

ARTICOLO

**Le fonti del diritto alla prova dell'emergenza
"coronavirus". Spunti di riflessione al dibattito sulla
tenuta del sistema democratico.**

Alessandro Baracchi (*)

7 aprile 2020

SOMMARIO: 1. Una doverosa premessa storico-sociale. — 2. Principi e definizioni costituzionali e normativi sullo stato di emergenza. — 3. Le diverse opzioni tecnico-normative sullo sfondo: l'ordinanza contingibile ed urgente, il decreto legge e i regolamenti ministeriali. — 4. La scelta tecnico-normativa adottata dal Governo: i decreti legge "pilastro" e i regolamenti ministeriali. — 5. Potenzialità dell'impianto normativo-attuativo adottato dal Governo. — 6. ...E profili critici. — 7. Una necessaria valutazione di sostanza costituzionale. — 8. Conclusioni.

(*) Dottore in giurisprudenza

1. Una doverosa premessa storico-sociale

I tragici fatti dell'emergenza "coronavirus" stanno occupando in queste settimane non soltanto le nostre vite, scardinando principi e convinzioni ormai consolidate e radicalmente messe in discussione in poche ore, ma altresì all'unanimità i dibattiti dell'opinione pubblica in qualsiasi campo, professione o sistema consolidato.

Il diritto non è esente da queste prime riflessioni, di carattere necessariamente generale e provvisorio, sotto molteplici profili, interni e comparatistici, processual-civilistici e processual-penalistici, ma prima ancora nella materia che presiede normativamente a tutte le altre, ossia il diritto costituzionale.

Gli spunti di riflessione posti all'attenzione degli interpreti sono molteplici ed evidenti.

In queste settimane, invero, l'ordinamento democratico nel suo insieme ha subito senza dubbio una notevole prova di resistenza, causata dall'impellente necessità di difendere "ad ogni costo" un fondamentale diritto dell'uomo, quello della salute, che da un lato l'art. 32 Cost. definisce quale "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", e che, dall'altro lato, la pandemia "coronavirus" ha tuttavia sottoposto ad una radicale minaccia, che non vede precedenti nella recente storia moderna occidentale, rendendo necessario – così come accaduto negli altri Paesi del mondo – adottare misure "dolorosamente" e drasticamente restrittive di fondamentali libertà e diritti dell'uomo e della collettività, di pari rango costituzionale.

Questa stringente tensione assiologica si è riversata con forza sui sistemi costituzionali di ogni ordinamento, i quali – confrontandosi con i propri principi e con la propria impronta più o meno autoritaria o democratica – hanno dovuto elaborare o quantomeno reperire in tempi stretti soluzioni dirimenti per la collettività.

Partendo da questo precario equilibrio e dall'urgente necessità di adottare strumenti adeguati, è sorta l'esigenza improcrastinabile di cercare una soluzione tecnico-normativa di riferimento all'interno delle fonti del diritto, così come strutturate nell'ordinamento costituzionale italiano, al fine di affrontare l'emergenza e, per quanto possibile, per limitarne i tragici effetti.

In queste poche pagine non si intende valutare in alcun modo l'opportunità politica né l'efficacia o l'inefficacia, nel merito, dei provvedimenti adottati dal Governo e dalle competenti istituzioni in campo.

Si cercherà invece di fornire alcuni primi spunti di riflessione al dibattito in materia, di carattere prettamente giuridico, per comprendere i fondamenti della scelta normativa adottata dai protagonisti in campo, e, di conseguenza, per cercare di capire se il sistema delle fonti del diritto abbia nel suo insieme mantenuto una complessiva tenuta nell'emergenza "coronavirus".

2. Principi e definizioni costituzionali e normativi sullo stato di emergenza

Ogni compiuta riflessione che debba essere svolta in materia presuppone un solido punto di partenza, che potrà certamente apparire banale ma che, in realtà, rappresenta uno snodo centrale per comprendere ed analizzare appieno le scelte normative adottate dal Governo e dagli ulteriori protagonisti in campo.

Il momento attuale in cui versa il nostro Paese può essere a pieno titolo identificato quale stato di emergenza.

Tale qualificazione si impone, prima che da un punto di vista giuridico, sotto i profili sanitario, sociale ed economico.

Come evidenziato dagli epidemiologi, dagli studiosi e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, la pandemia "coronavirus" rappresenta una minaccia seria e senza precedenti nel recente passato, che ha messo a rischio la salute e la vita di un elevato numero di persone, in Italia e nel mondo.

Se si parte da questo presupposto, occorre dunque comprendere come per fronteggiare siffatta emergenza si sia dovuto ricorrere a misure normativamente e operativamente "straordinarie", per limitare per quanto possibile la diffusione del contagio e le conseguenze della pandemia nel nostro Paese.

Ciò premesso, peraltro, come rilevato da molti osservatori e dallo stesso Presidente del Consiglio dei Ministri nella prima informativa alla Camera dei Deputati, la nostra

Costituzione non prevede a ben vedere una compiuta e organica definizione e disciplina *ad hoc* dello stato di emergenza.

Detta definizione, invece, viene delineata normativamente a livello primario, dopo un'evoluzione normativa, nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (*“Codice della Protezione Civile”*), il cui art. 24 (rubricato *“Deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale”*) prevede che al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, *“il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25”*. La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare nel dettaglio i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi (con deroghe *ad hoc* per lo stato di emergenza correlato agli eventi verificatisi il 14 agosto 2018 nel territorio del Comune di Genova a causa del crollo di un tratto del viadotto Polcevera, noto come Ponte Morandi, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 15 agosto 2018).

Ciò premesso in linea generale, gli eventi previsti all'art. 7, comma 1, lettera c) che giustificano lo stato di emergenza, sono rappresentati da eventi calamitosi di *“origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24”*.

Ricorrendone nel caso di specie i suesposti presupposti, il Consiglio dei Ministri ha in data 31 gennaio 2020 deliberato lo stato di emergenza in relazione al *“coronavirus”*, per la durata di sei mesi, anche al fine di consentire l'emanazione delle necessarie ordinanze di Protezione Civile.

La deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale ha comportato la conseguente applicabilità di un regime normativo volto ad attribuire alla Protezione Civile il potere di adottare gli opportuni e necessari provvedimenti d'urgenza (ossia le ordinanze di cui all'art. 25 del medesimo d.lgs. n. 1/2018) al fine di strutturare gli

interventi sui territori colpiti dall'emergenza sia da un punto di vista prettamente organizzativo-operativo, con stanziamento dei necessari fondi, che sotto il connesso profilo normativo ed amministrativo.

Al di là di tale aspetto, inoltre, l'ordinamento giuridico prevede nel suo insieme ulteriori analoghi strumenti giuridici per affrontare nel suo insieme "l'emergenza": ci si riferisce, in particolare, all'istituto dell'ordinanza contingibile ed urgente.

A tal fine, per poter compiutamente comprendere questo aspetto, si rende necessaria una doverosa premessa di carattere teorico.

Le ordinanze di necessità e di urgenza costituiscono l'espressione di un potere amministrativo eccezionale e straordinario, che si concreta – a seconda dell'oggetto del singolo provvedimento – in un obbligo (positivo) o in un divieto (negativo), anche derogatorio di norme primarie, contingentato e basato sull'esigenza indifferibile di affrontare situazioni connotate da un'urgenza tale da non consentire neppure il ricorso alle ordinarie fonti del diritto.

Il fenomeno, sebbene molto rilevante anche nella prassi, non presenta invero un'organica disciplina di carattere costituzionale e normativo.

Nel corso degli anni, in difetto di certezze, gli interpreti – e per prima la Corte costituzionale a più riprese – hanno delineato e delimitato l'ambito applicativo e i contorni delle ordinanze contingibili e urgenti, evidenziandone una conformazione al confine tra la natura normativa e la natura amministrativa, e al contempo delineando specifici limiti – invero spesso applicativamente oltrepassati – al potere derogatorio alle fonti ordinarie del diritto; e, tra questi, primo tra tutti il presupposto della necessaria autorizzazione legislativa delle ordinanze, indicante i presupposti, l'oggetto e le finalità dell'intervento – ma non obbligatoriamente il contenuto – oltre che l'adeguatezza delle ordinanze al singolo evento emergenziale e la temporaneità e proporzionalità delle stesse.

A titolo meramente ricognitivo, tali strumenti si rinvencono come anticipato innanzitutto proprio all'art. 25, comma 1, del codice della Protezione Civile (d. lgs. n. 1/2018), nel quale è previsto 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, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi*

generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”.

Ci si riferisce, inoltre, al R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (ora art. 2 TULPS) in base al quale *“Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”* (disposizione peraltro dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale, con sentenza 23 maggio 1961, n. 26, nei limiti in cui attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico).

Si pensi poi alle ordinanze sindacali di cui all'art. 54, comma 4, del d.lgs. n. 18 agosto 2000, n. 167 (TUEL) e di cui all'art. 50, commi 4 e 5, del medesimo TUEL, secondo cui *“Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, 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. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. 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”.*

Oltre alle summenzionate norme, si pensi ancora analogamente alle ordinanze di cui all'art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, commi 1 e 2, secondo i quali *“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. 2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1".

Oltre, ancora, alle ordinanze previste dall'art. 32, comma 1, l. 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, ove si attribuisce al ministero della sanità il potere di *"emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più regioni"*.

Tutte le predette ordinanze, in difetto di un organico regime giuridico d'insieme, appaiono caratterizzarsi per una certa comune atipicità e libertà contenutistica, nonché per la loro necessaria previsione in una fonte primaria attributiva, ossia per legge.

Questo essendo, per sommi capi, l'incerto modello normativo dell'emergenza analizzato nel suo insieme, per fronteggiare l'emergenza "coronavirus" è stato dunque necessario per il Governo e per gli ulteriori operatori del diritto affidarsi a principi e strumenti costituzionali e normativi d'insieme.

In materia, peraltro, sia pure come detto in assenza di un regime organico, la Costituzione fornisce comunque all'interprete preziose indicazioni.

Innanzitutto, nella configurazione delle competenze costituzionali, l'Istituzione deputata ontologicamente ad affrontare l'emergenza appare ragionevolmente essere proprio il Governo.

Detta conclusione, che pure potrà sembrare elementare, impone comunque di essere motivata in radice, basandosi quantomeno su tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, a livello sistematico, l'art. 77 Cost., delineando l'istituto del decreto legge, provvedimento provvisorio con forza di legge, dispone specificamente che lo stesso sia adottato, sotto la propria responsabilità, dal Governo, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, fatta poi salva la necessaria presentazione alle Camere per la conversione in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione.

In secondo luogo, l'art. 78 Cost. prevede che nel caso di deliberato stato di guerra (ossia di difesa dell'Italia da un'aggressione straniera subita, posto che – al contrario – l'art. 11 Cost. ripudia invece la guerra quale strumento di offesa), le Camere conferiscano proprio al Governo i poteri necessari per affrontare la guerra.

In terzo luogo, e ciò spiega anche la *ratio* delle due predette disposizioni costituzionali, il Governo è per sua natura, composizione e funzionamento operativo, l'organo istituzionalmente indirizzato dalla Costituzione ad affrontare operativamente lo stato di emergenza, anche a livello strutturale e in virtù degli strumenti di natura normativa ed amministrativa allo stesso conferiti dall'ordinamento giuridico. Detta argomentazione appare del resto trovare conferma anche nel disposto dell'art. 120, comma 2, Cost., secondo il quale il Governo può sostituirsi a organi regionali, provinciali e comunali nel caso, tra l'altro, proprio di “*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*”.

Se, dunque, il Governo risulta l'organo istituzionalmente deputato ad affrontare l'emergenza, sotto altro profilo, peraltro, lo stato di emergenza non può in ogni caso integralmente scardinare le regole e i principi costituzionali sulle fonti del diritto e sul controllo da parte del potere legislativo sul potere esecutivo, che – in un ordinamento democratico – non può che essere sempre stringente.

Ogni soluzione normativa dell'emergenza, dunque, dovrà presupporre e consentire il rispetto degli equilibri costituzionali, sia pure “modellati” sulle specifiche esigenze dell'emergenza stessa.

Ciò detto in relazione al Governo, un'ulteriore rilevante indicazione fornita dalla Costituzione in materia tocca invece il cuore stesso dei diritti e delle libertà costituzionali.

Ci si riferisce, in particolare, ai limiti che i Padri Costituenti hanno previsto a diritti e libertà fondamentali in relazione a circostanze eccezionali.

Giova, tra gli altri, in particolare rilevare come innanzitutto l'art. 16 Cost. prevede che la libertà di circolazione, soggiorno, uscita e rientro sul territorio nazionale possano subire limitazioni che “*la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*”.

L'art. 17 Cost. prevede del pari che la libertà di riunione possa essere limitata dalle autorità per “*comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*”.

Così ancora, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 41 Cost. dispone parimenti che l'iniziativa economica privata non debba essere svolta “*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

A ben vedere, dunque, è la stessa Costituzione, nell'affermare diritti e libertà, a riconoscere la possibilità – ricorrendo specifici eccezionali presupposti – di limitare i medesimi diritti e libertà, nel caso di comprovate esigenze sanitarie e di sicurezza, condizionando peraltro tali limiti a garanzie procedurali – quali la riserva di legge – e sostanziali, ossia la ragionevolezza e proporzionalità di detti provvedimenti limitativi, anche ai sensi degli art. 2 e 3 Cost.

3. Le diverse opzioni tecnico-normative sullo sfondo: l'ordinanza contingibile ed urgente, il decreto-legge e i regolamenti ministeriali

Questo essendo il punto di partenza della nostra analisi, la scelta da parte del legislatore degli strumenti più idonei a fronteggiare le crisi avrebbe potuto sostanzialmente indirizzarsi verso l'adozione di tre possibili strade, ciascuna corrispondente ad un diverso modello tecnico-normativo.

Innanzitutto, attesa la deliberazione dello stato di emergenza, si sarebbe potuto interamente fare riferimento al delineato regime giuridico dell'emergenza, attraverso l'adozione – a diversi livelli – delle ordinanze contingibili ed urgenti, sia della Protezione Civile che regionali e sindacali.

Tale soluzione sarebbe verosimilmente risultata la più immediata, perché avrebbe di fatto consentito al Governo e alle Regioni, avvalendosi di poteri di fatto già rinvenibili nella normativa vigente per la fattispecie dello stato di emergenza, di ricorrere agli strumenti straordinari ed urgenti previsti – sia pure non senza alcune criticità – dall'ordinamento giuridico nel suo insieme, anche al fine di adottare provvedimenti restrittivi in deroga a fonti primarie.

Tale prima soluzione, così adottata unilateralmente *sic et simpliciter*, si sarebbe tuttavia probabilmente prestata a plurimi profili di criticità.

La peculiarità della situazione emergenziale “coronavirus”, infatti, impone un necessario coordinamento su scala nazionale sia da un punto di vista normativo che operativo, salve le competenze delle istituzioni locali. In difetto di un coordinamento normativo vi sarebbe stato un rischio di abuso dello strumento dell’ordinanza a più livelli e un pari rischio di frammentazione e proliferazione delle ordinanze ad ogni livello normativo, centrale, regionale e comunale, ciò che del resto stava iniziando a verificarsi all’inizio dell’emergenza.

Il solo strumento dell’ordinanza contingibile ed urgente in sé considerato, dunque, non avrebbe probabilmente soddisfatto appieno tutte le esigenze e gli equilibri necessari.

Del resto, l’emergenza che stiamo vivendo – a differenza di molte altre del passato – riguarda non già uno specifico territorio e/o uno specifico evento calamitoso e/o emergenziale, bensì un fenomeno pandemico, di scala nazionale e internazionale, sia pure con evidenti specificità geografiche e regionali, che oltretutto – per essere fronteggiato – ha imposto l’adozione di misure restrittive di libertà e diritti personali costituzionali in modo pressoché generalizzato.

Questa essendo la prima soluzione tecnico-normativa astrattamente plausibile, sia pure come visto non priva di criticità, dall’altra parte, invece, sempre astrattamente il Governo avrebbe potuto adottare ogni provvedimento limitativo delle libertà personali attraverso lo strumento del decreto legge.

In tal modo, infatti, il Governo avrebbe potuto adottare con sollecitudine provvedimenti limitativi delle libertà costituzionali nel pieno rispetto della riserva di legge e i provvedimenti del Governo avrebbero poi dovuto subire la conversione in legge da parte delle Camere, entro sessanta giorni dalla pubblicazione del decreto legge.

Tale seconda opzione, quella del solo utilizzo dei decreti legge, risulta da un punto di vista formale la più coerente con il sistema costituzionale delle fonti, ma – parametrata al caso concreto e allo stato di emergenza – avrebbe seriamente comportato il rischio di non poter affrontare con la necessaria tempestività e con la idonea operatività, su scala nazionale e regionale, l’emergenza quotidiana. Invero, l’iter procedimentale articolato del decreto legge, con obbligo di conversione entro 60 giorni a pena di decadenza degli effetti, male si conciliava con l’adozione di plurimi decreti legge, sia da un punto di vista normativo che sotto l’aspetto prettamente operativo.

Ed invero, come detto in premessa, il regime dell'emergenza risulta piuttosto ragionevolmente imporre (o quantomeno consigliare) l'adozione di strumenti in larga misura amministrativi, financo derogatori alle ordinarie fonti del diritto.

A fronte di questi due contrapposti strumenti tecnico-normativi, l'ordinanza contingibile ed urgente e il decreto legge, vi era invece un'opzione per così dire "intermedia", che risulta infine essere stata abbracciata dal Governo con la tecnica che si provvederà di seguito ad esporre.

Tale terza opzione – che, come vedremo successivamente, abbraccia in larga parte sia la prima che la seconda delle susposte opzioni – ha fatto leva sullo strumento del regolamento ministeriale.

Come noto, invero, tra le funzioni del Governo vi è altresì una rilevante funzione normativa secondaria, che si estrinseca nel variegato campo dei c.d. regolamenti governativi, ministeriali ed interministeriali.

Invero, l'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400 (*"Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri"*), disciplina una pluralità di regolamenti, in primo luogo governativi, adottati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato, che possono essere emanati per disciplinare l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi, l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale, le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge; l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge.

E, sempre nel medesimo art. 17 l. n. 400/1988, risiedono anche proprio gli strumenti adottati dal Governo per fronteggiare l'emergenza, ossia il Decreto del Presidente del Consiglio Dei Ministri e, in generale, i Decreti Ministeriali, che – ai sensi del comma 3 – al pari dei decreti governativi *"sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale"*.

Tali strumenti, dunque, rappresentano regolamenti adottati dal singolo Ministro, sia esso il Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) ovvero dagli altri Ministri (D.M), in quest'ultimo caso previa necessaria trasmissione della bozza al Presidente del Consiglio stesso a fini di coordinamento della politica del Governo.

Il regolamento ministeriale, in tali forme, consente così ai singoli Ministri di adottare provvedimenti normativi di carattere generale in determinati casi e materie. A tal fine, come previsto dalla l. n. 400/1988, è tuttavia necessario – nel rispetto della Costituzione e della gerarchia delle fonti – che detta prerogativa sia attribuita al Governo da una fonte primaria, di lì la locuzione espressa dal medesimo comma 3 dell'art. 17, l. n. 400/1988, *“quando la legge espressamente conferisca tale potere”* e l'analoga locuzione, nel caso di decreti interministeriali, *“ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge”*.

Fonte normativa primaria che, a ben vedere, sarebbe ragionevolmente e logicamente non tanto il decreto legge, provvedimento in sé sempre riservato alla competenza del medesimo Governo, quanto piuttosto la legge o al più il decreto legislativo.

Così delineato, e con questi limiti, lo strumento del regolamento presenta a ben vedere notevoli vantaggi operativi. Innanzitutto, infatti, lo stesso consente la massima sollecitudine nella sua adozione da parte dei singoli Ministri e del Presidente del Consiglio, in una situazione in cui – come abbiamo potuto sperimentare – l'evoluzione della situazione è *ad horas*.

Dall'altro lato, inoltre, il D.P.C.M. e il D.M. consentono maggiori garanzie anche da un punto di vista formale, anche rispetto alle stesse ordinanze contingibili ed urgenti, così per prima la garanzia di conoscibilità derivante dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

È anche vero, sotto un diverso profilo, che l'opzione normativa del regolamento ministeriale pone non pochi problemi di carattere sistematico, sia in relazione alle materie oggetto di disciplina che al rapporto con le competenze regionali, posto che ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost., la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, mentre *“La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia”*. A stretto rigore, dunque, in materie di legislazione concorrente quali la tutela della salute la potestà regolamentare spetterebbe a stretto rigore unicamente alle Regioni.

Vedremo anche, tuttavia, come tali regole possano nel caso di specie, con i limiti che si esporranno e in considerazione delle opzioni adottate dal Governo, trovare una applicazione meno rigida e meno formalistica, proprio alla luce della situazione emergenziale e della prerogativa riconosciuta allo Stato di esercitare unitariamente le funzioni amministrative in caso di necessità (art. 118, comma 1, Cost.).

4. La scelta tecnico-normativa adottata dal Governo: i decreti legge "pilastro" e i regolamenti ministeriali

Dinanzi alle opzioni prospettate, il Governo ha adottato una tecnica normativa dell'emergenza "ibrida" strutturata su due livelli, il decreto legge e i regolamenti ministeriali, senza escludere al contempo – anzi, al contrario, rifacendovisi di fatto, quantomeno in larga parte nella sostanza – lo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente (tale impianto normativo "misto" non è del resto nuovo, essendo per esempio già intervenuto – con i dovuti distinguo – in ulteriori emergenze del passato, come nel caso del terremoto in Abruzzo, quando furono adottati sia decreti legge che ordinanze di Protezione Civile).

In primo luogo, infatti, il noto d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (*"Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"*) ha attribuito – all'art. 1 – alle competenti autorità il potere di adottare una serie di specifiche misure restrittive, limitative di diritti e libertà di circolazione, riunione, manifestazione, istruzione (comma 2) e più in generale ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evoluzione drammatica della situazione epidemiologica (comma 1). E, con puntuale previsione, il contenuto delle misure restrittive è stato tipizzato sia pure in modo non tassativo già in detto art. 1, comma 2, sebbene poi – con una previsione che necessità peraltro di un'interpretazione restrittiva entro i limiti di proporzionalità e adeguatezza – il successivo art. 2 abbia poi previsto che le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1.

Nel dettaglio, l'art. 1, comma 1, d.l. n. 6/2020, convertito in legge con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 ha previsto una disposizione di portata certo inizialmente indirizzata ai singoli territori colpiti ma, in senso letterale e sistematico, potenzialmente applicabile su scala nazionale: *“Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica”*.

Il successivo comma 2 dell'art. 1, invece, ha tipizzato una serie di misure di contenimento, in via peraltro non tassativa, tra i quali divieti di allontanamento e di accesso, sospensioni di manifestazioni e servizi.

Il successivo art. 3, invece, ha disciplinato specificamente l'attuazione delle misure di contenimento, disponendo che le misure di cui agli art. 1 e 2 sono adottate, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, 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 competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.

Il decreto legge in oggetto, dunque, ha rappresentato il “pilastro” normativo che ha regolamentato i poteri attribuibili al Governo e alle Regioni, prevedendo una serie di misure tipiche principali, sia pure non tassative, concretamente attuabili dal Governo, nella forma del D.P.C.M. e del D.M.

E, una volta emanato il decreto legge, lo stesso è stato poi prontamente convertito in legge dal Parlamento, con modificazioni, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, che è stata approvata pressoché all'unanimità dalle due Camere, con 462 voti favorevoli e 2 contrari alla Camera dei Deputati e con 234 voti favorevoli e 5 astenuti, senza contrari, al Senato della Repubblica.

In attuazione del predetto decreto legge, *medio tempore* convertito in legge, hanno poi così fatto seguito i noti regolamenti ministeriali, tra cui, a titolo meramente esemplificativo, il noto D.P.C.M. 8 marzo 2020 che, all’art. 2, ha esteso a tutto il territorio nazionale le prime misure limitative e restrittive per il contenimento del virus.

Successivamente, hanno fatto poi seguito plurimi regolamenti ministeriali e ordinanze regionali, oltre che ordinanze della Protezione Civile, successivamente ai quali ha poi fatto ulteriormente seguito – oltre, nelle more, a ulteriori provvedimenti tra i quali il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”*) – per quanto qui ci riguarda, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 *“Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19”*, che potremmo definire il secondo “pilastro” normativo dell’emergenza.

Detto secondo decreto legge, allo stato non ancora convertito, ha disciplinato in modo maggiormente dettagliato ed organico la materia, cercando di fornire una compiuta risposta anche alle questioni applicative sorte nel riparto di potestà legislativa e amministrativa tra Stato e Regioni, e sempre mantenendo ferma – sia pure con una ancora maggiore ampiezza – l’elencazione e tipizzazione, che risulta questa volta tassativa, delle misure specifiche di contenimento adottabili dalle autorità ai sensi dell’art. 1, comma 2.

Ne è così, nella sostanza, risultato preservato nel complesso, sia pure con differenze, il meccanismo attuativo delle misure di contenimento previsto dal precedente decreto legge “pilastro” n. 6/2020, che viene formalmente abrogato, salva l’efficacia delle misure già adottate in attuazione del suddetto primo “pilastro”.

Sotto il profilo procedimentale, il comma 5 dell’art. 3 aggiunge invece opportunamente nell’iter attuativo delle misure che *“I provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”*.

5. Potenzialità dell'impianto normativo-attuativo adottato dal Governo

L'opzione adottata dal Governo appare nel suo complesso caratterizzarsi in modo coerente e ragionevole – sia pure non senza talune criticità dommatiche – per diversi motivi.

Innanzitutto, la scelta adottata dal Governo ha consentito l'adozione di strumenti di intervento, i regolamenti, snelli e tempestivi, finalizzati ad intervenire rapidamente a seconda dell'evoluzione della situazione epidemiologica.

In secondo luogo, sotto il profilo delle fonti del diritto, l'adozione di un decreto legge “pilastro”, volto a tipizzare, sia pure in prima battuta con elencazione non tassativa, le misure attuabili nei successivi regolamenti ministeriali di fonte secondaria, ha consentito, in considerazione del particolare stato di emergenza, il rispetto – in via quantomeno generale – dei principi costituzionali esposti in apertura e della riserva di legge, attribuendo al contempo al Governo stesso il potere attuativo delle misure restrittive previste dal decreto legge.

Vero è che l'attribuzione dei poteri regolamentari al Governo contenuta in un decreto legge adottato dal Governo stesso appare in prima battuta una scelta sistematicamente densa di criticità.

Vero è, altrettanto, che i tempi dell'emergenza hanno di fatto imposto tale opzione normativa primaria e vero è inoltre che il decreto legge è stato prontamente convertito in legge già con legge del 5 marzo.

Tale opzione normativa, dunque, ha comunque consentito al Parlamento nel caso di specie un controllo tempestivo sulle misure tipizzate, sia pure con elencazione non tassativa, all'art. 1 del d.l. n. 6/2020, convertito in legge con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, attraverso il procedimento di conversione stesso del decreto legge.

Il meccanismo adottato dal Governo, inoltre, appare conforme, visto lo stato di emergenza senza precedenti, ai complessivi principi costituzionali e alla facoltà concessa dalla Costituzione stessa al legislatore di limitare libertà e diritti fondamentali degli individui in considerazione di elevati rischi al diritto alla salute e al diritto alla vita (sia pure quest'ultimo diritto, come noto, non previsto espressamente dalla Costituzione ma certamente dalle fonti sovranazionali).

La scelta del legislatore risulta dunque essere stata nel suo complesso intermedia, in quanto strutturata su D.P.C.M. e D.M., che da un lato ricalcano lo strumento delle ordinanze di necessità e urgenza, ma dall'altro sono dotati, nella forma procedimentale, delle garanzie che l'ordinanza contingibile ed urgente potrebbe in sé non sempre soddisfare, tra le quali si pensi al controllo preventivo della Corte dei Conti e alla pubblicazione dei D.P.C.M. nella Gazzetta Ufficiale. A riguardo, dunque, lo strumento regolamentare sembra essere stato proprio finalizzato a ovviare, per quanto possibile, ad alcune delle criticità rilevate in passato dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione alle ordinanze di necessità ed urgenza.

D'altro canto, tali garanzie procedurali dei Decreti Ministeriali risultano opportune se solo si consideri come la natura, nella sostanza, di ordinanze contingibili ed urgenti di tali D.P.C.M. e D.M. è confermata di fatto dall'art. 3 dello stesso d.l. n. 6/2020, convertito in legge con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, nel quale sono richiamate espressamente in via transitoria proprio le fonti normative vigenti attributive del potere di ordinanza contingibile ed urgente: *“Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”*, con onere – aggiunto all'ultimo periodo dalla legge di conversione – di comunicazione delle misure al Ministro della Salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione, a pena di inefficacia. E tale natura sostanziale dei regolamenti risulterebbe indirettamente confermata anche dal comma 3 del medesimo art. 3, secondo il quale *“Sono fatti salvi gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833”*.

Al contempo, inoltre, l'adozione del decreto legge “pilastro”, che ha espressamente tipizzato – sia pure all'inizio in misura non tassativa – in linea generale le misure restrittive attuabili dal Governo, ha attribuito ai D.P.C.M. una copertura normativa di fonte primaria, sia pure come detto atipica, lasciando invece alle fonti secondarie gli aspetti prettamente attuativi e integrativi dei provvedimenti stessi, con un ulteriore margine operativo e applicativo nel merito.

E, al riguardo, se pure come detto da un punto di vista sistematico non sembrerebbe in prima battuta coerente che il potere attributivo sia derivato dal Governo stesso nel proprio decreto legge, dall'altra parte è prontamente intervenuta la legge di conversione del 5 marzo 2020, approvata pressoché all'unanimità dal Parlamento, che ha conferito piena copertura legislativa alle misure adottabili.

Ciascuna delle due fonti considerate, dunque, il decreto legge e il regolamento, trova fondamento ed esecuzione nell'altra, così da rafforzare di per sé anche la legittimità – almeno in linea generale e vista la specificità del caso – dei provvedimenti regolamentari di secondo grado, in quanto previamente sottoposti all'approvazione del Parlamento in sede di conversione del decreto legge.

E la coerenza complessiva della scelta adottata dal Governo risulta con particolare riferimento al confronto con le due ulteriori possibili opzioni “pure” che si ponevano sullo sfondo, della sola ordinanza contingibile ed urgente e del solo decreto legge.

Da un lato, infatti, l'adozione pura e semplice dello strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente, senza una previa contestualizzazione e tipizzazione, in qualche misura, del contenuto dei provvedimenti restrittivi relativi all'emergenza specifica del “coronavirus”, avrebbe comportato un eccessivo spostamento del potere normativo sul Governo e sulle Regioni, senza il dovuto controllo del potere legislativo.

Ed invero, si consideri a riguardo come tra i presupposti dell'ordinanza contingibile ed urgente, che devono essere necessariamente previsti dalla singola legge che ne delinea i contorni, non vi è necessariamente la previsione compiuta del contenuto stesso dell'ordinanza; cosa invece avvenuta, sia pure come più volte detto con elencazione non tassativa, nel d.l. n. 6/2020, convertito in legge con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 (cfr. elenco misure restrittive non tassative di cui all'art. 1, comma 2).

Del pari, l'adozione della forma giuridica del D.P.C.M. ha conferito ai provvedimenti del Governo maggiori garanzie procedimentali, tra le quali, come detto, il visto e la registrazione della Corte dei Conti e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; iter procedimentale, questo, che non sempre è stato invece garantito in passato alle ordinanze contingibili ed urgenti.

In questo modo, inoltre, è stato possibile coordinare, sia pure con talune criticità, le fonti normative e regolamentari statali e regionali, limitando così per quanto possibile il fenomeno della “proliferazione incontrollata delle ordinanze”.

Dall’altro estremo, invece, l’adozione in astratto di tutte le misure restrittive dettagliate in plurimi decreti legge avrebbe comportato la continua necessaria convocazione delle Camere per la conversione e, tale opzione, oltre che utopistica e organicamente inopportuna, risulta concretamente complessa o financo impraticabile persino da un punto di vista operativo, se solo si pensi come – per esempio – nel Regno Unito il Primo Ministro è risultato positivo al virus pochi giorni dopo essersi recato alla *House of Commons* (e, se si ha ben presente la struttura della Camera inglese, non è difficile comprendere i rischi di contagio comportati dalla stretta vicinanza fra i membri della Camera e il Primo Ministro stesso).

6. ...E profili critici

Allo stesso tempo, parallelamente, non mancano talune criticità che hanno caratterizzato *ab origine* le scelte adottate dal Governo.

Ci si riferisce, in particolare, oltre ai profili sistematici già analizzati relativi al rapporto tra il decreto legge e i regolamenti ministeriali, entrambi riconducibili al Governo stesso, anche alla tecnica normativa.

Se pure infatti si è consci dell’urgenza con la quale ogni provvedimento è stato adottato, il decreto legge originario avrebbe potuto essere redatto in misura ragionevolmente più particolareggiata, sia con riferimento all’elenco delle misure restrittive che con riferimento al rapporto tra le fonti statali e quelle regionali.

La scelta adottata dal Governo, inoltre, ha comportato effettivamente in qualche misura una limitazione delle competenze del Parlamento; s’intende, peraltro, non attraverso una totale chiusura dello stesso con attribuzione al solo Governo dei poteri dell’emergenza, come accaduto come noto in Ungheria – con il conferimento da parte del Parlamento stesso di “pieni poteri” al Primo Ministro – o per ragioni diverse prettamente sanitarie nel Regno Unito, in cui il Parlamento ha anticipato la chiusura pasquale di una settimana, per

una totale interruzione dei lavori di 4 settimane nel periodo di emergenza. La limitazione, piuttosto, è risultata nel nostro sistema quale fisiologica conseguenza dell'adozione dello strumento del D.P.C.M., ricalcato nella sostanza sul modello dell'ordinanza contingibile ed urgente.

Ad avviso dello scrivente, peraltro, l'originario d.l. n. 6/2020, convertito in legge con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, avrebbe potuto sin da subito opportunamente prevedere nel rapporto con il Parlamento, come poi disposto dal successivo art. 2, comma 5, d.l. n. 19/2020, che *“I provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”*. Al contempo, inoltre, sarebbe stato opportuno – se pure non strettamente imposto dalle regole procedurali descritte – istituire a fianco del Governo un organo tecnico-politico *ad hoc* permanente, con i rappresentanti parlamentari e politici delle diverse forze politiche, al fine di condividere idee e proposte attuative da confluire nei decreti ministeriali, fatta poi salva l'esclusiva competenza del Governo e dei singoli Ministri interessati nell'adozione dei decreti ministeriali stessi.

Senza poi toccare in questa sede ambiti che esulano dal diritto costituzionale, basti ancora rilevare, senza poter esaminare *ex professo* la questione, come non sia stata neppure convincente la tecnica comunicativa adottata dai diversi protagonisti in campo, spesso frammentata, discontinua, ed eccessivamente copiosa, a tutti i livelli istituzionali, come accaduto per esempio nel processo di emanazione del noto D.P.C.M. 8 marzo 2020 di “chiusura della Lombardia”.

Infine, appare eccessivo, come del resto accaduto in passato in casi di emergenza, il numero dei regolamenti ministeriali adottati dal Governo, oltre che di conseguenti e connessi provvedimenti interpretativi, che hanno talvolta creato eccessive incertezze nei cittadini (si pensi, per esempio, al noto caso delle passeggiate e dell'attività sportiva all'aperto).

Vero è, infatti, che la fonte normativa regolamentare si presta come detto a una maggiore duttilità; vero è anche, tuttavia, che la duttilità riguarda l'adozione del singolo

provvedimento in sé mentre non può tradursi nell'adozione di una pluralità di provvedimenti e poi a catena in molteplici disposizioni interpretative.

Certamente, infine, maggiore chiarezza e univocità normativa avrebbe dovuto sin dall'inizio essere prevista nel rapporto tra competenze statali e regionali.

In quello che è il riparto costituzionale di competenze che, forse, risulta più di tutti colmo di criticità proprio a esito dell'emergenza "coronavirus".

7. Una necessaria valutazione di sostanza costituzionale

Al di là di tali singoli aspetti, peraltro, la tecnica normativa adottata dal Governo nello stato di emergenza appare nel suo insieme coerente e costituzionalmente idonea a rispettare i principi vigenti in materia, sia pure applicati alla luce dello stato di emergenza e dell'assoluta necessità imposta dalla crisi epidemiologica.

È anche vero, d'altro canto, che l'adozione del modello regolamentare – che ricalca peraltro in larga parte, come visto, nella sostanza lo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente – in tanto si giustifica e legittima in quanto – proprio come le stesse ordinanze contingibili ed urgenti – risulta necessariamente e indefettibilmente ancorato agli specifici presupposti dello stato di emergenza causato dal "coronavirus".

Per queste ragioni, ad avviso dello scrivente, siffatto regime normativo risulta coerente con il sistema delle fonti a patto che, come sino ad ora accaduto, resti ancorato a specifici presupposti di "sostanza costituzionale", che riprendono nella sostanza in larga misura gli stessi limiti tracciati dalla Corte costituzionale e dagli interpreti in relazione alle ordinanze contingibili ed urgenti.

Presupposti che si provvede di seguito a ripercorrere in chiusura della presente analisi.

Innanzitutto, il primo presupposto indefettibile è la deliberazione dello stato di emergenza, e quindi la necessità urgente di tutelare il diritto alla salute e il diritto alla vita.

In secondo luogo, la temporaneità dello stato di emergenza e delle misure restrittive, limitate al periodo di tempo ritenuto strettamente necessario al fine di contrastare l'emergenza sanitaria.

In terzo luogo, la previsione legislativa *ad hoc* dei poteri regolamentari del Governo, tale da circoscrivere per quanto possibile il potere regolamentare in ossequio al principio di legalità.

Inoltre, l'intangibilità nello stato di emergenza dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei principi sovranazionali in materia.

Infine, la proporzionalità delle misure adottate, con il minor sacrificio possibile per gli ulteriori diritti e libertà costituzionali, considerando peraltro che tale requisito – come del resto tutti gli ulteriori – dipende strettamente dalle valutazioni tecnico-scientifiche connesse all'emergenza. Per fare solo un esempio in merito, ad avviso dello scrivente è risultato ragionevole, nell'evoluzione tra il primo e il secondo decreto legge “pilastro”, sanzionare la violazione dei provvedimenti con una sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 3.000, e non più penalistica *ex art.* 650 c.p. come era originariamente previsto dal d.l. n. 6/2020 (sebbene, a ben vedere, tale evoluzione risponde in realtà non tanto e non solo a principi di proporzionalità, quanto piuttosto a ragioni di coerenza sistematica ed effettiva deterrenza della sanzione).

Superati tali precisi limiti di “sostanza costituzionale”, e in difetto di tali requisiti, l'impianto normativo adottato dal Governo perderebbe ragionevolmente la propria legittimità e costituzionalità – sia nella forma che nel contenuto dei provvedimenti – dovendosi applicare piuttosto le ordinarie regole del sistema delle fonti del diritto.

8. Conclusioni

Per tutti i motivi esposti, l'opzione normativa adottata dal Governo e dai protagonisti dell'emergenza appare nel suo complesso caratterizzarsi allo stato in modo coerente e ragionevole, sia pure in alcuni casi non senza talune possibili criticità.

E ciò sia sotto il profilo strettamente operativo che sotto quello sistematico e costituzionale.

È anche vero, d'altro canto, che l'adozione del modello prescelto in tanto si giustifica ed è legittima in quanto dipende ed è strettamente vincolato ai presupposti e limiti di “sostanza costituzionale” sottesa a tale modello, nella misura in cui le misure adottate dal

legislatore risultano necessariamente ed indefettibilmente ancorate agli specifici presupposti dello stato di emergenza causato dal “coronavirus”.