'occasione per l'utilizzo di fonti non usuali, idonee sì a fronteggiare con immediatezza situazioni di rischio imminente, ma in deroga all'ordinamento giuridico ordinario, tanto da far temere derive autoritarie³ o affermare che anche la Costituzione fosse stata messa in quarantena⁴.

Il continuo ricorso a fonti c.d. *atipiche* ha sollevato dubbi di compatibilità costituzionale in relazione al principio di legalità sostanziale e/o formale⁵, con riferimento ai settori presidiati da riserva di legge⁶, alla tipicità delle fonti e, quindi, alla natura degli atti amministrativi nominati ma "atipici" quali le c.d. ordinanze di necessità ed urgenza.

In particolare, le maggiori critiche sono state rivolte ai noti decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (di seguito, dd.P.C.m.), fonte secondaria emanata da un organo monocratico ma del tutto libera da controlli degli altri poteri⁷, soprattutto se si considera che tali

² Tra i primi commenti cfr., *ex multis*, R. RAVI' PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 20 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione di emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 30 marzo 2020; A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta online*, 2 maggio 2020; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Rivista AIC*, n.3/2020, 5 maggio 2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n.3/2020, 21 aprile 2020, 116 ss.

³ G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo "extraordinem"*, in *Libertà e Giustizia*, 21 marzo 2020.

⁴ M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il coronavirus possono rievocare il dictator*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020, e M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020, nonché Id., *Meglio distante che latitante*, *ivi*, 19 marzo 2020.

⁵ Sul principio di legalità S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 659 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II,1, *Le fonti normative*, Padova 1993, 57 ss., per il quale «il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio *fondamento positivo*, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta (anche se implicitamente) da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio anche qui al concetto "politico" della legge»; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino 1994, 84 ss.; P. STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto - Enc. giur. del Sole 24 Ore*, VIII, Milano 2007, 688; F. POLITI, *Diritto pubblico*, VI ed., Torino 2018, 133 ss.

⁶ In generale, S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963, *passim*; F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 1207 ss., e L. CARLASSARE, *Riserva di legge*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990, 7 ss. In particolare, L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in federalismi*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 32 ss.; L. FABIANO, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Forum di BioLaw Journal*, 16 marzo 2020.

⁷ Sulla centralità del ruolo assunto dai dd.P.C.m. durante la gestione pandemica, *ex plurimis*, C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, 31 marzo 2020, 78 ss., e F.

atti hanno finito per incidere e comprimere, se non addirittura conformare, le libertà fondamentali dei cittadini.

2. La cornice costituzionale.

Senza ripercorrere le tappe di questo tormentato iter normativo-amministrativo, se non di una vera e propria emergenza normativa, tale da far rievocare ad alcuni lo schmittiano stato di eccezione⁸ o la necessità come fonte autonoma del diritto⁹, occorre esaminare la tenuta complessiva del sistema delle fonti di fronte alle inedite sfide imposte dalla pandemia da coronavirus.

E' noto che la Costituzione disciplina l'emergenza (*rectius*, i fatti emergenziali¹⁰) solo in due norme quali quella sui decreti legge (art.77)¹¹ e quella sullo stato di guerra (art.78)¹².

SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, II, *Il diritto pubblico della pandemia*, Collana di studi di *Consulta online* 4, 2020, specie 6-7.

⁸ C. SCHMITT, *Die Diktatur*, Berlin 1921, trad. it. di B. Liverani, *La dittatura*, Roma- Bari 1974, 141 ss. e *passim*, declina lo stato di eccezione attraverso le due categorie della «dittatura commissaria» e della «dittatura sovrana». L'illustre A., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922)*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, in G. Miglio e P. Schiera (a cura di), Bologna 1972, 34, ritiene lo stato di eccezione come la forma legale di ciò che non può avere forma legale (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003, 10), per cui le misure adottate in regime di eccezione sono svincolate dal contesto di diritto. In realtà, nel nostro ordinamento non vi è alcuno spazio per il c.d. stato d'eccezione, tanto più che i nostri padri costituenti, reduci dalla dittatura fascista e memori dell'art.48, comma 2, della Costituzione di Weimar che aveva aperto la strada al regime nazionalsocialista a causa della previsione di uno stato di eccezione con conseguente sospensione dei diritti fondamentali, intesero disciplinare ogni forma di emergenza esclusivamente nel perimetro delimitato dagli artt.77 e 78 della Costituzione. Evocano lo stato di eccezione G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, 1, e A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, in part. 9. *Contra*, G. SILVESTRIS, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10 aprile 2020, per cui lo stato di eccezione schmittiano presuppone «uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto». Concordano B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi*, n.6/2020, 18 marzo 2020, ed A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 6 aprile 2020.

⁹ S. ROMANO, *Sui decreti -legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e p.a. in Italia*, 1909, 1, 251 ss., ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, Milano 1950, rist. 1990, 349 ss., che identifica nella necessità, quale fonte originaria del diritto, al di là della legislazione positiva e anche contro di essa, il presupposto giustificativo del potere statale di adottare una disciplina emergenziale; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo 1, Padova 1975, 317-318, per il quale le fonti-fatto sono quelle *extra ordinem*, fatti normativi originari, che si affermano per forza propria, nonché Id., *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 192.

¹⁰ Secondo E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n.2/2021, 2, l'emergenza rappresenta «la massima espressione di un fatto che si impone sull'ordinamento e piega le fonti scritte alla necessità di dare una risposta a cui l'ordinamento non sempre riesce a fornire riscontro attraverso i suoi strumenti ordinari, predeterminati».

¹¹ Al riguardo F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in F. S. MARINI - G. SCACCIA, (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino 2020, 63 ss.

¹² In dottrina, G. FERRARI, *Stato di guerra (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1970, 816 ss. Non è prevista, quindi, al di fuori della deliberazione dello stato di guerra, alcuna dichiarazione dello stato di emergenza o di crisi, né, tanto meno, dello stato di allarme, eccezione o assedio, a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti europei (art.116 della Costituzione spagnola, artt.16 e 36 della Costituzione francese della V Repubblica, artt.80 ss. della Legge fondamentale tedesca). V. anche A. VEDASCHI, *Art.78*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO,

Se si mette da parte l'art.78, che disciplina lo stato di guerra con il conseguente conferimento al governo dei «poteri necessari»¹³, l'emergenza, sub specie della straordinarietà della necessità ed urgenza¹⁴, è prevista in via ordinaria dal Costituente attraverso l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, salva conversione in legge da parte del Parlamento, cui spetta il relativo potere¹⁵.

In disparte, la competenza esclusiva dello Stato a legiferare in materia di "profilassi internazionale" ex art.117, comma 2, lett. q), Cost.¹⁶, così come il potere sostitutivo del governo, ex art.120, comma 2, Cost., qualora gli enti territoriali restino inerti di fronte ad un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», purché sia una legge a definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione»¹⁷.

La Costituzione, quindi, non contiene una disciplina tipizzata dello stato di emergenza¹⁸, ma uno implicito statuto costituzionale dell'emergenza fondato sui tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*¹⁹, che devono comunque rispettare limiti fondamentali quali l'inviolabilità territoriale della Repubblica (art.5), il ripudio della guerra come strumento di offesa (art.11), i principi costituzionali che tutelano la salute pubblica e la pubblica sicurezza (artt. 16, 17 e 32) e le fonti sulla produzione dell'emergenza (artt.77 e 120)²⁰.

F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, parte II, Bologna 2018, 133 ss.

¹³ Per un'estensione del modello dello stato di guerra a casi di emergenza come quello attuale v. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n.2/2020, 5-6.

¹⁴ In realtà, i nostri padri fondatori intesero disciplinare, non tanto l'emergenza, quanto l'urgenza del provvedere in casi straordinari. Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 240-241, «risulta con chiarezza dall'art.77 che la necessità rappresenta unicamente un presupposto giustificativo dei "provvedimenti" del Governo, mentre la fonte ovvero il fondamento di queste misure rimane la Costituzione: la quale non distingue affatto la necessità assoluta da quella relativa, le emergenze straordinarie che abiliterebbero l'esecutivo a derogare dalle norme costituzionali, in contrapposto ai normali decreti-legge, tenuti a rispettare incondizionatamente la Costituzione medesima». Per il dibattito in Assemblea costituente G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2/2015, 4, e G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli 2016, specie 34 ss.

¹⁵ A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, *passim*. Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., 6, come nell'ultimo quarto di secolo il decreto-legge abbia preso il posto della legge ordinaria e come, in conseguenza della pandemia, si sia verificato un "effetto domino" con il decreto-legge che ha preso il posto della legge ed i dd.P.C.m. quello del decreto-legge.

¹⁶ Da ultimo, Corte cost., 12 marzo 2021, n.37, su cui *infra*.

¹⁷ Al riguardo, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid*, n.5/2020, spec.2.

¹⁸ Nella Carta costituzionale è previsto il solo decreto-legge per fronteggiare ogni forma di emergenza. In proposito G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n.1/2021, 392 ss.

¹⁹ In questo senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, 10 aprile 2020, 109 ss., in part. 113; G. ZAGREBELSKY, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita*, in *La Repubblica*, 21 marzo 2020, 7.

²⁰ Così M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, n.3/2020, 28 aprile 2020, 149. Concordano A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, 11 giugno 2020, 558 ss., specie 560-562, e S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, ivi, 531 ss., specie 546.

E' accaduto, però, che, durante il periodo repubblicano, gli stati di emergenza siano stati affrontati non solo mediante l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, ma anche mediante l'esercizio di poteri *extra ordinem*, previa adozione delle c.d. ordinanze "libere" o "a contenuto libero", atti amministrativi in grado di derogare all'ordine giuridico esistente²¹.

Trattasi di atti amministrativi, in quanto formalmente adottati da autorità amministrative, ma che, dal punto di vista sostanziale, acquistano «una forza che trascende quella propria degli atti amministrativi, perché dotati della capacità di derogare alla legislazione dello Stato»²².

Il potere di ordinanza, pur costituendo un retaggio del preesistente sistema costituzionale in cui la differente posizione costituzionale del "potere esecutivo" giustificava la presenza di poteri atipici²³, non può non fare i conti con la Carta costituzionale ed il conseguente problema della compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzano l'adozione di tali ordinanze.

L'interrogativo da porsi è se la Costituzione racchiuda o meno «il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, condizionandone l'operatività della legittimazione all'intermediazione di una fonte primaria»²⁴, tale da autorizzare la produzione di fonti di secondo grado capaci di derogare a fonti di grado superiore.

3. Il quadro normativo: la prima fase dell'emergenza.

In tale cornice costituzionale è inserito il sistema legislativo dell'emergenza²⁵, che contempla le ordinanze del Capo del dipartimento della protezione civile.

Senonché, l'impostazione del Codice, creata in previsione di calamità naturali quali terremoti, alluvioni, incendi o altre emergenze che incidono sulla struttura fisica del territorio, era inadeguata per la gestione delle emergenze sanitarie, anche di lunga durata, destinate a proiettarsi sul concreto esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini.

A seguito della dichiarazione di «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale» da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità²⁶, il Consiglio dei ministri, con delibera 31 gennaio 2020, n.26, proclamava «lo stato di emergenza di rilievo nazionale»²⁷,

²¹ Ad esempio, l'art 2 del R.D. 18 giugno 1931, n.773, consente al prefetto di adottare «i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica» nel caso in cui vi fosse «urgenza» o una «grave necessità pubblica».

²² C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2021, 81 ss., specie 89.

²³ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2021, 311.

²⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 116.

²⁵ D. lgs. 2 gennaio 2018, n.1 (Codice della protezione civile), poi seguito dal decreto integrativo e correttivo, d. lgs. 6 febbraio 2020, n.4. In precedenza, la legge 24 febbraio 1992, n.225, aveva istituito il Servizio nazionale della protezione civile, con il compito di «tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e altri eventi calamitosi».

²⁶ In data 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità dichiarava la diffusione del nuovo coronavirus (2019-nCoV) «emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale», a cui faceva seguito, in data 11 marzo 2020, la più severa dichiarazione di «pandemia».

²⁷ E' noto che la dichiarazione dello stato di emergenza, già secondo l'impianto originario della legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione civile (art.5 della legge n.225 del 1992) rappresenta il presupposto

limitato a sei mesi, ai sensi dell'art.7, comma 1, lett. c)²⁸, e 24, comma 1, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n.1 ²⁹, che attribuisce il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile(art.25)³⁰.

Per la precisione, l'art.5, comma 1, del Codice di protezione civile, nell'attribuire al Presidente del Consiglio i «poteri di ordinanza in materia di protezione civile», stabilisce che essi possono essere esercitati «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile », mentre, al comma 2, parla di «direttive», per dettare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2».

Sembrirebbe trattarsi di atti «amministrativi generali di indirizzo», che trovano il loro fondamento giuridico nei decreti legge che li autorizzano³¹.

Quindi, la deliberazione dello stato di emergenza attribuisce al Capo del Dipartimento della protezione civile il potere di adottare ordinanze *extra ordinem*, «in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico»³², sulla scia dell'art.5 del Codice della protezione civile, che consente al Presidente del Consiglio di esercitare il potere di ordinanza «tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile».

giuridico per l'attivazione del potere *extra ordinem*, potendo l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri essere adottata solo previa deliberazione dello stato di emergenza.

²⁸ L'art.7, comma 1, lett. c), d.lgs. n.1 del 2018 considera tre diversi livelli di intervento, tra cui le «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art.24».

²⁹ L'art.24, comma 1, d.lgs. n.1 del 2018 prevede che la dichiarazione possa essere adottata solo «al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate», presentano i requisiti di cui all'art.7, comma 1, lett. c).

³⁰ L'art. 25 dello stesso Codice prevede le «ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate (...)». Sul principio di leale collaborazione nella materia della protezione civile G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, n. speciale 1/2020, 183 ss. In realtà, l'art.25 del Codice riprende la disciplina previgente racchiusa nell'art.5 della legge 24 febbraio 1992, n.225 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*), e nell'art.107, comma 1, lett. c) del d. lgs. 31 marzo 1998, n.112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n.59*). In particolare, l'art.5(*Stato di emergenza e potere di ordinanza*) della legge n.225/1992 prevede che, a seguito dello stato di emergenza, siano adottate, secondo uno schema "bifasico", ordinanze finalizzate all'attuazione degli interventi di emergenza. Tali ordinanze, rientranti nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza, possono essere adottate «in deroga ad ogni disposizione vigente», purché «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (art.5, comma 2).

³¹ Così A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2021, 22. *Contra*, TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n.8615, che avvicina i dd.P.C.m. in argomento alle ordinanze contingibili ed urgenti «in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo (...) obblighi di fare e non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili ed urgenti, la cui giustificazione si rinvia nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento)».

³² Punto 2 della delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

La lunga “catena normativa dell'emergenza”³³ principiava così con il decreto-legge n.6 del 23 febbraio 2020³⁴, che interveniva *a latere* della disciplina prevista dal Codice della protezione civile, dando vita ad un sistema specifico e parallelo di fonti emergenziali³⁵.

Tale decreto attribuiva al Presidente del Consiglio il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria in conformità all'art.118, comma 1, Cost., con efficacia valida, dapprima, su ambiti territoriali determinati, quindi sull'intero territorio nazionale, ferma restando, in sede locale, la possibilità di adottare ordinanze contingibili ed urgenti da parte dei Presidenti delle regioni e dei sindaci ex artt.32 della legge 23 dicembre 1978, n.833, e 50, comma 5, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

In particolare, il decreto, oltre a prevedere cogenti misure restrittive su base locale, attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di adottare «le misure urgenti» mediante uno o più decreti, da emanare «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 sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale»(art.3, comma 1), ovvero individuava altre non meglio identificate autorità competenti (art.2), ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione dell'epidemia³⁶.

Lo schema “bifasico” di attuazione degli interventi emergenziali (legge/ordinanze di necessità)³⁷ attribuiva il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio, che, forte di un'ininterrotta sequenza di disposizioni di rango legislativo di proroga, ne avrebbe fatto largo (ab)uso mediante un alluvionale profluvio di decreti (i dd.P.C.m.), ovvero atti monocratici di sua esclusiva iniziativa e spettanza sottratti ad ogni controllo, destinati a divenire il cardine della catena normativa.

Difatti, sulla base di tale autorizzazione legislativa, prendeva corpo una lunga filiera di atti, con cui erano, dapprima, ribadite alcune limitazioni già adottate con le ordinanze del ministro della salute limitatamente ai territori dei comuni di Lombardia e Veneto interessati dal

³³ La definizione è di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109-111.

³⁴ Decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito nella legge 5 marzo 2020, n.13.

³⁵ E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo della pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, cit., 69.

³⁶ Il difetto di tassatività e la labile tipizzazione di tali misure è sottolineata da concorde dottrina. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., parla del d.l. n.6 del 2020 come «di una disposizione “in bianco” (...), meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto». A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., descrive una «“delega in bianco” a favore delle “autorità competenti”», attribuita, in particolare, al Presidente del Consiglio con conseguente estromissione o marginalizzazione del parlamento. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena 2020, 43, ritiene che l'emanazione dei dd.P.C.m. attuativi del d.l. n.6/2020 sia avvenuta sulla base di una “delega in bianco”, incompatibile con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di ordinanze contingibili ed urgenti (Corte cost. n.115/2011).

³⁷ In realtà, il binomio decreti legge/dd.P.C.m., in cui i primi, invece di contenere misure di immediata applicazione, rinviano ai secondi la loro futura attuazione, rappresenta un modello parallelo ed alternativo rispetto a quello (legge/ordinanze *extra ordinem*), in origine previsto dalla legge n.225/1992 e poi confermato dal d. lgs. n.1/2008 nel sistema normativo della protezione civile.

contagio, poi estese all'intera Lombardia ed a parte dell'Emilia Romagna, ed, infine, le stesse misure venivano rese ancora più rigide con il d.P.C.M. 8 marzo 2020.

Di seguito, venivano emanati il d.P.C.m. 9 marzo 2020, che estendeva a tutto il territorio nazionale le misure di contrasto alla pandemia, ed il d.P.C.m. dell'11 marzo 2020, per cui l'intera nazione entrava in *lockdown*, divenendo un'unica zona protetta.

Il sistema, così articolato, attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di adottare decreti provvisori a due condizioni: 1) che le misure limitative fossero tra quelle astrattamente indicate dalla fonte primaria (decreto-legge); 2) che tali misure fossero proporzionate ed adeguate ai rischi effettivamente presenti nel contesto pandemico.

Parallelamente veniva esercitato anche il potere di ordinanza affidato dall'art.32 della legge n.833 del 1978 al ministro della salute, che poteva a sua volta adottare ordinanze contingibili ed urgenti, 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, mentre analoghe ordinanze venivano adottate dai Presidenti delle singole regioni.

Come se non bastasse, in virtù dell'art.122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n.18, veniva istituito, tra gli altri, il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, che, in collaborazione con le Regioni e «anche su richiesta» delle stesse, poteva «adottare in via d'urgenza, (...) i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»³⁸.

Tali provvedimenti, «*di natura non normativa*», potevano essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea».

Nella specie, la definizione di atti non normativi delle ordinanze commissariali non era casuale, stante la mai sopita disputa dottrinale sulle c.d. *ordinanze emergenziali*³⁹, cioè quelle «ordinanze delle autorità amministrative abilitate in caso di urgenza o grave necessità pubblica a derogare alla legislazione ordinaria, (...) in contraddizione con il primato della legge sugli atti amministrativi»⁴⁰.

Un nuovo d.P.C.m. del 22 marzo 2020 sospendeva le attività produttive non essenziali e vietava a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso da quello di residenza, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di necessità o di salute.

³⁸ Le misure governative, soprattutto a partire dal d.P.C.m. del 10 aprile 2020, sono state adottate in conseguenza del parere tecnico-scientifico di tale organo. Ed è noto come nell'emergenza i dati scientifici rilevino sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate (v., in relazione all'accesso civico generalizzato a tali dati, TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n.8615).

³⁹ Per S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit.,537-538,«Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza – indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione». Sulla distinzione tra atti normativi e atti non normativi Ad. Plen., 4 maggio 2012, n.9.

⁴⁰ Così G. MORBIDELLI, *Prefazione*, a E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019, 3.

4. La seconda fase dell'emergenza.

A seguito dell'aggravarsi della pandemia, veniva emanato il d.l. n.19 del 25 marzo 2020⁴¹, che, pur facendo salvi gli effetti dei provvedimenti adottati sulla base del d.l. n.6 del 2020, ne abrogava e ne correggeva la formulazione eccessivamente generica, per riallinearlo nel pieno rispetto del principio di legalità, a partire dalla libertà di circolazione ex art.16 Cost.⁴²

Tale decreto, da un lato, rinnovava l'attribuzione al Presidente del Consiglio dei ministri di adottare con proprio decreto le misure di contenimento del virus⁴³; dall'altro, precisava che le misure restrittive potevano essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni (...) con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus»(art.1, comma 1), e «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art.1, comma 2).

Ciò evidenziava l'opportunità dell'utilizzo del d.P.C.m., quale strumento agile ed adeguato al continuo mutare dei contesti, anche se, in linea con il d.l. n.6/2020, residuava un ampio margine in capo al Presidente del Consiglio nel dare concreta attuazione alle varie misure limitative delle libertà dei cittadini.

Il d.l. n.19 del 2020 prescriveva altresì la pubblicazione dei dd.P.C.m. nella G.U. e la loro comunicazione alle Camere il giorno successivo alla pubblicazione e che «(i)l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisse ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto» (art.2, comma 5). Per colmare le precedenti lacune, si dava così vita alla *parlamentarizzazione* della gestione dell'emergenza, nel tentativo di allinearla all'impianto costituzionale⁴⁴.

⁴¹ Al riguardo F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n.19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020.

⁴² Sulla libertà di circolazione L. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 14 ss.; U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino 1970, 818 ss., e A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 267 ss.

⁴³ L'art.2, comma 1, ult. capoverso, del decreto-legge n.19 del 2020 stabilisce che per le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti venivano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n.630».

⁴⁴ La dottrina è concorde nel ritenere che la gestione della crisi pandemica abbia esautorato e/o, comunque, marginalizzato il ruolo delle Camere, peraltro già da tempo in crisi per lo spostarsi delle decisioni politiche in capo al governo, tale da far ritenere essersi verificata una torsione monocratica della funzione di governo o, comunque, una trasformazione del modello legislativo a prevalenza dell'esecutivo (decreti legge convertiti grazie alla questione di fiducia, la prassi deteriore dei maxi-emendamenti, la disciplina di interi settori con ordinanze del Presidente del Consiglio in attuazione di decreti legge). La presidenzializzazione della politica, la crisi dei partiti, l'emarginazione del parlamento hanno accentuato i timori di un'involuzione della forma di governo democratico. V., *ex multis*, G. GUZZETTA, *Le bugie di Conte Orwell: il Parlamento ridotto a barboncino del capo*, in *Il riformista*, 12 maggio 2020, nonché Id., *Covid: Parlamento a bagno-maria, democrazia calpestata*, in *Il riformista*, 14 ottobre 2020, e L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio*,

Per evitare, poi, l'iperattivismo incontrollato ed ingiustificato delle Regioni e le conseguenti tensioni interistituzionali⁴⁵, l'art.3, comma 1, del decreto n.19 disponeva che le Regioni, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», potevano, «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento», «introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Da ciò l'inedita congerie di decreti-legge e dd.P.C.m.⁴⁶, ordinanze e decreti del ministro della salute⁴⁷, ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile⁴⁸, ordinanze commissariali⁴⁹, nonché ordinanze delle autorità regionali e locali, con i conseguenti contrasti, talvolta sfociati in sede giudiziaria⁵⁰, tra il governo centrale, da un lato, e le Regioni ed i sindaci, dall'altra, tali da rendere quanto mai confuso ed incerto il quadro normativo.

Difatti, l'inestricabile groviglio di norme e disposizioni non solo dava vita ad un'ampia gamma di previsioni derogatorie e di limitazioni a diritti fondamentali, ma generava incertezze finanche negli addetti ai lavori⁵¹.

conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt.16, 70,ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi, 23 marzo 2020.

⁴⁵ Così A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 580, che richiama in nota 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*, n.1/2020, 21 marzo 2020.

⁴⁶ V. il completo *Dossier* di C. DRIGO ed A. MORELLI, in www.dirittiregionali.it, 26 marzo 2020. A ciò si aggiunga la prassi dell'abrogazione dei decreti legge nel corso della pandemia: solo nel 2020 il governo ha adottato 24 decreti legge riconducibili al Covid-19, ma di questi ben 11 sono stati "abrogati" mediante apposite disposizioni legislative (si tratta dei decreti legge nn.9, 11, 14, 29,52,111, 129, 149, 154, 157 e 158). Ciò è segnalato anche da E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. speciale 2020, 644.

⁴⁷ A cui si devono aggiungere le innumerevoli circolari interpretative, i comunicati stampa ed i chiarimenti resi mediante *Frequently Asked Questions* (le c.d. FAQ), cioè domande poste frequentemente e pubblicate sui siti internet del Governo e della Protezione civile, tanto da divenire la principale regola della vita quotidiana.

⁴⁸ Dal 3 febbraio 2020, data della prima ordinanza esecutiva della dichiarazione dello stato di emergenza, al settembre 2021 ne sono state adottate almeno settantanove.

⁴⁹ Ne contesta la natura di fonte A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 212, secondo cui tale natura, «quando pure la si ammetta, con molta buona volontà ed una oggettiva forzatura, porta gli atti stessi che ne sono dotati ai gradi più bassi del sistema, con buona pace delle riserva di legge al riguardo stabilite nella Carta».

⁵⁰ TAR Marche, decreto del 27 febbraio 2020, n.56, che sospende, su ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri, l'ordinanza del 25 febbraio 2020 del Presidente della regione con la quale veniva disposta la chiusura delle scuole sul territorio regionale; TAR Campania, decreto 18 marzo 2020, n.416, con cui è stata negata la sospensione dell'ordinanza n.15 del 13 marzo 2020 del Presidente della giunta regionale della Campania, che aveva limitato fortemente la libertà di circolazione a causa del diffondersi del contagio; TAR Calabria, sez. 1,9 maggio 2020, n.841, che sospende, su ricorso del governo, l'ordinanza del Presidente della regione Calabria che consentiva la ripresa dell'attività di ristorazione, non limitata alle modalità di consegna a domicilio con asporto, con osservazioni di E. RINALDI, *Sulle ordinanze regionali contingibili e urgenti ai tempi del "Coronavirus"*, in *Giur. cost.*,2020, 2549 ss.

⁵¹ M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n.3/2020, 28 aprile 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*,18 marzo 2020; 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*, n.1/2020, 4 aprile 2020, 517 ss.

Il tutto aggravato dalla politica del c.d.«doppio binario nella produzione del diritto messo in opera ad avvio dell'emergenza, tra ordinanze della protezione civile e ordinanze di necessità legittimate con decreto-legge»⁵².

L'aver limitato diritti e libertà costituzionalmente previsti con una fonte anomala quale il d.P.C.M., per quanto coperta dall'abilitazione, dapprima, del d.l. n.6 e, poi, del d.l. n.19 del 2020, poteva rappresentare un *vulnus* dell'assetto costituzionale⁵³, esautorante, tra l'altro, ogni controllo da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione e del Parlamento in sede di conversione dei decreti.

Sin dal d.l. n.6/2020, le progressive e gravose limitazioni delle libertà fondamentali imposte dal governo mediante il ricorso sistematico ad una fonte secondaria, destinata a trovare riscontro in un previo e/o successivo decreto-legge, sono apparse da subito fonte di evidenti criticità, tanto più che tali misure finivano con il costituire una catena ininterrotta dell'emergenza, generando incertezze e confusione in ordine alla loro concreta applicazione⁵⁴.

Ciò non poteva non costituire oggetto di numerose contestazioni da parte della dottrina⁵⁵, anche se non sono mancati coloro che, seppur con rilievi critici, hanno ritenuto tale sistema delle fonti in linea con la normativa emergenziale del nostro ordinamento⁵⁶.

5. La terza fase dell'emergenza.

Gli interventi successivi venivano rivolti a “stabilizzare l'emergenza”⁵⁷, in quanto, pur mantenendo l'intervento del Parlamento secondo quanto previsto dal d.l. n.19, proseguivano la concreta gestione dell'epidemia mediante i dd.P.C.m. attuativi di decreti legge.

⁵² Così S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., 542.

⁵³ Sul *vulnus* alle riserve di legge ex artt.13 e 16 Cost., v., *ex multis*, L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt.16, 70,ss., 77 Cost., per tacer d'altri, cit.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, Editoriale, in *Dirittifondamentali.it*, 27 febbraio 2020, che paventa il rischio di una trasformazione dello Stato costituzionale in “Stato di prevenzione”.

⁵⁴ M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit.; G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020. Non a caso, anche la Corte costituzionale, in una sua remota decisione, aveva ritenuto che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (Corte cost., 1° febbraio 1982, n.15, punto 7 del Cons. dir.).

⁵⁵ Per tutti, I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli 2021; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n.3/2020, 7 aprile 2020, 33 ss.; M. G. CIVININI- G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione giustizia*, 14 aprile 2020.

⁵⁶ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.; S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit.

⁵⁷ S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa, Torino 2006; A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011.

Con decreto-legge 30 luglio 2020, n.83, veniva estesa la dichiarazione dello stato di emergenza di altri sei mesi sino al 31 dicembre 2020, successivamente prorogata al 30 aprile 2021, poi al 31 luglio 2021 e, da ultimo, al 31 dicembre 2021. Il tutto in linea con la concatenazione normativa posta in essere dal governo, che prevede, in immediata o quasi successione cronologica, dapprima, una deliberazione normativa del Consiglio dei ministri, poi seguita da un decreto-legge ed, infine, da un d.P.C.m., spesso reso intercambiabile e fungibile⁵⁸, in modo da creare un sistema parallelo alle ordinanze della protezione civile⁵⁹.

La risposta all'emergenza pandemica è proseguita, seppur in maniera più contenuta, con il successivo governo Draghi, che ha preferito far ricorso allo strumento del decreto-legge, anche se per prorogare, parzialmente, l'efficacia delle misure stabilite con i dd.P.C.m.⁶⁰

6. I dd.P.C.m. ed il principio di legalità.

L'art. 5, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n.400⁶¹, prevede che, ai sensi dell'art.95, comma 1, Cost., le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, di norma di rilevanza organizzativa, devono essere adottate nella forma di decreti⁶², che, in quanto tali, rientrano nella potestà normativa del governo⁶³.

In realtà, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri non è disciplinato in modo univoco e compiuto dalla legge n.400/1988, per cui, in generale, può affermarsi che esso «assume tale forma per dare certezza legale alla manifestazione di volontà del *premier*, cioè di un soggetto investito di pubblica funzione, posta in essere nell'esercizio di essa e nei casi e per i fini disciplinati dalle norme dell'ordinamento, che la forma del decreto per quell'atto prevedono, anche implicitamente»⁶⁴.

⁵⁸ M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n.1/2021, 23 febbraio 2021, 399 ss., specie 409, e A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti legge*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, n.2/2012, 1 ss.

⁵⁹ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 317 ss. Di un «sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario» parla anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n.2/2007, 350 ss., in part. 377.

⁶⁰ A partire dal decreto-legge 1° aprile 2021, n.44, e dal decreto-legge 22 aprile 2021, n.52, il nuovo governo ha inteso definire direttamente nell'atto-fonte di rango primario, cioè nello stesso decreto-legge, anche tutti i dettagli applicativi delle misure restrittive in tema di chiusure degli esercizi commerciali e delle altre misure limitative finalizzate ad assicurare il c.d. distanziamento sociale. Occorre però evidenziare che anche tali decreti non mancano di operare ampi rinvii ai «provvedimenti adottati in attuazione dell'articolo 2 del decreto-legge n.19 del 2020», cioè ai precedenti dd.P.C.m.

⁶¹ Legge 23 agosto 1988, n.400, recante la «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri».

⁶² Si pensi, ad esempio, alla nomina mediante dd.P.C.m. di particolari Comitati ministeriali, ai sensi dell'art.5, comma 2, lett. h), di tale legge.

⁶³ F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, 130 ss., in part. 139, sottolinea la novità dello strumento adottato, dato che la legge n.400/1988, che pur prevede un'ampia potestà normativa del governo, non prevede affatto dd.P.C.m. del tutto sganciati dal sistema.

⁶⁴ S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Enc. dir., Agg. II*, Milano 1998, 281 ss. Per F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano 2001, 341 ss., la denominazione di decreto racchiude sia atti normativi, che atti amministrativi generali a contenuto non normativo.

In tale quadro si inseriscono i dd.P.C.m. di gestione dell'emergenza sanitaria, che, nonostante la loro provvisorietà, sono diventati i protagonisti della pandemia, contribuendo in massimo grado alla c.d. presidenzializzazione dell'esecutivo⁶⁵ ed alla emarginazione del Parlamento⁶⁶.

Non a caso, le ordinanze di necessità ed urgenza, peraltro variamente denominate⁶⁷, sono assunte da organi monocratici in deroga al diritto vigente, per regolare casi di urgente necessità, non coperti da disciplina legislativa e non aventi un contenuto predeterminato, destinate come sono ad avere effetti nei limiti spaziali e temporali, che ne legittimano l'adozione⁶⁸.

Se la dottrina del periodo liberale ne giustificava l'adozione alla luce della necessità come fonte di produzione di norme giuridiche⁶⁹, in nome del principio per cui *salus rei publicae suprema lex esto*⁷⁰, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, con i suoi corollari, ha imposto lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza, per rimodellare l'istituto in modo da allinearlo con la Carta costituzionale⁷¹ ed evitarne un uso costituzionalmente illegittimo⁷².

⁶⁵ Sulla sovraesposizione mediatica del Presidente del Consiglio dei ministri attraverso l'uso massiccio dei dd.P.C.m. e di una comunicazione anticipata di tali provvedimenti B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione*, cit., VI.

⁶⁶ Il rilievo è di F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 139, «tali decreti (...) 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».

⁶⁷ L'art.5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n.225, le qualifica *ordinanze contingibili ed urgenti*, mentre Corte cost., 4 gennaio 1977, n.4, al punto n.2 del Cons. dir., stante il loro contenuto atipico, parla di *ordinanze libere o innominate*. In tal modo sono chiamate da A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, XV ed., 67 ss., in quanto le stesse non hanno un contenuto tipico, nel senso che la legge non tipizza il contenuto del provvedimento.

⁶⁸ Per R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II ed., Torino 2012, 257, esse si distinguono dagli *atti necessitati*, che sono previsti e regolati dalla legge, che li disciplina, laddove le ordinanze di necessità e di urgenza non hanno un contenuto predeterminabile per legge, presentando una maggiore discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* dell'adozione del provvedimento. Sulla distinzione tra atti necessitati e poteri di ordinanza M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1/1948, 390 ss., ora in *Id., Scritti*, Milano 2002, II, 950 ss., e F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990.

⁶⁹ Per S. ROMANO, *Sui decreti -legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio -Calabria*, cit., 357, ciò che caratterizza la necessità è «la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, ed il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove»; F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 369 ss.; V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 224 ss.; O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, in *Riv. dir. pubbl. e p.a. in Italia*, 1926, 165 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900. Sui provvedimenti di necessità ed urgenza e sulla loro compatibilità con la Costituzione, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano 1988, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano 1990; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano 2003; A. FIORITTO, *L'Amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008, e G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari 2010, 44, secondo cui la disciplina dell'emergenza, operando come una sorta di «*clausola generale*, ha aperto la strada ad «interventi statali a prescindere dalla distribuzione delle materie fra Stato e Regioni».

⁷⁰ M. T. CICERONE, *De legibus*, IV.

⁷¹ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, cit., distingue la necessità come fonte-fatto dallo stato di necessità/emergenza, che legittima ex art.77 l'intervento del governo e del parlamento e che deve, quindi, muoversi nei confini tracciati dalla Costituzione.

⁷² Sostengono che l'ordinamento repubblicano preveda il decreto-legge quale unico strumento a disposizione dell'esecutivo per fronteggiare le emergenze, G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino 1965, 89 ss., specie 94; G. MARAZZITA, *L'emergenza*

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sentenza interpretativa di rigetto n.8 del 1956 relativa ai poteri prefettizi d'ordinanza di necessità ed urgenza ex art 2 del R.D. 18 giugno 1931 n.773⁷³, ha riconosciuto la conformità a Costituzione dei poteri emergenziali, a condizione che i relativi atti siano: a) ad efficacia limitata nel tempo; b) proporzionati ai dettami della necessità ed urgenza; c) adeguatamente motivati; d) oggetto di pubblicazione nel caso abbiano portata generale; e) rispettosi dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Dunque, «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”»⁷⁴.

Anche Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, ribadisce che le ordinanze sono atti amministrativi ed il loro contenuto deve sempre essere subordinato al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

Tale decisione, che pure perviene ad una dichiarazione parziale di illegittimità costituzionale degli stessi poteri prefettizi d'ordinanza⁷⁵, ridimensionati ma miracolosamente sopravvissuti sino ai giorni nostri, ritiene «*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*»⁷⁶.

A parte, la sentenza 4 gennaio 1977, n.4, con cui la Corte, pur prospettando l'eventualità del carattere normativo delle ordinanze, finisce poi per escluderle dal novero delle fonti in quanto «*non innovano al diritto oggettivo*»⁷⁷.

Di fronte all'art.5 della legge n.225 del 1992, poi trasfuso nell'art.25, comma 1, del Codice della protezione civile, i giudici costituzionali, con la decisione 14 aprile 1995, n.127⁷⁸, da un lato, riaffermano la conformità alla Costituzione del potere di ordinanza, dall'altro, ne ribadiscono i limiti, condizionando l'esercizio di tale potere al rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle limitazioni imposte, con la precisazione che, in caso di

costituzionale. *Definizioni e modelli*, cit., 424 ss., nonché Id., *Le ordinanze di necessità dopo la legge n.127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n.127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, 525; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008, 193 ss.

⁷³ Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8.

⁷⁴ A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n.2/2021, 8 aprile 2021, 143 ss., specie 161. Per F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., 2, già nella sentenza n.8 del 1956 si ritrovano i canoni di tali atti, derivanti principalmente dal riconosciuto carattere amministrativo ed estensibili, per comune riconoscimento, a tutte le ordinanze di necessità. L'innovatività, carattere ineludibile delle fonti normative, sarebbe infatti assente in tali ordinanze.

⁷⁵ La Corte costituzionale, con la sentenza 26/1961, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.2 del T.U.L.P.S. nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

⁷⁶ Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, punto n.5 del Cons. dir.

⁷⁷ Secondo Corte cost., 4 gennaio 1977, n.4, tali ordinanze, «*sia che si rivolgano (...) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*» (punto 2 del Cons. dir.).

⁷⁸ Corte cost., 14 aprile 1995, n.127.

dubbi applicativi, tale normativa debba essere interpretata «secundum ordinem in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti»⁷⁹.

Il potere di ordinanza, che è un potere amministrativo, non può che fondare la sua legittimazione nel principio di legalità, che costituisce «l'architrave su cui poggia l'ampio potere emergenziale»⁸⁰. Sicché il principio di legalità degli atti amministrativi è rispettato in quanto il potere della pubblica amministrazione si fonda comunque su un'autorizzazione legislativa⁸¹.

In seguito, la Corte delle leggi, da un lato, ribadisce come vi sia la indefettibile necessità di osservare il principio di legalità sostanziale a base dello Stato di diritto, in relazione alle ordinanze sindacali ex art.54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, ma, dall'altro, consente l'adozione di ordinanze *extra ordinem*⁸², nel rispetto dei canoni da essa stessa stabiliti.

Per la Corte, «*deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se "temporalmente delimitate"(ex plurimis, sentenze n.127 del 1995, n.418 del 1992, n.32 del 1991, n.617 del 1987, n.8 del 1956) e, comunque, nei limiti della "concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare"(sentenza n.4 del 1977)*»⁸³.

Quindi, per la giurisprudenza costituzionale, l'esercizio dei poteri di necessità e di urgenza richiede il rispetto del principio di legalità in senso formale ed il criterio materiale della proporzionalità ed adeguatezza alle dimensioni spaziali-temporali dell'evento straordinario che si intende fronteggiare⁸⁴. Ove vi sia una legge a base del potere di ordinanza ed il concreto esercizio di tale potere rispetti i limiti imposti dalla Corte costituzionale, il provvedimento emergenziale può agire *extra ordinem*⁸⁵.

Resta da esaminare se i dd.P.C.m. emergenziali abbiano rispettato il principio di legalità, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, per poi indagare la loro natura e posizione nel sistema delle fonti di diritto.

Sul piano della legittimità costituzionale, alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale⁸⁶, si può affermare che di certo i decreti legge, e i d.P.C.m. che ne co-

⁷⁹ Corte cost., 14 aprile 1995, n.127, punto 2 del Cons. dir., su cui G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n.127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*,1995, 2185 ss., che considera la legge n.225/1992 un modo per eludere l'art.77 Cost.

⁸⁰ E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, 5.

⁸¹ Così G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 59. Secondo tale A., «è la stessa legge abilitativa che contiene una "autorottura" o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga».

⁸² Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115 (red. Silvestri).

⁸³ Così Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, punto n.3.1 del Cons. dir.

⁸⁴ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, 219, nonché V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n.2/2007, 345 ss.

⁸⁵ F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giorn. dir. amm.*,2020, 316.

⁸⁶ Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, punto n.5 del Cons. dir., distingue, in relazione alla possibile incidenza del potere di ordinanza sull'esercizio dei diritti costituzionali, le ipotesi di riserva di legge assoluta e relativa: nel primo caso, «non può concepirsi che (...) l'art.2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione», nel secondo, invece, «nulla vieta che (...) una disposi-

stituiscono attuazione, per poter essere rispettosi del principio di legalità sostanziale, non possono incidere con carattere innovativo sulle libertà fondamentali dei cittadini, ove coperte da riserva di legge assoluta⁸⁷.

Al riguardo, la Costituzione riconosce, tra gli altri, quali diritti fondamentali sia quello alla «libertà personale» (art.13), sia quello alla «libertà di circolazione e soggiorno» (art.16), ma per entrambi prevede delle limitazioni.

Prendiamo, ad esempio, la libertà di circolazione e soggiorno, risultata la più compressa durante la pandemia⁸⁸, che costituisce sì un principio fondamentale, ma a cui la Costituzione stessa, all'art.16, prevede che si possano porre «*le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza*».

Tali limitazioni, quindi, sono presidiate da una riserva di legge rinforzata per contenuto⁸⁹, che, in quanto tale, ne consente l'introduzione solo mediante legge, previa adozione di provvedimenti amministrativi di dettaglio.

Se correttamente si ritiene che le misure sanitarie emergenziali non abbiano inciso la libertà personale ex art.13 Cost.⁹⁰, le cui restrizioni richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria⁹¹, bensì solo la libertà di circolazione, compressa e limitata *per motivi di sanità*, si giu-

zione di legge ordinaria conferisca al Prefetto di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere».

⁸⁷ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 561; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 283; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, 174.

⁸⁸ Si pensi al decreto-legge 18 dicembre 2020, n.172, (il c.d. *Lockdown di Natale*), che ha vietato, tranne poche eccezioni, tutti gli spostamenti dal 24 dicembre fino al 6 gennaio.

⁸⁹ Sulla natura della riserva di legge rinforzata assoluta o relativa in materia di libertà di circolazione le posizioni in dottrina sono assai diversificate: ne dà conto, da ultimo, C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, n.4/2020, 7 ottobre 2020. Definiscono «assoluta» la riserva di legge, tra gli altri, G. DE MURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino 2006, 377, e M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Astrid Rassegna*, 2009. Invece, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2011, 325, richiama la giurisprudenza costituzionale (sentenza n.68 del 1964), per affermare la natura relativa della riserva di legge, confermata da numerosi atti legislativi, quale, ad esempio, il Codice della strada, che prevede diversi poteri di ordinanza atti a limitare la circolazione. Sull'autonomia della libertà di circolazione e soggiorno rispetto alla libertà personale L. CASTELLI, *Art. 16*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, parte I, Bologna 2018, 114 ss.

⁹⁰ In ordine ai profili di mancato rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione di cui all'art.13 Cost., M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in www.questionegiustizia.it, osserva, per la prima ipotesi, come sia «direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa a disporre la quarantena» e, nella seconda ipotesi, che non «viene in gioco una restrizione fisica», essendo «solo configurato un fatto di reato» nel caso si violi la prescrizione, per cui il cittadino «continua a disporre della sua libertà personale, e, se ritiene che le circostanze lo consentano, può lasciare la dimora, naturalmente a suo rischio e pericolo giuridico (oltre che di salute, ma per gli altri)».

⁹¹ Ad avviso di G. L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020, V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 2020, 1 ss., e A. NATALE, *Il decreto-legge n.19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020, la quarantena imposta in caso di positività al Covid limiterebbe in modo diretto la libertà personale, concretizzandosi in una forma di detenzione tale da richiedere l'intervento del giudice ai fini della convalida.

stifica l'intervento dell'autorità amministrativa purché vi sia un'adeguata copertura legislativa e la previa fissazione di idonei criteri delimitativi⁹².

Ricostruendo così la caotica successione dei provvedimenti governativi in un'ottica funzionale, si ha che «la fonte di rango primario ottempera alla riserva di legge ex art.16 Cost., disponendo le "limitazioni" conseguenti alla emergenza, e la fonte di rango secondario vi dà "amministrativamente" attuazione»⁹³.

In disparte il rilievo che è lo stesso Parlamento a ratificare la scelta di attribuire al Presidente del Consiglio la facoltà di adottare e specificare le misure emergenziali, indicate e tipizzate dai diversi decreti legge poi convertiti, le misure restrittive sembrano conformarsi ai dettami della giurisprudenza costituzionale, anche se adottate mediante dd.P.C.m. meramente attuativi⁹⁴.

In definitiva, pur tra molteplici criticità, le misure limitative dell'ordinario svolgimento della vita sociale, se sorrette da proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza, sembrano non aver prodotto alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi.

La compatibilità costituzionale della disciplina emergenziale adottata dal governo è confermata dalla Corte costituzionale, che, dapprima, con la sentenza n.37 del 2021⁹⁵ e, da ultimo, con la recente decisione n. 198 del 2021, relativa alla legittimità costituzionale del decreto legge n.19 del 2020 riguardante l'adozione, mediante dd.P.C.m., di misure urgenti di

⁹² A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, cit., 19-20, nonché I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n.1/2021, 12 gennaio 2021, 98 ss., specie 132.

⁹³ Così R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in www.dirittiregionali.it, 30 marzo 2020, 506 ss., specie 511. Di diverso avviso, D. TRABUCCO, *Il principio di legalità formale e sostanziale ai tempi del Covid-19. Le "fibrillazioni" dello Stato di diritto*, e C. DELLA GIUSTINA, *Il rispetto (mancato) della riserva di legge nella limitazione dei diritti costituzionali durante l'emergenza sanitaria da Covid-19*, entrambi in AA. VV., *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria* (a cura di M. BORGATO e D. TRABUCCO, Napoli 2020, rispettivamente 19 ss. e 41 ss.

⁹⁴ P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2020, 689 ss.; L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 471 ss., specie 493, secondo cui «Non si sono sospese le disposizioni costituzionali sulle libertà costituzionali, ma si sono limitate quelle libertà: le disposizioni costituzionali, però, prescrivono non solo le libertà, ma anche il modo di apposizione di limiti. Non vi è vigenza della Costituzione senza applicazione, né pura applicazione senza vigenza della Legge».

⁹⁵ Corte cost., 12 marzo 2021, n.37: «*Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (...), il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di quest'ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del consiglio dei ministri*» (punto 9 del Cons. dir.). La decisione si segnala in quanto, nell'accogliere in parte qua il ricorso del governo avverso la l.r. Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n.11, respinge l'eccezione di incostituzionalità, formulata nei confronti della gestione statale dell'emergenza dalla difesa regionale, che aveva domandato che la Corte sollevasse dinanzi a sé stessa la questione della illegittimità del sistema d.l./dd.P.C.m. per violazione dell'autonomia legislativa ed amministrativa regionale. Su tale decisione, ex multis, A. LUCARELLI, *La gestione dell'emergenza da Covid 19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, n.2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema della protezione civile?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n.2/2021, 312 ss.; C. SALAZAR, *La sent. n.37/2021 completa il dittico valdostano: la legge regionale «anti-d.P.C.m.» è (parzialmente) illegittima*, in *Quad. cost.*, n.3/2021, 688 ss.

contenimento e gestione della pandemia⁹⁶, ha negato l'alterazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa da parte degli adottati provvedimenti emergenziali.

Su tali posizioni si attesta anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui i dd.P.C.m. si pongono come «atti generali a contenuto normativo-regolamentare assimilabili alle ordinanze contingibili ed urgenti quanto a temporaneità e quanto ai presupposti giustificativi costituiti da una grave emergenza sanitaria di carattere eccezionale, tale da imporre risposte organizzative e gestionali straordinarie, essendo palesemente e pacificamente impossibile far fronte ad essa con gli ordinari mezzi e strumenti disponibili nel vigente ordinamento giuridico»⁹⁷.

7. La natura giuridica dei dd.P.C.m.

I dd. P.C.m. vengono fatti rientrare di norma nel più ampio *genus* delle ordinanze “necessitate”, che racchiudono una serie molto vasta di atti formalmente amministrativi, in quanto emanati sul presupposto della necessità ed urgenza da autorità amministrative, ma autorizzati attraverso una fonte primaria⁹⁸.

Pur di incerta collocazione tra le fonti, le ordinanze di necessità e di urgenza sono atti a contenuto atipico che l'amministrazione, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitata ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, in deroga alla normativa di rango primario, ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento⁹⁹.

In tal caso, la norma attributiva del potere si limita a fissare i presupposti emergenziali ed il fine pubblico dell'azione amministrativa, senza predeterminare il contenuto provvedimento, che è rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente.

Secondo antica dottrina¹⁰⁰, «Nello Stato costituzionale il potere di ordinanza diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una *deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali*».

⁹⁶ Corte cost., 22 ottobre 2021, n.198, che ha dichiarato l'infondatezza della *quaestio* in relazione agli artt.1,2, e 4 del d.l. n.19/2020, in quanto le disposizioni censurate non hanno conferito al Presidente del Consiglio una funzione legislativa in violazione degli artt.76 e 77 Cost., né, tanto meno, poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art.78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati.

⁹⁷ Così il parere del Consiglio di Stato, sez. I, 13 maggio 2021, n.850.

⁹⁸ E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, cit., 14.

⁹⁹ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta 2020, 73 ss. Non a caso, F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 970 ss., rifacendosi alle note tesi dell'Esposito, *Decreto-legge*, XI, Milano 1962, in part. 866, ricorda come la dottrina era solita qualificare il decreto-legge come “ordinanza generale” e l'ordinanza amministrativa come “ordinanza particolare”.

¹⁰⁰ M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 951, nonché Id., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1970, 578: «le ordinanze di necessità non potranno mai essere eliminate. Esse rispondono ad un compito insostituibile: di fungere da valvola nei casi imprevisi, in cui la formazione non appronta alcun provvedimento necessitato per intervenire: un compito quindi in certo senso opposto a quello dei provvedimenti necessitati, che può dirsi di *integrazione delle lacune dell'ordinamento*».

Da tempo il carattere derogatorio delle ordinanze *extra ordinem* ha animato il dibattito sulla loro natura normativa o amministrativa¹⁰¹ e segnatamente sulla capacità di tali provvedimenti di sospendere, seppur in via temporanea, la regola ordinaria, dando vita ad uno *jus* singolare, che esprima l'attitudine ad innovare l'ordinamento¹⁰².

Trattasi di atti formalmente amministrativi¹⁰³, che, a differenza dei provvedimenti amministrativi, possono derogare al diritto in presenza di una fattispecie emergenziale, qualora si ritenga necessaria una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma, ma tale deroga è ammessa solo laddove le norme concernenti i singoli poteri di ordinanza prevedano criteri direttivi per l'esercizio del potere stesso¹⁰⁴. Occorre allora interrogarsi sulla natura giuridica e l'efficacia di tali atti, onde accertarne il valore normativo o amministrativo.

Un primo orientamento, peraltro minoritario, ritiene che le ordinanze in questione abbiano natura normativa e rappresentino fonti di livello secondario, atteso il loro carattere generale ed astratto e la capacità di derogare a norme di legge, seppur per periodi circoscritti¹⁰⁵.

Di diverso avviso la dottrina maggioritaria, che, in linea con la giurisprudenza costituzionale, qualifica le ordinanze di necessità e d'urgenza come atti di natura formalmente e sostanzialmente amministrativa, e, come tali, a carattere provvedimentale¹⁰⁶.

Tale orientamento, nel solco tracciato da Corte cost. 4 gennaio 1977, n.4, propende per la natura amministrativa in ragione della temporaneità delle statuizioni e del carattere

¹⁰¹ Per A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 58 ss., le ordinanze libere possono essere considerate fonti del diritto solo quando contengano statuizioni generali e astratte ed hanno il potere di innovare nell'ordinamento giuridico, dovendo negli altri casi essere considerate meri provvedimenti amministrativi. *Contra*, G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 92, secondo cui «le norme che prevedono ordinanze non derogano ad alcuna altra norma ma da un lato legittimano la pubblica Amministrazione ad emanare provvedimenti anche rispetto a fattispecie non prevedute da diritto, dall'altro abilitano le autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme». In disparte, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 37 ss., che riconosce la normatività di alcuni tipi di ordinanze.

¹⁰² F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n.19 del 25 marzo 2020)*, cit., 7.

¹⁰³ A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 15 ss., distingue negli atti dei pubblici poteri la *forza di legge* (efficacia), che consiste nella possibilità di innovare, modificare o integrare l'ordine legislativo preesistente, dal *valore formale di legge* (regime giuridico), che comporta la intangibilità dell'atto da parte di chiunque, salvo la Corte costituzionale.

¹⁰⁴ G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 95, secondo cui «le ordinanze *contra legem* in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica Amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale».

¹⁰⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 317 ss., e Id., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964, 73 ss. e 93 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., *passim*; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., *passim*, nonché Id., *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n.3/2017, 15 luglio 2017; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, 2.

¹⁰⁶ G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 91 ss.; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., 2, ove richiama V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 36, secondo cui «il "disporre" in generale ed in astratto», peraltro solo eventuale, «è assorbito nel "provvedere", configurandosi come *un modo di provvedere*».

concreto delle stesse, tratti questi incompatibili con il carattere normativo inteso quale idoneità ad incidere stabilmente sull'ordinamento giuridico¹⁰⁷.

Altro orientamento, invece, discostandosi dai presupposti teorici fissati dalla Corte costituzionale, afferma la necessità di un riscontro della natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza non in astratto, ma in concreto, verificando caso per caso l'effettiva consistenza del loro contenuto.

Secondo tale dottrina, tali ordinanze hanno carattere generalmente amministrativo, in quanto sono previste per risolvere un problema circoscritto, e solo eccezionalmente normativo, laddove dettino prescrizioni che, seppur temporanee, abbiano carattere astratto, generale ed innovativo¹⁰⁸.

In altri termini, tali provvedimenti possono presentare carattere normativo allorquando pongano prescrizioni ripetibili o incidano «su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative»¹⁰⁹, sempre che non si voglia ricorrere alla scissione sandulliana tra “forza” e “valore” di legge¹¹⁰, per cui, pur acquisendo natura normativa, non assumono valore di legge, restando così soggette al solo sindacato del giudice amministrativo.

Si prendano, ad esempio, i dd.P.C.m. dell'8 e del 9 marzo 2020, che hanno previsto il confinamento nelle proprie abitazioni di tutta la popolazione, il primo in alcune regioni e province del Nord, il secondo estendendo il lockdown a tutto il territorio nazionale.

A tali provvedimenti non sembra potersi disconoscere i caratteri di atti a contenuto normativo, tanto più che il d.l. n.6 del 2020 non prevedeva il confinamento tra le misure tipizzate: essi, invero, racchiudono disposizioni generali, astratte ed innovative¹¹¹, seppur temporanee, rispetto alle norme dell'ordinamento, non essendo sufficiente il richiamo alla clausola in bianco dell'art.2 dello stesso d.l. (che consentiva di “adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 *anche fuori dai casi*” espressamente previsti).

¹⁰⁷ Per M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 580, «le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità», con la conseguenza di essere atti necessariamente derogatori; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 53, esclude la normatività delle ordinanze a causa della «loro temporaneità e anzi (de)lla loro inattitudine a produrre effetti permanenti»; concorda A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 217.

¹⁰⁸ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale*, cit., 73 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Roma 2016, 513.

¹⁰⁹ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico*, V ed., Torino 2021, 215; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 55, specie 61. *Contra*, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova 2007, 242, per cui «in conclusione, l'idea avanzata in dottrina che le ordinanze in deroga abbiano la forza di legge, non solo si scontra con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma soprattutto con il ‘diritto vivente’ che, allo scopo di salvaguardare il principio di legalità, ha finito per ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza limiti sostanziali (...), idonei a collocare quelle ordinanze in posizione subordinata a quella legislativa».

¹¹⁰ Su tale distinzione A. M. SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss., nonché Id., *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. it.*, VII, 1961, 524 ss., specie 530. Al riguardo v. anche C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 838.

¹¹¹ M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, n.2/2020, 3, che sottolinea come tali decreti lascino un significativo margine interpretativo ai soggetti chiamati ad eseguirli (prefetture e forze dell'ordine), soprattutto con riferimento alle deroghe ai divieti per motivi di lavoro, salute ed altre necessità. Al riguardo A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n.1/2020, 10 marzo 2020.

E' vero che la Corte costituzionale nega la natura innovativa di tali atti, ritenendoli meramente attuativi¹¹², ma ciò non toglie che almeno in alcuni casi i dd.P.C.m. sul contrasto al Coronavirus siano risultati assimilabili, più che agli atti "necessitati", alle ordinanze di necessità e di urgenza, tramandateci dalla tradizione prerepubblicana¹¹³.

8. Notazioni finali.

La gestione dell'emergenza si è concretizzata in una serie di decreti-legge, contenenti l'abilitazione al Presidente del Consiglio per l'adozione di dettagliate misure di contrasto all'epidemia attraverso lo strumento del d.P.C.m.

Tale inedito schema binario non sembra essere incompatibile con il dettato costituzionale, laddove le pur invasive misure restrittive siano dettagliatamente predeterminate dalla fonte primaria, che demandi ad un atto amministrativo la sola ampiezza delle imposte limitazioni.

E' stato osservato come il decreto-legge sia un «"guscio neutro" che può accogliere e veicolare sia contenuti amministrativi che normativi»¹¹⁴, per cui occorre accertare, *case by case*, la reale natura dei provvedimenti attuativi dello stesso.

L'analisi concreta dei dd.P.C.m. consente di accertare se essi regolino casi specifici e concreti, assumendo la natura di atti amministrativi "necessitati" o stabiliscano regole generali, astratte ed innovative, a destinatario indeterminabile, anche se temporanee, appropriandosi dei caratteri dell'atto normativo.

I dd.P.C.m. attuativi dei decreti legge, seppur adottati con eccessiva frequenza nel periodo pandemico, non sempre presentano carattere normativo, ma, laddove ciò avviene, comunque riflettono l'emergenza e ne regolano la gestione.

In tali casi, essi rispondono a situazioni di fatto imprevedute ed urgenti attraverso atti non solo a contenuto provvedimentale, ma anche «regolatori di previsioni finalizzate alla gestione dell'emergenza», per cui, presentando effetti normativi, acquistano un'efficacia di fon-

¹¹² Corte cost., 22 ottobre 2021, n.198:«Quali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n.19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle "ordinanze necessitate" (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile. Malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n.19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze della protezione civile (...) Lo stesso d.P.C.m. 10 aprile 2020 (...)pur richiamando nella premessa la dichiarazione dello stato di emergenza, fin dal titolo definisce le proprie disposizioni "attuative" del d.l. n.19 del 2020, e non del codice della protezione civile» (punti nn.8 e 8.1 del Cons. dir.).

¹¹³ Per S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 3, spesso i dd.P.C.m. non si limitano ad essere attuativi dei relativi decreti legge, ma sono «di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire».

¹¹⁴ D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: Considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2019, 3, rileva come nella categoria dei dd.P.C.m. sia ricompresa una moltitudine di atti giuridici che, sotto la medesima veste formale, recano sia previsioni generali, astratte ed innovative, sia statuizioni di tipo provvedimentale, per cui occorre fare ricorso a criteri sostanziali.

te di rango secondario, autorizzata dalla legge, che, in alcuni casi, «può giustificare la deroga a fonti di rango primario»¹¹⁵.

Ed è stato osservato che, se si riconosce loro tale carattere, si avrebbe una violazione di una norma, per cui il cittadino avrebbe il diritto di ricorrere fino in Cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost., invocando una violazione di legge¹¹⁶.

Di certo, la tragica esperienza del Coronavirus ha reso necessaria l'adozione di misure restrittive straordinarie e cogenti, che, se non hanno rappresentato una rottura dell'impianto costituzionale, ne hanno comunque messo a nudo le criticità attraverso l'uso abnorme delle fonti normative, primi fra tutti dei decreti-legge e dei dd.P.C.m., a cui è stata assegnata una funzione ad essi non congeniale, talvolta di respiro normativo, non sempre in linea con il sistema delle fonti.

Sullo sfondo resta in ogni caso l'esigenza di ricondurre l'emergenza entro il modello dello Stato di diritto, ripristinando l'originaria centralità del Parlamento, in modo da non lasciare libero il Governo di ergersi a "Signore delle fonti"¹¹⁷.

¹¹⁵ E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 250-251.

¹¹⁶ G. GUZZETTA, *Si, i dpcm erano legittimi, ma erano pure motivati visto che erano segreti?*, in *Il riformista*, 23 ottobre 2021.

¹¹⁷ M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino 2011, XI-XII.