



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Daniele 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 quanto alla maniera di entrare in città, Renzo aveva sentito, così all'ingrosso, che c'erano ordini
severissimi di non lasciar entrare nessuno, senza bulletta di sanità;
ma che in vece ci s'entrava benissimo,
chi appena sapesse un po' aiutarsi e cogliere il momento»
(cit. A. MANZONI, *I promessi sposi*, Atlas, cap. XXXIV).*

SOMMARIO: 1. Introduzione: Stato di eccezione *vs* Stato costituzionale – 2. Sul fondamento dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: considerazioni generali – 3. Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ed i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale – 4. Quando *perseverare est diabolicum*: il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 - 5. La fase 2: necessario un nuovo decreto-legge? - 6. Conclusioni.

1. Introduzione: Stato di eccezione *vs* Stato costituzionale

Lo scopo di questo contributo è quello, senza alcuna pretesa di esaustività, di verificare se l'utilizzo dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adoperato per l'adozione di misure restrittive di contenimento dei

* Associato di Diritto Costituzionale italiano e comparato e Dottrina dello Stato presso la Libera Accademia degli Studi di Bellinzona (Svizzera)/UNIB – Centro Studi Superiore INDEF (Istituto di Neuroscienze Dinamiche «Erich Fromm»). Dottore di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico e professore a contratto di Diritto Internazionale presso la Scuola Superiore per Mediatori Linguistici «Prospero Moisè Loria» - Istituto ad Ordinamento universitario di Milano. E-mail: daniele.trabucco@unipd.it. Un particolare ringraziamento va alla dott. essa Camilla Della Giustina, cultrice della materia in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Padova per il proficuo e stimolante confronto, nonché per il prezioso supporto nella impaginazione di questo lavoro.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

focolai pandemici determinati dalla diffusione del *Covid-19*, rispetti il principio di legalità declinato sia in senso formale, sia in senso sostanziale.

È innegabile, infatti, che l'attività normativa del Governo, con il prepotente emergere dei DPCM, pone questioni di primaria importanza sia riguardo all'uso di questa fonte secondaria¹ rispetto prima al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6², convertito con modificazioni nella legge formale 05 marzo 2020, n. 13³ ed ora al decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19⁴, sia in riferimento ai limiti costituzionali che essa (l'attività normativa governativa) incontra specialmente di fronte ai diritti costituzionali quali la libertà personale, la libertà di iniziativa economica, la libertà di circolazione, la libertà di culto, il diritto all'istruzione etc...., soprattutto con riferimento al loro necessario bilanciamento con la dimensione collettiva del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*⁵. In questo scritto sarà preso in esame solo il primo aspetto.

Lo Stato di eccezione, nel nostro ordinamento, ammette certamente delle deroghe, ma non in modo indiscriminato, ossia tale da comportare una alterazione dei rapporti tra gli organi costituzionali⁶. Se, nel caso in trattazione, siamo da un lato lontani dalle teorizzazioni schmittiane secondo le quali lo Stato di eccezione si presenta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale⁷, in quanto i provvedimenti assunti al suo interno sono necessariamente privi di riferimento al diritto⁸, dall'altro lato è innegabile il ricorso alla tecnica, da parte dei Governi, di misure eccezionali, di provvedimenti per fronteggiare le più svariate emergenze. La divaricazione sempre più estesa che viene a crearsi tra la norma costituzionale che vige, ma non si applica, venendone disattivata la «forza», e gli atti che non hanno valore di legge ma ne acquistano lo «status», è la caratteristica tipica di quel vuoto giuridico in cui gli Esecutivi agiscono in questa determinata fase storica. Lo Stato di eccezione, in altri termini, non viene proclamato, non dispone nel nostro ordinamento di una sua base costituzionale diversamente da altri⁹ che hanno normato in Costituzione

¹ Al riguardo è stato osservato che, essendo il sistema delle fonti «chiuso» a livello primario, altrettanto non può dirsi per le fonti secondarie: la configurazione, quindi, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) quale fonte secondaria non incontra ostacoli di ordine costituzionale: sul punto G. SCIULLO, *In tema di ordine delle fonti nell'organizzazione ministeriale*, in *Aedon*, n. 2/2016, 4.

² In G.U. n. 45 del 23 febbraio 2020.

³ In G.U. n. 61 del 09 marzo 2020.

⁴ In G. U. n. 79 del 25 marzo 2020. Il decreto-legge è già stato convertito, con modificazioni, nella legge formale 22 maggio 2020, n. 35.

⁵ Cfr. AA. VV., *Il diritto pubblico e l'emergenza COVID-19*, in *Federalismi.it - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, 3. Per un generale inquadramento delle diverse questioni di ordine costituzionale ed amministrativo sull'emergenza determinata dal Covid-19 si rinvia U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di «coronavirus» come problema costituzionale ed amministrativo*, in *Forum. Quad. cost.*, 25 marzo 2020, e ss.

⁶ Cfr. G. L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it, 16 marzo 2020.

⁷ È l'ipotesi di quella che Schmitt definiva l'eccezione contrapposta alla emergenza latamente intesa. Solo nel primo caso l'ordinamento giuridico viene travolto nelle sue fondamenta, sussistendo ancora un ordinamento politico: quello statale: cfr., in merito, R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su Stato di emergenza e Stato costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 2.

⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica*, in G. MIGLIO – P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, 33-35.

⁹ È il caso della Francia art. 16 Cost. o del Regno di Spagna art. 116 Cost.

l'emergenza¹⁰ (al di là del verificarsi di una situazione di guerra *ex art.* 78 Cost.), ma si presenta come il paradigma che domina e permea la politica contemporanea, costretta a fronteggiare minacce sempre più terribili con mezzi e strategie straordinari¹¹, ricorrendo più a decisioni che mirano a rispettare solo la veste formale del principio di legalità e pervenendo «carsicamente» a sospendere o a limitare le garanzie costituzionali al di fuori del sistema costituzionale stesso con contestuale trasformazione «silente» della forma di Stato¹². Come sappiamo, al di fuori di un'apposita previsione normativa testuale, specialmente di rango costituzionale, la situazione di necessità¹³ ed emergenza non avrebbe alcuna forza di imporsi nell'ordine giuridico con l'effetto che un intervento dei pubblici poteri potrà riuscire utile, conveniente, necessario sul piano politico, ma risulterà sempre contrario al diritto, illegittimo e magari anche illecito pure se scusabile¹⁴. In altri termini, lo Stato di eccezione è il punto nel quale la legge, in particolare la Costituzione, si applica disapplicandosi per le ragioni che saranno esposte nel prosieguo. Esso è, dunque, definibile come uno Stato *kenomatico* (un «vuoto di potere»), che permette in questo modo un intervento emergenziale governativo ad ampio spettro, piuttosto che come uno Stato *pleromatico* (una «pienezza di poteri» nel senso della *plenitudo potestatis* formulata dal diritto canonico)¹⁵, precludendo l'affermarsi di quello Stato costituzionale diffuso¹⁶ auspicato da una parte della dottrina. Si deve, allora, pervenire alle note conclusioni di Santi Romano per cui situazioni emergenziali elevano la necessità (il contenimento dell'epidemia da *Covid-19*) a fatto di produzione normativa¹⁷, che gradualmente inizia a porsi al di sopra della stessa Costituzione? Oppure, come chi scrive ritiene, la Costituzione liberale¹⁸ deve continuare «a costituire la linea di demarcazione tra ciò che è legittimo e ciò che, invece, resta vietato»¹⁹. Anche ammesso che la propagazione dell'agente patogeno ponga le premesse per il formarsi di quello che è stato definito un diritto costituzionale dell'emergenza, questo può spingersi fino al punto di sacrificare il contenuto minimo dei diritti costituzionali²⁰ sia pure

¹⁰ Cfr. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 885-886.

¹¹ Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollate Boringhieri, Torino, 2003, 10.

¹² Sulla necessità di introdurre in Costituzione una disciplina costituzionale degli stati di emergenza recentemente A. RUGGERI, *La forma di Governo nel tempo dell'emergenza*, in www.giurcost.org, n. 2/2020, 3. Con riguardo, invece, al rapporto tra emergenza e forma di Governo dell'Unione Europea si rinvia ad A. MANZELLA, *Nell'emergenza, la forma di Governo dell'Unione*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 1 ss.

¹³ Per un inquadramento giuridico completo sullo stato di necessità si rinvia a P. G. GRASSO, *Il potere costituente*, Giappichelli, Torino, 2006, 63-96.

¹⁴ In questa direzione F. CAMMEO, *Lo Stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, IV, 1898, 369 ss.

¹⁵ In questo senso E. REDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt ed il fondamento del diritto*, in *Noema*, n. 2/2016, 1.

¹⁶ Cfr. T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in www.giurcost.org, 30 marzo 2020, p. 6.

¹⁷ Cfr. S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), ora in *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 83 ss. Si veda, per una rassegna degli scritti del Romano sul tema, A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1976, 14 e ss.

¹⁸ Sulla natura «modulare» della Costituzione liberale la cui liquidità consentirebbe la conservazione (almeno virtuale) di ogni contenuto, si rinvia al saggio critico di D. CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 54-55. Del resto, come è stato osservato, lo Stato di diritto costituzionale individua un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non cangianti dalle vulnerabili maggioranze parlamentari: sul punto F. LANCHESTER, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos*, n. 2/2018, 3.

¹⁹ Così V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 688.

²⁰ Cfr. sent. n. 67/1990 Corte cost.

limitatamente al periodo dell'epidemia?²¹ Le innegabili deroghe introdotte nei rapporti tra i poteri costituzionali, nel sistema delle fonti e nella forma di Stato e di Governo con l'accentuazione, ad esempio, del ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri rispetto alla ordinaria «struttura policentrica» dell'Esecutivo²², non si pongono come fatti *extra ordinem* che, sulla base della transitorietà delle misure continuamente reiterata, sta legittimando modificazioni tacite della Costituzione in netto contrasto con l'art. 138?²³ A fronte di questi interrogativi, vale, forse, la pena di mettere un punto di partenza, ricordando come l'imprevedibilità che determina una condizione di emergenza, anche sanitaria, rappresenta un elemento caratterizzante i fatti, le situazioni, le circostanze piuttosto che le misure necessarie per fronteggiarla prontamente e in modo efficace. In questo modo, al di fuori dell'ordine costituito risultano le cause, piuttosto che le modalità con cui affrontare la situazione di criticità²⁴ senza che lo *ius* debba adattarsi alle contingenze registrabili sul piano fattuale²⁵ in nome di una concezione del diritto quale «nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico»²⁶ e senza che fatti fuori da ogni riconoscimento finiscano per imporre la loro intrinseca normatività²⁷. Viceversa, come ha osservato una parte della dottrina, siamo in presenza di un complesso normativo emergenziale che si caratterizza per l'affermazione di un principio generale di non-libertà (sia pur formalmente temporaneo, ma al contempo indeterminato), in cui gli spazi interstiziali di esercizio della stessa si configurano con un carattere effettivo di eccezionalità²⁸.

2. Sul fondamento dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: considerazioni generali

Prima di analizzare il rapporto tra i diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati per contenere e fronteggiare l'emergenza da *Covid-19*²⁹, e il decreto-legge

²¹ Il problema, dunque, non è il dovere di solidarietà o il rispetto delle limitazioni, ma se queste possono sacrificare il contenuto essenziale di un diritto previsto dalla Costituzione. Non appaiono, dunque, condivisibili le dichiarazioni rilasciate da M. BERTOLISSI, *La Costituzione è chiara: non solo diritti, anche doveri. Stare a casa è un obbligo*, in www.vvoxx.it, 12 marzo 2020 (intervista).

²² Sulla sovraesposizione del Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso l'uso massiccio dei DPCM si rinvia a B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 6. Contro la tesi della struttura «policentrica» del Governo ed in favore di una preminenza del PDCM si veda C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1969, 521-525 e G. RIZZA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri*, Jovene, Napoli, 1970, 105 ss. Parla, invece, di una «multipolarità diseguale» L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Giuffrè, Milano, 1988. Per una ricostruzione delle diverse teorie a riguardo s. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il Governo parlamentare in Italia*, Giappichelli, Torino, 2017, 196-198.

²³ Cfr. F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le modificazioni tacite della Costituzione*, in *Foro padano*, IV, 1955, 185 ss.

²⁴ Cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 2.

²⁵ Cfr. G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 1.

²⁶ L'espressione è contenuta nel noto e celebra saggio di P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003.

²⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Variazione sul tema delle fonti del diritto con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in onore di A. Giuffrè*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1967, 259.

²⁸ Ancora, sul punto, v. BALDINI, *Emergenza costituzionale*, cit., 892.

²⁹ 1) DPCM 23 febbraio 2020; 2) DPCM 25 febbraio 2020; 3) DPCM 01 marzo 2020; 4) DPCM 04 marzo 2020; 5) DPCM 08 marzo 2020; 6) DPCM 09 marzo 2020; 7) DPCM 11 marzo 2020; 8) DPCM 22 marzo 2020.

23 febbraio 2020, n. 6 convertito, con modificazioni, nella legge ordinaria dello Stato 05 marzo 2020, n. 13, è opportuna una breve introduzione sul loro fondamento.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) è un atto non disciplinato da disposizioni normative univoche e rientranti nel quadro di una regolazione organica e compiuta. In via generale si può ritenere il decreto in esame un provvedimento che assume tale forma per conferire certezza legale alla manifestazione di volontà di un soggetto, il PDCM, investito di pubblica funzione, attuata nell'esercizio di essa e nei casi e per i fini disciplinati dalle norme dell'ordinamento³⁰. All'interrogativo che è stato sollevato³¹ sull'esatta configurazione del regolamento posto in essere dal Presidente del Consiglio con proprio decreto, a causa del silenzio della legge ordinaria dello Stato 23 agosto 1988, n. 400, che, disciplinando il potere regolamentare del Governo³² e dei suoi organi³³, enumera solo il regolamento governativo, il regolamento ministeriale e il regolamento interministeriale, è stato replicato che la legge n. 400/1988, essendo una fonte a portata generale, è derogabile da leggi particolari come quelle che prestano fondamento al potere regolamentare del Presidente del Consiglio³⁴; che l'enumerazione fatta dall'art. 17 della legge n. 400/1988 non può nemmeno con certezza ritenersi tassativa; che il potere regolamentare del Presidente del Consiglio, nel caso di cui si occupa questa trattazione, è materialmente del tipo ministeriale. Infine, l'art. 2 della legge ordinaria dello Stato 12 gennaio 1991, n. 13 dispone che gli atti, diversi da quelli enumerati nell'art. 1 della stessa legge e per l'adozione dei quali è prescritta la forma del decreto del Presidente della Repubblica, tra i quali rientrano ad esempio i regolamenti, se non è prevista la deliberazione del Consiglio dei ministri, devono essere emanati con decreto del Presidente del Consiglio, se posti in essere su proposta dello stesso Presidente, o di due o più Ministri. In realtà, queste considerazioni lasciano aperti molti interrogativi sui quali ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

³⁰ Cfr. S. LABRIOLA, voce *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. dir.*, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, 281 ss.

³¹ Cfr. M. C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, Bologna, 1992, 165 ss. Alcuni autori hanno messo in dubbio la stessa possibilità, per la legge ordinaria, di dettare norme sulla produzione giuridica di fonti secondarie le quali, viceversa, trattandosi di materia oggettivamente costituzionale, dovrebbero trovare la loro disciplina in atti di rango costituzionale: a riguardo F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 66.

³² Per un inquadramento generale sul potere regolamentare del Governo si rinvia a M. MALENA, *L'esercizio del potere regolamentare del Governo*, in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2008, 157-182.

³³ Non ha avuto seguito la critica, avanzata sull'art. 17 della legge n. 400/1988, secondo la quale la legge ordinaria non potrebbe disciplinare in via generale il potere regolamentare del Governo. In questa direzione A. RUGGERI, *I «fondamenti» della potestà regolamentare del Governo*, in *Dir. soc.*, n. 1/1991, 93 ss.

³⁴ Sul punto ancora S. LABRIOLA, voce *Decreto*, cit., 281 ss. Tra questi fonti ricordiamo il decreto legislativo delegato 30 luglio 1999, n. 303 (sull'Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), in particolare gli articoli 7, 8 e 9.

3. Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n 6 ed i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale

È indubbio che, rientrando i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nella categoria degli atti aventi natura amministrativa benché non riconducibili ad un contenuto omogeneo³⁵, debbano rispettare il principio di legalità formale, da intendersi nel senso che ogni potere amministrativo deve trovare puntuale fondamento in una norma attributiva³⁶. Anzi, la letteratura giuridica si è spinta oltre, richiedendo che il potere venga esercitato in vista di scopi e nell'osservanza di criteri necessariamente indicati dalla legge ordinaria o da atti normativi aventi forza di legge³⁷, definendo così la legalità in una prospettiva sostanziale e non meramente formale³⁸ con conseguente illegittimità delle leggi che non si adeguino a questo paradigma per violazione degli articoli 97, 101 e 113 della Costituzione repubblicana vigente³⁹. A sostegno di questa conclusione si potrebbe addurre anche lo stesso principio di eguaglianza *ex art. 3, comma 1, del Testo fondamentale*: la parità dei cittadini davanti alla legge ne uscirebbe elusa qualora si consentisse alle leggi di scalzarla indirettamente, conferendo all'autorità amministrativa una potestà arbitraria nella disciplina dei suoi rapporti con i sottoposti⁴⁰.

Pertanto, alla luce di questa premessa, è doveroso verificare se i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, funzionali a contenere la diffusione del *Covid-19*, rispettino il principio di legalità sia nella sua veste formale, sia nella sua veste sostanziale⁴¹. La disposizione normativa attributiva del potere è il comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6⁴², convertito, con modificazioni, nella legge ordinaria dello Stato 05 marzo 2020, n. 13: «*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, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*». Ora, con riguardo al principio di legalità in senso formale, esso risulta non soddisfatto. Il decreto legislativo delegato 30 luglio 1999, n. 303, che detta la disciplina inerente all'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 11 della legge di delegazione 15 marzo

³⁵ Cfr. F. POLITI, voce *Decreto ministeriale*, in *Enc. giur.*, V, Giuffrè, Milano, 2001. L'autore mette in evidenza come i DPCM possono avere un contenuto eterogeneo, ora normativo, ora provvedimentale, ora proprio degli atti amministrativi generali.

³⁶ La definizione fornita nel testo è uno dei significati del principio di legalità formale dato da L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1998, 174.

³⁷ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1996, 189-190.

³⁸ In questa direzione L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, 148 ss.

³⁹ Cfr., per il riferimento all'art. 113 Cost., V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, n. 1/1962, 133 ss.

⁴⁰ Ancora L. PALADIN, *Le fonti*, cit. 190.

⁴¹ Ragiona sulla legittimità o meno dei DPCM alla luce dell'istituto giuridico della riserva di legge A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in *Forum Quad. cost.*, 10 marzo 2020, 6-9.

⁴² Parla di decreto-legge «mutato nei parametri e nei criteri» A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum Quad. cost.*, 26 marzo 2020, 5.

1997, n. 59, se da un lato risolve il problema lasciato aperto dalla legge n. 400/1988 concernente la sussistenza di un potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri, prevedendo in capo ad esso un ampio potere di decretazione in materia di autonomia organizzativa (art. 7), contabile e di bilancio (art. 8), nonché di gestione del personale della Presidenza (art. 9) da esercitarsi al di fuori dell'art. 17 della legge ordinaria dello Stato 23 agosto 1988, n. 400⁴³, dall'altro lato, a contrario, ciò significa che vi sono dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che necessitano dell'*iter* procedurale richiesto dall'art. 17, comma 4, della sopracitata fonte. In altri termini, i DPCM, diversi da quelli previsti dagli articoli 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 303/1999, devono assumere la denominazione di «*regolamento*», essere adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei Conti emanati dal Presidente della Repubblica e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale⁴⁴. A questa osservazione si potrebbe replicare che l'art. 2, comma 1, della legge n. 13/1991 stabilisce che gli atti amministrativi, che non assumono la forma del decreto del Presidente della Repubblica, «*sono emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o con decreto ministeriale, a seconda della competenza a formulare la proposta sulla base della normativa vigente*». Tuttavia, nel caso di specie, non è possibile prescindere dalla natura dell'atto nel quale è contenuta la disposizione normativa attributiva del potere. Siamo, infatti, in presenza di un provvedimento provvisorio avente forza di legge *ex art.* 77, comma 2, Cost. Inserire in un decreto-legge una disposizione non autosufficiente che rinvia necessariamente, per la sua attuazione, al successivo intervento normativo di un altro soggetto, è una contraddizione in termini⁴⁵. Un decreto-legge, infatti, che abbisogni di un DPCM attuativo⁴⁶, difficilmente può dirsi fondato su presupposti di straordinaria necessità e urgenza, «*poiché l'arco temporale necessario all'elaborazione della fonte secondaria smentisce in radice l'indifferibilità della misura*»⁴⁷, salvo che non si voglia

⁴³ Recita l'art. 9, comma 7, del d.lgs. n. 303/1999: «*Ai decreti di cui al presente articolo ed a quelli di cui agli articoli 7 e 8 non sono applicabili la disciplina di cui all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e quella di cui all'articolo 3, commi 1, 2 e 3, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Il Presidente può richiedere il parere del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sui decreti di cui all'articolo 8*».

⁴⁴ Cfr. O. ROSELLI, *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 56-57.

⁴⁵ Secondo una parte della dottrina «*la superiore, frenetica, successione di provvedimenti dovrebbe allora poter essere sistematicamente ricostruita, onde rispettare il dettato costituzionale, quantomeno in termini «funzionali»: la fonte di rango primario ottempera alla riserva ex art. 16 Cost., disponendo le «limitazioni» conseguenti alla emergenza, e la fonte di rango secondario vi dà «amministrativamente» attuazione. E sembra essere questo il (condivisibile) ragionamento di chi, in dottrina, ha osservato che «il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità [sicché] l'atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge»: cfr. R. DI MARIA, *Il binomio «riserva di legge – tutela delle libertà fondamentali» in tempo di Covid-19: una questione non soltanto di «principio»*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 6. Ad avviso di chi scrive, però, questa lettura pare non prendere in esame la peculiare natura dell'atto sui cui il potere amministrativo, sia pure emergenziale, si fonda.*

⁴⁶ Sul fatto che i diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri non solo attuano il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, ma riescono «*di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire*» cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 3.

⁴⁷ Cfr. D. DE LUNGO, *Nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2019, 20. Sulla stessa linea L. A. MAZZAROLI, «*Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo ad una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente, strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, 15. Dubbi sul

riferire i presupposti giustificativi al provvedere in sé, piuttosto che alle singole disposizioni⁴⁸. La qual cosa, però, è difficilmente sostenibile alla luce della veloce diffusione dell'epidemia nel territorio nazionale⁴⁹. L'uso massiccio di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in questa fase emergenziale certifica, in modo inequivocabile, quell'immagine del «Governo fuggitivo» che riassume in modo efficace le torsioni morfologiche dei DPCM normativi, adottati secondo schemi derogatori rispetto alla legge ordinaria dello Stato n. 400/1988⁵⁰: la stessa analisi empirica conferma l'attualità di quella «fuga dal regolamento» quale prassi nell'adozione di questi atti. Ne vale il rilievo che i primi decreti, quello del 23 febbraio 2020⁵¹ e quello del 25 febbraio 2020⁵², sono stati utilizzati lo stesso giorno e pochi giorni dopo l'emanazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6. Infatti, nonostante il Consiglio dei Ministri, *ex art.* 24 del decreto legislativo delegato 02 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione civile) avesse dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 7, comma 1, *lett. c)* relativa ad «*emergenze di rilievo nazionale*», il Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore*, nei DPCM di cui sopra, ha adottato misure unicamente per alcune zone delle Regioni ordinarie Lombardia e Veneto. Solo l'art. 1, comma 1, del decreto 09 marzo 2020⁵³ ha esteso le misure di contrasto dell'epidemia, di cui al precedente decreto dell'08 marzo 2020⁵⁴, all'intero territorio nazionale. Anzi, quando la diffusione del contagio ha iniziato gradualmente ad assumere spazi geografici sempre più ampi, prima alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di Codogno (Provincia di Lodi) e di Lodi poi i contagi nel Comune di Vo' Euganeo (Provincia di Padova), i provvedimenti iniziali sono stati adottati in un quadro normativo molto diverso⁵⁵: quello di cui all'art. 32 della legge ordinaria dello Stato n. 833/1978, che attribuisce «*al Ministro della Salute il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a una parte di esso, comprendente più Regioni; lo stesso potere è attribuito al Presidente della Giunta regionale e ai sindaci con efficacia estesa ai rispettivi territori di competenza*».

fatto che un decreto-legge sia fonte idonea ad attribuire un potere di tipo regolamentare, non solo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, s. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli Torino, 2019, 302-303. *Contra* 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 *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 2. Riflette sul rapporto tra decretazione legislativa d'urgenza e Costituzione materiale F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, n. 1/2020, 1 e ss.

⁴⁸ Così C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 844-845. Sulla stessa linea anche G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 125 e F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Dir. soc.*, 1974, 524.

⁴⁹ La diffusione del *virus*, purtroppo, dimostra come le misure siano state adottate e tardi e troppo gradualmente a dimostrazione della non esemplarità del modello Italia: cfr. A. D' ALOIA, *L'emergenza e i...suoi infortuni*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, 2.

⁵⁰ Ancora sul punto D. DE LUNGO, *Nil est in intellectu*, cit., 21.

⁵¹ In G.U. n. 45 del 23 febbraio 2020.

⁵² In G.U. n. 47 del 25 febbraio 2020.

⁵³ In. G.U. n. 62 del 09 marzo 2020.

⁵⁴ In. G.U. n. 59 dell'08 marzo 2020.

⁵⁵ Cfr. M. CAVINO, *Covid-19, Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 3.

Quanto, invece, al principio di legalità sostanziale, anche in questo caso si possono rilevare alcune criticità. In ragione della natura del decreto-legge più che dalla previsione contenuta nell'art. 15, comma 3, della legge n. 400/1988, esso avrebbe dovuto contenere misure di contenimento puntuali, specifiche e immediatamente applicabili⁵⁶, volte a circoscrivere in modo sufficiente la discrezionalità di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, pena la sottrazione «al sindacato del giudice della legittimità degli atti amministrativi»⁵⁷. In altri termini la legge o l'atto normativo avente forza di legge è chiamato, in considerazione della materia, a vincolare e dirigere la scelta del Governo⁵⁸ non solo in relazione alla tutela di un bene o di un valore, come nel nostro caso quello della salute, ma quanto anche al contenuto e alle modalità di esercizio del potere⁵⁹. Si prenda, a titolo esemplificativo, l'art. 1, comma 2, lett. c) del decreto-legge n. 6/2020, convertito nella legge formale n. 13/2020, che prevede la «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico». Dalla lettura della disposizione normativa emerge una misura ampia, riempibile di possibili contenuti, alcuni dei quali pure lesivi dell'ordine indipendente e sovrano di altri ordinamenti, come quello della Chiesa Cattolica⁶⁰. Ci si potrebbe domandare, ad esempio, se devono ritenersi sospese anche le riunioni che gli organi dirigenziali di una società, che svolge un'attività di impresa ammessa in base ai codici ATECO, deve necessariamente tenere *in loco* per poter adottare in concreto tutte le precauzioni funzionali ad assicurare al meglio la salute dei propri dipendenti. Oppure si consideri l'art. 1, comma 2, lett. b) sempre del decreto-legge n. 6/2020 che applica la misura (doverosa) della quarantena a coloro che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa, lasciando, però, al DPCM 08 marzo 2020, in particolare all'art. 1, comma 1, lett. c), la previsione del divieto assoluto di mobilità non solo per chi è sottoposto alla misura stessa, ma anche per chi è risultato positivo al *virus*.

⁵⁶ Parla di requisito più violato nella prassi costituzionale A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006, 1519. Sull'ampio potere discrezionale in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri in attuazione di previsioni generiche si veda recentemente C. COMAZZETTO, *Lo Stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 4. Ritiene, invece, che i primi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ossia quelli del 23 e 25 febbraio 2020, e quelli dell'01 e 04 marzo 2020 rispettino il principio di legalità sostanziale in quanto riproducono, in buona parte, le misure indicate in modo dettagliato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?* in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 4.

⁵⁷ Così sent. n. 12/1963 Corte cost.

⁵⁸ Cfr. sent. n. 150/1982 Corte cost.

⁵⁹ Cfr. sent. n. 115/2011 Corte cost. Da un punto di vista dottrinale si rinvia a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001 ed a F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁶⁰ In relazione a quest'ultimo aspetto il DPCM 08 marzo 2020, all' art. 1, comma 1, lett. i), sospende le cerimonie religiose, comprese quelle funebri, in palese violazione, nel caso di quelle cattoliche, dell'art. 2 della legge ordinaria dello Stato 25 marzo 1985, n. 121 (Ratifica ed esecuzione dell'Accordo con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, apportante modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede) che attribuisce all'autorità ecclesiastica la libertà di organizzazione e di pubblico esercizio del culto sia pure nel rispetto del principio di reciproca collaborazione. Si può rilevare, in relazione a questo specifico aspetto, una discrasia tra il testo del decreto-legge n. 6/2020 che parla di eventi ed il DPCM 08 marzo 2020 il quale, invece, spingendosi oltre, parla di cerimonie: cfr. F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020. Un suggerimento ermeneutico ecclesiastico*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 7.

Categoria quest'ultima di cui non si fa menzione nella fonte primaria. Per non parlare, infine, della vaga disposizione normativa di cui all'art. 2 sempre del decreto-legge n. 6/2020 contenente un riferimento molto ampio alle autorità competenti (quali?) che possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza.

4. Quando *perseverare est diabolicum*: il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19

A seguito del proliferare e del susseguirsi rapido dei vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, il Governo della Repubblica, con decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni nella legge ordinaria dello Stato 22 maggio 2020, n. 35⁶¹, ha deciso di abrogare⁶² il precedente provvedimento provvisorio avente forza di legge (il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6) ad esclusione degli articoli 3, comma 6 *bis*, e 4 al fine di riordinare, omogenizzare e rimodulare (anche in diminuzione)⁶³ le misure per evitare la diffusione dell'agente patogeno, nonché, ai sensi dell'art. 3, comma 1, coordinare i rapporti tra centro e periferia, specialmente con riferimento alla possibilità, da parte delle Regioni, di introdurre misure più restrittive sebbene limitatamente nelle more dell'adozione dei decreti e con efficacia limitata a tale momento.

La lettura del nuovo decreto-legge porta a concludere negativamente riguardo al rispetto del principio di legalità formale per le ragioni già indicate nel precedente paragrafo, rimanendo aperte le criticità espresse. La disposizione normativa dell'art. 2, comma 1, continua, infatti, a prevedere l'attuazione delle misure di contenimento sempre con lo strumento del DPCM. Le Uniche novità degne di rilievo sono l'allargamento dei soggetti che possono proporre l'adozione e, in seguito alla conversione, l'illustrativa preventiva ai due rami del Parlamento in relazione al provvedimento da adottare: «*i Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della Salute, il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia*». Il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo».

Quanto a quella sostanziale, la sua verifica non può prescindere dalla formulazione delle misure di contenimento⁶⁴ di cui all'art. 1. A riguardo non appare condivisibile la tesi secondo la quale il rapido evolversi del quadro epidemiologico ha reso necessarie misure flessibili e di pronta applicazione che il decreto-legge, pur nella sua estrema flessibilità, non

⁶¹ In G.U. n. 132 del 24 maggio 2020.

⁶² Così l'art. 5, comma 1, lett. a).

⁶³ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?* in *Forum Quad. cost.*, 28 marzo 2020, 1.

⁶⁴ Parla di sufficiente chiarezza in merito alla formulazione delle misure U. ALLEGRETTI, *Una normativa*, cit., 3.

è in grado di garantire diversamente dal DPCM che, potendo estendere alcune misure o revocarne a seconda della gravità del decorso dell'epidemia senza passare per il Consiglio dei Ministri, risulta più conforme al principio di proporzionalità, ossia idoneo a raggiungere gli effetti desiderati con un grado di afflittività tarato sulle esigenze contingenti e, al contempo, salvaguardare per quanto possibile i diritti fondamentali⁶⁵. *In primis*, è tutta da dimostrare la conformità dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri al principio di proporzionalità, non discendendo questa sua qualifica dalla natura giuridica dell'atto in sé bensì dalla formulazione delle misure in esso contenute; *in secundis* è proprio l'assenza di qualunque controllo su di esso, a differenza di quanto avviene per i regolamenti governativi⁶⁶, a lasciare un ampio margine di discrezionalità in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sempre a salvaguardia del rispetto del principio di legalità declinato in senso sostanziale è stato acutamente osservato come i DPCM, nonostante non ne assumano la denominazione, rientrino nella categoria delle ordinanze *extra ordinem*. Si tratta di atti formalmente amministrativi che regolano i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge c.d. a fattispecie aperta⁶⁷. A sostegno di questa tesi è stata riportata la sent. n. 4/1977 della Corte costituzionale la quale, nel punto 2 del *considerato in diritto*, fa menzione proprio delle c.d. ordinanze necessitate i cui poteri di adozione «soltanto genericamente sono prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò sono suscettibili di assumere vario contenuto per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni» e sempre che questi provvedimenti siano dotati di «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»⁶⁸. In merito alcune osservazioni. In primo luogo, va osservato come se è vero che, da un lato, la giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla proporzionalità degli interventi in deroga, è consistente, è altrettanto vero, dall'altro lato, che, se si esclude il giudizio di costituzionalità (sulla legge di conversione del decreto-legge), non esiste alcun modo per attivare un giudizio di proporzionalità fra l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria la quale rimane costituzionalmente incontrollata e priva di un giudizio di valutazione complessivo⁶⁹. In secondo luogo, la

⁶⁵ Cfr. L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel Governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 3.

⁶⁶ In occasione dell'emanazione dei regolamenti governativi con la forma del DPR, il Presidente della Repubblica può chiedere un controllo di legittimità e richiederne il riesame senza poter incidere sulla determinazione di volontà del Governo: cfr. T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 470. Resta in ogni caso esclusa la possibilità di un sindacato sulla conformità alla legge, essendo la funzione del Capo dello Stato rivolta alla tutela dei valori costituzionali: così S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, Torino, Utet, 1996, p. 468 e F. DIMORA, *Art. 87 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 783.

⁶⁷ Cfr. E. C. RAFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 4. Sulle ordinanze libere sul piano del contenuto normativo cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.

⁶⁸ Cfr. sent. n. 26/1961 Corte cost.

⁶⁹ Così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC.*, 09 ottobre 2008.

possibilità di adozione di ordinanze necessitate è tipizzata, nel senso che la legge indica espressamente a quali organi è attribuito siffatto potere⁷⁰ e tra questi non rientra il Presidente del Consiglio dei Ministri. Certo, si potrebbe replicare che la disposizione normativa attributiva è contenuta nell'art. 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ma ancora una volta il ragionamento prescinde dalla particolare natura giuridica dell'atto che la contiene. Un provvedimento provvisorio avente forza di legge ex art. 77, comma 2, della Costituzione repubblicana deve contenere, come previsto dall'art. 15, comma 3, della legge ordinaria dello Stato 23 agosto 1988, n. 400, «*misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*». Il giudice costituzionale, nella «storica» sent. n. 22/2012, ha avuto modo di precisare che la disposizione da ultimo citata, «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»⁷¹. Poiché, dunque, tutta la disposizione è esplicitazione⁷² della *ratio* implicita del comma 2 dell'art. 77, si dovrebbe arrivare alla conclusione che non solo l'omogeneità⁷³, ma anche la specificità e la immediata applicazione assumono un carattere di per sé «costituzionale» assorbito nell'art. 77⁷⁴, sebbene non costituiscano un parametro in sé, e questo anche al fine di mitigare quello *stress* gravante sull'art. 2 del Testo fondamentale per il solo fatto che, in ragione della provvisorietà della fonte, le situazioni giuridiche soggettive già versano in uno stato di completa incertezza circa il loro definitivo assetto⁷⁵, per di più aggravata se le modalità operative della loro compressione sono affidate ad un futuro decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ora, le misure di contenimento del decreto-legge n. 19/2020 si pongono al di fuori di questo schema, sebbene il Governo, diversamente dal decreto-legge n. 6/2020, abbia cercato di essere più preciso nella determinazione e nella omogeneizzazione del contenuto di diversi «strumenti» restrittivi, elevando a rango di fonte primaria divieti fino ad ora previsti a livello di DPCM⁷⁶. Si tratta, infatti, di misure attuabili

⁷⁰ Ad esempio, l'art. 2 del TULPS (regio-decreto n. 773/1931) che autorizza il Prefetto a adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica. A riguardo M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, 105 ss.

⁷¹ Così il punto 3.3. del *cons. in dir.* della sent. n. 22/2012 Corte cost.

⁷² Che l'art. 15, comma 3, della legge ordinaria dello Stato n. 400/1988 possa contenere limitazioni ricognitive dei disposti costituzionali M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, Cedam, Padova, 1995, 60.

⁷³ Cfr. R. DICKMAN, *La Corte sanziona la «evidente estraneità» di disposizioni di un decreto-legge inserite con legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?* (Nota a Corte cost. 16 febbraio 2012, n. 22), in *Federalismi.it*, n. 5/2012, 4.

⁷⁴ Parla di forzatura nell'interpretazione dell'art. 77, comma 2, Cost. che si fonda solo su una situazione di straordinarietà, urgenza e necessità S. M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?* in *Giur. it.*, n. 12/2012, 2493.

⁷⁵ Cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2009, 166.

⁷⁶ Si pensi a quello di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla quarantena perché risultate positive al *virus* ex art. 1, comma 2, lett. e).

in via ipotetica, come peraltro confermato dall'espressione «*possono essere adottate*»⁷⁷ di cui all'art. 1, comma 1, che hanno trovato la loro prima applicazione solo con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 aprile 2020⁷⁸, essendo fino a quel momento stati fatti salvi i decreti e le ordinanze precedenti in virtù dell'espressa previsione dell'art. 2, comma 3, del decreto-legge in oggetto. Se, ad esempio, prendiamo in esame l'art. 1, comma 2, lett. a) ci si accorge come la limitazione delle persone, che può avvenire «*se non se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni*», non soddisfa affatto il requisito della immediata applicabilità in quanto, al di là delle esigenze lavorative, il decreto-legge (e pure il DPCM 10 aprile 2020) non precisa che cosa rientra nelle altre categorie, arrivando ad una situazione paradossale per cui il contenuto di alcune di esse (sempre e comunque vago) è rimesso al modello di autocertificazione ex artt. 46 e 47 del DPR n. 445/2000. Anche gli stessi motivi di salute sono poco chiari: includono o meno l'assistenza a terzi?⁷⁹ Oppure la norma dell'art. 1, comma 2, lett. z) la quale dispone la «*limitazione o sospensione di altre attività di impresa o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo...*» In quali casi si ha sospensione ed in quali limitazione? O il comma 2 lett. bb) sempre dell'art. 1 che prevede «*eventuale previsione di esclusione dalle limitazioni alle attività economiche di cui al presente comma, con verifica caso per caso affidata ad autorità pubbliche specificatamente individuate*». Quali sono queste autorità e come devono essere condotte le verifiche? In terzo ed ultimo luogo, la tesi sostenuta da una parte della dottrina che ritiene la legittimazione dei DPCM discendente non solo dai decreti-legge quali norme speciali, ma anche dalle norme generali del Codice della Protezione civile⁸⁰, risulta inconferente. Infatti, non solo nell'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 19/2020 non vi è alcun richiamo al d.lgs. n. 1/2018 quale fonte attributiva del potere, ma l'art. 25, comma 1, del Codice prevede che «*per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile*» delle quali il Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore* deve essere solo informato (art. 25, comma 4). Si potrebbe replicare che, ai sensi dell'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 1/2008, egli si avvale del Dipartimento della Protezione civile «*per l'elaborazione dei provvedimenti finalizzati alla gestione delle situazioni di emergenza di rilievo nazionale previste o in atto*». Tuttavia, anche ammesso che questi atti assumano la forma «tipica» dell'organo⁸¹, ossia il DPCM, rimane da un lato l'indeterminatezza dell'espressione, dall'altro ci si dovrebbe chiedere, allora, l'utilità dei provvedimenti provvisori aventi forza di legge qualora si ritenga fonte legittimante, che non distingue tra misure generali e misure speciali, il Codice.

Alla luce delle considerazioni svolte, è evidente che anche il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 non pare rispettare neppure il principio di legalità sostanziale. Esso richiede che la

⁷⁷ Così F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge*, cit., 6.

⁷⁸ In G.U. n. 97 dell'11 aprile 2020.

⁷⁹ Così U. ALLEGRETTI, *Una normativa*, cit., 2.

⁸⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* disponibile nel sito web www.giurcost.org, 11 aprile 2020, 12.

⁸¹ Così M. LUCIANI, *Il sistema*, cit., 12.

legge o l'atto normativo avente forza di legge incida⁸² 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 modalità⁸³, 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?⁸⁴ 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 sconsideati del potere regolamentare dell'Esecutivo (e maggior ragione del Presidente del Consiglio dei Ministri) ovvero per preservare della legge la funzione di garanzia⁸⁵.

5. La fase 2: necessario un nuovo decreto-legge?

Le disposizioni del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 aprile 2020⁸⁶, in vigore dal 04 maggio, sostituiscono quelle del DPCM 10 aprile 2020 ad eccezione di quanto previsto dall'art. 2, commi 7, 9⁸⁷ e 11 che si applicano dal 27 aprile 2020 cumulativamente alle disposizioni del già menzionato decreto 10 aprile 2020. Queste danno avvio alla fase 2⁸⁸ nella gestione dell'emergenza sanitaria con un leggero allentamento delle misure di contenimento di cui all'art. 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19.

⁸² Così la sent. n. 307/2003 Corte cost.

⁸³ In questo senso punto 4 del *cons. in dir.* della sent. n. 115/2011 Corte cost.

⁸⁴ In G.U. n. 32 dell'08 febbraio 2020. Con l'ordinanza 18 aprile 2020, n. 663 del Capo Dipartimento della Protezione civile si è proceduto ad integrare il Comitato tecnico-scientifico.

⁸⁵ Cfr. S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note sulla legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. 115/2011*, in *Forum. Quad. cost.*, 2011, 5-6. S. Sulla incertezza semantica che avvolge il principio di legalità nella giurisprudenza (soprattutto quella amministrativa) si veda il lavoro di A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/1995, 91 ss.

⁸⁶ In G.U. n. 108 del 27 aprile 2020

⁸⁷ Il comma 9 dell'art. 2 del DPCM 26 aprile 2020 prevede: «Le imprese, che riprendono la loro attività a partire dal 4 maggio 2020, possono svolgere tutte le attività propedeutiche alla riapertura a partire dalla data del 27 aprile 2020».

⁸⁸ Sulle conseguenze economiche del dopo emergenza si veda L. LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?* in *Federalismi.it*, n. 12/2020, 1 ss.

Il divieto di spostarsi da comunale diventa regionale, ma sempre motivato da comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute. Viene introdotta la possibilità di muoversi per incontrare congiunti, a condizione che vengano rispettate le regole di distanza interpersonale, il divieto di assembramento, come anche l'impiego delle mascherine. È disposta l'apertura dei parchi pubblici, ma nel rispetto del divieto di assembramento e riprendono, infine, le attività di cui all'allegato n. 3, ossia quelle dell'area edilizia e cantieri, le consegne a domicilio e l'asporto a condizione che siano rispettate le regole di igiene e distanziamento.

La principale questione giuridica che si pone, in relazione al DPCM che apre la c.d. fase 2, concerne il rapporto di questo con la fonte-atto primaria. Ora, come è già stato osservato, l'art. 1, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 consente, tenendo conto dell'andamento epidemiologico del *virus*, di diminuire le misure di contenimento di cui al successivo comma 2. Il DPCM 26 aprile 2020, adottato *ex art.* 2, comma 1, intende proprio, sia pure in misura estremamente limitata, ridurre la portata di alcune restrizioni cui si aggiunge la previsione di una eccezione alla limitazione della libertà di circolazione non contemplata nel provvedimento governativo attributivo del potere in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri⁸⁹. In particolare, il decreto-legge, adottato in presenza di presupposti giustificativi molto diversi da quelli esistenti nell'avvio della fase 2, si trova ad avere un'efficacia molto differita⁹⁰ nel tempo, aprendo il problema inerente alla necessità o meno di un nuovo atto avente forza di legge ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost.

In questa sede, non appaiono sostenibili quelle interpretazioni «lassiste» di espositiana memoria le quali hanno ritenuto i requisiti di necessità ed urgenza inerire «al provvedere»⁹¹ e non necessariamente al provvedimento, configurando una necessità soggettiva contrapposta a quella oggettiva. Questa demolizione dell'impianto costituzionale dell'art. 77, comma 2, della Costituzione, che si è avvalsa anche delle «condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti»⁹², ha portato ad un abuso dello strumento della decretazione legislativa d'urgenza da parte del Governo della Repubblica solo parzialmente frenato prima dalla sent. n. 360/1996 sulla reiterazione dei decreti, poi dalle sentt. n. 171/2007 e n. 128/2008 della Corte costituzionale. Se la straordinarietà costituisce «una qualificazione rafforzativa della «necessità ed urgenza», nel senso di un particolare tipo o grado di intensità di esse»⁹³ e, dunque, è uno strumento volto a circoscrivere l'imprevedibilità del caso alla specifica e attuale situazione che giustifica l'adozione dell'atto avente forza di legge *ex art.* 77 in modo da imporre all'Esecutivo maggiore cautela, deve escludersi l'utilizzo del decreto-legge 25

⁸⁹ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. a), del DPCM 26 aprile 2020: «*si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie.*»

⁹⁰ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Art. 77 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2018, 127.

⁹¹ Cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto*, cit., p. 844, nt. 46.

⁹² Così L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, 1520. Sulla stessa linea G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Dir e soc.*, 1978, p. 245 e A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 396.

⁹³ Così M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1145.

marzo 2020, n. 19 per la disciplina della c.d. fase 2. Ne consegue, pertanto, che il Governo avrebbe dovuto, alla luce della constatazione della diversa situazione di fatto, procedere all'approvazione di un nuovo provvedimento provvisorio avente forza di legge. Né vale il fatto che sia già intervenuta la legge ordinaria dello Stato 22 maggio 2020, n. 35 di conversione del decreto. Infatti, la stessa, alla luce delle già citate pronunce n. 171/2007 e n. 128/2008⁹⁴ del giudice delle leggi, non ha alcun effetto «sanante», operando la trasmissione alla legge del vizio stesso della mancanza dei presupposti di straordinarietà, urgenza e necessità⁹⁵, in quanto, in caso contrario, ciò significherebbe attribuire al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie.

6. Conclusioni

In questi mesi di emergenza sanitaria e purtroppo di numerosi decessi, il rispetto delle competenze e dei principi (tanto da parte dello Stato, quanto da parte delle Regioni) non rappresenta una questione meramente formale, ma la bussola per la tenuta stessa del sistema costituzionale che rischia di trasformare lo Stato di diritto in un perenne Stato di eccezione. Il dato comune a tutte queste tendenze è senz'altro l'eclissi della politica, in un circolo vizioso senza fine nel quale tale eclissi costituisce al medesimo tempo la causa e l'effetto del fenomeno: lo stato comatoso nel quale si trova la politica alimenta le tendenze segnalate e a loro volta queste tendenze mortificano ulteriormente la politica. In questa vicenda il Parlamento italiano⁹⁶ ha fatto la sua comparsa: a) per convertire in legge (la n. 13/2020) il decreto-legge madre, quello del 23 febbraio 2020, n. 6, ora abrogato dal decreto-legge n. 19/2020 convertito nella legge formale n. 35/2020, da cui è derivata a cascata tutta la catena degli altri atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi (i DPCM) che sono stati adottati; b) per autorizzare a maggioranza assoluta *ex art. 81 Cost.*, come novellato dalla legge costituzionale n. 1/2012, lo scostamento di bilancio⁹⁷, per l'informativa del Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore* prima del Consiglio europeo del 23 aprile; c) per le conversioni dei decreti-leggi quali il c.d. «cura Italia» (il n. 18/2020 convertito nella

⁹⁴ A differenza della sent. n. 171/2007, in quella del 2008 la declaratoria di incostituzionalità non discende dal sintomo del trattarsi di una norma intrusa, ma dalla carenza in sé della necessità e dell'urgenza. Così A. CELOTTO, *Carlo Esposito, «le condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti» e il sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, n. 2/2008, 1503.

⁹⁵ Cfr. F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2007, 1676-1677.

⁹⁶ Cfr., sulla necessità di salvaguardare il ruolo delle Camere in questo tempo di emergenza sanitaria, F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 216 e ss. Sulla necessità di porre mano al più presto ad una adeguata disciplina dei regolamenti camerale, che dia modo alle Assemblee di poter affiancare il Governo nel compito di direzione politica reso ancora più oneroso ed improbo dall'emergenza, cfr. S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020.

⁹⁷ Si vedano, sul punto, le condivisibili riflessioni di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche ai giuristi)*, in www.questionegiustizia.it, 18 marzo 2020.

legge n. 27/2020), il c.d. decreto «liquidità» (il n. 23/2020), il c.d. decreto «scuola» (il n. 22/2020), il c.d. decreto «ripresa» (il n. 33/2020) e il c.d. decreto «rilancio» (il n. 34/2020).

La sfida non è semplice. Il diritto costituzionale è chiamato «a fronteggiare un'emergenza che è globale e locale al tempo stesso, in bilico tra due rischi: l'insufficienza delle misure, con i rischi di collasso del sistema sanitario e delle esigenze di prevenzione; oppure una eccessività delle medesime, con rischi enormi ed incalcolabili per il sistema economico e sociale»⁹⁸. A questo si aggiungano le difficoltà di verifica delle misure assunte in sede giurisdizionale, risultando teorico-astratta l'ipotesi che siano radicalmente messe in discussione o vanificate, che oltre tutto sono produttive di effetti a conti fatti irreversibili⁹⁹. La Costituzione, che ha accolto come «carattere assoluto soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori e del loro confronto leale»¹⁰⁰, non è, almeno fino ad ora, riuscita a produrre gli «anticorpi» volti ad evitare, per dirla con Agamben, che lo stato di eccezione diventi sempre di più il normale paradigma dell'esercizio del potere esecutivo con il soccombere dell'ordinamento e dei suoi principi alla «metanorma» della *salus rei publicae*¹⁰¹.

⁹⁸ Così si esprime A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *www. biodiritto.org*, 14 marzo 2020, 2.

⁹⁹ Il concetto è lucidamente espresso da A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, oramai endemica, del sistema delle fonti*, in *www. giurcost.org*, n. 1/2020, 11.

¹⁰⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 11.

¹⁰¹ Ammonisce in questa direzione A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura la prova la capacità di tenuta*, in *Dirittiregionali.it.*, n. 1/2020, 371.

ABSTRACT

Lo scopo di questo contributo è quello di analizzare il rapporto tra la decretazione legislativa d'urgenza, utilizzata dal Governo della Repubblica per fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dall'agente patogeno *Covid-19*, ed i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri alla luce dei principi di legalità formale e sostanziale. In particolare, il saggio intende dimostrare come il rapporto tra la fonte primaria e quella secondaria costituisca una contraddizione in termini, dal momento che i presupposti giustificativi di un provvedimento provvisorio avente forza di legge, ai sensi dell'art. 77, comma 2 della Costituzione, richiedano misure di immediata applicabilità, requisito che non può dirsi soddisfatto qualora il decreto rinvii ad un DPCM per la sua attuazione ed implementazione. La «fibrillazione» in atto del sistema delle fonti ha inevitabili ricadute sulla forma di Stato e sulla stessa tenuta della Costituzione repubblicana il cui rispetto è presidio del sistema democratico dell'ordinamento costituzionale anche in una situazione di pandemia.

The purpose of this contribution is to analyze the relationship between the emergency legislative decree, used by the Government of the Republic to deal with the health emergency caused by the pathogen Covid-19, and the decrees of the Prime Minister in light of the principles of formal and substantive legality. In particular, the essay intends to demonstrate how the relationship between the primary and secondary sources constitutes a contradiction in terms, since the justifying prerequisites for a provisional provision having the force of law, pursuant to art. 77, paragraph 2 of the Constitution, require measures of immediate applicability, a requirement that cannot be considered satisfied if the decree refers to a Prime Minister's Decree for its implementation and implementation. The ongoing «fibrillation» of the system of sources has inevitable repercussions on the form of State and on the very stability of the Republic Constitution, whose respect is a safeguard for the democratic system of the constitutional order even in a pandemic situation.