



**Alessandra Mazzola\***

## **Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19\*\***

Reggere una moltitudine è come reggere un gruppo sparuto: una questione di suddivisioni.

Combattere una grande armata è come combattere un esercito esiguo: questione di disposizioni.

Fare in modo che le truppe dei tre eserciti possano sostenere con sicurezza l'urto nemico senza essere

travolte è una questione di manovre regolari e irregolari.

Dare all'esercito la forza d'impatto che ha una macina scagliata su delle uova

è una questione di vuoti e pieni.

In ogni conflitto, le manovre regolari portano allo scontro, e quelle imprevedibili alla vittoria.

[SUN TZU, *L'arte della guerra*, Roma, Newton Compton, 2013, 49]

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto nel contesto del nuovo-*coronavirus*. – 2. L'art. 77, comma 2 Cost. e la  
“spada di Damocle” dell'epidemia. – 3. *Fiat iustitia ne pereat mundus*.

### **1. Le fonti del diritto nel contesto del nuovo-coronavirus.**

**I**l giorno 1 della tensione normativa è fissato al 31 gennaio 2020, quando il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera recante «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie

\* Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Brescia e allieva del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari “Silvano Tosi” presso l'Università degli Studi di Firenze.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

derivanti da agenti virali trasmissibili»<sup>1</sup>. Con questo atto si è dato il via alla «“catena normativa” che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese»<sup>2</sup>.

Fino al 25 marzo 2020 si sospettava che le categorie giuridiche sino ad ora conosciute e adoperate per le situazioni straordinarie non fossero sufficientemente aggiornate per resistere al c.d. nuovo-coronavirus<sup>3</sup>, tanto è vero che il decreto-legge, strumento costituzionalmente previsto per far fronte a casi straordinari di necessità e di urgenza è stato oggetto di un uso piuttosto modesto in favore del DPCM<sup>4</sup>. Si temeva in particolare che «le “torsioni” che il sistema delle fonti subisce» a causa dell'emergenza potessero «elaborare una strumentazione nuova in grado di riproporsi anche fuori dall'emergenza stessa»<sup>5</sup>.

La regolamentazione giuridica dell'emergenza epidemiologica è stata rimessa agli atti amministrativi e, nello specifico, ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri; tale scelta muoveva dal fatto che la situazione che l'Italia deve «affrontare non ha precedenti nella storia della Repubblica», ponendosi come «un vero e proprio *unicum*»<sup>6</sup>. Il DPCM è una fonte di rango secondario che pone problemi non indifferenti quanto a definizione perché non è descritto «da norme univoche, nel quadro di una regolazione organica e compiuta»<sup>7</sup>. Viepiù, a cagione dell'assenza di una sua definizione è difficile tanto la sua ricostruzione (individuare i caratteri essenziali, il procedimento da seguire per l'adozione, i limiti all'ampiezza del contenuto dell'atto, la sua pubblicazione ecc.), quanto la sua classificazione<sup>8</sup>. Per riuscire a comprenderne la natura è stata dunque avanzata la proposta di adottare il criterio di corrispondenza tra il *nomen iuris* e il contenuto, definendo così il decreto del Presidente del Consiglio come l'atto che attribuisce «certezza legale alla manifestazione di volontà di un soggetto investito di pubblica funzione, posta in essere nell'esercizio di essa» nei casi e per i fini previsti dall'ordinamento cui si riferisce<sup>9</sup>.

Nel caso di specie, per gestire la situazione emergenziale dettata da contagio da SARS-CoV-2 (d'ora in avanti COVID-19), è stato adottato il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito in Legge n. 13 del 5 marzo 2020, e ne è stata demandata l'attuazione a (numerosi) decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, espressamente previsti dall'articolo 3, comma 1 del d.l.<sup>10</sup>. Parte della dottrina ha dubitato nella legittimità formale

<sup>1</sup> <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/02/01/26/sg/pdf>.

<sup>2</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 109.

<sup>3</sup> La questione più importante consiste in ciò, le situazioni d'emergenza sino ad ora conosciute erano perlopiù dettate da calamità naturali le quali, com'è noto, impongono un intervento regolatorio successivo; il contagio epidemiologico si manifesta invece come una situazione *in itinere*, pertanto mutevole giorno con giorno.

<sup>4</sup> Sul susseguirsi degli atti normativi adottati si veda, tra i tanti, F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica COVID-19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020.

<sup>5</sup> P. MILAZZO, *Emergenza e “quasi-reiterazione” del decreto-legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul COVID-19*, in *lacostituzione.info*, 13 aprile 2020, 1.

<sup>6</sup> G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, 2.

<sup>7</sup> S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1988, 251.

<sup>8</sup> Cfr. U. DE SIERVO, *Alla ricerca della effettiva tipologia degli atti governativi di direzione dell'amministrazione*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, il Mulino, 1991, 281 ss.

<sup>9</sup> S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, cit., 251.

<sup>10</sup> La norma prevede che «le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri».

dei DPCM lamentando la contrarietà a Costituzione circa l'adozione di misure straordinarie in deroga alle fonti primarie<sup>11</sup>. Altri invece hanno sostenuto che nel caso dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 i DPCM hanno assunto sostanzialmente la veste delle ordinanze emergenziali<sup>12</sup>, quantunque mancasse un esplicito riferimento alla contingibilità e all'urgenza<sup>13</sup>. Ad avviso di questa ultima dottrina, i provvedimenti *extra ordinem* di natura amministrativa adottati dal Governo erano vere e proprie norme d'ordinanza «in linea con le discipline, la giurisprudenza e le prassi vigenti in materia di poteri eccezionali dell'esperienza repubblicana»<sup>14</sup>, tanto da integrare le previsioni contenute nel decreto-legge “a monte” (n. 6 del 2020)<sup>15</sup> in considerazione della loro adattabilità alle esigenze che, di volta in volta, erano chiamati a disciplinare<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Sia consentito un accenno al necessario bilanciamento tra la limitazione alla libertà di circolazione e la tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.). Quest'ultimo, com'è noto, ha due destinatari «l'individuo e la collettività: il diritto del primo può cedere, eccezionalmente, soltanto di fronte ad un interesse della seconda» (L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Costituzionalismo*, 2009), tanto è vero che il diritto alla salute pubblica funge «da “limite” o da “restrittore” rispetto ad altre libertà o diritti costituzionalmente garantiti» (A. SIMONCINI – E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, UTET, 2006, 657). In quest'ottica ben si comprende come la tutela della salute sia un diritto (garanzia di tutela da contagi o epidemie) che, proprio in quanto tale (art. 2 Cost.), «implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri» (Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1994, n. 218). Alla luce di tali considerazioni sembra lecito ammettere che in virtù del diritto alla salute (privata e pubblica) sono legittimi i provvedimenti limitativi della libertà di circolazione ai sensi dall'art. 16 Cost., giacché il fine è arginare e limitare il contagio. L'articolo 16 della Costituzione, invero, sancisce che la libertà di circolazione può essere limitata pel tramite di una legge, purché essa intervenga «in via generale» – ovvero che «prescind[a] dalle qualità morali dei soggetti destinatari di divieti» (U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, UTET, 1989, 78) – e «per motivi di sicurezza e di sanità», che sembra ben si attagliano al tempo presente. Peraltro, «i motivi di sanità o sicurezza possono nascere da situazioni generali o particolari. Ci può essere la necessità di vietare l'accesso a località infette [...] e queste sono ragioni – non le uniche – di carattere generale, obiettivamente accertabili e valevoli per tutti»; non solo, «i motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare [...] da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale» e il riferimento è proprio «alla necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose» (Corte costituzionale, sentenza del 20 giugno 1964, n. 68). Da queste brevi riflessioni si evince che, affinché la limitazione alla libertà di circolazione sia legittima, è necessario che la stessa «trov[i] un'adeguata giustificazione negli interessi collettivi» (L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, cit.) e che sia altresì giustificata da un «obbligo di solidarietà sociale e precisamente dell'obbligo di prestazione consistente nel collaborare, in determinate situazioni di pericolo, all'opera di difesa, di aiuto e soccorso» (Corte costituzionale, sentenza del 9 luglio 1959, n. 49).

*Ex multis*, G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo/Caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *ilsussidiario.net*, 26 febbraio 2020; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2020; M. DE NES, *Emergenza COVID-19 e bilanciamento dei diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020. In nota critica circa le limitazioni poste alla libertà di circolazione si rimanda a O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *lacostituzione.info*, 12 aprile 2020 e, nella stessa rivista, F. FABRIZZI, *Per non far diventare il rimedio maggiore del male. Lockdown e bilanciamento tra diritti fondamentali*, 19 aprile 2020; M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Giustizia amministrativa*, 13 marzo 2020.

<sup>12</sup> Cfr. A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, in *Lo Stato*, 2019, 477 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

<sup>13</sup> Per un'analisi più approfondita sul punto si rimanda a M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 5.

<sup>14</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, 3. Ma anche M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.

<sup>15</sup> V. L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, 6.

<sup>16</sup> Su questo aspetto diffusamente P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *lacostituzione.info*, 19 marzo 2020, 2-3.

Ciò posto, nonostante le difficoltà definitorie e classificatorie, sembra pacifico in dottrina che il DPCM sia un atto amministrativo e perciò privo di autonoma forza di legge, tanto è vero che suo precipuo compito è attuare le disposizioni legislative. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri è dunque un atto che, da un lato, fuoriesce dalle garanzie che la Costituzione prevede per l'adozione degli atti legislativi (approvazione delle due Camere, controllo e pubblicazione da parte del Capo dello Stato, eventuale sindacato di costituzionalità); e, dall'altro lato, facendo leva sulla «necessità “di fatto”», permette a quest'ultima di assurgere «a fonte autonoma qualora i provvedimenti siano necessari per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento». Cionondimeno, è fondamentale 'tenere alta la guardia' perché non può ammettersi che «terminato lo “stato di necessità” la rottura delle regole prosegua»<sup>17</sup>.

Ad una prima lettura sembrerebbe quindi che il decreto-legge abbia autorizzato il Governo a disciplinare l'emergenza mediante poteri eccezionali che hanno comportato la sostanziale auto-investitura del Presidente del Consiglio<sup>18</sup> nell'adozione dei provvedimenti necessari alla disciplina della inedita situazione dettata dalla pandemia di COVID-19. Tuttavia, la gestione *extra-ordinem* della emergenza epidemiologica è stata in qualche modo rimediata mediante il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, che ha abrogato il d.l. n. 6/2020 con la sola eccezione degli artt. 3, comma 6 *bis* e 4. Peraltro, l'art. 2, comma 3 ha sancito che «sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6», sanando così tutti gli atti (e gli effetti) prodotti alla luce di tale normativa nel momento in cui il decreto-legge sarà convertito<sup>19</sup>.

Non solo, il nuovo d.l. ha posto rimedio anche ad altri aspetti che fino al 25 marzo 2020 restavano in ombra, infatti all'art. 1 c. 2 ha tipizzato le misure che possono essere adottate

---

A sostegno di tale teoria venivano richiamate le parole della Consulta che, già dalla sentenza del 20 giugno 1956, n. 8 ha affermato che i provvedimenti in esame sono compatibili con l'ordinamento costituzionale *purché* presentino alcuni requisiti. Le condizioni imprescindibili sono state individuate nei seguenti termini: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico» (§ 3 *Considerato in diritto*). Non solo, il Giudice delle leggi, con la nota sentenza del 4 aprile 2011, n. 115, ha affermato che il potere amministrativo di ordinanza in situazione di emergenza rinviene la propria base giuridica nel principio di legalità e perciò il limite «non è nella legge, cui può derogare, ma nei principi dell'ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali» (E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 5). Al tempo stesso, tuttavia, non può essere sottaciuto che la Corte costituzionale, con la sentenza del 23 maggio 1961, n. 26, ha affermato che le ordinanze non possono derogare alle leggi emanate in materie coperte da riserva di legge, foss'anche relativa, perché le norme giuridiche devono sempre «essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico». Viepiù che i provvedimenti (anche di secondo grado) «non possono mai essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria».

<sup>17</sup> G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extra ordinem*, in *il Manifesto*, 19 marzo 2020.

<sup>18</sup> A. D'ANDREA, *Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì, in lacostituzione.info*, 6 maggio 2020, 2, afferma che il Governo e, in particolare, il Presidente del Consiglio dei ministri, ha adottato uno «“schema normativo” di “auto delega”». Anche A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, 6 dichiara espressamente che «il Governo ha legittimato sé stesso conferendosi i poteri necessari».

<sup>19</sup> Ovvero con la legge n. 35 del 22 maggio 2020.

per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus e ha poi sancito, all'art. 2 c. 1, che le misure indicate saranno adottate mediante DPCM. Per questa via è stata ricondotta nell'alveo della legalità la questione relativa alla riserva di legge assoluta che permea la grande maggioranza dei diritti sui quali i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri andranno a intervenire<sup>20</sup>. Com'è noto, infatti, la riserva di legge assoluta impone che la fonte di rango primario (decreto-legge) regoli la materia e che alla fonte di rango secondario (DPCM) siano demandate solo norme di mera attuazione<sup>21</sup>; con il d.l. n. 19/2020 pare che tale criterio sia stato rispettato. Nell'ottica dell'ottemperanza del principio della riserva di legge e, quindi, del principio di legalità, il decreto-legge sancisce inoltre che le misure devono essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020» (art. 1 c. 1), così evitando che la situazione straordinaria diventi ordinaria<sup>22</sup>.

Infine, il decreto-legge n. 19/2020 pone attenzione ai problemi relativi al rapporto fra Stato e Regioni che, sino ad allora, erano contraddistinti da grande confusione normativa e da inadeguata cooperazione fra il centro e la periferia<sup>23</sup>. *Un po'* di ordine è stato riportato con l'art. 3, comma primo d.l. n. 19/2020, il quale ha precisato che le ordinanze regionali possono essere emanate solo «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1»<sup>24</sup>. Esse inoltre sono legittime solo se trovano fondamento in «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», tanto che «possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2» purché siano esclusivamente riferite ad «attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive».

Solo *un po'* d'ordine, si diceva, perché l'articolo 2, comma 3 d.l. n. 19/2020 fa salvi gli effetti dei decreti e delle ordinanze adottate durante la vigenza dell'abrogato d.l. n. 6/2020. Il che comporta la sanatoria *anche* delle ordinanze regionali precedentemente emanate, pur se illegittime. È evidente, in questo contesto, il disagio costituzionale e istituzionale nella gestione di un'emergenza sanitaria prima d'ora nemmeno immaginata, acuito dalla

<sup>20</sup> Con riguardo al rapporto tra riserva di legge assoluta e limiti alla libertà di circolazione e di riunione cfr. G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, cit., 1.

<sup>21</sup> In altri termini, dalle riserve assolute «deriva l'obbligo di disciplinare in modo diretto la materia riservata [...], rimanendo possibile rilasciare a fonti subordinate solo l'emanazione di disposizioni di dettaglio necessarie alla esecuzione» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1967, 300).

<sup>22</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in *la Repubblica*, 8 marzo 2020; ID., *I pieni e solitari poteri del capo del governo extra ordinem*, cit.

<sup>23</sup> Le criticità del d.l. n. 6/2020 con riguardo, tra l'altro, al rapporto fra Stato e Regioni sono state ben evidenziate da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 130 ss.; V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 985.

<sup>24</sup> R. CHERCHI – A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 2020, 672 ss. si interrogano sul termine ultimo di efficacia delle ordinanze in esame e sostengono che, in analogia con l'ultrattività delle ordinanze già emanate pari a dieci giorni (cfr. art. 2, comma 3 d.l. n. 19/2020), lo stesso deve valere per le ordinanze che i Presidenti delle Regioni emanano nelle more dell'adozione dei DPCM.

«direzione plurima dissociata»<sup>25</sup> nel raccordo fra Stato e Regioni<sup>26</sup>, complice l'ambiguità del Titolo V, Parte II della Costituzione<sup>27</sup>.

Sarebbe stato preferibile il coordinamento mediante il sistema delle Conferenze, ovvero con la Conferenza unificata, onde evitare che un coordinamento debole fra i diversi livelli di governo aumentasse l'incertezza interpretativa tanto del Testo costituzionale, quanto delle disposizioni adottate sia 'a Roma', sia nelle singole Regioni<sup>28</sup>. Invero, le Regioni sono state estromesse, in virtù dell'emergenza epidemiologica nazionale, da decisioni «che si riverberano in campi nei quali, se non altro, il ruolo gestionale ricade nella loro preservata autonomia costituzionale»<sup>29</sup> ovvero, per quel che qui rileva, l'assistenza sanitaria e le cure ospedaliere.

Un dialogo più stretto fra lo Stato e le Regioni avrebbe altresì evitato (o quantomeno arginato) l'adozione, da parte di queste ultime, di tante e diverse ordinanze. La lunga serie di ordinanze regionali adottate, infatti, non solo ha «disorientato il cittadino», rendendo ancora più difficile la comprensione della norma da seguire (statale o regionale), ma ha anche «svuotato di significato il potere di ordinanza»<sup>30</sup>, giacché spesso sono state adottate pur in mancanza dei requisiti dell'attualità e della straordinarietà che viceversa le contraddistingue<sup>31</sup>.

## 2. L'art. 77, comma 2 Cost. e la “spada di Damocle” dell'epidemia.

In casi straordinari di necessità e di urgenza il Governo può legiferare (art. 77 c. 2 Cost.), in sostituzione del Parlamento, al fine di adottare, nel più breve tempo possibile, una

<sup>25</sup> S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo. Analisi e prospettive*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, 56.

<sup>26</sup> È stato a tal proposito sostenuto che, in simili circostanze, sarebbe opportuno attivare la c.d. chiamata in sussidiarietà sancita dalla sentenza della Corte costituzionale del 1° ottobre 2003, n. 303 e, più di recente, dalla sentenza 22 ottobre 2019, n. 246. Si tratta, com'è noto, di un meccanismo adottato per fronteggiare esigenze (o emergenze) di rilievo nazionale mediante l'intervento dello Stato in materie di competenza regionale. L'accentramento delle funzioni amministrative da parte dello Stato non comporta l'estromissione delle Regioni, che piuttosto devono essere coinvolte previa intesa con lo Stato in virtù del principio di leale collaborazione. Cfr. sul punto M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 131 ss.; M. BELLETTI *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 24 ss.; R. CHERCHI – A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, cit., 670 ss.; S. LA PORTA, *Per un ritorno alla normalità (anche) “istituzionale”, ovvero dell'abuso del potere di ordinanza*, in *lacostituzione.info*, 22 aprile 2020, 2 ss.

<sup>27</sup> V. sul rapporto fra Stato e Regioni *ex multis*, F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 8 ss.; U. ALLEGRETTI – E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 537 ss.; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020.

<sup>28</sup> In altri termini, la «scelta per un coordinamento debole» ha aggravato le difficoltà e i contenziosi già presenti nel nostro ordinamento «a discapito» della Costituzione circa la «necessità di favorire un dialogo inter-istituzionale imperniato sui principi di leale cooperazione, di proporzionalità e di sussidiarietà», ma anche con riguardo «al continuo richiamo a quell'unità, condivisione e fiducia reciproca» che sembra necessaria per fronteggiare l'avanzata del virus (F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 9).

<sup>29</sup> A. D'ANDREA, *Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì*, cit., 3.

<sup>30</sup> S. LA PORTA, *Per un ritorno alla normalità (anche) “istituzionale”, ovvero dell'abuso del potere di ordinanza*, cit., 1.

<sup>31</sup> *Ivi*, 5-6 l'A. sottolinea che sovente i Presidenti delle Regioni hanno (ab)usato del potere di ordinanza anche in vista della preparazione della così detta Fase 2 che, in quanto situazione futura, manca dei requisiti di urgenza e straordinarietà propri dei poteri di ordinanza.

disciplina legislativa che, ancorché provvisoria, possa trovare immediata applicazione. La normativa entra in vigore (normalmente) il giorno stesso o quello successivo all’emanazione da parte del Presidente della Repubblica (art. 87 c. 5 Cost.) e deve essere convertita in legge dal Parlamento entro 60 giorni, pena la decadenza *ex tunc*.

La *ratio* del decreto-legge<sup>32</sup> è «assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell’ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che lo mettano in pericolo»<sup>33</sup>. Considerando la straordinarietà degli eventi che ne legittimano l’adozione è difficile, se non impossibile, individuare una definizione oggettiva e precisa dei «casi straordinari di necessità ed urgenza», posto che l’ordinamento giuridico non può indicare tassativamente quali sono le specifiche situazioni in oggetto<sup>34</sup>.

Siccome nella vita degli Stati sussistono «momenti in cui la massima *salus publica suprema lex*, ha il più illimitato e incondizionato volere»<sup>35</sup>, il Governo può legittimamente sostituirsi alle Camere<sup>36</sup> al fine di adottare «un atto avente la stessa efficacia della legge»<sup>37</sup>, purché «la

<sup>32</sup> *Ex multis*, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 537 ss.; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità della teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl. e della p.a.*, 1958, 269-302; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 831-867; L. GIANNITI – P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992, 901 ss.; E. ALBANESI – R. ZACCARIA, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 giugno 2009; P. PINNA, *Lo stato d’eccezione e il decreto legge*, in *AA.VV., Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, III, Padova, Cedam, 2015, 2399-2410; G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018.

<sup>33</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1976, 83.

<sup>34</sup> Cfr. A. CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge. I profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, Cedam, 1997, 178. Com’è stato autorevolmente sostenuto, «l’esperienza ha dimostrato come qualsiasi tentativo di regolamentazione e di disciplina dell’emissione dei decreti-legge sia stata sempre esiziale. Essa ingenera da una parte la tentazione del Governo di abusarne per la più rapida realizzazione dei fini della sua politica; dall’altra parte, provoca la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza» (C. MORTATI, *Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana di giovedì 18 settembre 1947*, in *AA.VV., La Costituzione della Repubblica nei lavori dell’Assemblea costituente*, IV, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato, 1970-1971, 2928). In questo senso, infatti, è necessario «riconoscere al diritto il ruolo che gli spetta: conformare l’agire umano e in primo luogo quello dei pubblici poteri, senza avallare decisioni che potrebbero tutelare l’interesse della collettività, ma potrebbero anche trovare nell’emergenza, come spesso è accaduto, l’occasione per introdurre surrettiziamente modifiche dell’ordine costituzionale» (G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, 157). Viepiù, com’è noto, l’utilizzo dei decreti-legge «è progressivamente aumentato, tanto che si può dire che nell’ordinamento italiano non esiste materia che non sia stata trattata, almeno una volta, da tale strumento normativo» (A. D’ANDREA, *Il Parlamento*, in V. ONIDA – M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2014, 208).

<sup>35</sup> O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, Cedam, 1929.

<sup>36</sup> Ciò nonostante la Consulta ha dichiarato la propria competenza nella verifica circa il «rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla preesistenza dei presupposti di necessità e urgenza» giacché il controllo di legittimità è differente rispetto al controllo di natura *politica* che invece esercita il Parlamento in sede di conversione del decreto-legge» (Corte costituzionale, sentenza del 12 gennaio 1995, n. 29). Si veda, tra i tanti, A. CELOTTO, *Rilevanti apertura della Corte costituzionale sulla sindacabilità dei decreti legge*, in *Giur. it.*, 1995, 394 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sulla decretazione d’urgenza la Corte costituzionale interviene con un “obiter dictum”*, in *Il Corriere giuridico*, 1995, 438 ss.; C. NASI, *La Corte costituzionale fra vizi della legge di conversione e vizi della legge di sanatoria ex art. 77, n.c. Cost.*, in *Giur. cost.*, 1995, 3677 ss.; G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una “svolta” nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di “emergenza”*, in *Le Regioni*, 1995, 1100 ss.; P. VERONESI, *A proposito di rilevanza: la Corte come giudice del modo di esercizio del potere*, in *Giur. cost.*, 1996, 478 ss.

<sup>37</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 384. Risalente dottrina sosteneva viceversa che quando viene adottato il decreto-legge è necessario «scusare la infrazione di qualsiasi regola giuridica» (A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *AA.VV., Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 55); trattasi di una dottrina ripresa successivamente ad avviso della quale «la Costituzione non attribuisce al Governo alcuna potestà di emanare decreti-legge, ma disciplina soltanto l’eventualità della loro emanazione», purché ricorrano i casi straordinari di necessità e urgenza a condizione che siano altresì indicati l’esclusiva responsabilità dell’Esecutivo circa la loro emanazione (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, 197), cfr. per questa dottrina anche C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 834-835; F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *ID.*,

straordinarietà del caso e la necessità ed urgenza di provvedere impediscano alle Camere di intervenire tempestivamente»<sup>38</sup>. I decreti-legge finiscono così per «contraddistin[guersi] per una sorta di “peccato originale”»<sup>39</sup> del quale si ‘macchia’ il Governo per il fatto stesso di avere adottato un provvedimento ‘in deroga’ all’ordinario procedimento legislativo<sup>40</sup>. Giova comunque precisare che la norma costituzionale, onde evitare che venga abusata, impone di essere letta in senso restrittivo e cioè che «il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge, a meno che non vi siano casi straordinari di necessità ed urgenza»<sup>41</sup>. Peraltro, affinché il decreto-legge sia legittimamente adottato è necessario che l’eccezione valga «*pro futuro*, perché se essa fosse retroattiva verrebbe offeso un principio cardine dello Stato di diritto: il principio dell’affidamento»<sup>42</sup>.

In presenza di una «situazione tale per cui il Governo ha la necessità d’intervenire con provvedimenti non previsti da precedenti leggi» senza che sia possibile «attendere l’intervento del Parlamento»<sup>43</sup> è legittimo, «fin tanto che è possibile, l’istituto previsto dall’art. 77 Cost.»<sup>44</sup>. Invero, la situazione di emergenza convalida l’adozione di un potere straordinario che si attiva per tutelare il sistema costituzionale – dal punto di vista dei diritti e delle “istituzioni” – che è messo in pericolo proprio dalla situazione emergenziale<sup>45</sup>. In

---

*Il decreto-legge non convertito*, in *Politica del diritto*, 1995, 423-424; L. CARLASSARE, *La “riserva di legge” come limite alla decretazione d’urgenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladini*, Napoli, Jovene, 2005, 425 ss. e 446 ss.

<sup>38</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 384. Cfr. su questo aspetto anche L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., 534-535; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 292; mentre, sostenendo la sussistenza di alcune limitazioni specifiche, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, Jovene, 1967, 93 ss.

<sup>39</sup> L. PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82*, Bologna, Zanichelli, 1979, 51.

<sup>40</sup> La forza di legge dei decreti-legge tra il momento della loro entrata in vigore e la conversione in legge (60 giorni) è in tutto e per tutto assimilabile a quella delle leggi formali, viceversa non sarebbero provvisoriamente efficaci e perciò applicabili. V. L. PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77*, cit., 52; ma anche l’intervento dell’on. Bozzi in Atti dell’Assemblea costituente, Assemblea Plenaria, 17 ottobre 1947, 1301-1310. Peraltro, com’è stato validamente sostenuto, «fonti di emergenza esistono – con nomi e forme diverse – in tutte le Costituzioni fondate sull’attribuzione ordinaria del potere legislativo al Parlamento rappresentativo. Esse valgono a sopperire alle lentezze parlamentari e politiche che possono determinarsi nella sede parlamentare e che possono risultare insostenibili di fronte a situazioni di emergenza» (G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, UTET, 1993, 174). Possono qui ricordarsi, a titolo esemplificativo, l’articolo 116 della Costituzione spagnola che prevede tre stati di emergenza (allarme, eccezione, assedio) e che definisce procedure diverse circa il raccordo tra l’azione del Governo, i poteri del Parlamento e i suoi organi. Ma anche gli articoli 16 e 36 della Costituzione francese, nonché la Legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 che è stata modificata a seguito degli attacchi terroristici di Parigi.

<sup>41</sup> G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1981, 146. Com’è noto, la clausola generale sancita dall’art. 77 Cost. ha l’obiettivo di individuare i confini dell’intervento dell’Esecutivo mediante un «rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume» (C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, 303).

<sup>42</sup> M. AINIS, *L’eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 1993, 893.

<sup>43</sup> G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2012, 240.

<sup>44</sup> V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 123. V. su questo aspetto, da ultimo, A. D’ANDREA, *L’emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20 aprile 2020, il quale afferma che non è possibile «sostituire, nel permanere della diffusione epidemica, una fluida sequenza di decreti legge e di atti sub-secondari richiamati da tali provvedimenti fisiologicamente provvisori, alla regolamentazione legislativa ordinaria», ma anche F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica COVID19, decretazione d’urgenza e Costituzione in senso materiale*, cit., *passim*.

<sup>45</sup> In altri termini, la straordinarietà è la caratteristica principale della situazione emergenziale che legittima l’intervento legislativo da parte dell’Esecutivo «individua[ndo] una specifica competenza, talmente circoscritta da far rientrare nelle attribuzioni governative ciò che altrimenti non vi rientrerebbe» (G. BERNABEI, *Riflessione critica sulla decretazione d’urgenza, in federalismi*, 2014, 9). Non solo, «le norme poste in essere con la forma e l’efficacia tipica del decreto-legge devono sempre rispondere, per il loro contenuto, ad una esigenza impellente» (C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione*

virtù dello stato di emergenza è dunque necessario rivalutare il bilanciamento tra i diritti e gli interessi coinvolti, atteso che diventa risolutiva la relazione tra l'evento – che richiede la soddisfazione del bisogno – e la misura che deve essere adottata<sup>46</sup>.

Altro elemento indefettibile della fonte in esame è l'urgenza, la quale «richiede che, malgrado l'importanza e l'improrogabilità delle misure progettate dal Governo», esse non possano, «per motivi tecnici, compiersi immediatamente ed efficacemente dalle Camere parlamentari»<sup>47</sup>. Infatti, l'urgenza è considerata effettiva nel momento in cui «solo la modificazione tempestiva dell'ordinamento giuridico soddisfa l'esigenza che ha determinato»<sup>48</sup>. È proprio nella sequenza emergenza, straordinarietà e unitarietà nella disciplina della situazione che trae origine la competenza del Governo a legiferare<sup>49</sup>. In particolare, deve sussistere un «fattore di turbamento dello schema tradizionale» tale per cui sarebbe impossibile provvedere se non fossero ammessi «temporanei e provvisori spostamenti di competenze, dall'organo che ne è investito ma che non può tempestivamente intervenire, ad altri più idonei a far fronte a improvvise emergenze»<sup>50</sup>.

Gli elementi fondativi del decreto-legge sono principi 'universali' e «ciò che caratterizza la necessità è la materiale e assoluta impossibilità di applicare in certe condizioni le norme che regolano la vita dello Stato e il bisogno di non applicare le esistenti, ma di emanarne di nuove»<sup>51</sup>. Questo è quanto avvenuto – non senza rilevanti perplessità – con il decreto-legge n. 6 del 2020 che ha imposto, tramite i successivi DPCM, una serie di misure fortemente restrittive della vita di ciascuno.

L'urgenza e la straordinarietà, pertanto, rappresentano elementi imprescindibili per qualificare lo 'stato di eccezione' in forza del quale si rende legittima la compressione delle libertà civili<sup>52</sup> posto che, tra i diritti, quello situato sul gradino più alto è il diritto alla salute. In questo momento di grave crisi sanitaria, sociale ed economica tanti interessi, pubblici e

---

*degli stati di crisi*, Padova, CEDAM, 1981, 54). Cfr. sul punto almeno F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, 43 ss.; F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Stato di assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1970; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit.

<sup>46</sup> V. A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infelice idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità. Immagini di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1990, 11 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 91 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*.

<sup>47</sup> L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., 557.

<sup>48</sup> L. GIANNITI – P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, cit., 903.

<sup>49</sup> È peraltro necessario che sussista una logica consequenzialità tra la valutazione del fatto emergenziale, la stima dei presupposti indicati dall'art. 77 Cost. e la motivazione del decreto-legge ai sensi dell'art. 15 L. n. 400 del 1988. Invero, «il rapporto tra il fatto emergenziale e il decreto-legge si pone in termini causali, ma il loro collegamento non è diretto perché richiede la mediazione del giudizio di necessità» (G. BERNABEI, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza*, cit., 11).

<sup>50</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1967, 533.

<sup>51</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p.a.*, 1909, 257.

<sup>52</sup> Altra condizione indefettibile affinché sia legittimamente adottato un decreto-legge è che l'atto porti *ab intrinseco* il requisito della provvisorietà, ovvero che stia al di sotto di una «soglia quantitativa di permanenza nel tempo oltre la quale un determinato fatto non è più provvisorio ma tendenzialmente durevole» (G. BERNABEI, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza*, cit., 14). Cfr. sul punto A.C. JEMOLO, *L'elemento quantitativo del diritto*, in AA.VV., *Conferenze dell'Istituto di applicazione forense*, Bologna, Zanichelli, 1964, 130 ss.; M. D'AMICO, *Riflessione sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39.

privati, collettivi e individuali, sono coinvolti, ciò nonostante deve «prevalere il diritto alla vita, nella forma essenziale del diritto alla salute. Di fronte a questo tutti gli altri diritti devono essere limitati» perché «il primo compito dello Stato [è] quello di tutelare la vita e la salute»<sup>53</sup>.

Nella situazione di emergenza dettata dal contagio del nuovo-*coronavirus* si è verificata una relazione biunivoca tra l'alterazione del sistema sociale e l'alterazione del sistema giuridico<sup>54</sup>, tanto che quest'ultimo ha dovuto intervenire in via straordinaria ricorrendo a misure che mediante il procedimento legislativo ordinario non sarebbe stato possibile adottare.

### 3. *Fiat iustitia ne pereat mundus.*

La c.d. emergenza sanitaria dettata dal contagio da COVID-19 ha comportato, in un primo momento, la normazione da parte del Governo mediante (pochi) decreti-legge e (numerosi) decreti del Presidente del Consiglio, interessando quasi tutti gli ambiti della vita dell'individuo, come singolo e come membro delle formazioni sociali<sup>55</sup>. Dalla libertà di circolazione, al lavoro; dall'esercizio dei culti religiosi, all'istruzione; dalle riunioni,

<sup>53</sup> G. AZZARITI, *Coronavirus, il costituzionalista: "Libertà limitate? Diritto alla salute prevale. Deputato positivo? Tutti i parlamentari devono votare"*, in *il Fatto quotidiano*, 11 marzo 2020.

<sup>54</sup> Il riferimento è a quanto più diffusamente spiegato *supra*, par. 1.

<sup>55</sup> Sebbene questa non sia la sede indicata per una simile riflessione, sia consentito un accenno al dibattito che si sta sviluppando con riguardo al ruolo del Parlamento nelle situazioni eccezionali, giacché esso ha il fondamentale compito – tra l'altro – di convertire in legge il decreto-legge e, prima, di discuterne. Da un lato, è stata sostenuta la tesi del voto a distanza, atteso che si tratterebbe di un'«organizza[z]ione [di] modalità telematiche per tenere riunioni e partecipare a discussioni e decisioni» (C. FUSARO, *Coronavirus, meglio niente Parlamento o un Parlamento smart?*, in *Libertàeguale*, 15 marzo 2020) e tale attività «presuppone che vengano presi tutti gli accorgimenti informatici che rendano sicuro e veridico il voto così espresso» (S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020, 3). Cfr. per questa dottrina anche, tra i tanti, A. ROMANO, *Parlamento, contro il Coronavirus serve subito il voto a distanza*, in *Libertàeguale*, 13 marzo 2020 e, nella stessa rivista, P. PASQUINO, *Votare a distanza, non la regola ma l'eccezione*, 17 marzo 2020; S. CECCANTI, *Innovare il modo di lavorare del Parlamento non è chiuderlo: vedere, giudicare, agire*, in *Huffington post*, 18 marzo 2020; E. CATELANI, *Covid-19, il Parlamento e le Regioni alla prova dell'emergenza*, in *Libertàeguale*, 27 marzo 2020. Altri studiosi hanno affermato che qualora dovesse ammettersi il voto a distanza sarebbe necessario «almeno riconoscere che si tratta di una deroga legittimata dallo stato di necessità, non certo una regola da introdurre per migliorare l'efficienza dei lavori del Parlamento» (G. AZZARITI, *I pieni e solitati poteri del capo del governo extraordinem*, cit.) che è, com'è noto, un organo «indispensabile per la nostra vita democratica e quindi una chiusura delle Aule parlamentari non è proprio concepibile» (ID., *Coronavirus, il costituzionalista: "Libertà limitate? Diritto alla salute prevale. Deputato positivo? Tutti i parlamentari devono votare"*, cit.) per la fondamentale ragione che «la Costituzione non tollera discontinuità, interruzioni, pause. Non si arrende alle malattie» (S. CASSESE, *Coronavirus, perché lo Stato non può fermarsi*, in *Corriere della sera*, 18 marzo 2020). Sul fronte opposto alla prima teoria, invece, autorevole dottrina ha affermato che «le Camere non sono un votificio e, anzi, il momento del voto, pur fondamentale, naturalmente, è solo quello conclusivo di un confronto politico complesso e articolato che a distanza non può realizzarsi» (A. PERTICI, *Il Parlamento deve riunirsi*, in *Huffington post*, 18 marzo 2020). È stata infatti considerata «deprecabile l'autoesclusione delle Camere dal pieno esercizio della loro decisiva funzione di produzione normativa che l'emergenza sanitaria ha reso ulteriormente evidente»; tale situazione non può essere giustificata, *sic et simpliciter*, «con l'opportunità di assicurare distanziamento sociale ai deputati e ai senatori, i quali ben potrebbero frequentare con continuità e le cautele del caso le sedi dove svolgere la loro (semberebbe) essenziale attività di rappresentanza del corpo elettorale sovrano» (A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, cit.). Infine, per riflessioni espressamente dedicate al tema sia consentito rimandare a N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 2020.

all'iniziativa economica privata. Il fatto che l'emergenza sanitaria fosse essenzialmente disciplinata da fonti di rango secondario ha acceso i riflettori su una materia prima d'ora poco considerata: lo stato d'emergenza<sup>56</sup>.

Come ricordato (v. *supra* par. 1), in alcuni casi è stato sostenuto che i DPCM sono norme d'ordinanza assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti emanate dal sindaco<sup>57</sup>. In altri, invece, è stato affermato che i DPCM sono meri provvedimenti di esecuzione che trovano legittimazione nei decreti-legge a monte, ovvero lo strumento espressamente previsto dalla Costituzione per far fronte a «casi straordinari di necessità e di urgenza»<sup>58</sup>.

È indubbio che la situazione che stiamo vivendo non sia paragonabile ad altre emergenze che lo Stato italiano ha vissuto in passato, basti pensare all'emergenza del terrorismo e alle calamità naturali; per tali ragioni è sembrato fisiologico, in un primo momento, che l'autorità chiamata ad esercitare il potere vi adempisse adottando procedimenti fondamentalmente inediti. Ci si è spinti finanche a sostenere che «la situazione è così drammatica che sembra non avere senso adesso chiedersi se le misure adottate siano coerenti con quella logica di ragionevolezza, proporzionalità, non eccessività che dovrebbe sempre contrassegnare le decisioni limitative dei diritti e delle libertà fondamentali»<sup>59</sup>. Nondimeno, l'intervento del d.l. n. 19/2020 era necessario per restituire ordine all'ordinamento e per evitare che si aprisse un 'precedente' difficile da giustificare e, ancor più, da sradicare in futuro<sup>60</sup>. Con tale atto normativo è infatti stata seguita la via che la Costituzione<sup>61</sup> prevede in caso di urgenza e di extra-ordinarietà: il decreto-legge pone la disciplina generale e poi altre fonti, anche di rango secondario, vi danno attuazione.

In vigore il decreto-legge n. 6 del 2020, pareva che la sola giustificazione possibile agli atti adottati dal Governo fosse la teoria c.d. della necessità, quantunque sembrasse difficilmente compatibile con una Costituzione rigida come la nostra. Detta circostanza avrebbe comportato, infatti, una frattura<sup>62</sup> nel Testo fondamentale, giacché le istituzioni al vertice dello Stato risultavano legittimate a prendere provvedimenti non in virtù del diritto, bensì di un *fatto*.

La teoria<sup>63</sup> è risalente e prende le mosse dalla circostanza che le fonti del diritto si dividono sostanzialmente nelle due grandi famiglie degli atti e dei fatti giuridici; tra questi

<sup>56</sup> V. per tutti, con riguardo all'attività parlamentare e ad ipotetiche riforme della Costituzione: S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2/2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit. E, con particolare riguardo alle modifiche dei Regolamenti parlamentari, E. CATELANI, *Covid-19, il Parlamento e le Regioni alla prova dell'emergenza*, cit.

<sup>57</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.

<sup>58</sup> L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, cit.

<sup>59</sup> A. D'ALOLA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, 2-3.

<sup>60</sup> Cfr. A. D'ANDREA, *Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì*, cit., 4, il quale richiama la necessità di restare entro il quadro costituzionale «a cominciare da chi effettivamente tiene in mano il “pallino” del “gioco”» che, inevitabilmente, «costituirà un precedente specifico».

<sup>61</sup> Il riferimento è proprio alla libertà di circolazione.

<sup>62</sup> La dottrina che si richiama è quella di E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVDStRL*, 1, 1924; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.

<sup>63</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 251 ss; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 280.

ultimi devono essere ricompresi anche tutti quei fatti, appunto, idonei a produrre norme che non trovano riscontro in alcuna fonte del diritto a ciò preordinata. I fatti sono dunque intesi quali piene ed effettive fonti del diritto anche quando manca, nell'ordinamento giuridico, una norma che espressamente li preveda ed è per tale ragione che hanno la forza di legittimarsi autonomamente. Tali fatti traggono origine da una situazione *extra ordinem* e sono legalizzati da una situazione di pericolo che sarebbe in grado di «compromettere la stessa conservazione dell'ordinamento per la constatata insufficienza a provvedervi delle misure disciplinate dal sistema normativo preconstituito». Ciò che consente la regolamentazione dell'ordinamento giuridico mediante atti non propriamente predefiniti sarebbero le situazioni (o gli stati) così detti di necessità. Con questa formula Mortati ha riguardo a tutte quelle circostanze straordinarie che impongono l'intervento dell'autorità «affinché l'ordinamento possa sopravvivere mantenendo la struttura che lo caratterizza»<sup>64</sup>.

La teoria a sostegno della legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri intervenuti ponendo restrizioni pesanti e durature sui diritti e sulle libertà trovavano fondamento nell'assoluta eccezionalità dello 'stato di necessità', il quale si eleva a «fatto di autonoma produzione giuridica» nel momento in cui «opera all'infuori o anche contro la legge»; esso è infatti in grado di legittimare l'atto che, altrimenti, sarebbe illecito. L'assoluta straordinarietà dei fatti che stiamo vivendo assurgeva a circostanza idonea a giustificare la disciplina di tutti i settori della vita dello Stato e dei suoi cittadini mediante fonti secondarie. Non solo, affinché tale teoria regga, è richiesto che la situazione di necessità si distingua per un «carattere istituzionale», ovvero che trovi fondamento nel mantenimento dell'ordinamento giuridico-statale minacciato dalla extra-ordinarietà degli eventi che mettono a repentaglio la vita dei singoli e dell'ordinamento costituzionale. La giustificazione dello 'strappo' all'ordinamento costituito avrebbe trovato legittimazione nell'imprescindibile esigenza di mantenere in vita l'istituzione e cioè un'articolazione dello Stato. Per tirare le fila della prima teoria, ciò che contraddistingue la necessità e le conferisce il carattere di straordinarietà è «la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove»<sup>65</sup>; per tali ragioni «la necessità opera solo come presupposto per l'esercizio della competenza straordinaria»<sup>66</sup>.

D'altro canto, non possiamo negare che la nostra Costituzione disciplina in maniera chiara e puntuale qual è la strada da seguire quando si verificano eventi straordinari che impongono la necessità e l'urgenza di provvedere, i decreti-legge sanciti dall'art. 77 Cost. (v. *supra* par. 2). È questa la via – costituzionalmente conforme – che il Governo ha intrapreso mediante l'adozione del decreto-legge n. 19 del 2020 con il quale è stata abrogato il precedente decreto-legge (n. 6 del 2020), sanificando altresì gli effetti e dando precise indicazioni per gli atti da adottare in futuro<sup>67</sup>. In quest'ottica è, giustamente, «la

<sup>64</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 280.

<sup>65</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 257.

<sup>66</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 591.

<sup>67</sup> Per riflessioni specifiche sul punto si rimanda a V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, 2020.

Costituzione, non la necessità, [ciò che] fonda i provvedimenti»<sup>68</sup>, tanto è vero che l'Esecutivo non è assistito dalla possibilità di adottare provvedimenti normativi derogatori delle leggi previste dal nostro ordinamento se è totalmente assente la mediazione legislativa<sup>69</sup>.

In particolare, il susseguirsi dei provvedimenti normativi trae origine dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, adottata in conformità al D.Lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, (meglio noto come “Codice della Protezione civile”) e, in particolare, agli artt. 7, comma 1, lett. c)<sup>70</sup> e 24, comma 1<sup>71</sup>. Inoltre, ai sensi dell'articolo 3, c. 1, lett. a) del Codice, il Presidente del Consiglio è indicato quale «autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia» che, ai sensi del successivo art. 5 c. 1, detiene «i poteri di ordinanza in materia di protezione civile» (disciplinati dall'art. 25). A fronte di uno schema normativo tanto articolato e puntuale<sup>72</sup> la teoria in commento sostiene che le ordinanze di protezione civile siano veri e propri atti normativi<sup>73</sup> che, proprio perché adottati dal Presidente del Consiglio, recano il nome di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e non di ordinanza. Individuando la base giuridica dei DPCM nel Codice della Protezione civile e nei decreti-legge adottati dal Governo, ne deriva che ciò che rende lecito lo strumento del DPCM nella gestione della vita privata e pubblica del Paese da più di due mesi a questa parte non è l'emergenza o la necessità, bensì la legge. *In primis* il Codice della protezione civile, quindi i decreti-legge, infine i DPCM<sup>74</sup>.

È sempre mediante i decreti-legge che sono state disposte le misure in tema di consultazioni elettorali. In particolare, l'articolo 81 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, ha rinviato di 240 giorni dall'ordinanza del 31 gennaio 2020 il termine entro il quale deve essere indetto il referendum confermativo (art. 138 Cost.) del disegno di legge costituzionale recante modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione<sup>75</sup>. Mentre tramite decreto-legge n. 26 del 20 aprile 2020, sono state disposte «in via eccezionale» le proroghe

<sup>68</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113.

<sup>69</sup> Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., 453 ss.

<sup>70</sup> «Emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

<sup>71</sup> «[...] il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25. [...]».

<sup>72</sup> Per ulteriori approfondimenti si rimanda, tra i tanti, a P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, cit.

<sup>73</sup> Per questa dottrina si rimanda a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., 249 ss.; M.A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *lacostituzione.info*, 28 marzo 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 121 ss.

<sup>74</sup> Tali atti si contraddistinguono per un'indubbia flessibilità e per un iter molto agile nella adozione; caratteristiche che ben si conciliano con la regolamentazione del Paese durante la pandemia di COVID-19.

<sup>75</sup> Cfr. A. GIGLIOTTI, *Sulla legittimità del rinvio del referendum sulla riduzione dei parlamentari*, in *lacostituzione.info*, 6 marzo 2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020 e, *ivi*, C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*; V. PEPE, *La “democrazia povera” e il referendum sulla riduzione dei parlamentari in Italia. Brevi note sulla violazione del principio di uguaglianza del voto*, in *federalismi*, 15 aprile 2020, 9-11. Infine, G. MAESTRI, *Urne rinviata per virus: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2/2020.

alle consultazioni elettorali previste per la primavera 2020 (art. 1), atteso che, come dichiarato nella Relazione illustrativa, il decreto è mosso dalla necessità e dall'urgenza perché proprio in virtù dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, è necessario «assicurar[e], attraverso disposizioni in deroga, posticipandone gli ordinari termini [...] lo svolgimento delle consultazioni elettorali previste». Se non si verificasse tale scostamento temporale il rischio che si presenti «l'occasione di fenomeni di assembramento di persone e condizioni di contiguità, al di sotto delle misure precauzionali di contrasto adottate e consentire lo svolgimento di tutte le operazioni in condizioni di sicurezza per i cittadini» sarebbe elevatissimo e vanificherebbe gli sforzi sostenuti sino ad ora.

Dalla ricostruzione sinteticamente proposta, soprattutto a seguito del 'colpo di scena' intervenuto con il decreto-legge n. 19 del 2020, è ancora possibile affermare che la Carta del '48 «ha senza alcun dubbio introdotto l'ordinamento italiano all'interno dello Stato di diritto costituzionale, cercando di integrare all'interno del sistema forze e culture politiche profondamente differenti»<sup>76</sup> dimostrando, ancora una volta, di essere in grado di far fronte – *con le sole proprie forze* – a situazioni di straordinaria emergenza<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> F. LANCHESTER, *La stella polare del costituzionalismo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2018, 2.

<sup>77</sup> Adottando «finalmente» i decreti-legge nel «rispett[ò] [de]i presupposti di straordinaria necessità e urgenza, previsti dall'art. 77 Cost. secondo un'interpretazione puntuale» (G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, 2). Cfr. anche F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica COVID19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, cit., spec. 1-2.

## ABSTRACT

Il contributo si pone l'obiettivo di riflettere sul rapporto fra decreto-legge e decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, avendo particolare riguardo ai decreti-legge nn. 6/2020 e 19/2020. Il fine è mettere in luce le criticità che i numerosi DPCM adottati in seguito al d.l. n. 6/2020 hanno comportato con riguardo sia alla tutela dei diritti sanciti in Costituzione, sia alle fonti del diritto dell'ordinamento costituzionale italiano. Tali criticità sembra siano state risolte con il d.l. n. 19/2020.

Il contributo si propone inoltre di analizzare le due dottrine maggioritarie in tema di emergenza, ovvero quella che individua nella necessità la fonte del diritto e quella che, invece, ravvisa la base giuridica dei DPCM adottati nel c.d. Codice della protezione civile e nei decreti-legge.

The contribution aims to reflect on the connection between the decree-law and the decree of the President of the Council of Ministers (DPCM), studying the d.l. n. 6/2020 and n. 19/2020. The goal is to highlight the critical issues produced by the numerous DPCM after the d.l. n. 6/2020 about the protection of rights ratified by the Constitution and about the Italian law sources. These critical issues seem to have been resolved with the d.l. n. 19/2020.

The contribution also aims to analyze the two major doctrines on the emergency theme: one that identifies the source of the law in the necessity and the other one that identifies the legal basis of the DPCM adopted in the "Civil protection code" and in the law decrees.

**PAROLE CHIAVE:** fonti del diritto; decreto-legge; decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; emergenza epidemiologica; COVID-19.

**KEY WORDS:** sources of law; law decree; DPCM; epidemiological emergency; COVID-19.