



23 MARZO 2022

Stato d'emergenza, atti necessitati e
ordinanze emergenziali. Alcune
riflessioni a partire dalla sent. n. 198
del 2021

di Beatrice Sboro

Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021*

di **Beatrice Sboro**

Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: Il presente scritto, traendo spunto dalla sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale, si concentra sul tema della qualificazione dogmatica dei d.P.C.M. volti a contenere la diffusione del Covid-19 e, in particolare, sulla risalente distinzione tra atti necessitati ed ordinanze emergenziali ripresa dalla Corte nella sentenza in esame. Nel tentare di ricostruire le ragioni che hanno spinto la Corte ad ascrivere i d.P.C.M. alla prima categoria, il contributo si propone di evidenziare come tale scelta si ponga nel solco della giurisprudenza costituzionale pregressa, che individua nel potere *extra ordinem* uno strumento *residuale* rispetto all'esercizio di poteri amministrativi tipizzati, ancorché motivati dall'emergenza.

Title: State of emergency, compulsory acts and emergency orders. Some reflections starting from sentence no. 198 of 2021

Abstract [En]: Taking the cue from decision no. 198/2021 of the Italian Constitutional Court, this article focuses on the theoretical reconstruction of the decrees of the President of the Council of Ministers (d.P.C.M.s) adopted to reduce the diffusion of Covid-19, analysing the old distinction between “necessary administrative acts” and “exceptional ordinances”. Trying to explain the reasons behind the choice of the ICC to ascribe these d.P.C.M.s to the former category, this article tries to emphasize the coherence of this decision with the previous jurisprudence that considered *extra ordinem* powers as an exceptional instrument to face emergencies compared to the exercise of ordinary and typified administrative powers.

Parole chiave: Emergenza, D.P.C.M., Atti necessitati, Ordinanze emergenziali

Keywords: Emergency, Decrees of the President of the Council of Ministers, Necessary administrative acts, Exceptional ordinances

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** L'oggetto della questione: la sequenza decreto legge-d.P.C.M. **3.** La natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. **4.** I d.P.C.M. come atti necessitati. Profili dogmatici di una distinzione risalente. **5.** (segue) Il ruolo della discrezionalità amministrativa e politica del Presidente del Consiglio nella gestione della pandemia. **6.** I poteri *extra ordinem* come eccezione.

1. Introduzione

Il carattere inedito del sistema normativo impiegato per far fronte alla pandemia da Covid-19 è un dato ormai pacifico: com'è noto, infatti, alla dichiarazione dello stato d'emergenza del 31 gennaio 2020 deliberata dal Consiglio dei Ministri ai sensi del Codice della protezione civile¹ ha fatto seguito un notevole scostamento dagli strumenti di gestione di situazioni emergenziali previsti da quest'ultimo. Tale

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Artt. 7, c. 1, lett. c) e 24, c. 1 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

scostamento si è concretizzato nella creazione di un sistema normativo *ad hoc*, caratterizzato dall'adozione di decreti-legge² che demandavano l'attuazione delle misure restrittive volte a fronteggiare l'emergenza ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in avanti: d.P.C.M.) e, nelle more dell'adozione di questi ultimi, alle ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della sanità³ ed alle ordinanze sindacali⁴. Poco dopo la dichiarazione dello stato d'emergenza, infatti, con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge n. 13 del 2020, veniva disposto che le “*autorità competenti*” fossero tenute ad adottare “*ogni misura adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*”, comprese quelle elencate dall'art. 1, c. 2. Le critiche alla non tassatività dell'elenco delle misure restrittive, nonché alla genericità della formula utilizzata per identificare i soggetti autorizzati ad adottarle, non sono mancate sin dal primo momento⁵: ciò ha condotto all'approvazione del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni nella l. 22 maggio 2020, n. 35, che ha predisposto un elenco esaustivo delle misure adottabili tramite d.P.C.M.⁶, da graduare nel rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza. Le critiche, tuttavia, non si sono arrestate neppure di fronte al carattere maggiormente stringente del decreto-legge in parola⁷.

È stato necessario un anno e mezzo perché la questione della legittimità dell'impianto normativo così delineato giungesse all'attenzione della Corte costituzionale. Quest'ultima, com'è noto, ha già avuto occasione di pronunciarsi sul riparto di competenze legislative in materia di gestione dell'emergenza pandemica con la sentenza n. 37 del 2021, che pareva aver indirettamente ritenuto legittima la sequenza

² Tali decreti-legge (segnatamente, il n. 6 del 2020 ed il n. 19 del 2020) sono stati definiti “originari”, in quanto rappresentano la fonte di legittimazione di una serie di fonti derivate, per evidenziarne la differenza con gli altri decreti-legge intervenuti per fronteggiare specifici aspetti della vita del Paese interessati dalla pandemia: R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in ConsultaOnLine, www.giurcost.org, 5 ottobre 2020, p. 515 ss.

³ Ex art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833.

⁴ Ex art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁵ Sul punto, v. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 1, 2020, pp. 3; 13; L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2020, p. 10; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in Biolaw Journal, 16 marzo 2020, p. 5; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, n. 2, 2020, p. 112; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 11; A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in Rivista AIC, n. 2, 2021, p. 13.

⁶ Sulla maggior tassatività del d.l. n. 19 del 2020, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 156; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in Il diritto dell'economia, n. 2, 2020, p. 188; E. JORIO, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in Corti Supreme e salute, n. 1, 2020, p. 96; G. M. LOCATI, F. FILICE, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in Questione Giustizia, 27 marzo 2020.

⁷ Si vedano, tra gli altri, D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 10; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, n. 2, 2020, p. 582.

decreti-legge/d.P.C.M. Non v'è chi non abbia colto, in relazione a detta sentenza, che la riconduzione delle misure di contrasto alla pandemia alla competenza esclusiva statale relativa alla profilassi internazionale *ex art. 117, c. 2, lett. q)*, abbia consentito alla Consulta di smarcarsi dalla necessità di chiarire la natura dei d.P.C.M. adottati⁸.

Nel giro di pochi mesi, tuttavia, la qualificazione dei d.P.C.M. è stata chiarita con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021, che ha definitivamente avallato la scelta del sistema normativo adottato, rigettando la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di pace di Frosinone.

Il presente scritto, dopo aver brevemente rievocato i passaggi essenziali della pronuncia, si concentrerà sul tema della qualificazione dogmatica dei d.P.C.M. volti a contenere la diffusione del Covid-19 e, in particolare, sulla risalente distinzione tra atti necessitati ed ordinanze emergenziali ripresa dalla Corte nella sentenza in esame. Nel tentare di ricostruire le ragioni che hanno spinto la Corte ad ascrivere i d.P.C.M. alla prima categoria, si cercherà di evidenziare come tale scelta si ponga nel solco della giurisprudenza costituzionale pregressa, che individua nel potere *extra ordinem* uno strumento *residuale* rispetto all'esercizio di poteri amministrativi tipizzati, ancorché motivati dall'emergenza.

2. L'oggetto della questione: la sequenza decreto legge-d.P.C.M.

La questione di legittimità costituzionale verteva, nel caso in esame, proprio sui decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, ritenuti in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost. In particolare, la censura del giudice *a quo* traeva spunto dal dato che detti decreti-legge avessero delegato ai d.P.C.M. di contrasto alla pandemia la disciplina di nuovi illeciti (penali prima, amministrativi poi) in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute per sostenere, più in generale, un'illegittima alterazione del sistema delle fonti. Nella ricostruzione del giudice rimettente, infatti, il meccanismo descritto avrebbe attribuito “forza di legge” a degli atti amministrativi (per l'appunto, i d.P.C.M.), operando una delega di funzioni legislative “in aperto contrasto” con la Carta Costituzionale e, più in particolare, con il “principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa”⁹. Trattandosi dunque di una delega legislativa, il Governo avrebbe, con i decreti-legge oggetto della questione di costituzionalità, aggirato gli artt. 76 e 77 Cost. (secondo cui la funzione legislativa spetta al Parlamento, che può demandarla al Governo solo previa legge-delega), nonché l'art.

⁸ L'assenza di competenze legislative regionali in materia di gestione della pandemia, infatti, “attrae alla competenza statale anche la disciplina attuativa, a prescindere dalla qualificazione dogmatica dei relativi atti”: così C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 13 aprile 2021, p. 5. E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in Giustiziainsieme.it, 26 gennaio 2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021, p. 120.

⁹ Così l'ordinanza di rimessione n. 27 del 2021 del Giudice di Pace di Frosinone.

78 Cost., atteso che, al di fuori dello stato di guerra, nessuna ipotesi di emergenza potrebbe mai costituire “fonte di poteri speciali o legittimanti fonti di produzione normativa diverse da quelle previste”¹⁰.

La Corte, tuttavia, non si esprime sul merito delle questioni sollevate in relazione al d.l. n. 6 del 2020: le censure relative a quest’ultimo, infatti, vengono dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza, atteso che la violazione delle prescrizioni del d.P.C.M. 22 marzo 2020 – che aveva dato origine al giudizio *a quo* – era stata commessa *dopo* il termine della vigenza di quest’ultimo.

Quanto al d.l. n. 19 del 2020, l’esito del vaglio di costituzionalità è una dichiarazione d’infondatezza basata anzitutto sulla tipizzazione¹¹, da parte di detto decreto-legge, delle misure di contenimento adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri tramite d.P.C.M.: una tipizzazione volta ad interpretare più rigorosamente il principio di legalità, “con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria il novero di tutte le misure applicabili all’emergenza (...)”¹².

In secondo luogo, il rigetto della questione si basa sulla previsione, da parte dei decreti-legge, di alcune garanzie ulteriori rispetto alla tipizzazione degli interventi volti a fronteggiare la diffusione del virus: segnatamente, la temporaneità delle misure così selezionabili e la c.d. parlamentarizzazione dei d.P.C.M. Quanto alla prima, si tratta di un aspetto di non secondario rilievo ai fini della legittimità della catena normativa pensata per contrastare il Covid-19: certa dottrina, infatti, non ha mancato di individuare proprio nella temporaneità delle misure restrittive l’elemento cardine della complessiva tenuta del sistema normativo creato per la gestione della pandemia¹³. Quanto alla parlamentarizzazione dei d.P.C.M., essa si sostanzialmente originariamente, come si ricorderà, in un obbligo, per il Presidente del Consiglio o per un Ministro da lui delegato, di riferire dinanzi alle Camere ogni quindici giorni circa le misure adottate; detto obbligo è successivamente divenuto, in sede di conversione, un obbligo di illustrazione *preventiva* delle misure rispetto all’adozione dei d.P.C.M. Tale previsione sembra costituire, nell’ottica della Corte (e contrariamente a quanto diffusamente sostenuto in dottrina¹⁴), un presidio idoneo a garantire un

¹⁰ *Ivi*.

¹¹ Tipizzazione che ha dato luogo, nel caso del d.l. n. 6 del 2020, ad un elenco *non tassativo* di misure adottabili tramite d.P.C.M., donde la potenziale criticità di quest’ultimo.

¹² Così la relazione illustrativa al d.d.l. di conversione.

¹³ Cfr. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2020, p. 5 ss., secondo cui “È la temporaneità delle misure di emergenza, più che il loro contenuto, a segnare la loro compatibilità con l’ordine costituzionale complessivo. (...) Non, si badi bene, temporaneità legata a soggettive valutazioni dell’autorità pubblica, bensì temporaneità agganciata a – e strettamente giustificata da – precisi dati concreti, pubblici e misurabili (...). Il problema, tutt’al più, sarebbe costituito da una ingiustificata e permanente “ripetizione” *sine die* del contenuto di quei DPCM, oltre il tempo in cui l’originario “accadimento esogeno” di cui sopra lo renda strettamente necessario”.

¹⁴ N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l’Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all’affare assegnato n. 588, “Sulle modalità più efficaci per l’esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell’ambito di un’emergenza dichiarata”: come evitare l’auto-emarginazione del Parlamento nell’emergenza attuale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2020, p. 13 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, p. 7; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, www.giurcost.org, n. 1, 2020, p. 216; V. LIPPOLIS, *Il rapporto*

sufficiente controllo del Parlamento sull'attività di esecuzione delle previsioni contenute nei decreti-legge da parte dell'esecutivo.

Ancora, il vincolo rappresentato dai principi di adeguatezza e proporzionalità – da valutarsi, “di norma”, anche in relazione alle indicazioni provenienti dal Comitato tecnico-scientifico – ai fini della scelta delle misure da adottare tramite d.P.C.M. costituisce un ulteriore elemento a conferma della legittimità del sistema normativo adottato. Tale vincolo è ritenuto dalla Corte incompatibile con la supposta delega di funzioni legislative denunciata dal giudice *a quo*, in quanto l'imposizione di un “criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa” risulta “molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale”¹⁵ che con l'attribuzione di potestà legislativa.

Da ultimo, un dato risulta rilevante ai fini del rigetto della questione: quello della piena legittimità della creazione di una catena normativa *alternativa* al sistema previsto dal Codice di protezione civile, che prevede all'art. 25 che “*Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente (...)*”. Tale potere di ordinanza spetta, a norma dell'art. 5, al Presidente del Consiglio, che può esercitarlo per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile. Ebbene, non v'è dubbio – come accennato poco addietro – che il sistema normativo adottato per far fronte alla pandemia si ponga al di fuori delle previsioni del Codice: ciò tuttavia non desta problemi di legittimità costituzionale, come rammenta la Corte riprendendo un passaggio della sentenza n. 37 del 2021. Il modello di gestione delle emergenze previsto dal d.lgs. n. 1 del 2018, infatti, “se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima”¹⁶.

3. La natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri

Liberato il campo dalle questioni di legittimità costituzionale concernenti i decreti-legge, la Corte tocca uno dei punti più controversi della gestione normativa della pandemia, lasciato, come s'è detto, in sospenso dalla sentenza n. 37 del 2021: quello della natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Occorre premettere, a tal proposito, che si tratta di strumenti che ben si sono prestati alla gestione dell'emergenza per due ragioni: la prima di tipo pratico, la seconda di tipo dogmatico. Quanto al primo punto di vista, è evidente che, rispetto al decreto-legge, il d.P.C.M. necessita di un procedimento di

Parlamento-Governo nel tempo della pandemia, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 271 ss.; spec. p. 275. *Contra*, seppur molto criticamente, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 403.

¹⁵ 6.2. del Diritto.

¹⁶ 9. del Diritto della sentenza n. 37 del 2021.

adozione più celere ai fini dell'applicazione delle misure restrittive¹⁷. Quanto alla seconda ragione, è nota l'assenza di una precisa qualificazione dogmatica dei d.P.C.M., nonché di una specifica disciplina organica¹⁸: tale dato ha reso questi atti degli strumenti flessibili di gestione dell'emergenza, in grado di “adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire”¹⁹.

Coerentemente con tale dato, l'analisi condotta dalla dottrina nel corso della pandemia una volta affermatasi la sequenza decreto-legge/d.P.C.M. ha condotto a soluzioni diverse.

Non v'è dubbio che la tesi maggiormente sostenuta dagli studiosi sia stata quella che ha ritenuto i d.P.C.M. di contrasto al Covid-19 qualificabili come ordinanze emergenziali (dette anche “libere” ovvero “contingibili e urgenti”), espressione di un potere *extra ordinem* del Presidente del Consiglio²⁰. Quanto al fondamento di tale tesi, si è anzitutto individuato nei d.P.C.M. uno dei tratti distintivi di dette ordinanze, rappresentato dalla necessità di far fronte ad una situazione emergenziale che giustifica il ricorso ad uno strumento in grado di derogare alla legge per far fronte a circostanze non suscettibili di essere previste nella loro entità²¹. In secondo luogo, si è ritenuto rispettato il principio di legalità formale, attesa la previsione in via *generica ed essenziale* da parte della fonte primaria dei poteri del Presidente del Consiglio volti a limitare la diffusione del Covid-19²². Si è sostenuto, in tal senso, che la genericità della norma

¹⁷ Cfr., *ex multis*, L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, n. 2, 2020, p. 3; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., p. 216; G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, contributo Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 17 marzo 2020, p. 8; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 6.

¹⁸ Una ricostruzione della veste assunta da tali strumenti non può che essere compiuta svolgendo indagini empiriche, che consentano di sistematizzare *ex post* una “prassi disordinata”: cfr. sul punto S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1988, p. 281 ss., in cui viene proposta una classificazione empirica basata su un doppio criterio: funzionale (che ripartisce i d.P.C.M. in relazione alle attribuzioni del Presidente del Consiglio, quale organo costituzionale, quale vertice amministrativo della Presidenza del Consiglio e quale espressione di funzioni materialmente ministeriali) e sostanziale (che fa riferimento, invece, al potere regolamentare del Presidente del Consiglio). Per uno studio più recente, v. D. DE LUNGO, *Nibil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; sulle conseguenze della carenza di una disciplina organica dei d.P.C.M. nel corso della pandemia, v. M. RUBECCHI, *I d.P.C.M. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, n. 27, 2021, p. 187 ss.

¹⁹ 9. del Diritto della sentenza n. 37 del 2021.

²⁰ Si vedano, tra gli altri, E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.; V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2020.

²¹ E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, p. 5.

²² Secondo il noto insegnamento di Corte cost., sentenza del 25 maggio 1987, n. 201, a memoria della quale “Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo

primaria fosse bilanciata, nel caso della catena normativa di contrasto alla pandemia, dai confini – pur sempre circoscritti – del fenomeno emergenziale, “che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare (...) un sindacato fondato sul principio di legalità”²³.

Una seconda tesi, per verità minoritaria, ha tentato di ricondurre tali strumenti a vere e proprie fonti *normative* – caratteristica, com'è noto, tradizionalmente non riconosciuta alle ordinanze emergenziali²⁴ – e più specificamente alla categoria dei regolamenti²⁵, in ragione del loro contenuto complessivamente *innovativo* dell'ordinamento, ancorché per un tempo limitato. Più in particolare, si è osservato che, attesa l'assenza di una qualificazione dogmatica generalmente valevole per i d.P.C.M. – che vanno dunque analizzati attraverso indagini empiriche che li “raggruppano” in base ai rispettivi contenuti – neppure per quelli adottati per la gestione della pandemia sarebbe possibile indicare una sola qualificazione giuridica. Si è sostenuto che si dovrebbe piuttosto ritenere che *almeno* alcuni dei d.P.C.M. debbano ritenersi espressione del potere regolamentare del Presidente del Consiglio²⁶. Si tratta peraltro della tesi fatta propria altresì dalla difesa della Regione Valle d'Aosta nel giudizio di legittimità costituzionale che ha portato alla sentenza n. 37 del 2021 sopra richiamata: secondo la ricostruzione operata dalla Regione, infatti, “i d.P.C.m. adottati (...) avrebbero natura di regolamenti, in quanto fonti del diritto generali e astratte, soggette a pubblicità e con efficacia *erga omnes*”. Ora, è cosa ardua sostenere che i d.P.C.M. adottati nei primi mesi di pandemia non contenessero disposizioni generali, perché valevoli nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti, ed astratte, perché riferite ad una classe di fattispecie indeterminate e ripetibili nel tempo. Questi caratteri segnano, in effetti, un deciso avvicinamento alle fonti *normative*²⁷; ciò nonostante, attesa la temporaneità dei d.P.C.M., si tratta di una soluzione che, come si dirà tra poche righe, non è stata condivisa dalla Consulta.

Un'ulteriore ricostruzione emersa è quella operata dal Consiglio di Stato con parere del 13 maggio 2021, n. 850, il quale non ha, invero, chiarito la natura dei d.P.C.M., limitandosi a sostenere che essi avrebbero

in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata” (5. del Diritto).

²³ E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo*, cit., p. 5; dello stesso autore, si veda altresì *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., p. 68 ss.; in senso analogo, v. D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 11.

²⁴ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 216 ss.; *contra*: E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, spec. p. 248 ss.

²⁵ P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in www.lacostituzione.info, 19 marzo 2020; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, n. 28, 2020.

²⁶ A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte*, cit., spec. p. 244 ss.

²⁷ Cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit., p. 3, in cui si legge che “Questi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri assumono di attuar[e] i decreti-legge a monte], anche se è evidente che non si stanno fermando ad assolvere a questa funzione, ma riescono di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire”. *Contra*: C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale*, cit., p. 7. Le circostanze ricordate hanno spinto alcuni autori a parlarne di efficacia *paranormativa* dei d.P.C.M.: cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit., p. 4; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, cit., p. 188.

la “duplice natura, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità”.

La tesi che tuttavia, nell’ottica della pronuncia della Corte costituzionale, ha colto nel segno, è quella che ha ritenuto i d.P.C.M. contenenti le misure restrittive per limitare la diffusione del virus degli *atti amministrativi*²⁸, in ragione del contenuto “sufficientemente tipico” delineato dalla fonte primaria, di cui i d.P.C.M. rappresentano “atti applicativi”²⁹.

Nell’accogliere quest’ultima tesi, la sentenza n. 198 del 2021 si spinge ancora più oltre nel definire la natura dei d.P.C.M. La Corte ritiene infatti che i decreti-legge abbiano attribuito (non già funzioni legislative bensì) una potestà amministrativa al Presidente del Consiglio, autorizzato così, sulla base dei presupposti, delle modalità e dei limiti posti dalla fonte primaria, ad adottare atti amministrativi “ad efficacia generale” *diversi* dalle ordinanze di necessità di cui agli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018: si tratterebbe dunque, “per certi versi”, di atti amministrativi *necessitati*.

4. I d.P.C.M. come atti necessitati. Profili dogmatici di una distinzione risalente

Optando per l’assimilazione dei d.P.C.M. agli atti amministrativi necessitati, la Corte riprende la risalente distinzione tra quest’ultima categoria e quella delle ordinanze emergenziali espressione di un potere *extra ordinem*³⁰, sviluppata soprattutto grazie agli studi di Massimo Severo Giannini³¹ ed avallata dalla nota sentenza 4 gennaio 1977, n. 4.

Occorre anzitutto ricordare che si tratta, nell’uno come nell’altro caso, di provvedimenti che consentono all’amministrazione di non restare “disarmata” nel caso in cui si verificano eventi eccezionali³²: pertanto, entrambe le tipologie di provvedimento appartengono al più vasto *genus* degli atti “necessitati” *in senso lato*³³.

²⁸ Così, tra gli altri, C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1, 2021, p. 97 ss.; nello stesso senso, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 153; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 1, 2020, p. 4; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità», cit., pp. 7; 16, secondo cui i d.P.C.M. “non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di portata tanto generale, quanto astratta”. Tra i sostenitori della tesi dei d.P.C.M. come atti amministrativi, è stato altresì fatto notare che non sarebbe stato necessario attribuire ai d.P.C.M. la funzione *extra ordinem* già riconosciuta dalla legge e dalla giurisprudenza ad altri atti emanabili dal Governo: sul punto, v. S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, cit., p. 190.

²⁹ C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid*, cit., p. 97 ss.

³⁰ La distinzione nasce per “spiegare la presenza di diverse norme che sembrano contemplare medesime fattispecie”: così L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, p. 45.

³¹ Celebre il contributo M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Giur. compl. Cass. Civ., I, 1948, ora in AA. VV. *Scritti*, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 945 ss.

³² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1988, p. 703.

³³ M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 952.

Gli atti necessitati (come *species*), tuttavia, sono “emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto”, mentre le ordinanze emergenziali, espressione di un potere *extra ordinem*, rappresentano la “esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati da norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni”. Infatti, il contenuto della seconda categoria di provvedimenti “non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze (...) [che] non sono, a loro volta, previste - né, di regola, sono prevedibili in astratto - da specifiche disposizioni di legge”³⁴.

Sicché, tanto le ordinanze emergenziali quanto i provvedimenti necessitati rispondono al principio di legalità; i secondi, tuttavia, si discostano dalle prime in quanto rispettano il criterio della tipicità³⁵.

Com'è agevole intuire, il confine tra le due categorie può talvolta rivelarsi labile³⁶ e si gioca essenzialmente sulla previsione o meno, da parte della legge, del contenuto dell'atto adottabile a fronte di una situazione contingente. Ciò spiega l'emersione, come si diceva, di diverse sensibilità in dottrina, che talvolta ha sostenuto la tesi della natura di ordinanze emergenziali dei d.P.C.M., talaltra ha ritenuto che i decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020 avessero tipizzato il contenuto dei d.P.C.M. in maniera sufficientemente precisa da considerare questi ultimi degli atti amministrativi tipici. È necessario dunque, per valutare la scelta operata dalla Consulta, indagare più approfonditamente alcuni aspetti della distinzione tra ordinanze emergenziali ed atti necessitati, partendo dagli elementi più evidenti che paiono consentire di allontanare i d.P.C.M. dalla categoria delle ordinanze libere.

Anzitutto, come si ricorderà, alle ordinanze emergenziali è attribuita la capacità di disporre in deroga alla legge³⁷, pur nel rispetto dei limiti derivanti dai principi generali dell'ordinamento giuridico³⁸, secondo il celebre insegnamento della Corte costituzionale³⁹. Tale caratteristica, nonostante alcune voci in senso

³⁴ 2. del Diritto della sentenza 4 gennaio 1977, n. 4.

³⁵ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706; per una trattazione più specifica sul punto, cfr. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 147.

³⁶ Sull'assottigliamento del confine tra atti necessitati e ordinanze necessitate, cfr. M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., n. 3, 2005, p. 652.

³⁷ Tale capacità di operare in deroga alla legge trova il proprio fondamento “sia nella norma che prevede il potere (sia pure in modo generico) sia nella finalità di interesse pubblico che la norma intende salvaguardare nelle situazioni di pericolo”: A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 100 ss.

³⁸ Sui limiti progressivamente elaborati in materia di poteri d'ordinanze, v. M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., e A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., p. 105 ss.

³⁹ V. le sentt. nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 in materia di ordinanze prefettizie. La prima, com'è noto, ha elaborato i presupposti di legittimità delle ordinanze prefettizie stabilendo che queste debbano avere “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico” (3. del Diritto). Con la seconda, la Corte ha precisato ulteriormente che “i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria” (5. del Diritto).

contrario, non pare rinvenibile nei d.P.C.M. adottati per contenere la diffusione del Covid-19: come rilevato in dottrina, infatti, “le limitazioni da essi imposte sono, di fatto, riproduzione di scelte derogatorie operate a monte dagli stessi decreti-legge”⁴⁰. Ciò rende arduo ricomprendere tali d.P.C.M. tra le ordinanze emergenziali: diversamente dai decreti-legge legittimanti l’adozione dei d.P.C.M., le norme di autorizzazione all’esercizio di poteri *extra ordinem* “non derogano ad alcuna norma, perché il rapporto regola eccezione corre tra norma derogata e ordinanza e mai tra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza”⁴¹.

In secondo luogo, gli atti amministrativi necessitati possono essere adottati in attuazione di norme primarie che intervengano in materie coperte da riserva di legge; capacità, questa, non riconosciuta alle ordinanze emergenziali⁴². Se così è, i d.P.C.M., incidendo su libertà costituzionalmente garantite coperte da riserva di legge, risultano maggiormente aderenti al modello degli atti necessitati rispetto a quello delle ordinanze.

Il punto su cui è opportuno soffermarsi maggiormente, tuttavia, è quello della *tipizzazione* del contenuto dei d.P.C.M., che ha portato la Corte costituzionale ad inquadrarli nella categoria degli atti amministrativi necessitati anziché in quella delle ordinanze libere.

A monte del potere di ordinanza emergenziale, come si diceva, vi è una previsione generica da parte della legge che non consente di individuare *ex ante* il contenuto dei relativi provvedimenti: una previsione che consente, cioè, l’esercizio di “qualsiasi potere amministrativo (è da ritenere, tra quelli previsti dall’ordinamento)”⁴³. Le norme attributive del relativo potere, dunque, ne circoscrivono “materia e motivi”, ma i provvedimenti adottati a valle si configurano come atipici, e cioè “al di fuori della previsione normativa”⁴⁴.

Nel caso degli atti necessitati, invece, i poteri previsti dalla norma primaria rispondono come accennato al principio di tipicità, che prende forma grazie a tre distinti elementi: il primo è che gli atti amministrativi hanno una finalità prestabilita dalla legge (tipicità come funzionalizzazione)⁴⁵; il secondo è che gli atti

⁴⁰ M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, in Corti supreme e salute, n. 3, 2021, p. 15, in cui l’A. riconduce peraltro i d.P.C.M. proprio alla categoria degli atti necessitati tipizzati.

⁴¹ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., 147. Nello stesso senso, A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza*, cit., p. 96.

⁴² M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in Federalismi.it, n. 25, 2020, p. 83 ss. Sull’impossibilità delle ordinanze emergenziali di intervenire in materie coperte da riserva di legge, v. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, cit., 149, riprendendo G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in Nss. Dig. It., XII, Torino, 1965, p. 90. Cfr. altresì M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 707.

⁴³ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 176 ss.

⁴⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706.

⁴⁵ E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in Rivista AIC, n. 2, 2019, p. 554 ss.

amministrativi possono essere solo quelli indicati dalla legge (tipicità come tassatività)⁴⁶; il terzo è che gli atti amministrativi devono seguire ad “una descrizione puntuale dei presupposti richiesti, delle modalità di emanazione, del possibile contenuto” da parte della legge (tipicità come determinatezza, il cui grado dipende dai valori e dai diritti coinvolti)⁴⁷.

Detto principio richiede dunque non solo una predeterminazione delle “figure” dei provvedimenti amministrativi, ma anche degli elementi che li compongono⁴⁸. Dirimente tra questi elementi è, ai fini della distinzione che qui interessa, la predeterminazione dell’*oggetto* dell’atto amministrativo da parte della fonte primaria. Secondo gli studi di Giannini, infatti, gli atti necessitati si discostano dalle ordinanze libere in quanto per queste ultime la legge indica competenza, presupposti, motivi e forma, ma non ne indica l’oggetto, se non per “categorie late”⁴⁹: la norma primaria, cioè, non indica *tassativamente* tra quali provvedimenti l’amministrazione può scegliere⁵⁰. Il ruolo del principio di tipicità dunque, nella distinzione tra ordinanze *extra ordinem* ed atti necessitati, è quello di “fa[r] sì che l’autorità, nel volere l’oggetto del provvedimento e nel regolarne il contenuto, non possa decampare dalle indicazioni che riceve dalla norma”, così “impedendo alla amministrazione la più importante risorsa del privato, e cioè il negozio misto e innominato (...)”⁵¹.

Le norme che prevedono la possibilità di adottare atti necessitati tipizzati, pertanto, non “si limita[no] a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti”, ma si spingono a “prevede[re] positivamente che cosa rispetto ad una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione”⁵².

In effetti, questo schema appare pienamente rispettato dalla catena normativa della pandemia a partire dal d.l. n. 19 del 2020: la fonte primaria, infatti, ha individuato i presupposti, le autorità competenti, il procedimento di formazione⁵³, la forma, e l’oggetto dei provvedimenti amministrativi da adottare a valle,

⁴⁶ *Ivi*, p. 557.

⁴⁷ *Ivi*, p. 563.

⁴⁸ M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959, ora in AA. VV. Scritti, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 535.

⁴⁹ M. S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in AA. VV. Scritti, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 945.

⁵⁰ L’oggetto è infatti, sempre per Giannini, strettamente connesso alla volontà sottesa all’atto (da non intendersi in senso psicologico, bensì come un’ipotesi): quest’ultima può consistere in una semplice alternativa (un sì o un no) ovvero in una “facoltà di dimensionare” l’oggetto, e cioè di scegliere tra più provvedimenti indicati dalla norma: M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., p. 545.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in Noviss. Dig. It., Vol. XII, Torino, 1965. Sul punto, v. altresì U. REALFONZO, *I provvedimenti d’urgenza*, in P. FALCONE, A. POZZI (a cura di), *Il Diritto Amministrativo nella giurisprudenza*, Vol. I, Torino, 1998, p. 81.

⁵³ L’art. 2, c. 1 del d.l. n. 19 del 2020 stabiliva che i d.P.C.M. fossero adottati “*su proposta del Ministro della salute, sentiti 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 interessate*”. La previsione di uno specifico procedimento di adozione rappresenta una novità per i d.P.C.M.: questi infatti, come accennato, non disponendo di una disciplina organica (essendo espressione di poteri

fornendo un elenco tassativo delle misure potenzialmente applicabili tramite d.P.C.M. (limitazione della circolazione delle persone, chiusura al pubblico di aree urbane, limitazioni dell'ingresso nei territori comunali, ecc.).

Coerentemente con quanto sin qui riportato, scrive la Corte, “[q]uali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle “ordinanze necessitate” (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile”.

Quest'ultimo passaggio, peraltro, potrebbe far dubitare – nel silenzio della Corte – della possibilità di ricondurre allo schema degli atti necessitati i d.P.C.M. adottati sulla base del d.l. n. 6 del 2020, che conteneva all'art. 1, c. 2 un elenco *non tassativo* delle misure adottabili dal Presidente del Consiglio: l'elencazione non esaustiva dei poteri esercitabili dall'autorità amministrativa da parte della norma primaria è infatti, a rigore, indice di un potere di ordinanza. Basti in tal senso richiamare le considerazioni di Giannini relativamente ai poteri *ex art.* 261 del T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), afferenti proprio a malattie infettive di carattere epidemico: quest'ultimo articolo infatti avrebbe, secondo l'autore, attribuito al Ministro della Sanità un potere di ordinanza proprio in ragione dell'elenco non tassativo delle misure adottabili ivi indicate⁵⁴.

5. (segue) Il ruolo della discrezionalità amministrativa e politica del Presidente del Consiglio nella gestione della pandemia

La previsione di tutti gli elementi che compongono l'atto necessitato da parte della norma primaria, tuttavia, non comporta una totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione nel provvedere. Anche l'adozione dell'atto necessitato, infatti, “è condizionata ad un'attività ricognitiva dell'autorità amministrativa intesa, attraverso una valutazione critica dei dati di fatto, ad accertare in concreto la necessità o meno di dar vita al provvedimento, o ad uno piuttosto che ad un altro dei provvedimenti previsti dalla legge”⁵⁵.

Tale discrezionalità dovrebbe dosarsi, come si diceva a proposito del principio di tipicità, in relazione al rango dei diritti in gioco. Ebbene, nel caso dei d.P.C.M. di contrasto alla pandemia, da un lato alcuni autori hanno individuato nel margine di scelta riservato al Presidente del Consiglio una sfera di discrezionalità *inevitabilmente* e *doverosamente* rimessa alla valutazione politica⁵⁶; dall'altro si è talvolta

diversi del Presidente del Consiglio), hanno sempre presentato un procedimento di approvazione “calidoscopico”: cfr. D. DE LUNGO, *Nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*, cit., pp. 3; 21 ss.

⁵⁴ M. S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, cit., p. 945.

⁵⁵ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 97.

⁵⁶ Cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, n. III, 2021, p. 847, secondo cui “La responsabilità di misure così gravi e inedite non poteva

sostenuto che si tratti di uno spazio di manovra dall'argine troppo debole rispetto al rango dei diritti coinvolti⁵⁷. In effetti, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di delegare ad atti amministrativi l'attuazione di misure, pur elencate da fonti primarie e delimitate dai criteri di proporzionalità e adeguatezza, tanto incisive rispetto all'esercizio delle libertà costituzionalmente riconosciute ai cittadini⁵⁸. V'è infatti chi ha sostenuto che sarebbe stato più opportuno provvedere *direttamente* tramite fonte primaria, ricorrendo al meccanismo dell'abrogazione del decreto-legge precedente al mutare delle circostanze fattuali (sulla scorta di quanto avvenuto ad opera del d.l. n. 19 del 2020, che ha abrogato il d.l. n. 6 del 2020).

Siano tuttavia consentite due considerazioni. Anzitutto, non va sottovalutato che quest'ultima soluzione avrebbe determinato “una sovrapposizione di atti difficilmente gestibile, con un rincorrersi di decreti prima dello spirare del termine dei sessanta giorni”⁵⁹. In secondo luogo, se si interpreta la catena normativa nel senso di ritenere che un bilanciamento *a monte* ed *in astratto* vi sia stato ad opera del legislatore dell'emergenza, il principio di tipicità nel senso sopra delineato appare complessivamente rispettato. Si può infatti sostenere che il legislatore abbia ritenuto che la tutela della salute della collettività potesse comportare specifiche compressioni delle altre libertà costituzionalmente garantite⁶⁰, attribuendo al Presidente del Consiglio il potere di provvedere *a valle* ed *in concreto* tramite un atto amministrativo, selezionando le misure restrittive pur sempre all'interno del perimetro tracciato dalla fonte primaria. Quest'ultimo rilievo, peraltro, non sarebbe coerente con il potere di ordinanza *extra ordinem*, in cui invece “il conflitto di interessi è risolto in modo immediato e diretto (non cioè sulla base di una volontà antecedentemente e astrattamente manifestata dal legislatore) dalla pubblica amministrazione”⁶¹.

che essere innanzitutto politica e come tale doveva essere il Governo nella sua collegialità ad assumerla sulle proprie spalle (...); allo stesso modo, (...), i provvedimenti concretamente attuativi delle norme contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica”.

⁵⁷ Si vedano, in senso critico, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., p. 85; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 571 e 582; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 14, in cui si evidenzia che laddove la fonte primaria non “incida in modo chiaro e puntuali sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa e, dunque, penetri all'interno dell'esercizio stesso del potere”, vi è una “indeterminatezza assoluta del potere conferito all'autorità amministrativa”.

⁵⁸ V. in senso critico A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., p. 214, secondo cui i provvedimenti del Presidente del Consiglio, “seppur previsti da “metanorme” che li riguardano, risultano ad ogni buon conto sprovvisti di un'abilitazione costituzionale che dia loro modo di spiegarsi con effetti – non è inutile tornare a dire – incidenti su previsioni costituzionali”. Sul punto, cfr. altresì F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 22 aprile 2020, p. 12.

⁵⁹ Così V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit., pp. 270-271. Similmente, A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, p. 3.

⁶⁰ Per un'analisi critica sul bilanciamento operato dai decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, v. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2021, p. 37 ss.

⁶¹ L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, cit., p. 8.

6. I poteri *extra ordinem* come eccezione

Al di là di queste ultime considerazioni, la distinzione tra atti necessitati e ordinanze *extra ordinem* non esaurisce ogni dubbio circa la natura dei d.P.C.M.: neppure l'inquadramento nell'ambito degli atti necessitati, infatti, ha convinto del tutto la dottrina che sin qui s'è occupata della sentenza in commento⁶². È stato sostenuto, ad esempio, che la categoria individuata dalla Corte mal si adatti ai d.P.C.M. di contrasto alla pandemia, sia per via del margine di discrezionalità riservato al Presidente del Consiglio di cui s'è detto⁶³, sia per via del presupposto di tali atti, che non sarebbe affatto individuabile nell'emergenza in sé, quanto nei (soli) decreti-legge, che sarebbero in tal senso "autosufficienti"⁶⁴.

Questi rilievi critici consentono tuttavia una riflessione conclusiva. Il passaggio della sentenza sulla natura dei d.P.C.M. è piuttosto breve; esso non pare avere tanto l'obiettivo di fornire una ricostruzione dogmatica definitiva che non lasci spazio a dubbi, atteso che l'accostamento alla categoria degli atti necessitati viene definito possibile dalla stessa Corte solo "per certi versi". Ciò che dunque, piuttosto, può trarsi dal punto 8. del Diritto della sentenza alla luce dell'*iter* argomentativo che tra poche righe si ricorderà, è che al potere *extra ordinem* (da molti, come si diceva, ritenuto insito nei d.P.C.M. della pandemia) può farsi ricorso solo in via eccezionale e residuale: solo, cioè, ove l'ordinamento non abbia approntato degli strumenti tipizzati, che consentano all'amministrazione di agire nel caso in cui essa si trovi di fronte a situazioni emergenziali.

Sicché, può dirsi che la tipizzazione dei poteri dell'amministrazione che agisca tramite degli atti necessitati abbia una duplice valenza: quella di limitare la discrezionalità dell'amministrazione e quella, ancor prima, di rendere del tutto marginale il ricorso a poteri *extra ordinem*. È in questo che può forse essere individuata la vera ragione della riemersione, nella giurisprudenza costituzionale, della distinzione tra atti necessitati ed ordinanze libere. Questo rilievo pare ancor più convincente se si guarda al passaggio della sentenza in commento in cui la Corte precisa che la tipizzazione delle misure adottabili dal Presidente del Consiglio *preclude* a quest'ultimo "l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*"⁶⁵.

Questa conclusione ci viene implicitamente consegnata dalla Corte attraverso due operazioni: *i)* escludendo che nei d.P.C.M. sia insito quel potere d'ordinanza previsto dal Codice della protezione civile

⁶² M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit.; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2021; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia Insieme*, 19 gennaio 2022.

⁶³ M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., p. 85.

⁶⁴ A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia*, cit.

⁶⁵ 6.2. del Diritto.

agli artt. 5 e 25⁶⁶, cui manca peraltro qualsiasi riferimento nei d.P.C.M. adottati successivamente all’emanazione del d.l. n. 6 del 2020⁶⁷; ii) sottolineando che, ove una norma primaria preveda una serie *tassativa* di provvedimenti tra cui è possibile scegliere in situazioni d’emergenza, non possa ritenersi attribuito all’amministrazione un potere tanto esteso come quello *extra ordinem*. Del resto, ciò è coerente con il fatto che l’ordinamento abbia provveduto a limitare progressivamente il potere di ordinanza da tempo: si tratta di quella “procedimentalizzazione” di detto potere che ha “inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* (...) nel solco della Costituzione repubblicana”⁶⁸.

Letta in questi termini, la sentenza in commento, nell’individuare nei d.P.C.M. degli atti necessitati, pare porsi in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa, che a partire dalle sentenze nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 in materia di ordinanze prefettizie ha in più occasioni sottolineato l’assoluta eccezionalità dei poteri *extra ordinem*⁶⁹.

⁶⁶ *Contra*: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 123, secondo cui “La legittimazione di tali decreti [del Presidente del Consiglio], allora, non si desume solo dal Codice, bensì dal combinato disposto delle norme generali del Codice (...) e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi in questo periodo (...)”.

⁶⁷ A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 153; L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*», cit., p. 7; E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., p. 9.

⁶⁸ A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale, 2020, p. 318. Sul punto, v. altresì S. PALUMBO, *Le ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2, 2020, p. 377 ss.

⁶⁹ Si pensi alla sentenza 14 aprile 1995, n. 127, in cui la Corte così si espresse: “Questa Corte ha già sottolineato il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956). Proprio il carattere eccezionale dell’autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell’ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione.”