



1 DICEMBRE 2021

I d.P.C.m della pandemia:
considerazioni attorno ad un atto da
regolare

di Massimo Rubechi

Professore associato in Diritto costituzionale
Università degli studi di Urbino Carlo Bo

I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*

di Massimo Rubechi

Professore associato in Diritto costituzionale
Università degli studi di Urbino Carlo Bo

Abstract [It]: L'eccezionale notorietà assunta dai d.P.C.m. ad esito dell'ingente utilizzo durante la pandemia da Covid-19 ha condotto a confondere l'acquisita notorietà con la "novità" dell'atto. L'articolo mostra, invece, come l'impiego massivo dei d.P.C.m, durante la pandemia abbia radici più antiche e come, soprattutto, esso trovi le sue ragioni nella storia di un atto che da sempre vive al di fuori di una regolazione specifica. In questo contesto, oltre a commentare il recente orientamento della Corte costituzionale sulla natura dei d.P.C.m. della pandemia, il contributo compie alcune considerazioni attorno all'evoluzione nell'impiego dell'atto, in connessione con quella del ruolo e delle funzioni Presidente del Consiglio nel contesto della forma di governo italiana, per giungere a delineare le linee di un intervento di regolamentazione.

Abstract [En]: Due to the widespread application of the decrees of the President of the Council of Ministers (d.P.C.M) during the Covid-19 pandemic, the recently popularity and reputation of these acts has been confused with a concept of novelty. However, this article shows how the massive use of d.P.C.M. has more ancient roots and how, above all, this is due to a lack of specific regulation. In this context, besides commenting on a recent Constitutional Court decision concerning the nature of d.P.C.M. during the pandemic, this essay carries out some considerations and speculate on the evolution of the use of these acts, in connection with the evolution of the role and functions of the President of the Council in the context of the Italian system, in order to outline a possible regulatory intervention.

Parole chiave: d.P.C.m.; Corte costituzionale; sentenza n. 198 del 2021; crisi pandemica; Presidente del Consiglio dei ministri; fonti del diritto; potestà regolamentare; decreti; forma di governo

Keywords: decrees of the President of the Council of Ministers (d.P.C.M); Constitutional Court; dec. n. 198/2021; pandemic crisis; President of the Council of Ministers; regulatory power; source of the law; decree; form of government

Sommario: **1.** I d.P.C.m. durante la crisi pandemica, davanti alla Corte, nel nostro ordinamento. **2.** I profili critici della catena normativa per la gestione della pandemia. **3.** La peculiare natura dei d.P.C.m. della pandemia nella ricostruzione della Corte costituzionale. **4.** Brevi considerazioni su un atto multiforme e solo parzialmente regolato. **5.** Qualche cenno di prassi su un'esplosione registrata ben prima della pandemia. **6.** I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri: uno strumento da regolare.

1. I d.P.C.m. durante la crisi pandemica, davanti alla Corte, nel nostro ordinamento

Il ricorso allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.m.) per fronteggiare la crisi pandemica è stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, tanto da condurre più volte il governo ad apportare dei significativi interventi di aggiustamento e revisione dell'apparato di regole predisposte e ha altresì dato origine a taluni ricorsi giurisdizionali, che hanno investito, da ultimo, anche la Corte costituzionale.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Questo lavoro muove dalla ricostruzione degli strumenti impiegati per far fronte all'emergenza pandemica (§2), mettendo in evidenza i profili critici venuti in evidenza, sino alla sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale, che ha sancito definitivamente la legittimità dei d.P.C.m. della pandemia, nella configurazione assunta con il decreto-legge n. 19 del 2020, e finalmente affrontato il tema della loro natura giuridica (§3).

La notorietà che ha investito i d.P.C.m. durante la gestione della pandemia da Covid-19, invero, raramente è stata raggiunta da un altro atto del governo, andando al di là della ristretta cerchia degli addetti ai lavori, assumendo – a torto o a ragione – una connotazione tutt'affatto positiva e dando l'impressione che essi costituissero una novità fondamentale nel nostro ordinamento. Tuttavia, non siamo di fronte ad una novità assoluta, se non per quanto riguarda lo specifico modo con cui essi sono stati impiegati nel contesto emergenziale.

L'obiettivo di questo lavoro, dunque, è di dimostrare – seppur nei ridotti margini di un saggio – che il ricorso al d.P.C.m. quale strumento principale di decisione del governo ha radici antiche e che la percezione della novità cui si è assistito riguarda il peculiare insieme di atti che ha caratterizzato la gestione della pandemia¹ piuttosto che l'uso del d.P.C.m. in sé.

Il nostro ordinamento è, infatti, da sempre caratterizzato da un impiego non completamente regolamentato dell'atto proprio del Presidente del Consiglio, un tema che nemmeno gli interventi sulla struttura e sul funzionamento della presidenza che si sono succeduti nel tempo sono riusciti ad affrontare in maniera convincente. Nel frattempo, il d.P.C.m. ha continuato ad essere impiegato costantemente quale strumento di intervento privilegiato del Presidente del Consiglio, anche in ragione della posizione costituzionale che l'articolo 95 della Costituzione configura nel contesto della nostra forma di governo, in nome delle funzioni di coordinamento dell'attività dei ministri e di indirizzo unitario dell'azione di governo che gli vengono riconosciute.

Negli anni immediatamente precedenti la gestione della pandemia, questa costanza si è trasformata poi in un impiego crescente, sino a giungere a dimensioni ragguardevoli e per ampi tratti sorprendenti. La condizione di incerta regolamentazione che – soprattutto quando è di carattere normativo (di cui si darà conto nel §4) – lo rende uno strumento flessibile, efficace e caratterizzato da tempistiche di approvazione brevi, ha fatto sì che il decreto del Presidente del Consiglio abbia assunto da anni un ruolo di primo piano nelle decisioni del governo, surclassando quello assegnato ai tradizionali normativi, quali i d.P.R. (§5).

La gestione della pandemia ci offre, quindi, una straordinaria occasione per fare emergere questa condizione anomala e ci permette ora di confrontarci sulla necessità di introdurre una regolamentazione

¹ Parla di «inedito micro-sistema normativo di gestione dell'emergenza» A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online Studi*, 2021/III, 841, in particolare pp. 3ss.

specifica per i d.P.C.m. (§6), affinché per il futuro questi strumenti possano essere impiegati in un contesto di equilibri e di rapporti fra i poteri, che contemperino il sempre più ineludibile ruolo di coordinamento unitario dell'attività del governo da parte del Presidente del Consiglio dei ministri con un regime bilanciato di controlli e garanzie procedurali.

2. I profili critici della catena normativa per la gestione della pandemia

La sentenza n. 198 del 2021 affronta, al termine di una lunga serie di dibattiti dottrinari sul punto, il tema della legittimità della catena normativa² impiegata per gestire la crisi di Covid-19, caratterizzata, per tutta la durata del governo Conte II, dall'uso del decreto-legge come fonte legittimante e fondato sulla attitudine del d.P.C.m. a garantire e rinnovare le successive fasi attuative, anche prevedendo misure restrittive delle libertà previste dalla nostra Carta costituzionale. Se ne ripercorrono qui, brevemente, le fasi.

L'intervento dell'esecutivo ha preso le mosse dalla dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della Sanità del 30 gennaio 2020 di una «Emergenza internazionale di salute pubblica», che ha condotto alla immediata deliberazione dello Stato di emergenza, da parte del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 24 del testo unico sulla protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018). Ai nostri fini, tale atto formale è cruciale poiché si tratta di un requisito che rende possibile per il governo adottare ordinanze contingibili ed urgenti anche in deroga alla legge, ai sensi dell'articolo 25 del richiamato Testo unico.

Il primo modello impiegato per fronteggiare la crisi presenta, tuttavia, delle caratteristiche del tutto peculiari rispetto alle soluzioni adottate per fronteggiare altre emergenze di carattere nazionale nella storia del nostro ordinamento repubblicano, anche se mai con una magnitudo così ampia come quella determinata dalla pandemia da Covid-19. La principale fra queste è stata la scelta di sostituire le tradizionali ordinanze di protezione civile con dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, quali strumenti privilegiati di intervento.

Il 22 febbraio 2020, è stato infatti adottato, ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione, un decreto-legge per la gestione della crisi, che rinviava ad un apposito d.P.C.m. l'introduzione di misure idonee a contenere la diffusione del virus, anche attraverso limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini. Questo primo atto di rango primario, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, non conteneva tuttavia nel dettaglio tutte le misure da introdurre, bensì solamente una elencazione generica e un rinvio ad uno o più successivi decreti del Presidente del Consiglio per la loro implementazione. Accanto all'originario articolo 1 del provvedimento, che in parte tipizzava gli interventi destinati alla disciplina del d.P.C.m., pur in maniera

² È un'espressione di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p.109ss.

esemplificativa e non tassativa, l'articolo 2 consentiva infatti di adottare “ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza”, senza specificarne i contorni o la portata.

Il procedimento prevedeva che questi strumenti monocratici – il d.P.C.m., come noto, è un atto proprio del Presidente del Consiglio e dunque, di norma³, non viene deliberato dal Consiglio dei ministri – avrebbero dovuto essere comunque predisposti su iniziativa del Ministro della salute, con il concerto di quelli dell'interno, difesa, economia e finanze ed eventuali altri Ministri competenti⁴. Con ciò si attribuì un potere formalmente molto forte al Presidente del Consiglio nella determinazione del contenuto proprio del d.P.C.m.: nonostante la proposta da parte del ministro competente (della salute) e il coinvolgimento dei ministri interessati in qualità di co-proponenti⁵ e Presidenti di regione, il momento collegiale veniva di fatto aggirato, essendo escluso il passaggio in Consiglio dei Ministri.

Questo schema non ha, tuttavia, inteso sostituire il tradizionale potere di ordinanza⁶ con un nuovo, specifico atto, ma ha previsto una configurazione diversa e alternativa, vale a dire che la parte maggiormente riguardante la discrezionalità politica sulle scelte limitative delle libertà individuali fosse demandato al d.P.C.m., che si andasse tuttavia ad affiancare ad interventi, tecnici e mirati, degli altri soggetti interessati⁷. Il riferimento è, naturalmente, per il livello nazionale, alle richiamate ordinanze di protezione civile anche in deroga alla legge e alle specifiche ordinanze del Ministro della salute, potere che l'articolo 32 della legge n. 833 del 1978 esplicitamente gli riconosce per il contenimento di crisi sanitarie.

Per cui, il modello primigenio di gestione della crisi pandemica da Covid-19 contemplava non solo l'intervento della fonte primaria del governo – il decreto-legge per la gestione dell'urgenza – in combinato con uno specifico atto di attuazione – il d.P.C.m. – ma anche le ordinanze di protezione civile e del Ministro della salute, a formare un intreccio normativo unico, nel quale le prime due fonti fornivano il quadro di insieme delle misure da intraprendere, le seconde avevano dei margini di manovra limitati alla disciplina di specifici profili tecnici di competenza del Ministro della salute o del dipartimento di Protezione civile della presidenza. In questo contesto, lo spazio di discrezionalità attribuito a questi ultimi due atti è stato fortemente ridotto agli ambiti di stretta competenza poiché le più ampie misure di

³ Salvo che una specifica disposizione di legge non disponga un procedimento di approvazione diverso.

⁴ Il coordinamento con i livelli di governo si prevedeva dovesse essere inizialmente garantito per il tramite di un coinvolgimento dei presidenti delle regioni interessate ovvero del Presidente della Conferenza dei presidenti di regione, qualora riguardanti tutto il territorio nazionale (art. 3).

⁵ La criticità legata all'impiego di uno strumento di tipo monocratico è stata invero attenuata dall'elevato numero di ministri coinvolti nella loro predisposizione.

⁶ Sulle prassi in merito ai poteri di ordinanza v. F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili ed urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA e T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bup, 2008, pp. 183ss.

⁷ Come è stato sostenuto da C. CARUSO, *Cooperare per unire. i raccordi tra stato e regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *La Rivista "gruppo di Pisa"*, n. 1, 2021, p. 300 e da A. SAITTA, *Il Codice della protezione civile*, Op. Cit.

contenimento della crisi sono state concentrate nelle mani dei singoli d.P.C.m.⁸. La scelta di introdurre uno strumento nuovo e intermedio tra il decreto-legge e le ordinanze, dunque, probabilmente rispondeva alla necessità di attribuire al decisore politico la responsabilità principale nella gestione della crisi piuttosto che lasciarla in mano ad organismi tecnici e amministrativi, come il Dipartimento per la protezione civile. Anche per rispondere alle prime, ma significative, critiche rivolte a questa configurazione – per le quali si rinvia *infra* – il governo ha modificato questo schema di intervento iniziale di lì a breve: il secondo modello è stato introdotto con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e successivamente messo a punto con il d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

Questo nuovo schema può essere definito come quello *standard* di gestione della pandemia, atteso che è stato impiegato dal governo Conte II sino alla fine. Esso confermava il ruolo centrale del d.P.C.m. quale strumento di gestione degli interventi assieme al decreto-legge, ma presentava quattro innovazioni fondamentali, tre delle quali introdotte direttamente dal governo, una in Parlamento in sede di conversione.

La prima modifica sostanziale riguardava la tipizzazione delle misure restrittive delle libertà individuali introducibili (art. 1 del d.l. 19 del 2020) tramite decreto del Presidente del Consiglio. Si tratta di una modifica molto importante poiché probabilmente – ma si tornerà meglio su ciò nel prossimo paragrafo – di per sé configurava questi d.P.C.m. come profondamente diversi rispetto a quelli adottati in vigore dello schema precedente, avendone esplicitato la natura attuativa, a rime obbligate, che i loro predecessori non presentavano. Di conseguenza, i nuovi d.P.C.m. venivano approvati secondo la medesima procedura prevista in passato, ma non potevano più introdurre nuove misure restrittive, bensì muoversi nel solco dell'elencazione che il decreto-legge stabiliva in via tassativa.

La seconda innovazione riguardava i presupposti per l'adozione dei d.P.C.m., i quali non potevano più rispondere solo a logiche di discrezionalità politica ma dovevano fondarsi anche sulle risultanze del Comitato tecnico scientifico⁹, uno dei soggetti predisposti al fine di monitorare l'andamento epidemiologico. E, dunque, a fianco della proposta e dei concerti originariamente previsti, l'articolo 2 del

⁸ A questo quadro statale si affiancavano poi almeno altri due livelli di governo che potevano – e in effetti hanno – emanare atti pienamente legittimi in materia, vale a dire i Presidenti di regione, i quali possono emanare degli atti propri in materia di protezione civile, essendo quest'ultima una materia di competenza concorrente ai sensi dell'articolo 117, comma terzo della Costituzione (nonché dall'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112) e i sindaci, i quali dispongono del potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti (ai sensi dell'articolo 50 del Testo unico degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267). Questa molteplicità di atti ha fisiologicamente condotto, almeno nelle prime fasi di gestione della crisi, ad interventi non sempre sincroni e coordinati fra i diversi livelli di governo, tanto da costituire una ulteriore causa che ha condotto, di lì a breve, a tentativi di armonizzazione con i successivi interventi di rango primario.

⁹ Un soggetto appositamente istituito con l'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630.

decreto-legge n. 19 introduceva l'obbligo «di norma» di confrontarsi con esso, «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità».

La terza innovazione riguardava il rapporto con gli atti di contenimento dell'emergenza eventualmente adottati dalle regioni ovvero tramite ordinanza sindacale. L'articolo 3, infatti, stabiliva che gli interventi regionali dovessero rispettare quanto contenuto nei d.P.C.m. e che, in ogni caso, disponessero di margini di intervento limitati, senza la possibilità di incidere sulle attività produttive e di quelle «di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (comma 1)¹⁰. Per i sindaci, invece, veniva posto il divieto di introdurre misure in contrasto con quelle statali.

Il testo governativo interveniva poi sul raccordo con il Parlamento, prevedendo che, con cadenza quindicinale, il Presidente del Consiglio – o un ministro delegato – fosse tenuto a riferire alle Camere sulle misure adottate. Questa misura è stata inizialmente considerata troppo morbida da parte del Parlamento il quale, nei mesi successivi alla diffusione del fenomeno pandemico, aveva più volte avanzato pretese di un maggior coinvolgimento. Queste istanze si sono tradotte in un emendamento approvato alla Camera dei deputati, con il quale si impegnava il governo a riferire al Parlamento prima dell'adozione di un nuovo d.P.C.m. sulle misure che si intendevano proporre, salvo ragioni di urgenza, che avrebbero giustificato un intervento successivo. L'impegno a riferire, peraltro, non si risolveva in una semplice informativa senza votazioni, bensì in comunicazioni formali seguite da eventuali risoluzioni¹¹.

Il modello *standard* di gestione dell'emergenza pandemica, impiegato sino alla caduta del governo Conte II, ha fatto perno, in sintesi, su due fondamentali strumenti: il decreto-legge, volto a fornire la base legale, i profili procedurali e le misure introducibili¹², da un lato, e una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi, da adottare con un ritmo piuttosto serrato al fine di assicurare un adattamento tempestivo ai possibili mutamenti della condizione epidemiologica¹³.

¹⁰ Successivamente, gli spazi regionali sono stati allargati o compressi a seconda dell'andamento dell'epidemia: prima l'art. 1, co. 16 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, ha riconosciuto alle Regioni, alla luce dell'andamento della situazione epidemiologica sul territorio e informato contestualmente il Ministro della salute, di introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle previste dai d.P.C.m.; poi questa norma è stata modificata dall'art. 1, co. 2 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, che ha previsto che le Regioni possono, nelle more dell'adozione dei d.P.C.m., adottare sia ordinanze più restrittive – previa informazione al Ministro della Salute – sia misure ampliative. In quest'ultimo caso, è però prevista l'intesa con il Ministro della salute, e comunque nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai d.P.C.m.

¹¹ Si tratta di un emendamento presentato dai Presidenti della Commissione Affari istituzionali della Camera dei Deputati Brescia e dal Presidente del Comitato per la legislazione Ceccanti, costruito prendendo come spunto le modalità procedurali introdotte con riferimento alle comunicazioni del Presidente del Consiglio al Consiglio europeo dalla legge n. 234 del 2012.

¹² Sulle problematiche legate all'impiego dei decreti-legge, con particolare riferimento al tema della decadenza, v. da ultimo C. DOMENICALI, *La decadenza dei decreti-legge nella prassi. Dalla provvisorietà dell'atto alla transitorietà delle norme*, in corso di pubblicazione in Osservatorio sulle fonti.

¹³ Riconoscono la necessità di affiancare al decreto-legge uno strumento più flessibile per fronteggiare una situazione in continua evoluzione ad esempio M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto ...*, Op. Cit., p.109 ss. e A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19*, in *ConsultaOnline*, n. 3, 2020, p. 694ss. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2020, p. IV ss. aveva invece proposto

3. La peculiare natura dei d.P.C.m. della pandemia nella ricostruzione della Corte costituzionale

Con la decisione n. 198 del 2021 la Corte costituzionale è tornata sul tema della gestione della crisi pandemica da parte del governo, dopo la sentenza n. 37 del 2001. Essa affronta direttamente la tematica della natura giuridica dei d.P.C.m. impiegati in quel contesto, mentre la n. 37 ha toccato il profilo sostanziale e il relativo riparto di competenze fra Stato e regioni, facendo rientrare le misure di contenimento alla diffusione del virus nella materia esclusiva statale «profilassi internazionale» e dando per certi versi come presupposta la legittimità della catena normativa impiegata¹⁴.

Come si è già avuto modo di vedere, infatti, la sentenza¹⁵ n. 37 del 2021 non era chiamata ad esprimersi nel merito della legittimità della stessa, ma ha riconosciuto la possibilità che l'esecutivo potesse intervenire anche con «nuove risposte normative e provvedimenti» tarate su un'emergenza sanitaria particolarmente grave, anche per il tramite del ricorso a «strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire». Essa ha dunque solo sfiorato il tema della natura giuridica dei d.P.C.m. impiegati dal governo¹⁶, in attuazione di specifici decreti-legge, per fronteggiare il fenomeno pandemico, limitandosi a definire dei limiti specifici nel riparto delle competenze¹⁷ e, quindi, anche nell'impiego delle rispettive fonti normative di rango primario e secondario.

L'ordinanza di remissione del giudice di pace di Frosinone con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sugli articoli del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e del successivo d.l. 25 marzo 2020 n. 19 ha reso possibile, invece, far luce finalmente sulla natura giuridica – e dunque sulla legittimità stessa – dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in tempo di crisi.

A fronte della sanzione amministrativa comminata ad un cittadino in seguito all'accertamento della violazione del divieto di lasciare la propria dimora senza giustificati motivi, il giudice ha impugnato i dd.

di distinguere la linea di demarcazione fra i d.P.C.m. e il decreto-legge sulla base del contenuto delle norme disciplinate, lasciando ai primi solo quelle che rientravano nei limiti classici delle ordinanze contingibili e urgenti, quali la proporzionalità e la non astrattezza.

¹⁴ Una tesi sostenuta anche dal Consiglio di Stato, ad esempio, nel parere 13 maggio 2021, n. 850.

¹⁵ V., volendo, in tal senso, M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2021, pp. 253 ss.

¹⁶ Così come ha sfiorato il tema, dichiarando l'inammissibilità dei ricorsi, con le ordinanze n. 66 e 67 del 2021, aventi ad oggetto conflitti di attribuzioni sollevate da singoli parlamentari. V. in specifico J. FERRACUTI, *La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *Consulta online Studi*, 2021/II, 364 e, anche sulle recenti novità in tema di conflitti di attribuzione, F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹⁷ La sentenza è stata criticata sotto diversi profili – su cui v. D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2021, pp. 11ss.; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, ivi, pp. 312ss.; A. POGGI e G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 2021, pp. 231ss. – ma ne è stata anche riconosciuta la pragmaticità. In tal senso, v. ad es. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, Paper, in questa stessa Rivista, 21 aprile 2021.

ll. nn. 6 e 19 nella parte in cui disponevano che con decreto del Presidente del Consiglio si potesse limitare la libertà di circolazione degli individui tutelata dall'articolo 16 della Costituzione, anche introducendo le misure richiamate. L'ordinanza argomentava due diversi presunti motivi di contrasto con la Costituzione. La prima riguardava la lesione del principio di legalità determinata dalla scelta di conferire ad un atto di natura (presuntivamente) amministrativa come il d.P.C.m. la possibilità di introdurre misure limitative delle libertà individuali, che avrebbe surrettiziamente concretato una delega legislativa al governo, in violazione della riserva di legge prevista dall'articolo 16 e degli articoli 76 e 77 della Costituzione. La seconda, invece, investiva la portata dell'articolo 78 della Costituzione che si riteneva contemplasse solo la guerra quale ipotesi di emergenza tale da poter giustificare una compressione così ampia dei diritti individuali.

L'Avvocatura dello Stato ha risposto sostenendo che il principio di legalità delle sanzioni amministrative non trova fondamento negli articoli 76 e 77 bensì negli articoli 23 e 25 della Costituzione, lamentando dunque l'inconferenza dei parametri costituzionali invocati dal remittente. Inoltre, ha sostenuto che il potere di ordinanza sia stato pienamente legittimato ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 1 del 2018, considerato che lo Stato di emergenza era già stato deliberato, secondo le forme ivi previste, il 31 gennaio 2020. L'Avvocatura, quindi, assimila i decreti del Presidente del Consiglio della crisi alle ordinanze contingibili e urgenti, riconoscendone la legittimità secondo lo schema procedurale previsto dal Codice della protezione civile.

La Corte costituzionale non ha sposato alcuno degli argomenti addotti nel merito – né dal giudice *a quo* né dall'Avvocatura stessa – percorrendo una propria strada argomentativa che l'ha condotta a respingere tutte le questioni di legittimità costituzionale sottopostegli.

Essa accoglie, invece, il difetto di rilevanza sollevato dall'Avvocatura dello Stato riguardante il decreto-legge n. 6 del 2020: il fatto che ha portato a comminare la sanzione per violazione del divieto di abbandonare la propria dimora ha avuto infatti luogo in vigenza di un d.P.C.m. (il 10 aprile 2021) adottato in attuazione del decreto-legge 19 del 2020, che sostituì proprio l'originario d.l. n. 6.

Per cui, tutto il giudizio della Corte si concentra sul modello *standard* di gestione della crisi pandemica, quello che meno fra tutti aveva destato dubbi e critiche in dottrina: il modello originario, che traeva fondamento dal decreto n. 6, non subisce, invece, alcuna censura di incostituzionalità, nonostante la indeterminatezza delle soluzioni aprioristicamente adottabili dal governo disegnasse uno schema che presentava molti dubbi di compatibilità con il sistema delle fonti delineato dal nostro Testo

costituzionale¹⁸, financo ad arrivare a condurre taluni osservatori a cogliere tra le righe tracce di modalità di autolegittimazione del potere per via di necessità¹⁹.

La sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale pone una parola definitiva circa la sequenza normativa nel suo complesso e individua chiaramente la natura giuridica dei d.P.C.m. della crisi, una fra le questioni più controverse su cui si è interrogata la dottrina anche perché, fisiologicamente, i diversi decreti del governo (d.P.R., d.P.C.m. e d.M.) presentano una natura multiforme. Schematizzando, si possono individuare tre diversi modalità di sciogliere le ambiguità circa la natura giuridica di questo atto, individuati dalla dottrina²⁰.

La prima – e in una prima fase quantitativamente prevalente – ha considerato i decreti del Presidente del Consiglio della crisi come esercizio del potere di ordinanza in deroga alla legge, finendo per assimilarli nella sostanza alle ordinanze di protezione civile all’uopo previste²¹. Avendo la possibilità, per l’appunto, di derogare a disposizioni di rango primario in ragione dell’emergenza cui essi erano chiamati a fronteggiare, questa posizione sanava, di fatto, il problema relativo al rispetto della riserva di legge posta a presidio dei diritti fondamentali previsti in Costituzione.

Secondo un’altra angolazione, si potrebbe riconoscere invece ai d.P.C.m. una natura normativa, pur rivestita da atto amministrativo, poiché essi presentano alcune tra le caratteristiche che tradizionalmente assumono le fonti di rango secondario. È infatti innegabile che molte delle misure introdotte negli atti con cui il governo ha modulato gli interventi posseggano le caratteristiche della generalità e dell’astrattezza, ancorché verosimilmente sprovvisti del requisito della innovatività ed essendo limitati temporalmente nei loro effetti. In questo senso, dunque, i decreti del Presidente del Consiglio approvati ben potrebbero contenere misure limitative delle libertà individuali qualora si sia dinnanzi, in particolare

¹⁸ Sulla eccessiva indeterminazione delle misure introdotte dal d.l. n. 6 del 2020 si vedano, almeno, con diverse sfumature, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2021, p. 22; M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 44; U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 305; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p. 112; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2021, p. 68.

¹⁹ In tal senso v. almeno G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, p. III e A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2021, pp. 164ss., il quale parla dei d.P.C.m. adottati in attuazione del d.l. n. 6 del 2020 come di «fatti normativi» legittimati solo dal fatto emergenziale in sé e non sul piano formale.

²⁰ In questo senso P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020 p. 296.

²¹ In tal senso si v. ad es., E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2021, p. 64 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1, 2020; M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quad. Cost.*, n.2, 2021, pp. 401ss.

– ed è il caso della libertà di circolazione: la principale tra le libertà comprese – ad una riserva di legge considerata da dottrina maggioritaria come relativa²².

Un’ultima interpretazione²³, infine, tende a spingere sull’altra natura di questo strumento, vale a dire quella amministrativa²⁴. In questo senso, considerando dunque i decreti del Presidente del Consiglio in tempo di Covid come atti amministrativi, le riserve circa la loro idoneità a restringere libertà costituzionalmente previste e coperte da riserva – assoluta o relativa – di legge, apparivano più intense ed evidenti, soprattutto in assenza di vincoli e di una tipizzazione stringente e circostanziata che avrebbe potuto legittimare l’adozione di una forma atipica di atto amministrativo a carattere generale.

La Corte compara le misure contenute nel d.l. n. 19 del 2020 con quelle disciplinate dal suo predecessore, di cui censura dunque, implicitamente, l’assenza di tipizzazione e delle necessarie garanzie²⁵. La sentenza n. 198 del 2021 poggia le sue argomentazioni sul fatto che l’impianto originario è stato sostituito da una tipizzazione degli interventi da disciplinare con d.P.C.m., stabilendo, altresì, immediatamente la loro durata limitata nel tempo. Quei d.P.C.m., infatti, avevano una natura meramente attuativa e non innovativa, pur presentando talune delle caratteristiche generalmente riconducibili alla generalità e astrattezza, con ciò ponendosi in netta discontinuità rispetto alle caratteristiche proprie degli atti di natura normativa.

Il ragionamento circa la tipizzazione degli interventi serve alla Corte per individuare la natura giuridica dei d.P.C.m. della crisi, smentendo anche la tesi dell’Avvocatura dello Stato che li riconnetteva al generale potere di ordinanza in deroga alla legge attivabile, ai sensi dell’articolo 25 del d.lgs. n. 1 del 2018, in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza. La Corte fa ricorso ad un suo precedente con cui aveva operato una distinzione fra due strumenti legittimati dalla urgente necessità del provvedere, riprendendo la distinzione fra «ordinanze» necessitate, soltanto genericamente legittimate dalla legge per consentire

²² Così A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 146ss.

²³ Un’altra critica – solo tangenzialmente toccata dalla decisione in oggetto ma importante da ricordare per le considerazioni di sistema che verranno oltre – ha investito il coinvolgimento dei diversi organi, contestando la scarsa tutela del principio della collegialità all’interno del governo, che non veniva affatto garantita dalla procedura di adozione prevista nel d.l. 19: nonostante il coinvolgimento diretto dei ministri direttamente interessati, infatti, il testo del decreto non era deliberato dal Consiglio dei Ministri e dunque la responsabilità dello stesso ricadeva interamente nelle mani del Presidente. Inoltre, le misure in esso previste, se certamente annunciate in quella sede, non venivano condivise puntualmente con tutte le amministrazioni in sede di riunione preparatoria del Consiglio dei ministri, dove siedono i responsabili tecnici – in genere i Capi del Settore legislativo dei singoli ministeri – dei gabinetti, per cui la loro concreta configurazione rimaneva avvolta nell’ombra sino all’ultimo anche per la maggior parte dei membri della compagine governativa stessa. Nonostante il tema sia stato talvolta sollevato, durante il governo Conte II la procedura è stata confermata nella sua configurazione formalmente monocratica. Sul ruolo del governo e sull’impiego dei suoi poteri normativi in tempo di Covid, v. *amplius* E. LONGO e M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in questa Rivista, n. 28, 2020, pp. 212ss.

²⁴ In tal senso, v. ad es. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2021, pp. 153ss. il quale li considera come atti amministrativi atipici.

²⁵ Così anche M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Prima lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in Questa stessa Rivista.

loro di affrontare situazioni mutevoli con adeguata necessità e «atti» amministrativi necessitati, questi ultimi emessi in attuazione di norme legislative «che ne prefissano il contenuto» (sent. n. 4 del 1997, relatore Vezio Crisafulli)²⁶.

Secondo la Corte, rientrano pienamente nella definizione di «ordinanze necessitate» quelle di protezione civile in particolare e quelle contingibili ed urgenti in generale (fra cui anche quelle del Ministro della salute ex art. 32 della legge del 1978), mentre i d.P.C.m. impiegati nella gestione della crisi in attuazione del d.l. n. 19 del 2020 si configurano come la peculiare figura degli «atti amministrativi necessitati», perché avevano un compito limitato all'adattare alla pandemia quanto stabilito dalla fonte primaria. E, dunque, proprio in ragione dello stretto margine di intervento del governo sulla scelta delle misure da introdurre con una fonte propria, il modello di regolazione della crisi è stato considerato legittimo e con esso anche quei peculiari atti amministrativi necessitati costituiti dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Oltre alla tipizzazione delle misure, che costituisce il cuore della decisione della Corte costituzionale, essa pone l'accento anche sulle ulteriori garanzie che il decreto-legge n. 19 del 2020 ha introdotto, sia nei confronti del Parlamento, sia rispetto all'esercizio del potere attuativo del governo tramite d.P.C.m.. Sul primo versante essa richiama il necessario raccordo con le Camere sia prima sia dopo la predisposizione del testo del decreto nonché la maggiore conoscibilità dell'atto, concretizzatasi nell'obbligo di pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

Sul secondo, invece, essa pone l'accento sui requisiti di «adeguatezza e proporzionalità» che ulteriormente circoscrivono il potere discrezionale del governo, quali criteri tipici di esercizio di una discrezionalità amministrativa limitata. Sotto quest'ultimo versante, la Corte si riconnette inoltre con il coinvolgimento del Comitato tecnico-scientifico nella predisposizione dei d.P.C.m. il quale, seppur previsto «di norma» dal d.l. n. 19 del 2020 e con modalità non sempre convincenti dal punto di vista della trasparenza e tempestività nella pubblicità delle decisioni²⁷, rafforzerebbe il rispetto dei requisiti richiesti nell'apprezzamento della discrezionalità nell'individuazione delle misure da introdurre per fronteggiare in maniera efficace la diffusione del virus. Questa previsione, secondo le parole della Corte, supporta, infatti, «sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale».

Infine, la natura amministrativa dei d.P.C.m. della crisi è testimoniata anche dalla loro vigenza per «periodi predeterminati» e comunque non oltre l'arco temporale stabilito dalla dichiarazione dello stato di

²⁶ Una ipotesi già avanzata in C. CARUSO, *Il regionalismo antarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi: una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 7 e, ma in maniera critica, GUZZETTA G., *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI e G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 73ss.

²⁷ Parla di «velo di incertezza» sulle valutazioni scientifiche del Cts E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2020, in particolare pp. 731ss.

emergenza, il quale nel complesso non può superare comunque i 24 mesi, ai sensi del Testo unico del 2018.

La Corte costituzionale, inoltre, finisce con il sottolineare come il modello alternativo di regolazione²⁸ della crisi rispetto al sistema delle ordinanze contingibili ed urgenti non sollevi alcun problema di legittimità costituzionale, «malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza», poiché la legislazione sulle ordinanze contingibili e urgenti – tra cui certamente quella introdotta dal Testo unico della protezione civile – non impone che essa debba essere l'unica strada per fronteggiare le emergenze, non essendo peraltro stata introdotta con un atto rinforzato nell'ordinamento. Anzi, a maggior ragione dopo aver riconosciuto allo Stato una competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale, con la sentenza n. 37 del 2021 la Corte sostiene che spetti pienamente ad esso anche l'individuazione delle risposte normative e provvedimenti che ritiene essere più adeguate al contenimento della pandemia. Sino a prevedere un modello alternativo ovvero integrandolo con gli strumenti ordinariamente previsti, come in larga parte è stato fatto anche durante la gestione della pandemia per profili diversi da quelli strettamente legati alla tutela dei diritti.

4. Brevi considerazioni su un atto multiforme e solo parzialmente regolato

La sentenza n. 198 del 2021 ha presentato una soluzione chiara e nel solco della sua giurisprudenza risalente, sulla quale la dottrina, tuttavia, probabilmente si concentrerà, anche per i tratti a volte un po' laconici delle argomentazioni impiegate dal giudice delle leggi.

Considerata la natura multiforme e per ampi aspetti indeterminata dei decreti del Presidente del Consiglio di ministri, l'attenzione che è stata dedicata alla loro natura giuridica non stupisce particolarmente: probabilmente questo è uno dei molteplici motivi che spiegano il perché si sia deciso di far ricorso ad uno strumento così flessibile per la gestione della pandemia. Il discorso viene da lontano e non vi è qui lo spazio per approfondirlo come meriterebbe, ma qualche cenno potrebbe essere utile anche in questa sede.

Il fatto che con uno stesso strumento si possano veicolare contenuti di natura molto diversa accomuna, infatti, i d.P.C.m. ai decreti del Presidente della Repubblica (d.P.R.) e ai decreti ministeriali (d.m.) ma, rispetto a questi ultimi, i primi sono caratterizzati da una ulteriore condizione di incertezza di natura strutturale. Tutti e tre gli atti, infatti, possono avere natura amministrativa, quando il contenuto e le forme specifiche lo prevedano, e tutti e tre possono altresì assumere natura regolamentare. Tuttavia, l'attività

²⁸ Parla di un modello alternativo e parallelo rispetto a quello previsto dal codice di protezione civile A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, in particolare pp. 321ss.

normativa svolta per il tramite dei decreti del Presidente del Consiglio risulta per ampie parti formalmente non regolamentata, a differenza dei d.P.R. e d.m., che trovano una loro precisa collocazione e tentativo di tipizzazione nella legge n. 400 del 1988.

Il tema della definizione della natura propria dei decreti del governo è, invero, un tema antico e ancora non completamente sciolto²⁹, soprattutto per la incerta delimitazione dei rapporti fra la forma e il contenuto dell'atto³⁰, ma questa condizione si aggrava dinnanzi ai decreti del Presidente del Consiglio, che presentano una tassonomia particolare articolata e complessa³¹, a fronte di una regolamentazione frammentata.

Basta ripercorrere brevemente la storia recente³² della disciplina dei d.P.C.m. di natura normativa per rendersi conto dello stato di limbo in cui si collocano da molti anni.

Ben prima della prima legge di disciplina delle attribuzioni e delle funzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 95, terzo comma della Costituzione, introdotta con la legge n. 400 del 1988, infatti, i d.P.C.m. a carattere normativo erano un fenomeno già conosciuto nel nostro ordinamento. Il d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092 – atto che reca il Testo unico delle disposizioni, fra le altre cose, sulla pubblicazione ufficiali della Repubblica – compiva una ricognizione degli atti cui garantire pubblicità in Gazzetta Ufficiale in ragione della loro natura di fonte del diritto e affiancava alle fonti costituzionali, alle fonti primarie, agli accordi internazionale e ai dispositivi delle sentenze, anche «gli altri decreti [...] che abbiano contenuto normativo», specificando che questi ultimi fossero di competenza precisa di tre soggetti: «del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei Ministri e ministeriali» (art. 15)³³. Inoltre, al successivo articolo 16, disponeva che dovesse essere assegnata una numerazione progressiva, da attribuire al momento della pubblicazione, nonché una formula di emanazione che

²⁹ Sulla natura propria dei regolamenti v. di recente, almeno, G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2005; A. IANNUZZI, *Regolamenti delle regioni questioni teoriche^[1] aspetti problematici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012 e M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011.

³⁰ Sul tema, proprio con riguardo alla legge n. 400 del 1988 risulta attuale e importante il rinvio a G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, pp. 1494 ss.. Sul proliferare degli atti normativi, v. invece, G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, 1999, pp. 241ss.

³¹ In tal senso v. *amplius* S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. Dir. agg. II.*, Giuffrè, Milano, 1998. Taluni autori ritengono, invece, sia materialmente impossibile effettuare una tassonomia; cfr. D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2017.

³² L'impiego dei d.P.C.m. è infatti antico, così come la loro mancata regolamentazione. Lo ricorda M.C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 155.

³³ La disposizione in oggetto contemplava inoltre le delibere e gli atti di Comitati dei Ministri che fossero strettamente necessari per l'applicazione di atti aventi forza di legge.

contenesse l'ordine di inserzione nella Raccolta ufficiale medesima³⁴, in tal modo sancendo specifici obblighi cui anche i decreti aventi natura normativa debbono attenersi.

La definitiva consacrazione del d.P.C.m. come fonte si è avuta poi con l'atto di attuazione del richiamato testo unico, il d.P.R. 23 luglio 1986, n. 611, chiamato ad individuare puntualmente gli atti e i decreti da inserire nella Raccolta ufficiale degli atti, che affianca ai decreti del Presidente della Repubblica, anche «i regolamenti esecutivi di leggi o di decreti aventi forza di legge, approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o con decreto ministeriale».

Per cui, accanto ad un impiego pacificamente previsto per contenuti di natura amministrativa, ai decreti del Presidente del Consiglio viene riconosciuta da tempo la capacità di assumere un carattere regolamentare proprio e dunque di essere considerati a tutti gli effetti una fonte del diritto, anche se non esiste una tipizzazione precisa delle sue modalità di produzione. E nemmeno la legge n. 400 del 1988, approvata pochissimo tempo dopo, si curò di regolamentare il procedimento di approvazione dei d.P.C.m., dandoli, per così dire, per presupposti.

L'obiettivo di quell'intervento normativo fu l'armonizzazione fra i principi monocratico, collegiale e ministeriale che l'articolo 95 poneva a fondamento della strutturazione del governo³⁵ e della sua azione per il tramite, in particolare del potenziamento dei primi due, che fino ad allora risultavano recessivi. La direzione della politica del governo risultava, infatti, particolarmente flebile, a fronte di ministri che godevano di una autonomia pressoché completa nelle scelte fondamentali di indirizzo³⁶.

La prima razionalizzazione operata dalla l. n. 400 del 1988, secondo alcuni commentatori, ha dunque valorizzato in maniera significativa il principio monocratico³⁷, ma sul versante della configurazione della potestà regolamentare, la riforma del 1988 si è limitata a disciplinare i rapporti fra i due atti principali volti a concretare il principio collegiale e quello ministeriale: il decreto del Presidente della Repubblica e il decreto ministeriale. L'articolo 17 della legge n. 400 del 1988 riconosce infatti, come noto, due principali tipologie di atti aventi natura regolamentare, che assumono un *nomen* specifico anche in ragione del soggetto che può porli in essere: il regolamento del governo, demandato all'approvazione del Consiglio

³⁴ Come sottolinea G. PUCCINI, *La forma dei regolamenti del Governo oltre i modelli dell'art. 17 della legge 400 del 1988*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 26

³⁵ Su un tema così vasto, mi sia concesso in questo senso il rinvio a M. RUBECHI, *La forma di governo dell'Italia repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto*, in C. CARUSO, F. CORTESE, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano, 2018, pp. 175ss. e alla relativa dottrina citata.

³⁶ Su queste tematiche sono state scritte tonnellate di inchiostro – A partire ad esempio da S. LABRIOLA, *Il governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Maggioli, Rimini, 1989. – cui in larga parte ampiamente si rinvia in questa sede, ma l'impostazione di massima dell'intervento normativo serve tutt'oggi da prisma di analisi ai fini della comprensione delle disposizioni introdotte.

³⁷ Si v. ad esempio, di recente, I. CIOLLI, *Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del Presidente del Consiglio*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, pp. 199ss.

dei Ministri, organo che incarna il principio collegiale e, in via residuale, quelli di uno o più Ministri singolarmente intesi³⁸.

Per i regolamenti del governo è stata prevista una procedimentalizzazione precisa, che consiste nell'adozione con decreto del Presidente della Repubblica – da qui il loro *nomen*: d.P.R. – in seguito a deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere del Consiglio di Stato. Per divenire produttivi di efficacia essi debbono inoltre essere registrati dalla Corte dei Conti ed essere pubblicati in Gazzetta ufficiale, recando una numerazione progressiva e il *nomen* «regolamento»³⁹. L'attenzione al rigore del procedimento di approvazione e di controllo dell'atto denota probabilmente la volontà di tipizzare in maniera stabile per gli anni a venire la fonte regolamentare: pur consci della natura primaria della legge n. 400 del 1988, formalmente inidonea a contenere eventuali ulteriori fenomeni di proliferazione di fonti atipiche eventualmente contenute in ulteriori leggi successive⁴⁰, il tentativo di cristallizzare un procedimento nel tempo indubbiamente influenza e indirizza, infatti, le successive evoluzioni concrete. Per i decreti ministeriali, invece, l'articolo 17 della legge 400 del 1998 ha stabilito che possano essere adottati da uno o più Ministri nelle materie di loro competenza «quando la legge espressamente conferisca tale potere». Il rispetto del principio di legalità e la necessità di un coordinamento unitario sono stati dunque posti in primo piano e si aggiungono all'obbligo di attenersi agli altri requisiti procedimentali richiesti per i regolamenti del governo: l'obbligo di comunicazione al Presidente del Consiglio del testo del d.m. di natura regolamentare prima della sua adozione.

Emerge dunque immediatamente dall'analisi della legge di riordino della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'assenza, nell'articolo 17, di una previsione specificamente destinata ai poteri normativi del Presidente del Consiglio, il terzo soggetto che assieme al Consiglio dei ministri e ai singoli ministri compone l'organo complesso governo e cui l'articolo 95 della Costituzione assegna il compito di dirigere la politica generale del governo e di assumerne la responsabilità, oltre che quello di mantenere «la unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei Ministri».

La legge n. 400 del 1988, pur avendo valorizzato anche il principio monocratico nel contesto della forma di governo⁴¹, non è stata, in altre parole, conseguente dal punto di vista delle fonti, poiché non contempla

³⁸ Come noto, la legge n. 400 del 1988 considera i regolamenti del governo come gli strumenti principali per l'attività normativa dell'esecutivo, anche a partire dalla formulazione letterale del primo comma dell'articolo 17, laddove vengono elencate le varie tipologie di regolamento: di esecuzione (lett. a), di attuazione o integrazione (b), indipendenti (c) e di organizzazione (d) – e dettagliato l'*iter* procedurale.

³⁹ Ai sensi, come si è visto, degli articoli 15 e 16 della legge 1092 del 1985.

⁴⁰ Sollevano perplessità in merito B. CARAVITA e M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Politica del diritto*, 1986, pp. 263ss.

⁴¹ Mette in evidenza il nesso fra forme di Stato, forme di governo e fonti, anche dal punto di vista storico e comparativo, A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Cedam, Padova, 1995.

esplicitamente il d.P.C.m. come fonte normativa, preoccupandosi, piuttosto, di condizionare l'operato dei singoli Ministri rispetto al Presidente del Consiglio.

Il d.P.C.m. come strumento generale del governo non venne tipizzato dalla legge n. 400 del 1988, probabilmente sottintendendo che esso dovesse attenersi alle forme introdotte per gli altri atti del governo di natura regolamentare qualora avesse assunto un carattere normativo, quasi che si trattasse di un atto residuale rispetto ai due principali strumenti destinati a veicolare tali tipologie di norme. Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, invece, tale presupposizione si è rivelata errata, essendosi il loro impiego intensificato nel corso del tempo anche per veicolare contenuti di natura normativa, spesso senza neanche rispettare i requisiti procedurali stabiliti per i d.P.R. e i d.m.

La legge n. 400 del 1988 consacra, invece, esplicitamente, la funzione di alta amministrazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, poiché prevede che con esso si debba provvedere alla nomina del segretario generale, ad esempio, ovvero che la struttura degli uffici della Conferenza Stato-Regioni debba essere contenuta in un apposito d.P.C.m.. Inoltre, il ruolo del decreto del Presidente quale strumento cardine per la gestione della presidenza viene sancito dalla previsione che proprio con tale atto venga approvato – previa deliberazione del Consiglio dei ministri – il regolamento interno del Consiglio dei ministri, strumento fondamentale che regola lo svolgimento delle sedute e le modalità di votazione. Tale impostazione è stata poi ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 303 del 1999⁴², con cui al decreto del Presidente del Consiglio è stato chiesto di farsi strumento di una maggiore autonomia della presidenza in materia organizzativa⁴³, introducendo altresì una disciplina peculiare volta a rafforzare l'indipendenza della presidenza, che attenua taluni controlli previsti dalla normativa vigente – come ad esempio rendendo facoltativo il parere di Consiglio di Stato e Corte dei Conti – per i d.P.C.m. approvati quali atti espressione di autonomia.

5. Qualche cenno di prassi su un'esplosione registrata ben prima della pandemia

Sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988, il modello introdotto da tale legge ha mostrato tutti i suoi limiti. Da un lato è stato confermato l'impiego del d.P.C.m. quale strumento centrale nell'organizzazione della presidenza e quale atto amministrativo principale, ma la sua natura residuale quale fonte normativa del governo è stata ben presto sconfessata. Anzi, la richiamata assenza di regolamentazione nei procedimenti, nei controlli e nei vincoli notiziali e formali cui sottoporre i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di natura regolamentare lo ha reso uno

⁴² Per un puntuale commento alla legge, in cui si dà ampiamente conto dello spirito della riforma v. *amplius* i contributi in A. PAJNO e L. TORCHIA, *La riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁴³ Proprio a questo tema è dedicata l'ampia disamina in O. ROSELLI, *I principali atti normativi conseguenti la riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 137ss.

strumento flessibile cui far ricorso nei casi in cui fosse necessaria una certa celerità nell'intervento, determinando sin da subito degli effetti evidenti.

È infatti subito stato prontamente notato⁴⁴ un significativo scostamento fra la forma che la stessa prescriveva per gli atti del governo di natura regolamentare – d.P.R. e d.m. – e quella assunta dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri approvati⁴⁵. Molti sono stati, ad esempio, i d.P.C.m. di carattere normativo carenti di uno o più elementi tipici richiesti dalla 400 del 1988 ovvero, al contrario – ma in misura minore – approvati con previsioni procedurali in genere previste per atti diversi, come la deliberazione del Consiglio dei ministri.

Questa tendenza, favorita negli anni dal rafforzamento delle prerogative del Presidente del Consiglio e della sua funzione di coordinamento e di indirizzo dell'attività di governo, ha condotto ad un costante incremento dell'utilizzo dei d.P.C.m., nonché ad una corrispettiva, ulteriore, proliferazione di procedimenti atipici rispetto a quelli previsti dalla legge n. 400 del 1988, ma solo recentemente ci si è concentrati sull'entità del fenomeno.

I lavori che sono stati recentemente divulgati⁴⁶ prendono tutti le mosse da un Appunto dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei Deputati pubblicato il 15 giugno 2016, rapporto periodico sull'attività legislativa prodotto dalla struttura tecnica a supporto del Comitato medesimo che – come noto – talvolta contiene dei *focus* di approfondimento su talune tematiche singole, qualora l'andamento nell'impiego delle fonti mostri delle novità significative. Da quel dossier, la dottrina⁴⁷ ha tratto materiale fecondo per affrontare un tema rispetto al quale l'indagine era ferma da tempo, individuando numerose criticità e tentando delle prime sistematizzazioni del fenomeno. Esso lasciava trasparire almeno due profili importanti.

Il primo è la dimensione in termini numerici molto elevata: oltre duecento (213) d.P.C.m. sono stati approvati nel biennio considerato, limitandosi a quelli pubblicati in Gazzetta ufficiale. Il secondo è che di quei 213 d.P.C.m., circa uno su dieci (21) aveva carattere normativo e possedeva tutti i requisiti richiesti dalla normativa vigente per gli atti di natura regolamentare⁴⁸. Gli altri avevano carattere amministrativo o

⁴⁴ M.C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio...*, Op. Cit., pp. 155ss.

⁴⁵ In un saggio comparso a poco più di tre anni dall'entrata in vigore della legge di riordino della presidenza del Consiglio dei ministri, già venivano fornite delle importanti indicazioni e una prima accurata tipizzazione delle deviazioni dal modello standard delineato dalla l. n. 400 del 1988, che tutt'oggi riecheggiano come anticipatrici di tendenze poi, in maniera analoga, stabilizzate. G. PUCCINI, *La forma dei regolamenti...*, Op. Cit.

⁴⁶ V., ad esempio, D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in senso: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; PICCIONE D., *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2017; e M. LOSANA, *L'attività esecutiva del governo, tra principi costituzionali e scelte organizzative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2019.

⁴⁷ Ivi compreso il Consigliere parlamentare capo dell'Osservatorio per la legislazione, che in una sede scientifica autorevole ha integrato la sintesi dei dati del dossier con considerazioni di merito puntuali. V. *amplius* V. DI PORTO, *La carica dei D.P.C.M.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2016-~~Padova, Cedam, 2007~~

⁴⁸ Con alcune eccezioni, ma tutte che trovano fondamento in apposite disposizioni di legge.

organizzativo o rispondevano a specifiche funzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei ministri, sempre di natura organizzativa.

Quel lavoro mostra dunque che la quota di d.P.C.m. con contenuto formalmente regolamentare è ridotta rispetto al totale, ma tale dato ne lascia emergere anche un altro, molto importante ai nostri fini: vi è infatti una parte più che doppia – che l'Osservatorio della Camera quantifica in 53 su 213, quindi circa uno su quattro – di atti che presentano contenuto normativo a tutti gli effetti ma difetta di uno o più requisiti necessari affinché tali atti possano essere formalmente definiti come regolamenti. Ne consegue che si tratta di atti atipici, poiché prodotti non rispettando le forme (e dunque i controlli) posti per gli atti di natura regolamentare, anche perché, come si è avuto modo di vedere, esse vincolano esplicitamente solo le modalità di approvazione di questi tipi di d.P.R. e d.M., lasciando sullo sfondo i d.P.C.m.

Questa condizione introduce delle problematiche di non poco conto, ad esempio con riferimento al requisito della pubblicità e della reperibilità degli atti, nonché dell'assenza di una numerazione progressiva: una critica che ha investito di recente anche i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri della pandemia, inizialmente non pubblicati in Gazzetta ufficiale.

La tendenza del biennio analizzato dal Comitato per la legislazione è stata confermata anche nel successivo triennio: il rapporto fra il totale dei d.P.C.m. pubblicati in Gazzetta ufficiale e quelli di natura regolamentare approvati secondo la forma prevista è stata di dieci a uno. Una quota due o tre volte numericamente più grande di d.P.C.m., poi, ha presentato un contenuto anche parzialmente regolamentare, ma senza rispettarne la forma.

In altre parole, non molto è cambiato da quanto si è potuto riscontrare nelle analisi delle prassi immediatamente successive all'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988, se non il profilo quantitativo complessivo, notevolmente ampliato: la forma viene spesso elusa e dunque molto del contenuto normativo dei d.P.C.m. confluisce in atti che non recano esplicitamente la denominazione di regolamento come previsto dalle disposizioni vigenti, non dispongono dei medesimi requisiti di pubblicità e non son stati sottoposti agli stessi controlli.

Sempre prendendo in considerazione il profilo quantitativo, emerge un altro aspetto importante, vale a dire che la gran parte delle disposizioni normative del governo non viene più veicolata attraverso i decreti governativi, considerati dalla legge n. 400 del 1988 come la strada preferenziale, bensì nei decreti ministeriali e nei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri⁴⁹. La quota totale dei decreti del Presidente della Repubblica ammonta infatti a circa il cinque per cento del totale degli atti approvati: essi rimangono, dunque, formalmente gli atti normativi posti in una collocazione gerarchicamente

⁴⁹ Vedi A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3066 ss.

sovraordinata rispetto agli altri, poiché deliberati dal Consiglio dei ministri, l'organo cui viene riconosciuta una posizione costituzionale di maggior rilievo, tuttavia la normazione dell'esecutivo passa prevalentemente altrove e, per di più, con modalità non regolamentate.

Le cause che hanno condotto a questa fuga dalla forma tipica regolamentare⁵⁰ sono molteplici e di diversa natura, che qui è possibile solo accennare.

Fra queste, vi è certamente la maggiore celerità del processo di approvazione, che non necessita di momenti di formale confronto e condivisione con le amministrazioni interessate – come, ad esempio, nelle riunioni preparatorie del Consiglio dei ministri – ma può risolversi in una serie di contatti informali guidati dal Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi presso la Presidenza del Consiglio, garantendo una maggiore elasticità e velocità di approvazione, tale da garantire un'adattabilità – centrale, ad esempio, nella gestione del fenomeno pandemico – ai molteplici e repentini mutamenti cui far fronte.

E poi, la possibilità di adottare atti per cui non è formalmente stabilito un preciso *iter* consente, impiegandoli, di poter evitare il controllo del Consiglio di Stato, previsto invece necessariamente per i regolamenti approvati con la forma del d.P.R. e del d.m., in tal modo consentendo peraltro al governo di risparmiare tempo, considerati i novanta giorni per rendere il parere che la legge n. 400 del 1988 gli assegna.

Infine, non da ultimo, tale approvazione fuori dai tipi previsti per i regolamenti – evitando ad esempio, di esplicitare il *nomen* regolamento nella titolazione – ha permesso⁵¹ talvolta di tentare di aggirare il riparto delle competenze regolamentari fra Stato e regioni ai sensi dell'articolo 117, comma sesto, nella misura in cui ciò impedisce, in particolare, allo Stato di intervenire con fonti secondarie anche nelle materie di competenza concorrente.

Queste tendenze, che hanno reso utile e convincente una preferenza per il ricorso al d.P.C.m. in luogo delle forme regolamentari tipiche, sono state confermate anche nella gestione della crisi da pandemia del virus Covid-19. In quel caso, ad essere sacrificati non sono stati, come si è visto in precedenza, i regolamenti del governo, bensì le classiche ordinanze contingibili e urgenti, sostituite da uno strumento nuovo nella gestione della crisi, ma ormai da anni sperimentato come atto principale flessibile cui il governo fa ricorso soprattutto per offrire risposte celeri e tempestive.

Il fatto che l'impiego del d.P.C.m. fosse già esploso era, dunque, un fatto già ben noto da anni alla dottrina: purtroppo soltanto una pandemia ha fatto sì che il fenomeno emergesse in tutta la sua evidenza.

⁵⁰ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Il Mulino, Bologna, 2003 parla di una vera e propria «fuga dal regolamento».

⁵¹ Salvo, naturalmente, i rilievi che possono essere avanzati in sede giurisdizionale e che in passato, seppur indirettamente, hanno avuto come protagonisti i d.P.C.m. dinnanzi alla Corte costituzionale. V. ad esempio C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. Pub.*, 1-2, 2010, pp. 365ss.

6. I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri: uno strumento da regolare

Con la fine del governo Conte II, le critiche all'impiego del d.P.C.m. come strumento principale di gestione della crisi si sono fatte più intense, tanto da condurre gli Uffici del governo Draghi ad un serio ripensamento della catena normativa di emergenza. Anche in seguito ad un dialogo serrato con il Parlamento – e in particolar modo con il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati⁵² – con il decreto-legge n. 44 del 2021 si è inteso riportare la maggior parte delle misure di contenimento dell'epidemia del virus Covid-19 alla fonte primaria e dunque al decreto-legge⁵³, ampliando gli spazi propri delle ordinanze del governo – di protezione civile e della salute – ed eliminando il d.P.C.m., nel suo ruolo di strumento intermedio di modulazione delle concrete misure da introdurre.

Tale soluzione è stata con tutta probabilità resa possibile anche dalla stabilizzazione della diffusione della pandemia nel nostro paese in seguito al lancio della campagna vaccinale, che ha reso meno urgente la necessità di disporre e variare tempestivamente le misure di contenimento. Ma è difficile non percepire come tale cambio di rotta sia stato probabilmente anche dettato dalla cattiva fama che questo strumento aveva assunto⁵⁴. Gli obiettivi da perseguire in questo mutamento di direzione erano infatti probabilmente due, uno dettato da ragioni tecniche, uno da motivazioni più marcatamente politiche: ridurre al massimo gli spazi delle fonti diverse dalla legge di compressione delle libertà e dei diritti fondamentali dei cittadini e, al contempo, abbandonare il ricorso ad uno strumento che aveva – anche nell'immaginario collettivo – connotato la gestione della crisi da parte del governo Conte II, garantendo una maggiore condivisione delle decisioni di merito sia all'interno dell'esecutivo, sia con le Camere.

Il governo Draghi ha risposto a tali richieste, come si è accennato, semplicemente espandendo il contenuto dei decreti-legge, interrompendo il rinvio sistematico ai d.P.C.m. e sostituendolo, inizialmente, con una deliberazione del Consiglio dei ministri da pubblicare in allegato al Comunicato di fine seduta del C.d.m. stesso⁵⁵. Una soluzione, quest'ultima, introdotta con il d.l. n. 44 del 2021 sino al 30 aprile del 2021,

⁵² Sulla richiesta di contenere, sino al minimo, l'impiego dei d.P.C.m. v. in particolare il parere reso dal Comitato per la legislazione sul decreto-legge n. 2 del 2021 e l'odg. Ceccanti n. 8/2021 accolto dal governo. Nel parere, infatti, contiene un esplicito invito a Parlamento e governo «ad avviare una riflessione sul possibile superamento dello strumento del DPCM nel contrasto dell'epidemia da COVID-19».

⁵³ Una strada auspicata sin dall'inizio della gestione pandemica da G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 78ss. e F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1, pp. 69ss.

⁵⁴ Si vedano a titolo esemplificativo gli articoli apparsi sui principali quotidiani nazionali che, con una certa costanza soprattutto nella seconda fase della pandemia, mettevano in discussione la legittimazione degli strumenti impiegati dal governo, a partire dal ricorso significativo ai decreti del Presidente del Consiglio. V., *ex multis*, S. CASSESE, *Salviamo la democrazia*, in *Corriere della Sera*, 31 gennaio 2021.

⁵⁵ Per quanto riguarda le sedute del Consiglio dei Ministri, non esiste un resoconto stenografico o sommario dal quale poter ricostruire il dibattito, i temi trattati e le posizioni dei singoli Ministri, poiché le sedute, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento interno, non sono pubbliche. L'assenza di uno strumento conoscitivo di tal tipo è stata supplita dal Comunicato stampa di fine seduta, dove vengono elencati i temi trattati e le determinazioni principali assunte.

che non è mai stata impiegata né innovata, anche per le numerose critiche che l'hanno investita, poiché la modulazione delle misure previste in una fonte primaria era demandata ad un intervento provvedimentale come una delibera, che avrebbe determinato un'alterazione significativa del sistema delle fonti⁵⁶.

L'esondazione di un atto così controverso dal suo alveo proprio – quale che sia – sembrerebbe dunque rientrata e anche il pregresso, fatto salvo per il breve periodo di vigenza del d.l. n. 6 del 2020 sulla cui legittimità sembrano ancora persistere non pochi dubbi, risulta salvo, alla luce della decisione presa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021.

Tuttavia, il tema della persistente permanenza di un atto non regolamentato nel nostro ordinamento, tramite cui viene veicolato – sia secondo le regole previste per gli atti di natura regolamentare, sia sotto forma di fonte atipica – uno stock normativo ormai importante, è sempre vivo. Si è visto nei due paragrafi precedenti: al di là dei decreti del Presidente del Consiglio della pandemia, questo strumento, sin dall'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988 che lo dà per presupposto ma non lo regola, è stato impiegato in maniera sempre più massiccia dal governo.

Nonostante gli sforzi di sistematizzazione e, in taluni casi, addirittura di catalogazione, che sono in corso di svolgimento da parte degli Uffici della presidenza, infatti, il d.P.C.m. continua a vivere in una penombra problematica. Come si è accennato nelle pagine precedenti, infatti, la frammentarietà della disciplina del d.P.C.m., cui vengono applicate per analogia regole, in tutto o in parte, formalmente poste per altri atti del governo, lascia spazio a delle lacune che attenuano i controlli generalmente posti e rischiano di minare la conoscibilità delle norme e dunque la certezza del diritto, nonché il corretto svolgimento dei rapporti fra i diversi organi di governo.

Si tratta certamente di una questione di minore impatto rispetto a quella che ha riguardato la natura giuridica dei d.P.C.m. della pandemia, ma non di certo di importanza minore dal punto di vista della tenuta del nostro sistema delle fonti.

Per affrontare il tema con la necessaria misura e distacco, probabilmente si potrebbe ripartire dall'articolo 95 della Costituzione e dalla posizione costituzionale degli organi di governo che essa declina: il Presidente del Consiglio dei ministri, che esprime il principio monocratico attraverso il suo ruolo di coordinamento dell'attività dei ministri, il Consiglio, che incarna quello collegiale ed è investito delle decisioni più importanti nel nostro ordinamento e i singoli ministri, responsabili a loro volta individualmente per le attività dai loro dicasteri.

⁵⁶ Si vedano in tal senso le nette censure del Comitato per la legislazione rese sul dl. n. 44 del 2021 il quale considera quel meccanismo come «una delegificazione spuria incompatibile con il vigente sistema delle fonti».

Oggi l'articolo 17 della legge n. 400 del 1988 privilegia nettamente il principio collegiale rispetto a quello ministeriale, ponendo in una posizione di superiorità gerarchica gli atti normativi deliberati dal primo (i d.P.R.) rispetto a quelli di cui i secondi sono titolari (i d.m.). Il principio monocratico di cui il Presidente del Consiglio è summa espressione, invece, non trova alcuna traduzione nei poteri normativi del governo, lasciato com'è, più o meno volontariamente, sullo sfondo (sin dalla legge 400) pur essendosi formalmente (dal d.lgs. 303 del 1999⁵⁷) e sostanzialmente affermato in maniera ormai consolidata. Una sorte analoga è dunque toccata al suo, corrispettivo, atto normativo: il d.P.C.m. è stato dato per presupposto dalla legge n. 400 del 1988 e si è successivamente imposto nella prassi quale strumento cardine per dare concretezza all'azione del Presidente del Consiglio dei ministri.

Ciò può condurre a due diverse considerazioni di sistema.

La prima è che i d.P.C.m. debbano essere considerati alla stregua dei decreti ministeriali semplici, senza far discendere dalle esplicite prerogative costituzionalmente riconosciute al Presidente del Consiglio una potestà normativa autonoma, probabilmente in ossequio alle interpretazioni che tendono ad assimilarlo agli altri ministri piuttosto che a valorizzarne il ruolo di guida e coordinamento unitario. Si tratta della posizione che maggiormente ha ispirato la predisposizione della legge n. 400 del 1988, per cui ad oggi è la strada maggiormente percorsa anche dalla giurisprudenza amministrativa, pur comportando tutti i problemi di cui si è detto in ordine all'applicazione a macchia di leopardo anche ad essi delle regole sulla produzione disposte per i d.m. e i d.P.R. di natura normativa.

La seconda conduce invece a riconoscere un peculiare *status* al d.P.C.m., in ragione del ruolo del Presidente del Consiglio e delle funzioni di coordinamento e di indirizzo unitario che gli vengono riconosciute direttamente dall'articolo 95, comma primo, della Costituzione⁵⁸. Quest'ultima considerazione poggia su un'interpretazione probabilmente più conforme alle dinamiche che la forma di governo italiana ha assunto negli anni, testimoniate da un impiego sempre più massiccio di questo strumento nel tempo, giustificata dalle diverse e tipiche attribuzioni che l'articolo 95 riconosce al

⁵⁷ La riforma del 1999 non ha specificamente disciplinato il procedimento di formazione dei d.P.C.m. di natura regolamentare pur avendo, come richiamato sopra, potenziato il loro ruolo in materia di autonomia interna. Essa ha potenziato il ruolo di coordinamento del Presidente del Consiglio, ad esempio dal punto di vista della progettazione delle politiche generali e delle decisioni di indirizzo politico generale, da quello riguardante il coordinamento dell'attività normativa del governo, nonché ha attribuito ad esso la competenza sul monitoraggio dello stato di attuazione del programma di governo e delle politiche settoriali. Si tratta di tre competenze molto importanti, la prima declinata in modo generico ma incisivo, in modo da dare corpo ai dettami dell'articolo 95 della Costituzione, la seconda da svolgersi attraverso un nuovo Dipartimento, all'uopo istituito – il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (Dagl), su cui si avrà modo di tornare – il terzo che diverrà negli anni uno snodo importante, le cui funzioni sono oggi svolte da un apposito Ufficio. Queste innovazioni hanno profondamente modificato il modo di funzionamento del governo, radicando nella macchina burocratica statale un sistema maggiormente incentrato su una direzione politica unitaria piuttosto che come somma dei singoli indirizzi, spesso scoordinati, ministeriali.

⁵⁸ In questo senso v. anche O. ROSELLI, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 55ss.

Presidente del Consiglio. Esse lo pongono, difatti, in una posizione diversa dagli altri ministri, per cui con tutta probabilità fornirebbero un solido fondamento giustificativo al riconoscimento di una precisa attività normativa da svolgersi con un corrispettivo atto proprio. Il d.P.C.m., in altre parole, dovrebbe probabilmente essere considerato anche dal punto di vista formale come un *tertium genus* nelle fonti normative del governo, introducendo precise regole, vincoli e controlli anche per la sua approvazione, che ripristinino una modalità di produzione del diritto equilibrata, garantita e dunque non più atipica. Magari ragionando anche su modalità meno rigide di quella gerarchica per disciplinare i rapporti con le altre fonti regolamentari, più incentrate, ad esempio, sulla competenza di coordinamento generale dell'attività di governo che il Presidente del consiglio svolge e che potrebbe giustificare questa specificità. La disciplina del procedimento di approvazione dei d.P.C.m. di natura normativa e la loro conseguente collocazione nel sistema delle fonti probabilmente meriterebbe, dunque, uno sforzo di revisione formale⁵⁹. In modo che ogni organo del governo disponga di un proprio atto tipico, che la forza di quest'ultimo dipenda dalla legittimazione e dalla posizione costituzionale del primo e che la natura (amministrativa o normativa) sia stabilita in maniera meno equivoca, al fine di ripristinare il corretto rapporto fra le fonti, pur senza snaturare la sua essenza flessibile ed efficace.

Probabilmente con una regolamentazione di questo strumento non sufficientemente regolamentato, anche le polemiche che hanno accompagnato sino ad oggi l'impiego dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, sia la natura dei d.P.C.m. stessi, si sarebbero potute contenere in un dibattito maggiormente nel merito, al di là delle fisiologiche tensioni dettate dalla gravità di una situazione inaudita quale quella della pandemia da Covid-19.

⁵⁹ Uno sforzo specifico, oppure nel contesto di una più ampia revisione della Presidenza del Consiglio dei ministri, come tentò di fare l'articolo 8 (mai attuato) della legge 7 agosto 2015, n. 124 dove, tra le altre cose, si interveniva anche sulla funzione regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri attraverso la fissazione di un principio con cui si invitava il legislatore delegato a definire «le competenze regolamentari e quelle amministrative funzionali al mantenimento dell'unità dell'indirizzo e alla promozione dell'attività dei Ministri da parte del Presidente del Consiglio dei ministri».