



Rivista N°: 2/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 10/04/2020

AUTORE: Massimo Luciani*

IL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO ALLA PROVA DELL'EMERGENZA**

Sommario: 1. Risalire la catena normativa. – 2. La catena normativa dell'emergenza. - i) La Costituzione. - ii) Le fonti primarie generali. Rinvio. - iii) La dichiarazione dello stato di emergenza. - iv) I decreti-legge "emergenziali". - v) I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. - vi) Le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile. - vii) Le ordinanze del Ministro della salute. - viii) I provvedimenti di altri ministri. - ix) Le ordinanze regionali. - x) Le ordinanze prefettizie. - xi) Le ordinanze sindacali. - 3.- Emergenza e dintorni. - 4.- Opportunità e rischi.

1. Risalire la catena normativa.

Il paziente 0 e il giorno 1 di quella che sarebbe diventata la pandemia da Covid-19 ancora non li conosciamo e forse non li conosceremo mai, ma il giorno 1 dello *stress* del nostro sistema delle fonti è noto. È il 31 gennaio 2020, infatti, che il Consiglio dei ministri adotta la delibera recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"¹. Ed è da quel momento che si diparte la porzione finale della "catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi. Già prima vi erano stati interventi del Ministro della salute, che inizialmente aveva adottato provvedimenti di sorveglianza concernenti "*Tutti i passeggeri sbarcanti in Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si è verificata una trasmissione autoctona sostenuta del*

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

** Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Saggio destinato al *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo.

¹ Così il suo *titulum*. La delibera è pubblicata in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

*nuovo Coronavirus (2019 - nCoV)*² e poi aveva interdetto tutti i voli provenienti dalla Cina³, ma si trattava di interventi limitati e settoriali. Solo con la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale le cose sono cambiate.

Per comprendere cos'è accaduto e cosa sta accadendo occorre risalire quella catena normativa, chiedendosi anzitutto a quali altri anelli si agganci il primo, cioè la ricordata delibera del Consiglio dei ministri.

Al fine di evitare equivoci preciso che la nozione di catena normativa può essere intesa in tre modi, dei quali - qui - considererò soprattutto uno.

Il primo è quello - classico - in cui essa è, in buona sostanza, una "catena normativa della giustificazione"⁴, che si ripercorre a ritroso sino a trovarne il fondamento logico (la kel-seniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante).

Il secondo è quello in cui la si intende come formula descrittiva di un rapporto tra le fonti ordinanti una certa fattispecie tale che "la disciplina dell'oggetto emerge solo dalla catena nel suo insieme"⁵, distinguendo tra catena "verticale" (quando a essere collegate sono fonti di forza diversa) e catena "orizzontale" (quando lo sono fonti di pari forza)⁶.

Il terzo è quello in cui si parla anche di "catena", ma, in realtà, si ha in mente una "rete" e precisamente una rete di integrazione fra sistemi⁷, rete che non sarebbe definita una volta per tutte, ma funzionerebbe come un "processo", nel quale "le dinamiche istituzionali e normative hanno modo [...] di svolgersi assecondando il moto stesso degli interessi e la loro sempre varia combinazione nell'esperienza"⁸.

In queste brevi riflessioni esaminerò la catena normativa nella sua prima accezione, alla ricerca del fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi), visto che la loro legittimità è stata posta da più parti in dubbio proprio in ragione della pretesa assenza di un'adeguata connessione con altri più robusti e giuridicamente presupposti anelli. Del resto, le altre due accezioni non mi convincono.

Non la seconda, perché non corrisponde alla realtà dell'ordinamento l'idea che, in relazione a singole materie o fattispecie, una catena normativa possa (perché c'è una fonte che basta a se stessa) o addirittura debba (perché, ad es., c'è una riserva assoluta di legge) non darsi⁹. Sempre, infatti, la "disciplina dell'oggetto" emerge *almeno* dalla fonte pretesamente autosufficiente e dalla Costituzione (che non si limita mai a un mero conferimento di

² Art. 1, comma 1, ord. 25 gennaio 2020, in G.U., Serie gen., 27 gennaio 2020, n. 21.

³ Art. 1, comma 1, ord. 30 gennaio 2020, in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

⁴ L'espressione è di, B.H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7^a ed., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2015, trad. it. di A. Porciello, P. Chiarella, I. Vadia, C. Atzeni, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Torino, Giappichelli, 2016, 80.

⁵ G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 179.

⁶ G.U. RESCIGNO, *La catena normativa. Contributo al tema della fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1987, 351.

⁷ A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 2002, 22.

⁸ A. RUGGERI, *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Torino, Giappichelli, 2016, 101.

⁹ G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 180.

attribuzioni normative)¹⁰, sicché l'autosufficienza non può darsi¹¹. Non solo. Le catene, senza per ciò trasformarsi in reti, sono sovente *sia* verticali che orizzontali, mescolandosi, nel susseguirsi degli anelli, fonti i cui rapporti sono retti dal principio gerarchico e fonti i cui rapporti sono retti da quello cronologico o da quello della separazione delle competenze (fermo restando, però, che entrambi questi principi sono logicamente subordinati a quello gerarchico, ché è sempre una fonte di grado superiore a definire le relazioni diacroniche e quelle competenziali che intercorrono fra le altre)¹².

Non la terza, perché essa, più che *descrittiva* della realtà dei rapporti fra ordinamenti, appare *prescrittiva* di un modo di concepirli, in linea con l'attuale tendenza al rafforzamento del giudiziario (che punta sul "dialogo fra le Corti" per sottrarsi alla costrizione del diritto positivo di riferimento) e all'apertura al *forum shopping*, che - lungi dall'essere la vagheggiata tecnica di più alta protezione dei diritti - è semplicemente uno strumento di miglior soddisfacimento degli interessi materiali più forti¹³.

Esaminiamo, dunque, i rapporti formali tra i vari tipi di fonti: sarà anche vero che la legittimità delle "procedure" seguite per affrontare l'emergenza "non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale"¹⁴, ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi.

2.- La catena normativa dell'emergenza.

È la specifica catena normativa dell'emergenza che qui interessa. Ormai si tratta di decine e decine di atti, che, se si vuole dare un senso al ragionamento, non è il caso di valutare partitamente. L'esame deve essere dunque condotto per *tipologie* di atti (e di tipologie si tratta anche quando il "tipo" è composto d'un atto soltanto). Dico subito che, almeno per gli atti dei tipi principali (non potendosi - ovviamente - allargare lo sguardo a tutti i tipi di fonte o di provvedimento amministrativo) adottati nel periodo da me considerato¹⁵, e salvo quanto dirò più avanti (specie in ordine al rapporto tra fonti statali e regionali), a me pare che, sul

¹⁰ C'è da chiedersi, semmai, se la stessa Costituzione possa bastare a se stessa. E qui la risposta, ovviamente, dipende: a) da come si interpreta il rapporto fra la Costituzione e il suo fondamento legittimante; b) dalla concezione (monista o dualista) che si ha del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale.

¹¹ In realtà, la proposta teorica di Rescigno sembra essere rivolta più alla ricostruzione dei rapporti fra organi che a quella dei rapporti tra fonti (e in *questa* prospettiva potrebbe essere accettata): "Il senso complessivo di una catena sul piano giuridico è chiaro: ottenere che alla disciplina complessiva di un determinato oggetto partecipino, ciascuno per una parte, più centri di produzione normativa, nel presupposto che l'oggetto presenta diversi livelli di complessità, e dunque sia opportuno che per ciascun livello se ne occupi l'ente meglio attrezzato (è in fondo un'altra manifestazione implicita del principio di sussidiarietà, almeno dal punto di vista ideale)" G. U. RESCIGNO, *La manutenzione delle fonti* (2007), 39 (che può leggersi al "sito" del Consiglio regionale della Toscana).

¹² Non ascrivibile alle determinazioni di una fonte gerarchicamente superiore (ma a esigenze logiche) è, invece, il principio di specialità, che forse proprio per questo incontra serie difficoltà a essere equiparato ai tre criteri "principali" di risoluzione delle antinomie tra le fonti.

¹³ Sono rilievi che ho formulato in innumerevoli occasioni. Da ultimo, mi permetto di rinviare, per il quadro generale, al mio *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 349 sgg.

¹⁴ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020, 4.

¹⁵ È bene precisare che questo scritto è stato consegnato per la pubblicazione il in data 10 aprile 2020.

piano dei rapporti *formali* tra le fonti, le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non siano fondate. Si è evocato lo “Stato di eccezione”¹⁶; si sono fatti paragoni con la “dittatura cui i romani facevano ricorso in situazioni di pericolo per la Repubblica”¹⁷, si è scritto “non siamo in guerra (o invece sì?)”¹⁸ e via drammatizzando¹⁹. Sennonché non c’è alcun bisogno di drammatizzare, perché la situazione è già drammatica di per sé, per i diritti costituzionali, per la pubblica salute e per l’economia, mentre c’è bisogno di verificare se certe categorie (guerra, dittatura, eccezione), che hanno contorni giuridici (sia pur relativamente) precisi possano essere evocate a cuor leggero. E a me pare di no, per le ragioni che poi cercherò di indicare. I rischi della condizione in cui ci troviamo sono enormi (e ne dirò in chiusura), ma per i giuristi le parole e le categorie ch’esse descrivono pesano come macigni, sicché occorre sempre misurarle bene e usarle il più possibile nel loro significato tecnico. Al di là delle parole usate, restano problemi (serissimi) come quello della difficoltà interpretativa di alcune formule generali usate dalla normazione emergenziale e quello di una stratificazione normativa ormai alluvionale, che rende davvero difficile l’orientamento dei cittadini e degli operatori²⁰.

Quanto al primo, l’abrogazione (da parte del d.l. n. 19 del 2020) dell’infelice formula dell’art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 (“*Le autorità competenti, con le modalità previste dall’articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all’articolo 1, comma 1*”)²¹ ha posto rimedio a un evidente difetto di determinatezza che comprometteva la tenuta della catena. Nondimeno, è dubbio che la sanatoria delle misure adottate in attuazione del d.l. n. 6, operata dall’art. 2, comma 3, del d.l. n. 19, possa mettere al riparo dall’annullamento (o disapplicazione) giurisdizionale anche quelle “ulteriori” che siano state eventualmente prese avvalendosi del ricordato art. 2. Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi)²², l’art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti.

¹⁶ A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, 9; D. TRABUCCO, *Sull’(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 2; C. ZUCHELLI, *Lo “stato di eccezione” e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, ne *Il Dubbio*, 4 aprile 2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, I sgg. (per quanto, nel merito, con non poche cautele). V. anche i veloci scritti di Giorgio Agamben citt. alle nn.tt. 54-56.

¹⁷ M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020.

¹⁸ M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020.

¹⁹ Tornerò su queste errate qualificazioni al par. 3.

²⁰ Note critiche sul punto (non tutte, peraltro, a mio parere, condivisibili), da ultimo, in G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, ne *Il Dubbio*, 4 aprile 2020.

²¹ Formula contestata da più parti: v., ad es., M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020, 5; F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020, 5.

²² Da ultimo, Corte cost., sent. n. 195 del 2019.

Quanto al secondo problema, il d.l. n. 19 del 2020, per le ragioni che si diranno appresso, non sembra averlo risolto.

i) La Costituzione.

All'inizio della catena (del diritto positivo) non può che stare la Costituzione, sicché l'interrogativo iniziale e prioritario deve appuntarsi sull'esistenza o meno di una legittimazione costituzionale di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie: un interrogativo che ha trovato innumerevoli tentativi di risposta in dottrina, mentre la giurisprudenza costituzionale l'ha sempre in qualche modo schivato, dando in genere per scontato che una copertura costituzionale ci sia²³.

Ora, escluso che si possano qui ricostruire tutti i molteplici itinerari argomentativi seguiti da una vastissima dottrina, arricchitasi negli ultimi anni di molti nuovi contributi, mi limito a osservare brevemente²⁴ che, a mio avviso, il fondamento costituzionale c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*. Sovente, chi condivide questa opinione li considera "valori" immanenti al sistema, ma, quand'anche questo fossero, quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali. Sebbene i Costituenti abbiano consapevolmente deciso di non normare esplicitamente lo stato di emergenza (e più ancora di assedio)²⁵, la loro positivizzazione si rinviene infatti in significativi *loci*: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quella dell'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)²⁶. La Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa²⁷ idea che la necessità sia essa stessa fonte, come vorrebbe (per riprendere le corrose parole di Francesco Racioppi) "quella nuova «ragion di Stato» che l'imperfetto costituzionalismo germanico ci raccomanda col nome pomposo di «diritto di necessità»"²⁸. Idea che

²³ V. soprattutto Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

²⁴ Riprendendo riflessioni svolte nel mio *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1173 sgg.

²⁵ Una sintetica ricostruzione del dibattito alla Costituente, da ultimo, in G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 34 sgg.

²⁶ Per ciascuno di questi profili v'è ormai inequivoca giurisprudenza costituzionale (v., in particolare, sentt. nn. 30 del 1971; 1146 del 1988; 238 del 2014; 115 del 2018).

Non mi sembra probante, invece, il riferimento all'art. 120, comma 2, Cost. e al suo riferimento al "*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*" (così, invece, G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 38), per la limitatezza degli effetti che ne conseguono (l'attribuzione allo Stato del potere sostitutivo).

Insufficiente, poi, il richiamo (che viene da F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 4) all'art. 77 (che non contempla la vera e propria emergenza) ed eccessivo quello all'art. 78 Cost. (che contempla una fattispecie del tutto diversa qual è - si vedrà al par. 3 - la guerra).

²⁷ E sempre meno condivisa: v. ad es., A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, 49 sgg.

²⁸ F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 141. A questa tesi autenticamente liberale e garantista si contrappose quella - di stampo autoritario - di S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 220: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad

è radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo²⁹, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacobi e di Schmitt)³⁰, destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del *fatto*, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di *diritto*.

Ma torniamo alla legittimazione costituzionale. Poiché alla positivizzazione degli interessi conservativi dell'ordinamento non fa seguito una disciplina specifica delle competenze e dei procedimenti per la loro tutela, è da ritenere che la legittimazione s'indirizzi alla fonte primaria. La positivizzazione degli interessi non è dunque tale da consentire all'Esecutivo di adottare provvedimenti normativi eccezionali in deroga alle leggi vigenti (diversi, ovviamente, dai decreti-legge) *omisso medio*, cioè senza un'intermediazione legislativa che li preveda³¹. Alla fonte primaria "intermediaria", a sua volta, non è consentito conferire a quei provvedimenti la medesima forza della legge, perché della forza di una fonte può disporre solo la fonte sovraordinata³². È per questo che alle fonti *extra-ordinem* non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio - pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà - della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione. Emerge, qui, la relatività della distinzione tra sospensione e deroga: le fonti emergenziali non si limitano a sospendere "per un periodo di tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori"³³, ma - per quel periodo di tempo - disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle, eppure non producono i medesimi effetti della deroga "ordinaria", che, caratterizzata dalla definitività³⁴, non è altro che una forma di abrogazione parziale³⁵.

essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". La caratura autoritaria della ricostruzione romaniana ben emerge dalla critica alle opinioni più pensose della tutela della libertà individuale, nelle quali vedeva "un residuo, sia pure inavvertito, del dottrinarismo costituzionale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato" (*ivi*, 257)

²⁹ Non dissimile, mi sembra, la posizione di G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 24.

³⁰ Cfr. E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVdDStRL*, 1, (1924), 109; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5^a ed., rist. dell'ed. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 100.

³¹ Tesi opposta in A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, cit., 400.

³² In senso opposto, per il riconoscimento della forza di legge alle fonti *extra-ordinem*, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Id.* (a cura di), *Diritto pubblico*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2017, 191 sg. Che le ordinanze derogatorie della legge abbiano, per ciò solo, forza di legge, è stato costantemente negato dalla Corte costituzionale (v., in particolare, le sentt. nn. 8 del 1956 e 4 del 1977).

Nel mio *Atti normativi*, cit., 1178, avevo proposto di ricostruire il rapporto fra legge "intermediaria" e ordinanza derogatoria alla legge in termini analoghi a quelli della delegificazione (nel medesimo senso, ora, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 sgg.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019, 66). Nel testo, adesso, provo a leggere la questione nella prospettiva dei limiti intrinseci alla *vis normativa* dell'ordinanza.

³³ S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2019, 66.

³⁴ Definitivi, peraltro, come già aveva notato S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 265, possono essere gli effetti determinati dalla deroga *ad tempus*, ma questa è - ovviamente - cosa del tutto diversa. Non

Escluso che i provvedimenti emergenziali possano vedersi riconoscere la forza (e dunque anche il valore, con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale)³⁶ di legge, la fonte primaria “intermediaria” non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità. Poiché, come accennato, il principio di legalità, nel nostro ordinamento, va inteso non solo in senso formale, ma anche sostanziale³⁷, giustamente la Corte costituzionale ha precisato che è “conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell’atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell’intervento e l’autorità legittimata”³⁸.

Non solo. Gli atti in questione devono essere autenticamente *extra-ordinem*, sia nel senso che non si dovrebbe abusarne³⁹, sia nel senso che non è consentito costruire il medesimo modulo ora descritto quando difettano i presupposti costituzionali legittimanti che ho indicato. È per questo che, nella notissima e già cit. sent. n. 115 del 2011, la Corte costituzionale, decidendo una questione di costituzionalità avente ad oggetto l’art. 54, comma 4, del t.u.e.l., per come sostituito dall’art. 6 del d. l. n. 92 del 2008, ha affermato che “non è consentito alle ordinanze sindacali «ordinarie» [...] di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell’urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti”.

Il problema, a questo punto, si sposta, diventando quello delle modalità di identificazione e proclamazione di quella situazione di emergenza cui può conseguire l’adozione degli atti *extra ordinem*. Poiché la Costituzione consente al Governo di normare nei casi di necessità e di urgenza adottando decreti-legge, si deve ritenere che sia proprio questa la fonte riservataria di tale identificazione e proclamazione⁴⁰. Tanto, ovviamente, se difetta una previ-

intendo bene, però, la preoccupazione di 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, 374, che teme un eccessivo consolidamento “a distanza di tempo dalla loro produzione”. Soprattutto per quanto riguarda il sindacato del giudice amministrativo, le norme processuali assicurano un intervento più che tempestivo, anzitutto nella forma della tutela cautelare.

³⁵ La questione è puntualmente chiarita da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5^a ed., Padova, Cedam, 1984, 194 (la deroga che “abbia carattere temporaneo” è sospensione, non abrogazione parziale). Adesivamente, S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, loc. cit.

Non di sospensione, ma di “rottura”, parla invece G. Morbidelli, *Prefazione* a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza*, cit., 5 sgg.

³⁶ Doveroso il richiamo alle riflessioni di A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 sgg.

³⁷ V., da ultimo, la sent. Corte cost., n. 195 del 2019, ma già prima, proprio nella materia che qui interessa, la sent. n. 115 del 2011. Con particolare rigore, specificamente sul principio di legalità delle pene, la recente sent. n. 32 del 2020.

³⁸ Corte cost., sent. n. 617 del 1987.

³⁹ Il che, invece, accade frequentemente. Cfr., sul punto, almeno C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec. 3334 sgg. Di un “sistema parallelo” di normazione aveva parlato, proprio a proposito delle ordinanze, anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 377.

⁴⁰ Così G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 453 sgg. *Contra*, A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza*, cit., 366 sgg., con argomenti che ho avuto modo di sottoporre a critica nel mio *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 1177 sg., *ad notam*.

sione *legislativa* che contempra un diverso procedimento generale idoneo alla bisogna. Il che - come fra poco si dirà - è esattamente quanto accade nel nostro ordinamento.

In conclusione: la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria. È dunque assai dubbio che la diffusa sollecitazione a una revisione costituzionale che disciplini lo stato di emergenza meriti di essere raccolta: la Costituzione ha mostrato di saper reggere⁴¹ e, una volta di più, se ci sono dei problemi non è di là che vengono.

ii) Le fonti primarie generali. Rinvio.

Alcune fonti primarie disciplinano in via generale i provvedimenti eccezionali che possono essere adottati in situazioni di emergenza. Di esse interessano, qui, soprattutto quelle relative all'emergenza sanitaria, come la l. 23 dicembre 1978, n. 833 (in particolare all'art. 32) e il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il "Codice della protezione civile" (*hinc inde*: "Codice"). Se ne parlerà nel prosieguo, laddove si esaminerà la loro capacità (o meno) di legittimare i provvedimenti emergenziali succedutisi negli ultimi due mesi, mentre più sullo sfondo restano le norme ancor più generali dettate dall'art. 2 del t.u.l.p.s. e dall'art. 50, comma 5, del t.u.e.l.

iii) La dichiarazione dello stato di emergenza.

Come in genere accade, anche la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio richiama, a proprio fondamento, una variopinta pluralità di atti normativi. Quello che davvero conta, però, è il primo richiamo, in cui si dà atto che la delibera è adottata "visto" il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, e "in particolare" gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1. È questo il richiamo che conta, appunto, perché, al di là di quanto si scrive in premessa, l'art. 1, comma 1, della delibera dichiara che lo stato di emergenza nazionale è proclamato "*ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*", così come il comma 2 del medesimo articolo chiarisce che quelli da adottare durante lo stato di emergenza sono gli "*interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*". In definitiva:

a) la deliberazione dello stato di emergenza ha il proprio fondamento nel Codice della protezione civile, fonte primaria la cui legittimità è già stata scrutinata dalla Corte costituzionale⁴²;

b) essendo assunta ai sensi dell'art. 24 del Codice, quello che viene proclamato (sebbene nell'articolato non lo si dica espressamente) è specificamente lo "stato di emergenza di rilievo nazionale";

⁴¹ V. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020, 11.

⁴² Corte cost., sent. n. 418 del 1992. Oggetto della pronuncia era la l. 24 febbraio 1992, n. 225 ("Istituzione del servizio nazionale della protezione civile"), ma il suo contenuto era analogo a quello del Codice. In quell'occasione, la Corte affermò, fra l'altro, che "*Nel ricorrere di così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali [...]*".

c) l'“emergenza” è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-generalì, definisce presupposti (artt. 1 e 7 del Codice), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)⁴³.

La declaratoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale⁴⁴. Al di là dell'evidente crisi (nonostante l'art. 7, comma 1, c.p.a.) dell'atto politico come atto insindacabile⁴⁵, la deliberazione ex art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice (anzitutto amministrativo). Ai sensi del comma 1 dello stesso art. 24, infatti, la dichiarazione può essere adottata solo “*sulla base dei dati e delle informazioni disponibili*”, dati che devono dimostrare la sussistenza dei “*requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c)*”. Si deve perciò trattare di quei “*dati, univoci e concordanti*” che una nota pronuncia della Corte costituzionale ha considerato essenziali⁴⁶.

Sempre la Corte, del resto, ha già riconosciuto la sindacabilità delle dichiarazioni di uno stato di emergenza scrutinando la legittimità costituzionale del d.l. 6 novembre 2008, n. 172, “*nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera a) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera d)*”. In quella occasione, la violazione della riserva di legge ex art. 25 Cost. è stata esclusa perché “*Le norme censurate non appartengono alla categoria delle cosiddette «norme penali in bianco» (che pure, a certe condizioni, questa Corte ha dichiarato costituzionalmente ammissibili [...]), in quanto in esse la fattispecie criminosa è compiutamente descritta e le pene sono specificamente previste. La dichiarazione dello stato di emergenza, da parte dell'autorità governativa, è solo una condizione di fatto per l'applicabilità delle norme medesime, che non integra in alcun modo il contenuto del precetto penale, fissato nella legge, in sé e per sé completo ed autosufficiente. Peraltro, la stessa dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti [...]. L'atto amministrativo a carattere generale, che funge da presupposto per l'applicabilità delle sanzioni penali previste dalle norme censurate, è pertanto esso stesso suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze. Non si riscontra quindi la possibilità di decisioni governative illegittime, da cui deriverebbero indirettamente le conseguenze*

⁴³ Tornerò sul punto al par. 3.

⁴⁴ Indimostrata, dunque, l'affermazione di G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC*, 9 ottobre 2008, 11, che “non esiste [...] alcun modo per attivare un giudizio di proporzionalità fra l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria, che rimane costituzionalmente incontrollata [...]”, ora ripresa da D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso*, cit., 15.

⁴⁵ V. la nota sent. Corte cost., n. 81 del 2012; v. anche, di recente, a mo' di *sequitur* nella giurisprudenza comune, per una concezione restrittiva di “atto politico” e largheggiante di “atto di alta amministrazione”, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54; in dottrina, da ultimo, le opposte opinioni di G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *Iacostituzione.info*, 7 febbraio 2019 (contraria alla sindacabilità), e S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, *ivi*, 9 febbraio 2019 (favorevole).

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 127 del 1995.

penali previste dalle norme oggetto della presente questione, senza che sia esperibile alcun controllo di legalità⁴⁷. Insomma, il sillogismo è semplice: se ci sono paradigmi normativi che devono essere rispettati il controllo del giudice non può difettare⁴⁸; qui i paradigmi normativi ci sono; il sindacato giurisdizionale, di conseguenza, non può mancare⁴⁹. D'altro canto, la più garantista dottrina dell'inizio del secolo passato l'aveva sostenuto per i decreti istitutivi dello stato d'assedio⁵⁰: non mi sembra che si possa pensare il contrario in vigenza della Costituzione repubblicana.

Né la compressione delle prerogative del Governo si fa, così, eccessiva, sia perché esse sono sempre tutelabili in sede di conflitto di attribuzione, sia perché il sindacato giurisdizionale su atti del genere dev'essere più "esterno" che mai, essendo tenuto a limitarsi alla verifica della coerenza interna dell'atto⁵¹ e all'accertamento dell'effettiva sussistenza dei fatti posti a base della deliberazione⁵², senza impingere nel merito (ciò che non è ammesso, del resto, nemmeno sulla comune discrezionalità tecnica)⁵³.

Vero questo, sembra abbastanza evidente che, nella specie, non si possa negare alla deliberazione dello stato di emergenza un robusto fondamento. Se non bastasse la dichiarazione dello stato di emergenza internazionale fatta dall'OMS il giorno precedente, sarebbero sufficienti i drammatici dati epidemiologici di questi due mesi a dimostrare l'assurdità e la pe-

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 83 del 2010.

⁴⁸ Si tratta del medesimo ragionamento svolto, ancorché in riferimento al sindacato del giudice costituzionale, dalla cit. sent. Corte cost. n. 81 del 2012. Da ultimo, in questo senso, G. PANATTONI, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi "Diciotti" e "Gregoretti"*, in *federalismi.it*, n. 8/2020, 223.

⁴⁹ Sulla possibilità che il giudice (amministrativo) verifichi il "fatto emergenziale", E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 246.

Non può convincere, pertanto, la giurisprudenza amministrativa quando, a proposito degli atti dichiarativi delle situazioni di emergenza, afferma che nelle norme che li legittimano una "definizione [di emergenza] c'è, anche se avviene per relationem con riguardo a ciò che è riconosciuto come tale dalle competenti autorità" (così Cons. Stato Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 423). Come detto nel testo, la legge definisce i presupposti dell'emergenza e non si limita a normare per relationem, onerando l'autorità di governo dell'accertamento istruttorio e della motivazione della sussistenza dei presupposti dell'emergenza.

⁵⁰ F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, 372 sgg.; G. ARANGIO RUIZ, *Sulla legittimità dei Tribunali di guerra istituiti nei luoghi devastati dal terremoto del 28 dicembre 1908*, in *Riv. di dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 520 sg. (v., in particolare, *ivi*, 522: "la Corte suprema doveva considerare, pel suo dovere di esaminare, nelle ordinanze di necessità o di urgenza, se la materia è veramente urgente, senza di che l'arbitrio governativo diventa sconfinato"); S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 151 sgg. (con riconoscimento di un amplissimo potere giurisdizionale di sindacato, anche sui presupposti). *Contra*, ma rapidamente, A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità" nel diritto pubblico interno*, Napoli, Piero, 1916, 90.

⁵¹ Almeno su questo punto il controllo giurisdizionale era ammesso anche da S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 271.

⁵² Più in generale, è da auspicare che il giudice amministrativo italiano non segua l'esempio del più disinvolto "cugino" francese, che di recente, sulla base di un apprezzamento del pubblico interesse diverso da quello operato dal Governo, ha (nientemeno...) "enjoint au Premier ministre et au ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes:

- préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé;
- réexaminer le maintien de la dérogation pour «déplacements brefs, à proximité du domicile»;
- [...] évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation".

⁵³ Che "non è suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale quanto al merito della scelta effettuata, salvo - senza che ciò comporti [...] «un'inammissibile inversione dell'onere della prova in ordine all'idoneità tecnica della scelta amministrativa» - vizi di forma o di procedura o manifesta irragionevolezza o carenza nell'istruttoria e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti" (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 26 marzo 2020, n. 2099).

ricolosità della tesi di chi ha parlato di una “invenzione” dell’epidemia per finalità di controllo sociale⁵⁴. Una posizione così priva di argomentazioni e prove da essere apodittica⁵⁵ e che per il suo estremismo biopolitico ha anche il demerito di indebolire quella di chi, più saggiamente, ha messo in guardia dalla “normalizzazione” futura che potrebbe essere suggerita dalla vicenda emergenziale⁵⁶.

iv) I decreti-legge “emergenziali”.

Una cospicua serie di decreti-legge ha fatto seguito, sia pure con un certo ritardo (il primo della serie è il n. 6 del 23 febbraio), alla dichiarazione di emergenza. La loro legittimità (e la legittimità delle relative leggi di conversione, ch  la sorte delle due fonti   - per logica e per ormai saldo indirizzo della giurisprudenza costituzionale - legata)⁵⁷ dipende evidentemente dal rispetto o meno dei canoni previsti dall’art. 77 Cost. Qui si deve operare un *distin- guo*.

Sul ricorrere dei due *presupposti* della necessit  e dell’urgenza, *nulla quaestio*. Anche a voler discostarsi dal consolidato indirizzo della Corte costituzionale, a tenor del quale “*il sindacato sulla legittimit  dell’adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessit  e urgenza richiesti dall’art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrariet  della loro valutazione*”⁵⁸, sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l’intervento dei “provvedimenti provvisori con forza di legge” previsti dall’art. 77 Cost. sia legittimo, perch  ci troviamo nell’ancor pi  radicale condizione dell’emergenza⁵⁹. Nonostante alcune voci contrarie in dottrina⁶⁰, peraltro, a me sembra evidente che i decreti-legge in questione non possano essere iterati o reiterati: nonostante la peculiarit  dello stato di emergenza, l’art. 77 Cost. non tollera d’esserne dimidiato e pretende d’essere osservato nella sua integralit . E, come la Corte ha ben spiegato sin dalla storica sent. n. 360 del 1996, solo “*presupposti giustificativi nuovi di natura «straordinaria»*” (nuovi!) possono giustificare un altrettanto nuovo esercizio della decretazione d’urgenza, tale - perch  - che il nuovo decreto-

⁵⁴ Cfr. G. AGAMBEN, *L’invenzione di un’epidemia* (26 febbraio 2020) e ID., *Contagio* (11 marzo 2020), leggibili in rete alla pagina che questo A. tiene su *Quodlibet*.

⁵⁵ Criticata con rigorosa dimostrazione delle sue contraddizioni interne da D. GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia*, 27 febbraio 2020, e con durezza, anche con toni - diciamo cos  - “pittoreschi”, da P. FLORES D’ARCAIS, *Filosofia e virus: le farneticazioni di Giorgio Agamben* (16 marzo 2020), in www.Micromega.net. Debolissima (soprattutto per il rifiuto di ammettere il grave errore commesso) la risposta di G. AGAMBEN, *Chiarimenti* (17 marzo 2020), sempre sulla rubrica di *Quodlibet*.

⁵⁶ V. le corrette riflessioni di G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico* (25 marzo 2020), leggibile in rete al sito di *MicroMega - Il rasoio di Occam*. Lo stesso G. AGAMBEN, *Riflessioni sulla peste* (27 marzo 2020), sempre loc. cit.,   ora costretto a spostare l’attenzione sul “dopo”.

⁵⁷   arcinoto che   cos  gi  dalla sent. Corte cost., n. 29 del 1995.

⁵⁸ Cos , da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 99 del 2018 e 97 del 2019.

⁵⁹ Il concetto sar  anche di difficile definizione generale, ma il ricorrere di questa condizione   addirittura intuitivo (cos  anche A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, 4) e comunque ha trovato la sua formalizzazione nella delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio. Sul punto, comunque, si torner  al par. 3.

⁶⁰ V., ad es., B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6 del 2020, VII; A. VERNATA, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Forum di Biolaw Journal*, 13 marzo 2020, 5 (sulla base di una singolare citazione “correttiva”, in parentesi quadra, della sent. n. 360 del 1996: “*la sussistenza dei «presupposti giustificativi nuovi [rectius: attuali] di natura «straordinaria»*”).

legge “non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito”. In difetto di presupposti nuovi, l’ulteriore decreto-legge dovrebbe “risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi”, sicché non ci sarebbe alcuna iterazione o reiterazione.

Discorso più complesso per la *condizione* costituzionale di legittimità della decretazione d’urgenza, cioè per la straordinarietà.

Come osservavo già in altra occasione, essa, a mio avviso, non è un presupposto, nel senso che non inerisce in particolare al singolo decreto-legge, condizionando la concreta praticabilità giuridica della sua adozione, ma attiene in generale all’istituto del decreto-legge, sostanziandosi nella prescrizione che la decretazione d’urgenza non può essere uno strumento ordinario di normazione primaria⁶¹. La conseguenza è che, essendo costituzionalmente vietata la trasformazione della straordinarietà in ordinarietà, gli atti che la determinano sono illegittimi. Proprio per questo ipotizzavo che il principio della straordinarietà, da un lato, vietasse l’urgenza autoprocurata e, dall’altro, imponesse il dovere di dare al decreto-legge e alla legge di conversione un contenuto omogeneo⁶², dovere di omogeneità che peraltro sembra ormai *ius receptum*⁶³.

Che accade, dunque, nella situazione attuale? Non si dovrebbe forse dire che, essendosi la normazione primaria ridotta alla sola decretazione d’urgenza, il principio della straordinarietà è stato violato? A me pare che si debba fare qualche precisazione.

Allo stato delle cose, la moltiplicazione dei decreti-legge non è altro che la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento, sicché la decretazione d’urgenza resta pur sempre (legata a una contingenza) extra-ordinaria. Diversa dovrebbe essere la conclusione qualora l’emergenza si protracesse per molti mesi. In quel caso, infatti, ci troveremmo in una condizione trasformatasi in *sostanzialmente* ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni. In particolare, il Parlamento dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo (e a questo scopo sarebbe essenziale la soluzione dei problemi pratici di funzionamento delle assemblee rappresentative, garantendo la pienezza del dibattito e, allo stesso tempo, la sicurezza dei parla-

⁶¹ M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163.

⁶² Altrimenti il dipolo decreto-legge - disegno di legge di conversione, strumento straordinario di normazione, si trasformerebbe, appunto, in strumento ordinario: M. LUCIANI, *Atti normativi*, cit., 1165 sg.

⁶³ Sin dalla sent. n. 22 del 2012. Come si legge, da ultimo, nella sent. n. 247 del 2019, “*la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione (sentenza n. 251 del 2014)*”.

L’obiezione di (un carissimo amico da pochissimo purtroppo scomparso, qual era) S.M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, che può leggersi in rete in <http://www.giurcost.org/studi/Cicconetti2.pdf>, a tenor della quale la Corte, così, avrebbe introdotto un requisito di legittimità ulteriore rispetto a quelli previsti dall’art. 77 Cost. non può convincere, perché la straordinarietà è ospitata esattamente in quella disposizione costituzionale.

mentari)⁶⁴. Se così non fosse, allora, e solo allora, potrebbe e dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale della straordinarietà⁶⁵.

v) I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Il Presidente del Consiglio è, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice, "*autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia*". Il Codice confida al Presidente del Consiglio anche "*i poteri di ordinanza in materia di protezione civile*", stabilendo peraltro che, "*salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24*" (cioè con la deliberazione dello stato di emergenza), egli può esercitarli "*per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile*" (art. 5, comma 1). È direttamente il Presidente del Consiglio, comunque, che "*determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale*" (art. 5, comma 2). Il Codice, poi, dispone che spetta sempre al Presidente del Consiglio dei ministri adottare direttive con cui dare "*gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori*" (art. 5, comma 2, da leggere in combinato disposto con l'art. 15, da esso richiamato).

Sempre il codice disciplina, all'art. 25, limiti e contenuto delle ordinanze di protezione civile, da considerare a tutti gli effetti atti normativi⁶⁶, tanto che la categoria in cui tali atti rien-

⁶⁴ È noto che alcuni (Ainis, Ceccanti, Clementi, Fusaro, etc.) propongono che il Parlamento funzioni sin d'ora con modalità telematiche. Il fondamento di questa proposta (l'interpretazione "evolutiva" della nozione di "presenza" parlamentare, alla quale aderiscono anche Caravita e D'Aloia, ma proiettandone l'applicazione nel futuro, sulla base di procedure ancora da definire) è da respingere con fermezza (ho cercato di argomentarlo *verbis* in occasione di un dibattito su Radio radicale organizzato dall'On. Brescia, cui hanno partecipato Curreri, Lupo e Trucco a favore della tesi qui criticata e - oltre chi scrive - Calvano e Lippolis contro, che può vedersi al link <https://www.radioradicale.it/scheda/602453/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza>). Se mai si arriverà a quel punto, non sarà perché la Costituzione o i regolamenti parlamentari lo consentano, ma solo perché si sarà avuta una rottura della Costituzione (un'autentica *Verfassungsdurchbrechung* nel senso già visto), magari necessaria e inevitabile, ma pur sempre rottura.

Gravissimi sono, poi, i rischi della proiezione futura dell'acrobazia interpretativa che si propone, poiché essa legittimerebbe la riduzione del Parlamento a stanza virtuale anche nei momenti di ordinario funzionamento delle istituzioni (in questo senso, esattamente, anche F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 27 marzo 2020, 8).

Noto, infine, che inopinatamente qualcuno dei favorevoli ha arruolato nel proprio gruppo Gaetano Azzariti, laddove questi si è limitato a scrivere che "personalmente credo che anche in questa fase di necessità si possano trovare modalità organizzative per assicurare un voto in presenza garantendo sia il rispetto degli equilibri politici (la proporzione dei gruppi), sia tutte le misure di sicurezza necessarie (voto scaglionato e tempi dilazionati)": G. AZZARITI, *Editoriale*, cit., IV (sono grato all'A. per avermi dato l'"interpretazione autentica" del suo pensiero).

⁶⁵ Speculare il rilievo di L.A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità", cit., 15, che, postulando la necessità che le misure emergenziali siano prese con decreto-legge e non con ordinanza, ritiene che in condizione di emergenza la straordinarietà debba tramutarsi in ordinarietà.

⁶⁶ Sul punto, ampiamente E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., spec. 249 sgg.

Peraltro si tratta di atti normativi di natura non regolamentare, come invece affermato da P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Iacostituzione.info*, 19 marzo 2020 (che, peraltro, correttamente nega che la catena delle fonti succedutesi in questo periodo di emergenza sia affetta da vizi di costituzionalità).

Speculare la posizione di M.A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *Iacostituzione.info*, 28 marzo 2020, il quale correttamente nega la natura regolamentare dei decre-

trano si ritenga caratterizzata dalla novità⁶⁷, quanto che si ritenga caratterizzata dalla generalità e dall'astrattezza⁶⁸.

La formulazione dell'*incipit* dell'art. 25, comma 1, non è delle più chiare. Ivi si stabilisce, infatti, che le ordinanze di protezione civile sono adottate "*per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale*", sicché ci si potrebbe chiedere se le ordinanze siano chiamate esse stesse a identificare gli interventi necessari oppure debbano limitarsi all'attuazione (anzi, all'ancor meno penetrante "coordinamento" dell'attuazione) di interventi disposti da altra fonte (la quale, a questo punto, non potrebbe che essere il decreto-legge).

L'interpretazione più rigorosa, sebbene garantista, non è convincente. Per un verso, se le ordinanze dovessero limitarsi al "coordinamento dell'attuazione", ci sarebbe da chiedersi perché prevederle, visto che l'intermediazione della fonte primaria sarebbe sempre necessaria. Per l'altro, ci sarebbe da chiedersi che senso avrebbe riconoscere la possibilità ch'esse (ai sensi dell'art. 25, comma 1), dispongano "*in deroga ad ogni disposizione vigente*" (ancorché "*nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*"), visto che una simile previsione parrebbe costituire una copertura davvero eccessiva di provvedimenti che si limitassero al semplice "coordinamento dell'attuazione".

L'opposta ipotesi interpretativa, invece, trova anche conforto in giurisprudenza, laddove: a) si mostra di condividere una nozione assai largheggiante di "attuazione"⁶⁹; b) si afferma espressamente che "*l'art. 5 l. n. 225 del 1992 [...] prevede che a seguito della dichiarazione di emergenza, e per fare fronte ad essa, lo stesso Presidente del Consiglio dei ministri o, su sua delega, il Ministro dell'interno possano adottare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*"⁷⁰ c) si rileva che, nel caso di calamità naturali, "*gli interventi da realizzare possono essere effettuati anche in deroga alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in ragione di quanto previsto dall'abrogato art. 5*

ti del Presidente del Consiglio ed erroneamente (almeno a mio avviso, per le ragioni indicate nel testo) sostiene ch'essi avrebbero violato la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost.

⁶⁷ Come sembra opinare la sent. Corte cost. n. 346 del 2010.

⁶⁸ Così, ad es., G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2196 sg.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 277 del 2008: "*per l'attuazione dei predetti interventi di emergenza, possono essere adottate ordinanze [...] in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto, tuttavia, dei principi generali dell'ordinamento giuridico [...]*" (ma v. già sent. n. 284 del 2006). Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, da ultimo, T.A.R. Lazio (Roma), Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 11595.

Si noti che l'art. 48 del d. lgs. n. 1 del 2018 ha abrogato la l. 24 febbraio 1992, n. 225, ma siccome molte loro previsioni sono, per quanto qui interessa, sostanzialmente identiche, può qui essere richiamata anche la giurisprudenza che si riferisce alla fonte più risalente.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 82 del 2006.

della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018⁷¹, il che significa che secondo questa lettura le norme generali sulla protezione civile conferiscono direttamente alle ordinanze (cioè senza bisogno di altra fonte intermediaria) un potere derogatorio (sia pur con limiti) della normativa vigente.

Vero è, tuttavia, che il Codice subordina le ordinanze ai limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza e che, stavolta, questa non indica, in realtà, alcun vero limite ulteriore rispetto a quelli del Codice stesso, stabilendo solo che le ordinanze sono adottate *“in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3”*. Non solo: la dichiarazione dello stato di emergenza, al punto 2, vorrebbe che le ordinanze fossero *“emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile”*, mentre le prescrizioni più importanti sono state adottate con i decreti del Presidente del Consiglio di cui stiamo parlando (che, si badi, sono ovviamente ordinanze, pur se nella forma tipica - per quell’organo - del decreto del Presidente del Consiglio)⁷². La legittimazione di tali decreti, allora, non si desume solo dal Codice, bensì dal combinato disposto delle norme generali del Codice (che, come abbiamo visto, conferiscono il potere di ordinanza in via principale al Presidente del Consiglio, fermo restando che questi *“può”* avvalersi del Capo del Dipartimento) e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi in questo periodo, cui i decreti del Presidente del Consiglio danno attuazione⁷³. Già il primo di essi, infatti (cioè il d.P.C.M. 23 febbraio 2020), dettava *“Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”* e anche quelli successivi hanno proceduto nel medesimo modo⁷⁴. Il d.l. n. 6 del 2020, a sua volta, prevede le misure necessarie sono prese *“con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri”* (art. 3, comma 1), né la sua abrogazione ad opera dell’art. 5, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 ha cambiato alcunché, perché i decreti del Presidente del Consiglio restano la principale fonte emergenziale secondaria ai sensi dell’art. 2, comma 1, di quella stessa fonte.

Alla fondazione dei decreti *sia* sul Codice *sia* sui decreti-legge⁷⁵ che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti

⁷¹ Corte cost., sent. n. 4 del 2019.

⁷² Che i decreti emergenziali in questione siano vere e proprie ordinanze è giustamente considerato ovvio da E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 4. *Ivi*, anche corrette riflessioni sul rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge da parte della catena normativa dell’attuale emergenza.

⁷³ Sulla *“duplice legittimazione”* di tali decreti, v. anche B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus*, loc. cit.

L’avvento dei decreti-legge non ha dunque segnato la scelta di una *“terza via”*, rispetto all’uso della normativa sulla protezione civile o di quella in materia di sanità pubblica (così, invece, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 4).

⁷⁴ Disposizioni attuative del d.l. n. 6 del 2020 sono state adottate con i dd.PP.CC.MM. del 25 febbraio, del 1° marzo, del 4 marzo, dell’8 marzo, del 9 marzo, dell’11 marzo, del 22 marzo, del 1° aprile (che peraltro dà attuazione anche al d.l. n. 19 del 25 marzo).

⁷⁵ Dunque non solo su questi (e sulle relative leggi di conversione), come sembrano ritenere coloro che - invero sorprendentemente - sminuiscono (v., ad es., U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell’epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020, 2 sgg.) o in tutto o in parte trascurano (G. BOGGERO, *Le “more” dell’adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull’intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 2; M. DE NES, *Emergenza Covid-*

possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge⁷⁶.

V'è da chiedersi, semmai, se l'intervento di questa fonte sia sufficiente a integrare il rispetto del principio di legalità e delle numerose riserve di legge previste in Costituzione a presidio dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza ha affermato che *“Il potere di ordinanza è un «potere atipico» che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a «nominare» il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione. Tale deroga si giustifica, sul piano costituzionale, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi e dei valori, in ragione dell'esigenza di assicurare la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente che, in quanto tale, non sarebbe compatibile con una rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare”*⁷⁷. A me sembra che così si vada troppo in là: non si tratta di mettere fra parentesi il principio di legalità, ma semplicemente di ammetterne una lettura adeguata alla particolarità della fattispecie. È proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano *a priori* definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinarie. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure.

Nella vicenda che qui interessa la necessaria disciplina generale non manca. Gli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile identificano i presupposti della dichiarazione dello stato di emergenza, mentre l'art. 25, al comma 2, fornisce almeno alcune indicazioni essenziali sui possibili contenuti delle ordinanze che la seguono. Più ancora: i decreti-legge succedutisi in questi due mesi precisano meglio tali possibili contenuti (art. 1, comma 2, del d.l. n. 6 e art. 1, comma 2, del d.l. n. 19), fornendo un lungo elenco degli interventi ammessi.

Il problema, allora, si sposta dal piano generale a quello particolare dei contenuti concreti delle fonti primarie, che devono adeguatamente delimitare la discrezionalità del

19, cit., 2; G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, ivi, 11 marzo 2020, 4; E. FALLETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, ivi, 19 marzo 2020, 3; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020, 6; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso*, cit., 8; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 10 sgg.;

L.A. MAZZAROLLI, *“Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, 23 marzo 2020, 12 sg.

) l'importanza del Codice della protezione civile.

⁷⁶ È vero, dunque, che, già prima di questa vicenda, “in molti casi l'utilizzo da parte del Governo delle ordinanze o dei decreti-legge è avvenuto in modo indifferente quasi fossero «strumenti fungibili» per fronteggiare l'emergenza” (così E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 125), ma tra i due strumenti intercorre, comunque, lo specifico rapporto cui ora ho accennato.

⁷⁷ Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953.

normatore secondario. È un'indagine che esula dai limiti di questo scritto, per come definiti in apertura, ma non si può fare a meno di osservare che l'emergenza che oggi affrontiamo è molto diversa dalla generalità delle altre che sovente affliggono il Paese. Se un terremoto o un'alluvione sono *fatti*, ormai verificatisi, un'emergenza sanitaria di questa portata è un *processo*, in continua e imprevedibile evoluzione⁷⁸, come del resto era stato colto già dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 del 2020⁷⁹. Se è così, deve necessariamente tollerarsi un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell'usuale. E si deve anche meglio intendere la scelta di servirsi dello strumento più flessibile delle ordinanze e non (solo) di quello dei decreti-legge.

In ogni caso, come già sulla dichiarazione di emergenza, il sindacato giurisdizionale è assicurato anche sui decreti del Presidente del Consiglio. Le ordinanze di protezione civile, *“ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”* (art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile) e la giurisprudenza ha precisato che esse, *“pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce (tra le varie: Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3726)”*⁸⁰. Non solo. Proprio sul piano del rapporto tra fonti, il giudice è tenuto alla massima cautela interpretativa: come ha affermato la Corte costituzionale, *“Nell'ipotesi di dubbi applicativi, la legge sulla protezione civile [e con essa, aggiungo, ovviamente anche tutte le altre che prevedono interventi eccezionali] deve essere comunque interpretata secundum ordinem in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti”*⁸¹.

Nella prospettiva dell'osservanza del principio di legalità e delle riserve di legge, infine, non può essere trascurata la considerazione, già fatta in precedenza, che le fonti emergenziali secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata.

⁷⁸ La diversità di questa emergenza rispetto alle altre a noi più familiari è sottolineata, fra gli altri, da A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 1 sg.

In generale, “più le risorse predittive della discrezionalità tecnica si riducono, più è inevitabile navigare a vista”, osserva 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, 3.

⁷⁹ Nel quale si faceva riferimento a una gestione dell'emergenza *“adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione”*.

⁸⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 127 del 1995, cit.

Problema diverso, invece, che qui può solo essere accennato, è quello dell'osservanza della riserva (non solo di legge, ma anche) di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost. per i provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Trascuriamo le tesi più estreme, che pongono gli artt. 13 e 16 della Costituzione su un piano di sostanziale sovrapposizione (l'ha fatto una recente - e per altri aspetti correttissima - pronuncia del Consiglio di Stato in sede consultiva, resa sull'annullamento governativo straordinario dell'ordinanza del sindaco di Messina che pretendeva di sottoporre ad autorizzazione municipale l'ingresso in Sicilia dal porto messinese)⁸², tesi palesemente errate, e vediamo quella secondo cui la quarantena prevista dall'art. 1, comma 2, lett. d) ed e), inciderebbe "in modo netto"⁸³ nella libertà personale e anzi costituirebbe "una forma di detenzione"⁸⁴, con la conseguenza che il relativo provvedimento dovrebbe essere convalidato dall'autorità giudiziaria⁸⁵. Si tratta di opinione che, sebbene animata da encomiabile spirito garantista, non appare affatto condivisibile.

Anzitutto, il nostro ordinamento - in armonia con quello internazionale - mostra di considerare la quarantena per quel che è, cioè per una misura da affidare necessariamente all'autorità sanitaria: "«*Quarantena (in)*» indica la condizione o la situazione di una nave, aereo, automobile, treno, veicolo stradale, altro mezzo di trasporto o container nel periodo in cui un'autorità sanitaria applica nei suoi confronti le misure atte a prevenire la diffusione di malattie, di focolai di malattie o di vettori di malattie"⁸⁶.

In secondo luogo, anche a voler ritenere che la quarantena sia un "trattamento sanitario" (pur non essendo preordinata alla prevenzione o al rimedio di pregiudizi allo stato di

⁸² "[...] l'ordinanza in questione, nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale (obbligo di «Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale . . . del Nulla Osta allo spostamento»), si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione previste dalla Parte I, Titolo I (Rapporti civili) della Costituzione, artt. 13 e 16 [...]" (Cons. Stato, Sez. I, Ad. 7 aprile 2020, aff. n. 260/2020).

L'applicabilità anche agli atti regionali dell'istituto dell'annullamento governativo straordinario è sostenuta, da ultimo, da F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 3.

⁸³ A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 28 marzo 2020, 8.

⁸⁴ G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2 aprile 2020, 5. V. anche G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, 2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020, 12, 30 (facendo coincidere la libertà personale con la "libertà di autodeterminarsi"); L. FABIANO, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Forum di Biolaw Journal*, 16 marzo 2020, 3. Sia pure con minore nettezza sembrano orientati in questo senso A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, 207, e F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 6 (che si chiedono, ma con interrogativo che appare retorico, se le misure adottate in questo periodo emergenziale incidano solo nell'art. 16 o anche nell'art. 13 Cost.).

⁸⁵ G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, cit., 16.

⁸⁶ Così l'art. 1 della l. 9 febbraio 1982, n. 106, recante "Approvazione ed esecuzione del regolamento sanitario internazionale, adottato a Boston il 25 luglio 1969, modificato dal regolamento addizionale, adottato a Ginevra il 23 maggio 1973" (ora quel regolamento è stato modificato e le IHR vigenti sono accessibili al sito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità).

salute *dell'interessato*, ma essendo rivolta alla tutela della *collettività*)⁸⁷, sembra certo ch'essa non sia comunque un trattamento cui si applichino le garanzie dell'art. 13 Cost. Delle due, infatti, l'una. Se si ritiene che la libertà personale sia in giuoco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto⁸⁸, un simile stigma non si rinviene nell'imposizione della quarantena. Se, invece, si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione alla coazione fisica, sicché incidono nell'art. 13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono⁸⁹, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale⁹⁰.

Un problema, semmai, parrebbe esserci quanto all'identificazione dell'autorità competente all'adozione della misura (che, come abbiamo visto, la cit. sent. Corte cost., n. 617 del 1987 chiede ai provvedimenti *extra-ordinem* di determinare), ma ha ragione chi afferma ch'essa, in realtà, è imposta direttamente dalla norma primaria e che il soggetto che si trova nelle condizioni che la norma stabilisce è automaticamente tenuto a sottostarvi⁹¹.

Infine, una considerazione pratica, quale che ne sia l'importanza ai fini dell'interpretazione delle norme di cui discutiamo. Se davvero si dovesse concludere nel senso della tesi qui criticata, la conseguenza, a fronte di un aumento dei contagi accertati, sarebbe la pratica ingestibilità delle misure, oltretutto in un momento in cui i tribunali operano, fatalmente, con mezzi ridotti e in condizioni precarie⁹².

Anche la tesi qui preferita, comunque, assicura adeguate garanzie di controllo giurisdizionale, sebbene in forme diverse da quelle previste dall'art. 13 Cost.: gli interessati possono infatti dolersi, prima, della misura quarantenaria ricorrendo al giudice amministrativo (che infatti ha già avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti assunti in questa fase emergenziale)⁹³, poi possono far valere le loro ragioni innanzi il giudice ordinario qualora ricorra l'ipotesi dell'applicabilità della sanzione penale prevista dall'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19 del 2020.

vi) Le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile.

⁸⁷ Per "trattamento sanitario", invero, la migliore dottrina ha inteso solo le "attività *diagnostiche e terapeutiche* volte a prevenire o curare le malattie" (così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 302 - cors. miei)

⁸⁸ È la nota tesi di A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1971, 121; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, rist., Milano, Giuffrè, 1976, 25 sgg.

⁸⁹ M. LUCIANI, *Salute*, I, *Diritto alla salute - dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, 10; nello stesso senso, da ultimo, anche per ulteriori indicazioni di dottrina, A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 7.

⁹⁰ Nel medesimo senso, M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, cit., 8.

⁹¹ V. ancora M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, cit., 7.

⁹² Alcuni dei sostenitori della tesi qui criticata avvertono il problema, ma lo considerano solo pratico. E propongono soluzioni che a me paiono semplicemente di facciata, elusive del principio che la tesi vorrebbe affermare, come quella di una trasmissione "a blocchi" dei provvedimenti individuali (che peraltro si assumono necessari, laddove, come detto nel testo, non lo sono) di imposizione della quarantena (A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, cit., 12)

⁹³ V., in particolare, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, decr. 18 marzo 2020, n. 41; T.A.R. Marche, Sez. I, decr. 27 febbraio 2020, n. 56.

Queste ordinanze appaiono saldamente legittimate, dal punto di vista del loro fondamento primario, dagli artt. 5, 8 e 25 del Codice. Si tratta di un *tipo* di fonte che, dunque, nella prospettiva dell'analisi della catena normativa, non pone problemi particolari.

vii) Le ordinanze del Ministro della salute.

Il 21 febbraio il Ministro della salute ha emanato un'ordinanza con la quale ha disposto *“la misura della quarantena con sorveglianza attiva, per giorni quattordici, agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva COVID-19”* (art. 1, comma 1) e imposto a *“tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia [...]”* un obbligo di comunicazione *“al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria territorialmente competente”* (art. 1, comma 2).

Questa blanda misura ha anch'essa un sicuro fondamento normativo, ma identico fondamento hanno anche le successive e più incisive ordinanze del medesimo dicastero. Fondamento che troviamo anzitutto nell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, non a caso richiamato in premessa di questa e delle altre ordinanze ministeriali⁹⁴, a tenor del quale *“Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni”*.

Non può costituire una valida base normativa di tali ordinanze, invece, il d.lgs. n. 1 del 2018, sebbene - come abbiamo visto - la proclamazione dello stato di emergenza nazionale con la delibera del 31 gennaio sia stata disposta proprio in forza del Codice della protezione civile. Certo, l'art. 1 del Codice dispone che la protezione civile è la funzione *“costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo”*. Certo, questo *“insieme di competenze”* si appunta evidentemente anche su materie confidate al Ministro della salute dall'art. 47-bis del d. lgs. n. 300 del 1999⁹⁵. Tuttavia, questi *non* è una delle *“autorità di protezione civile”* menzionate dall'art. 3, comma 1, del Codice stesso, che si limita a elencare il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, i sindaci e i sindaci metropolitani.

In definitiva, sono le fonti *“speciali”*, regolatrici delle competenze del Ministro della salute, che legittimano l'emanazione delle sue ordinanze, che pertanto - come tali fonti stabiliscono - devono essere strettamente circoscritte alla tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone (nonché degli animali, ancorché limitatamente alla sanità veterinaria). Non solo. Il

⁹⁴ V., infatti, le ordinanze del Ministro della Salute del: 25 gennaio 2020; 30 gennaio 2020; 22 febbraio 2020; 23 febbraio 2020 (5 ordinanze di pari data); 24 febbraio 2020; 12 marzo 2020; 14 marzo 2020; 15 marzo 2020; 20 marzo 2020; 22 marzo 2020; 28 marzo 2020.

⁹⁵ A tenor del quale *“Nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti alla dignità della persona umana e alla salute, sono attribuite al Ministero le funzioni spettanti allo Stato in materia di tutela della salute umana, di coordinamento del sistema sanitario nazionale, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze per tutti i profili di carattere finanziario, di sanità veterinaria, di tutela della salute nei luoghi di lavoro, di igiene e sicurezza degli alimenti”*.

d.l. n. 19 del 2020, implicitamente derogando alla l. n. 833 del 1978, ha ulteriormente ridotto i margini d'intervento del Ministro, disponendo che *“Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell' articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833”* (art. 2, comma 2). Le ordinanze del Ministro della salute cessano, dunque, in questa fase, d'essere provvedimenti - diciamo così - a competenza generale e rimangono circoscritte nei rigorosi confini adesso indicati⁹⁶.

viii) I provvedimenti di altri ministri.

Che nei periodi emergenziali le competenze degli altri ministri, diversi da quello della salute, non vengano meno è ovvio. Al di là del fatto che il loro esercizio è indispensabile per l'attuazione dei provvedimenti emergenziali⁹⁷, lo stesso Codice di tali ministri ne menziona specificamente alcuni e talora ne fa esplicitamente salve le competenze (v., ad es., art. 3, comma 2, lett. a). Analogamente, anche le recenti fonti legislative emergenziali fanno riferimento agli *“altri ministri competenti per materia”* (v., ad es., l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020). Si pongono dunque due problemi: il coordinamento fra le autorità di protezione civile e i ministri; il margine di intervento dei ministri diversi da quello della salute (cui l'art. 32 della l. n. 833 del 1978, come detto, affida esplicitamente il potere di ordinanza, sebbene oggi più specificamente circoscritto).

Quanto al coordinamento, il Codice lo affida al Presidente del Consiglio, che si avvale del Dipartimento della protezione civile (artt. 3, comma 2, lett. a; 5, comma 1). Mi sembra che si tratti della piana applicazione dell'art. 95, comma 1, Cost.

Quanto ai provvedimenti dei singoli ministri, è possibile che alcuni provvedimenti di protezione civile li abilitino alla deroga: è quanto è accaduto in vari casi, ad es., con il d.P.C.M. 22 marzo 2020, che all'art. 1, comma 1, lett. a), ha consentito al Ministro dello sviluppo economico l'aggiornamento dei codici ATECO delle attività economiche consentite⁹⁸.

Altre volte gli altri ministri intervengono con circolari interpretative. Anche in una condizione di emergenza l'emanazione di circolari interpretative rientra evidentemente nelle attribuzioni ordinarie di qualsivoglia ministro, ma è bene che in questa fase il relativo potere sia esercitato con assoluta parsimonia, visto il rischio ch'esse possano ingenerare nella popolazione ulteriore incertezza⁹⁹. I giuristi sanno bene che *“le circolari amministrative non hanno*

⁹⁶ Richiamare l'art. 32 della l. n. 833 del 1978 come fondamento del potere di ordinanza del Ministro della salute (come fanno, tra gli altri, L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Forum di Biolaw Journal*, 11 marzo 2020, 5), dunque, è corretto, ma non si deve dimenticare la significativa alterazione di quel potere determinata dalle recenti fonti emergenziali e segnalata nel testo.

⁹⁷ E talvolta è là che la macchina perde velocità: cfr. l'allarme lanciato da L. TORCHIA, *La triste storia del decreto invisibile (al 3 aprile 2020)*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 1 sgg.

⁹⁸ V., infatti, il d.m. MISE 25 marzo 2020.

⁹⁹ Come è noto, è quanto è accaduto con la circ. 31 marzo 2020, N. 15350/117(2) Uff.III-Prot.Civ., del Ministro dell'interno, sulla vessata questione delle uscite dei genitori con figli (ivi si affermava che *“è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purché in prossimità della propria abitazione”*). Considerazioni critiche anche in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 211 sg.

valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi¹⁰⁰, ma si deve considerare che se indirzzatari formali di simili circolari sono gli uffici dell'Amministrazione interessata, indirzzatari sostanziali ne sono i cittadini, che hanno bisogno di chiarezza e di indicazioni precise e - soprattutto - univoche, centralizzate.

ix) Le ordinanze regionali.

Questo è il terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale¹⁰¹. Anche qui, tuttavia, dobbiamo porci alla ricerca del fondamento legittimante di tali ordinanze, al di là dell'intreccio fra principio gerarchico e principio della separazione delle competenze.

Sia la l. n. 833 del 1978 che il Codice della protezione civile riconoscono alle Regioni significativi poteri nelle situazioni emergenziali che coinvolgono la salute.

L'art. 32 della l. n. 833 del 1978 dispone che, nelle materie di cui al comma 2 (cioè *“in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria”*), *“sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”* (comma 3).

Il Codice, a sua volta, per limitarsi all'essenziale (in particolare, a quanto concerne l'adozione di provvedimenti emergenziali), dispone che: a) sono autorità di protezione civile *“i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni”* (art. 3, comma 1, lett. b); b) sono articolazioni del Servizio nazionale della protezione civile *“Le Regioni titolari della potestà legislativa concorrente in materia di protezione civile e le Province autonome di Trento e di Bolzano titolari della potestà legislativa esclusiva nelle materie previste dallo statuto speciale e dalle relative norme di attuazione”* (art. 3, comma 2, lett. b), ma v. anche art. 4, comma 1); c) *“Nel rispetto delle direttive adottate ai sensi dell'articolo 15 e di quanto previsto dalla legislazione regionale [...] i Presidenti delle Regioni, in qualità di autorità territoriali di protezione civile, esercitano le funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle medesime attività [deve ritenersi: previste dall'art. 5] da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni [...]”* (art. 6, comma 1); d) *“Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative ed amministrative, disciplinano l'organizzazione dei sistemi di protezione civile nell'ambito dei rispettivi territori, assicurando lo svolgimento delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2”* (art. 11, comma 1); e) *“Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo [si tratta delle ordinanze di protezione civile] in relazione alle emergenze*

¹⁰⁰ La citazione è tratta dalla recentissima sent. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 febbraio 2020, n. 311, ma il principio è consolidato.

¹⁰¹ Lo rileva, fra gli altri, V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos....) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 2 aprile 2020, 985.

di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7" (art. 25, comma 11).

Come si vede, e pur prescindendo - come accennato - dalle altre numerose attribuzioni in materia, le Regioni sono titolari di numerosi e significativi poteri in materia di protezione civile, specie nei casi di emergenza sanitaria.

La stessa Corte costituzionale l'ha riconosciuto in numerose occasioni. Pur esaltando le attribuzioni statali che concernono la protezione civile, infatti, e pur rilevando che *"in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (in generale, sentenza n. 303 del 2003)"*¹⁰², la Corte ha affermato che *"anche in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016)"*, entro un principio di *"coinvolgimento delle Regioni [che] è previsto in generale dal codice della protezione civile del 2018 [...]"*¹⁰³.

Ha poi osservato che gli interventi di protezione civile delle Regioni *"possono essere effettuati anche in deroga alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in ragione di quanto previsto dall'abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018"*, con la conseguenza che le Regioni sono abilitate alla *"deroga alla disciplina statale"*, ancorché sulla scorta di *"altre disposizioni statali semplicemente richiamate dalle norme impugnate, con conseguente infondatezza della questione in parte qua"*¹⁰⁴.

Ancora, la Corte ha detto che la gestione statale dell'emergenza *"è una funzione temporanea, che si origina e si elide (nasce e muore) in ragione, rispettivamente, dell'insorgere e del cessare della situazione di emergenza"*; una funzione *"solo e soltanto correlata allo stato di emergenza, rispetto al quale la Regione ordinariamente competente non è comunque estranea [...]"*¹⁰⁵.

L'intervento unitario dello Stato resta comunque essenziale, perché le norme di legge statale sulle ordinanze di protezione civile *"sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato (sentenza n. 284 del 2006)"*¹⁰⁶. E ciò esclude che *"il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale"*¹⁰⁷. In-

¹⁰² Corte cost., sent. n. 246 del 2019.

¹⁰³ Così ancora la cit. sent. n. 246 del 2019.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 44 del 2019.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 8 del 2016.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 277 del 2008.

¹⁰⁷ Corte cost., sent. n. 82 del 2006, cui *adde* sent. n. 284 del 2006.

somma: è vero che abbiamo una struttura policentrica della protezione civile ed è vero che *“la gravità degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficoltà delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse devono essere poste in atto può coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche”*¹⁰⁸, ma nella materia della protezione civile le funzioni statali hanno un rilievo peculiare, collegandosi a imprescindibili esigenze unitarie.

Ora, quali conseguenze comportano tali principi generali per la questione specifica dei limiti delle ordinanze regionali in questo periodo di emergenza? Possono le ordinanze regionali derogare a quelle di protezione civile statali? Se sì, in che misura? Da molte parti è stato sostenuto che le ordinanze regionali potrebbero disporre in deroga le quante volte fossero preordinate ad assicurare un più elevato livello di protezione del diritto alla salute, ma è davvero così? La risposta ce la dà il diritto positivo, sia di rango costituzionale che legislativo.

Sul piano costituzionale, l'indicazione più importante ci viene da una nota pronuncia della Consulta di qualche anno addietro, ma tuttora attuale. Si trattava, allora, di un giudizio promosso dal Presidente del Consiglio nei confronti di numerose leggi regionali in materia di radiocomunicazioni. Alcune di quelle leggi avevano fissato soglie massime di emissioni elettromagnetiche inferiori a quelle determinate dalla legislazione statale, allo scopo di stabilire un superiore *standard* di protezione dall'inquinamento elettromagnetico. La Corte, premesso che l'ambito materiale di quelle leggi coinvolgeva non solo la “tutela dell'ambiente”, di esclusiva competenza statale, ma (oltre ad altre) anche la “tutela della salute”, e dunque una materia di sicura competenza concorrente, rilevò che *“la logica della legge [statale] è quella di affidare allo Stato la fissazione delle «soglie» di esposizione [...], alle Regioni la disciplina dell'uso del territorio in funzione della localizzazione degli impianti [...]”*. Se la *ratio* di tale riserva alla legge statale della fissazione delle soglie *“consistesse esclusivamente nella tutela della salute dai rischi dell'inquinamento elettromagnetico, potrebbe invero essere lecito considerare ammissibile un intervento delle Regioni che stabilisse limiti più rigorosi rispetto a quelli fissati dallo Stato”*, sennonché così non è. Vale la pena di riportare quasi per intero questo passaggio cruciale. *“[...] La fissazione di valori-soglia risponde ad una ratio più complessa e articolata. Da un lato, infatti, si tratta effettivamente di proteggere la salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche (e da questo punto di vista la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto); dall'altro, si tratta di consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione”*. Ciò, *“in sostanza”*, significa che *“[...] la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le*

¹⁰⁸ Corte cost., sent. n. 44 del 2003.

esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese [...]".

In definitiva: *"i limiti di esposizione in materia di inquinamento elettromagnetico, fissati dallo Stato, debbono ritenersi inderogabili dalle Regioni anche in melius, esprimendo essi (ove se ne postuli l'adeguatezza in assoluto a proteggere la salute, ciò che, nella specie, non è oggetto di contestazione) il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutela della salute e dell'ambiente e quella di consentire la realizzazione di impianti di interesse nazionale"*¹⁰⁹.

Questa pronuncia, che correttamente ricostruisce il rapporto tra fonti statali e fonti regionali nella determinazione dei livelli di protezione della salute quando interferiscono con altri beni costituzionali (e che curiosamente è rimasta in ombra nella recente discussione sul problema), è ancor più significativa in una vicenda come quella presente, nella quale ai drammatici problemi sanitari se ne affiancano altri non meno drammatici d'ordine economico e sociale. Non si tratta solo, infatti, di proteggere la salute, ma anche di evitare il collasso del sistema economico e l'impoverimento di vastissimi strati sociali, ormai a rischio indigenza. Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato¹¹⁰. Non si tratta, dunque, soltanto di far valere quella *"esigenza di uniformità della tutela di diritti costituzionalmente garantiti, uniformità che risulterebbe compromessa da un frazionamento istituzionale di competenze"*, di cui parla una risalente pronuncia sempre della Corte costituzionale¹¹¹, ma di tenere complessivamente conto di tutti gli interessi e diritti in giuoco, necessariamente su scala nazionale.

Tutto questo si sapeva sin dall'inizio, sicché era da subito evidente l'infondatezza della pretesa di alcune Regioni di stabilire *standard* di protezione più elevati, ma determinativi di simili conseguenze di sistema. Non solo. Il d.l. n. 6 del 2020 aveva subito stabilito che *"Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"* (art. 3, comma 2). Le ordinanze regionali (e locali) in materia sanitaria, dunque, potevano intervenire solo *"nelle more"* dei decreti del Presidente del Consiglio. Né poteva valere la previsione dell'art. 2 dello stesso decreto (ormai abrogato), a tenor del quale *"Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1"*, perché, al di

¹⁰⁹ Tutti questi ultimi passaggi sono tratti dalla sent. Corte cost., n. 307 del 2003.

¹¹⁰ Brutalmente, ma realisticamente, l'Economist del 19 marzo 2020 ha posto il quesito su quanto siamo disposti a pagare in termini di pregiudizio economico per tutelare la nostra salute in tempo di pandemia nell'articolo *Paying to stop the pandemic*.

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 32 del 1991.

lità dell'interpretazione da dare all'aggettivo "ulteriori"¹¹², è dirimente sottolineare che tali misure "ulteriori" potevano essere adottate solo "con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2" e quindi pur sempre e solo "nelle more"¹¹³.

Il senso di questa previsione era chiaro: le ordinanze regionali potevano essere emanate solo "prima" delle ordinanze statali di protezione civile ed erano destinate a perdere efficacia al loro sopravvenire. Sostenere che la formula "nelle more" sarebbe inadeguata, in quanto consentirebbe a un Presidente di Regione di emanare ordinanze anche "subito dopo" l'intervento statale, perché si sarebbe "nelle more" di possibili ulteriori ordinanze statali¹¹⁴, così come affermare che "il periodo di mora terminerà soltanto nel momento in cui l'emergenza si sarà conclusa, ossia quando sarà stato adottato l'ultimo DPCM"¹¹⁵, è un abile esercizio retorico, ma non corrisponde all'evidente *ratio* della norma e nemmeno alla sua lettera (visto che questa si riferisce alla prima ordinanza statale che intervenga a tutela della salute, bilanciandola con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti).

Ciò significa, però, che una volta intervenuti i decreti governativi non potesse adottarsi alcuna ordinanza regionale? Chiaramente non era così, perché - è stato esattamente osservato - "il potere di ordinanza non è suscettibile, per sua natura, di essere ordinato in questo modo" e "se fosse possibile dire che quando è esercitato dallo Stato non spetta alla Regione né al Comune si negherebbe la sua stessa «ragion per cui»"¹¹⁶. Quel che accadeva, semmai, era che il potere di ordinanza regionale (e sindacale) non poteva sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite, appena indicato, del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali¹¹⁷.

Nonostante il quadro fosse ricostruibile in termini ragionevoli, comunque, le polemiche sono proseguite e la confusione è aumentata, sicché il d.l. n. 19 del 2020, all'art. 3, comma 1, ha dovuto precisare che le ordinanze regionali: a) possono essere emanate solo "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento"; b) sono legittimate solo da "specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel

¹¹² Di recente il T.A.R. Marche, Sez. I, decr. 27 febbraio 2020, n. 56, ha affermato che "la possibilità di adottare misure «ulteriori» va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6".

¹¹³ La disposizione ha un senso solo se "modalità" è inteso in senso ampio, perché le disposizioni oggetto del rinvio non definiscono alcuna vera "modalità".

¹¹⁴ Così G. GUZZETTA, *E se il caos*, cit., cui adde, ora, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 14. Nel senso, invece, che il d.l. n. 6 del 2020 "non ammette ordinanze sindacali contingibili e urgenti dopo l'adozione dei DPCM", G. TROPEA, *Il Covid-19*, cit., 10 sgg.).

¹¹⁵ G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm*, cit., 363. Lo stesso A., *ivi*, 366, peraltro, riconosce che il merito maggiore delle recenti ordinanze regionali e sindacali potrebbe essere stato quello di "anticipare" le successive scelte centrali (il che è perfettamente in linea con la logica del "nelle more").

¹¹⁶ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 13.

¹¹⁷ Si è parlato, a questo proposito, di "specialità nell'emergenza" (M. BORGATO - D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020, 4).

loro territorio o in una parte di esso”; c) possono, sì, “introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all’articolo 1, comma 2”, ma “esclusivamente nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale”. Ci troviamo, così, finalmente, nell’alveo scavato a suo tempo dalla Corte costituzionale. Tutto bene, dunque? No.

Per evidenti ragioni di compromesso politico-istituzionale, infatti, il d.l. n. 19 del 2020 ha stabilito, all’art. 2, comma 3, che: a) “Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833”; b) “Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto”; c) “Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni”.

Ora, è evidente che in questo modo il nuovo decreto-legge non si è limitato a far salvi gli effetti delle pregresse ordinanze statali, ma ha fatto salvi anche quelli delle ordinanze regionali, pur laddove illegittime per violazione dei limiti sopra indicati (e ora confermati dallo stesso d.l. n. 19 del 2020!). Non solo: ne ha assicurato l’ultrattività per ulteriori dieci giorni. Poiché, come detto, l’apprezzamento dell’equilibrio tra i vari interessi coinvolti è riservato allo Stato, non si può dire che disposizioni del genere (che presuppongono la pur interinale condivisione del punto di bilanciamento identificato dalle Regioni) siano automaticamente illegittime. Pregiudicano, però, gravemente l’esigenza di una conduzione unitaria dell’emergenza, necessaria anche per profili non sempre immediatamente percepibili¹¹⁸, e quella di chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza.

La sola lettura dell’elenco di ordinanze regionali adottate sino ad oggi (centinaia!)¹¹⁹ fa capire che si sarebbe dovuto avere ben altro “passo” istituzionale, sia al centro che in periferia.

x) Le ordinanze prefettizie.

Importanti attribuzioni di protezione civile sono confidate al prefetto dall’art. 9 del Codice (e dalle recenti fonti legislative emergenziali: artt. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 6 del 2020; 15 del d.l. n. 14 del 2020; 6, commi 7 e 8, e 122, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020; 1, comma 3, e 4, commi 3 e 9, del d.l. n. 19 del 2020). La natura degli atti adottati nell’esercizio di tali attribuzioni è dubbia. Resta tuttavia fermo quanto la Corte costituzionale ebbe ad affermare in un ormai remoto precedente (allora si trattava delle ordinanze prefettizie previste dall’art. 2 del t.u.l.p.s.), cioè che essi, “anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo [...], ove non contrastino con i principi dell’ordinamento, restano legittimamente

¹¹⁸ Correttamente osserva, ad es., C. PINELLI, *Il precario assetto*, cit., 7, essere “evidente che se una Regione fa fare i tamponi e un’altra no, e nessuna adotta lo stesso criterio in proposito, il computo nazionale dei contagiati diventa del tutto arbitrario”.

¹¹⁹ Astrid ha meritoriamente fatto un inventario. Impressionante è dir poco.

nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte fin dalla precedente sentenza [la n. 8 del 1956]¹²⁰.

xi) Le ordinanze sindacali.

In via di principio, il potere di ordinanza dovrebbe restare in capo ai sindaci anche nella fase emergenziale. Dovrebbe dunque perdurare l'applicabilità (più ancora delle norme del t.u.e.l., come *lex generalis*) dell'art. 32, comma 3, della l. n. 32 del 1978 (come *lex specialis*), ove, come abbiamo visto, si stabilisce che nelle materie di competenza del Ministro della salute (e delle sue ordinanze) “sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”.

La disinvoltura che alcuni sindaci hanno dimostrato nell'esercizio concreto del potere sindacale di ordinanza, tuttavia, ha dato luogo a non pochi problemi, che il legislatore emergenziale ha cercato di risolvere prima disponendo che “A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali” (art. 35 del d.l., comma 1, del d.l. n. 9 del 2020) e poi che “I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1 [cioè degli stessi limiti che abbiamo già visto imporsi alle ordinanze regionali]” (art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020, come *lex specialissima*). Si tratta di formule palesemente infelici sul piano della tecnica redazionale (disporre che un certo atto “non può essere adottato” non ha senso, perché l'unica cosa che ha senso è disporre sulla sua legittimità), ma il significato precettivo è chiaro: l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale. Ciò significa ch'essa, in ragione della *lex specialissima*, deve essere sia *secundum legem* che - diciamo così - *secundum decretum* e, per le ragioni già indicate discutendo delle ordinanze regionali, non può essere nemmeno *praeter legem* (e *decretum*) almeno nella misura in cui pretenda di operare (sia pure in forma più garantista per la salute) un bilanciamento degli interessi in giuoco diverso da quello identificato dal legislatore statale e dalle autorità statali di protezione civile¹²¹. Come giustamente rilevato dal Consiglio di Stato¹²², “In presenza di emergenze di carattere nazionale [...], pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali”.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 26 del 1961.

¹²¹ Misure sindacali più restrittive, invece, sono in generale ammesse da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia*, cit., 376 sg.

¹²² Nella pronuncia consultiva cit. alla nt. 82.

Si pone, peraltro, il problema delle ordinanze sindacali in contrasto con le misure statali, ma in armonia con quelle regionali che di queste sono derogatorie. Si è sostenuto che, in questo caso, l'armonia con le misure regionali sanerebbe il contrasto con quelle statali¹²³, ma è agevole replicare che: a) il tenore testuale dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 non ammette equivoci; b) la derogabilità delle misure statali è stata consentita alle sole ordinanze regionali; c) evidentemente, il legislatore statale ha ritenuto di dover vietare un eccesso di differenziazione di discipline *ratione loci*, con una scelta che non può essere rovesciata dal legislatore regionale e aggirata, in forza di un eventuale rovesciamento, dall'autorità locale.

3.- Emergenza e dintorni.

Parlando alla seduta della Camera dei deputati del 29 novembre 1850 della grave situazione dell'ordine pubblico nell'isola di Sardegna, Giovanni Siotto-Pintor chiedeva al Parlamento e al Governo di intervenire con mezzi *ordinari*, perché ogni provvedimento *eccezionale* "è ingiusto, ossia perché non si sono ancora posti in opera tutti i mezzi ordinari della legge, ossia perché punisce ad una stessa stregua i buoni ed i malvagi, ed è soprattutto inutile, perché non potrebbe essere universale. Supponete infatti che si usi un mezzo straordinario per una provincia, per un paese, i buoni ed i rei; leggermente potrebbero scansarlo i rei migrando d'una in altra provincia, d'uno in altro paese".

Chi ha a cuore i diritti costituzionali e il ruolo del Parlamento difficilmente potrebbe essere in disaccordo: dove si arriva con strumenti ordinari non può e non deve esserci spazio per provvedimenti *extra-ordinem*. La portata estrema del rischio sanitario determinato dal Covid-19, tuttavia, ha imposto l'adozione di questi provvedimenti eccezionali. Ma quale ne è la conseguenza sul piano delle categorie giuridiche? Cosa è accaduto e sta accadendo nell'attuale vicenda emergenziale?

Vediamo, anzitutto, cosa *non* è accaduto e *non* sta accadendo, usando la terminologia giuridica per quel che è (giuridica, appunto) e non come pura metafora (ciò che al giurista non è consentito).

Non siamo in stato di guerra, perché la fattispecie odierna non coincide con quella (per quanto evolutasi nel tempo) tipica del diritto internazionale¹²⁴, perché manca la relativa dichiarazione ai sensi dell'art. 78 Cost. e perché la guerra fu intesa dai Costituenti come un conflitto tra esseri umani, non come un conflitto tra questi e la natura¹²⁵. Inoltre, la proposta *de iure condendo* di estendere alle emergenze, con revisione costituzionale, il "modello" dell'art. 78 Cost.¹²⁶ è addirittura inquietante, considerato che la dichiarazione dello stato di "emergenza-guerra" comporterebbe il medesimo, completo, stravolgimento dell'ordinario

¹²³ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 211.

¹²⁴ Per questo argomento a favore della distinzione fra emergenza e guerra, G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 9 sg. (ma v. anche *ivi*, 28 sg.).

¹²⁵ Analoghe considerazioni in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 208. Già la dottrina più antica e garantista, invero, aveva ben chiara la differenza fra "stato di guerra" e "stato d'assedio" o simili (v. la successiva nt. 128).

¹²⁶ Prospettata da A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 14 marzo 2020, 5.

funzionamento delle istituzioni che è determinato dalla dichiarazione di “guerra-guerra”. E priva di fondamento è da ritenere l’ipotesi di interpretare “evolutive” la nozione di guerra fatta propria dall’art. 78 Cost.¹²⁷: al di là dei limiti generali dell’interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, sui quali non è il caso di soffermarsi qui, basta considerare l’impraticabilità dell’estensione di un regime giuridico che la Costituzione ha disegnato per una condizione ch’essa addirittura (sia pure nei termini dell’art. 11) “ripudia”. L’azzardo ermeneutico che già non era consentito in regime statutario¹²⁸ è ancor meno permesso in regime costituzionale.

Non siamo in stato d’assedio, sia perché il nostro ordinamento non conosce (più) questo istituto (ormai assorbito nello stato di guerra), sia perché lo stato d’assedio si caratterizza almeno per l’assumere a presupposto un rischio per l’ordine pubblico, per il risolversi nell’estensione delle norme di guerra (e, in genere, dei poteri dell’autorità militare)¹²⁹ a una condizione di pace e per la sospensione delle garanzie costituzionali¹³⁰. Al di là di qualche sfumatura, tutti gli autori che si sono occupati dell’istituto nel periodo in cui esso era vigente

¹²⁷ Ipotesi avanzata da F. TORRE, *La Costituzione sotto stress*, cit., 5 sgg.

¹²⁸ F. RACIOPPI, *Lo stato d’assedio*, cit., 139; I. BRUNELLI, *Sul così detto “stato d’assedio”*, in Id., *Impressioni e note di politica e di diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1906, 134 sg.; S. LONGHI, *Sull’ultimo decreto*, cit., 140; A. TRAVERSA, *Lo “stato di necessità”*, cit., 85; L. ROSSI, *Lo stato d’assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1894, 85 sg. (il quale, peraltro, ma dopo l’entrata in vigore del t.u.l.p.s., distinguerà tra “stato di pericolo pubblico” e “stato di guerra” come tra due “gradazioni” dello stato d’assedio: L. ROSSI, *L’ordinamento dello stato d’assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, 261). Le somiglianze fra stato d’assedio e guerra, invece, furono sottolineate da S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 253 sg.

¹²⁹ Per questo non può essere considerato “stato d’assedio” lo “stato di pericolo pubblico” previsto dall’art. 216 t.u.l.p.s (così, invece, C. PINELLI, *Il precario assetto*, cit., 3), mentre può esserlo lo “stato di guerra” di cui all’art. 217, comma 2, 2° periodo, durante il quale “*La facoltà di emanare ordinanze spetta all’autorità che ha il comando delle forze militari*”. Norme, peraltro, non formalmente abrogate, ma ormai superate dalla Costituzione.

Il collegamento, storico ed etimologico, fra l’assedio come condizione di una città o piazzaforte militare in tempo di guerra e l’assedio “politico” è ben messo in luce da G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 250 sg.

¹³⁰ Quasi coincidenti, sul punto, le osservazioni di M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell’ordinamento giuridico dell’Italia prefascista*, in *Nomos*, n. 2 del 2012, 6 sgg., e dottrina ivi cit. Per G. BASCHERINI, *Lo stato d’assedio nell’esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, 4268: che i “tre caratteri tipici dello stato d’assedio” sono “1) Lo stato d’assedio è una condizione eccezionale in cui può trovarsi un paese a regime costituzionale; 2) la legge comune è, con diversa intensità a seconda dei casi, sospesa; 3) l’autorità militare si sostituisce, in vario grado, a quella civile”.

concordano su questi o su ancor più netti¹³¹ tratti caratteristici: da Ferracciu¹³² a D'Amario¹³³; da Luigi Rossi¹³⁴ a Racioppi¹³⁵. Non siamo certo in una simile temperie.

Non siamo in periodo di dittatura, certo non in una dittatura sovrana (*rei publicae constituendae causa*), ma nemmeno in una commissaria (*rei gerendae causa*)¹³⁶, non tanto perché una simile magistratura (ché di magistratura si trattava) non esiste nel nostro ordinamento, quanto perché non c'è stata alcuna sospensione dei poteri costituzionali.

Non siamo nella condizione del riconoscimento di pieni poteri al Governo o al Presidente del Consiglio. Al di là dell'imprecisione tecnica dell'espressione "pieni poteri", rilevata già dalla dottrina più risalente¹³⁷, l'*Ermächtigungsgesetz* che il 24 marzo del 1933 diede sostanzialmente i pieni poteri al Cancelliere del Reich, stabilendo, fra l'altro, il conferimento al Governo di un potere legislativo non previsto dalla Costituzione (art. 1) e la derogabilità delle norme costituzionali da parte delle (sole...) leggi governative (art. 2), è davvero altra cosa.

Non siamo nello schmittiano stato d'eccezione¹³⁸, perché (ammesso che si tratti di una categoria giuridica e non meramente politica) esso presuppone che "un" soggetto politico o istituzionale se ne faccia carico e lo gestisca, laddove qui, per un verso, alla catena delle fonti corrisponde, come sempre, una catena delle plurime istituzioni competenti e, per l'altro, nessuno degli atti della catena normativa sfugge al sindacato giurisdizionale, nemmeno - come s'è visto - la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

"Se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente e giuridica per non applicare le leggi, se di questa necessità non può farsi giudice l'autorità giudiziaria, e se quindi al governo basta invocarla per rendere incensurabile ogni suo atto, è evidente che tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, è in piena balla del go-

¹³¹ V., ad es., A. MURATORI - T. GIANNINI, *Lo stato d'assedio ed i tribunali militari*, Firenze, Civelli, 1894, 9: "consiste nella sospensione temporanea delle guarentigie costituzionali, per misura suprema di ordine pubblico, per la quale tutti i poteri si concentrano in una sola persona".

¹³² "Lo stato d'assedio si fa consistere in quella condizione eccezionale, in cui trovasi un paese, che in tutto od in parte viene sottratto alla legge comune mediante la sospensione delle guarentigie costituzionali, e posto alla diretta dipendenza dell'autorità militare mercé la concentrazione del potere civile nel potere militare": A. FERRACCIU, *Le guarentigie parlamentari durante lo stato d'assedio*, ne *Il Filangieri*, 1899, 165.

¹³³ "Con la proclamazione dello stato d'assedio si sospendono le guarentigie costituzionali e si limitano i diritti subbietivi dell'individuo; i cittadini vengono sottratti ai loro giudici ordinari e vengono giudicati da un apposito tribunale militare nei reati e contravvenzioni che abbiano attinenza col codice penale militare; il comandante in capo delle truppe [...] diviene nel medesimo tempo governatore del territorio, accentrando nelle sue mani anche i poteri civili; ed acquista il diritto di emettere bandi con forza di legge pel territorio dichiarato in istato d'assedio": G. D'AMARIO, *L'ordinanza d'urgenza per lo Stato di diritto nelle forme di governo a regime libero-costituzionale con speciale riferimento al diritto pubblico italiano*, Torino, Bocca, 1907, 88.

¹³⁴ "Lo stato d'assedio, nel suo significato più tecnico, più pieno e più comune consiste nella sospensione delle libertà costituzionali e nella concentrazione dei poteri civili nel potere militare, creando anche una giurisdizione militare per tutti i cittadini": L. ROSSI, *Lo stato d'assedio*, cit., 83.

¹³⁵ F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, cit., 137 sgg.

¹³⁶ La distinzione si rinviene, come è noto, in un saggio (C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1921, trad. it. di B. Liverani, *La dittatura*, Roma-Bari, Laterza, 1974, 141 sgg. e *passim*) mai tanto citato (più o meno a proposito) come in questo periodo.

¹³⁷ L. ROSSI, *I "pieni poteri"*, in *Riv. di dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1937, 345.

¹³⁸ Così anche, ma senza indicare le ragioni qui enunciate nel testo, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 203.

verno”, scriveva Federico Cammeo¹³⁹. Oggi non siamo in una simile condizione. Non solo. Per quanto specificamente riguarda l’alternativa fra decreti legge e decreti del Presidente del Consiglio (è noto che molti hanno lamentato che si sia scelto di avvalersi soprattutto dei secondi e non prevalentemente - o solo - dei primi) è tutto da dimostrare che per la garanzia dei diritti sia più efficace la catena fonte primaria / provvedimento applicativo e non quella fonte primaria / fonte secondaria / provvedimento applicativo.

La condizione in cui siamo è, dunque, puramente e semplicemente quella che è stata dichiarata sulla base della legge, cioè quella dello *stato di emergenza*, esattamente come stabilito dalla deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio. Ed è *questa* condizione che si dovrebbe analizzare in dettaglio, per verificare se la Costituzione (che l’emergenza non autorizza a derogare)¹⁴⁰ e le leggi siano state rispettate, senza indulgere alla tentazione di vedere tutto bianco o tutto nero, valendoci di categorie forti che invece sono del tutto inutilizzabili. Come ho già detto, però, la questione dei possibili vizi sostanziali degli atti normativi freneticamente succedutisi in questi giorni esula dai confini di questo contributo (fermi gli sparsi cenni fatti nelle pagine precedenti).

4.- Opportunità e rischi.

L’analisi dei rapporti tra le fonti in questo delicato periodo emergenziale dimostra - a me pare - principalmente due cose. Anzitutto, che la risposta delle nostre istituzioni non è stata quella tipica di una democrazia autoritaria¹⁴¹ e che non c’è stata alcuna rottura della legalità costituzionale. Le procedure seguite, al di là di qualche slabbratura (e di una comunicazione pubblica eccessivamente anticipata rispetto alla formalizzazione delle misure decise)¹⁴², sono corrette. In secondo luogo, che la Costituzione, una volta di più, ha dimostrato di saper offrire un quadro normativo saldo ed efficace, smentendo tutti coloro che lamentano l’assenza di una norma esplicita sugli stati di emergenza¹⁴³: assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale.

¹³⁹ F. CAMMEO, *Lo stato d’assedio e la giurisdizione*, cit., 373.

¹⁴⁰ Di ardua decifrazione l’assunto di R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d’emergenza e Stato costituzionale*, in *Forum di Biolaw Journal*, 20 marzo 2020, 4, laddove afferma che “Nello stato d’emergenza il caso critico viene sussunto nei paradigmi normativi dell’ordinamento vigente: la sua risoluzione giustifica la sospensione della costituzione al fine di ripristinare la normalità violata”: se il caso critico va “sussunto” nei *paradigmi* dell’ordinamento *vigente* non s’intende come possa restarne derogata proprio la Costituzione, che non solo è “vigente”, ma è “paradigma”... paradigmatico.

¹⁴¹ Così anche A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale*, cit., 214.

¹⁴² Si tratta di una problematica complessa (sulla quale v. S. FRANCA, *Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa*, in *Forum di Biolaw Journal*, 20 marzo 2020, 4; più in generale, P. COSTANZO, *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2015, 4), ma le critiche da più parti formulate (v., ad es., G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.; A. D’ALOIA, *L’emergenza e... i suoi ‘infortuni’*, in *dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, 3 sg.; F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 8) appaiono condivisibili.

¹⁴³ Norme del genere, del resto, come è noto, difficilmente riescono a regolare fattispecie sovente inafferrabili come quelle connesse all’emergenza (l’osservazione è classica: v. ad es. L. ROSSI, *L’ordinamento dello stato d’assedio*, cit., 262).

La guardia, però, non può essere abbassata. Se la tutela della salute legittima provvedimenti contingibili e urgenti non precisamente definiti, nei loro contorni, dalla legge¹⁴⁴, il “nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»”¹⁴⁵ deve essere rigorosamente rispettato: Corte costituzionale e giudici comuni (amministrativi e ordinari secondo il consueto riparto delle loro giurisdizioni) devono garantire la tutela dei diritti dei cittadini, in osservanza degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

La guardia non può essere abbassata, però, soprattutto perché l’esperienza insegna che “le regole emergenziali sopravvivono all’emergenza, normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale”¹⁴⁶. Il rischio che all’uscita dall’emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose.

Anche straordinarie opportunità di progresso, tuttavia, potrebbero schiudersi una volta usciti dall’emergenza: pure i ciechi e i sordi dovrebbero aver inteso, ormai, che l’Unione europea deve operare un cambio di passo, altrimenti non ha più senso (e utilità) che continui a esistere. I margini per una potente iniziativa politica ci sarebbero tutti. E la stessa prospettiva di un nuovo spirito solidaristico fra le persone che soppianti l’individualismo spinto dell’ideologia neoliberista è aperta: difficile, sì, ma aperta¹⁴⁷.

È tuttavia possibile che la lungimiranza manchi e che ci sia chi intende limitarsi a immaginare di lucrare miopi vantaggi politici da questa situazione, così come è possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volte a trasformare l’eccezionale in ordinario, attentando ai nostri diritti costituzionali. Se ciò accadrà, non potremo delegare a nessuno la protezione dei nostri diritti: i diritti dei cittadini hanno nei cittadini i loro finali e più efficaci garanti e non ci sarà richiamo alle tradizioni costituzionali, al diritto naturale (“positivo” o meno che sia), alla non negoziabilità dei valori, al primato di pretesi metavalori, al dialogo fra le Corti o alla tutela multilivello dei diritti che potrà supplire quella che un tempo si definiva *vigilanza democratica* e che ora, pur in un contesto diverso da quello in cui quest’espressione si usava, potremmo tornare a chiamare con questo nome¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Corte cost., sent. n. 4 del 1977.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 127 del 1995, cit. In dottrina, fra i molti, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Virtual Studium*, ora in *ConsultaOnline*, 27 marzo 2020.

¹⁴⁶ S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1. V. anche G. PRETEROSI, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico*, loc. cit.

¹⁴⁷ Molti, giustamente, la mettono in luce. Tra i giuristi, ad es., R. BIN, *Guardando a domani*, in *Iacostituzione.info*, 12 marzo 2020.

¹⁴⁸ Un cenno a questa prospettiva, da ultimo, in F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 21.