

**LA “GESTIONE ALTERNATIVA” DELL’EMERGENZA  
NELLA RECENTE PRASSI NORMATIVA DEL GOVERNO:  
LE FONTI DEL DIRITTO ALLA PROVA DEL COVID-19**

di Andrea Cardone

(Professore ordinario di diritto pubblico  
presso l’Università degli studi di Firenze)

1. In estrema sintesi, la tesi che vorrei provare brevemente a sviluppare nelle pagine che ho a disposizione è che, ai fini di una valutazione problematica della gestione dell’emergenza da Covid-19 dal punto di vista delle fonti del diritto, la chiave di lettura più utile della prassi normativa del Governo è quella che porta a sottolineare come tale prassi si sia tradotta in un poderoso scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile, che ha condotto, per un verso, alla sua iniziale ibridazione con il potere d’ordinanza del Ministro della Salute previsto dall’art. 32 l. 23.12.1978 n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, per l’altro, alla creazione di un canale parallelo e inedito, basato su decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri. Si cercherà di dimostrare, infatti, che tale impostazione consente, almeno a parere di chi scrive, di spiegare le ragioni per cui gli atti adottati sono risultati, per più aspetti, problematici, sia dal punto della loro compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali, sia con riferimento al rispetto delle competenze costituzionalmente garantite delle autonomie territoriali. Si tenterà, quindi, di concludere che l’introduzione di questo sistema sottopone il sistema delle fonti a delle torsioni che non appaiono necessarie a fronte delle risorse che l’ordinamento già conosce per la gestione delle emergenze. Infine, si proporrà qualche riflessione sulle conseguenze che è possibile trarre da tali conclusioni in ordine all’intenso dibattito che si è originato sulla necessità di “costituzionalizzare” l’emergenza e/o di ricorrere alla dichiarazione dello stato di guerra di cui all’art. 78 Cost.

Per argomentare la tesi sommariamente indicata, si affronteranno sinteticamente tre aspetti: a) la definizione dello stato dell’arte della gestione dell’emergenza nel nostro ordinamento costituzionale fino alla pandemia da Covid-19; b) la ricostruzione della prassi sviluppata dal Governo a partire dalla fine del mese di gennaio 2020; c) l’individuazione dei problemi – di ordine pratico, ma anche teorico – cui l’allontanamento dal modello di gestione fondato sul sistema delle “fonti di protezione

civile" ha dato luogo. Nell'esaminare i tre profili appena evidenziati, per ragioni di spazio, la trattazione potrà risultare in alcuni passaggi eccessivamente assertiva e/o apodittica. Di ciò mi scuserà il lettore di questa *Tavola rotonda*.

2. Per quanto riguarda lo stato dell'arte della gestione dell'emergenza nel nostro ordinamento, si può affermare che il punto di arrivo di una più che secolare tradizione che affonda le sue radici nelle norme post-unitarie istitutive dei poteri di ordinanza *extra ordinem* di Prefetti e Sindaci in veste di ufficiali territoriali del Governo è rappresentato dal sistema nazionale di protezione civile. Utilizzo questa espressione, piuttosto che riferirmi al nuovo Codice della Protezione Civile adottato con d.lgs. 2.1.2018, n. 1, essenzialmente per due ragioni.

Da un primo punto di vista, per mettere in evidenza che il Codice sistematizza, in larga misura, in un unico corpo normativo, la disciplina che si è sviluppata in seguito all'emanazione della l. 24.2.1992 n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile (Allegretti); legge la cui conformità a Costituzione – giova evidenziarlo in prima battuta – è stata chiarita dalla Corte costituzionale con la sentenza 418/1992. In primo luogo, infatti, al verificarsi degli eventi emergenziali, il Codice continua a prevedere la deliberazione dello stato di emergenza come primo atto delle gestioni contingibili e urgenti (art. 24). Lo stato di emergenza è deliberato dal Consiglio dei ministri, che ne fissa la durata e ne determina l'estensione territoriale, autorizzando l'emanazione di ordinanze di protezione civile che, con effetti temporanei, possono disporre anche in deroga alla legge (non è il caso qui di addentrarsi nella questione se di vera deroga si tratti o, piuttosto, di sospensione, dato il suo carattere temporaneo). Per evitare il protrarsi indefinito dello stato di emergenza, il Codice prevede, poi, all'art. 24 co. 3, una durata massima di 12 mesi, prorogabile per non più di altri 12 mesi (si veda, però, l'art. 15 d.l. 30.12.2019 n. 162, che ha consentito una proroga fino a tre anni per la gestione dell'emergenza seguita al crollo del Ponte Morandi di Genova). È da subito il caso di rilevare che la deliberazione collegiale dello stato di emergenza è aspetto particolarmente significativo, perché la sua natura costitutiva – e non meramente dichiarativa – testimonia l'assunzione da parte del Governo della responsabilità politica della qualificazione dell'emergenza in atto come evento non fronteggiabile nel rispetto dell'ordinario diritto legislativo e, come tale, postulante la necessità di attivare il potere governativo di necessità e urgenza, che, per l'appunto, costituisce la conseguenza giuridica tipica della deliberazione in questione. In secondo luogo, per quanto riguarda più da vicino il potere di ordinanza *extra ordinem*, anche l'art. 25 co. 1 del Codice riprende la disciplina precedente e, conseguentemente, prevede che le ordinanze siano adottate nei limiti e

con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (cui si aggiunge il limite del diritto dell'Unione europea), nonché raggiunta l'intesa con le Regioni interessate. Prevede, inoltre, che le suddette ordinanze rechino l'espressa indicazione delle norme derogate ed una idonea motivazione (art. 25 co. 2). Rispetto al sistema affermatosi in precedenza è, invece, venuto meno il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (art. 25 co. 3), che era stato affermato dallo stesso giudice contabile nell'ambito di un "braccio di ferro" con il Governo, che nel 2008 aveva tentato di escluderlo addirittura con una norma di interpretazione autentica introdotta attraverso la decretazione d'urgenza (art. 14 co. 1 d.l. 23.5.2008 n. 90). In terzo luogo, il Codice consolida il ruolo di Regioni ed Enti locali all'interno del sistema di protezione civile prevedendo, tra le altre cose, che il sistema sia organizzato nel rispetto delle loro competenze (artt. 3 co. 1 lett. b e 11); consolidamento realizzatosi anche per effetto della prassi con cui, nel rispetto del principio di leale collaborazione, i Presidenti delle Giunte regionali sono stati di sovente nominati Commissari delegati per la gestione delle emergenze.

Da un secondo punto vista, definire il sistema – e non il Codice – di protezione civile come il punto di arrivo dell'evoluzione del diritto dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale consente di mettere in evidenza come lo stato dell'arte – fino alla pandemia in atto – era contraddistinto anche da una corposa serie di limiti al potere d'ordinanza definiti per via giurisprudenziale, anche nei decenni precedenti la legge del 1992, sia dalla Corte costituzionale, che ha scrutinato in astratto la costituzionalità delle singole norme attributive del potere *extra ordinem* del Governo e dei Prefetti (come noto, a partire da una delle primissime sentenze, la sent. 8/1956. In seguito, tra le pronunce più rilevanti, cfr. sentt. 29/1961, 4/1977, 100 e 201/1987, 127/1995, 39/2003, 222/2006, 105 e 196/2009), sia dal giudice amministrativo, che ha sindacato in concreto la legittimità dei singoli provvedimenti derogatori della legge (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, 29.8.2002 n. 4345, in *DeJure*, Cons. Stato, 12.11.2003 n. 7266, *ivi*, Cons. Stato, 25.7.2006 n. 4633, *ivi*, e Cons. Stato, 16.2.2010 n. 868, *ivi*). Si è, così, venuto definendo in via pretoria un chiaro regime giuridico delle ordinanze di protezione civile, che ha integrato la disciplina positiva e ne ha definito uno statuto normativo, i cui aspetti essenziali, come noto, possono essere così sintetizzati: 1) efficacia limitata nel tempo, con previsione di un termine finale e obbligo di motivazione delle proroghe e dell'impossibilità di provvedere in via ordinaria per la durata dell'emergenza; 2) soggezione alla riserva di legge ed ai principi di rango legislativo (come quelli, ad esempio, di concorrenza, trasparenza, «giusto procedimento»); 3) possibilità di comprimere i diritti costituzionali in base ad un bilanciamento in concreto tra interessi costituzionalmente protetti che sia esplicitato

in motivazione, proporzionato e ragionevole, intendendosi i due aggettivi come espressione di una complessiva adeguatezza spazio-temporale delle misure; 4) capacità di derogare le competenze degli enti territoriali, senza poter giungere ad annullarle e, comunque, nel rispetto del principio di leale collaborazione; 5) obbligo di pubblicazione in caso di effetti non individuali.

Grazie al sistema nazionale di protezione civile – inteso qui, storicamente, come risultante della l. 225/1992, del Codice della protezione civile del 2018 e della (anche) progressiva giurisprudenza costituzionale e amministrativa – si è, dunque, strutturato un vero e proprio ordinamento attraverso cui si è compiuto un percorso che, in altra sede, è parso di poter chiamare di "normalizzazione dell'emergenza", proprio per alludere alla procedimentalizzazione e alla definizione dei limiti giurisprudenziali che hanno inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* del Governo (e, in particolare, quelle di protezione civile, ma il discorso vale anche per quelle sanitarie del Ministro della Salute) nel solco della Costituzione repubblicana. Un percorso che fa oggi ritenere, per un verso, superati molti dei dubbi sulla legittimità costituzionale del potere d'ordinanza prospettati negli anni (penso, in particolare, a Rescigno, Marazzita, Pinelli), per l'altro, capitalizzati gli sforzi compiuti dalla dottrina nello stesso senso (si pensi, soprattutto, a quelli di Pizzorusso, basati sull'uso del modello della delegificazione, o a quelli di Cavallo Perin, fondati sull'idea del rinvio a tutte le facoltà derogatorie che la legge attribuisce alla p.a.).

Sul piano più strettamente delle fonti, attraverso questo processo di normalizzazione, il potere *extra ordinem* di protezione civile esercitato attraverso le ordinanze si è progressivamente sostituito alla decretazione d'urgenza come strumento di gestione delle emergenze. Non sono, però, già in passato mancati i casi in cui il Governo ha agito sulla disciplina del potere di ordinanza attraverso la decretazione d'urgenza: a) modificando in via generale e astratta il sistema di protezione di civile oppure, alternativamente, derogandolo in parte in relazione alla singola situazione emergenziale; b) istituendo con d.l. specifici poteri d'ordinanza per singole fattispecie emergenziali, prevedendo il conferimento del potere di ordinanza a soggetti diversi da quelli previsti in via generale dalla legge del 1992 e contestualmente modulando i contenuti sostanziali del potere attribuito sul piano temporale e/o procedimentale. In particolare, dall'analisi della prassi dei vent'anni che hanno seguito l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile emerge una casistica molto variegata, che permette di censire: ordinanze che sono state espressamente qualificate come attuative di precedenti decreti-legge; disposizioni di decreti-legge che rimandano ad ordinanze per la propria attuazione; ordinanze che hanno derogato espressamente disposizioni di decreti-legge; ordinanze che agiscono, con riferimento

allo spazio o al tempo, sugli effetti di disposizioni di precedenti decreti-legge; infine, decreti-legge che modulano gli effetti temporali o materiali delle ordinanze.

Come si accennava, però, al di là delle singolarità che emergono dalla prassi appena ricordata, l'evoluzione del diritto dell'emergenza dopo il 1992 ha conosciuto – quanto al rapporto tra ordinanze e decreti-legge – dapprima un progressivo “affiancamento” e poi un vero e proprio “passaggio di consegne” (emblematici i dati quantitativi della produzione delle due fonti), tanto che è parso altrove di poter dire che il ricorso al potere d'ordinanza ha “soppiantato” il potere di decretazione in relazione alla funzione tradizionale di provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza di natura calamitosa. È anche possibile individuare il ben preciso momento storico in cui le due fonti dell'emergenza in questione si sono “passate il testimone”; momento che si data all'anno della storica sentenza della Corte costituzionale 360/1996 in tema di reiterazione dei decreti-legge. La coincidenza degli eventi appare in questo caso come la metafora di un'ideale successione, rendendo fondato il sospetto che la prassi governativa, quando ha avvertito che lo strumento del decreto-legge, proprio perché sottoposto a controllo di costituzionalità con riguardo alla reiterazione, andava progressivamente perdendo la propria duttilità, abbia iniziato a privilegiare l'uso sistematico del potere d'ordinanza. Quest'ultimo, infatti, presenta ancora oggi un notevole grado di flessibilità, non solo perché dal contenuto non tipizzato (né *in toto* tipizzabile per la contingibilità degli eventi che deve fronteggiare), ma anche in quanto non sottoposto ai controlli cui soggiace, invece, il decreto-legge: non al controllo parlamentare in sede di conversione, non al controllo del Capo dello Stato in funzione di emanazione, ma esclusivamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei conti, che ad oggi rappresenta il solo presidio preventivo della legalità delle ordinanze di protezione civile.

La ricostruzione della prassi dell'ultimo decennio conferma, infine, che nel fronteggiare le situazioni emergenziali i decreti-legge non solo sono sempre meno frequenti (perché sostituiti dalle ordinanze di protezione civile) e di meno immediata adozione (come emerge, in particolare, nelle vicende dei terremoti de L'Aquila nel 2009, di Amatrice nel 2016 e in quella del già ricordato crollo del Ponte Morandi a Genova nel 2018), ma soprattutto appaiono relativi non alle misure di diretta e subitanea gestione dell'emergenza, ma all'adozione di misure complementari, a carattere prevalentemente economico, orientate a contenere gli effetti socio-economici dell'evento e ad accelerare il superamento del contesto emergenziale.

3. Quanto alla ricostruzione della prassi governativa seguita in occasione della pandemia da Covid-19, ciò che preme rimarcare ai nostri limitati fini è che fin da principio la gestione dell'emergenza sanitaria è stata condotta attraverso l'uso parallelo

di due distinti strumenti: da un lato, il potere d'ordinanza in materia sanitaria che l'art. 32 l. 833/1978 attribuisce al Ministro della Salute, dall'altro, il potere d'ordinanza in materia di protezione civile, che il Codice radica nel Capo Dipartimento della protezione civile e nel Commissario eventualmente nominato.

I primissimi provvedimenti adottati, infatti, sono rappresentati dalle ordinanze del Ministro della Salute del 25.1.2020, recante misure di sorveglianza attiva per gli individui rientrati dalle aree interessate dalla diffusione del virus e di potenziamento del reclutamento del personale sanitario destinato ad attività di controllo, e del 30.1.2020, in tema di sospensione dei voli diretti per la Cina.

A soli sei giorni di distanza dalla prima ordinanza, però, nella seduta del 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri ha, invece, deliberato lo stato di emergenza per 6 mesi (fino al 31 luglio 2020), disponendo che per «l'attuazione degli interventi dell'articolo 25 co. 2 lett. a) e b) del d. lgs. 1/2018, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3».

In seguito – tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020 – sono state, quindi, adottate una serie di ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri (in totale sei). In particolare, con la prima, l'ordinanza 3.2.2020 n. 630, recante «Primi interventi urgenti di protezione civile [...]», per un verso, sono state indicate sia le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici, etc.) (art. 1), sia le deroghe alle disposizioni normative (in particolare, al Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste (art. 3), per l'altro, è stato istituito l'ormai noto Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento (art. 2).

Parallelamente, è proseguito l'esercizio del potere d'ordinanza in materia sanitaria. Tra il 31 gennaio e il 22 febbraio 2020, infatti, sono state adottate altre tre ordinanze del Ministero della Salute ex art. 32 l. 833/1978, con le quali sono state adottate una serie di misure profilattiche e indicazioni operative (come, ad esempio, la quarantena e la sorveglianza attiva per coloro che sono entrati in contatto con soggetti risultati positivi al test). In particolare, anche quando l'emergenza ha conosciuto un punto di svolta per effetto dell'identificazione dei primi "focolai" italiani nei Comuni di Codogno e Vo' Euganeo, nell'immediatezza vengono emanate due (delle tre prima citate) ordinanze del Ministro della Salute, prese d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia e della Regione Veneto, rispettivamente nelle date del 21 febbraio e del 22 febbraio, che prescrivono misure per il contenimento dell'epidemia

(quali, ad esempio, la sospensione delle manifestazioni pubbliche, delle attività lavorative, delle attività scolastiche, la chiusura degli esercizi commerciali diversi da quelli essenziali, etc.) nei 10 Comuni della Lombardia e nel Comune di Vo' Euganeo in Veneto che poi diventeranno le c.d. "zone rosse" del d.l. 23.2.2020 n. 6.

Emblematico della denunciata sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria appare il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 7.2.2020 n. 414, con cui il Segretario generale del Ministero della Salute viene qualificato come soggetto attuatore per la gestione delle attività connesse all'emergenza relativa al rischio sanitario, realizzando così una vera e propria ibridazione funzionale tra i due poteri.

Per effetto dell'aggravarsi della diffusione del virus si realizza, però, una svolta anche dal punto di vista degli strumenti di gestione dell'emergenza e, segnatamente, delle fonti utilizzate. Immediatamente dopo le due ordinanze da ultimo citate, infatti, nella seduta del 22 febbraio 2020, il Consiglio dei ministri ha adottato un primo – ne sono seguiti, ad oggi, altri otto – decreto-legge, emanato il giorno successivo. In via del tutto preliminare, si può osservare che la tempistica di adozione del d.l. 23.2.2020 n. 6 (recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»), intervenuto a quasi un mese di distanza dai primissimi ricordati provvedimenti del Ministro della Salute, pare confermare il già rilevato *trend* di sempre minor immediatezza della decretazione d'urgenza quale strumento di diretta gestione delle emergenze. Dall'analisi del contenuto del decreto emergono, però, ulteriori e più rilevanti considerazioni sul piano delle fonti.

Segnatamente, il d.l. dispone, all'art. 1 co. 1 che le autorità competenti sono tenute ad «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», nei Comuni e nelle aree in cui risultino casi di positività al virus. L'art. 1 co. 2 poi, esemplifica in un elenco non tassativo (come appare chiaro dalla formulazione letterale: «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti»), una serie di possibili provvedimenti di contrasto all'emergenza. Il successivo art. 2 autorizza, invece, le autorità competenti a adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza [...] anche fuori dei casi dell'art. 1, comma 1».

Ma a destare interesse, dal punto di vista delle fonti, è soprattutto l'art. 3, il cui co. 1, dettato con riguardo all'attuazione di tali misure, dispone che esse «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 dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale». Il co. 2 del medesimo articolo dispone, poi, che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al co. 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza» le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, l. 833/1978, dell'art. 117 d. lgs. 31.3.1998 n. 112 e dell'art. 50 d. lgs. 18.8.2000 n. 267 (art. 3 co. 2), rinviando, quindi, al potere di ordinanza del Ministro della Salute e del Sindaco quale rappresentante della comunità locale. Il co. 3 dell'art. 3, infine, fa espressamente salvi «gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833».

In sostanza, l'art. 3, per un verso, istituzionalizza in via transitoria (fino all'adozione dei d.p.c.m.) la sovrapposizione dei due sistemi paralleli di gestione dell'emergenza che fin da principio erano stati attivati dal Governo (poteri *extra ordinem* in materia sanitaria e in materia di protezione civile), dall'altro introduce un nuovo, e apparentemente terzo (Cavino), canale di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.p.c.m., il quale pare collocarsi addirittura fuori dal sistema di protezione civile, come sembrerebbe potersi dedurre dalla circostanza che la deliberazione dello stato di emergenza non viene neppure richiamata né nel preambolo, né nella definizione delle misure, ma solo all'art. 4 limitatamente all'incremento economico dello stanziamento destinato al "Fondo per le emergenze nazionali".

La data del 23 febbraio 2020 appare, dunque, particolarmente significativa perché innesca un meccanismo di sovrapposizione di strumenti sul piano delle fonti, la cui testimonianza più evidente è data, da un lato, dal concorso di un numero molto elevato di fonti adottate dai diversi livelli di governo (statale, regionale ma anche locale), dall'altro, dal conseguente (ma – a differenza della pandemia – questo prevedibile) caos interpretativo generato da questa moltitudine di atti, cui hanno fatto seguito non poco problematici tentativi di fornire chiarimenti, innanzitutto ai cittadini che li reclamavano. Tra le vicende più significative al riguardo vi è quella riguardante la possibilità per i genitori di uscire di casa con i propri figli minori, su cui, il 31 marzo, è intervenuta una discussa nota interpretativa del Capo di gabinetto del Ministero dell'Interno. L'intento della circolare era quello di fornire alcuni «chiarimenti in merito a profili applicativi in tema di divieto di assembramento e di spostamenti di persone fisiche» e, a tal fine, vi si poteva leggere che era «da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori [...], purché in prossimità della propria abitazione». Il giorno successivo, 1° aprile, in seguito alle numerose critiche pervenute



da parte dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni, lo stesso Ministero ha diffuso un comunicato – dall'emblematico titolo «Regole sugli spostamenti, chiarimenti sulla circolare del 31 marzo» – in cui si qualificava «la possibilità di uscire con i figli minori [come] consentita a un solo genitore per camminare purché questo avvenga in prossimità della propria abitazione e in occasione di spostamenti motivati da situazioni di necessità o di salute». Dalla lettura di quest'ultimo presupposto, che non era richiesto come concorrente con la vicinanza a casa nella nota ministeriale del giorno prima, risulta, però, evidente che il comunicato non si è limitato – cosa, di per sé, quasi paradossale – a chiarire il contenuto della circolare interpretativa, ma ha effettuato una sua vera e propria novazione della fonte.

In attuazione del d.l. 6/2020 è stato, poi, adottato il 23 febbraio un primo d.p.c.m.: ne seguiranno in totale altri sette, nelle date del 25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo. Per quanto incidentalmente in questa sede, non è privo di interesse sottolineare che la modalità di coinvolgimento delle Regioni nel procedimento di formazione di tali d.p.c.m. non è stata quella dell'intesa – prevista, invece, come detto, per le ordinanze di cui all'art. 25 co. 1 del Codice di Protezione Civile – ma che le medesime, ai sensi del ricordato art. 3 co. 1 d.l. 6/2020, sono state solo “sentite”. Del contenuto di tali d.p.c.m. si dirà più avanti (*infra*, § 4).

In questa fase preme rilevare che il d.l. 6/2020 – l'unico, per il momento, ad essere stato convertito in legge, con minime modifiche (cfr. l. 5.3.2020 n. 13) – è stato abrogato, salvo alcune disposizioni, dal d.l. 25.3.2020 n. 19, il quale ha dettato nuove e più stringenti misure di contenimento a gestione dell'emergenza. A differenza di quanto avvenuto con il primo decreto-legge, l'art. 1, co. 1, richiama espressamente, per la prima volta, la delibera sullo stato di emergenza del 31 gennaio, prevedendo che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.p.c.m. fino al termine dell'emergenza stessa (ovvero, il 31 luglio 2020). Si realizza, così, una sorta di apparente riconduzione del nuovo canale di gestione dell'epidemia – quello basato, appunto, sui d.p.c.m. previsti nella decretazione d'urgenza – nell'alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la significativa eccentricità determinata dalla circostanza che le misure attuative non vengono poste in essere attraverso atti – ovvero le ordinanze *extra ordinem* – dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo e, più in generale, contraddistinte dal regime giuridico che si è prima sommariamente richiamato (*supra*, § 2).

In attuazione del d.l. 25.2.2020 n. 19 è stato in prima battuta adottato il d.p.c.m. 1.4.2020, con cui, tra le altre cose, è stata disposta – in maniera non poco problematica, come si dirà in seguito (*infra*, § 4) – la proroga fino al 13 aprile 2020 delle misure «ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020» tra quelle precedentemente previste con i

d.p.c.m. dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché con le ordinanze del Ministro della Salute del 20 marzo e del 28 marzo 2020.

Sempre in attuazione del medesimo d.l. è stato adottato il d.p.c.m. 10.4.2020, che, per molti aspetti, porta ad ulteriori conseguenze la transizione della gestione della pandemia verso il nuovo modello delineato dalla decretazione d'urgenza. Tale decreto, infatti, non solo prevede un'ampia gamma di misure di contenimento e gestione, sulla scorta di quanto previsto dal d.l. 19/2020, ma interviene a disciplinare ambiti fino a quel momento oggetto del potere contingibile ed urgente del Ministro della Salute; potere che, non a caso, risulta non essere stato più esercitato dopo il 3 aprile, data dell'ultima ordinanza ministeriale finora adottata. Lo stesso schema si ritrova nel successivo d.p.c.m. 26.4.2020 che, per la prima volta, attenua le misure precedentemente previste.

Dal punto di vista procedurale, è appena il caso di rilevare che nessuno dei d.p.c.m. sin qui adottati ha seguito il procedimento di formazione previsto per i regolamenti dall'art. 17 l. 23.8.1988 n. 400: non è stato, infatti, richiesto il parere del Consiglio di Stato, mentre per quanto riguarda il controllo preventivo della Corte dei conti l'art. 3 co. 6 d.l. 23.2.2020 n. 6 e l'art. 2 co. 4 d.l. 25.3.2020 n. 19 hanno stabilito che i termini del controllo fossero dimezzati e che i provvedimenti emanati fossero provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi in pendenza del visto e della registrazione, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater, l. 7.8.1990 n. 241. Tutti i d.p.c.m. sono stati, poi, pubblicati in Gazzetta Ufficiale.

4. Sulla scorta delle considerazioni iniziali sui pilastri del sistema di gestione dell'emergenza fin qui conosciuto e di quelle sulla ricostruzione della prassi emersa in occasione della pandemia da Covid-19, è possibile individuare alcuni problemi, cui il constatato allontanamento dal modello di gestione dell'emergenza fondato sul sistema di protezione civile pare aver dato luogo.

Appare in proposito dirimente rilevare che la legittimità del sistema basato sui decreti-legge istitutivi del potere di decretazione del Presidente del Consiglio riposa sulla condizione che l'effetto derogatorio delle norme di legge (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali o ad altri rami dell'amministrazione dello Stato), così come la compressione delle libertà fondamentali che le misure comportano (Cherchi-Deffenu), sia disposto direttamente dalla fonte primaria e solo attuato mediante i d.p.c.m, altrimenti risultando questi ultimi illegittimi, da un lato, per violazione di legge (eventualmente anche di quella che dovesse prevedere funzioni regionali o locali o attribuire competenze a organi statali diversi da quelli di protezione civile), in quanto sprovvisti della capacità derogatoria tipica invece delle ordinanze

*extra ordinem*, dall'altro, per violazione della riserva di legge in materia di diritti e libertà fondamentali.

Nel rispetto di tale condizione, potrebbe addirittura dirsi, com'è stato detto, che la scelta di procedere con la decretazione d'urgenza per la singola emergenza valorizzi, secondo la logica del provvedere per il caso concreto, le specificità, la gravità e l'assoluta novità della pandemia in atto, esprimendo quindi un condivisibile criterio generale di adeguatezza rispetto al fatto; laddove, per converso, “seguire” il sistema di protezione civile, nato storicamente sul modello degli eventi calamitosi e definito in via generale e astratta dal legislatore, non avrebbe consentito di tener conto delle peculiarità di questa emergenza sanitaria e avrebbe affidato la deroga al diritto legislativo e la limitazione delle libertà fondamentali ad atti (ovvero, le ordinanze di protezione civile) della cui natura di fonte si discute ancora oggi (Raffiotta), ma che certamente non possono essere annoverati tra le fonti primarie, che costituiscono un *numerus clausus*.

Per le ragioni esposte, rilevato che i d.p.c.m. adottati contengono, come noto, un'ampia gamma di previsioni derogatorie e di limitazioni a diritti fondamentali, appare decisivo, per poter certificare la tenuta costituzionale del sistema introdotto, escludere che vi siano deroghe a norme (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali e alle amministrazioni dello stato) o compressioni di libertà fondamentali che si sono realizzate per effetto diretto dei d.p.c.m., ossia senza essere previamente disposte dai decreti-legge che hanno abilitato l'esercizio del potere (Caravita, Morelli). Più in generale, ciò che deve essere verificato – in concreto, cioè in relazione al contenuto delle singole previsioni – è che i d.p.c.m. non abbiano disposto *ultra vires* rispetto ai decreti-legge cui erano chiamati a dare attuazione. I decreti-legge che devono essere considerati in questa indagine sono esclusivamente i due fin qui citati, ovvero il d.l. 6/2020 e il d.l. 19/2020, ossia gli unici che, come detto, rinviano per la loro attuazione a questi nuovi strumenti di gestione dell'emergenza. Dall'analisi comparata dei testi dei decreti (legge e del Presidente del Consiglio) emergono tre fondamentali criticità, che attengono all'istituzione e alla limitazione del potere di attuare le norme previste in sede di decretazione d'urgenza e che, quindi, sollevano problemi di compatibilità con il principio di legalità in senso sostanziale.

La prima attiene all'ambito territoriale di applicazione delle misure, alla loro efficacia nello spazio. Nel d.l. 6/2020, l'ambito di efficacia territoriale dei d.p.c.m. è circoscritto, in misura indeterminabile a priori, ai «comuni o [alle] aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». Nel d.l. 19/2020, invece, si

fa riferimento a «specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, [alla] totalità di esso». A partire dal 1° marzo, e già in attuazione del primo decreto-legge, però, i d.p.c.m. adottati hanno disposto deroghe a norme e limitazioni delle libertà fondamentali con riferimento all'intero territorio nazionale e, nel caso dei tre d.p.c.m. adottati dopo il d.l. 19/2020, ovvero dei d.p.c.m. 1, 10 e 26.4.2020, senza alcuna specifica motivazione sulla adeguatezza dell'efficacia territoriale nazionale. L'ultimo d.p.c.m. citato è particolarmente interessante perché, nel disporre un allentamento delle misure previste, non fa alcun riferimento all'evoluzione della situazione emergenziale (il preambolo è, peraltro, identico a quello del d.p.c.m. precedente).

La seconda criticità emerge, invece, in relazione all'efficacia temporale delle misure. A questo proposito il riferimento cade sul solo d.p.c.m. 1.4.2020 (ovvero il primo dei tre adottati dopo il d.l. 19/2020), il quale si è limitato a prorogare l'efficacia di alcuni dei d.p.c.m. e delle ordinanze del Ministro della Salute precedenti attraverso una disposizione che, come si accennava (*supra*, § 3), appare di dubbia legittimità (cfr. art. 1 co. 1 il quale ha segnatamente disposto che «l'efficacia delle disposizioni dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché di quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 e dall'ordinanza del 28 marzo 2020 adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020 è prorogata fino al 13 aprile 2020»). Infatti, mentre con riguardo alla proroga dei precedenti d.p.c.m. la misura sembra aver ecceduto i limiti del potere attribuito perché essa avrebbe dovuto essere disposta direttamente attraverso la decretazione d'urgenza, trattandosi, come visto, di misure derogatorie del diritto vigente e limitative di diritti e libertà fondamentali adottate in forza di un precedente decreto-legge pressoché integralmente abrogato, in relazione, invece, alla proroga delle ordinanze del Ministro della Salute, l'aver inciso sull'efficacia temporale delle medesime ha rappresentato una deroga alla competenza di cui all'art. 32, l. 833/1978, anch'essa in alcun modo prevista dal d.l. 19/2020.

Una terza criticità riguarda, infine, la tipicità e la rispondenza delle misure adottate con i d.p.c.m. rispetto alle previsioni dei decreti-legge. Quanto alla tipicità, si deve sottolineare che, nel d.l. 6/2020, l'individuazione delle misure che possono essere adottate con d.p.c.m. è, come si è avuto modo di evidenziare (*supra*, § 3), di tipo meramente esemplificativo e si è realizzata attraverso un elenco, rubricato dalla lettera a alla lettera o (cfr. art. 1 co. 2 secondo cui «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate *anche* le seguenti», *corsivo nostro*). Non solo: l'art. 1 co. 1 ha specificato che «le autorità competenti sono tenute ad adottare *ogni misura* di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»

(*corsivo nostro*) e, addirittura, l'art. 2 ha disposto che le medesime autorità potessero «adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 2» (*corsivo sempre nostro*). Nel d.l. 19/2020, invece, si è disposto che, «ai sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure» (art. 1, co. 2), seguendo poi un elenco non solo tassativo ma anche molto analitico e articolato (rubricato dalla lettera a alla lettera hh).

Quanto alla rispondenza delle misure rispetto alle previsioni normative primarie, l'analisi dei singoli d.p.c.m. adottati in forza del primo dei due decreti-legge evidenzia che in non pochi casi sono state introdotte misure derogatorie del diritto legislativo e/o limitative di diritti e libertà non previste nel ricordato elenco esemplificativo (Baldini, Mazzaroli). Ad esempio, a fronte delle previsioni del decreto-legge che disponevano il «divieto di allontanamento» e «di accesso al Comune e nell'area interessata» (art. 1, co. 2, lett. a e b), l'art. 1 co. 1 lett. a, d.p.c.m. 8.3.2020 ha limitato la libertà di circolazione vietando non solo, con formulazione peraltro ambigua, ogni spostamento delle persone fisiche «in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo», ma anche «all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute» (come noto, veniva consentito, invece, il «rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»). Inoltre, con la disposizione di cui alla lett. c – ancora una volta andando ben al di là delle limitazioni consistenti nell'allontanamento e nell'accesso al territorio comunale o dell'area interessata – il d.p.c.m. ha inciso fortemente sulla libertà personale imponendo il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus». Ciò che è significativo rilevare è che tali misure, che, come appena detto, in base al primo decreto-legge apparivano decisamente *ultra vires*, vengono inserite nel d.l. 19/2020 (cfr. art. 1 co. 2 lett. a ed e).

Analogamente, il sesto d.p.c.m., quello del 9.3.2020, ha introdotto, all'art. 1 co. 2 il divieto «sull'intero territorio nazionale» di «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico», assolutamente non previsto nell'elenco di misure del primo decreto-legge. E anche in questo caso la misura è stata, poi, tipizzata, dall'art. 1 co. 2 lett. f d.l. 19/2020.

Ancora, particolarmente problematico risulta l'art. 1 co. 1 del d.p.c.m. 11.3.2020, che ha previsto, tra l'altro, che con decreto «Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della salute, può disporre, al fine di contenere

l'emergenza sanitaria da coronavirus, la programmazione con riduzione e soppressione dei servizi automobilistici interregionali e di trasporto ferroviario, aereo e marittimo, sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali», mentre il decreto-legge stabiliva che le misure limitative dei trasporti pubblici fossero adottate con il d.p.c.m. stesso. Rispetto a questa fattispecie, si assiste, dunque, ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dall'autorità amministrativa in cui la fonte primaria l'aveva radicata (il Presidente del Consiglio dei ministri) ad altro ramo dell'amministrazione statale (il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) individuato da atto (il d.p.c.m.) che alla norma attributiva del potere era soggetto e a cui doveva dare attuazione, senza poterla derogare.

Inoltre, l'ottavo d.p.c.m., quello del 22.3.2020, ha introdotto limitazioni ancora più stringenti alla libertà di circolazione disponendo, all'art. 1 co. 1 lett. *b*, che «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute» e ha aggiunto che «conseguentemente all'articolo 1, comma 1, lettera *a*), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 le parole “È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza” sono soppresse». Anche tale misura, che per le già evidenziate ragioni non trovava adeguato fondamento nel primo decreto-legge – e che, come si ricorderà, è stata adottata per contrastare i c.d. “esodi” dal Nord al Sud del Paese – è stata poi prevista dall'art. 1 co. 2 lett. *a* del d.l. 19/2020.

All'elenco si può aggiungere anche l'art. 2 del medesimo d.p.c.m., con il quale è stata disposta un'altra misura controversa, ovvero quella che ha prorogato l'efficacia (riproponendo il problema già citato) dell'ordinanza del Ministero della Salute adottata nella vicenda dei cd. *runners* («le disposizioni del presente decreto [...] si applicano cumulativamente [...] a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 i cui termini di efficacia, già fissati al 25 marzo 2020, sono entrambi prorogati al 3 aprile 2020»), la quale, a sua volta faceva seguito ad alcune ordinanze del Presidente delle Giunte Regionali e dei Sindaci che vietavano l'accesso ai parchi e lo svolgimento di attività motoria (cfr., in particolare, l'ordinanza 13.3.2020 n. 15 del Presidente della Giunta regionale della Campania). Qui, dunque, il d.p.c.m. interviene a limitare la libertà di circolazione attraverso la rimodulazione degli effetti nel tempo di una misura non solo non prevista dal decreto-legge, ma che il Ministro della Salute aveva adottato in forza del ricordato art. 32 l. 833/1978, che il d.p.c.m. non aveva la “forza” di derogare.

Dovrebbe a questo punto risultare chiaro perché si è inteso sottolineare che, dopo la ricordata serie di provvedimenti, è intervenuto il d.l. 19/2020, il quale ha introdotto un elenco, stavolta tassativo e dettagliato, di misure adottabili con d.p.c.m., che tipizza tutti i provvedimenti che erano stati precedentemente adottati. Tale rilievo, unitamente alla considerazione che lo stesso decreto-legge ha, come detto (*supra*, § 3), contestualmente fatti salvi gli effetti prodotti dai d.p.c.m. adottati in forza del d.l. 6/2020 (art. 2 co. 3), instilla, infatti, la sensazione che lo stesso Governo sia stato consapevole che diverse delle misure adottate non risultassero sufficientemente sorrette dalla fonte primaria.

Sulla base di tale decreto-legge il d.p.c.m. 10.4.2020, come si accennava (*supra*, § 3), oltre a adottare misure già precedentemente introdotte dal Ministro della Salute, raccoglie in unico testo le misure fino a quel momento previste (ai sensi dell'art. 8 co. 2 infatti, cessano di produrre effetti i d.p.c.m. ancora in vigore) e realizza la sostanziale riproduzione dell'elenco contenuto nel d.l. 19/2020 (anche se permangono alcuni problemi di rispondenza, come nel caso del divieto di «ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza» di cui all'art. 1 co. 1 lett. a). Le medesime considerazioni valgono anche per il successivo d.p.c.m. 26.4.2020, che presenta un elenco di misure interamente sostituito del precedente e non fa venir meno le discrasie rispetto al decreto-legge (si veda, ad esempio, l'art. 1 co. 1 lett. b, che prevede l'obbligo di rimanere presso il proprio domicilio per "i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre [maggiore di 37,5° C]": misura già contenuta, come mera "raccomandazione", nei d.p.c.m. 8.3.2020 e 10.4.2020).

5. L'analisi sommariamente effettuata dimostra che lo schema di gestione dell'emergenza basato sul binomio d.l./d.p.c.m. desta non poche perplessità da un punto di vista formale, ovvero di relazioni tra le fonti del diritto. E ciò essenzialmente perché dalla prassi emerge che tanto le deroghe normative, quanto le limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali sono state, per più aspetti, disposte dai d.p.c.m. attraverso la spendita di un potere e un'articolazione dell'efficacia delle misure nello spazio e nel tempo che non trovano adeguato fondamento nei decreti-legge. Ciò inevitabilmente comporta che si debba dubitare della legittimità delle misure così adottate (Civinini-Scarselli), ma non è questo il punto su cui si vuole centrare l'attenzione.

La riflessione, infatti, dovrebbe a questo punto risultare sufficientemente matura perché si torni al proposito dichiarato in apertura e si metta in evidenza che i problemi appena rilevati sono tutti collegati alla scelta di procedere alla gestione dell'emergenza

attraverso un sistema di fonti che, dopo l'iniziale utilizzo del potere d'ordinanza del Ministro della Salute e, soprattutto, dopo la deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, si è “bruscamente” discostato – come visto, in occasione dell'*escalation* sanitaria della crisi, rappresenta dalla scoperta dei primi focolai nazionali (*supra*, § 3) – dal potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo in materia sanitaria e, soprattutto, di protezione civile. Con ciò, evidentemente, non si intende affatto sostenere che ogni illegittimità prospettabile circa il contenuto dei d.p.c.m. adottati sarebbe stata evitata per il mero fatto di procedere attraverso lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti e ciò per l'assorbente ragione che, da un lato, anche le ordinanze avrebbero potuto, potrebbero e potranno in futuro risultare in concreto non conformi al complesso dei limiti normativi e giurisprudenziali previsti all'interno del sistema di protezione civile, dall'altro, che alcuni limiti che contengono le ordinanze di protezione civile non valgono per i d.p.c.m. di nuova generazione (si pensi, ad esempio, alle riserve di legge, che nel caso dei d.p.c.m. sono soddisfatte dai decreti-legge che li prevedono).

Diversamente, si vuole dire che le ordinanze contingibili e urgenti del Governo rappresentano, per le ragioni strutturali prima evidenziate (*supra*, § 2), ovvero per il regime giuridico che le caratterizza per effetto del più che secolare travaglio che l'ordinamento ha sofferto per coniugarle prima, in epoca statutaria, con il principio di legalità e poi, in età repubblicana, con il quadro costituzionale, lo strumento più idoneo alla gestione delle emergenze che non possono essere fronteggiate attraverso il diritto legislativo ordinariamente vigente. Infatti, sia le questioni sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, sia quelle sulle deroghe alle norme primarie, anche attributive di competenze agli enti territoriali, trovano nel regime giuridico delle ordinanze di protezione civile un preciso quadro di presupposti e limiti del potere *extra ordinem*, che rende l'atipicità e la contingibilità del fenomeno coerente con l'assetto costituzionale. Questo perché tale complesso di presupposti e limiti legittima il potere come espressione della pretesa regolativa che le norme della Costituzione – tutte, quelle sui diritti, ma anche quelle sui poteri o “organizzative” – continuano a esprimere anche nel contesto emergenziale, per quanto la loro portata precettiva risulti in concreto (ri)dimensionata. È, infatti, nell'adeguatezza delle misure nello spazio e nel tempo, nella ragionevolezza della motivazione che sostiene la deroga al diritto legislativo e nella proporzionalità della limitazione dei diritti fondamentali e della compressione delle autonomie territoriali che riposa la pretesa conformativa che la Costituzione esprime negli stati di eccezione e che rende quelle limitazioni e compressioni, disposte attraverso le ordinanze *extra ordinem*, tollerabili dal punto di vista del diritto costituzionale. Quest'ultimo, dunque, lungi dall'abdicare alla propria



connaturata funzione di limite al potere (come sostiene di recente Agamben con un ingeneroso atto d'accusa che si ritiene di restituire al mittente), riafferma anzi la propria validità normativa e legittima direttamente quelle misure che non possono trovare nella legge il loro fondamento sostanziale perché la contingibilità e l'urgenza ne spuntano ogni tentativo di tipizzazione da parte del legislatore.

Tutto questo non può, invece, dirsi per i d.p.c.m. previsti dalla decretazione d'urgenza che abbiamo ricostruito. Si tratta, infatti, di provvedimenti che nascono per l'attuazione del diritto primario, che a questo scopo istituisce e limita il potere dell'autorità indicata come competente per la loro adozione, ovvero di misure che soggiacciono integralmente al principio di tipicità e che non dispongono di alcuna propria forza nel derogare la legge, limitare i diritti e comprimere le competenze delle autonomie territoriali. Ed è, dunque, tale inadeguatezza strutturale nel fronteggiare la contingibilità a costituire la causa principale delle non secondarie criticità che è parso di poter rilevare nel rapporto con i decreti-legge che li hanno previsti. Sia la difficoltà di mantenere l'esercizio del potere nei limiti di spazio e di tempo previsti in sede di decretazione d'urgenza, sia la debordante forza compressiva, da un lato, dei diritti e delle libertà fondamentali, dall'altro, delle competenze delle autonomie territoriali rappresenta, infatti, la manifestazione tangibile dell'inevitabile affanno in cui cade la logica della tipicità dinnanzi al baratro della contingibilità e dell'urgenza.

6. Ma il ragionamento può essere, forse, portato ad ulteriori conseguenze, che rischiano di apparire più interessanti nella prospettiva del diritto costituzionale. In particolare, è utile chiedersi – nonostante la domanda possa risultare retorica – se, pur essendo tutti i d.p.c.m. adeguatamente fondati sui decreti-legge che li prevedono, la conformità a Costituzione di un sistema di gestione dell'emergenza quale quello sperimentato in questi mesi possa, comunque, risultare minata da altri fattori. Che l'ovvia risposta positiva, derivante dal rilievo che a causare l'invalidità derivata dei decreti presidenziali potrebbe essere l'incostituzionalità "a monte" dei decreti-legge, non riguardi un'ipotesi trascurabile, in quanto peregrina, è dimostrato proprio dalla vicenda dell'emergenza da Covid-19. Le fattispecie potrebbero, infatti, essere diverse, soprattutto in relazione al bilanciamento tra diritti antagonisti (ad esempio, quello tra diritto alla salute e iniziativa economica privata) o tra diritti che normalmente sono concorrenti, ma che, nel contesto emergenziale, si pongono in contrasto tra loro (come, ad esempio, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione o il diritto al lavoro) o, ancora, tra posizioni giuridiche soggettive tutelate all'interno dello stesso diritto costituzionalmente garantito: è sotto gli occhi di tutti, ad esempio, come, soprattutto in alcune Regioni, la riorganizzazione sanitaria imposta dall'emergenza sanitaria abbia

privato di effettività il diritto alle prestazioni sanitarie dei soggetti non colpiti dal virus ma da altre “ordinarie”, anche gravissime, patologie: emblematici i casi angoscianti dei portatori di *handicap* e degli affetti da malattie genetiche o degenerative.

Ma non è necessario inoltrarsi nella discussione sulla possibile incostituzionalità derivante dai bilanciamenti (sempre complessi e controvertibili) effettuati dai decreti-legge sul Covid-19 per avere contezza della possibile dimensione odierna del fenomeno. Si pensi, ad esempio, alla nota previsione dell'art. 1 co. 2 lett. a d.l. 19/2020 che autorizza i d.p.c.m. a prevedere «limitazioni alla possibilità di allontanarsi dal proprio domicilio, residenza o abitazione», che è apparsa ad una parte della dottrina in contrasto con l'art. 13 Cost. (Ruggeri, Lattanzi, Natale), sia sotto il profilo della riserva assoluta di legge che della riserva di giurisdizione o, comunque, della necessità di un atto limitativo individuale e non collettivo (Gatta).

La circostanza da ultimo evidenziata, ossia che anche nel caso di d.p.c.m. tutti conformi alla norma attributiva del potere introdotta con la decretazione d'urgenza, la non conformità al quadro costituzionale possa derivare dal contenuto dei singoli decreti-legge induce una conclusione di carattere più generale sul modello di gestione dell'emergenza dal punto delle fonti utilizzate (d.l./d.p.c.m.). In particolare, spinge a *mettere in cause* la scelta di derogare il sistema di gestione dell'emergenza basato sul potere *extra ordinem* del Governo in materia di protezione civile (ma anche su quello del Ministro della Salute di cui all'art. 32 cit. per la parte più propriamente sanitaria), preferendo la logica del “provvedere” in relazione alla singola emergenza – incarnata, appunto, dalla scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza – rispetto a quella del “prevedere” in astratto, imperniata, all'opposto, sul rispetto del sistema disegnato dal legislatore a partire dal 1992 per la gestione della generalità delle emergenze. Si è già detto delle ragioni di adeguatezza al fatto e di ricorso alla fonte primaria che possono far apparire addirittura preferibile il modello basato sul binomio d.l./d.p.c.m. Adesso è il caso di soffermarsi sulle “controindicazioni costituzionali” di questo sistema alternativo e parallelo.

In particolare, ciò che si vorrebbe sottolineare è che, nel caso delle gestioni emergenziali fondate sul sistema di protezione civile, l'articolato reticolo di contenuti e limiti del potere *extra ordinem* è già definito a priori in un quadro che, come abbiamo evidenziato, ha progressivamente “normalizzato” il potere rendendolo compatibile con la Costituzione repubblicana dal punto di vista procedurale e sostanziale, per cui a residuare è “solo” il rischio dell'illegittimità “a valle” delle singole ordinanze di protezione civile, che trova peraltro un compiuto assetto di limiti giurisprudenziali. Nel caso della gestione emergenziale fondata sul singolo o sui singoli decreti-legge e sulle loro misure attuative adottate con d.p.c.m., invece, le svariate pretese regolative

che la Costituzione avanza in tema di diritti, di principi e di competenze degli enti territoriali risultano prive di tutela “a monte” e restano affidate alla legittimità della singola gestione, in un quadro del tutto inedito in cui non valgono tutte le coordinate giurisprudenziali sulle ordinanze di protezione civile; e ciò per l'evidente ragione che queste ultime sono misure *extra ordinem* in quanto, allo stesso tempo, derogatorie e atipiche, mentre i d.p.c.m. in questione sono, come detto, provvedimenti meramente attuativi e dal contenuto tipizzato.

Non solo. Per alcuni aspetti, anzi, la logica del “provvedere” in relazione alla singola emergenza rischia di apparire paradossalmente contraria alle ragioni di efficacia e di efficienza che devono presiedere alla gestione di qualsivoglia emergenza, soprattutto di quelle che, come la pandemia in atto, attentano su larga scala non solo alla vita della popolazione, ma anche alla sopravvivenza del sistema economico e sociale del Paese. Infatti, il modello d.l./d.p.c.m. funziona sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si scontra inevitabilmente, e altrettanto inesorabilmente soccombe rispetto ad essa, con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed *ex ante* le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l'evoluzione dell'emergenza in corso. E proprio la vicenda normativa del Covid-19 ha dato di ciò un'ennesima – e, a parere di chi scrive, non necessaria – conferma, perché, come si è cercato di rimarcare nella ricostruzione della prassi (*supra*, § 3), la decretazione d'urgenza, che doveva essere fonte istitutiva e limitativa del potere, si è invece trasformata in uno strumento di “sanatoria” e tipizzazione *ex post* delle misure che erano state nel frattempo già adottate con i d.p.c.m., evidentemente andati ben al di là della mera attuazione dei decreti-legge stessi.

Peraltro, anche ove la decretazione d'urgenza, all'interno dello schema d.l./d.p.c.m., restasse, pur con tutte le difficoltà evidenziate, sul piano della previsione generale e astratta delle misure e dell'istituzione e limitazione del potere *pro futuro*, l'uso della fonte quale atto legittimante e tipizzante i successivi provvedimenti attuativi, innescherebbe una tendenza a diluire quella funzione provvedimentale del decreto-legge che lo rende, invece, proprio lo strumento idoneo a intervenire su tutti quegli aspetti collaterali (ma non per questo meno importanti) alla stretta gestione dell'emergenza che vanno dallo stanziamento di risorse aggiuntive alla previsione di misure economiche, dal contenimento degli effetti sociali ed economici della crisi alla disciplina del rientro nell'ordinarietà. Ma, a ben vedere, v'è forse di più. Se, infatti, per converso, il decreto-legge mantenesse salda la propria natura provvedimentale, ciò determinerebbe la sostanziale inutilità dei successivi provvedimenti attuativi, ai quali resterebbe ben poco da attuare, al massimo l'applicazione individuale delle misure (si

pensi, ad esempio, alle requisizioni). In estrema sintesi, allora, utilizzare il decreto-legge come fonte istitutiva e limitativa del potere di adottare i successivi d.p.c.m., non solo evidenzia i limiti di ogni tipizzazione e lo allontana dalla logica del provvedere, ma in quella logica introduce un evidente vizio di coerenza interna. Infatti, delle due l'una: o il decreto-legge ha contenuto generale e astratto e, allora, viene messa sotto stress la sua propria dimensione provvedimentale; oppure il decreto-legge reca direttamente le singole misure e, allora, i successivi d.p.c.m. rischiano di perdere la propria ragion d'essere, come sembra essere accaduto nei ricordati casi in cui essi si sono limitati a riprodurre l'elenco di interventi già previsti in sede di decretazione d'urgenza.

7. Non sono, dunque, poche le ragioni che rendono inopportuna, dal punto di vista del diritto costituzionale, la deroga complessiva al sistema delle fonti dell'emergenza in materia di protezione civile. Si tratta, a parere di chi scrive, di una di quelle inopportunità che mettono a dura prova la distinzione tra legittimità e merito, perché le evidenziate torsioni che essa imprime alle fonti interessate rischiano di collocare il loro utilizzo al di fuori di quanto si può ritenere in armonia con la Costituzione repubblicana, intesa – come si è proposto di fare – come insieme di pretese regolative che la medesima, in tutte le sue parti (e non solo in quelle laconiche sulle fonti), esprime nei confronti delle gestioni emergenziali. A spingere nella direzione che porta a ritenere che il modello di protezione civile non solo non dovrebbe, ma nemmeno potrebbe, essere derogato "di fatto" dal Governo è ancora una volta una considerazione interna al funzionamento del sistema delle fonti. Per distinguere i casi in cui seguire un sistema piuttosto che l'altro dovrebbe, infatti, esistere una norma sulla produzione giuridica che discrimini le emergenze (*i.e.* le fattispecie) da trattare secondo la disciplina del potere *extra ordinem* in materia di protezione civile e quelle da gestire con la decretazione d'urgenza e i d.p.c.m. attuativi. Tale norma, per ripartire la competenza tra fonti primarie, ovvero il Codice della Protezione Civile, da un lato, e il decreto-legge, dall'altro, dovrebbe con ogni evidenza avere rango superiore e, quindi, costituzionale. La constatazione che tale norma non esiste dovrebbe rendere ragione del perché si ritiene che il modello di gestione basato sulle fonti dell'emergenza di protezione civile non possa essere derogato attraverso un mero abbandono di esso nella prassi.

Per opinare diversamente dovrebbe argomentarsi che il Codice di protezione civile è fonte di rango primario e che questo possa, conseguentemente, essere derogato dalla successiva decretazione d'urgenza, che ha la medesima forza di legge. Al riguardo si impongono due osservazioni.

La prima, dirimente, è che ammettere la derogabilità del sistema di fonti recato dal Codice significa negare in radice la logica stressa della strutturazione di un modello normativo di gestione dell'emergenza, perché non ha senso istituire e limitare in via general-astratta un potere e indicare in quali fattispecie esso può essere attivato, se poi le norme attraverso cui si compie questa operazione sono considerate liberamente derogabili, per via fattuale e senza alcuna motivazione, attraverso prassi parallele rimesse alla discrezionalità, se non all'arbitrio, del Governo. Per delineare la posizione del Codice rispetto alle fonti dell'emergenza si può, infatti, ricorrere alla categoria della gerarchia logica (Guastini), tipica di tutte le norme sulla produzione giuridica e che, come noto, viene diffusamente invocata dalla dottrina – e, nella sostanza, utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale – per contrastare l'illegittimità delle prassi elusive della legge 400/1988, come, ad esempio, quelle della disomogeneità degli emendamenti introdotti in sede di conversione (Corte cost., sent. 22/2012, in una questione avente ad oggetto proprio la legge 225/1992), delle deleghe atipiche, della c.d. "fuga dal regolamento" e degli stessi d.p.c.m.

La seconda osservazione è che, in ogni caso, la deroga al potere d'ordinanza in materia di protezione civile dovrebbe ritenersi preclusa quando il Governo stesso ha inteso, come nel caso della vicenda in esame, integrare il presupposto giuridico della sua attivazione, ovvero la deliberazione dello stato di emergenza. Indipendentemente dalla disputa circa la correttezza della tesi che considera tale deliberazione un atto politico, e quindi insindacabile (così Razzano, Trabucco), non pare si possa dubitare del fatto che essa deve primariamente avere ad oggetto proprio la qualificazione giuridica della situazione contingibile e urgente come insuscettibile di essere fronteggiata con i mezzi legislativi ordinari e, conseguentemente, come «evento» che, per natura ed entità (nello spazio e nel tempo), deve essere trattato ai sensi degli artt. 24 e ss. del Codice. Dal che discende che, una volta deliberato lo stato di emergenza, per ricorrere a strumenti normativi diversi, si imporrebbe la revoca dello stesso o, per lo meno, la specifica motivazione della deroga apportata alla gestione codicistica nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza.

Un'ultima sintetica riflessione merita, infine, di essere fatta sulla – da più parti invocata (tra i molti, De Minico) – costituzionalizzazione dell'emergenza attraverso l'introduzione di una *emergency clause* come quella presente nella Costituzione di altri ordinamenti (ad esempio, Stati Uniti, Germania, Francia, Spagna). Al riguardo si deve rilevare che la mancata previsione dello stato di emergenza da parte dei Costituenti, se storicamente si spiega con il timore – instillato dall'infausta vicenda che le norme sullo stato d'eccezione avevano avuto nella Repubblica di Weimar – che la

costituzionalizzazione del potere finisse per legittimare i suoi abusi liberticidi, assume oggi un significato del tutto nuovo alla luce della ricordata evoluzione che l'ordinamento ha realizzato grazie all'incessante e ultrasettantennale lavoro della giurisprudenza costituzionale e amministrativa e, soprattutto, all'intervento del legislatore, che ha istituito e limitato il potere contingibile e urgente del Governo. Oggi, infatti, quello che nel 1948 poteva apparire un silenzio assordante è stato colmato dalla "voce" dei giudici e del legislatore, che, come ricordato (*supra*, § 2), hanno inalveato il fenomeno del potere *extra ordinem* nel solco della Costituzione repubblicana, superando lo scoglio su cui presumibilmente si infrangerebbe ogni tentativo di distinguere, attraverso una norma costituzionale (la cui rilevata assenza dovrebbe, di qui a pochissimo, apparire non casuale), quali eventi trattare secondo la gestione emergenziale in materia di protezione civile e quali attraverso un diverso sistema di fonti. Tale scoglio è rappresentato da quel carattere imprevedibile delle fattispecie contingibili e urgenti, che, anche qui non a caso, fin dai tempi dell'unità d'Italia ne ha impedito la tipizzazione tassativa e ne ha reso sempre problematico rendere la disciplina compatibile con il principio di legalità, prima, e con la Costituzione, poi.

A fronte di questo stato di fatto, una nuova norma costituzionale potrebbe prevedere che lo stato di emergenza sia oggetto di una deliberazione politica del Parlamento e che esso debba avere una durata limitata e non prorogabile, se non entro precisi confini temporali (D'Aloia suggerisce, ad esempio, di mutuare la disciplina della dichiarazione di stato di guerra *ex art. 78 Cost.*). Al massimo, essa potrebbe spingersi fino a costituzionalizzare parte degli approdi giurisprudenziali e legislativi di cui si è detto in punto di presupposti e limiti del potere governativo. Del resto, anche laddove la riflessione sulla costituzionalizzazione dell'emergenza ha raggiunto frontiere più avanzate, come nel dibattito statunitense, essa si è risolta nel proporre alcuni accorgimenti che non incidono se non marginalmente sul sistema delle fonti, e che possono apparire di dubbia opportunità nel nostro ordinamento, come la previsione di maggioranze via via più qualificate man mano che aumenta il carattere straordinario delle misure da adottare o l'introduzione di un indennizzo per la lesione dei diritti fondamentali (Ackerman).

Un risultato atteso, dunque, complessivamente modesto e, a fronte del quale, indulgere enfaticamente sull'idea della "costituzione dell'emergenza", come su quella dell'estensione della nozione di stato di guerra di cui all'*art. 78 Cost.* (Torre), rischia di apparire una battaglia di retroguardia, perché, nel negare implicitamente che la Costituzione tutta esprima già ordinariamente la propria portata precettiva nei confronti degli stati di eccezione, confonde il tema della legittimazione del potere con

quello della sua espressa previsione, spalanca le porte alle pericolose teorie della necessità come fonte del diritto (Luciani) e riporta l'orologio dell'ordinamento indietro di oltre cento anni. Una battaglia cui, per tali motivi, chi scrive non vuole prendere parte.

ILP