



26 GENNAIO 2022

Lo stato di emergenza e i suoi rimedi: il
riparto delle competenze fra Stato e
Regioni come limite alla decretazione
d'urgenza e il fondamento
costituzionale delle ordinanze
contingibili e urgenti nazionali,
regionali e locali

di Elena Affannato

Funzionaria presso Ministero dell'Economia e delle Finanze

Lo stato di emergenza e i suoi rimedi: il riparto delle competenze fra Stato e Regioni come limite alla decretazione d'urgenza e il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili e urgenti nazionali, regionali e locali*

di Elena Affannato

Funzionaria presso Ministero dell'Economia e delle Finanze

Abstract [It]: Il presente contributo indaga la natura, costituzionale o legislativa, della base giuridica dei poteri di ordinanza, in particolare di quelli delle Regioni. Nel secondo caso, occorre conseguentemente comprendere quale riparto di competenze legislative viga in materia e, quindi, se i poteri emergenziali delle Regioni, in nome del principio di legalità, debbano trovare la propria fonte regolatrice nella legge statale ovvero nella legge regionale (o in entrambe).

Abstract [En]: This paper analyses the constitutional or legislative legal basis of the powers of ordinance, in particular those of the Regions. In the second case, it is consequently necessary to understand which division of legislative powers is in force on the matter and, therefore, whether the emergency powers of the Regions, in the name of the principle of legality, must find their regulatory source in the state law or in the regional law (or in both).

Parole chiave: Stato di emergenza, pandemia, riparto delle competenze fra Stato e Regioni, ordinanze straordinarie di necessità e urgenza, tutela della salute, protezione civile, profilassi internazionale

Keywords: State of emergency, pandemic, division of powers between State and Regions, extraordinary orders of necessity and urgency, health protection, civil protection, international prophylaxis

Sommario: 1. Premessa. 2. L'emergenza nella Costituzione: la decretazione d'urgenza e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni. 3. Le competenze in materia di protezione civile e di tutela della salute come indirette contemplazioni dello stato di emergenza nella Costituzione e fondamenti giuridici delle ordinanze contingibili e urgenti. 4. Chi è il legislatore competente ad allocare e disciplinare il potere d'ordinanza in deroga alla legge? 5. Considerazioni conclusive sugli approdi della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 in materia di riparto delle competenze per l'adozione delle misure di contrasto alla pandemia.

1. Premessa

Sin da quando, nel febbraio 2020, la pandemia da virus Covid-19 ha iniziato a dilagare in Italia si è assistito a un'inedita concorrenza di poteri emergenziali fra Stato e Autonomie, talvolta declinatasi in modo disomogeneo o addirittura conflittuale. Se è vero che nessuno ha mai posto seriamente in dubbio la

* Articolo sottoposto a referaggio.

competenza statale a gestire l'emergenza, ma casomai veniva in rilievo il problema della compatibilità con la Costituzione della c.d. catena normativa¹ a cui si il legislatore nazionale ha dato luogo (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze del Ministro della Salute)², è però altrettanto vero che si è posta in modo ben più problematico la discussione sui poteri di emergenza di Regioni ed enti locali per il contrasto alla pandemia³.

Ad avviso di chi scrive, la principale questione è quella della ricerca della natura, costituzionale o legislativa, della base giuridica di questi poteri, in particolare di quelli delle Regioni. Vera la prima ipotesi, non si può dubitare della loro esistenza e, quindi, si deve affermare la non esclusività dei poteri emergenziali statali, dal momento che quelli regionali troverebbero – sebbene indirettamente – la loro base giuridica nella Carta, pur dovendo essi coordinarsi con quelli centrali e modellarsi sul dettato della fonte legislativa competente. Da quest'ultimo punto di vista, occorre conseguentemente comprendere

¹ Per dirla con il fondatore di questa espressione, che ne avalla la compatibilità costituzionale: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020. *Contra* M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2020.

² La questione dovrebbe oggi ritenersi risolta per effetto della decisione della Corte costituzionale n. 198 del 2021, secondo cui "il d.l. n. 19 del 2020, lungi dal dare luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., si limita ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste". Un'ulteriore avvertenza per il lettore è che la sentenza, le cui motivazioni sono state depositate quando il presente contributo era già stato finalizzato, qualifica i D.P.C.M. come "atti necessitati" e non come "ordinanze necessitate"; ciò che, tuttavia, non inficia la sostanza della tesi qui sostenuta. Per un quadro del dibattito in dottrina (precedente rispetto alla sentenza n. 198 del 2021), oltre ai contributi in nota precedente, cfr. E.C. 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; 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*, 1/2021; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021; A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia*, in *Diritti regionali*, 2/2020; R. MANFRELOTTO, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2/2021. Si vedano poi i contributi di P. CARETTI, U. DE SIERVO, G. MOBILIO, P. MILAZZO nel fascicolo speciale 2020 *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19* dell'Osservatorio sulle fonti.

³ Sul punto, i contributi dottrinali sono molto numerosi. Fra i tanti si segnalano: A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1/2021; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit.; A.M. CECERE, *Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia Covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021; C. NEGRI, *La relazioni fra lo Stato e le Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19 tra uniformità e differenziazione*, in *Diritti regionali*, 3/2021; A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità*, cit.; S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica. I conflitti Stato-Regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2021; G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020; G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti tra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?*, in *Nomos*, 1/2021; G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e abuso delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali*, in *Federalismi.it*, 17/2021; P. COLASANTE, *La zonizzazione "cromatica" delle Regioni italiane a seconda del livello di rischio di contagio da COVID-19: quale ruolo per i Presidenti di Regione nella "anticipazione" dei provvedimenti di competenza del Ministro della Salute?*, in *Diritto e Salute*, n. 3/2020; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti regionali*, 3/2020; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020 – *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*; M.P. IADICICCO, *Pandemia e rapporti tra Stato e Regioni in sanità. Riflessioni su di un antico travaglio, limiti e criticità di alcune proposte di riforma. "Tutto cambi affinché tutto rimanda com'è"?*, in *Diritti regionali*, 3/2021.

quale riparto di competenze legislative viga in materia e, quindi, se i poteri emergenziali delle Regioni, in nome del principio di legalità, debbano trovare la propria fonte regolatrice nella legge statale ovvero nella legge regionale (o in entrambe).

Vera la seconda ipotesi, i poteri emergenziali delle Regioni non avrebbero fondamento costituzionale e, dunque, la loro concreta esistenza finirebbe per dipendere dalla scelta del legislatore competente.

Questa secca alternativa è stata invero “diluata” in via di fatto, atteso che la legislazione statale dell'emergenza⁴, che tutt'oggi costituisce il quadro normativo di riferimento, ha avallato l'esistenza del potere regionale di adottare ordinanze contingibili e urgenti di contrasto alla pandemia. Perciò, la – per così dire – “ammissione” da parte del legislatore statale dell'esistenza di tale facoltà ha reso apparentemente superflua o, comunque, secondaria la problematica della ricerca della sua base costituzionale. Infatti, nella misura in cui la legislazione statale consentiva il potere regionale d'ordinanza, l'attenzione si spostava prevalentemente sul *quomodo* di tale esercizio piuttosto che sull'*an*.

Se questo doveva essere lo schema logico con cui analizzare la questione del potere d'ordinanza regionale [(1) indagine sul suo fondamento costituzionale o legislativo; (2) nel primo caso, fonte competente a *regolarlo*; nel secondo caso, fonte competente a *istituirlo e regolarlo*], la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021⁵ (nonché l'ordinanza cautelare n. 4 del 2021⁶), nell'affermare che le misure volte al contenimento della pandemia sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q), Cost.), nell'esercizio della quale il legislatore centrale può istituire e disciplinare il potere (amministrativo) d'ordinanza dei Presidenti di Regione,

⁴ Nello specifico, vengono soprattutto in rilievo gli artt. 1, 2 e 3 del decreto legge n. 19 del 2020 (convertito in legge n. 35 del 2020), nonché l'art. 1, commi 16 ss., del decreto legge n. 33 del 2020 (convertito in legge n. 74 del 2020).

⁵ I commenti a questa fondamentale decisione sono già numerosi. Tra gli altri: A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*, in Osservatorio costituzionale AIC, 4/2021; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, paper del 21 aprile 2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, 1/2021; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, 2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021; C. NEGRI, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni*, cit.

⁶ Con cui la Corte costituzionale, prima di giungere alla sentenza di merito n. 37 del 2021, ha per la prima volta esercitato il proprio potere cautelare. Sul punto, v. i commenti di P. VIPIANA, *Sospesa per la prima volta l'efficacia di una legge, a quasi diciotto anni dall'introduzione del potere di sospensiva nei giudizi in via principale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, 10/2021; A. LO CALZO, *La “parsimonia cautelare” della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica*, in Osservatorio costituzionale AIC, 3/2021.

risolve solo alcuni aspetti delle problematiche affrontate, oltre a esporsi a diverse critiche – già sollevate dalla dottrina⁷ – circa l'univoca riconducibilità alla sola materia della profilassi internazionale, con esclusione di tutti gli altri titoli di competenza, fra cui, ad esempio, la tutela della salute.

2. L'emergenza nella Costituzione: la decretazione d'urgenza e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni

Prima di affrontare la questione del fondamento costituzionale del potere d'ordinanza regionale, occorre anzitutto prendere le mosse dal rilievo attribuito all'emergenza nella Costituzione italiana, su cui la dottrina ha ampiamente dibattuto, escludendo l'esistenza di una clausola generale sull'emergenza⁸. In merito, sembra plausibile sostenere che, mentre non vi è alcuna disciplina dello stato di emergenza in rottura⁹ (seppur temporanea) con l'ordinario assetto costituzionale disegnato dalla Carta, vi è però una fonte del diritto primaria – il decreto legge – i cui presupposti sono destinati a includere dentro di sé anche l'emergenza.

Tale differenza appare fondamentale, in quanto secondo la Costituzione il ricorrere di un'emergenza non giustifica in alcun senso l'instaurazione di un ordinamento parallelo e temporaneamente delimitato riconducibile allo schema della dittatura commissariale¹⁰. La Carta non ammette pertanto alcuna deroga strutturale all'ordinamento giuridico costituito, né dispone che eventuali emergenze in cui risultasse coinvolta la Repubblica possano essere fronteggiate per mezzo di un diverso equilibrio di poteri fra organi dello Stato-apparato¹¹.

L'unico strumento espressamente previsto dalla Costituzione per fronteggiare le emergenze è costituito dalla fonte primaria del decreto-legge, che integra una cosiddetta interferenza funzionale fra poteri dello Stato¹² ma non si spinge sino a configurare una deroga generalizzata motivata dall'emergenza all'equilibrio fra poteri dello Stato, in quanto è in grado di spostare in capo al Governo solo l'esercizio – ma non la

⁷ V. nota 5.

⁸ Nella dottrina più recente, C. NEGRI, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni*, cit., p. 652, nonché I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021; G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020.

⁹ La quale, secondo C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Varese 1962, p. 140 ss., 191-192, ricorre in caso di “modifiche apportate, nelle forme a ciò prescritte, ma rivolte a derogare solo per singole fattispecie a determinate norme, le quali pertanto rimangono in vigore continuando a regolare tutte le altre”.

¹⁰ Secondo la definizione di M. VOLPI, *Libertà e autorità – La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino 2010, p. 24, “si tratta di un potere legittimo e costituito, in quanto previsto e disciplinato dalla Costituzione, che ha come proprio presupposto lo stato di necessità. Sue caratteristiche essenziali sono la temporaneità della carica e l'eccezionalità dei poteri, che possono comportare anche la sospensione delle garanzie costituzionali”. L'elaborazione dottrinale di riferimento è tuttavia sempre rinvenibile in C. SCHMITT, *Die Diktatur*, 1921.

¹¹ Sotto questo profilo, scelte diverse sono state invece compiute in altri Paesi europei, come la Francia e la Spagna. In merito, può rinviarsi alla compiuta ricostruzione svolta da E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza – Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019, p. 152 ss.

¹² Secondo la nota definizione di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 2013, p. 174-175.

titolarità – della funzione legislativa, rimanendo comunque previsto in capo al Parlamento il potere di confermare, o meno, le scelte assunte da quest’ultimo. Sul punto devono essere svolte due osservazioni. La prima, apparentemente di natura meramente semantica, ma invero di sostanza, concerne i presupposti per l’adozione del decreto-legge ai sensi dell’art. 77 Cost., ossia i casi straordinari di necessità e di urgenza. Il concetto di emergenza non è infatti contemplato fra i richiamati presupposti e può, pertanto, essere considerato utile per integrargli quando lo stesso stato di emergenza sia altresì caratterizzato da elementi che abbiano dato luogo a una situazione *straordinaria* per l’ordinamento, da cui sorga *necessariamente e urgentemente* l’esigenza di provvedere con uno strumento legislativo maggiormente duttile.

Questo rilievo potrà apparire pleonastico, in quanto uno stato di emergenza (sanitario, bellico, calamitoso, ecc.) sembra possedere queste caratteristiche *in re ipsa*, ma è utile sottolineare che – in astratto – ciò non può essere dato per scontato, soprattutto laddove l’emergenza cessi di essere un evento imprevisto e diventi piuttosto immanente all’ordinamento. L’esempio, lungi dall’essere così immaginifico, sembra anzi prossimo all’attuale realtà, in cui la pandemia determinata dalla diffusione del virus Covid-19 sta avendo una durata tale da potersi quasi affermare che una situazione straordinaria si stia gradualmente trasformando in una condizione immanente all’ordinamento. Non a caso, il legislatore è attualmente impegnato nell’adozione di misure – più o meno condivisibili – volte a instaurare una nuova convivenza con la pandemia e, quindi, l’istituzione di un nuovo “stato di normalità”¹³ con regole di condotta strutturali e non meramente eccezionali e circoscritte nel tempo (ad esempio, l’utilizzo delle mascherine facciali nei luoghi al chiuso, l’esibizione del c.d. *green pass* per la partecipazione ad alcune attività o per l’accesso in alcuni luoghi, ecc.). Se ne dovrebbe dedurre che col progressivo instaurarsi di questa nuova normalità anche il sistema delle fonti del diritto dovrebbe mutare assetto, nel senso che la decretazione d’urgenza dovrebbe diventare sempre più residuale, salvo che non vi siano improvvise recrudescenze della pandemia tali da integrare nuovamente i presupposti dell’art. 77 Cost.

La seconda osservazione che occorre svolgere riguarda l’indagine sull’ampiezza dell’ambito di applicazione del decreto-legge: più nello specifico, occorre chiedersi se la già richiamata interferenza funzionale sia prevista rispetto alla funzione legislativa statale oppure nei confronti dell’intera funzione legislativa, a prescindere dalla riconducibilità di un dato oggetto alle competenze statali o regionali. Detto in altri termini, bisogna comprendere se la disposizione dell’art. 77 Cost. sia interpretabile nel senso che i casi straordinari di necessità e urgenza che costituiscono il presupposto per l’adozione dei decreti-legge legittimino esclusivamente l’esercizio della funzione legislativa dello Stato da parte del Governo o

¹³ Per un’analisi dello stato di normalità v. il contributo di A. CANTARO, *Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo*, in *Diritto e società*, 2020, p. 223 ss.

giungano persino a giustificare deroghe al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni e, quindi, possano invadere ambiti materiali riservati al legislatore regionale.

Tale ultima opzione interpretativa configurerebbe il decreto-legge come una sorta di fonte di chiusura dell'ordinamento, secondo una tesi in qualche misura già sostenuta in dottrina¹⁴. L'avallo di questa tesi potrebbe fondarsi sull'idea che, essendo il legislatore regionale sprovvisto di fonti primarie idonee a fronteggiare con celerità gli *straordinari casi di necessità e urgenza*, se ne dovrebbe dedurre che il ricorrere di questi ultimi presupposti potrebbe legittimare anche l'invasione dell'ambito materiale riservato alla legislazione regionale, dal momento che la Costituzione, nel contemplare in una sola disposizione i casi straordinari di necessità e urgenza, avrebbe implicitamente riconosciuto che al loro ricorrere il Governo nazionale possa adottare le misure utili a regolare una situazione eccezionale, senza che possano darsi elementi utili a limitare tale esercizio del potere legislativo a seconda della materia coinvolta.

Tuttavia, questa conclusione, condivisibile per certi aspetti, porterebbe con sé la necessaria conseguenza che la deroga al riparto delle competenze fra Stato e Regioni, pur originata da una situazione eccezionale, si stabilizzi nel tempo *sine die*. Infatti, sebbene l'utilizzo del decreto legge richieda la ricorrenza dei su richiamati presupposti, la sua efficacia nel tempo non è in alcun modo legata alla persistenza della situazione che ne ha giustificato l'adozione. Pertanto, la deroga al riparto costituzionale delle competenze sarebbe suscettibile di consolidarsi, minando la rigidità costituzionale delle norme che lo prevedono, che degraderebbero al rango legislativo.

Vi è poi un'altra considerazione che depone nel senso di escludere la configurabilità del decreto legge nel senso di strumento legislativo in grado di derogare al riparto delle competenze costituzionalmente stabilito e cioè che, in tal caso, i presupposti del decreto legge coinciderebbero col suo ambito materiale di applicazione e, dunque, l'art. 77 Cost. finirebbe per integrare una norma sulla competenza. In altri termini, così interpretata, tale disposizione costituzionale, lungi dal rappresentare uno strumento in grado di spostare sul Governo – al ricorrere di determinati presupposti – l'esercizio della funzione legislativa *nazionale*, avrebbe un duplice contenuto normativo, in quanto allo stesso tempo i casi straordinari di necessità e urgenza fungerebbero da presupposti e da oggetto di disciplina del decreto legge. Al Governo (salva successiva ratifica parlamentare) sarebbe allora data la possibilità di disciplinare la medesima situazione straordinaria che funge da presupposto per l'attribuzione della corrispondente funzione costituzionale, a prescindere dal fatto che in via ordinaria una certa materia sia di competenza del legislatore statale o regionale.

¹⁴ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino 2017, p. 343. L'A. riprende la medesima tesi anche in *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., p. 9.

Per questa parte, l'art. 77 Cost. integrerebbe allora le norme costituzionali che prevengono il riparto delle competenze, in quanto potrebbe assumere la funzione di strumento derogatorio dello stesso riparto e, così posta, la situazione eccezionale presupposta finirebbe per integrare una materia attribuita alla competenza del legislatore statale e, per giunta, questa competenza sarebbe chiamata a definire se stessa (o, più esattamente il rispettivo ambito d'incidenza) mediante il proprio esercizio¹⁵, in quanto non vi sarebbe nulla di più vago di un oggetto di disciplina che riguardasse dei non meglio identificati *casi straordinari di necessità e urgenza*.

Nondimeno, una siffatta conclusione proverebbe troppo, in quanto è piuttosto evidente che la norma sul decreto legge non sia suscettibile di una tale interpretazione, per diverse ragioni di ordine sistematico. Anzitutto, come già sottolineato nell'*incipit* di questo contributo, l'approccio del Costituente è stato nel senso di rifuggire qualunque disciplina speciale dello stato di emergenza e si è perciò limitato ad attribuire al Governo un duttile strumento legislativo per esercitare la potestà legislativa *statale*, peraltro rimettendo in ogni caso al Parlamento la valutazione sulla conversione, o meno, in legge delle misure adottate. Dacché deriva che non vi sono elementi in grado di giustificare un'interpretazione dell'art. 77 Cost. nel senso della decostituzionalizzazione delle norme sul riparto di competenze fra Stato e Regioni in caso di situazioni eccezionali.

Inoltre, è anche la *sedes materiae* dell'art. 77 Cost. a escludere questo esito. Tale disposizione è infatti collocata nel Titolo I della Parte II della Costituzione, dedicato alla disciplina del Parlamento e delle sue attribuzioni legislative (non anche di quelle regionali). Nell'ambito del Titolo I, l'art. 77 Cost. si trova poi nella sezione seconda, recante le norme su "*La formazione delle leggi*" e il riferimento esclusivo alle leggi (e agli atti aventi forza di legge) statali è altrettanto evidente.

Infine, si badi nuovamente a quanto già avvertito, e cioè che un meccanismo derogatorio del riparto delle competenze fra Stato e Regioni in situazioni eccezionali avrebbe dovuto per sua natura prevedere una sua efficacia temporalmente delimitata, mentre il decreto legge, una volta entrato in vigore e convertito in legge, si stabilizza e si consolida nella sua efficacia. In senso contrario, a nulla vale osservare che la Corte costituzionale, una volta cessata la situazione eccezionale, potrebbe dichiararne l'illegittimità costituzionale, in quanto sarebbe paradossale affidare a una giurisdizione costituzionale la delimitazione della durata della normativa derogatoria e non all'organo costituzionale deputato ad adottarla (salvo comunque rimanendo anche in tal caso il sindacato della Corte, laddove il Governo travalichi i limiti costituzionali). Laddove l'art. 77 Cost. avesse voluto disporre in tal senso, consentendo rotture momentanee della Costituzione, la disciplina avrebbe dovuto contemplare delle limitazioni temporali di

¹⁵ Pur se riferita ad altro tema del riparto delle competenze, questa espressione risulta calzante anche in questo caso ed è ripresa da A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 2003, p. 21-22.

efficacia, altrimenti si sarebbe surrettiziamente introdotto un procedimento sub-costituzionale di revisione della Carta subordinato al ricorrere di situazioni eccezionali in deroga all'art. 138 Cost.

Né potrebbe invocarsi in tal senso il potere sostitutivo statale, in quanto, sebbene sia già accaduto nella prassi, rimane dubbia la possibilità di esercitarlo con decreto legge¹⁶ e, in ogni caso, il ricorso a questa fonte non presuppone forme di partecipazione regionale in nome del principio di leale collaborazione, come invece vorrebbe l'art. 120 Cost.¹⁷, a meno che la Corte costituzionale non giunga a un'interpretazione simile a quella ormai seguita in riferimento ai decreti legislativi a partire dalla sentenza n. 251 del 2016¹⁸, ma in questo caso tale approdo sarebbe ostacolato dal fatto che il coinvolgimento delle Regioni richiederebbe una procedura tale da contraddire la *ratio* della fonte decreto legge, che riposa sulla particolare urgenza del provvedere e, quindi, difficilmente potrebbe pensarsi a un'evoluzione ermeneutica tale da subordinare la sua adozione al previo parere o alla previa intesa con il sistema delle Autonomie.

Concludendo sul punto, sembrerebbe ragionevole ritenere che la decretazione d'urgenza sia uno strumento insuscettibile di determinare alcuna deroga – per quanto temporanea – al riparto delle competenze tra Stato e Regioni e che, pertanto, il suo utilizzo debba essere circoscritto alle materie attribuite alla competenza legislativa statale esclusiva o concorrente (in quest'ultimo caso limitatamente ai principi fondamentali della materia), anche quando ricorra uno stato di emergenza come quello determinato dalla diffusione del virus Covid-19.

Resta inteso che, nell'esercizio della decretazione d'urgenza rimangono vivi tutti i meccanismi derogatori delle competenze ordinariamente attribuiti al legislatore statale e, pertanto, è per questi ben possibile sfruttare la trasversalità di alcune materie¹⁹ (ad es., se si considera la pandemia, i livelli essenziali delle

¹⁶ Cfr. P. COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *Federalismi.it*, Paper del 9 settembre 2020, p. 14 ss.

¹⁷ Nonostante si esprima a favore dell'esercizio del potere sostitutivo tramite decretazione d'urgenza, questa problematica viene condivisa anche da A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 343. In merito, v. anche G. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli 2004, p. 2008 ss.

¹⁸ Il nuovo orientamento giurisprudenziale ha dato luogo a un ampio dibattito dottrinale: S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *Forum Quad. Cost.*, 2017; A. AMBROSI, «Concorrenza di competenze» e intervento delle Regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo, in *Forum Quad. Cost.*, 2017; E. BALBONI, *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni... e l'intendenza seguirà*, in *Forum Quad. Cost.*, 2017; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017; C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope ... allo specchio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017; P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017; A. POGGI-G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalismi.it*, 2016; G. RIVOSECCHI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi)*, in *Forum Quad. Cost.*, 2017; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *federalismi.it*, 2017.

¹⁹ Tra i tanti contributi in argomento si segnala per l'approccio sistematico G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 461 ss.

prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), l'espansione – ampiamente avallata dalla Corte costituzionale – dei principi fondamentali della materia in caso di potestà concorrente²⁰ (ad es., tutela della salute) e l'attrazione in sussidiarietà²¹.

Alla luce della disamina sin qui compiuta, è possibile affermare che al livello di fonti primarie la Costituzione non consentirebbe l'intervento della decretazione d'urgenza in materie di spettanza regionale, salva rimanendo la possibilità di attivare i consueti meccanismi derogatori del riparto delle competenze. Ne consegue che, esclusa quest'ultima parte, l'ordinamento costituzionale non offre strumenti legislativi d'urgenza per la regolazione delle materie di competenza regionale.

3. Le competenze in materia di protezione civile e di tutela della salute come indirette contemplazioni dello stato di emergenza nella Costituzione e fondamenti giuridici delle ordinanze contingibili e urgenti

Ciò che residua in capo alle Regioni per fronteggiare uno stato di emergenza sono le ordinanze contingibili e urgenti, ammesse nel nostro ordinamento secondo l'elaborazione ormai consolidata fornita dalla giurisprudenza costituzionale alla luce delle disposizioni costituzionali²², maturata in riferimento alle ordinanze contingibili statali ed estensibile anche a quelle regionali.

Come accennato nell'*incipit* del presente lavoro, occorre anzitutto chiedersi se le ordinanze contingibili e urgenti, che sono in grado di derogare alla legge in particolari situazioni, godano di un fondamento costituzionale. A questo proposito, sarebbe utile riflettere sull'ulteriore espansione dell'interesse sempre suscitato da questa tipologia di atti in dottrina proprio alla luce dell'emergenza pandemica, che ha determinato un loro copioso utilizzo e stimolato ulteriormente l'indagine rispetto ad esse.

Invero, se fino ad oggi si è prevalentemente discusso dei limiti costituzionali alle ordinanze contingibili, sarebbe forse il caso di riflettere sul *prius* logico dei predetti limiti e, cioè l'eventualità che – prima ancora – quest'ultime abbiano un fondamento costituzionale. D'altronde, non è limitabile ciò che è del tutto

²⁰ Cfr. F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma regionale 2001-2011*, p. 287 ss.

²¹ Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003, su cui si vedano le osservazioni sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale* di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, p. 2782 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, p. 2791 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, p. 2805 ss.

²² In riferimento ai limiti di compatibilità delle ordinanze contingibili nel quadro costituzionale repubblicano, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 8 del 1956 (commentata da V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. It.*, 1956, 1, p. 863 ss.; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 994 ss.); 26 del 1961 (su cui, nuovamente, V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di p.s. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 886 ss., nonché C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 t.u.p.s. come testo legislativo*, *ivi*, p. 898 ss.); 4 del 1977 (su cui L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritti di sciopero*, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 258 ss.). Si veda inoltre la sentenza n. 418 del 1992, avente ad oggetto la legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, unitamente alla sentenza n. 127 del 1995.

inammissibile, mentre è limitabile (costituzionalmente) ciò che è (costituzionalmente) ammissibile. Pertanto, il fatto che si ponga il problema dei limiti costituzionali al potere d'ordinanza comporta un'implicita affermazione della loro ammissibilità costituzionale e, dunque, un loro fondamento giuridico nella Carta.

A ben vedere, la problematica irrisolta posta dalle ordinanze contingibili è costituita dal fatto che si tratta di atti amministrativi in grado di derogare alla legge in ragione di una presupposta disposizione di legge che tuttavia non individua il possibile contenuto dell'atto, il quale è perciò definito atipico, in quanto "aperto" alle disparate ipotesi di emergenza che potrebbero avvenire e dunque non previamente definibile nei contenuti che dovrà assumere.

L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sorta intorno a questa categoria di atti è massimamente pregevole, ma si scontra sempre con un dato ineluttabile: se nel vigore dello Statuto albertino le ordinanze contingibili potevano dirsi pacificamente ammesse in ragione del solo fatto di essere previste da una legge ordinaria, come tale potenzialmente derogatrice della costituzione flessibile di allora, nel vigore dell'ordinamento repubblicano dotato di una costituzione rigida, che contempla l'istituto della riserva di legge e, seppur indirettamente, il principio di legalità, le ordinanze contingibili rappresentano senz'altro una componente problematica nel nostro sistema delle fonti, che però tale non sarebbe ove si rinvenisse un loro fondamento costituzionale.

Se le ordinanze contingibili potessero agganciarsi a un fondamento costituzionale, la contraddizione appena richiamata fra un sistema di costituzione rigida con un numero chiuso di fonti primarie e un atto amministrativo in grado di derogare agli atti aventi forza di legge risulterebbe risolta, in quanto si dovrebbe ammettere che tale deroga al principio di legalità in senso sostanziale sarebbe implicitamente ammessa dalla Carta e allora il principale problema dogmatico potrebbe dirsi superato.

Risulta ormai pacifico che tale fondamento non sia rinvenibile nella "necessità" come fonte del diritto²³, in quanto ciò esporrebbe l'ordinamento a rischi che la Costituzione vuole invece implicitamente, ma chiaramente, rifiutare quando utilizza il concetto di necessità quale presupposto della decretazione d'urgenza, rendendo così indirettamente chiaro che quella è l'unica funzione che il Costituente ha scelto di attribuire alla necessità, escludendo tutte le altre.

Peraltro, la necessità costituirebbe un (debole) fondamento extra-giuridico dei provvedimenti emergenziali, mentre più appropriato sarebbe pensare a una base giuridica positiva esplicita o, quanto meno, agevolmente deducibile dal sistema.

²³ Sul punto, vale la pena richiamare la tesi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Encicl. Dir.*, XI, Milano 1962, p. 841 ss. V. inoltre C. LAVAGNA, *Inammissibilità di decreti-legge regionali*, in *Studi in onore di E. Crosta*, II Milano 1960, p. 1112; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino 1979, p. 329 s.; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti legge*, Milano 1970, p. 138 ss.

In tal senso, la riforma del Titolo V del 2001 fornisce alcuni appigli testuali da non sottovalutare, se interpretati alla luce del corretto criterio ermeneutico e, nello specifico, del criterio storico-normativo²⁴, il quale postula che i concetti giuridici assunti dalla Costituzione (o dalle sue revisioni) nel definire il riparto delle competenze coincidano con i significati che essi assumono nella legislazione ordinaria ad essa previgente. È bene poi ricordare che tale criterio non si porrebbe in contraddizione con la rigidità costituzionale nella misura in cui risulterebbe impermeabile alle c.d. sopravvenienze normative e, pertanto, le modifiche della legislazione ordinaria non implicherebbero un'espansione o riduzione del corrispondente concetto giuridico adottato a livello costituzionale. Il criterio storico-normativo accoglie invece le c.d. sopravvenienze effettuali, cioè quelle modifiche della realtà materiale (alla luce di nuove situazioni o nuovi fatti) non conosciuti al momento dell'adozione della Costituzione (o della sua revisione) e che, pertanto, potrebbero entrare a far parte del concetto giuridico utilizzato non per scelta del legislatore ordinario, ma in ragione di sopravvenute circostanze di fatto.

In tal senso, la revisione costituzionale del 2001 contempla nel nuovo riparto delle competenze fra Stato e Regioni dell'art. 117 Cost. alcune materie che, nella legislazione ordinaria dell'epoca, già includevano misure emergenziali e, nello specifico, l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti in situazioni eccezionali. In particolare, ci si riferisce alla materia della "protezione civile", attribuita alla potestà concorrente fra Stato e Regioni, che per sua stessa natura implica poteri speciali di ordinanza, per giunta espressamente previsti all'epoca della riforma costituzionale dall'art. 5 della legge n. 225 del 1992 (recante "Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile"²⁵), la quale contemplava il potere di emettere ordinanze in deroga alla legge in capo sia allo Stato che alle Regioni, alle Provincie e ai Comuni (artt. 12, 13, 14 e 15).

Un ragionamento non dissimile può essere applicato alla materia della tutela della salute in riferimento alla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge n. 833 del 1978), il cui art. 32 prevede un potere di ordinanza in deroga alle disposizioni vigenti per ragione di igiene e sanità pubblica in capo al Ministero della Salute (o al Presidente della Regione o al Sindaco) ampiamente utilizzato nel corso dell'emergenza pandemica. Anche in tal caso il legislatore costituzionale della revisione del 2001 pre-conosceva tali poteri di ordinanza e, pertanto, si può ritenere che li includesse nella nozione di "tutela della salute" utilizzata

²⁴ Debitore della *Versteinerungstheorie* austriaca. Nella dottrina italiana, è sostenuto da A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974, p. 117 ss.; S. MANGIAMELLI, *Le materie di competenza regionale*, Giuffrè, Milano 1992, 103 ss. *Contra*, almeno parzialmente, L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amm.*, 1971, III, p. 5: "non è decisiva (...) quella forma d'interpretazione sistematica, per cui l'oggetto di ogni materia dovrebbe corrispondere alle definizioni legali, ricavabili dall'intero ordinamento giuridico statale. A molti effetti ed in molte circostanze, il criterio 'legislativo' di determinazione delle materie regionali è solo parzialmente utile, se non del tutto inservibile, o rappresenta esso stesso una fonte di problemi".

²⁵ Tale legge è ormai abrogata per effetto dell'entrata in vigore del Codice della protezione civile contenuto nel d.lgs. n. 1 del 2018.

nell'attuale formulazione dell'art. 117 Cost. per delineare un'altra materia attribuita alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

Sempre in connessione alla materia della tutela della salute è ancor più esplicito ed evidente il collegamento fra il concetto utilizzato nell'art. 117 Cost. e il potere di ordinanza sindacale previsto in un Capo del d.lgs. n. 112 del 1998 espressamente dedicato alla “tutela della salute” (art. 117), nell'ambito della c.d. riforma Bassanini (anche detta del federalismo a costituzione invariata), che – si può dire – abbia in qualche modo “preparato” esattamente la revisione costituzionale del 2001 e che, pertanto, non può non essere tenuta in considerazione nella definizione della materia definita a livello costituzionale con la “etichetta” di tutela della salute.

Potrebbero poi richiamarsi le ordinanze contingibili di cui agli artt. 50 e 54 T.U.E.L. (d.lgs. n. 267 del 2000), anche essi anteriori alla riforma costituzionale del 2001. Il primo prevede ancora una volta ordinanze in deroga alla legge per motivi di igiene e sanità pubblica adottabili dal Sindaco e dal Presidente della Provincia e perciò risulta nuovamente in connessione con la materia della salute; la seconda disposizione contempla invece ordinanze in materia di pubblica sicurezza che il Sindaco può emettere in qualità di ufficiale del Governo e, in tal caso, il criterio storico normativo risulterebbe utilizzabile nei confronti della materia dell'ordine pubblico e della sicurezza di cui alla lett. h) dell'art. 117, comma 2, Cost., attribuita alla competenza legislativa esclusiva statale, alla quale spetta pure di disciplinare le funzioni degli enti locali (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.) e, pertanto, la scelta allocativa effettuata dal T.U.E.L. risulta perfettamente in linea con questo combinato disposto.

Infine, il ragionamento sarebbe applicabile anche alla competenza legislativa in materia di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q) Cost.), che non può non implicare norme di rango primario che abilitino ordinanze di necessità e urgenza volte a garantire degli *standards* di profilassi idonei a tutelare la sicurezza degli spostamenti di persone e beni e, in tal senso, il già menzionato art. 32 della legge n. 833 del 1978, che conferisce al Ministro della Salute il potere (ampiamente utilizzato durante la pandemia) di emettere ordinanze in deroga alla legge per motivi di igiene e sanità potrebbe essere inteso come altresì riconducibile a tale titolo competenziale (oltre che alla materia della tutela della salute), in quanto questi atti potrebbero venire in rilievo per regolare situazioni di portata sovranazionale e, quindi, per limitare quegli spostamenti che implicino l'attraversamento dei confini nazionali.

In sostanza, ciò che si vuol dimostrare è che il legislatore costituzionale del 2001, presupponendo nella regolazione del riparto delle competenze fra Stato e Regioni delle nozioni giuridiche tali da includere anche l'adozione di ordinanze contingibili, ha implicitamente ammesso la loro esistenza nell'ordinamento costituzionale, fornendogli un fondamento costituzionale che sino ad allora poteva ancora dirsi dubbio o che doveva comunque dedursi in modo sistematico e non direttamente dalla lettera della Costituzione.

Il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili sarebbe perciò implicitamente rinvenibile nella Costituzione nell'art. 117 Cost., nella misura in cui, nel definire il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, utilizza per la denominazione degli ambiti materiali di legislazione concetti e nozioni giuridicamente definibili sulla base del criterio storico normativo, in applicazione del quale vi si possono altresì includere questa particolare categoria di atti amministrativi abilitati a derogare la legge.

Il rinvenimento del fondamento costituzionale (anziché legislativo) di siffatte ordinanze le sottrae a un evidente circolo vizioso da cui anche le elaborazioni più pregevoli non possono rimanere indenni. Infatti, senza la ricerca di un loro appiglio alla Carta, qualunque argomentazione si voglia utilizzare per motivare la loro compatibilità con la Costituzione non può sfuggire all'obiezione logica secondo cui rimarrebbe comunque inspiegato il motivo per cui le ordinanze contingibili, che debbono soggiacere al principio di legalità in senso sostanziale e, quindi, rispettare i disposti normativi di rango primario, potrebbero tuttavia derogare a quest'ultimi.

Nell'ordinamento pre-repubblicano, come si è accennato, il problema non si poneva, in quanto ogni nuova legge, essendo di pari rango rispetto allo Statuto albertino, era suscettibile di fare da fondamento costituzionale all'ordinanze contingibili. Invece, nell'attuale ordinamento costituzionale, per sostenere la loro compatibilità con la Costituzione, occorre rinvenire un'esplicita base costituzionale delle ordinanze in deroga alla legge, affinché si possa rinvenire una norma gerarchicamente sovraordinata alla legge che implicitamente consenta deroghe limitate al principio di legalità in senso sostanziale (deducibile da varie norme della Carta, fra cui l'art. 97 Cost. e le disposizioni che prevedono la riserva di legge), che altrimenti risulterebbe soggetto a una – seppur “tollerata” – violazione *de facto*, non previamente supportata da alcuna norma di rango costituzionale.

Invece, la possibilità di affermare la coesistenza a livello costituzionale della previsione del principio di legalità (che abiliterebbe gli atti amministrativi a provvedere esclusivamente nel senso voluto dalla legge e non in sua deroga) e del fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili implicherebbe la conseguente giustificazione logica della deroga al principio di legalità e introdurrebbe la possibilità di svolgere una ponderazione fra le ragioni dello stato di normalità e dello stato di emergenza, in cui entrambi i piatti della bilancia si porrebbero sul piano costituzionale.

In bilanciamento con gli altri principi costituzionali che vi fungono da limite (già oggi adottati dalla giurisprudenza costituzionale²⁶) sarebbe allora possibile sindacare, da un lato, l'esercizio della competenza legislativa nella previsione delle ordinanze contingibili (riconducibili alle materie della protezione civile, della tutela della salute o dell'ordine pubblico e sicurezza) dinanzi alla Corte costituzionale e, dall'altro

²⁶ V. nota 22.

lato, l'esercizio concreto della competenza amministrativa scaturente dalle norme adottate sulla base dei predetti titoli competenziali dinanzi alle giurisdizioni ordinaria e amministrativa.

4. Chi è il legislatore competente ad allocare e disciplinare il potere d'ordinanza in deroga alla legge?

Nell'accezione sin qui declinata alcune norme che disciplinano il riparto delle competenze avrebbero una duplice funzione: per un verso, conferire al legislatore la possibilità di disciplinare il potere d'ordinanza, dando un fondamento costituzionale alle deroghe che esse comportano al principio di legalità in senso sostanziale; per altro verso, individuare il legislatore – statale o regionale – competente a disciplinare tale potere.

In tal senso, i titoli di competenza “aperti” alla previsione legislativa delle ordinanze contingibili risultano ascrivibili a categorie differenti: ad esempio, la profilassi internazionale e l'ordine pubblico e la sicurezza sono attribuiti alla competenza esclusiva statale e, pertanto, non vi è spazio alcuno per l'intervento del legislatore regionale. Ciò non esclude che le previsioni legislative nazionali contemplino il potere d'ordinanza in capo a soggetti diversi dal Governo, se si considera che il riparto delle competenze amministrative di cui all'art. 118 Cost. non contempla più il principio del parallelismo fra quest'ultime e le competenze legislative. In questi ambiti materiali, spetta quindi al legislatore statale allocare il potere d'ordinanza conformemente ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, come peraltro già risulta nella legislazione vigente, se si considera che, ad esempio, in materia di ordine pubblico e sicurezza, oltre ai poteri prefettizi di cui all'art. 2 del T.U.L.P.S. (R.D. n. 773 del 1931), sono altresì previste le ordinanze sindacali già menzionate di cui all'art. 54 del T.U.E.L. (D.lgs. n. 267 del 2000), quando la situazione che le determina abbia un'estensione e una rilevanza circoscritta entro i limiti del corrispondente territorio comunale.

Dal canto proprio, le competenze in materia di tutela della salute e di protezione civile sono comprese nelle competenze legislative concorrenti fra Stato e Regioni e pertanto, pur con i limiti dei principi fondamentali dettati dalle disposizioni nazionali di rango primario, sarebbe teoricamente ammesso anche l'intervento del legislatore regionale, come peraltro già avviene. Infatti, una volta posti i principi fondamentali della materia da parte della normativa nazionale, le Regioni sono competenti a disciplinare la disciplina di dettaglio, fra cui anche quella delle ordinanze contingibili e urgenti e vi sono già esempi in tal senso²⁷.

²⁷ A mero titolo esemplificativo, in riferimento alla competenza in materia di protezione civile, si può fare riferimento alla L.R. Toscana n. 58 del 2020 (recante “Sistema regionale della protezione civile e disciplina delle relative attività”), il cui art. 26 detta norme sulle ordinanze in deroga alla legislazione regionale, e per quanto concerne la tutela della salute si può menzionare la L.R. Lombardia n. 33 del 2009 (recante “Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità”), dove pure è contemplato il potere d'ordinanza (art. 127).

In tal caso, l'attribuzione e la disciplina delle funzioni amministrative dovrebbero seguire i principi di cui all'art. 118 Cost. e, pertanto, già in nome del principio di adeguatezza, appare evidente che l'adozione delle misure volte a gestire situazioni emergenziali di natura tale da travalicare i confini del singolo Ente locale o della Regione debba avvenire da parte dell'organo superiore. Ciò già avviene nella legislazione citata su entrambe le materie, in cui si distinguono azioni nazionali, regionali e locali. Resta inteso che, in particolari situazioni, nulla esclude l'applicazione del principio di sussidiarietà e, quindi, l'attrazione delle funzioni amministrative d'urgenza al livello superiore, purché nel loro esercizio sia altresì assicurato il rispetto del principio di leale collaborazione.

Pertanto, alla luce della ricostruzione sin qui svolta, può affermarsi che, in virtù del criterio storico-normativo, le funzioni amministrative volte all'adozione di ordinanze in deroga alla legge siano implicitamente ammesse dalle norme costituzionali che prevedono il relativo titolo competenziale (pur se limitate dai principi costituzionali ampiamente espressi dalla giurisprudenza costituzionale) e che le norme primarie che devono disciplinarle soggiacciono alle stesse e, pertanto, non può in linea di principio dirsi escluso l'intervento del legislatore regionale per le materie rimesse alla potestà concorrente. La loro allocazione e la loro disciplina deve poi avvenire conformemente ai principi di cui all'art. 118 Cost. e, rispetto a tale assetto l'adozione di decreti legge non è di per sé in grado di determinare deroghe al sistema di riparto delle competenze, pur essendo sempre ammessa – anche per mezzo della decretazione d'urgenza – l'attrazione in sussidiarietà delle stesse.

5. Considerazioni conclusive sugli approdi della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 in materia di riparto delle competenze per l'adozione delle misure di contrasto alla pandemia

La conclusione a cui giunge la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021, secondo cui la gestione della pandemia determinata dalla diffusione del virus Covid-19 è riconducibile alla sola materia della profilassi internazionale sembra provare troppo, oltre a essere ultronea rispetto al risultato che si vorrebbe far derivare da tale sussunzione. Infatti, a ben vedere, l'integrale riconduzione della gestione della pandemia in quest'unico titolo competenziale non corrisponde alla realtà materiale, visto che vi sono palesi profili di tutela della salute che non possono rimanere in secondo piano, oltre ad esporsi a un'agevole obiezione e cioè che l'aggettivazione della materia ("internazionale") suggerisce univocamente che essa viene in rilievo per tutte quelle attività o situazioni che implicino un passaggio di confine e, quindi, un rilievo – appunto – internazionale delle misure necessarie per contenere il contagio. A mero titolo esemplificativo, appare piuttosto complesso ricondurre alla profilassi internazionale la possibilità (prevista ed effettivamente esercitata nel corso degli ultimi mesi) che i Presidenti di Regione possano

aggravare le misure restrittive in singoli Comuni o Province, quanto meno perché il collegamento del provvedimento al suo effetto ultra-nazionale risulta piuttosto debole.

In senso opposto, la Corte rileva che *“ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all’ambito di competenza locale, (ha) un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali”*²⁸.

Tuttavia, subito appresso e in altri punti della decisione, si invoca soprattutto la necessità del “coordinamento unitario” della gestione della pandemia, considerando che sia questo il valore fondamentale, logico prima ancora che giuridico, che giustificerebbe la competenza legislativa statale, ma il riconoscimento di un intreccio di competenze, statali e regionali, non avrebbe minimamente indebolito in alcun modo l’esercizio delle prerogative statali, né il coordinamento unitario richiamato dal giudice delle leggi.

Infatti, l’eventuale riconoscimento di un intreccio di competenze in materia (profilassi internazionale, tutela della salute, protezione civile, ecc.) non sarebbe stato d’impedimento all’applicazione del principio di sussidiarietà come strumento ascendente di spostamento delle funzioni (amministrative e legislative) e, quindi, al conseguimento dell’auspicato coordinamento unitario²⁹.

Per giunta, la disciplina emergenziale concretamente adottata dal legislatore nazionale³⁰, lungi dal porsi nel senso di voler escludere radicalmente il coinvolgimento regionale, prevede piuttosto ampi spazi per le Regioni, sia nel senso del loro previo parere per l’adozione delle misure nazionali (Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e Ordinanze del Ministro della Salute), sia nel senso della previsione del loro intervento per l’adozione di misure restrittive territorialmente circoscritte.

La Corte costituzionale ha perciò ricondotto la gestione della pandemia a un titolo esclusivo di competenza statale, pur in presenza di evidenti aspetti sussumibili sotto altri titoli competenziali e, soprattutto, nonostante l’approccio seguito dallo stesso legislatore nazionale, che tende a coinvolgere le Regioni, anziché escluderle.

²⁸ Sentenza n. 37 del 2021, *Considerato in diritto*, par. 7.1.

²⁹ Cfr. A. D’ATENA, *L’impatto dell’emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit.: “qualora sussista la necessità di centralizzare gli interventi, tutti i poteri necessari possono spostarsi a livello nazionale: le competenze amministrative, per effetto della ‘chiamata in sussidiarietà’, e le competenze legislative, per effetto della ‘attrazione in sussidiarietà’” (p. 6); “Lo Stato (...) avrebbe avuto (ed ha) tutti gli strumenti necessari ad assumere direttamente il governo dell’emergenza. E questo – si badi – anche senza bisogno di invocare la sua competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale” (p. 15).

³⁰ V. nota 4.