

La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*

[Corte cost., sent. 23 settembre-22 ottobre 2021, n. 198, red.
Petitti]

Armando Lamberti**

SOMMARIO: 1. Le questioni di legittimità costituzionale al centro della decisione. – 2. Il ragionamento della Corte: a) la catena normativa decreti-legge/DPCM come modello autonomo dal codice di protezione civile. – 3 (segue) b) l'accostamento dei DPCM agli atti necessitati: note critiche. – 4. Conclusioni.

1. Le questioni di legittimità costituzionale al centro della decisione

La Corte costituzionale si è recentemente pronunciata, con la sentenza 198/2021 in commento, su una questione di legittimità costituzionale concernente il sistema normativo

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e di diritto costituzionale nell'Università di Salerno, arlamberti@unisa.it.

dell'emergenza pandemica da Covid-19¹. Una decisione che non ha mancato (e non mancherà) di far discutere la dottrina giuspubblicistica² intorno al problema, aperto sin dall'adozione delle prime misure restrittive dei diritti fondamentali per fronteggiare l'avanzare del contagio, dell'assetto del sistema delle fonti dell'emergenza³. Un problema non secondario né formalistico, com'è evidente, atteso che dietro il tecnicismo della materia delle

¹ Sul tema dell'emergenza pandemica e del suo impatto sul sistema delle fonti e sul godimento dei diritti fondamentali, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 6, pp. 159-239.

² Tra le prime note alla sentenza 198/2021, v. M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 25, pp. 81 ss.; M. RUBECHI, *I d.P.C.M. nella pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 27, pp. 176 ss.; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *ConsultaOnline*, 2021, n. 3, pp. 841 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei D.P.C.M. al vaglio della Corte Costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte Cost., sent. 198/2021*, in *diritticomparati.it*, 10 gennaio 2022; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. 198/2021*, in *Giustizia Insieme*, 19 gennaio 2022.

³ Sul tema dell'emergenza nel diritto pubblico, cfr., a titolo meramente esemplificativo, V. ANGIOLINI, *Necessità e emergenza nel diritto pubblico italiano*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*. In margine al pensiero di Costantino Mortati, in *Diritto e società*, 1992, pp. 217 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993, pp. 551 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2011; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2013; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2; G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2018. V. anche, con particolare riguardo alle ordinanze di protezione civile, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019. Sul rapporto tra emergenza ed urgenza, v. G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020, pp. 441 ss. Sulle fonti del diritto ai tempi dell'emergenza pandemica, v., secondo diverse prospettive, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, pp. 109-141; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, pp. 558-583; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, pp. 531-557; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *diritticomparati.it*, 24 aprile 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 142 ss.; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 200 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2020, n. 1; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2020, n. 1; V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2020, n. 2, pp. 16 ss.; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 4; A. MITROTTI, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 3; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 2; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem. Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza*, Modena, 2020; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 1, pp. 384-398; 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*, 2021, n. 1, pp. 400-421; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 2, pp. 64-83. Sull'incidenza della pandemia sulla c.d. Costituzione economica, v. M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2021, n. 1, pp. 20 ss.

fonti del diritto (e delle forme che la caratterizzano) si celano, in ultima istanza, la “sostanza” della democrazia e le garanzie dei diritti che quelle forme e procedure assicurano⁴.

La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità degli artt. 1, 2 e 3 del decreto-legge n. 6 del 2020 e degli artt. 1, 2 e 4 del successivo decreto-legge n. 19, sollevate dal Giudice di pace di Frosinone, il quale – essendo stato adito per decidere sull’opposizione ad una sanzione amministrativa inflitta per la violazione del divieto di allontanarsi dalla propria abitazione di cui al DPCM 22 marzo 2020, attuativo delle disposizioni impugnate – lamentava la violazione degli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione, assumendo l’esistenza di una illegittima delega al DPCM, tale da attribuirgli una inammissibile “forza di legge” nella definizione di nuovi illeciti amministrativi. Il giudice *a quo*, dunque, individuando i suddetti parametri nel giudizio incidentale di costituzionalità, ha prospettato una radicale alterazione del sistema delle fonti, sul presupposto che “nessuna altra ipotesi di emergenza”, rispetto a quelle espressamente individuate dalla Costituzione, “può essere fonte di poteri speciali o legittimanti fonti di produzione normativa diverse da quelle previste”.

L’Avvocatura generale dello Stato, in rappresentanza e difesa del Presidente del Consiglio dei Ministri, eccepiva, nondimeno, l’inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di rilevanza, *in primis* – con riguardo alle disposizioni del d.l. 6/2020 – a causa del fatto che l’illecito amministrativo contestato nel giudizio *a quo* era stato commesso il 20 aprile (dunque, in un momento temporale non rientrante nell’ambito applicativo del DPCM del 22 marzo e del d.l. 6/2020, ma in quello del successivo DPCM del 10 aprile e del d.l. 19/2020, abrogativo del precedente) e, in secondo luogo – con riguardo ad entrambe le questioni prospettate – in dipendenza dalla ritenuta non pertinenza dei parametri invocati (rispetto, invece, agli artt. 23 e 25 Cost., non richiamati dal giudice rimettente).

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione relativa al decreto-legge n. 6 del 2020, accogliendo la prima delle eccezioni appena ricordate. In tal modo, la Corte ha potuto evitare di pronunciarsi su quel discusso decreto-legge, il quale, sin dagli inizi, aveva suscitato, pressoché unanimemente, fortissimi dubbi di legittimità costituzionale in dottrina. Anche se si propendesse per una visione tesa a configurare i DPCM come strumenti di attuazione dei decreti legge, apparirebbero molteplici, infatti, gli “scossoni” al principio di legalità, a causa di formule giuridicamente poco felici e di una “stratificazione alluvionale”⁵ di atti di rango sub-legislativo. L’esempio più significativo, d’altronde, era offerto proprio dall’articolo 2 del decreto-legge 6/2020, secondo il quale “le autorità competenti, con le modalità previste dall’articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all’articolo 1, comma 1”. Una disposizione, questa, che rappresenta invero, con palmare evidenza, una inaudita delega in

⁴ Da ultimo, v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, *passim*.

⁵ COSÌ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., p. 112.

bianco, di chiara incompatibilità costituzionale⁶, caratterizzata da un difetto di determinatezza in palese dispregio del principio di legalità in senso sostanziale. L'abrogazione della norma citata, ad opera del successivo decreto-legge 19/2020, ha manifestamente “posto rimedio” a questo “difetto di determinatezza”⁷, ma la violazione del principio di legalità in senso sostanziale da parte della citata disposizione non può non travolgere con sé, come un fiume in piena, anche la “sanatoria degli effetti”⁸ operata dall'articolo 2, comma 3, del decreto-legge 19/2020⁹. Con il decreto-legge 19/2020, dunque, si è parzialmente rimediato ai lamentati “veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell'emergenza”¹⁰, ma non mancano ulteriori perplessità – nonostante il superamento del meccanismo della delega in bianco – in ordine al rispetto delle riserve di legge assoluta e del principio di legalità in senso sostanziale. Perplessità, queste, che – come meglio si dirà – restano in piedi nonostante l'analisi compiuta dalla Consulta.

Sono state dichiarate rilevanti, invece, le questioni relative agli artt. 1, 2, 4 del d.l. 19/2020: qui l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato non ha retto, in quanto – riprendendo la consolidata giurisprudenza costituzionale – “l'eventuale inconferenza dei parametri (...) evocati non integra un motivo di inammissibilità della questione, semmai una ragione di non fondatezza” (cfr. sentt. nn. 268/2019 e 290/2009). Resta fermo, nondimeno, che “la selezione dei parametri operata dal giudice” rimettente finisce col delimitarne l'oggetto, che, in ossequio al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, resta così limitato al sistema delle

⁶ Cfr., sul punto, le condivisibili osservazioni di 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 Costituzionale*, 3/2020, p. 16: “Il difetto di tassatività dei casi enucleati dal d.l. n. 6 del 2020 fa apparire come estremamente debole e vacillante la base legale dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Il che viene reso ancora più grave per il fatto che non solo con quei Dpcm si limitano libertà costituzionalmente garantite, ma la violazione di quelle previsioni limitative è accompagnata (...) da una sanzione penale, che esige invece tassatività e tipicità delle fattispecie sanzionatorie incriminatrici, che solo la legge può assicurare. Tassatività che peraltro viene scalfita anche dalle innumerevoli incertezze, dubbi interpretativi, incongruenze, difetti di coordinamento tra discipline, in sostanza, dai difetti di certezza del diritto sopra enucleati, che minano la consapevolezza di chiunque di svolgere un'attività lecita o illecita”. V. anche U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazione e Costituzione*, Modena, 2021, in particolare pp. 30-31: “queste palesi e vistose elusioni della necessaria determinatezza delle norme che attribuiscono eccezionali pareri alle “autorità competenti” violavano (...) in modo palese il regime giuridico relativo al principio di legalità e alla derogabilità dello stesso dettato costituzionale in situazioni di emergenza, che esige innanzitutto la previa individuazione delle materie derogabili. Analogamente appariva di assai dubbia costituzionalità l'utilizzazione generalizzata di una sanzione penale, come quella prevista dall'art. 650 c.p., per sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento adottate sulla base del d.l. n.6, che appunto avrebbero potuto essere discrezionalmente espandibili al di fuori delle materie elencate, mediante il dettato dei d.P.C.M. e degli altri atti delle ‘autorità competenti’, così contraddicendo anche la riserva assoluta in materia penale”.

⁷ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112.

⁸ *Ibidem*.

⁹ V., ancora, le considerazioni di 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., p. 18: “Con un intervento normativo più unico che raro, soprattutto considerando la situazione di grave emergenza, in sostanza, l'esecutivo si rende conto, con grave e colpevole ritardo, che tutta l'attività normativa posta in essere fino a quel momento è totalmente priva di base legale, conferendo detta base legale a posteriori in sanatoria, conferendo così contestualmente portata retroattiva non solo alla disciplina di sanatoria, ma anche alle discipline sanate, le quali, sotto il profilo sostanziale sono fortemente limitative di libertà fondamentali e contemplan sanzioni penali per l'ipotesi di violazione”.

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

fonti, senza investire (come sarebbe stato invece opportuno e necessario, da parte del giudice *a quo*) la questione (cruciale) delle riserve di legge, in particolare delle riserve assolute.

2. Il ragionamento della Corte: a) la catena normativa decreti-legge/DPCM come modello autonomo dal codice di protezione civile

Così circoscritto l'oggetto delle questioni, le prospettazioni del rimettente sono state dichiarate, nel merito, non fondate.

Nel ricostruire la complessa catena normativa dell'emergenza, la Corte ha illustrato, con riguardo alle disposizioni impugnate del d.l. 19/2020, l'infondatezza della supposta violazione degli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione, non essendosi verificata alcuna "delega" di funzioni legislative in maniera ultronea rispetto al sistema delle fonti, attesa la stringente tipizzazione, ad opera del legislatore, delle misure applicabili per la gestione governativa dell'emergenza. In tal modo, emerge indirettamente la netta differenza tra la "delega in bianco" operata dal d.l. 6/2020 – che, ove fosse stata oggetto di una questione ammissibile, sarebbe stata senz'altro censurata per la palese violazione del principio di legalità sostanziale – e il modello accolto nel successivo decreto-legge 19/2020 (in particolare dall'art. 1). La tipizzazione delle misure di contenimento – ha osservato la Corte – è stata peraltro affiancata dalla previsione di importanti garanzie, "sia per quanto attiene alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, sia sul versante della certezza dei diritti dei cittadini": ne sono chiari esempi l'obbligo, a carico del Presidente del Consiglio dei Ministri o di un Ministro da lui delegato, di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate (in sede di conversione, per giunta, si è disposto, salve ragioni di urgenza, l'obbligo a carico degli stessi soggetti di illustrare preventivamente alle Camere i provvedimenti da adottare, onde tenere conto degli eventuali indirizzi formulati dal Parlamento), nonché la pubblicazione dei DPCM in Gazzetta Ufficiale e la comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione.

Ancora, prima tra le garanzie introdotte, è prevista la temporaneità delle misure, in quanto adottabili soltanto per periodi determinati e comunque reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza: d'altronde, è assodato, anche alla luce di consolidata giurisprudenza costituzionale, che le misure restrittive dei diritti e delle libertà fondamentali, onde essere pienamente compatibili con l'ordito costituzionale, debbono rispettare alcuni requisiti indefettibili: legalità, adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza – sicché il "nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»" (Corte Cost., sent. 127/1995) "deve essere rigorosamente rispettato"¹¹ – e, appunto, temporaneità.

¹¹ COSÌ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 141.

Occorre ricordare, inoltre, che una costante dell'intero modello normativo prescelto per affrontare l'emergenza pandemica (e, dunque, non soltanto del d.l. 19/2020, ma anche dei decreti-legge successivi e delle relative disposizioni attuative) è proprio il vincolo temporale delle varie misure restrittive alla durata dello stato di emergenza. Tuttavia, non si può non segnalare come, ad uno sguardo *ex post*, il criterio della temporaneità si sia rivelato ben più flessibile di quanto potesse immaginarsi: non solo (il che non suscita particolari dubbi) lo stato di emergenza è stato più volte prorogato dal Consiglio dei Ministri, in conformità dell'art. 24, comma 3¹², del codice della protezione civile, fino al 31 dicembre 2021 per il perdurare della situazione pandemica, ma (e da qui possono prospettarsi le prime perplessità) il Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 2021 ha approvato un nuovo decreto-legge, che ha disposto una ulteriore proroga dello stato di emergenza sino al 31 marzo 2022, così derogando alle disposizioni del codice della protezione civile. Ora, rispetto a quest'ultima proroga, se da un punto di vista formalistico non sussistono particolari problemi, attesa la natura di fonte ordinaria del codice della protezione civile (perfettamente suscettibile di essere derogata da altro atto di rango analogo quale un decreto-legge), nondimeno non possono non evidenziarsi delle perplessità di ordine generale e sistemico, posto che l'emergenza è per definizione contingente e temporalmente circoscritta. Il rischio, insomma, è che si giustifichino proroghe *ad libitum* dello stato di emergenza, foriere di squilibri costituzionali suscettibili di andare ben al di là della crisi della tenuta del sistema delle fonti, proprio alla luce del fatto che le varie misure restrittive dei diritti fondamentali introdotte nel corso dei mesi sono state vincolate alla durata, sempre più "flessibile", dello stato di emergenza.

Sovvengono, allora, ai tempi della quarta ondata della pandemia, le parole di chi, già tempo addietro, lamentava – nel pieno della seconda – la stessa contraddittorietà dell'uso del termine "emergenza", "*visto che durante la prima ondata si prevedeva la seconda e ora anche la terza*"¹³. L'emergenza, infatti, per sua natura inerisce a quelle ipotesi in cui "il 'quieto vivere' giuridico viene interrotto da un evento, in qualche misura improvviso ed imprevisto, che mette in crisi l'assetto giuridico vigente, costringendo l'ordinamento ad adattarsi urgentemente alla mutata situazione fattuale"¹⁴: ecco, si può ancora parlare, dopo due anni – a maggior ragione ora che la proroga ha superato il limite massimo individuato dal codice della protezione civile – di un "evento improvviso ed imprevisto", se è vero che la "quarta ondata" era già stata ampiamente preconizzata?

¹² "La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi".

¹³ Intervista a SABINO CASSESE, *Troppe norme scritte senza buon senso*, rilasciata a *Il Messaggero*, 20 dicembre 2020. Le stesse parole sono opportunamente ricordate da I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, p. 50.

¹⁴ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 16.

Ma torniamo, ora, alla sentenza in commento e alla ricostruzione della Corte, che – proprio in virtù della tipizzazione delle misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei Ministri, disposta dal d.l. 19/2020 e dell'imposizione di un “criterio tipico di esercizio della potestà amministrativa”, quale è il vincolo dei principi di adeguatezza e proporzionalità – è pervenuta all'affermazione secondo cui il decreto-legge, “lungi dal dare luogo ad un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei Ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., si limita ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste” e ad esercitare, dunque, un potere amministrativo, “ancorché ad efficacia generale”, di mera esecuzione.

A questo punto – e qui si entra nel passaggio più significativo (che non si connota per nettezza) – la Corte si spinge a richiamare, sulla scia della storica sentenza 4/1977, la distinzione teorica tra atti necessitati¹⁵ (*rectius*, provvedimenti¹⁶) e ordinanze necessitate, entrambi aventi come presupposto “l'urgente necessità del provvedere”: ma “i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni”. Insomma, gli uni atti tipici e nominati, gli altri atti nominati ma atipici. Ora, per la Consulta “la tassatività delle misure urgenti di contenimento acquisita dal d.l. n. 19 del 2020 induce ad accostare le stesse, *per certi versi*, agli ‘atti necessitati’” (*corsivo nostro, ndr*), il che escluderebbe qualsiasi violazione degli articoli 76 e 77 Cost. e, conseguentemente, la lamentata alterazione del sistema delle fonti del diritto.

Ecco, soprattutto rispetto a questa conclusione occorre soffermare la nostra attenzione, mostrando un accordo e rappresentando una perplessità.

Cominciamo dal punto di accordo. Il merito principale della ricostruzione offerta dalla Corte è quello di sgombrare il campo dal facile accostamento, nonostante il “punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza”, dei DPCM alle ordinanze di protezione civile del Presidente del Consiglio di cui agli artt. 5 e 25 del d.lgs. 1/2018. Volendo tornare a rivedere la catena normativa dell'emergenza, si evince, infatti, che è senz'altro vero che, al primo provvedimento con cui il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza *ex art. 24* del d.lgs. 1/2018 (deliberazione del Consiglio dei Ministri), è seguito, del tutto consequenzialmente, il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020. Ma, evidentemente, questa “consequenzialità” non deve intendersi in termini di necessario rapporto causa-effetto: piuttosto essa vale a significare che la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 30 gennaio ha irrobustito la giustificazione, o – se si vuole – ha fatto da

¹⁵ Sulla categoria teorica di “atto necessitato”, v. M.S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in AA.VV., *Scritti*, vol. 4 (1955-1962), Milano, 2004, pp. 915 ss.

¹⁶ Si preferisce indicare, più correttamente, la dizione di “provvedimenti necessitati”, come *species* del *genus* degli atti necessitati, secondo l'indicazione di R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e di urgenza*, Milano, 1990.

sfondo ai presupposti straordinari di necessità e di urgenza richiesti dall'articolo 77 della Costituzione per l'adozione, da parte del Governo, del decreto-legge.

Con la delibera del 30 gennaio 2020, il Consiglio dei Ministri aveva connesso alla dichiarazione dello stato di emergenza l'esercizio del potere di ordinanza previsto dall'articolo 25, comma 2, del Codice della protezione civile, con riguardo all'organizzazione di interventi di soccorso e di assistenza ed al ripristino delle funzionalità dei servizi pubblici, ed aveva abilitato il Capo della protezione civile ad emanare le ordinanze, in quanto soggetto istituzionale a mezzo del quale il potere del Presidente del Consiglio può essere esercitato¹⁷. In effetti, in questa fase aurorale, la gestione della pandemia era stata resa interna al sistema della protezione civile, con la connessa applicazione delle relative disposizioni del d.lgs. 1/2018.

Ecco, però, che veniva alla luce la complessiva inidoneità del sistema di protezione civile a fronteggiare un'emergenza sanitaria senza precedenti: come è stato opportunamente messo in evidenza¹⁸, la scelta del legislatore del 2018 si inserisce in una prospettiva volta a limitare l'esercizio dei poteri derogatori a quanto attiene ai "profili tecnico-organizzativi" e all' "acquisizione delle risorse relative", il che appare insufficiente ad assicurare "un sistema di governo complessivo della pandemia". Infatti, l'articolo 25 del d.lgs. 1/2018 limita, al comma 2, l'oggetto del potere di ordinanza, con riguardo all'organizzazione ed effettuazione degli interventi di soccorso e di assistenza alla popolazione, al ripristino delle funzionalità dei servizi pubblici e delle reti strategiche, all'attivazione di misure di immediato sostegno economico, alla ricognizione dei fabbisogni ed a misure urgenti e temporanee. Più che fondati, pertanto, sono risultati i dubbi sulla sufficienza delle disposizioni del codice della protezione civile, specie in merito alla domanda se "con i poteri derogatori di protezione civile sia possibile non soltanto organizzare il sistema dell'emergenza, ma imporre comportamenti ai cittadini o limitazioni all'esercizio delle loro libertà"¹⁹.

Di qui l'utilizzo del decreto-legge per affrontare il governo dell'emergenza, ritenuto – in quanto atto avente forza di legge designato direttamente dalla Costituzione – uno strumento più idoneo rispetto a quelli forniti dal codice della protezione civile, con conseguente progressiva "marginalizzazione"²⁰ del d.lgs. 2/2018.

¹⁷ Cfr. A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, volume 1, Bologna, 2021, p. 43.

¹⁸ Ivi, pp. 44-45.

¹⁹ Ivi, p. 45.

²⁰ L'espressione è di C. FIGLIOLA, *Il potere di ordinanza durante la pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, volume 1, cit., p. 98. Cfr. anche le condivisibili riflessioni di G. RAZZANO, *Il codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *ConsultaOnline* (https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/razzano_scrittiCostanzo.pdf), 17 marzo 2020, p. 8: "Sembra che tale disciplina del Codice finisca, di fatto, per favorire l'adozione di specifici decreti legge, che sono certamente gli strumenti previsti dalla stessa Costituzione (...) a governare i casi straordinari di necessità e di urgenza, ma che, nel singolo caso, potrebbero anche essere meno esigenti dell'art. 25 del Codice, quanto al raggiungimento delle intese, all'indicazione delle norme derogate e ai limiti e modalità delle

L'articolo 3 del d. l. n. 6/2020, allora, per un verso ha istituzionalizzato “in via transitoria (fino all’adozione dei d.p.c.m.) la sovrapposizione dei due sistemi paralleli di gestione dell’emergenza che fin da principio erano stati attivati dal Governo (poteri *extra ordinem* in materia sanitaria e in materia di protezione civile), dall’altro introduce un nuovo, e apparentemente terzo, canale di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.p.c.m., il quale pare collocarsi addirittura fuori dal sistema di protezione civile”²¹; il successivo decreto-legge, il n. 19/2020, ha “richiama[to] espressamente, per la prima volta, la delibera sullo stato di emergenza (...), prevedendo che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.p.c.m. fino al termine dell’emergenza stessa”, realizzandosi così una solo “apparente riconduzione del nuovo canale di gestione dell’epidemia (...) nell’alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la sua significativa eccentricità”²².

D'altronde, come la Corte stessa ha osservato nella decisione in esame, richiamando la precedente sentenza n. 37 del 2021²³, “il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell’emanazione del codice della protezione civile, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall’altro non ne costituisce l’unica attuazione possibile», essendo «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», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e

ordinanze. Non è casuale che, nella gestione dell’emergenza per il Covid-19, dichiarata dal Consiglio dei Ministri per sei mesi, ai sensi dell’art. 24 del Codice, lo scorso 31 gennaio 2020, il Governo abbia preferito adottare decreti-legge e, grazie a previsioni contenute proprio in questi, anche Decreti del Presidente del Consiglio (d.p.c.m.). Questi ultimi sono riconoscibili pur sempre come provvedimenti amministrativi contingibili urgenti, ma non recano il *nomen iuris* di ‘ordinanza’, ai sensi dell’art. 25 del Codice. Di fatto, nonostante la dichiarazione dello stato d’emergenza e, quindi, la possibilità di adottare ordinanze di protezione civile, il Governo ha preferito l’‘aggancio’ alla fonte primaria rappresentata dai decreti-legge anziché a quella costituita dal Codice. E, a ben leggere tali d.p.c.m., non sono richiamate in premessa né intese, né norme derogate (...), come richiederebbe l’art. 25 del Codice, ma i precedenti decreti-legge autorizzativi, che non prevedono intese ma di ‘sentire’ i Presidenti della o delle Regioni o il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, oltre alla l. n. 400/1988. Il Codice insomma, per quanto ‘nuovo’, alla prova dell’emergenza *Coronavirus*, è stato di fatto accantonato, mentre la gestione dell’emergenza sta avvenendo grazie ad alcuni decreti-legge, a numerosi d.p.c.m. e ad ordinanze dei Presidenti delle Regioni, anch’esse ‘autorizzate’ dal decreto legge”.

²¹ COSÌ A. CARDONE, *La gestione “alternativa” dell’emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *La legislazione penale*, disponibile al sito <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/05/Cardone-Sistema-delle-fonti-ed-emergenza-sanitaria-1-2.pdf>, p. 8.

²² Ivi, p. 9.

²³ Per un commento alla sentenza 37/2021, v. L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1, pp. 1-18; 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; A. D’ATENA, *L’impatto dell’emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, 2021, n. 1; A.M. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all’emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4, pp. 231 ss.; 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*, 2021, n. 2.

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». Ecco, allora, la cennata marginalizzazione del codice della protezione civile, una marginalizzazione – va ricordato a onor del vero – pur sempre “relativa”, come dimostrano le continue proroghe dello stato di emergenza e le innumerevoli ordinanze del commissario straordinario²⁴ (che sono andate affiancandosi alle ordinanze del Ministro della Salute previste dall'art. 32 della legge 833/1978).

Non soltanto, dunque, il decreto-legge ha consentito, a differenza del sistema di protezione civile, una disciplina più “organica” – ammesso che una tale aggettivazione sia compatibile con l'idea stessa di emergenza – della gestione emergenziale, andando ben al di là dei limiti oggettivi che circondano il potere di ordinanza proprio del sistema di protezione civile, ma ancor più il suo impiego ha giustificato le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali. Non manca, d'altronde, chi sostiene che, “malgrado i molti argomenti spesi in senso negativo, pare più convincente”, invero, “ammettere la possibilità per i decreti legge di incidere eccezionalmente in materia costituzionale, pur nella consapevolezza dei problemi che ciò comporta e dell'esigenza”²⁵ che non si possano legittimamente configurare forme di abrogazione, né di revisione costituzionale, ma semplicemente di deroga delle corrispondenti norme costituzionali²⁶.

²⁴ Sui provvedimenti del Commissario Straordinario e sulla loro discussa natura, v. R. BALDUZZI, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, in *Jus*, 2020, nn. 2-3, in particolare p. 568, ove si prospetta – nonostante la qualificazione degli stessi come atti non aventi valore normativo ad opera del d.l. 19/2020 – la possibilità di riconduzione dei provvedimenti in questione alla categoria delle fonti normative secondarie atipiche, anche alla luce del ragionamento condotto dal Tar Lazio nella pronuncia del 22 luglio 2020, n. 4120.

²⁵ COSÌ A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 1515.

²⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. Giur.*, vol. III, Roma, 1988, p. 11, ricordando la teorizzazione di Carlo Esposito (C. ESPOSITO, *Decreto legge* (voce), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 831 ss). D'altronde, il terzo comma dell'articolo 77 (disposizione “priva di ogni significazione pratica ove si escluda che i provvedimenti del Governo contemplati dall'art. 77 non possono mai andare oltre le leggi ordinarie, poiché in tale ipotesi, indipendentemente da ogni particolare attribuzione di competenza, esse potrebbero disciplinare, e retroattivamente” i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti) “acquista pieno significato ove si ritenga che i provvedimenti del Governo possono andare oltre le leggi ordinarie”: “in tale caso infatti le leggi ordinarie non avrebbero potuto senza particolare autorizzazione della Costituzione disciplinare rapporti ad esse sottratti”. E, ancora, lo stesso articolo 78 conferma che sussistono “leggi ordinarie che, in rapporto alla necessità delle situazioni, possono legalizzare provvedimenti che vanno oltre il disponibile con legge ordinaria”. L'opzione ermeneutica di Esposito è chiaramente comprensibile tenendo conto del contesto storico-giuridico-istituzionale dell'epoca, in cui la preminenza della legge formale nel sistema delle fonti faceva emergere la natura sostanzialmente *extra ordinem* del decreto legge (v. anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019). Gli ultimi lustri, invece, hanno visto il sorgere di una “normalità emergenziale a bassa intensità” (così G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 74-75), caratterizzata da “abusi costanti della decretazione d'urgenza o del proliferare di poteri emergenziali di autorità amministrative, il cui utilizzo, pressoché abituale, ha finito per sfumare la distinzione, fino a confonderla, tra normalità ed emergenza. Le fonti straordinarie dell'emergenza, prima della pandemia, insomma, hanno finito per divenire, nei fatti, delle fonti ‘diversamente ordinarie’. Non c'è da stupirsi, pertanto – ed è qui il paradosso – che di fronte all'insorgere di un'emergenza di proporzioni epocali si siano sviluppati parallelamente due fenomeni all'apparenza contraddittori. Il primo è stato quello della diffusione, piuttosto ampia, almeno a livello degli attori politici e dell'opinione pubblica generale, della convinzione che la nostra Carta, a differenza di altre (che prevedono ad esempio una disciplina costituzionale dello stato di emergenza) fosse particolarmente impreparata alla gestione di tali

Ma, soprattutto, a testimonianza della diversità strutturale dei DPCM adottati nei mesi della pandemia rispetto al *genus* delle ordinanze di protezione civile²⁷, occorre puntualizzare che “i decreti-legge autorizzativi dei vari Dpcm risultano meno esigenti delle previsioni del Codice della protezione civile quanto ai requisiti per l’adozione degli atti derogatori contingibili e urgenti”²⁸: in primo luogo, infatti, i DPCM sono adottati *sentiti* i Presidenti delle Regioni interessate e il Presidente della Conferenza delle Regioni, mentre le ordinanze di protezione civile richiedono una previa intesa con le Regioni interessate; in secondo luogo, se il Codice della protezione civile impone una precisa indicazione delle norme di legge che le ordinanze di protezione civile sono legittimate a derogare, i decreti-legge emergenziali non hanno imposto ai decreti del Presidente del Consiglio l’individuazione espressa delle norme (peraltro di rango costituzionale) suscettibili di deroga; ancora, mentre le ordinanze di cui all’art. 25 del d.lgs. 1/2018 debbono essere “specificamente motivate”, i DPCM non “sembrano indicare alcuna specifica motivazione”²⁹, ch  anzi essa appare, in maniera piuttosto generica, legata ad una non meglio precisata necessit  di contenimento dei contagi. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha, dunque, esercitato prerogative diverse da quelle di cui all’art. 25 del codice della protezione civile, esercitabili per il tramite del Capo del Dipartimento della Protezione Civile.   stato rilevato, inoltre, che i DPCM menzionano sempre nel preambolo la sola deliberazione del Consiglio dei Ministri con cui   stato dichiarato lo stato d’emergenza (e successive proroghe) – quel “punto di intersezione” di cui ha parlato la Corte – mentre invece i decreti-legge, che l’emanazione

situazioni. Il secondo   che, in assenza di altro, si   fatto uso degli strumenti abitualmente impiegati per la normalit  emergenziale a bassa intensit , ma applicandoli, *sic et simpliciter*, su scala enormemente pi  grande”.

Nell’attuale assetto costituzionale, dunque, lo strumento normativo per eccellenza nell’affrontare gravi situazioni di emergenza   rappresentato dal decreto legge, adottato dal Governo “in casi straordinari di necessit  e di urgenza” ai sensi dell’art. 77 Cost., la cui natura sostanzialmente, ma non formalmente, *extra ordinem* giustificherebbe financo l’introduzione di norme derogatorie delle stesse disposizioni costituzionali. Ma, nondimeno, la storia costituzionale italiana ha dimostrato – paradosso inimmaginabile ai Padri Costituenti – come, a fronte della totale inattuazione e mancata applicazione dell’art. 78 Cost., l’art. 77 sia stato invece utilizzato in maniera inconsulta e incontrollata, sino a determinarne una torsione patologica, tale per cui il decreto-legge   divenuto la fonte “privilegiata di produzione normativa” (cos  G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, 2021, p. 75), strumento ordinario di espressione dell’indirizzo politico. Quella fonte che la Costituzione ha deputato alla disciplina di situazioni contingenti, che richiede la sussistenza di presupposti straordinari di necessit  e di urgenza – e, a maggior ragione, fonte destinata a fronteggiare le emergenze, al punto da poter derogare, secondo la lettura di Esposito, alle stesse norme costituzionali –,   stata invece patologicamente normalizzata. Il paradosso che, allora, ci ha consegnato l’emergenza pandemica deriva dal fatto che   stato (opportunitamente) usato per fronteggiarla uno strumento, quello del decreto-legge – anche se non senza rilevanti torsioni legate all’utilizzo contestuale dei DPCM –, che la prassi degli ultimi decenni ha reso sempre meno “straordinario”.

²⁷ Su cui, v. anche il parere del Consiglio di Stato n. 850/2021, I sez., ed il commento di M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimit  del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, in questa *Rivista*, 3/2021, pp. 493 ss., il quale condivide l’impossibilit  di inquadrare i DPCM nella categoria delle ordinanze contingibili e urgenti (v., in particolare, pp. 505 ss.), pur nell’ambito di una prospettiva di fondo che non dubita della costituzionalit  dell’assetto delle fonti dell’emergenza sanitaria.

²⁸ R. MICC , *Il governo dell’emergenza tra tecnica e politica*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, pp. 170-171.

²⁹ *Ibidem*.

di quei DPCM autorizzano, non contengono alcun riferimento agli artt. 5 e 25 del codice della protezione civile³⁰.

3 (segue) b) l'accostamento dei DPCM agli atti necessitati: note critiche

Esaminato il punto di accordo, cerchiamo ora, invece, di evidenziare talune perplessità che suscita il ragionamento della Corte. Un ragionamento che, pur condotto in maniera lineare, diviene poco chiaro proprio nel passaggio più significativo, quello che, richiamando la sentenza 4/1977, adopera la distinzione tra atti necessitati e ordinanze necessitate, accostando i DPCM, “per certi versi” (non meglio specificati), ai primi.

Inoltre, sarebbe confermata la collocazione dei DPCM non già nel novero degli atti normativi, ma degli atti amministrativi generali, anche se – non essendoci una netta presa di posizione della Corte sul punto – sembra che essa non abbia voluto realmente scegliere “in quale dei due modelli collocare i DPCM previsti dal D.L. 19/2020”³¹.

L'accostamento agli atti amministrativi generali non a torto, allora, suscita perplessità. E ciò vale per diverse ragioni.

In primo luogo, non si riuscirebbe a comprendere la “ratio” della c.d. parlamentarizzazione³² – e segnatamente della previsione che vincola il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato ad illustrare preventivamente alle Camere gli adottandi provvedimenti, affinché si tenga conto degli indirizzi formulati dal Parlamento (aspetti che la Corte stessa ha inquadrato tra le garanzie che circondano l'adozione dei DPCM) –, se i DPCM fossero semplici atti amministrativi necessitati ad efficacia generale.

La parlamentarizzazione dei DPCM, al contrario, sembrerebbe testimoniare l'esistenza di uno “spazio di agibilità politica”³³, *rectius* “un margine di discrezionalità politica che lo stesso legislatore ha ritenuto utile affidare alla cura del Parlamento”³⁴, evidentemente del tutto incompatibile con la configurazione dei DPCM alla stregua di provvedimenti necessitati (nel qual caso, infatti, l'amministrazione dovrebbe “limitarsi al mero accertamento

³⁰ Cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione*, cit., p. 845.

³¹ COSÌ M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei D.P.C.M. al vaglio della Corte Costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte Cost.*, sent. 198/2021, cit., p. 3.

³² Ci si riferisce, com'è noto, all'art. 2, comma 5, del d.l. 19/2020, che ha imposto l'obbligo, a carico del Presidente del Consiglio dei Ministri o di un Ministro da lui delegato, di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate; in sede di conversione, per giunta, si è disposto (comma 1), fatte salve ragioni di urgenza, l'obbligo a carico degli stessi soggetti di illustrare preventivamente alle Camere i provvedimenti da adottare, onde tenere conto degli eventuali indirizzi formulati dal Parlamento.

³³ A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia*, cit., p. 7.

³⁴ M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., p. 85.

delle condizioni di fatto che ne impongono l'adozione³⁵). Parimenti, l'espressa attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di prescindere dal parere del Comitato tecnico-scientifico è sintomatica di un'inconciliabilità tra i DPCM emergenziali e la categoria dei provvedimenti necessitati³⁶. Oltretutto, l'assenza di qualsiasi controllo preventivo – a differenza di quanto previsto per i regolamenti che assumono la forma dei Decreti del Presidente della Repubblica – rafforza e non certo diminuisce la discrezionalità politica del Presidente del Consiglio. Né pare sufficiente, in proposito, il richiamo ai canoni di adeguatezza e proporzionalità contenuto nel d.l. 19/2020. Tutti questi aspetti, allora, sarebbero indici di una natura normativa dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con la connessa alterazione della portata degli stessi decreti legge a monte, da fonti di produzione a inammissibili “fonti sulla produzione”³⁷, capaci di introdurre essi stessi altre fonti *extra ordinem*.

Ancora, non sarebbe chiaro il presupposto dei DPCM, nella misura in cui non è affatto sufficiente richiamare la tipizzazione del contenuto dei decreti per inquadrarli *ipso facto* nel novero degli atti amministrativi generali *sub specie* di provvedimenti necessitati.

La tassatività delle misure non è di per sé bastevole ai fini della distinzione tra atti amministrativi generali e atti normativi, se è vero – com'è noto – che anche il potere regolamentare è esercitabile attraverso atti esecutivi o di “stretta” esecuzione.

È mancata, dunque, un'indagine accurata, da parte della Corte, tesa a verificare con nettezza, per affermare la natura amministrativa o regolamentare dei DPCM, la sussistenza o l'insussistenza dei requisiti di generalità, astrattezza e innovatività (anche secondo le indicazioni della decisione n. 9/2012 Ad. Plen. del Consiglio di Stato), di talché si è detto opportunamente che la Corte avrebbe lasciato sullo sfondo, anzi avrebbe escluso, la stessa distinguibilità tra norme e atti amministrativi³⁸. Se, allora, di per sé quello del DPCM è un “guscio neutro”³⁹, se non “vuoto”, per riempirlo di senso giuridico occorre chiarezza, potendo esso altrimenti essere declinato ora come atto amministrativo ora come regolamento.

Ma, al di là della questione della natura giuridica dei DPCM, non può non continuare a destare dubbi, più in generale, il sistema stesso prescelto per affrontare l'emergenza sanitaria, anche alla luce delle riserve di legge contenute in Costituzione. La Costituzione, cioè, indica la legge, o quantomeno un atto avente forza di legge, come garanzia per le limitazioni di libertà che si rendano necessarie in caso di pericolo per la salute, l'incolumi-

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ V. ancora M. CAVINO, *op. cit.*, p. 85: “evidentemente, la scelta degli strumenti utili a valutare la sussistenza di elementi di fatto”, prescindendo eventualmente dalle risultanze dei pareri del Comitato tecnico-scientifico, “rappresenta essa stessa una forma di valutazione che trascende la mera discrezionalità amministrativa”.

³⁷ COSÌ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 576.

³⁸ Vedasi il commento di G. GUZZETTA del 22 ottobre 2021 su AdnKronos (*Covid, Gazzetta: “Motivazioni Consulta elimina-no distinzione tra norme e atti amministrativi”*).

³⁹ A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia*, cit., p. 3.

tà, la sicurezza collettiva. La nostra Carta, insomma, pur non recando un espresso statuto dell'emergenza, indirettamente la contempla, la disciplina, la imbriglia⁴⁰. Sotto questo profilo, allora, se – secondo una lettura autorevole – è plausibile che il decreto-legge possa stabilire deroghe alla Costituzione⁴¹, è indubbio, però, che per la limitazione dei diritti di libertà e dei diritti economici o politici siano necessarie maggiori garanzie. Pertanto, anche a voler ritenere, come appare fuori discussione, che la tutela della salute giustifichi l'introduzione di limitazioni agli altri diritti costituzionali, non si può negare che la Costituzione imponga sempre e comunque l'osservanza di un ineliminabile nucleo minimo di garanzie procedurali (senza contare, poi, il necessario rispetto della soglia invalicabile rappresentata dal "contenuto essenziale" dei concorrenti diritti fondamentali⁴²). In questa prospettiva, allora, non possono non condividersi, le perplessità di ordine costituzionale manifestate rispetto alle previsioni derogatorie contenute nei decreti del Presidente del Consiglio o nella molteplicità di fonti sub-legislative che hanno previsto limitazioni ai diritti di libertà in rottura della disciplina costituzionale o delle attribuzioni di competenze.

E, dunque, proprio perché vi è una disciplina costituzionale delle situazioni di straordinaria necessità e urgenza, lo stesso decreto-legge non può introdurre altre fonti dell'emergenza: vi è cioè una riserva procedimentale, che prevede il coinvolgimento delle Camere e la trasformazione del decreto in legge di conversione⁴³.

⁴⁰ Cfr. C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, p. 82.

⁴¹ Sostiene condivisibilmente F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22.4.2020, p. 9, che se la Costituzione non consentisse al decreto-legge e alla legge di conversione di disporre in deroga non solo alle fonti primarie, ma anche alle fonti costituzionali, la previsione tradirebbe la sua *ratio* ispiratrice, che è appunto quella di ricondurre "a sistema" le situazioni imprevedibili.

⁴² Pertanto, la tutela della salute non può atteggiarsi – nemmeno in un periodo di straordinaria emergenza (qual è quello che stiamo tuttora vivendo), che attenta alla *salus rei publicae* – come valore supremo assolutizzante e condizionante, né diventa essa stessa la "bilancia" dell'*Abwägung*, "pesando" se stessa e gli altri diritti in giuoco in un bilanciamento anomalo, svuotato e snaturato di senso costituzionale. In una prospettiva costituzionalmente conforme, la tutela della salute, dunque, non è "bilancia" essa stessa, quanto piuttosto oggetto di bilanciamento. In caso contrario, l'emersione della "salute-bilancia" finirebbe con l'incidere sul contenuto essenziale di altri concorrenti diritti fondamentali, con la conseguenza di determinare – nel violare il *Wesensgehalt* di un *Grundrecht* – una indebita lesione della dignità della persona umana, che di ogni diritto è alimento e fondamento. Dunque, "il contenuto essenziale dei diritti costituisce un limite" invalicabile "che i giudici (costituzionali e comuni) fanno valere nei confronti della discrezionalità del legislatore, dell'azione delle amministrazioni e dell'esercizio dei poteri privati" (così D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, pp. 274-275).

⁴³ Cfr. ancora F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit., p. 112. V. anche, nel quadro di una riflessione articolata sull'emergenza costituzionale in rapporto al principio di legalità, alla riserva di legge ed alla tutela dei diritti fondamentali, le riflessioni di G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, cit., pp. 50-51: "Problemi ancora più delicati si porrebbero nel caso in cui, vigente lo stato di emergenza, si rimettesse a una fonte normativa secondaria il compito di individuare quali limiti apporre ai diritti fondamentali. La riserva, comunque intesa (assoluta o relativa), è incompatibile concettualmente con il regolamento 'pseudo-indipendente', quale sarebbe appunto l'atto secondario del Governo che rinvenisse nella previa norma di legge, non i principi e i criteri direttivi della materia, ma solo il suo titolo legittimante. In questo caso, la sequenza vincolante in cui si articola la riserva, legge-atto secondario, sarebbe interrotta dall'intervento di un regolamento indipendente o quasi. Questo, disciplinando ambiti materiali non coperti da disciplina primaria, finirebbe per parlare per primo, cioè sarebbe legge e regolamento di se stesso". Sulla violazione delle riserve di legge e dell'art. 23 Cost., v. M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della*

Sarebbe stato costituzionalmente più corretto, allora, limitarsi all'utilizzo del decreto-legge, come fonte prediletta per la disciplina dell'emergenza⁴⁴. Oltretutto, non bisogna obliare che il decreto-legge deve recare, come dispone l'art. 15, comma 3, della legge 400/1988, "misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo". La Corte costituzionale, d'altronde, con la sent. n. 22/2012, ha sostenuto che la citata disposizione, «pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento». È evidente, pertanto, che l'utilizzo dei DPCM, come atti contenenti misure restrittive dei diritti fondamentali

pandemia, cit., specie pp. 418-419: "Focalizzando l'interesse sulle sole sanzioni amministrative tutt'ora in vigore, occorre precisare che, essendo il dpcm atto normativo (non già amministrativo), in quanto dotato dei caratteri di innovatività, generalità e astrattezza, al giudice civile (competente in caso di ricorso avverso ordinanza-ingiunzione quale è la sanzione comminata dal dl n. 33/2020) non resterà che una duplice opzione: 1. disapplicare il dpcm e annullare la sanzione; 2. sollevare la questione di costituzionalità incidentale avverso l'unico atto impugnabile, che rappresenta la base normativa del dpcm, ossia il dl n. 19/2020, per avere incostituzionalmente autorizzato una fonte secondaria priva delle garanzie partecipative minime del Presidente della Repubblica e del Parlamento a comprimere diritti e libertà fondamentali. Nei casi in cui alla pena originaria sia sostituita una sanzione amministrativa (nella specie, l'inottemperanza del dpcm 9 marzo 2020 era, in prima battuta, punita ai sensi dell'art. 650 c.p.), la Corte costituzionale, nella sentenza n. 193/2016, richiamando i criteri Engel della Corte EDU, ha ammesso la possibilità di applicare analogicamente il principio di irretroattività ex art. 2 c.p. alle sanzioni amministrative che si presentino come sostanzialmente penali. E se per stabilire la natura dell'illecito, con eventuale estensione della garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU, occorre guardare, oltre che alla qualificazione giuridica dello stesso, al grado di severità e allo scopo (preventivo, afflittivo, repressivo e non meramente risarcitorio) della reazione ordinamentale, non può dubitarsi che una sanzione amministrativa compresa tra un minimo di 400 euro e un massimo di 3.000 euro sia così severa da configurare una vera e propria pena criminale, tant'è che il dpcm n. 6/2020, stigmatizzando le violazioni al divieto di lasciare la propria abitazione, richiamava espressamente l'art. 650 c.p.".

⁴⁴ Sul punto, v. di nuovo 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., passim. *Contra*, tra gli altri, S. PIZZORNO, *Covid-19 e ordinanze del governo. In particolare, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri quali strumento necessario per far fronte alla pandemia*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, disponibile presso il sito http://www.avvocaturastato.it/files/file/Rassegna/2020/Pizzorno%201_20_Layout%201.pdf, il quale lamenta un'"inadeguatezza del decreto-legge come mezzo di gestione delle emergenze". Di diverso avviso, v. anche P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in questa *Rivista*, 1/2021, pp. 37 ss.; v., in particolare, pp. 49 ss.: "Più che la continuità è la continua discontinuità a rilevare, giacché il fenomeno pandemico, pur essendo ahimè perdurante, è soprattutto incessantemente cangiante. È la mobilità – nella diffusione, nella nostra capacità di acquisire conoscenze, nella stessa capacità di strutturalmente riconformarsi e pluralizzarsi del virus – la cifra caratteristica di cui bisogna infatti tener conto. Ed è alla sua luce che si può comprendere la ragione principale del ricorso alla diade decreto-legge – dPCM in luogo che al solo atto di decretazione d'urgenza. Il camaleontico mutare del fenomeno in parola, la sua natura sfuggente sono caratteristiche che richiedono una continua adattabilità delle misure da adottare; adattabilità, in grado di mettere in seria difficoltà anche l'idoneità a provvedere dello strumento di decretazione d'urgenza. In sostanza, anche quello che tradizionalmente è stato considerato, fra le fonti del diritto, il mezzo principe – col suo presentarsi come provvedimento connotato dalla straordinarietà, necessità ed urgenza – per fare fronte e regolare le situazioni d'emergenza, si è scoperto in questo frangente non pienamente adeguato".

autorizzate da previ decreti-legge, si pone anche in contrasto con questa lettura consolidata della stessa fonte “decreto-legge”⁴⁵.

4. Conclusioni

Con il decreto-legge 19/2020, dunque, si è solo parzialmente rimediato ai lamentati “veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell’emergenza”⁴⁶, ma non mancano, come si è visto, le perplessità – nonostante il superamento del meccanismo della delega in bianco – in ordine al rispetto delle riserve di legge e del principio di legalità in senso sostanziale⁴⁷, attesa l’alterazione della portata dei decreti legge da fonti di produzione a “fonti sulla produzione”⁴⁸, capaci di introdurre essi stessi altre fonti *extra ordinem*.

Anche alla luce di queste considerazioni, dunque, l’orientamento accolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2021 non convince per intero: è vero che le misure oggetto dei DPCM sono circoscritte entro un criterio di temporaneità, con connesso divieto di reiterazione oltre la scadenza dello stato di emergenza, ma non appare persuasiva la ricostruzione dei DPCM come meri atti attuativi dei decreti-legge, che – pur atteggiandosi, per come configurati nella legislazione emergenziale, alla stregua di atti normativi, di natura regolamentare, come suggeriscono varie disposizioni del d.l. 19/2020, a partire, come si è visto, da quelle sulla c.d. parlamentarizzazione – vengono “per certi versi” accostati agli atti amministrativi necessitati.

⁴⁵ Sul punto, v. D. TRABUCCO, *Il “virus” nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2020, n. 2, p. 12.

⁴⁶ COSÌ G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, cit., p. 4.

⁴⁷ Su cui., v., ancora, D. TRABUCCO, *Il “virus” nel sistema delle fonti*, cit., pp. 13-14: indipendentemente dalla natura assoluta o relativa delle riserve di legge di volta in volta considerate, “anche il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 non pare rispettare neppure il principio di legalità sostanziale. Esso richiede che legge o l’atto normativo avente forza di legge incida in modo chiaro e puntuale sulle modalità di esercizio dell’azione amministrativa e, dunque, penetri all’interno dell’esercizio stesso del potere. In caso contrario, ne consegue l’indeterminatezza assoluta del potere conferito all’autorità amministrativa con la conseguenza di attribuire una totale libertà al soggetto od organo investito di una pubblica funzione. Non è sufficiente, dunque, che il potere sia attuato per la tutela di un bene o di un valore, anche se fondamentale come quello della salute, essendo indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, soprattutto in presenza di un decreto-legge. Come può la fonte-atto in esame prevedere, all’art. 1, comma 1, la possibilità di modulare in aumento o in diminuzione le misure di cui al successivo comma 2 senza minimamente indicare i criteri tali da determinare l’inasprimento ovvero l’alleggerimento delle stesse? È sufficiente il generico richiamo per «i profili tecnico scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» che i provvedimenti, da adottarsi ai sensi dell’art. 2, comma 1, rinviano di norma al Comitato tecnico-scientifico di cui all’ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 03 febbraio 2020, n. 830? Il rispetto del principio di legalità, soprattutto a partire dalla sent. n. 115/2011 della Corte costituzionale, è oramai ritenuto «immanente» al sistema costituzionale e viene brandito come arma sia per difendere il ruolo della legge statale nel sistema, sia per scongiurare possibili derive autoritarie e ampliamenti sconsiderati del potere regolamentare dell’Esecutivo (e maggior ragione del Presidente del Consiglio dei Ministri) ovvero per preservare della legge la funzione di garanzia”.

⁴⁸ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 576.

Si può convenire, dunque, che “né il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 né quello successivo n. 19 del 25 marzo 2020 hanno assolto alla loro funzione primaria, ovvero di riservare a loro stessi la materia, ma piuttosto si sono atteggiati impropriamente a fonte di delega, di fatto a fonte sulla produzione”⁴⁹.

Più in generale, poi, dovrebbe aprirsi una seria riflessione sul rapporto tra sistema delle fonti e forma di governo, atteso che il continuo ricorso ai DPCM non soltanto ha contribuito ad acuire la crisi del ruolo del Parlamento, ma ha sovraesposto la stessa figura del Presidente del Consiglio – verso la direzione di un premierato estraneo al sistema costituzionale italiano – a svantaggio della collegialità del Governo globalmente inteso.

Taluno, ormai oltre un anno fa, ammoniva che “qualora l'emergenza si protraesse per molti mesi (...) il Parlamento dovrebbe recuperare la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo”⁵⁰. Ecco, giunti ormai a due anni dalla prima deliberazione dello stato di emergenza, questo monito diventa ancora più forte e preoccupato.

Non bisogna mai dimenticare, infatti, i pericoli che si celano dietro ad un'emergenza protratta nel tempo – e come una “dittatura commissaria” possa, col tempo, trasformarsi in una “dittatura sovrana” – ; conseguentemente, occorre tenere fermamente la rotta delle garanzie costituzionali, se è vero che gli stati di emergenza, in uno Stato costituzionale di diritto, debbono essere circondati da garanzie procedurali ineliminabili e da criteri di rigorosa temporaneità, attesa la loro funzione di “legare, cioè limitare il potere del Governo, affinché esso non approfitti delle situazioni d'urgenza per limitare i diritti oltre il dovuto”⁵¹.

⁴⁹ Ivi, p. 582.

⁵⁰ COSÌ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 102.

⁵¹ GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, cit., p. 489.

