

Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*

di **Michela Tresca** – *Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia nell'Università Luiss Guido Carli di Roma*

ABSTRACT: The paper analyses the issue of legal sources with reference to the current health crisis caused by Covid-19. It focuses, in particular, on the decision of the Italian Government to regulate the emergency by decrees of the President of the Council of Ministers and on the role of the decree-law in the emergency.

SOMMARIO: 1. Premessa: la rilevanza costituzionale dell'epidemia. – 2. L'emergenza nell'ordinamento italiano. – 3. Le fonti dell'emergenza Covid-19. – 3.1. Quale ruolo per la decretazione d'urgenza? – 3.2. Il ricorso allo strumento del DPCM. – 4. Qualche considerazione conclusiva: l'emergenza insegna, l'ordinamento dovrà tenerne conto.

1. Premessa: la rilevanza costituzionale dell'epidemia

L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 ha sin da subito imposto misure urgenti ed eccezionali per contrastare la diffusione dell'epidemia.

A partire dalla decretazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020, si sono susseguiti una serie di decreti ministeriali e ordinanze nazionali e regionali, nonché di decreti-legge e DPCM, che

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Il contributo si colloca nell'ambito del forum sull'emergenza CoViD-19.

hanno progressivamente esteso l'ambito territoriale interessato dalle misure e imposto limitazioni sempre più incisive, financo a diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

Diverse sono le questioni che interessano l'analisi costituzionalistica e ciò è reso evidente dall'intensa produzione dottrinale che ha accompagnato sin qui le scelte compiute dal nostro ordinamento nella lotta al virus¹.

Nell'economia del presente lavoro, ci si limiterà ad analizzare solo uno dei tanti aspetti che meriterebbero di essere esaminati, nella specie, la questione delle fonti utilizzate nella gestione dell'emergenza, con particolare riferimento al livello statale. Si tratta di un tema che, da solo, apre la riflessione su più profili e, in particolare, la funzione della decretazione d'urgenza; il ricorso al DPCM come strumento privilegiato nella gestione dell'emergenza e il rapporto di quest'ultimo con il decreto-legge; l'esteso ruolo normativo del Governo rispetto al Parlamento nella gestione della crisi sanitaria.

2. L'emergenza nell'ordinamento italiano

È preliminarmente opportuno dar conto, in estrema sintesi, di come il nostro ordinamento disciplini l'emergenza, nella consapevolezza che la situazione di crisi sanitaria che stiamo vivendo costituisce un *unicum* nella storia repubblicana.

A differenza di altri ordinamenti, la Costituzione italiana non contiene una previsione specifica sullo stato di emergenza, e quindi una ripartizione di competenze nel caso in cui tale condizione si realizzasse in concreto.

D'altronde, la Carta fondamentale prevede espressamente un solo evento – lo stato di guerra – che implica il conferimento di particolari poteri, non specificati costituzionalmente, all'esecutivo².

¹ Cfr., tra gli altri, e oltre alle fonti che saranno richiamate nelle note bibliografiche che seguono, A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, 368 ss.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 27 febbraio 2020; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 30 marzo 2020.

² L'art. 78 Cost. demanda alle Camere la delibera dello stato di guerra e il conferimento al Governo dei poteri necessari. La dichiarazione dello stato di guerra spetta poi, ex art. 87 Cost., al Presidente della Repubblica.

Sono, tuttavia, ravvisabili strumenti volti a fronteggiare situazioni eccezionali che comportano un diverso esercizio di funzioni costituzionalmente previste.

Il primo è certamente il decreto-legge, tramite il quale viene riconosciuta potestà normativa al Governo, a fronte di situazioni «straordinarie di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.).

Dopo la riforma del 2001, la Costituzione contempla, inoltre, l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni e degli enti locali, in caso di «pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica» (art. 120, comma 2, Cost.)³.

Stando alla lettera della Costituzione, pertanto, si è persuasi che in casi specifici e straordinari sono possibili, e dunque legittime, misure eccezionali che implicino corrispondenti poteri straordinari⁴.

In ogni caso, tali previsioni non rompono affatto l'impianto costituzionale, giacché viene comunque salvaguardato un rapporto tra il Parlamento, quale espressione della sovranità popolare e titolare del potere legislativo, e il Governo, così come è mantenuto un ruolo di garanzia in capo al Presidente della Repubblica⁵. Difatti, lo stato di guerra è deliberato dalle Camere che conferiscono i poteri necessari al Governo ed è dichiarato dal Presidente della Repubblica. Il decreto-legge è emanato dal Capo dello Stato e deve essere convertito in legge dal Parlamento entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione, pena la decadenza *ex tunc*. Per quanto riguarda il potere sostitutivo del Governo, dal canto suo, devono essere in ogni caso rispettati i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, tali per cui le Regioni e gli enti locali non possono essere del tutto estromessi dall'attuazione delle scelte governative.

Per trovare una disciplina dello stato di emergenza, occorre far riferimento alla legislazione ordinaria. Si tratta, in particolare, della normativa sulla protezione civile, disegnata a partire dalla l. 225/1992 e da ultimo riorganizzata dal d.lgs. 1/2018 (Codice di protezione civile). Nella specie, il legislatore ordinario ha previsto il ricorso alle ordinanze di protezione civile al fine di coordinare gli interventi durante lo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in caso di eventi

³ C'è chi si è spinto a ravvisare norme emergenziali implicite negli artt. 16 e 17 Cost., che prevedono rispettivamente la limitazione con legge della libertà di circolazione «per motivi di sanità e sicurezza» e il divieto di riunioni «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica»: così, A. D'AIOLA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 14 marzo 2020, 5.

⁴ G. AZZARITI, intervista riportata da L. MILELLA, *Coronavirus, Azzariti: "Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato"*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2020.

⁵ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* – Editoriale, 18 marzo 2020, VI.

calamitosi, siano essi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo. Il potere di ordinanza spetta, in primo luogo, al Presidente del Consiglio dei ministri⁶ e può essere svolto in deroga ad ogni disposizione vigente, salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁷.

Il Codice prevede poi in capo ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, quali autorità territoriali di protezione civile, poteri di ordinanza in relazione alle emergenze che «per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni» e che devono essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari⁸.

D'altronde, la materia protezione civile rientra tra quelle di potestà concorrente tra Stato e Regioni, per cui anche quest'ultime sono titolari di poteri in materia, soprattutto nei casi di emergenza sanitaria⁹.

Si possono poi citare tutta una serie di poteri di ordinanza riconosciuti, rispettivamente, al Prefetto per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica «nel caso di urgenza o grave necessità pubblica»¹⁰, che si affiancano alle previsioni in materia di protezione civile¹¹, al Sindaco «al fine di prevenire e eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»¹², nonché in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria. Rispetto a quest'ultima materia, poteri di ordinanza sono riconosciuti anche al Presidente della Giunta regionale¹³ e al Ministro della salute¹⁴.

⁶ Art. 5 d.lgs. 1/2018.

⁷ *Ivi*, art. 25.

⁸ Comma 11 dello stesso art. 25.

⁹ Si prescinde, in questa sede, dai provvedimenti adottati a livello regionale e locale nella gestione dell'emergenza e non si affronta, dunque, nel dettaglio la questione delle rispettive competenze statali e regionali in materia, tema che meriterebbe un'autonoma trattazione. Per un approfondimento sul punto, si rimanda a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online*, 11 aprile 2020, spec. 17 ss.; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020.

¹⁰ Art. 2 TULPS (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 e successive modificazioni).

¹¹ Così, art. 9, d.lgs. 1/2018, che prevede, tra le altre competenze in materia, il potere di adottare provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi a livello provinciale.

¹² Come previsto dall'art. 5 TUEL (d.lgs. 267/2000 e successive modificazioni). Inoltre, l'art. 32, terzo comma, l. 833/1978, riconosce in capo al Sindaco, oltre che al presidente della giunta, il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa ai territori di rispettiva competenza.

¹³ L'art. 32, terzo comma, l. 833/1978, riconosce in capo al Sindaco e al Presidente della Giunta regionale il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa ai territori di rispettiva competenza.

¹⁴ Tale potere di ordinanza è previsto dall'art. 32, primo comma, l. 833/1978.

In questo modo, si è creata una normativa stratificata dei poteri straordinari¹⁵ e sono stati affidati al Governo, per quel che interessa maggiormente in questa sede, diversi strumenti per fronteggiare situazioni eccezionali¹⁶.

Tale concorso di fonti si è riproposto anche nella gestione dell'attuale crisi sanitaria¹⁷. I primi interventi intrapresi per contrastare la diffusione dell'epidemia si sono collocati all'interno dei poteri di ordinanza riconosciuti dal legislatore ordinario: dapprima con la già richiamata delibera sullo stato di emergenza e, successivamente, con due ordinanze del Ministro della salute.

Non appena si sono resi necessari interventi più invasivi ed estesi all'intero territorio nazionale, il Governo ha fatto ricorso agli strumenti previsti dalla Costituzione ed è stato così emanato il primo di una serie di decreti-legge, pur attraverso un rinvio a successivi decreti del Presidente del Consiglio per l'attuazione delle misure restrittive previste.

L'emergenza causata dal Covid-19 ha così messo in luce la complessità del quadro normativo dell'emergenza e degli strumenti che l'esecutivo ha a disposizione per fronteggiare situazioni emergenziali¹⁸.

¹⁵ Parla di un "diritto dell'emergenza" composto tanto dalla decretazione d'urgenza quanto dal potere di ordinanza, che si porrebbe come sistema parallelo all'impianto costituzionale, C. PINELLI, *Un sistema parallelo: decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2009, 317 ss., che richiama, in proposito, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir.pub.*, 2007, 377, il quale - riguardo alle sole ordinanze - fa riferimento a un «sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario».

Sul rapporto tra potere di ordinanza e decretazione d'urgenza, v. A. ARCURI, *Il Governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del governo*, in *Rivista AIC*, 22 novembre 2011, 2. V., altresì, A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2012; E. ALBANESI - R. ZACCARIA, *Le "fonti" dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, n. 2, 2010, 185 ss.

¹⁶ Con riferimento alla previsione di diversi strumenti in capo all'esecutivo, critiche sul ricorso da parte del Governo alla dichiarazione dello stato di emergenza piuttosto che allo strumento del decreto-legge nel caso di calamità naturali sono mosse da G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1995, 2189, il quale evidenzia come, in questo modo, si finisce per aggirare la Costituzione sotto quattro profili e, nella specie: il Governo si limiterebbe alla sola dichiarazione dello stato di emergenza, rimandando ad altre autorità il potere di ordinanza; si sottraggono tali atti dal sindacato di costituzionalità; si esclude qualsiasi intervento tanto del Parlamento quanto del Presidente della Repubblica.

¹⁷ Cfr., in proposito, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., che segnala «approssimativi passaggi del governo da uno strumento normativo a un altro», nonché G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *IlDubbio*, 4 aprile 2020. Di «un'alluvionale e, fisiologicamente, disorganica massa di atti normativi» parla F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020, 2.

¹⁸ Parla di una disciplina dell'emergenza «ambigua, debole e frammentata», F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2020, 2 s., il quale

In questo senso, è stata da più parti sottolineata la necessità, una volta superata la fase critica, di riflettere «su come adeguare il diritto e i suoi strumenti alla categoria dell'emergenza»¹⁹.

Diversamente, altra parte della dottrina ha evidenziato, non solo la tenuta dell'impianto costituzionale a fronte di una situazioni tanto imprevedibile ed eccezionale²⁰, ma anche l'assenza di una lacuna costituzionale sulla disciplina dell'emergenza²¹.

3. Le fonti dell'emergenza Covid-19

3.1. Quale ruolo per la decretazione d'urgenza?

Il decreto-legge, fonte tipica – anzi l'unica espressamente prevista in Costituzione per rispondere a situazioni straordinarie di necessità e urgenza –, ha in parte disciplinato anche l'attuale emergenza. Tuttavia, il suo ruolo è stato di certo più defilato, rispetto al massiccio e centrale ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

evidenzia come la logica che il nostro ordinamento privilegia sia quella della legislazione d'urgenza piuttosto che quella di emergenza.

In merito alle scelte intraprese dal Governo, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., evidenzia come si sia assistito al prevalere di una «logica di accentramento e speditezza» a fronte di una normativa inadeguata a fronteggiare un'emergenza nazionale come quella causata dal Coronavirus, vale a dire atta a pregiudicare la sicurezza dell'intero territorio nazionale.

¹⁹ A. D'AIOLA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, cit., 4. Sottolinea la necessità di interrogarsi, una volta finita l'emergenza, sulle modalità e sui limiti del potere emergenziale anche, L. CUOCOLO, *Presentazione*, in ID (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 11. Di una legge per disciplinare l'emergenza parla M. AINIS, *Il virus della decretate*, in *La Repubblica*, 25 maggio 2020. Ancora, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, n.1/2020, 206 (e *ivi* nota 12 per ulteriori riferimenti dottrinali a favore di tale tesi), che, a fronte di quelle che definisce evidenti lacune e carenze del dettato costituzionale in materia di emergenza, sottolinea l'opportunità di una disciplina costituzionale dell'emergenza che possa fornire copertura ad interventi non legislativi, congiuntamente ad una modifica dei Regolamenti parlamentari, per consentire al Parlamento di affiancare il Governo nella gestione dell'emergenza.

²⁰ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 6, secondo il quale «la Costituzione ha mostrato di saper reggere e, una volta di più, se ci sono dei problemi non è di là che vengono».

²¹ F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 5, il quale ravvisa nell'art. 77 la disciplina costituzionale dell'emergenza. La ratio di tale previsione sarebbe quella di «ricondere nell'alveo delle fonti legali situazioni che non possono, di fatto, essere disciplinate esclusivamente *secundum ordinem*», in base alla tesi del decreto-legge come fonte *extra ordinem* elaborata da C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss.

Difatti, le concrete misure restrittive, anche di diritti costituzionalmente garantiti, sono state adottate tramite una catena di DPCM che si sono susseguiti in attuazione del primo decreto-legge adottato dal Governo, il n.6 del 2020. Si prescinde, in questa sede, dagli altri decreti-legge che sono seguiti, in quanto non strettamente legati al contenimento dell'emergenza epidemiologica, bensì volti a fronteggiare le conseguenze dell'epidemia, specialmente dal punto di vista economico, e che non hanno imposto quindi le discusse limitazioni a libertà costituzionalmente garantite.

Da ultimo, il 25 marzo 2020, un mese dopo dall'adozione del primo decreto, il Governo ha adottato un nuovo decreto-legge, il n. 19, che, nell'abrogare il d.l. 6/2020 – al di là di due disposizioni – specifica e amplia il suo contenuto²².

Risulta più dettagliata e più lunga la lista delle misure urgenti che possono essere adottate (in tutto ventinove). È venuta meno la generica previsione che rimandava alle “autorità competenti” la possibilità di adottare misure ulteriori di contenimento e gestione dell'emergenza²³. Nessuna novità, invece, è stata introdotta per quanto riguarda la concreta attuazione delle stesse misure, rimessa in primo luogo, e ancora una volta, a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. In questo modo se, come evidenziato, è stato sanato il difetto di indeterminatezza che connotava il primo decreto-legge, non si è posta soluzione alla «stratificazione normativa ormai alluvionale»²⁴.

Ancora, il d.l. n. 19 specifica che le misure restrittive devono essere prese «per periodi predeterminati», si rimanda alla «possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico», e viene espressamente previsto il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità²⁵.

Infine, merita menzione la circostanza per cui i provvedimenti attuativi saranno comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato si presenti in Parlamento ogni quindici giorni per riferire sulle misure adottate ai sensi del decreto²⁶. Con quest'ultima previsione, si è tentato di conferire un certo

²² Tra i primi commenti al decreto, cfr. U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 marzo 2020; nonché F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020.

²³ Come era previsto dall'art. 2 del d.l. 6/2020, ora abrogato.

²⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 3, il quale pur non ravvisando rischi sul piano dei rapporti formali tra le fonti a cui si è fatto fino ad oggi ricorso, ritiene un problema serissimo il fatto di aver dato vita a detta stratificazione normativa.

²⁵ Art. 1 d.l. 19/2020.

²⁶ *Ivi*, art. 2, comma 5.

ruolo al Parlamento, il quale – almeno in tutta la fase iniziale dell’emergenza – ha rivestito un ruolo marginale.

In linea complessiva, tuttavia, tale decreto non corregge completamente le “distorsioni” da più parti evidenziate²⁷.

In definitiva, il ricorso al decreto-legge – il riferimento è al n. 6 e al n. 19 del 2020 – è servito per disegnare una base legale per provvedimenti governativi successivi, piuttosto che come provvedimento d’urgenza volto in sé a gestire la crisi sanitaria²⁸.

Per la concreta gestione dell’emergenza, l’esecutivo ha così scelto di utilizzare lo strumento che ha valutato come più agile e flessibile²⁹.

3.2. Il ricorso allo strumento del DPCM

Le concrete misure restrittive adottate dal Governo sono state quindi disposte, comunque in attuazione del d.l. 6/2020, per il tramite di una serie di DPCM (in totale nove, a cui sono da aggiungerne i due fino ad ora adottati in attuazione del d.l. 19/2020), che hanno in maniera progressiva ampliato l’estensione e/o la portata delle limitazioni imposte a molte libertà costituzionali.

Essendo il decreto-legge l’unica fonte prevista dalla Costituzione in «casi straordinari di necessità e urgenza» e contemplando la normativa di rango primario lo strumento dell’ordinanza

²⁷ In questo senso, A. D’AIOLA, *L’emergenza e ... i suoi “infortuni”*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, 8; una posizione più favorevole nei confronti dell’ultimo decreto-legge adottato dal Governo è espressa da G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull’emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, in *Il Dubbio*, 28 marzo 2020, il quale ritiene che con esso l’esecutivo abbia «cercato di tracciare una linea chiara tra la fase tumultuosa delle ultime settimane e quello che appare essere l’orizzonte di medio periodo nel quale ci ha precipitato la crisi sanitaria, economica e sociale».

²⁸ 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*, 11 marzo 2020, 3.

²⁹ Lo stesso Presidente del Consiglio ha definito il DPCM come uno “strumento flessibile”, in grado di dosare le misure di contenimento del rischio e di prevenzione in funzione della diffusione del contagio: così Conferenza stampa di Giuseppe Conte del 24 marzo 2020.

La flessibilità dello strumento del DPCM è stata evidenziata anche da B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VI, che tuttavia paventa il rischio di una «sovraesposizione del titolare del potere», soprattutto in una fase, come quella attuale, di debolezza dei partiti che comporta che molte delle scelte intraprese dal Presidente del Consiglio rimangano all’oscuro piuttosto che essere frutto di concertazione con gli esperti dei vari partiti.

contingibile e urgente nella disciplina dello stato di emergenza, vale la pena soffermarsi sul ricorso a un simile provvedimento per la gestione dell'attuale situazione emergenziale.

Intorno alla scelta del Governo di disporre importanti limitazioni di libertà fondamentali per contrastare il diffondersi dell'epidemia tramite decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, si è aperto un ampio dibattito. Già dai primi commenti della dottrina sono stati, infatti, evidenziati dubbi e criticità in merito al ricorso a simili strumenti.

È stato sottolineato, anzitutto, come il decreto-legge in questione (il n.6 del 2020), nell'autorizzare ampie limitazioni di libertà costituzionalmente garantite, lo abbia fatto in maniera assai generica, contenendo solo un elenco delle possibili misure restrittive che possono essere disposte dalle autorità competenti³⁰.

È stato, inoltre, contestato il fatto che il decreto-legge abbia rimesso la concreta previsione del suo contenuto ad atti che sono sottratti al controllo preventivo (da parte del Presidente della Repubblica) e successivo (ad opera del Parlamento)³¹. Detto in altri termini, se il Costituente ha previsto una fonte – il decreto-legge appunto – che per fronteggiare casi di necessità e urgenza riconosce in capo al Governo la potestà legislativa che l'art. 70 Cost. rimette collettivamente alle due Camere, non ha allo stesso tempo sottratto detta fonte al controllo del garante della Costituzione e del titolare della funzione legislativa. Apparirebbe, dunque, in contrasto con il disegno costituzionale il ricorso, da parte del Governo, ad atti – i DPCM – non solo non contemplati tra gli atti normativi straordinari ma che si sottraggono a entrambi i controlli appena menzionati e che sono quindi il risultato della esclusiva determinazione governativa³².

³⁰ L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Feralismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 29, che parla di un rinvio in bianco da parte del decreto-legge ai futuri interventi attuativi.

³¹ M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 10 marzo 2020; nello stesso senso si esprime Cuocolo nell'intervista rilasciata a K. BONCHI, *Coronavirus, diritti azzerati per decreto. Il costituzionalista Cuocolo: «Correggere il tiro, il Parlamento ritrovi il suo ruolo»*, in *Genova24.it*, 11 marzo 2020.

³² Critico, in questo senso, ancora M. OLIVETTI, *ult.cit.*, il quale sottolinea come il Presidente del Consiglio diventa «una specie di dictator, abilitato a stabilire effettivamente quali limitazioni dei diritti fondamentali possono essere adottate», circostanza che porta ad interrogarsi se non fosse stato preferibile adottare «soluzioni procedurali più compatibili con la struttura costituzionale italiana».

Perplessità in merito alla conformità costituzionale dell'introduzione di misure derogatorie per il tramite di DPCM, nonché dei vari atti nazionali e regionali, sono espresse da F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 12, il quale, a fronte della disciplina costituzionale di situazioni straordinarie di necessità e urgenza, ravvisa una «riserva procedimentale», tale per cui non potrebbero essere introdotte altre fonti emergenziali da parte dello stesso decreto-legge.

Tale circostanza ha portato la dottrina ad avvertire in merito al rischio che quella che è stata definita una “iper-regolamentazione” delle libertà fondamentali sia avvenuta «con il coinvolgimento minimo dei presidi di partecipazione democratica»³³.

Da più parti è stato segnalato come le misure adottate con i DPCM avrebbero dovuto formare oggetto di un nuovo decreto-legge³⁴ e si è contestato il mancato o quasi assente intervento del Parlamento nella gestione dell'emergenza³⁵.

È stata così messa in dubbio la legittimità formale dei DPCM, riscontrandosi nel decreto-legge l'unica fonte legittimata ad adottare misure eccezionali e limitative di diritti e libertà previsti costituzionalmente³⁶.

Tali critiche potrebbero essere almeno in parte superate se si tiene conto del fatto, anzitutto, che il decreto-legge 6/2020 (al di là della successiva abrogazione avvenuta con d.l. 19/2020) è stato convertito dal Parlamento in legge 5 marzo 2020, n. 13, circostanza che testimonia come non sia mancato un intervento dell'organo titolare del potere legislativo e che la successiva catena normativa dei DPCM si sia fondata su un atto che ha ricevuto il controllo tanto del Presidente della Repubblica quanto del Parlamento.

Ancora, è stata addotta la tesi per cui i DPCM in questione, quanto alla loro natura, non sarebbero da annoverare tra i regolamenti governativi, bensì dovrebbero considerarsi a tutti gli effetti ordinanze di protezione civile³⁷.

³³ G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 5.

³⁴ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 9.

³⁵ L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, cit., 25.

³⁶ Cfr., tra gli altri, M. OLIVETTI, *L'emergenza covid-19 impone, ma la Costituzione non va in quarantena. Le fragili basi di decisioni forti*, cit.; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il sole 24 ore*, 13 marzo 2020; Id, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 7; D'AIOLA, *L'emergenza e ... i suoi "infortuni"*, cit., 9.

³⁷ M. CAVINO, ult.cit., 5, che afferma come la natura regolamentare è anzitutto da escludere alla luce della disciplina dei rapporti con le ordinanze del Ministro della salute, dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci. A ciò si aggiunge che ogni DPCM indica il periodo di inizio e fine della propria vigenza, e nessuno riporta la denominazione di regolamento come previsto dall'17, comma 4, l. 400/1988; v., altresì, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 4, che rinviene in detti decreti tutti i caratteri distintivi dell'ordinanza *extra ordinem*.

Da ultimo, riconosce la natura di ordinanza ai DPCM adottati per gestire l'attuale emergenza, escludendo la possibilità che sia loro riconosciuta natura regolamentare, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 12.

Se di ordinanze si tratta, i DPCM troverebbero allora una duplice legittimazione: non solo nel decreto-legge di cui costituiscono attuazione, ma anche in quanto ordinanze contingibili e urgenti³⁸. D'altronde, è lo stesso d.l. 6/2020 a rimandare a «uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»³⁹ per l'adozione delle misure previste nei due precedenti articoli e il Codice di protezione civile a riconoscere al Presidente del Consiglio il potere di ordinanza per intervenire durante lo stato di emergenza.

Se si accetta tale premessa, l'adeguatezza nel ricorso a tali atti da parte del Governo dovrebbe essere ravvisata qualora essi intervengano nei limiti tipici delle ordinanze e, nella specie, siano caratterizzati da provvisorietà, non astrattezza e proporzionalità rispetto al contesto emergenziale⁴⁰.

È stato, inoltre, sottolineato come proprio dalla doppia legittimazione non deriva soltanto che i decreti in parola possano derogare alle leggi vigenti, ma che non sia riscontrabile, altresì, alcuna violazione del principio di legalità e delle riserve di legge previste dalla Costituzione a garanzia dei diritti di libertà⁴¹.

Considerazioni diverse dovrebbero svolgersi nel caso in cui, al contrario, i DPCM non fossero parificati alle ordinanze *extra ordinem*, che pure sono state adottate nella gestione dell'attuale emergenza⁴².

È stata in tal senso avanzata l'ipotesi che si tratti di regolamenti «indipendenti» atipici⁴³. In questo caso, si dovrebbe rilevare tutta la fragilità e la dubbia costituzionalità della scelta

³⁸ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VII.

³⁹ Così l'art. 3, comma 1, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

⁴⁰ B. CARAVITA, *ult.cit.*, VII.

⁴¹ M. LUCIANI, *ult.cit.*, 12 s., il quale sottolinea che i DPCM adottati dal Governo si basano su una disciplina generale dettata da fonte primaria (Codice di protezione civile e rispettivi decreti-legge), la quale - rispetto all'emergenza - non può normare tutto, per cui residua necessariamente un certo margine di discrezionalità amministrativa rispetto alle misure da adottare. Sulla conformità della scelta governativa con il sistema delle fonti e sul rispetto del principio di legalità, R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria COvid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali - Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, n. 1, 2020, 656, che sottolineano il carattere esecutivo dei DPCM, utilizzati per attuare le misure di contenimento, piuttosto che per derogare alla legislazione vigente.

⁴² L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, cit., 28, il quale evidenzia come, nell'attuale emergenza, si sia proceduto con lo strumento dell'ordinanza per far fronte ad aspetti specifici e limitati, mentre la gestione complessiva dell'emergenza è stata rimessa al decreto-legge e ai DPCM ad esso collegati.

⁴³ A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020, 7.

governativa⁴⁴, rispetto alla quale viene segnalata l'opportunità di un controllo sostanziale delle Camere⁴⁵.

Al di là della qualificazione della sua natura⁴⁶, è evidente come il DPCM si stia rivelando uno strumento più agile per gestire l'emergenza e permettere all'esecutivo di calibrare gli interventi alla luce del progressivo evolversi della stessa.

In questo senso, se la scelta compiuta dal Governo è stata da alcuni letta come uno dei segnali dell'inadeguatezza dell'attuale disciplina dei poteri emergenziali⁴⁷, altri hanno al contrario evidenziato come il quadro costituzionale stia dimostrando di essere saldo ed efficace, anche di fronte ad una crisi pandemica del tutto eccezionale e imprevedibile⁴⁸.

4. Qualche considerazione conclusiva: l'emergenza insegna, l'ordinamento dovrà tenerne conto

Le misure adottate dal Governo, per il tramite dello strumento della decretazione d'urgenza e dei DPCM che ne sono seguiti, sono state definite come «la più intensa limitazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dal momento in cui questa è in vigore»⁴⁹.

Tale limitazione è divenuta però necessaria a fronte dell'aumento esponenziale dei contagi e al fine, quindi, di arrestare la diffusione dell'epidemia. È la stessa emergenza che ha richiesto

⁴⁴ *Ibidem*, il quale evidenzia come nel caso di specie non sia stato seguito il procedimento di adozione specifico richiesto dall'art. 17, comma 1, lett. c) della l. 400/1988, che comunque richiede l'adozione con DPR e che vieta il ricorso a tale fonte in materie riservate alla legge.

⁴⁵ L. CUOCOLO, ult.cit., 28, in cui viene sottolineata l'opportunità che il Governo sia chiamato a riferire sulle misure prese e sulla gestione della crisi.

In merito a tale aspetto, va dato conto di come il 25 marzo il Presidente del Consiglio si è presentato per la prima volta in Parlamento per riferire sull'emergenza sanitaria (Seduta 319 Camera dei deputati - Informativa sull'emergenza coronavirus del Presidente del Consiglio, 25 marzo 2020).

⁴⁶ Sulle difficoltà di inquadrare le diverse forme assunte dai DPCM e sulla loro «ambigua natura funzionale», cfr. D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it – Focus fonti*, 9 febbraio 2018.

⁴⁷ L'inadeguatezza dell'attuale quadro normativo sull'emergenza come una delle ragioni che ha spinto il Governo nell'adozione dei DPCM è segnalata da M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 6.

⁴⁸ Ancora, M. LUCIANI, ult.cit., 25 s., il quale sottolinea, in proposito, come l'«assenza di previsioni costituzionali non significa mutismo costituzionale». Lo stesso A., infatti, evidenzia come, nonostante la mancata previsione costituzionale dello stato di emergenza, nella stessa Costituzione possa rinvenirsi il fondamento di atti normativi sub-primari che, nel disciplinare l'emergenza, derogano alla normativa primaria (3 ss.).

⁴⁹ M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, cit.

interventi così invasivi, ragion per cui non è tanto sulle limitazioni delle libertà che si è svolta la riflessione, quanto piuttosto sulle modalità e sugli strumenti all'uopo utilizzati.

Non può essere negato come l'emergenza sanitaria stia mettendo a dura prova la tenuta del nostro ordinamento.

Quel che va in particolare sottolineato, tuttavia, è che, per molti versi, l'emergenza stia facendo emergere con ancora maggiore chiarezza alcune tendenze che l'ordinamento mostra da tempo.

Difatti, fenomeni che esistono e si manifestano già in "tempi ordinari" si stanno mostrando in tutta la loro evidenza di fronte all'attuale crisi⁵⁰.

Nel caso di specie, si palesa con maggiore chiarezza il rafforzamento del ruolo dell'esecutivo e la parallela marginalizzazione del Parlamento. A favorire tale tendenza si è posta altresì la diffusività del virus, che ha rischiato di mettere in quarantena anche l'istituzione rappresentativa della volontà popolare che richiede, per la validità delle sue deliberazioni, la "presenza" della maggioranza dei suoi componenti⁵¹. Ha così trovato maggiore linfa, ad esempio, il dibattito in merito all'opportunità e alla necessità di implementare procedure di *e-voting*, al fine di garantire il corretto funzionamento dell'istituzione parlamentare⁵².

Inoltre, con riferimento specifico al sistema delle fonti, si è resa ancora più evidente una crisi pregressa, che prescinde dalla contingenza della situazione emergenziale⁵³.

⁵⁰ L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, cit.

⁵¹ Art. 64, comma 3, Cost.

⁵² Sul punto, cfr. 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*, 18 marzo 2020.

In merito alla possibilità di interpretare in maniera estensiva la presenza della maggioranza dei componenti per la validità delle deliberazioni di ciascuna Camera, come previsto dall'art. 64 Cost., comma 3, Cost., B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VII, il quale definisce ormai "obsoleta" l'interpretazione della presenza richiesta costituzionalmente come "compresenza fisica"; sulla stessa linea, C. FUSARO, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *PerFondazione.eu*, 18 marzo 2020. Cfr., altresì, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perchè ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3, 2020.

In dottrina sono state altresì avanzate proposte più ampie di revisione costituzionale, che permetterebbero al Parlamento di svolgere il suo ruolo anche in casi di emergenza simili a quella scatenata dal Covid-19: così S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal*, 17 marzo 2020.

⁵³ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 203 ss., che sottolinea, in proposito, come in ogni caso la tenuta dell'ordinamento non sia stata messa a rischio dall'emergenza in atto.

Il ricorso al DPCM piuttosto che alla decretazione d'urgenza dà in parte conto della trasformazione del decreto-legge da provvedimento eccezionale a strumento ordinario di normazione primaria⁵⁴.

Così, nel momento in cui sussistono quei presupposti di necessità e urgenza che dovrebbero essere i soli a giustificare l'adozione del decreto-legge, si è assistito ad un uso minimo di tale fonte, soprattutto se comparato al suo ampio ricorso nell'ordinario. Tale circostanza potrebbe essere letta anche come una inadeguatezza dello strumento della decretazione d'urgenza pensato dal Costituente, per far fronte a fenomeni straordinari come quello di una pandemia globale, tali da richiedere interventi non urgenti, bensì urgentissimi, e per di più da calibrare alla luce delle continue modifiche di un processo emergenziale⁵⁵. Di qui la scelta di procedere con DPCM, che ha permesso una maggiore flessibilità della fonte e una totale centralizzazione delle decisioni.

Allo stesso tempo, l'ampio ricorso ai DPCM è anche sintomatico di un'altra tendenza che caratterizza il sistema attuale delle fonti, vale a dire il sempre più frequente rinvio della normativa di rango primario a provvedimenti di attuazione di natura non legislativa⁵⁶.

L'emergenza sanitaria ha così messo a dura prova l'"immunità" dell'ordinamento al virus e, dunque, la sua capacità di resistere anche a fattispecie imprevedute. La tenuta dell'intero sistema costituzionale dovrà essere, tuttavia, verificata al di là e a prescindere dalla crisi.

⁵⁴ Sul ruolo del decreto-legge, con particolare riferimento all'attuale legislatura, cfr., G. DI COSIMO, *Aggiornamenti sul fronte della decretazione d'urgenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; F. MEOLA, *Governare per decreto. Sistema delle fonti e forma di governo alla ricerca della rappresentanza perduta*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019.

Le trasformazioni che ha subito la decretazione d'urgenza sono state già da tempo sottolineate in dottrina: cfr., *ex multis*, A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in F. CAZZOLA - A. PREDIERI - G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, 1975, XX, il quale evidenzia come il decreto-legge e la legge di conversione «sono diventati una alternativa al normale procedimento di formazione della legge su iniziativa governativa, che il governo presceglie per ragioni politiche (che possono essere di pura tattica), non già perché vi siano presupposti di straordinarietà, intesa come imprevedibilità». Più di recente, A. SIMONCINI (a cura di), *Emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

⁵⁵ In questo senso, non manca in dottrina chi ha ravvisato l'opportunità di prevedere una disciplina speciale del decreto-legge per far fronte a «situazioni davvero emergenziali ed eccezionali»: così A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, cit., 6.

⁵⁶ Rispetto ai fenomeni che si riportano e a quella che viene definita una «alterazione progressiva del sistema delle fonti» a partire dall'abuso della decretazione d'urgenza, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, secondo il quale si è verificato un "effetto domino", per cui si fa ricorso al «decreto legge al posto della legge, [a/l]'atto amministrativo al posto del decreto legge».