

## Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico\*

[Consiglio di Stato, sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850, est. Carpentieri]

Matteo Timo\*\*

**SOMMARIO:** 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il caso oggetto di controversia. – 3. (Segue) Il parere del Consiglio di Stato. – 4. (Segue) L'impiego del DPCM tra atti *extra ordinem* e usuali fonti del diritto. – 5. Considerazioni di carattere conclusivo.

### ABSTRACT

Il Consiglio di Stato, con il parere in commento, procedere ad una analitica disamina della legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, impiegati nella gestione del fenomeno pandemico. Il parere riscontra la legittimità costituzionale dello schema normativo “decreto-legge - D.P.C.M.”, per soffermarsi sulla natura giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

*The opinion of the Council of State, commented upon above, analyses the legitimacy of the President of the Council of Ministers decrees (so called D.P.C.M.) used to manage the Covid-19 pandemic. The opinion states the legitimacy of the combination “law decree – D.P.C.M.” and then it examines the President of the Council of Ministers decrees juridical nature.*

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Ricercatore TDB in Diritto amministrativo nell'Università di Genova, [matteo.timo@unige.it](mailto:matteo.timo@unige.it).

## 1. Osservazioni introduttive

Con il parere in rassegna<sup>1</sup>, reso a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il Consiglio di Stato in sede consultiva perviene, per la seconda volta<sup>2</sup> nell'arco di un anno, ad una diffusa analisi dei poteri normativi ed amministrativi esercitati dall'Esecutivo nella gestione dell'emergenza pandemica, concludendo per la legittimità dei medesimi.

Con maggior precisione, dall'aprile 2020 al maggio 2021, sono stati posti all'attenzione della Sezione I del Consiglio di Stato due casi emblematici che hanno consentito alla stessa di prendere in esame (e "a largo spettro") i poteri che il Governo, per un verso, si è attribuito in virtù della legislazione d'urgenza succedutasi dal marzo 2020 ad oggi<sup>3</sup> e, per un altro verso, che questi ha esercitato sulla scorta della legislazione già vigente<sup>4</sup>.

I summenzionati pareri consentono, innanzi tutto, d'esporre talune considerazioni di portata generale e, in particolar modo, di osservare come essi si pongano a riprova dell'importanza che la funzione consultiva<sup>5</sup> del Consiglio di Stato tuttora – a centonovant'anni

\* Postilla: la Corte costituzionale, con sentenza n. 198, depositata il 22 ottobre 2021, è pervenuta – in un momento in cui il presente contributo era già impaginato e di prossima pubblicazione – alla declaratoria d'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate in merito al decreto-legge n. 19/2021. La presente nota si limita, pertanto, a richiamare il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale che preannuncia il deposito delle motivazioni. In questa sede, pare opportuno evidenziare come la Consulta richiami espressamente il parere n. 850/2021 del Consiglio di Stato, nella parte in cui ammette l'alternatività dei modelli di regolazione dell'emergenza, escludendo che il D.lgs. n. 1/2018 e la legge n. 833/1978 possano assurgere a "leggi rinforzate". Giova, altresì, rilevare come la Corte escluda la natura extra ordinem in capo ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, piuttosto evidenziandone le similitudini con i cd. "atti necessitati": tesi, quest'ultima, che chi scrive aveva già posto in evidenza nel corso del commento al parere n. 850/2021.

<sup>1</sup> Cons. di Stato, Sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850, reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>2</sup> Il riferimento è al noto parere con cui il Consiglio di Stato si è espresso a favore dell'annullamento straordinario promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso un'ordinanza del Sindaco di Messina, che – assumendo come presupposto l'emergenza pandemica – imponeva obblighi di comunicazione a tutti coloro che intendessero giungere in Sicilia attraversando lo stretto di Messina: Cons. di Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735, reperibile, con *focus* giurisprudenziale, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), annotato da A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta Online*, 10 aprile 2020, nonché da N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali - Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 12 aprile 2020.

<sup>3</sup> Il richiamo è ai decreti-legge che, come risaputo, hanno regolato – e continuano a regolare – la reazione italiana all'emergenza sanitaria dovuta al diffondersi del virus cd. "COVID-19": nello specifico, si tratta del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nonché degli atti aventi forza di legge successivamente sopraggiunti.

<sup>4</sup> In particolare, si tratta del potere di annullamento straordinario tradizionalmente riconosciuto all'Esecutivo nei confronti degli atti amministrativi di altri enti pubblici territoriali, oggi normato tanto dalla legge 23 agosto 1988, n. 400 (recante la disciplina dell'attività del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri), quanto dal D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (cd. "Testo unico degli Enti locali").

<sup>5</sup> In merito alla funzione consultiva, sia consentito richiamare, *ex multis*, M. TIMO, *Il ruolo consultivo del Consiglio di Stato: storicità e attualità di una funzione*, in P.M. VIPIANA, M. TIMO (a cura di), *Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nel diritto amministrativo*, Atti dell'incontro di studio svoltosi presso l'Università degli Studi di Genova il 26 marzo 2019, Genova, 2021, pp. 219 ss.

dall'istituzione – riveste<sup>6</sup> sia per il corretto svolgersi della funzione amministrativa, sia per la migliore comprensione e redazione di testi normativi<sup>7</sup>, sia per il soddisfacimento del bisogno di tutela giustiziale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione<sup>8</sup>.

In seconda battuta, è possibile osservare come i due pareri si collochino sostanzialmente in linea di continuità ed entrambi, all'esito di un dettagliato sindacato del quadro normativo, confermino la legittimità delle scelte governative compiute sul piano regolatorio e su quello amministrativo.

È, tuttavia, da evidenziare come il parere oggetto del presente scritto sopraggiunga in un contesto interpretativo consolidatosi per l'effetto congiunto, da un lato, dell'incessante opera esegetica compiuta dalla dottrina successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>9</sup> e, da un altro lato, dell'attività della giurisprudenza costituzionale e amministrativa che, tra il 2020 e il 2021, ha avuto modo anch'essa di scrutinare l'attività normativa dell'Esecutivo.

Invero, il parere n. 850/2021, di seguito commentato, si colloca a valle, recependolo, dell'intervento della Corte costituzionale, la quale nella pronuncia n. 37/2021<sup>10</sup> ha avuto modo di chiarire il riparto delle competenze legislative fra lo Stato e le Regioni, comprese quelle cd. "a statuto speciale", in seno a questa del tutto peculiare pandemia di carattere non solo nazionale, bensì globale: proprio in forza di quest'ultima considerazione – e del fatto che lo stato di emergenza sanitaria è stato dichiarato tanto a livello statale dal Consiglio dei ministri, quanto a livello internazionale dall'Organizzazione Mondiale della Sanità

<sup>6</sup> V. S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in Aa.Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, pp. 21 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa*, in Aa.Vv., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 109 ss.; L. COSSU, *La legge 15 maggio 1997, n. 127 (una «rifondazione» della funzione consultiva?)*, in Aa.Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., pp. 499 ss., e V. NERI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato dall'editto di Racconigi ai pareri resi su richiesta dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2020, n. 4, pp. 466 ss.

<sup>8</sup> Su questi aspetti, si rinvia a A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'Unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, Utet, 2011, pp. 171 ss.

<sup>9</sup> Per quanto concerne l'interesse della dottrina in merito alle conseguenze della pandemia sul sistema delle fonti del diritto e, in particolare, sull'impiego dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, si vedano, *ex multis*, A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.? (In margine a Consiglio di Stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*, in *www.giustamm.it*, n. 2021, n. 5; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, n. 2; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione extra ordinem*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2021, n. 1; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 2; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 ottobre 2020.

<sup>10</sup> Corte Cost., 12 marzo 2021, n. 37, reperibile in *www.cortecostituzionale.it* e annotata per questa *Rivista* (2021, n. 1, pp. 1 ss.) da L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazoooka della profilassi internazionale*. Sullo stesso tema si richiamano anche G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, n. 3, pp. 294 ss.; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 aprile 2021.

– il Giudice delle leggi è pervenuto ad attribuire alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in ambito di “profilassi internazionale”<sup>11</sup> la regolazione della materia.

Per tal via, la Sezione I ha potuto far proprio il ragionamento della Consulta<sup>12</sup> nella misura in cui essa ha riconosciuto costituzionalmente legittimo l'intervento normatore unilaterale dello Stato. Tuttavia, ad un esame più approfondito della pronuncia n. 37/2021 della Corte costituzionale è possibile notare come, per espressa e corretta enunciazione della stessa Corte, tale pronuncia non abbia preso in esame né la legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (di seguito anche D.P.C.M.) – e diversamente la Corte non avrebbe potuto fare, essendo, come noto, le fonti secondarie, al pari degli atti amministrativi, esclusi dal giudizio di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge<sup>13</sup> – né, in senso più ampio, la coerenza dell'impiego del binomio “decreto-legge-D.P.C.M” con il sistema delle fonti, limitandosi in ordine a questo tema ad osservare che la regolazione della profilassi internazionale è sottratta al legislatore regionale e che lo Stato dispone di più opzioni normative, date dall'impiego dei già previsti rimedi di cui alla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale<sup>14</sup> e al Codice della protezione civile<sup>15</sup>, ovvero di appositi strumenti concepiti *ad hoc*<sup>16</sup> al manifestarsi di specifici eventi emergenziali.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Sezione I è giunta, in primo luogo, a riconoscere, alla luce del vigente sistema delle fonti del diritto, piena legittimità allo strumento del

<sup>11</sup> Di cui all'art. 117, comma 2, lett. q), Cost. Con maggior precisione la Consulta ha osservato che «Venendo al merito del ricorso, deve ribadirsi quanto già deciso nella fase cautelare, ovvero che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di “profilassi internazionale” (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati. Questa Corte ha già ritenuto che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano “uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale” (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004)» (sentenza n. 37/2021, cit., punto 7 del considerato in diritto).

<sup>12</sup> Per un esame della pronuncia della Corte costituzionale, ad integrazione della dottrina già menzionata, si vedano anche F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia. Sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *www.constituzionalismo.it*, 2021, n. 1, e G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e “abuso” delle ordinanze ‘extra ordinem’ dei Presidenti regionali*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 7.

<sup>13</sup> Tanto è vero che la Corte ha statuito che «Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale» (sentenza n. 37/2021, cit., punto 9.1. del considerato in diritto).

<sup>14</sup> Il riferimento è all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833.

<sup>15</sup> D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (art. 25 in particolare).

<sup>16</sup> La sentenza n. 37/2021 (punto 9 del considerato in diritto), cit., ha osservato che «Infatti, il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire».

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e, in secondo luogo, a ritenere manifestamente infondate le questioni di costituzionalità prospettate dalla ricorrente, tanto nel profilo “formale” concernente la pretesa violazione delle disposizioni della Carta che regolano i poteri legislativi dell’Esecutivo, quanto alla luce del profilo “sostanziale” avente ad oggetto l’incompatibilità fra gli impugnati D.P.C.M. e taluni diritti sanciti in Costituzione.

## 2. Il caso oggetto di controversia

Il parere in commento si colloca a valle di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato da una società di ristorazione, la quale si doleva della sanzione amministrativa della chiusura per quindici giorni irrogata dal Questore della Provincia di Pesaro e, a monte, dei D.P.C.M. del 24 ottobre 2020<sup>17</sup>, del 3 novembre 2020<sup>18</sup> e del 24 ottobre 2020<sup>19</sup>.

Invero, la ricorrente – nell’intento dichiarato di attuare una manifestazione di protesta avverso le restrizioni imposte dal D.P.C.M. del 24 ottobre 2020 (limitativo, a fini di prevenzione del contagio da COVID-19, dell’orario di apertura delle attività di somministrazione di cibi e di bevande) – aveva organizzato una cena alla presenza di novanta persone. Siffatta attività veniva accertata e verbalizzata dalla polizia municipale di Pesaro e, di seguito, il Questore applicava la suddetta sanzione.

La società ricorrente, come rilevato dal Consiglio di Stato<sup>20</sup>, si duole essenzialmente della mancata conformità a Costituzione dei menzionati D.P.C.M. e, più in generale, dalla legittimità dell’impiego dello stesso decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri quale strumento regolatorio della pandemia, sulla scorta di due profili: innanzitutto, per l’impossibilità di collocare nel sistema italiano delle fonti del diritto i D.P.C.M., con la conseguenza che gli stessi decreti-legge che li hanno autorizzati sarebbero costituzionalmente illegittimi; in secondo luogo, per la violazione di puntuali diritti riconosciuti dalla Costituzione, quali la libertà di iniziativa economica privata e il diritto al lavoro, nonché per carenza di motivazione in ordine alle limitazioni imposte.

Con maggior precisione, la ricorrente – oltre alla violazione dei summenzionati diritti costituzionali – contestava, in primo luogo, il mancato rispetto degli artt. 76 e 77 Cost.

<sup>17</sup> Recante: “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19»”

<sup>18</sup> Recante: “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19»”.

<sup>19</sup> Recante: “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19»”.

<sup>20</sup> Parere in rassegna, punto 5 del considerato.

nella misura in cui il Governo avrebbe proceduto, nella sostanza, a delegare a se stesso la potestà legislativa; in secondo luogo, la violazione del decreto di recepimento<sup>21</sup> della cd. “direttiva servizi”<sup>22</sup>, avendo l’Esecutivo imposto una restrizione quantitativa alla prestazione dei servizi in assenza della prescritta notifica alla Commissione europea; in terzo luogo, l’inosservanza della competenza all’adozione del provvedimento sanzionatorio, essendo il medesimo di titolarità del Prefetto e non del Questore.

In via riassuntiva, è possibile affermare come la tesi proposta mediante il ricorso straordinario sia nel senso di dimostrare che i decreti del Presidente del Consiglio altro non siano che semplici atti amministrativi, i quali – oltre ad esigere il rispetto di tutte le garanzie procedurali e formali proprie dei provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione – appaiono inidonei a fungere da strumento regolatorio, a maggior ragione se impositivi di limitazioni in materie garantite dalla riserva di legge<sup>23</sup>.

Nei paragrafi successivi, alla luce delle motivazioni espresse dalla Sezione consultiva, si descriveranno le ragioni che destituiscono di fondamento la tesi attorea, dimostrando come la tecnica normativa prescelta dall’Esecutivo, al ricorrere di talune condizioni (nel caso di specie avveratesi), trovi cittadinanza nel nostro ordinamento.

### 3. (Segue) Il parere del Consiglio di Stato

Nell’esaminare le motivazioni argomentate dal Consiglio di Stato, in questa sede è possibile prescindere dall’analisi delle doglianze inerenti all’asserita inosservanza delle regole sulla competenza e alla trasgressione della direttiva servizi. Circa la prima questione, il Collegio ha correttamente accolto l’eccezione d’inammissibilità sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, essendo l’atto gravato non definitivo, in quanto impugnabile con ricorso gerarchico al Prefetto e, pertanto, non direttamente ricorribile al Capo dello Stato. In merito alla seconda questione – che non riveste interesse in riferimento alla natura dei D.P.C.M. e alla loro collocazione tra le fonti del diritto –, la Sezione è giunta alla piana e condivisibile conclusione che i D.P.C.M. non rientrano nel campo di operatività delle disposizioni della direttiva n. 2006/123/CE e del D.Lgs. n. 59/2010, dal momento che essi pongono limitazioni, giustificate per motivi di salute pubblica, nei confronti di intere categorie economiche e non di singoli prestatori.

<sup>21</sup> D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, in particolare art. 12, comma 1, lett. a).

<sup>22</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

<sup>23</sup> Per un compiuto esame della nozione di riserva di legge, si rinvia alla dottrina che ha avuto modo di meglio studiare l’istituto in parola. Su cui diffusamente, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1212 ss.; R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. X, Torino, Utet, 1994. In precedenza, S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, Giuffrè, 1963, e F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1980.

All'opposto, il Consiglio di Stato – sembrerebbe<sup>24</sup>, invero, in forza della constatazione più fattuale che giuridica dell'opportunità di sindacare nel merito le questioni inerenti alla legittimità dei D.P.C.M. – ha superato un proprio precedente contrario dello stesso 2021<sup>25</sup> e ha ritenuto ammissibili, ancorché infondate, le suddette doglianze.

Il parere, fornendone ampia e adeguata motivazione, giunge alla conclusione che «i dd.P.C.M. impugnati possano rinvenire un'adeguata e legittima collocazione razionale nel vigente sistema delle fonti che caratterizza il nostro ordinamento giuridico»<sup>26</sup>.

La Sezione I si sofferma su un diffuso esame della natura giuridica dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>27</sup> impiegati nella regolazione della riposta italiana al diffondersi della pandemia da COVID-19<sup>28</sup>, utilizzando come termine di paragone i provvedimenti a carattere d'urgenza già previsti dal nostro ordinamento e, in particolare, le ordinanze emergenziali di cui alla legge n. 833/1978 e al D.lgs. n. 1/2018.

Per il vero, la ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, dapprima, opera sul piano della legittimità costituzionale con riguardo all'impiego di un decreto-legge al fine di demandare all'Esecutivo la predisposizione di una normativa di rango secondario abilitata a limitare diritti dei singoli, in seguito, s'interessa al piano della coerenza della suddetta fonte secondaria – vale a dirsi del D.P.C.M. – con i poteri di ordinanza previsti dalle altre disposizioni vigenti e, infine, si sofferma sulla natura in senso proprio del D.P.C.M.

Prima di fornire un sintetico quadro della decisione assunta in merito alle questioni appena menzionate, giova soffermarsi su due premesse di ordine generale che si desumono dal parere qui in commento<sup>29</sup> e che complessivamente tanto rendono conto della capacità propria della funzione consultiva di cogliere i fenomeni giuridici in seno alla realtà fattuale che li connota, quanto consentono un migliore inquadramento formale delle scelte normative compiute dal Governo.

Per un verso e sotto il profilo della sistematica delle fonti, il parere rammenta un aspetto che a prima vista può apparire ovvio, ma che non sembra per nulla scontato, sia dalla

<sup>24</sup> Cfr. punto 3.3. del considerato.

<sup>25</sup> Cons. di Stato, Sez. I, parere 6 aprile 2021, n. 598.

<sup>26</sup> Parere in commento, punto 6 del considerato.

<sup>27</sup> In ordine a questi aspetti, la dottrina – già ad un approccio generale alla materia – ha avuto modo di manifestare dubbi circa la natura giuridica dei D.P.C.M. In questo senso, L. SILVANO, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, Giuffrè, 1998, «È infatti controverso quali siano i caratteri essenziali, e quale la natura, delle attribuzioni del Presidente del Consiglio, in estrinsecazione delle quali sono posti in essere tali decreti». Più nel dettaglio, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Padova, Cedam, 2015, pp. 193-194, ha osservato che ai «regolamenti ministeriali ed interministeriali possono accostarsi quelli del Presidente del Consiglio dei ministri, previsti da leggi speciali, il cui procedimento di formazione ed il cui ambito di competenza sono definiti dalle stesse leggi».

<sup>28</sup> Cfr., su questo tema, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 2; A. SILVESTRI, V. TURRIZIANI, *Coronavirus: per la Corte costituzionale i d.p.c.m. sono legittimi, non c'è spazio per le leggi regionali e le ordinanze locali*, in *Cammino diritto*, 2021, n. 5; D. DE LUNGO, *Nibil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019, n. 2.

<sup>29</sup> In dettaglio, si vedano i punti 6.1 e 6.6.1 del considerato.

lettura delle motivazioni del ricorso straordinario<sup>30</sup>, sia a livello di opinione pubblica: il continuo – e sovente mediatico – richiamo alla violazione dei diritti fondamentali da parte della normativa “anti-COVID”.

Con riferimento a questo aspetto, il Consiglio di Stato rammenta che i diritti e le libertà che emergono nel caso concreto – ancorché il discorso paia potersi generalizzare all’intero impianto di disposizioni emanate a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza – attengono indubbiamente a diritti sanciti dalla Carta costituzionale, ma assicurati da riserve di legge cd. “relative” e, non sembra scorretto aggiungere, soggetti altresì a limitazioni nel rispetto di simili riserve.

Ne consegue che, al ricorrere di tali ipotesi, una qualsiasi fonte primaria<sup>31</sup>, sia essa una legge ordinaria, un decreto-legge o un decreto legislativo, è abilitata a regolare la materia con rinvio, per la sua attuazione o esecuzione, alle norme di rango secondario. Tanto è vero che la dottrina, anche in materia di diritto alla salute, appare pacifica nell’affermare che l’art. 32 Cost.<sup>32</sup>, si differenzi dal precedente art. 13, proprio nell’introdurre una riserva di legge di carattere relativo, priva dell’aggiuntiva riserva di giurisdizione, e nel legittimare misure limitative nell’ottica della salute collettiva, non del singolo: ne è riprova che gli accertamenti coercitivi<sup>33</sup> (a titolo esemplificativo, quelli volti alla ricerca di una prova del reato) ricadono nel campo d’applicazione dell’art. 13, mentre i trattamenti sanitari obbligatori (tra i quali anche le tanto discusse “vaccinazioni obbligatorie”<sup>34</sup>) rientrano nell’art. 32 in quanto indirizzati alla tutela della salute pubblica<sup>35</sup>.

Per un altro verso e in riferimento alla citata attitudine della funzione consultiva a cogliere il sostrato fattuale delle questioni proposte nel parere n. 850/2021, la Sezione afferma chiaramente che la scelta governativa di derogare all’usuale modello delle ordinanze in materia sanitaria e di protezione civile discende, oltre che da una legittima scelta discrezionale dell’Esecutivo, quantomeno dalla necessità di far fronte ad una situazione pandemica del tutto eccezionale, di carattere globale e non affrontata precedentemente: da ciò l’opportunità che il potere decisionale, nei limiti statuiti dalla Costituzione e dalla legge, sia concentrato nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, dal momento che egli,

<sup>30</sup> Come riportate dal parere in rassegna.

<sup>31</sup> Essenzialmente, come già osservato, si tratta di fonti primarie statali, giacché la materia è riservata alla potestà legislativa esclusiva inerente alla “profilassi internazionale” di cui all’art. 117, comma 2, lett. q), Cost. (cfr. Corte cost., n. 37/2021, cit.).

<sup>32</sup> Richiamato dallo stesso Consiglio di Stato nel parere in rassegna.

<sup>33</sup> Si veda, in generale, G. DE LUCA, *Coercizione processuale penale*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 298 ss., nonché P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 2016.

<sup>34</sup> Cfr., fra i molti, M.C. D’ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 1009 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999. Più di recente, C. CHIARELLO, *Vaccinazioni (obbligo di)*, *ivi*, 2021.

<sup>35</sup> Si veda l’attenta ricostruzione di R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, XVIII ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 456.

ai sensi dell'art. 95, comma 1, Cost.<sup>36</sup>, è titolare della politica generale del Governo e ne è responsabile.

Il ragionamento delineato dalla Sezione I appare condivisibile. In assenza di riserve assolute di legge e in assenza di riserva “di amministrazione” che attribuiscono la competenza ad uno specifico organo, non è da ritenersi scorretta la preferenza, accordata dai decreti-legge succedutisi dal marzo 2020, a favore dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Leggendo fra le righe della motivazione del parere, come già evidenziato, è possibile intravedere come tale motivazione si radichi in considerazioni dal forte connotato fattuale. Posto che la Costituzione non pone limiti, nei termini che saranno meglio precisati nel prosieguo, all'uso di fonti secondarie in questa materia, si rileva come le decisioni normative assunte – idonee a imporre forti limitazioni – siano gravide di pesanti conseguenze in termini di “tenuta politica” dell'Esecutivo, tanto da ritenere che alle ordinanze di un singolo Ministro (quello della Salute) e a quelle incardinate in un semplice Dipartimento della Presidenza del Consiglio (quello della Protezione civile), siano preferibili provvedimenti del Presidente del Consiglio, giacché egli è puntualmente identificabile e ben definita è la sua responsabilità politica. In altre parole, mentre le citate ordinanze assumono un carattere prettamente amministrativo, nei D.P.C.M. è più chiara la responsabilità politica, con ogni probabilità, anche in termini di maggiore legittimazione, dell'organo decidente.

Tornando all'esame del parere, non è necessario soffermarsi sulla questione relativa alla violazione dell'obbligo motivazionale, poiché il Consiglio di Stato ha fatto – e diversamente non avrebbe potuto essere – applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990<sup>37</sup>: sia che i D.P.C.M. siano atti amministrativi generali, sia che dispongano di natura normativa, per essi non è richiesta motivazione in virtù del comma 2 della disposizione da ultimo citata. D'altra parte, più articolata e meritevole d'interesse è l'argomentazione sulla scorta della quale la Sezione consultiva è pervenuta alla declaratoria d'infondatezza del ricorso straordinario in merito all'impiego dei D.P.C.M.

#### 4. (Segue) L'impiego del DPCM tra atti *extra ordinem* e usuali fonti del diritto

Il parere – prendendo le mosse dalle premesse che sono state esaminate nel paragrafo precedente – ha, dapprima e facendo seguito alla già menzionata pronuncia n. 37/2021 della Corte costituzionale, ribadito la correttezza dello schema normativo e, in seguito, ha proposto una ricostruzione della natura giuridica dei D.P.C.M. *de quibus*.

<sup>36</sup> Per mero errore materiale del tutto evidente, il parere in commento richiama l'art. 92, comma 1, Cost., anziché l'art. 95, comma 1, Cost. (punto 6.6.1 del considerato).

<sup>37</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Invero, il Giudice delle leggi, nell'affrontare la sopra menzionata questione di legittimità costituzionale concernente il riparto della potestà legislativa tra lo Stato e la Regione della Valle d'Aosta, si era limitato ad osservare che nessun impedimento era riscontrabile nella scelta, riservata alla potestà statale, d'impiegare la legislazione d'urgenza attuata da successivi decreti del Presidente del Consiglio: in quella sede, è opportuno rammentare, come la Corte avesse ricordato che non «è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo [...]»<sup>38</sup>.

Tuttavia, in una più recente decisione, non ancora depositata, ma della quale l'Ufficio stampa della Corte costituzionale ha dato notizia in un comunicato del 23 settembre 2021<sup>39</sup>, sembra che il Giudice delle leggi, nel confermare il precedente di cui alla sentenza sopra menzionata, abbia, per un verso, chiarito che i decreti-legge emergenziali non hanno determinato alcuna delegazione legislativa a favore dell'Esecutivo e, per un altro verso, abbia chiarito come i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, attuativi della medesima decretazione d'urgenza, abbiano natura meramente amministrativa<sup>40</sup>.

Nell'attesa di poter esaminare compiutamente le motivazioni dell'ultima pronuncia della Consulta, occorre osservare come il Consiglio di Stato paia essere giunto solo in parte alle medesime conclusioni: da un lato, la Sezione I ha avvalorato la tesi della legittimità costituzionale dell'attuazione di un decreto-legge per il tramite di un D.P.C.M., ma, da un altro lato, non sembra aver chiarito in modo esaustivo – come si chiarirà poco oltre – la natura giuridica dei decreti del Presidente del Consiglio in questione.

Invero, nel già citato parere del 2020<sup>41</sup>, sollecitato dal potere governativo di annullamento straordinario<sup>42</sup> e, a quanto consta, non richiamato dal parere oggetto di queste pagine, il Consiglio di Stato aveva anticipato parte delle conclusioni cui sono successivamente giunte la Corte costituzionale e la medesima Sezione I.

In tal senso, il parere n. 735/2020 si era avveduto della riserva a favore dello Stato in materia di profilassi internazionale, aveva sottolineato la necessità di un quadro normativo unitario a livello nazionale e, elemento di maggior interesse al fine della presente disamina, aveva – seppur indirettamente – riconosciuto che le misure di cui agli artt. 2 e 3 del D.L.

<sup>38</sup> Corte cost. pronuncia n. 37/2021, cit., § 9.1 del considerato in diritto.

<sup>39</sup> Reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), nonché su sulla rivista *Federalismi.it* (all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45962>).

<sup>40</sup> Con maggior precisione, il citato comunicato stampa del 23 settembre 2021, riporta che «In attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto inammissibili le censure al Dl n. 6, perché non applicabile al caso concreto. Ha poi giudicato non fondate le questioni relative al Dl n. 19, poiché al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitare mediante atti di natura amministrativa».

<sup>41</sup> Si tratta di Cons. di Stato, parere n. 735/2020, cit.

<sup>42</sup> Vedi, *supra*, nota 3.

n. 19/2020<sup>43</sup>, in materia di conferimento di poteri normativi al Presidente del Consiglio dei ministri, si ponessero «in linea con il quadro costituzionale [...]»<sup>44</sup>.

Il parere n. 850/2021 si pone in continuazione con i precedenti citati e, rispetto ad essi, ne sviluppa i contenuti, meglio precisando i caratteri della normativa emergenziale in materia di contrasto alla pandemia da COVID-19. Per tal via, il Consiglio di Stato ricorda come l'ordinamento italiano conosca i succitati modelli delle ordinanze in materia di sanità pubblica e di protezione civile, ma chiarisce come né la legge n. 833/1978, né il D.lgs. n. 1/2018 godano di specifiche garanzie costituzionali tali da impedirne la deroga ad opera di altra fonte primaria. In altri termini, essi non sono leggi cd. “rinforzate” e nulla esclude che altre leggi o altri atti aventi forza di legge introducano sistemi di gestione dell'emergenza ad essi concorrenti. Con l'ovvia avvertenza che, qualora si tratti di atti aventi forza di legge, debbono rispettarsi i dettami degli artt. 76 e 77 Cost.: circostanza effettivamente verificatasi, nel caso in parola, grazie alla conversione in legge ad opera del Parlamento. Appurato che lo strumento del decreto-legge sia idoneo a derogare le disposizioni recate da altre fonti primarie non rinforzate – e questa, per inciso, costituisce una piana applicazione dei principi che governano il sistema italiano delle fonti del diritto –, la Sezione I ribadisce la relatività delle riserve di legge nella materia *de qua*, dichiarando legittimo il ricorso al decreto del Presidente del Consiglio.

Sulla base di questa condivisibile ricostruzione, il Collegio ben puntualizza come la scelta di una fonte secondaria in luogo di un'altra sia una valutazione rimessa al legislatore e, nella sostanza, una scelta di carattere politico. Si è, infatti, avuto modo di scrivere poco sopra come il Collegio – benché si tratti di un sindacato di sola legittimità – metta in risalto il contesto fattuale connotato dalla fluidità dell'evolversi della pandemia: contesto dal quale discende la ragionevolezza di affidare ad una fonte “maneggevole”, quale il D.P.C.M., la previsione di regole puntuali.

Ragionamento quest'ultimo che – nelle motivazioni della Sezione I – si rinsalda con un'ulteriore considerazione dal sapore fortemente materiale, ossia che una volta stabilizzatasi l'emergenza, il ricorso al D.P.C.M. è stato smorzato da un maggior impiego di prescrizioni dettate direttamente dai decreti-legge, benché lo strumento del D.P.C.M. non sia del tutto venuto meno<sup>45</sup>. Invero, tale osservazione assume un carattere giuridico, giacché appare

<sup>43</sup> D.L. n. 19/2020, cit.

<sup>44</sup> Cons. di Stato, parere n. 735/2020, cit., § 8.1. Precisamente, la Sezione I osserva che «Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, rimodulando in parte le misure già contemplate dai precedenti provvedimenti adottati in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, ha disciplinato espressamente, negli artt. 2 e 3, in linea con il quadro costituzionale sopra richiamato, l'ambito della competenza per possibili interventi in sussidiarietà verticale (nel bilanciamento con i principi di adeguatezza e di proporzionalità) delle autonomie territoriali. L'art. 2 del decreto legge conferma la previsione che le misure di contenimento sono adottate con uno o più decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri competenti per materia».

<sup>45</sup> Come dimostra anche il recente decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, non ancora convertito in legge, in materia di certificazioni cd. “green pass”, per l'attuazione del quale il Ministero dell'Università e della Ricerca ha preannunciato

improntato al principio di ragionevolezza che la fase più acuta di un'emergenza del tutto atipica sia gestita da una fonte duttile, mentre si ritorni progressivamente all'usuale regolazione di pari passo allo scemare del pericolo.

Ciò che, invece, rileva per la corretta tenuta del sistema è che il potere normativo di rango secondario, qualora sia volto all'imposizione di restrizioni, debba necessariamente operare nei limiti definiti dalla legge: il Consiglio di Stato, nel merito, ha riscontrato la sussistenza di tale requisito, osservando come con l'art. 1 del D.L. n. 19/2020<sup>46</sup> «il Governo ha provveduto [...] a definire analiticamente, con adeguato livello di specificità, i casi, gli ambiti materiali, i presupposti e le condizioni, nonché i limiti e le modalità di esercizio del potere normativo di secondo livello costituito dai decreti del Presidente del consiglio dei ministri previsti dall'art. 2 del decreto legge, autorizzati espressamente e chiaramente dalla norma primaria a derogare diritti dei cittadini e delle imprese come quello di iniziativa economica privata»<sup>47</sup>.

Verificata la legittimità costituzionale della scelta operata dai decreti-legge del 2020 e appurato il rispetto del principio di legalità – nonché di proporzionalità, ragionevolezza e precauzione<sup>48</sup> – ad opera dei decreti del Presidente del Consiglio limitativi del libero esercizio delle attività economiche in questione, la Sezione I ha proposto una definizione della natura giuridica dei D.P.C.M. medesimi. In dettaglio, il Collegio ha rinvenuto le basi di siffatta definizione prendendo quali termini di paragone, per un verso, il potere regolamentare dell'Esecutivo e, per un altro verso, i provvedimenti *extra ordinem* normati dalla legislazione vigente.

In tal senso, il Collegio ha, dapprima, riaffermato che il Governo – in virtù del decreto-legge n. 19/2020 e di quelli sopravvenuti nei mesi seguenti – ha adeguatamente collocato la sua scelta regolatoria nello schema logico-giuridico di cui agli artt. 77 e 95 Cost., nonché alla legge n. 400/1988<sup>49</sup>. Vale a dirsi che l'Esecutivo ha esercitato il suo potere regolamentare, di attuazione ed esecuzione, di norme primarie «generali ed astratte, abbisognevole (di regola) di specificazioni attuative ed esecutive»<sup>50</sup>.

Tanto sarebbe bastato per giungere alla conclusione che i D.P.C.M. regolatori del fenomeno pandemico non sono semplici atti amministrativi a carattere generale, bensì sono compartecipi della natura di fonte secondaria del diritto nella disponibilità dell'Esecutivo, osservazione questa – che per quanto condivisibile – pare andare nel senso opposto a

---

l'emanazione di un D.P.C.M. in materia di controlli operati nelle Università: cfr. anche la circolare del 31 agosto 2021 emanata dalla Ministra dell'Università e della Ricerca.

<sup>46</sup> Analoghe considerazioni sono state svolte dal Consiglio di Stato in merito al D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni in legge 27 novembre 2020, n. 159 (parere in commento, punto 6.10 del considerato).

<sup>47</sup> Parere in rassegna, punto 6.9 del considerato.

<sup>48</sup> *Idem*, punto 8.3.

<sup>49</sup> In particolare, di cui all'art. 17 della legge n. 400/1988, cit.

<sup>50</sup> Parere in commento, punto 6.11 del considerato.

quanto riportato nel menzionato comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, nel quale si avverte come la Consulta abbia ragionato di «atti di natura amministrativa». Pur dovendo rinviare una compiuta disamina della questione al deposito delle motivazioni della pronuncia oggetto del comunicato, è doveroso stendere alcune considerazioni circa l'elaborazione fornita dalla Sezione consultiva, ricordando peraltro come la “provenienza amministrativa” non faccia venire di per sé meno la natura normativa, giacché come ha chiarito illustre dottrina<sup>51</sup> anche le ordinanze possono avere natura normativa, financo di regolamento.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto opportuno meglio sondare il presupposto abilitante l'esercizio in concreto del potere regolatorio in parola, statuendo che «Al di là dei poteri di ordinanza contingibile e urgente, il Governo ha correttamente costruito una nuova impalcatura giuridica fondata sull'art. 77 della Costituzione, mediante la quale – attivando lo schema comune “legge generale-atti attuativi dell'esecutivo”, ha predefinito al livello normativo primario, con un sufficiente livello di analisi, gli ambiti, le condizioni e i limiti del potere di disciplina emergenziale, attribuendo al vertice politico-amministrativo dell'esecutivo medesimo la competenza ad adottare decreti aventi la duplice natura, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità<sup>52</sup>. Ne derivano due conseguenze, una espressamente manifestata dal parere e un'altra che è possibile desumere in questa sede di analisi. La prima attiene alla circostanza per cui i D.P.C.M., pur assimilabili, per presupposti, alle ordinanze contingibili e urgenti, si discostano da quest'ultime poiché non sono liberi nei fini, bensì sono «inquadri nell'ordine della previa decretazione d'urgenza, ossia di una cornice di norma primaria che ne predetermina e ne circoscrive con sufficiente livello analitico gli spazi e i limiti applicativi<sup>53</sup>».

<sup>51</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, p. 56: nel trattare il potere normativo del Governo e delle pubbliche amministrazioni, Sandulli osserva che «il potere in questione si estrinseca attraverso *ordinanze normative*, le quali possono essere *regolamenti*, oppure *ordinanze in senso stretto*. [...] I regolamenti sono atti normativi per lo più composti da una serie articolata di disposizioni, le quali hanno solitamente carattere di generalità e strattezza [...]. A quest'ultima categoria appartengono i regolamenti emanati dal Governo e dalle autorità amministrative [...]. Le ordinanze in senso stretto a contenuto normativo (le quali, diversamente dai regolamenti, sono figure atipiche) non sono invece che una parte delle ordinanze in senso stretto. Queste ultime comprendono infatti tutti i provvedimenti (diversi dai regolamenti), che contengono ordini, tanto se gli ordini abbiano carattere normativo, quanto se non posseggano tale carattere. Solo nel primo caso esse possono essere considerate fonti del diritto». Di “ordinanze-regolamento” ha, più recentemente, scritto F. SATTI, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990, p. 2. In senso contrario, in merito alla natura giuridica delle ordinanze si registra la posizione di G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, Vol. XII, Torino, 1965, pp. 89 ss.

<sup>52</sup> *Idem*, punto 6.11 del considerato.

<sup>53</sup> *Idem*.

In tal senso, una voce illustre della dottrina<sup>54</sup> aveva evidenziato come il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti – in quel caso di protezione civile – fosse uno meccanismo atto a eludere la preferenza costituzionale per il decreto-legge, quale strumento di gestione dell'emergenza: nel caso della pandemia da Covid-19, invece, l'esecutivo ha dettato la disciplina sostanziale dell'emergenza con norma primaria, sottoposta a controllo parlamentare, predeterminando compiutamente degli atti attuativi.

La seconda conseguenza s'incentra sul dato formale, che – nonostante quanto riportato poco sopra – sembra emergere con forza dalla lettura del parere in esame. Si vuole intendere che la natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri in parola è, formalmente, quella di regolamento, mentre solo sul piano sostanziale essi sono in parte riconducibili alle ordinanze emergenziali, quanto ai presupposti che le legittimano. Né è riprova che la Sezione richiama, quale termine di paragone normativo, la legge n. 400/1988: ulteriore conferma deriverebbe dall'essere atti per i quali la fonte primaria non richiede motivazione, cosa all'opposto imprescindibile per le ordinanze di necessità e urgenza<sup>55</sup>.

La qualificazione compiuta dal Consiglio di Stato nell'escludere che i D.P.C.M. siano ordinanze contingibili e urgenti è da ritenersi in qualche misura corretta, giacché simili ordinanze – a differenza di quelle “ordinarie” e degli “atti necessitati” – manifestano, per l'appunto, effetti *extra ordinem*, sono libere nel contenuto<sup>56</sup> e sono rimesse alla valutazione degli organi amministrativi al verificarsi, di volta in volta, dei presupposti di necessità ed urgenza.

<sup>54</sup> In questi termini, Giuseppe Ugo Rescigno, il quale ha messo in evidenza come il modello delle ordinanze di protezione civile (di cui all'allora vigente legge 24 febbraio 1992, n. 225) sarebbe un meccanismo ipoteticamente elusivo dell'art. 77 Cost, giacché il Governo, al ricorrere di un evento eccezionale, al posto di adottare un decreto-legge – strumento previsto dalla Carta costituzionale proprio per far fronte alle ipotesi di eccezionalità, urgenza e straordinarietà – si limiterebbe a dichiarare lo stato di emergenza e operare “per colpi” di ordinanza (G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi 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 *Quad. cost.*, 1995, n. 3, pp. 2185 ss.): «Mi pare evidente allora che la l. n. 225, quale che sia il giudizio sull'opportunità e l'efficacia del meccanismo disegnato, è un modo per eludere l'art. 77 Cost. In questo modo si ottengono almeno quattro risultati sul piano giuridico-istituzionale, tutti elusivi rispetto alla Costituzione: a) il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare lo stato di emergenza, ma si libera (o viene «liberato») dalla necessità di decidere come tale emergenza va fronteggiata: questa parte viene demandata ad altra autorità e ad altri atti, tra i quali le ordinanze; b) la disciplina sostanziale per l'emergenza, venendo posta con ordinanze, e non con decreto-legge da convertire in legge, sfugge al controllo di costituzionalità (a cui sarebbe sottoposta se adottata con decreto-legge convertito), una volta stabilito, come ha detto e ribadito la Corte, che l'ordinanza di necessità e urgenza non ha forza di legge; c) il Parlamento, sul piano istituzionale, viene escluso dalla vicenda (esso può recuperare il suo ruolo, ma solo sul piano politico, mediante interrogazioni, mozioni e simili: è evidente dal punto di vista istituzionale la diversità rispetto al potere parlamentare in sede di conversione del decreto-legge); d) anche il Presidente della Repubblica, che non emana la dichiarazione di emergenza e meno che mai le ordinanze, è tagliato fuori dalla cosa».

<sup>55</sup> Cfr. G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da) e P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 320.

<sup>56</sup> Sul punto si veda, ad esempio, P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 262 ss.

Diversamente i D.P.C.M. in parola sono integralmente predeterminati<sup>57</sup> quanto ambito di applicazione dalla fonte primaria di cui costituiscono attuazione, di modo che le limitazioni da essi imposte sono, di fatto, riproduzione di scelte derogatorie operate a monte dagli stessi decreti-legge. In altri termini, i D.P.C.M. non sembrano porsi effettivamente in deroga alla legge, quanto piuttosto in attuazione della stessa, pur condividendo, sotto il profilo fattuale<sup>58</sup>, con le ordinanze contingibili e urgenti taluni presupposti per l'adozione. Invero, anche qualora si volesse collocare i D.P.C.M. fra le ordinanze e non fra i regolamenti, si dovrebbe tenere nella dovuta considerazione che, stante la predeterminazione compiuta dalla decretazione d'urgenza<sup>59</sup>, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sarebbero meglio inquadrabili nelle "ordinanza di necessità" (o "atti necessitati")<sup>60</sup>, piuttosto che in quelle contingibili e urgenti.

Peraltro, l'evidente incertezza della dottrina e della giurisprudenza nel dare una definitiva collocazione sistematica tanto alle ordinanze – che parte della scienza giuridica non esita a qualificare in determinate ipotesi quali regolamenti – quanto ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, rischia di intricare ancor più la matassa, perdendo il filo dell'analisi. Ad ogni buon conto, le considerazioni sopra esposte potrebbero essere vevoli a porre fine ad un intenso dibattito che si è svolto negli ultimi mesi in seno alla dottrina pubblicistica, la quale aveva esposto differenti tesi in merito alla natura giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>61</sup>. La soluzione approntata dal Consiglio di Stato è, ad avviso di scrive, da ritenersi corretta nella misura in cui, innanzitutto, consente di evitare che restrizioni – pur legittime, ma, ad ogni modo, gravose per i consociati – siano rimesse

<sup>57</sup> All'opposto, come ha avuto modo di osservare illustre dottrina, le ordinanze in deroga alla legge costituiscono una «vasta congerie di atti, la cui natura normativa o amministrativa è incerta, abilitati ad intervenire in situazioni impreviste ed imprevedibili di urgenza, predeterminate in modo del tutto generico, anche in deroga alla legge», in questi termini, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. XXXV, Padova, Cedam, 2004, p. 240. In senso analogo, F. SATTA, *op. cit.*, p. 2: la caratteristica delle ordinanze in parola «è di essere del tutto non predeterminate nel contenuto: le leggi che le prevedono si limitano ad individuare l'organo che le può emanare ed a porre il presupposto per l'esercizio del potere nella necessità ed urgenza di provvedere».

<sup>58</sup> Invero, l'eccezionalità non è presupposto delle sole ordinanze *extra ordinem*, potendosi riconoscere una simile ragione giustificatrice anche nello stesso decreto-legge. Sul punto, attenta dottrina ha osservato che le ordinanze contingibili ed urgenti, sarebbero atti di regola esclusi dalla potestà normativa del Governo che «in casi di necessità ed urgenza può avvalersi del decreto legge» (F. SATTA, *op. cit.*, p. 2). Circa la natura originaria o meno del potere normativo del Governo in sede di legislazione d'urgenza si rinvia all'attenta ricostruzione operata da G.F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 1 ss., il quale ad ogni modo osserva come, nell'ordinamento italiano, sia la Costituzione stessa, all'art 77, a riconoscere tale potere all'Esecutivo.

<sup>59</sup> Sono pertanto i decreti-legge ad essere privi di predeterminazione (cfr. G.F. CIAURRO, *op. cit.*, p. 3) e non i D.P.C.M.

<sup>60</sup> Sulle ordinanze di necessità, *ex multis*, P.M. VPIANA, *op. cit.*, p. 263. Tali ordinanze sono atti che «hanno come presupposto la necessità, ma non l'urgenza: consistono in atti tipici ed ordinari, che possono essere adottati solo in situazioni eccezionali, nel senso che il legislatore ne ha predeterminato il presupposto della necessità, la materia in cui intervenire (ossia gli eventi straordinari), il fine da perseguire ed anche il contenuto [...]». Cfr. F. SATTA, *op. cit.*, p. 2., e, in precedenza M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, Vol. II, p. 268, il quale ripota come i provvedimenti amministrativi necessitati «sono dei provvedimenti amministrativi, rispondenti quindi al principio di legalità, aventi come presupposto l'urgente necessità, e pertanto con dei procedimenti abbreviati».

<sup>61</sup> Vedi per la dottrina menzionata, *supra*, nota 9: tesi che sono succintamente richiamate da A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit.

a semplici provvedimenti amministrativi; in secondo luogo, poiché tale interpretazione permette di collocare in modo chiaro il D.P.C.M. entro i poteri regolamentari dell'Esecutivo nel rispetto delle sistema delle fonti del diritto; infine, poiché, come già accennato, assicura che sia adducibile una chiara responsabilità politica per le scelte assunte, ancorché esse siano in larga misura il trasposto di suggerimenti provenienti da organi consultivi, quali il noto "Comitato tecnico scientifico"<sup>62</sup>.

## 5. Considerazioni di carattere conclusivo

Ad un esame complessivo, è da ritenersi che il parere oggetto di questo commento abbia saputo cogliere le sfumature profonde – sia in relazione alle circostanze di fatto, sia in merito alle ragioni giuridiche – che hanno sospinto l'Esecutivo verso l'edificazione di un sistema di regole specificamente volte al superamento del fenomeno pandemico.

In questo senso, il Consiglio di Stato si colloca correttamente nel solco tracciato dal precedente parere n. 735/2020 e dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 37/2021, andando tuttavia ad ampliare le considerazioni svolte dai suddetti precedenti e a meglio definire quegli aspetti inerenti alla conformazione giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che si è avuto modo di esporre e di argomentare nelle pagine precedenti. Analogamente, la Sezione consultiva ha saputo percepire l'eccezionalità dell'emergenza in corso dal 2020<sup>63</sup> nel suo andamento dinamico, avvedendosi che nessuna lesione al principio di proporzionalità può scaturire dall'uso del tutto particolare del D.P.C.M., in ragione del fatto che – come si è già avuto modo di notare – una volta trascorsi i mesi più drammatici della pandemia, l'Esecutivo ha provveduto a dettare la maggior parte della disciplina direttamente a mezzo della decretazione d'urgenza.

Quest'ultima considerazione – unitamente alle altre sopra prese in esame e di carattere più marcatamente formale – ha garantito che il sistema italiano delle fonti del diritto fosse rispettato: non esistendo un *numerus clausus* per le fonti secondarie, nulla vieta che una qualsiasi fonte primaria, al mancato ricorrere della riserva assoluta di legge, possa istituire nuove tipologie di regolamento.

Chi scrive concorda, pertanto, con la ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, condividendo appieno, altresì, il rilievo in virtù del quale l'opzione per una fonte secondaria piuttosto che per un'altra sia, nel rispetto della Carta costituzionale, essenzialmente una scelta discrezionale – vale a dirsi politica – del legislatore nelle sue diverse vesti, parlamentare,

<sup>62</sup> Comitato tecnico scientifico, istituito presso il Ministero della Salute, con lo scopo di coadiuvare l'Esecutivo e la pubblica amministrazione nel superamento della pandemia (cfr. <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5432&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>).

<sup>63</sup> Lo stato di emergenza è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020 ai sensi del D.Lgs. n. 1/2018. Il testo completo della delibera è reperibile al sito [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

delegato o d'urgenza. Simile discrezionalità si presta per il vero a talune considerazioni di opportunità e di adeguatezza in ordine al *corpus* normativo vigente: in altri termini, a monte, vi è da chiedersi se la scelta di abdicare da una gestione della pandemia tramite gli strumenti dalla legislazione speciale in materia sia opportuna e, a valle, se appurato che tale scelta sia effettivamente praticabile, vi è da domandarsi se la stessa legislazione speciale sia incompleta, giacché non considerata valevole proprio in un caso di estremo pericolo per la salute pubblica.

Circa il primo quesito, nei fatti, è stata la medesima Sezione I a spiegarci che la lotta al COVID-19 ha tali e tante peculiarità da far ritenere legittimo, proporzionale e ragionevole che il Governo, nell'esercizio delle sue funzioni di "massima" autorità nazionale, predisponga strumenti normativi *ad hoc*. Rimane, ad ogni buon conto, sullo sfondo che l'eccezionalità, la peculiarità, l'urgenza e altri presupposti analoghi non hanno visto il solo rinforzarsi di uno strumento molto amato dall'Esecutivo – negli ultimi anni, infatti, il D.P.C.M. è comparso quale soluzione normativa anche in altre materie, dal dibattito pubblico<sup>64</sup>, alle concessioni balneari<sup>65</sup> –, ma ha anche posto nel nulla interi meccanismi che erano stati pensati proprio per la gestione di accadimenti emergenziali anche di portata nazionale: in particolare, quello della protezione civile, frutto di una riforma che ha visto la luce pochi anni addietro, nel 2018, e che ha avrebbe dovuto introdurre un nuovo modo, anche partecipato, di affrontare le emergenze.

Quanto scritto conduce, dunque, al secondo dei quesiti che sono stati esposti: la pandemia da COVID-19 ha dimostrato che il nostro recente modello di protezione civile<sup>66</sup> – almeno per quanto concerne le fonti impiegate, ma non solo<sup>67</sup> – non è adatto per emergenze eccessivamente diffuse, ovvero quella d'impiegare il D.P.C.M. è una non particolarmente felice scelta governativa, che s'inquadra in un più ampio contesto di scelte normative asistematiche?

<sup>64</sup> Art. 22 del D.Lgs. 24 aprile 2016, n. 50, in materia di "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico", attuato con D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76. Cfr., *ex multis*, N. POSTERARO, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano "à la française"*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 3, pp. 607 ss., G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. e app.*, 2018, n. 5, pp. 604 ss. e U. ALLEGRETTI, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *www.rivistaaic.it*, 2018, n. 3.

<sup>65</sup> Legge 30 dicembre 2018, n. 145, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021", il cui articolo unico, commi 675 ss., rinviano ad un D.P.C.M. per la riforma delle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo: sul punto, sia consentito il richiamo a M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>66</sup> Si vedano, in merito, le considerazioni di P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1, pp. 37 ss.

<sup>67</sup> Si pensi al fatto che per una pronta gestione della campagna vaccinale si è dovuti ricorrere ad un esperto delle forze armate, nominato "per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19" non in forza del codice della protezione civile, bensì sulla scorta di una disposizione speciale recata da uno dei decreti-legge emanati nel corso della pandemia (art. 122 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27).

Probabilmente, anche questo secondo interrogativo trova risposta allorché si “legga fra le righe” del parere, poiché il diffondersi della patologia è stato così celere, in assenza di cure note e in un contesto internazionale in tale misura frammentato, che una risposta pronta ha richiesto una presa di posizione diretta dell'Esecutivo.

Ciò assodato, rimane il dato che, in un mondo fortemente interconnesso, il rischio di pandemie non sia improbabile e che un modello di protezione civile debba mirare proprio a farsi carico della prevenzione e della gestione di eventi eccezionali. In conclusione, non sembra scorretto affermare che un legislatore avveduto, qualora ritenga che i meccanismi previsti dal D.Lgs. n. 1/2018 per il superamento delle emergenze di livello nazionale non sia adeguato ad eventi del genere, dovrebbe trarre dall'esperienza in corso i dovuti insegnamenti per promuovere una riforma, anche nel senso, eventualmente, di codificare, legittimandolo, il ricorso agli strumenti adoperati nel 2020 e nel 2021: dalla lettura del parere sembra emergere un suggerimento ad evitare complicazioni normative – quali il ricorso al decreto-legge in veste di formale legittimazione di ogni D.P.C.M., lasciando che la legislazione d'urgenza possa concentrarsi sugli aspetti contenutistici –, in modo tale da smorzare eventuali, ma prevedibili, contestazioni.