

LUCI ED OMBRE NELL'ATTUAZIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA CORONAVIRUS: I DPCM

Giovanna Marchianò

Professore associato di Diritto pubblico in Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract. Nella presente riflessione si è voluto dare un quadro generale sulla «*confusione*» delle fonti che hanno disciplinato fino ad oggi l'emergenza sanitaria *Coronavirus* che ha investito il Paese. In base alla Costituzione lo strumento del decreto legge, quale atto normativo volto a disciplinare i casi di necessità e urgenza rappresenta la fonte abilitata a gestire l'emergenza, pur tuttavia i decreti legge emanati a fronte dell'emergenza COVID-19 non sempre appaiono rispettosi del dettato costituzionale e soprattutto delle sentenze della Corte costituzionale che ne ha modellato il contenuto, la forma, il tempo. Cosicché i decreti legge appaiono strumenti per attribuire poteri al Presidente del Consiglio dei Ministri all'adozione di atti amministrativi generali nella forma dei DPCM. Questi ultimi, sulla cui natura la dottrina si dibatte (regolamenti o atti amministrativi generali), sono diventati i veri protagonisti degli interventi in materia pur presentando elementi di criticità rispetto all'ordinato sistema delle fonti e alle riserve di legge in materia di libertà dell'individuo.

In this reflection we wanted to give a general picture on the «confusion» of the sources that have regulated until now the health emergency Coronavirus that has invested the country. Considered that on the basis of the Constitution the decree law was used as a source authorized to manage the emergency, however these decrees do not always appear to comply with the constitutional provision and above all with the judgments of the Constitutional Court which modeled its content, the shape, time. Thus, the decree laws appear to be tools for attributing powers to the President of the Council of Ministers for the adoption of general administrative acts in the form of the Prime Minister's Decree. The latter, on the nature of which the doctrine is debated (regulations or general administrative acts), have become the real protagonists of the interventions on the subject, although presenting critical elements with respect to the ordered system of sources and the legal reserves regarding the freedom of individual.

SOMMARIO: Premessa; - **1.** L'inizio della storia: Delibera Consiglio dei Ministri, 31.01.2020, assunta in attuazione del D. lgs 02.01.2018, n. 1, «*Codice della protezione civile*»; - **2.** Il decreto legge. La stagione dei decreti legge: dal DI n. 6/2020 del 23 febbraio 2020, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* (CU n. 45 del 23.2.2020); - **2.** Segue: al DI n. 19/2020 del 25 marzo 2020, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus* (GU n. 79 del 25.3.2020); - **2.** Segue: al DI n. 83/2020 del 30 luglio 2020, *Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19*

deliberata il 31 gennaio 2020 (GU n. 190 del 30.7.2020); - 3. I decreti del Ministero della Salute; - 4. I DPCM.

Premessa.

Dopo un periodo di fermento da parte degli studiosi soprattutto di diritto costituzionale in merito al modo di procedere del Governo con particolare riferimento all’emanazione dei vari DPCM – che hanno scandito l’evoluzione dell’intervento governativo ai fini del controllo della situazione epidemiologica Covid-19 – oggi il tema appare ormai non più di così stretta attualità quasi ci si fosse rassegnati a tale *modus procedendi*. Si deve riconoscere pur tuttavia che il Governo si è trovato nella necessità di “sperimentare” con scarso successo da un punto di vista giuridico un percorso istituzionale mai esplorato nei termini di pandemia mondiale, per tutelare, almeno in prima battuta, il valore della salute sia per i singoli che per la collettività, in modo da mettere al riparo il Paese dal Covid-19 in atto. Per riflettere sul percorso seguito dal Governo occorre partire dal dato che la Carta costituzionale offre una disciplina di carattere generale a cui fare riferimento nei casi di “necessità” e “urgenza” prevedendo cioè che il Governo faccia ricorso alla decretazione d’urgenza; il vero è che nella Costituzione quale elemento di rottura all’usuale assetto dei poteri è rinvenibile esplicitamente la sola la previsione relativa allo “stato di guerra” che implica il conferimento di particolari poteri all’esecutivo (peraltro non specificati) ma ciò nulla a ché fare rispetto la situazione pandemica: «*nella situazione attuale si tratta di difendersi da un’aggressione pericolosa per la vita di tutti che deriva non già da un nemico umano da respingere, ma da una malattia sconosciuta, per sconfiggere la quale è più che mai necessaria la collaborazione disinteressata e tempestiva tra tutti gli Stati*»¹.

Oggi è bene riflettere con un minimo di distacco sui principi costituzionali sui quali si è basato il Governo nel procedimento relativo la disciplina della pandemia tenuto conto altresì dell’aumento dei contagi che, alla fine di luglio 2020, ha richiesto la proroga dello stato di emergenza e un nuovo DPCM del 7 settembre 2020 col quale si prorogano altresì le misure restrittive già adottate in precedenza.

L’esame non può che essere condotto se non per “tipologie di atti” ovvero dei vari tipi d’interventi, normativi/amministrativi, che il Governo centrale ha voluto assumere e in particolare sulle ordinanze e sui DPCM che hanno dato attuazione alle scelte governative, mentre esulano dalla presente trattazione gli interventi regionali e degli enti locali che richiederebbero uno studio a parte.

Non si può tuttavia soprassedere dai dati cronologici sia pure richiamati a meri fini di rammentazione nonché ai fini di mettere in rilievo la pluralità di interventi che il Governo ebbe a mettere in atto nei primi momenti: occorre ricordare che, l’Organizzazione

¹ P. BONETTI, *La Costituzione regge l’emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, p. 692. «*Può rimanere perciò fermo che in Italia non vie è alcuno stato di guerra, non dichiarato nelle forme dell’art. 78 e tuttavia venuto in essere in via di fatto, per fronteggiare lo “stato di eccezione”, e può rimanere fermo che non essendovi tale stato di guerra, il Governo non è dotato, sempre in via di fatto, dei «poteri necessari».*» S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 532

mondiale della Sanità il 30 gennaio 2020 dichiarava che l'epidemia da Covid-19, la quale ormai si espandeva oltre la Cina, doveva configurarsi come «un'emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale»². In base a tale dato si è mosso il Governo italiano certamente in modo caotico anche su un piano fattuale³ a causa sia della sottovalutazione della situazione sanitaria epidemiologica sia per una vera e propria "paura" del virus connessa peraltro alla "paura" della tenuta del sistema sanitario ospedaliero⁴, stante l'avvertita inidoneità della sanità territoriale che avrebbe invece dovuto contenere la prima ondata della pandemia⁵, il tutto accompagnato dalla "percezione" dell'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento ai diversi tipi di emergenza ovvero sia quella sulla protezione civile che quella sulla sanità. Per ciò che attiene la sanità, la prima reazione del Governo è stata l'adozione dell'ordinanza del Ministero della Salute del 25 gennaio 2020, con la quale si prendeva atto dell'insorgenza dell'epidemia determinata dal *Coronavirus*; si rappresentava poi la necessità di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, ma questa volta in base all'art. 24, Dl n. 1/2018 Codice della protezione civile, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 che dichiarava lo stato di emergenza sanitaria, alla quale fa seguito il Dl n. 6/2020 del 23 febbraio 2020 che, richiamandosi agli artt. 77 e 87 della Costituzione, fa del decreto legge il perno delle fonti normative cosicché il Dl n. 6/2020, rappresenta il punto di partenza nell'intricata vicenda delle fonti che hanno disciplinato l'emergenza Covid-19. Si deve far riferimento proprio a tale decreto legge perché è a questa fonte normativa che ha ispirato e ha rappresentato le basi dei vari DPCM emanati dal Presidente del Consiglio i quali avrebbero dovuto (il condizionale è d'obbligo) trovare la loro legittimazione proprio nel Dl n. 6/2020, almeno in via tendenziale prima dell'emanazione del successivo Dl n. 19/2020 del 25 marzo 2020.

Occorre tuttavia riflettere sulle modalità di utilizzo del decreto legge non sempre aderente al dettato costituzionale e ai DPCM la cui natura, come si dirà in seguito, è stata ed è oggetto di un ampio dibattito dottrinale.

² Il 28 febbraio 2020, l'OMS ha elevato la minaccia a livello mondiale «molto alto» mentre l'11 maggio 2020, il Presidente dell'OMS nel corso di una conferenza stampa, ha qualificato l'emergenza come derivante da «pandemia».

³ «Sicuramente non ha giovato alla compiuta cognizione della dimensione del dramma che si sarebbe concretizzato la costante e radicale contrapposizione nel nostro Paese tra due opposte visioni, che si alimentano a vicenda, considerando l'una la crescita esponenziale dell'altra. Visioni che impediscono di avere una cognizione equilibrata di qualsiasi questione e che dunque sollecitano soluzioni parimenti squilibrate, tendendo a radicalizzare, su opposti versanti, il dibattito politico e dunque le opzioni normative». M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Riv. AIC*, 3/2020, pp. 176, ss.

⁴ F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Riv. AIC*, 3/2020, p. 258. «Paura quale fonte del diritto non può considerarsi un'assoluta novità seppure appaia necessario lasciare il beneficio del dubbio, per cui forse non era questo l'intendimento del nostro governo in una situazione a dir poco inaspettata, tuttavia è vero che far leva sulla paura funziona sempre ... La paura ci protegge infatti dai pericoli, veri o presunti, è un'emozione ancestrale, sviluppata in tempi lontanissimi come reazioni a pericoli molto concreti e visibili quali le bestie feroci e gli agenti atmosferici».

⁵ «Ma la carenza più avvertita e determinante è stata rappresentata dalla scarsa presenza di filtri: in un parola la sanità territoriale, che avrebbe dovuto contenere la prima ondata, prestare le prime cure e intervenire con una immediata selezione fra chi lasciare a casa, tenendo strettamente sotto controllo il periodo di diffusione del contagio, e chi rinviare, con successivo filtro del pronto soccorso, gli indispensabili ricoverati graduati a secondo della gravità delle condizioni del paziente. Questa sanità territoriale con grande lungimiranza già introdotta dal legislatore ma mai compiutamente realizzata, e che giustamente riconsiderava la necessità di una stretta integrazione fra assistenza sanitaria e assistenza sociale» C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID-19- Paper – 13 maggio 2020.

1. L'inizio della storia: Delibera Consiglio dei Ministri, 31.01.2020, assunta in attuazione del D. lgs 02.01.2018, n. 1, «Codice della protezione civile».

L'emergenza causata dal *Coronavirus*, ha indotto il Governo a introdurre una disorganica tipologia di atti normativi e/o amministrativi che, in ragione dell'aggravarsi della diffusione dell'epidemia, hanno inciso in modo sempre più penetrante e invasivo sui diritti anche di rango costituzionale di cui sono titolari i singoli cittadini. Tale produzione di atti si presentava e si presenta in modo non sempre coerente e coordinato; si sono sommati e sovrapposti, nel periodo dell'emergenza: atti derogatori rispetto le fonti primarie, fonti secondarie, decreti ministeriali, ordinanze contingibili e urgenti e decreti regionali⁶. E' evidente la "confusione" venutasi a creare tra le diverse modalità di produzione emergenziale del diritto: il primo decreto del Ministro della Salute del 25 gennaio 2020, è forse l'unico atto a trovare un legittimo fondamento legislativo rappresentato dal disposto contenuto nell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale⁷.

Alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, segue la delibera assunta dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, in attuazione del «Codice della protezione civile» (D. lgs 2 gennaio 2018, n. 1), che rappresenta il fondamento della dichiarazione dello stato di emergenza nonché la stessa legittimazione/motivazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁸. Se bene non venga specificata, la delibera, richiamandosi all'art. 24 del Codice, fa riferimento allo «*stato di emergenza di rilievo nazionale*»⁹. Tuttavia si tenga

⁶ F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., p. 3. «Rispetto a tale complessità appare come sforzo titanico quello di ricondurre a sistema e coerenza la normativa sull'emergenza sì da verificare la coerenza di queste pluralità di norme con le singole previsioni costituzionali».

⁷ L'art. 32, L. n. 833/1978, oltre che attribuire al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale, prevede altresì che nelle medesime materie i Presidenti delle Giunte regionali e i Sindaci possano emanare ordinanze contingibili ed urgenti con efficacia limitata alla Regione o al territorio comunale. Anche l'art. 117, c.1, D. lgs 31 marzo 1998, n. 112, prevede: «*In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali*». Lo stesso vale per il Sindaco, ex art. 50, Dl 18 agosto 2000, n. 267.

⁸ Decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, *Codice della protezione civile*, art. 3, c. a): «*il Dipartimento della protezione civile, di cui si avvale il Presidente del Consiglio dei ministri nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale e per assicurare l'unitaria rappresentanza nazionale presso l'Unione europea e gli organismi internazionali in materia di protezione civile, ferme restando le competenze del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, nonché le Prefetture – Uffici Territoriali di Governo; b) 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...».*

⁹ Si legge nel decreto della delibera del Consiglio dei Ministri, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, si è «*ritenuto che tale contesto di rischio, soprattutto con riferimento alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione prevenzione, impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale; ...vista la nota del 31 gennaio 2020 con cui il Ministro*

presente che ai sensi del c. 1, dell'art. 24, la dichiarazione dello stato di emergenza deve essere basata su dati univoci e concordati, elemento, questo, considerato essenziale dalla stessa Corte costituzionale ma non del tutto rinvenibili nell'atto in esame¹⁰.

In un primo momento la legittimazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei Ministri si è basata su una legge ordinaria¹¹, in quanto il Codice in esame attribuisce allo stesso poteri di ordinanza in materia di protezione civile «salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dell'art. 24»¹²; il Presidente del Consiglio dei Ministri può esercitare tali poteri «per il tramite del capo del Dipartimento della protezione civile» ciò in quanto ai sensi dell'art. 3, c.1, lett. a) del Codice è lo stesso Presidente del Consiglio «autorità nazionale di protezione civile» al quale in ogni caso sono imputabili direttamente le determinazioni relative alle 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». Il Codice dispone altresì che spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri adottare le direttive attraverso le quali vengono indicati gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata delle attività di protezione civile, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto della peculiarità di ciascun territorio. Il Codice subordina l'emanazione delle ordinanze proprio ai limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza, anche se non sempre tale previsione viene correttamente esplicitata come nel caso di specie; si legge nel Codice stesso che le ordinanze «sono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3». Tuttavia come si vedrà in seguito, il Presidente del Consiglio dei Ministri è intervenuto non solo in base ai presupposti sopra richiamati ma prevalentemente in base ad atti amministrativi

della salute ha rappresentato la necessità di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale di cui all'art. 24 decreto legislativo n. 1 del 2018 ... su proposta del Consiglio dei Ministri...delibera... 1) In considerazione di quanto esposto in premessa, 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, è dichiarato, per 6 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. 2) Per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, lettere a) e b) del decreto legislativo 8 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico ...».

¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 127/1995. A tale sentenza, riportata nella sua parte più rilevante, fa riferimenti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 117, il quale sottolinea altresì che «... l'emergenza è uno specifico istituto giuridico ... del quale il diritto positivo definisce i presupposti ex artt. 1 e 7 del Codice, le conseguenze giuridiche, ex artt. 24 e 25 del Codice e i limiti temporali, ex art. 24, c. 3 del Codice...La declamatoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale al di là dell'evidente crisi dell'atto politico come atto insindacabile, la deliberazione ex art. 24 D. lgs n. 1/2018, è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti da una fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice».

¹¹ F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale*, cit., p. 254, la quale osserva che «...lo stato di emergenza trova la sua giustificazione nel Codice della protezione civile, si configura quale stato che ha rilievo nazionale e presenta conseguenze giuridiche e limiti temporali. Non si tratta di un atto al di sopra di ogni controllo per il sol fatto che viene invocata un'emergenza nazionale per cui la deliberazione ex art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria e la loro esistenza è accettabile da parte del giudice. 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'art. 7, comma 1, lettera c)».

¹² Codice della protezione civile, Art. 24. Deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale (Articoli 5 legge 225/1992; Articoli 107 e 108 decreto legislativo 112/1998; Articolo 5-bis, comma 5, decreto-legge 343/2001, conv. Legge 401/2001; Articolo 14 decreto-legge 90/2008, conv. legge 123/2008; Articolo 1, comma 422, legge 147/2013).

generali, DPCM, che trovano (o dovrebbero trovare) la loro legittimazione nei decreti legge.

2. Il decreto legge. La stagione dei decreti legge : dal DI n. 6/2020 del 23 febbraio 2020, Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (CU n. 45 del 23.2.2020).

Prima di esaminare i singoli decreti legge assunti dal Governo occorre fare una sia pur breve riflessione sul decreto legge stesso. A tal fine partendo dal dato costituzionale la fonte normativa per intervenire nella situazione pandemica, è rappresentata dalla decretazione d'urgenza che la Carta Costituzionale offre per far fronte in via generale nell'ipotesi in cui si versi in una situazione di "necessità" e "urgenza" a cui deve essere ascritta su un piano logico prima che giuridico l'"emergenza" *Coronavirus*. Ciò in quanto occorre rammentare, quale premessa concettuale, che è la Costituzione a dare fondamento al decreto legge contrariamente alla tesi che vorrebbe il «diritto di necessità» quale dato legittimante l'intervento governativo¹³.

A ben vedere il costituzionalismo democratico, sorto per erigere una barriera contro l'eventuale strapotere dell'esecutivo, esclude, in una prospettiva di limitazione del potere che «i fatti» possano porsi quali, essi stessi, fonte di produzione del diritto, tesi che mal si coordina col primato della Costituzione e con la sua rigidità. «...[i fatti] *straordinari di necessità e urgenza* ... godono di una copertura costituzionale (riconoscimento fondamento) in grado di essere bussole fonte legittimate di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali»¹⁴. Come ha ricordato nella sua relazione Marta Cartabia, ai tempi Presidente della Corte costituzionale¹⁵ «...non si rinvencono nella Carta costituzionale clausole di sospensione di diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né previsioni che i tempi di crisi consentano alterazioni dell'assetto di potere. La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi o di straordinaria necessità e urgenza ... tuttavia con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità [offre] alle istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria per navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo emergenza». La stessa Corte costituzionale nelle sue pronunce ha più volte sottolineato che il decreto legge deve essere inquadrabile nell'abito della "straordinarietà" e "urgenza", trattandosi di uno strumento d'intervento ben definito nell'ordinamento

¹³ F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, p. 141, secondo il quale la necessità sarebbe la stessa fonte dei provvedimenti che attribuiscono poteri all'esecutivo e che sull'esempio del costituzionalismo germanico darebbero luogo al «diritto di necessità». A questo si oppone la tesi di S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl e della p.a. in Italia*, 1909, p. 220. «La necessità si può dire che sia la fonte primaria ed ordinaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad esso, le altre sono considerazioni in un certo modo derivate» v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 114.

¹⁴ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 560 v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione Italiana*, in www.federalismi.it n. 6/2020 v. M. A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in www.lacostituzione.info, 28 marzo 2020.

¹⁵ Relazione del 28 aprile 2020 sulle attività della Corte costituzionale nel 2019.

anche in virtù della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato¹⁶. I costituenti, forse consapevolmente, hanno deciso di non disciplinare esplicitamente lo «*stato di emergenza*» sulla base di ragioni storiche in quanto una tale disciplina avrebbe potuto dar luogo a forme di sovvertimento dell'ordine costituito¹⁷, hanno tuttavia previsto l'adozione dei decreti legge quale fonte di disciplina proprio dello stato di emergenza; attraverso il ricorso al decreto legge in caso di necessità e di urgenza (e nella fattispecie del Covid-19 non vi è dubbio che tali presupposti erano e sono palesemente esistenti) si rinvergono, in base al concetto della *salus rei publicae*, limiti «*su precise previsioni: l'art. 5 sull'indivisibilità e l'art. 87 sull'unità della Repubblica ma anche in quella della intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia della revisione costituzionale al diritto sovranazionale e al diritto internazionale stesso*»¹⁸. La *salus rei publicae* costituisce il nucleo essenziale della Carta costituzionale italiana sul piano della forma repubblicana, della sua strutturale unitarietà e dei principi costituzionalmente racchiusi nella nozione di «*Repubblica democratica*». E' la stessa forma di Governo parlamentare a scandire i passaggi del rapporto tra Camere e Governo; il decreto legge deve essere convertito dalle Camere in legge nel termine di 60 giorni dalla sua pubblicazione, secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 77 e, nel caso di mancata conversione, perde efficacia fin dall'inizio. Nell'ipotesi in cui il decreto legge non venga convertito in legge nel termine di 60 giorni dalla sua pubblicazione, le Camere possono regolare i rapporti giuridici sorti in base ai decreti non confermati. La mancata conversione in legge non ha sostanzialmente effetti diversi dal «*voto contrario di una od entrambe le Camere sulla proposta del Governo e ciò non implica come noto l'obbligo delle dimissioni dell'esecutivo*»¹⁹. E' per questo che alle fonti che disciplinano casi eccezionali non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in ossequio al pacifico principio della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione. Viene sottolineata a tal proposito la «... *distinzione tra sospensione e deroga: le fonti emergenziali non si limitano a sospendere per un tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori, 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 definitività, non è altro che una forma di abrogazione parziale*»²⁰.

¹⁶ S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., v. nota n. 18.

¹⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 116, ss. v. A. Mitrotti, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da COVID-19*, in *Rivista Giuridica* www.AmbienteDiritto.it, 3/2020, pp. 5, ss., il quale rileva come «*ben diversa – è la sussistenza (la capacità "impositiva") delle ragioni della Salus Rei Publicae in una forma di Stato Costituzional-democratica – laddove il modello di una Costituzione rigida fissa un limite all'esercizio del potere politico determinando, a cascata, i confini (oggettivi e soggettivi) entro cui il potere pubblico (orientato al soddisfacimento di finalità individuate dalla legge) può incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei cittadini*».

¹⁸ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., «*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 scontata che una copertura costituzionale ci sia*».

¹⁹ 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, 7 ss., Cost., per tacer d'altri, in www.dirittifondamentali.it, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper – 23 marzo 2020.

²⁰ M. LUCIANI, op. cit., p. 114. «*La Costituzione fonda i provvedimenti non sulla «necessità» ma sul primato della Costituzione con la sua rigidità. Poiché alla positivizzazione degli interessi conservativi dell'ordinamento non fa seguito una disciplina specifica delle competenze dei procedimenti per la loro tutela, è da ritenere che la legittimazione si indirizzi alla fonte primaria*».

I provvedimenti emergenziali si vedono riconoscere la forza di legge con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale; tuttavia la fonte primaria, ex art. 77, non può limitarsi alla generica previsione della sua adottabilità stante il fatto che il principio di legalità nel nostro ordinamento va inteso in senso sostanziale e non meramente formale. Sotto questo profilo 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 dell'autorità legittimata»²¹.

Nei «casi emergenziali» non vi è una deroga al normale assetto dei poteri dello Stato, al massimo, come dimostrano le vicende legate al Covid-19, può manifestarsi l'esigenza di interventi derogatori (sospensivi) anche delle libertà costituzionali; tuttavia perché non si incorra in palesi violazioni del dettato costituzionale, occorre che l'adozione dei decreti legge sia rispettosa dell'iter procedimentale previsto nella Carta Repubblicana, il che porta all'affermazione che il sistema non può essere modificato con procedimenti semplificati o da maggioranze governative contingenti. Ciò spiegherebbe la mancanza di una disciplina *ad hoc* in quanto «tali situazioni, sfuggono attraverso la forza del fatto normativo e della necessità ... ad essere inquadrare nelle regole sulla produzione»²². «[Si tratta di] un perimetro ampio, dunque, in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia quale fondamento giuridico puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria»²³. A ben vedere l'art. 77, c. 2 della Costituzione, mira a considerare i fatti normativi che vengono in essere al verificarsi di situazioni «straordinarie di necessità e urgenza», anche alla luce dell'art. 15, c. 3, L. 400/1988. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 22/2012, pur negando la capacità del citato art. 15, c. 3, ad assurgere a parametro costituzionale interposto, nella stessa pronuncia ha riconosciuto che, in alcuni dei contenuti del decreto legge in particolare nella specificità, nell'omogeneità e nella corrispondenza al titolo, debba contenere anche il requisito dell'immediata applicabilità quale tratto caratteristico che «esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco nella natura stessa del decreto legge»²⁴.

²¹ Così testualmente, Corte costituzionale, sentenza n. 617/1987 ma già prima proprio nella materia che qui interessa, si veda la sentenza n. 115/2011; sul principio di legalità si veda la sentenza n. 32/2020 e da ultimo la sentenza n. 195/2019.

²² F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in www.federalismi.it Osservatorio emergenza Covid-19, Paper – 22 aprile 2020.

²³ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria cit.*, p. 560, «... il concetto di “urgente necessità” di cui all'art. 77 Cost. non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti ma impone di definire il valore attinente alla rilevanza giuridica del provvedere in contesti emergenziali». Sul punto illuminante resta la tesi di S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, cit., v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ediz., Padova, 1993, p. 104.

²⁴ Così, si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 22/2012 «L'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento».

Il vero è che l'abuso dello strumento e la sottovalutazione del valore giuridico e normativo dei presupposti della decretazione, come tutte le degenerazioni, hanno concorso a favorire una rappresentazione della disciplina in esame errata, tanto da finire per essere considerata una fonte ordinaria-usuale. Al contrario deve rimanere fermo il principio che il decreto legge nel quadro costituzionale è la fonte normativa di riferimento per la disciplina dei casi relativi a fatti «*straordinari di necessità e di urgenza*» che consente una deroga provvisoria dell'ordine delle competenze legislative, con la traslazione temporanea della funzione normativa dal Parlamento al Governo. Ciò rappresenta una deroga alle norme costituzionali sulla competenza per la forza normativa del fatto emergenziale, venendo ad essere ricondotte sotto la vigenza delle norme sulla produzione attraverso le regole poste al secondo comma dell'art. 77 della Costituzione nonché attraverso il procedimento di conversione²⁵. Si tratta quindi di un fattore contingente che spinge il pendolo verso il Governo pur rimanendo fermo il controllo del Parlamento il quale può tempestivamente modificare il punto di equilibrio tra le tutele delle libertà e l'efficacia delle misure straordinarie adottate dal Governo col decreto legge. Non si tratta quindi di una produzione autonoma del diritto scaturente dallo «*stato di eccezione*»²⁶, ovvero come possibile strumento di sovvertimento dell'ordine costituzionale, in quanto la decretazione d'urgenza deve essere collocata nell'ambito degli equilibri della relazione fiduciaria Parlamento/Governo tant'è che, cessata la situazione straordinaria la cui durata deve essere indicata nell'atto legislativo in parola, ogni potere defluisce entro il proprio alveolo. Certo è che, sotto questo profilo, è indiscutibile il peso assunto ormai dalla legislazione governativa, tanto che non si può più parlare di centralità del Parlamento che ha caratterizzato la storia repubblicana fino agli anni '90, e fa emergere una sorta «*di moto alternato all'interno delle forme di governo*»²⁷. In questa chiave, come è stato rilevato, la decretazione d'urgenza pare aver assunto un ruolo privilegiato, sia per il peso sul piano della legislazione -tant'è che essa è diventata un ordinario strumento di normazione- sia perché tale decretazione sembra amplificare le dinamiche che caratterizzano, oggi, l'assetto istituzionale del nostro Paese²⁸.

Non vi è dubbio che i decreti legge assunti dal Governo nella situazione del *Coronavirus* abbiano inciso sui diritti dei singoli protetti da riserva di legge, pur tuttavia ciò risulta coerente in relazione alla tutela di altri beni, anch'essi costituzionalmente protetti quale,

²⁵ S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., p. 532. «*La Corte costituzionale si è incaricata di riportare (quando se ne sono create le condizioni politico-istituzionali) la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di uso improprio, nell'alveo della «straordinarietà», definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di «necessità» e «urgenza»: è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato. Strumento che ben può assolvere alla riserva di legge «rinforzata per contenuto» stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle «limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza». E non ci sono ragioni per ritenere che questo stesso strumento non si presti ad essere adoperato per corrispondere alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, c. 3, Cost. nella determinazione di «programmi e controlli», intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Queste esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei «fini sociali» ai quali guarda il disposto costituzionale.*

²⁶ F. DE VANNA, *Il diritto imprevedibile: notazione sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza COVID-19*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, n. 2/2020.

²⁷ A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale?*, in *Riv. AIC*, n. 3/2020, p. 57.

²⁸ A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa*, cit., pp. 56, ss. In realtà l'A. s'interroga su un punto particolarmente interessante ovvero il processo di trasformazione della Costituzione materiale che vede la crisi del parlamentarismo nonché il rafforzamento dell'Esecutivo.

nella fattispecie, il diritto alla salute. Di conseguenza le limitazioni temporanee alla libertà di circolazione, di soggiorno, di espatrio e di riunione, sono tutte derivanti dal bilanciamento tra l'esercizio di tali libertà e la tutela della salute. Il problema quindi non attiene di per sé al merito delle scelte governative, quanto alle modalità di utilizzo dei decreti legge e alla loro tecnica di redazione. Il perdurare della pandemia ha fatto emergere il problema della loro prorogabilità ovvero la proroga o l'abrogazione di parte di essi non ancora convertiti ma superati da altri decreti legge; a ben vedere, in questa fattispecie si dovrebbe applicare il criterio dei decreti legge non convertiti che, come noto, perdono efficacia fin dall'inizio. Hanno rilevato a tal proposito le Commissioni parlamentari nella seduta del 27 maggio 2020, ai sensi dell'art. 77 Cost. come, nell'ipotesi di provvedimenti assunti a fronte della pandemia, talvolta si siano avuti decreti legge abrogati da un successivo decreto legge pur non essendo ancora spirati i termini dei sessanta giorni il che limita la conversione ovvero il controllo da parte del Parlamento e, d'altra parte come si è detto, deve/dovrebbe comportare la decadenza fin dall'inizio delle disposizioni del primo decreto legge, il quale di fatto viene ad essere non convertito. Tutto ciò lascia perplessi su un piano costituzionale e sul corretto utilizzo del decreto legge tant'è che la dottrina rileva come talvolta venga sostanzialmente inserito all'interno del disegno legge di conversione di un decreto legge, un emendamento governativo «... solitamente tale emendamento recepisce, in tutto o in parte, le negoziazioni intervenute nell'originaria serie di conversione ma non è affatto raro che il testo "trasfuso" con l'emendamento sia quello di un decreto legge su cui le Commissioni parlamentari non hanno nemmeno dato avvio all'esame, dando vita a quella che è definita una conversione "mascherata"»²⁹.

Alla luce di quanto finora esposto occorre esaminare taluni decreti legge rilevando, al di là delle critiche sugli specifici decreti legge, che proprio tale fonte, *secundum ordinem*, nel rispetto della riserva di legge assoluta e del principio di legalità, sia in realtà lo strumento da adottarsi nei contesti emergenziali.

Il fatto che correttamente il Governo abbia utilizzato la decretazione d'urgenza per disciplinare la situazione *Coronavirus*, non esime tuttavia l'osservazione che, proprio il punto più ostico della disciplina giuridica della pandemia, è rappresentato dal Dl n. 6/2020 (successivamente convertito con modifiche in legge del 5 marzo 2020, n. 13, conversione che poco aggiunge al contenuto del decreto legge ma che tuttavia ha coinvolto anche il Parlamento), ove all'art. 3 si prevede che «*le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate... con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*». Occorre osservare, in prima battuta che il Dl n. 6/2020, a norma dell'art. 15, c. 5, L. 400 del 23 agosto 1988, attribuisce poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio attraverso l'utilizzo dei DPCM; in seconda battuta vengono legittimate le ordinanze regionali e locali in materia sanitaria che, secondo quanto disposto nel Dl n.

²⁹ «In ogni caso il fenomeno della confluenza sembra porsi del tutto in contrasto con l'art. 77 Cost., in quanto, attraverso di esso, il Governo dà vita a una disciplina normativa di immediata vigenza che viene cristallizzata definitivamente per il tramite di una conversione abbreviata che, comprimendo i tempi riservati all'esame parlamentare, finisce per garantire all'Esecutivo uno strumento in grado di assicurargli una produzione normativa di matrice propria, di immediata vigenza e di "breve" conversione» A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa*, cit., pp. 69, ss.

6/2020, potevano e sono intervenute nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio, con grave impatto sulla popolazione che si è vista adottare discipline diverse da regione a regione. Ciò che si vuole mettere in evidenza è che il Dl n. 6/2020 richiama e forse non avrebbe potuto far diversamente, anche le regioni ma ultronea appare la dicitura che le regioni possano intervenire qualora la necessità sia circoscritta alla regione stessa³⁰. Non si vede infatti con quale legittimazione i Presidenti delle regioni avrebbero potuto agire al di fuori delle competenze regionali!

Fin da una rapida lettura del citato decreto legge, si evidenzia la confusione e l'approssimazione della disposizione in parola. Con il Dl n. 6/2020 si attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di ordinanza tramite DPCM. Singolare tuttavia è la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 3, «*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 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*». Com'è stato osservato «*Si deve ritenere, dunque, che, nell'ambito di un "caso straordinario di necessità e urgenza", che ha condotto all'approvazione del decreto legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio sia abilitato ad adottare con ordinanza in forma di decreto, una urgente "misura di contenimento e gestione" (art. 1, c. 1, Dl 6/2020), si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente: quella posizione "estrema" fa pensare ad una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l'ordinanza proveniente dall'esecutivo nazionale*»³¹.

Il decreto legge definisce un procedimento di adozione dei provvedimenti e una casistica non tassativa che incidono sulle libertà costituzionalmente garantite, facendo sorgere non poche perplessità in merito al rapporto dello stesso rispetto alle riserve di legge poste dalla Costituzione a salvaguardia delle libertà personali³². Nella prospettiva dell'osservanza del principio di legalità e delle riserve di legge, non si può non ribadire che, le fonti emergenziali secondarie se possono derogare alle norme primarie, sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte, possono farlo solo e nella misura e forma così come indicate dalla fonte primaria legittimante (decreto legge) la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua

³⁰ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 307/2003, apparentemente in una materia che esula da quella in oggetto, la Corte ha segnato il punto di equilibrio fra l'esigenza della tutela della salute e dell'ambiente dove tra l'altro si legge «*La legge regionale impugnata investirebbe, secondo la difesa statale, le materie della tutela della salute e della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, che sono di legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, ed anche la materia della tutela dell'ambiente che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s, della Costituzione, è di legislazione esclusiva dello Stato. La legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36, sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, avrebbe posto la disciplina integrale ed esclusiva rivolta alla tutela dell'ambiente ed i principi fondamentali per le altre materie, ai quali la legislazione regionale si deve attenere. La legge regionale impugnata in parte avrebbe invaso la sfera statale di legislazione esclusiva ed in parte non avrebbe osservato i principi della legislazione statale*».

³¹ «*Se alla locuzione "nelle more" si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di "urgenza estrema" si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest'ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco*» S. STAIANO, *Né modello né sistema...*, cit., p. 539.

³² M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza*, cit., p. 180 v. A. D'ANDREA, *Protezione della salute, restrizione della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020, il quale dubita che la disciplina primaria posta a base dei DPCM abbia davvero soddisfatto il requisito della riserva di legge.

volta derogata. Il vero è che, il decreto legge in questione appare fin da una prima lettura estremamente lacunoso (il termine è volutamente inappropriato) sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo: basti pensare al fatto che, nulla si dice sul soggetto che debba assumere i provvedimenti di cui all'art. 1, ove si parla genericamente di «*autorità competenti*»; sotto il profilo oggettivo, in merito alle misure da adottare, queste sono a dir poco vaghe lì dove si prevede altresì che le autorità competenti sono tenute ad adottare "ogni misura" di contenimento e gestione dell'emergenza, adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. Concetto, questo, che viene ribadito nell'art. 2 dove si legge: «*Le autorità competenti possono adottare "ulteriori" misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 "anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1"*». Il ché porta a concordare con quella parte della dottrina che ha definito l'oggetto del decreto legge governativo una sorta di delega «*in bianco*» sia in riferimento alle autorità competenti sia in riferimento alle «*... "ulteriori" misure di contenimento e gestione dell'emergenza*»³³; in tal modo il decreto legge diventa una sorta di delega dell'esecutivo all'esecutivo e alle autorità amministrative che sono chiamate a porre in essere tutti gli atti ritenuti idonei a contenere la pandemia, anche se non previsti nello stesso decreto legge. Ma la punta di diamante dell'intero decreto è rappresentata dal comma 4 dell'art. 3, dove si legge «*Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale*»³⁴, il ché implica che venga introdotta una fattispecie penale attraverso un decreto legge!

Non è quindi il decreto legge inidoneo a gestire la pandemia ma le modalità di redazione dello stesso che suscitano non poche difficoltà (per non dire riserve circa la sua conformità alla Costituzione) anche in considerazione degli atti attuativi assunti dal Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base di tale decreto legge! Dal decreto legge che viene trasformato in un «*decreto delega a favore del Governo*», l'esecutivo fa discendere la competenza all'emanazione dei DPCM, ovvero atti *sub-primari* assunti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, senza alcuna garanzia né delle Camere né del Presidente della Repubblica. D'altro canto tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri trovano la propria fonte giustificativa nel Dl n. 6/2020, il quale come sottolinea Mazzarolli, viene citato espressamente nel *Proemio* «*...autoproclamando illegittimi sé stessi per violazione del "principio di legalità" e al contempo dimostrando la violazione dell'art. 77 della Costituzione da parte del D.L. stesso*»³⁵. Per un verso, il decreto legge che delega l'attribuzione di poteri dal

³³ L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale*, cit., p. 12.

³⁴ Si osservi come neanche nei DPCM emanati successivamente alla legge di conversione a cui si è fatto riferimento quest'ultima venga richiamata, ma il riferimento continua ad essere nel *Proemio* sempre e soltanto il decreto legge n. 6/2020.

³⁵ L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale*, cit., p. 19. «*Questa però è anche la ragione per la quale non mi sta bene il decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 cit., nella parte in cui si auto configura come DL ... di delega (in parte confusa, in parte non puntuale e in parte in bianco). All'esercizio dei poteri del Presidente del Consiglio e ai suoi - uno, tre, cinque, dieci, cento ... - DD.PP.CC.MM., L. A. MAZZAROLLI citando gli atti del Convegno contenuti nel volume AA.VV., (a cura di) S. PERONGINI, Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione, tenutosi a Salerno nei giorni 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, così si esprime, in parte riprendendo le parole testuali del volume precitato, in parte aggiungendo sue osservazioni: «Proprio per quanto sottolineato nella lettura che precede (l'uso "ordinario" di una fonte "straordinaria" nel corso di un'"emergenza" (del pari) straordinaria che si prolunga nel tempo) tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che fanno dipendere la propria esistenza dalle previsioni del DL n. 6/2020 cit. citandolo espressamente nel Proemio, come propria fonte giustificativa, autoproclamano illegittimi sé stessi per violazione del "principio di legalità" [so bene che a molti non piace ... più, ma io ci sono ... affezionato più che altro perché spiega bene il*

Governo a soggetti terzi (e, in questo caso, terzo è anche il Presidente del Consiglio) perde la parte più rilevante della sua natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che s'intendono ottenere, essendo questi differiti all'adozione proprio dei DPCM; per altro verso, i numerosi DPCM non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi e non di carattere di normazione secondaria, *ex lege* n. 400/1988³⁶.

2. Segue: al DI n. 19/2020 del 25 marzo 2020, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus (GU n. 79 del 25.3.2020).

Al DI n. 6/2020 fa seguito il DI n. 19/2020, per "sanare"³⁷ l'incostituzionalità del primo decreto; tuttavia, tale decreto legge che avrebbe dovuto provvedere ad un riordino della materia, ricomprende tutte le discipline emanate col primo decreto (ancora in vigore in virtù della legge di conversione dello stesso del 5 marzo 2020, n. 13) lasciando così inalterati i non pochi dubbi interpretativi già emersi, volti a capire almeno a livello nazionale, quali siano le prescrizioni vigenti³⁸. Inoltre fa salvo il potere di ordinanza del Ministro della Salute in caso di estrema "necessità" e "urgenza" nelle more dell'adozione del DPCM, limitatamente a settori di competenza (ancora una volta si prevede un'emergenza nell'emergenza tale da non poter attendere l'emanazione del DPCM); infine il decreto legge tende (con buona volontà) a regolare i rapporti tra Governo e Parlamento e quindi esplicitamente all'art. 2, c. 5, prevede che i DPCM siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il Presidente del Consiglio dei

principio di separazione dei poteri e la dipendenza del potere amministrativo da quello legislativo] e al contempo dimostrano la violazione dell'art. 77 Costituzione da parte dello stesso».

³⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 26/1961, dove si legge che i poteri conferiti al Prefetto (autorità amministrativa) della fonte primaria censurata dalla Corte, «non possono in alcun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contrasto, i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono essere tali da invadere il campo riservato alle attività degli organi legislativi, né a quelli degli organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli articoli 70, 76, 77 e dell'art. 1, secondo comma della Costituzione. Difatti anche a volerli considerare come atti aventi carattere normativo i provvedimenti ... restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimati quando siano emanati in base ai presupposti nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte nella precedente sentenza [n. 8/1956]». La Corte inoltre ritiene che «nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una materia (ad esempio art. 13 terzo comma) [riserva assoluta di legge] non può concepirsi che nella materia stessa la [fonte primaria attributiva del potere] permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula in base alla legge o di uguale significato [riserva relativa] giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito ...».

³⁷ «Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come il 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 viola), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti» M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112.

³⁸ G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Riv. Il Dubbio*, 4 aprile 2020, il quale osserva che per quanto possa essere apprezzato lo sforzo contenuto nel DI n. 19/2020, tale sforzo non ha prodotto la razionalizzazione delle fonti «al caos delle fonti si è aggiunto il caos delle interpretazioni».

Ministri o un suo delegato, debba riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure di emergenza adottate³⁹.

Bisogna tuttavia riconoscere il merito del Dl n. 19/2020, di una maggiore precisione rispetto al precedente Dl n. 6/2020 almeno sulle tipologie di restrizione che possono essere apportate alle libertà dei diritti fondamentali, come si deduce dall'art. 1, c. 2 dello stesso: all'art. 1, vengono a essere tipizzati i casi in cui sulla totalità del territorio nazionale o su parti di esso, possono essere adottate le misure di cui al c. 2, reiterabili fino al 31 luglio 2020, il ch  implica anche il requisito della temporaneit  della misura restrittiva come vuole la decretazione d'urgenza. La tipizzazione di cui al c. 2, art.1, diventa tassativa e dettagliata non facendo altro che riprendere le fattispecie che avevano gi  trovato concretezza nei precedenti DPCM. Quasi tutte le ipotesi si sostanziano in fattispecie limitative delle libert , di cui agli artt. 16, 17 e 41 della Costituzione, tuttavia non poche riserve suscita la fattispecie di cui alla lett. e) ovvero il «*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a misura di quarantena perch  risultate positive al virus*», fattispecie apparentemente ben diversa dalle altre ed in particolare dalla libert  di circolazione e soggiorno, non essendo prevista per tale libert  in via generale come vuole la Costituzione, ma solo nei confronti di specifici individui sottoposti alla quarantena, s  da ricondurla ad una limitazione della libert  personale ex art. 13 della Costituzione giustificata dalla necessit  di garantire il pari diritto alla salute dei cittadini. Nessuno contesta nel merito la disposizione in questione, ci  che si contesta   che tale disposizione non trovi una propria legittimazione giuridica nella norma interposta, neanche nel secondo decreto legge. L'art. 2 legittima in contrasto a quanto previsto dalla Costituzione quale fonte di normazione emergenziale, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e non il decreto legge stesso. Inoltre, singolare   la previsione contenuta nell'art. 3, c. 3, Dl n. 19/2020, laddove vengono fatti salvi gli effetti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze contingibili e urgenti gi  adottate dal Ministro della Salute, ai sensi dell'art. 32, legge 23 dicembre 1978, n. 833, le quali ordinanze in forza del Dl n. 6/2020, non sempre si limitavano alle materie di stretta competenza del Ministro della Salute. Osserva Belletti «*con un intervento normativo pi  unico che raro, soprattutto considerando la situazione di grave emergenza, in sostanza, l'esecutivo si rende conto, con grave e colpevole ritardo, che tutta l'attivit  normativa posta in essere fino a quel momento   totalmente priva di base legale conferendo detta base legale a posteriori in sanatoria, confermando cos  contestualmente la portata retroattiva non solo alla disciplina di sanatoria, ma anche alle discipline sanate, le quali, sotto il profilo sostanziale, sono fortemente limitative delle libert  fondamentali...*»⁴⁰.

Elemento positivo rispetto al precedente Dl n. 6/2020,   che alla sanzione penale viene sostituita una sanzione amministrativa che si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del Dl n. 19/2020. Il Dl 19/2020 sancisce, infatti, l'abrogazione ex art. 5, c. 1, lett. a) - b), Dl n. 6/2020 e parimenti l'art. 35 del Dl n. 9 del 2 marzo 2020⁴¹. Tuttavia, l'attivit  amministrativa/normativa del Governo non cessa,

³⁹ F. CINTOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in www.federalismi.it del 6 aprile 2020. L'A. ritiene che il decreto legge n. 19/2020 «...mostra un approccio sistematico al regime dell'emergenza, proclamata sino al 31 luglio 2020 in sintonia con quanto deliberato a suo tempo dal Consiglio dei Ministri».

⁴⁰ M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza*, cit., pp. 191, ss.

⁴¹ Dl n. 9 del 2 marzo 2020, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19* (GU n. 53 del 2.3.2020).

trovando l'ennesima proroga delle misure di totale *lockdown* disposta con DPCM 10 aprile 2020.

Occorre citare altresì il Dl n. 22 dell'8 aprile 2020, il quale sulla base della straordinaria "necessità" e "urgenza" che l'emergenza epidemiologica veniva a produrre sul sistema scolastico e la necessità di dover prevedere misure in tema di svolgimento di esami di Stato e di abilitazione all'esercizio della professione, vengono attribuiti poteri di ordinanza al Ministero dell'istruzione e al Ministero dell'Università e della ricerca. A tale decreto legge fa seguito il Dl n. 23/2020 dell'8 aprile 2020, contenente misure urgenti in materia di accesso al credito e gli adempimenti fiscali per le imprese nonché la proroga dei termini amministrativi e processuali. A questo fa seguito il Dl n. 34 del 19 maggio 2020⁴² il quale, come ha rilevato il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati nel parere del 27 maggio 2020, si tratta del decreto legge più lungo della storia repubblicana che, di fatto, impedisce un dibattito equilibrato che tenga conto di tutti gli interessi in gioco. Inoltre si è osservato come tale decreto legge metta insieme norme diverse, alcune riferite alla pandemia altre che rinviano a decreti successivi attuativi, altre che abrogano norme di precedenti decreti legge.

2. Segue: al Dl n. 33/2020, del 16 maggio 2020, *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 (GU n. 125 del 16.5.2020)*.

Anche nel Dl n. 33 del 16 maggio 2020, vengono nel *Proemio* indicati espressamente quale base giuridica, gli artt. 77 e 87 della Costituzione, inoltre, si legge sempre nel *Proemio* che «... visto l'art. 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie ... preso atto dell'attuale stato della situazione epidemiologica»; si dispone, all'art. 1 che, a decorrere dal 18 marzo 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale mentre il secondo comma sempre dell'art.1 vieta gli spostamenti fino al 2 giugno 2020 da una regione all'altra «salvo che per comprovate misure lavorative», così come vengono vietati gli spostamenti da e per l'estero. Il comma n. 6 dell'art. 1, invece, fa divieto di mobilità alle persone sottoposte a quarantena, dato questo già presente nel Dl n. 19/2020 e addirittura nel Dl n. 6/2020 dove lo spostamento implicava la sanzione penale. Vengono vietate tutte le situazioni che possono dar luogo ad assembramenti, comprese le funzioni religiose. In generale si deve osservare che molti degli interventi straordinari adottati dal Governo per contenere gli effetti dell'epidemia sulla salute collettiva e sull'economia reale del Paese sono, infatti, strettamente legati nei loro presupposti di efficacia, alla dichiarazione dello stato di emergenza disposta per il periodo 31 gennaio – 31 luglio 2020 e nei successivi decreti legge salvo limitate variazioni. In verità il Dl n. 33/2020 regola quella che viene definita «fase due» anche se restano inalterati gli strumenti già utilizzati nella c.d. «fase uno». Sostanzialmente si è avuto in questo periodo anche tramite i DPCM emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, una esigua attenuazione delle misure restrittive adottate in precedenza che tuttavia ha richiesto ancora l'uso delle autocertificazioni per la

⁴² Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, (GU n.128 del 19-5-2020 - Suppl. Ordinario n. 21).

mobilità, così come è stata concessa la riapertura di nuove attività economiche comprese quelle commerciali, sia pure limitatamente per i servizi da asporto e di consegna a domicilio. Nel decreto legge, in via di estrema sintesi viene ribadito che la distanza di sicurezza interpersonale è di almeno un metro; tali misure rappresentano criteri comuni per lo svolgimento dello sport e di attività di relazione sociale non solo a carattere culturale, sicché la partecipazione del pubblico a singoli eventi sportivi di minore entità, dovrebbe essere consentita solo a partire dal 1 settembre 2020. Gli spettacoli aperti al pubblico in sale e teatri, sale di concerto, sale cinematografiche ed altri spazi all'aperto, sono svolti con posti a sedere distanziati. Vengono rinviate al 1 settembre 2020 le manifestazioni fieristiche e i congressi previa però adozione dei protocolli validati dal Comitato scientifico. Le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono secondo i protocolli previsti dal Governo; in ogni caso le riunioni devono garantire il rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro. Per la ripresa dei servizi educativi e della didattica a scuola di ogni ordine e grado le istituzioni scolastiche continuano a predisporre ogni misura utile per l'avvio dell'anno scolastico 2020/2021. Il 18 maggio 2020 è stato invece caratterizzato da una ripresa di molte attività economiche e di una mobilità libera all'interno del territorio regionale.

2. Segue: al Dl n. 83/2020 del 30 luglio 2020, *Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020 (GU n. 190 del 30.7.2020).*

Alla data del 31 luglio 2020 sarebbe spirato il termine precedentemente indicato sullo «*stato di emergenza*»; lo spirare di tale termine avrebbe travolto anche le misure assunte con i decreti legge precedentemente emanati nonché i DPCM del Presidente del Consiglio dei Ministri. E' questa la ragione per cui, con delibera adottata nella seduta del 29 luglio 2020, il Consiglio dei Ministri si è avvalso ancora una volta, dell'istituto della proroga dello stato di emergenza fino al 15 ottobre 2020, contestualmente emanando un nuovo decreto legge, il Dl n. 83/2020, al solo fine di estendere fino a tale data la disciplina di una parte delle misure precedentemente assunte, come indicato nell'art. 1 del presente decreto. A tale decreto legge fa seguito l'ordinanza del Ministro della sanità del 30 luglio 2020, dal titolo *Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19* (G.U., Serie generale, n. 191 del 31 luglio 2020). Per chiarire l'intera situazione, al decreto legge n. 83/2020 viene aggiunto l'allegato 1, contenente le modifiche temporali previste dai precedenti decreti legge. Col Dl n. 83/2020 sinteticamente si può dire che vengono prorogati i termini della maggior parte delle misure adottate nei precedenti decreti al 15 ottobre 2020; per altre misure, invece, si prevedono termini diversi ad esempio per ciò che attiene la sospensione e il rinvio delle udienze processuali.

Occorre tuttavia osservare, in linea di estrema sintesi che, sovente i contenuti dei decreti legge (vedi ad esempio il rapporto del Dl n. 6/2020 rispetto al Dl. n. 33/2020, tra loro peraltro non omogenei) hanno dato luogo al fenomeno della "confluenza" dei decreti legge dato questo distorsivo rispetto alla *ratio* dell'art. 77 Cost., mettendo in crisi il peso dei lavori delle Commissioni parlamentari ma soprattutto il ruolo della legge di conversione.

3. I decreti del Ministero della Salute.

Fatta la breve disamina sui più significativi decreti legge, occorre soffermarsi sui decreti emanati dal Ministero della Salute. A tal fine si osservi come già accennato in premessa come, prima ancora della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è il Ministro della Salute che dichiara lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario con Ordinanza del 25 gennaio 2020, introducendo misure contro la diffusione del *Coronavirus*, con particolare riferimento (come si legge nell'art. 1) ai casi relativi ai passeggeri sbarcati in Italia e provenienti da Paesi comprendenti tutte quelle aree in cui si era già verificata una trasmissione autoctona del *Coronavirus*. L'elemento che caratterizza il decreto del Ministro della Salute è che questo viene adottato in base all'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in base all'art. 32, L. 833, 23 dicembre 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Nel *Proemio* si legge tra l'altro «*Considerato che la sorveglianza sanitaria costituisce una misura che consente all'autorità competente di perseguire lo scopo di contenere la diffusione delle malattie infettive diffuse; ...*» si dispone la misura della quarantena con sorveglianza attiva per quattordici giorni per tutti i soggetti che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva Covid-19, imponendo inoltre l'obbligo della comunicazione al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria territorialmente competente, ai soggetti che negli ultimi quattordici giorni abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia.

La misura di per sé non è certo priva di una sua logica ma ciò che interessa ai fini della presente riflessione, è che l'ordinanza del Ministero della Salute trova un sicuro fondamento normativo nell'art. 32, L. 833/1978, mentre la proclamazione dello stato di emergenza nazionale poggia la sua legittimità sul Codice della protezione civile: nel comma 1 dell'art. 1 del Codice si prevede che la protezione civile e le sue funzioni siano costituite «...*dall'insieme di competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni e dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origini naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*». Come rileva Luciani, questo insieme di competenze si appunta anche su materie affidate al Ministero della Salute, dall'art. 47 bis, D. lgs n. 300/1999, secondo il quale «*Nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti e della 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 col 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*»⁴³. Cosicché sono fonti diverse quelle che regolano le competenze del Ministero della Salute strettamente circoscritte all'integrità della vita e delle persone. Si osservi, come già detto sotto un diverso profilo, che il Dl n. 19/2020, sembra derogare alla legge 833/1978 venendo a ridurre i margini di intervento del Ministro, prevedendo che nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, solo in caso di estrema "necessità" e "urgenza" possono essere adottate dal Ministero della Salute ai sensi dell'art. 32, L. 833/1978, solo le ordinanze di stretta competenza di tale Ministero⁴⁴.

⁴³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 128, nota 95.

Talvolta i decreti del Ministero della Salute dichiarano di operare in attuazione dei decreti legislativi o delle previsioni dei DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale base giuridica si discosta dalla previsione contenuta nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale tant'è che, tali interventi si potrebbero far rientrare nelle «*misure ulteriori*» di cui al Dl n. 6/2020, rimanendo difficile dire se le stesse esulino o meno dalle competenze ministeriali.

Un caso singolare è il tema del trasporto pubblico locale per il quale il Governo, dopo aver disposto il distanziamento sulla base di timide aperture del precedente DPCM, perviene alla conclusione che siano sottratti al distanziamento i treni *inter* regionali, gli aeromobili per i quali si sta tutt'oggi approntando con non poche difficoltà, stante anche l'aumento dei casi di Covid-19. Altre ordinanze sono state adottate in materia di ingresso e transito nel territorio nazionale per i soggetti provenienti da Paesi che presentavano maggiori rischi epidemici⁴⁵.

Purtroppo l'apertura delle scuole, il periodo di rientro dalle ferie, l'abbassamento delle temperature hanno reso necessarie tali misure sanitarie sulle quali, tuttavia, gli stessi medici non sempre sono d'accordo!

4. I DPCM.

A fronte dei decreti legislativi che autodelegano il Governo all'emanazione di atti amministrativi generali, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha attuato le previsioni contenute in tali decreti tramite lo strumento del DPCM nonostante che il decreto legge non dovrebbe avere necessità di atti applicativi dello stesso! Il vero è che i decreti legge emanati nel primo periodo (vedi Dl n. 6/2020) sono stati utilizzati più per porre le basi ai fini di una legalità meramente formale di provvedimenti amministrativi adottati per la concreta gestione dell'emergenza che non per soddisfare i requisiti richiesti dalla Costituzione sì da attuare una legalità «*meramente formale*» e non di «*carattere sostanziale*», secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale, la quale così si è espressa «... *non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione*»⁴⁶. Né d'altro canto il Dl n. 19/2020 e il conseguente Dl n. 33/2020, con l'intento di «*sanare*» la situazione così come disciplinata dal precedente decreto, fanno sorgere dubbi e perplessità per la discutibile capacità «*retroattiva*» di un decreto legge non ancora convertito idoneo a sanare gli effetti della disciplina di un altro

⁴⁴ Si richiama l'ordinanza del Ministero della salute del 16 luglio 2020, nella quale vengono disciplinati i divieti di ingresso e di transito nel territorio nazionale; l'ordinanza del 24 luglio 2020, nella quale viene disciplinato l'ingresso nel territorio nazionale dei soggetti provenienti dalla Bulgaria e dalla Romania; l'ordinanza del 30 luglio 2020, sempre in materia di ingresso e transito nel territorio nazionale.

⁴⁵ Con l'Ordinanza del Ministro della sanità del 16 luglio 2020 viene prevista la possibilità di sottoporre a tampone anti Covid-19 tutti i passeggeri che facciano ritorno da Paesi nei quali la pandemia risulta ancora acclarata, quali Bulgaria, Romania e altri Paesi che si aggiungono a quelli già segnalati (G.U., Serie generale n. 178, 16 luglio 2020). A questa ordinanza segue quella del 30 luglio 2020 sempre in materia di disposizioni di ingresso e transito nel territorio nazionale. Ulteriori ordinanze attengono all'uso dei tamponi per i passeggeri in arrivo da Croazia, Grecia, Malta e Spagna; in questo senso aeroporti, stazioni ferroviarie e porti si sono attrezzati per garantire ai passeggeri l'uso di tale profilassi così come il Ministero sollecita l'uso dell'esame sierologico ed infine dell'antinfluenzale.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza 7 aprile 2011, n. 115; cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 116, ss.

decreto legge il quale, benché emanato in palese violazione del principio di legalità sostanziale, è venuto ad avere effetti limitativi dei diritti fondamentali previsti dalla Carta repubblicana.

Ammesso e non concesso che in questo scenario possa ricorrersi a una fonte secondaria che di fatto viene ad abrogare fonti primarie intervenendo su queste, in ogni caso occorre rammentare come, il perimetro normativo nel quale possono muoversi i DPCM per governare e gestire l'emergenza sanitaria, dovrebbe essere quello previsto nel decreto legge a cui si fa riferimento, in ottemperanza all'art. 77 della Costituzione. In presenza di casi straordinari di "necessità" e "urgenza", la decretazione d'urgenza costituisce, come si è detto, il fondamento giuridico di atti normativi primari *secundum ordinem*; come osserva sul punto Lucarelli, l'ampia formulazione di cui all'art. 77 Cost., consente di ricondurre nel suo ambito, fatti quali la pandemia in corso⁴⁷. Questa interpretazione ordinata delle fonti e coerente con il sistema, così come delineato in Costituzione, avrebbe evitato il ricorso ad atti quali i DPCM, o comunque li avrebbe ricondotti nell'alveolo di atti a mero contenuto esecutivo o attuativo in osservanza del principio di legalità sostanziale e della riserva di legge, ancora oggi baluardi dello Stato democratico⁴⁸. Ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica, è adottata sulla base della suddetta procedura nella forma giuridica del DPCM, ovvero di un atto monocratico di titolarità e responsabilità politica del Presidente del Consiglio dei Ministri. Detti DPCM andrebbero considerati, secondo una parte della dottrina, quali fonti emergenziali al pari di un'ordinanza *extra ordinem*⁴⁹, ovvero atti normativi *sub* primari derogatori delle norme primarie che trovano fondamento nel principio del *primum vivere* in combinato disposto con il principio della *salus rei publicae*; nel caso di specie s'innalza il valore della tutela della salute intesa in riferimento al singolo ma soprattutto intesa in riferimento alla collettività. Tuttavia, se si vuole limitare il ragionamento intorno all'art. 32 Cost., per quanto i principi sopra richiamati abbiano una più ampia portata come si dirà in seguito, risulta evidente come tale diritto fissi un principio prescrittivo e contestualmente ispiratore di politiche pubbliche ma non idoneo, stante l'assenza di aspetti di natura procedurale, a costituire il fondamento giuridico e fonte sulla produzione degli atti tesi ad attuare misure amministrative a seguito dell'emanazione di decreti legge fondati sulla "necessità" e "urgenza". Nessuno dubita che, la tutela della salute implichi l'adozione di determinate politiche pubbliche volte a soddisfare un diritto fondamentale nella sua dimensione di diritto sociale; pur tuttavia, un aspetto è la tutela della salute quale diritto fondamentale garantito dalle fonti e reso effettivo sulla base di mirate politiche pubbliche, ben altro è invece l'emergenza sanitaria, legittimata con eccesso di discrezionalità attraverso il ricorso a fonti *extra ordinem*. Se si fossero adottati dei decreti legge al posto dei DPCM si sarebbe evitata l'iper valorizzazione del ruolo assunto dal Presidente del Consiglio in questa fase; l'utilizzo invece dei DPCM di fatto, ha svuotato la natura e l'essenza originaria del decreto legge, legge materiale che in via transitoria, fin tanto che non venga convertita, può limitare nel rispetto della riserva assoluta le libertà fondamentali, cosa che non può fare la normazione secondaria. Il vero è che, l'emergenza sanitaria rientra in quei casi straordinari di "necessità" e "urgenza", propri del decreto legge e non dei DPCM che invece, in via di fatto, sono venuti a ricoprire la funzione di

⁴⁷ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 566, ss.

⁴⁸ G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in corso di pubblicazione, pp. 8, ss.

⁴⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 125.

fonte dominante protagonista del processo emergenziale. Il rapporto tra legge materiale e DPCM va analizzato innanzitutto nell'osservanza del principio di legalità sostanziale e nella riserva assoluta di legge. In tal senso, i decreti del Presidente del Consiglio non potrebbero prevedere disposizioni difformi o c.d. disposizioni *in melius* da quelle previste dai decreti legge; «questo, anche per consentire che il decreto del Presidente del Consiglio, possa essere assoggettato al sindacato giurisdizionale, misurandone, rispetto al fondamento–riconoscimento e al fondamento–attribuzione, la sua legittimità»⁵⁰. Ne è esempio il Dl n. 6/2020, in rapporto ai DPCM legittimati dal decreto legge; ora, a ben vedere tali DPCM sono venuti ad adottare misure non previste e non legittimate dai decreti legge stante anche la vaghezza della normativa.

Se le disposizioni contenute nei DPCM fossero state adottate con decreto legge, come suggerito da taluni, ciò avrebbe imposto un fortissimo *stress* sulla tenuta della decretazione d'urgenza quale fonte del diritto; peraltro stante il periodo temporale talvolta molto breve tra un DPCM e l'altro, il problema si sarebbe spostato sulla conversione dei decreti legge ove questi avessero preso il posto dei DPCM, soprattutto nell'ipotesi della mancata conversione.

Tuttavia, ciò che più di ogni altro profilo crea non poche riserve è che i DPCM, atti amministrativi generali diretti a categorie ben precise ed individuabili sulle quali incidono direttamente, mancano di un'effettiva motivazione in merito alle misure restrittive adottate, pur essendo sottoponibili al sindacato del Giudice. «Infatti l'esigenza di ben commisurare ogni singola misura in un rapporto stretto con l'andamento epidemiologico concretamente in atto in una determinata situazione o in un determinato periodo – esigenza prevista espressamente nei dl autorizzativi dell'adozione di misure derogatorie restrittive – dovrebbe esigere, almeno per i provvedimenti adottati nelle fasi successive al massimo confinamento della popolazione, sia misure restrittive differenziate in modo più analitico in rapporto alle esigenze sanitarie, sia anche prescrizioni di misure di profilassi di massa (come il rilevamento dei tamponi), che invece tuttora stentano ad essere adottate anche per esigenze economiche ed organizzative»⁵¹.

La mancanza di motivazione non può essere sopperita dal fatto che i provvedimenti limitativi delle libertà personali adottati con DPCM facciano un "generico" riferimento al parere del Comitato tecnico scientifico che sembra così chiamato a valutarne, non solo i profili tecnico-scientifici, ma anche la loro adeguatezza e proporzionalità. A ben vedere tale valutazione dovrebbe costituire la premessa logica delle scelte politiche inerenti al bilanciamento delle esigenze e dei diritti costituzionalmente garantiti e non la motivazione degli stessi! Infatti, i principi di adeguatezza, di proporzionalità e quello di gradualità delle misure in connessione con l'andamento del contagio, sono le basi del principio di legalità sostanziale (normative) delle misure stesse e devono essere espresse e motivate in ogni DPCM⁵². La tesi trova conferma nel parere del Consiglio di Stato (Commissione

⁵⁰ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 568. Rileva ancora l'A. che il Governo non perimetra né limita l'azione del DPCM, anzi in merito al rapporto tra decreto legge n. 6/2020 e i DPCM, si tratta di una delega in bianco a favore delle c.d. autorità competenti non specificate, come si è detto anche nel testo.

⁵¹ P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria ...*, cit., p. 714. Si osservi che Solo in quest'ultimo periodo, in previsione dell'apertura dell'anno scolastico, sono state attuate misure di profilassi notevolmente maggiori pur non riguardando la totalità dei cittadini.

⁵² Sul punto si veda ancora P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria ...*, cit., p. 715. Osserva l'A. «... per valutare l'«adeguatezza» di ogni misura occorre dimostrare l'inadeguatezza di altre misure più forti o meno forti rispetto all'esigenza di prevenire o contenere il contagio. Per la "proporzionalità" occorre valutare la necessità di adottare il più celermente possibile le misure idonee, per evitare effetti più gravi, o al contrario, valutare l'esigenza di misure meno rigide e invasive con riguardo al grado di diffusione sul territorio del contagio. In tal senso si deve

speciale del 20 settembre 2017, n. 226) il quale ha rilevato che, nell'adozione di misure quali quelle contenute nei DPCM, si deve utilizzare il principio di precauzione che, secondo la giurisprudenza amministrativa, impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore) in contesti determinati di prediligere, tra le ipotesi plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile. Senza voler fare una disamina su tutti i vari DPCM (che non aggiungerebbe alcunché rispetto a quanto già detto nella parte iniziale del paragrafo) merita una riflessione specifica quello adottato il giorno 8 marzo 2020, che dichiara di trovare la sua base giuridica nel Dl n. 6/2020 ma, a ben vedere, di contenuto diverso ed ancora più limitativo delle libertà personali coperte da riserva di legge, rispetto allo stesso decreto legge. Infatti, le disposizioni del precitato DPCM precisano che, per la regione Lombardia, per le province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini, Pesaro-Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, *ex art. 1*, si dispongono forti limitazioni in entrata e in uscita degli spostamenti delle persone fisiche venendo così a costituire la c.d. «zona arancione». Ora, questo è un fatto nuovo rispetto al decreto legge il che comporta che il DPCM -sia pure tenendo conto della genericità del concetto di «ulteriori misure» previste nel Dl n. 6/2020- non è un mero atto esecutivo del decreto legge. All'art. 2, sempre del DPCM in esame, si prevedono misure più rigorose rispetto a quelle precedenti valevoli per tutto il territorio nazionale⁵³, sulla base della laconica considerazione dell'evolversi della situazione sanitaria, venendo così a mancare anche la specifica motivazione dell'atto esecutivo.

Ma vi è di più: la divulgazione del contenuto del decreto prima della sua adozione e della sua pubblicazione, ha determinato la famosa «fuga dal Nord» in particolare da Milano, con conseguente rischio di estensione del contagio cosicché, il 9 marzo 2020⁵⁴, si è adottato un ulteriore DPCM che sostanzialmente estende i limiti della zona arancione a tutto il territorio nazionale; è inoltre vietata ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico così come sono vietate le attività sportive. Le misure adottate sono efficaci fino al 3 aprile 2020, due giorni dopo con successivo DPCM, 11 marzo 2020⁵⁵, vengono ulteriormente irrigiditi i sistemi delle chiusure, secondo criteri di

utilizzare il principio di precauzione che secondo la giurisprudenza amministrativa impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità. ... Per la "gradualità" occorre valutare l'andamento nel tempo e nello spazio del contagio e darne ragione, per inasprire talune misure locali o per attuare o revocare misure non più localmente indispensabili».

⁵³ Si rammentino i DPCM del 1 marzo 2020 e del 4 marzo 2020.

⁵⁴ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 9 marzo 2020. *Ulteriori 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, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 62 del 9 marzo 2020.

⁵⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 11 marzo 2020. *Ulteriori 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, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 64 dell'11 marzo 2020. In esso viene ulteriormente irrigidito il sistema delle chiusure salvo alcune eccezioni espressamente previste quali le attività di ristorazione ad eccezione delle consegne a domicilio, i servizi alla persona quali barbieri, parrucchieri estetiste, restando invece garantiti i servizi bancari e finanziari anche se con modalità diverse dall'usuale erogazione di tali servizi. Vengono inoltre sospese talune attività produttive ed il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per quelle attività che possono essere svolte nel proprio domicilio o a distanza.

progressività relativamente alle attività commerciali al dettaglio. L'art. 2 dispone che, con l'entrata in vigore del DPCM in questione, perdono efficacia le misure dei DPCM dell'8 e 9 marzo ove incompatibili con il nuovo DPCM⁵⁶.

Dopo l'entrata in vigore del Dl n. 19/2020, viene adottato il DPCM 10 aprile 2020⁵⁷, il quale costituisce una sorta di Testo unico delle discipline limitative dei diritti e del contenimento per far fronte all'emergenza virale. In tale atto all'art. 1, quale elemento di novità, è l'introduzione della sospensione di viaggi d'istruzione, la sospensione delle attività didattiche nelle scuole e nelle Università attraverso l'utilizzo dell'erogazione delle lezioni a distanza anche per gli esami e per tutte le prove; sono sospese anche le procedure concorsuali; è fatto divieto inoltre l'accesso di parenti e visitatori a residenze sanitarie assistite. Di fatto altre disposizioni vengono previste ricalcandosi però quelle già disciplinate nei precedenti DPCM. Dalla data di efficacia delle disposizioni contenute in tale DPCM, cessano di produrre effetti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 22 marzo 2020, 1 aprile 2020. Col DPCM del 10 aprile 2020 vengono abrogate le disposizioni contenute nei precedenti DPCM, tuttavia anche in quest'ultimo caso vengono a ripercorrersi e a riprodursi tutte le misure di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, prorogandole fino al 3 maggio 2020.

Ma al di là dei singoli DPCM e del loro contenuto, che rappresenta sostanzialmente le misure più incisive per la collettività, perché si è voluto utilizzare lo strumento del DPCM? La prima risposta è che non si è voluto coinvolgere il Parlamento nella conversione di eventuali decreti legge aventi gli stessi contenuti sostanziali del DPCM. Si è tentata quindi la strada del DPCM solo perché la debolezza della compagine governativa non avrebbe retto il dibattito parlamentare.

⁵⁶ Altri e numerosi DPCM vengono emanati contenenti sostanzialmente gli stessi principi per cui con un salto temporale si reputa opportuno richiamare il DPCM adottato il 22 marzo 2020[?], di massima chiusura delle attività sulla base del criterio di progressività: vengono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatta eccezione soltanto per quelle individuate nell'allegato del DPCM.

⁵⁷ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 10 aprile 2020. *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 97 dell'11 aprile 2020.