



6 APRILE 2022

Stato di emergenza e legalità  
costituzionale alla prova della  
pandemia

di Ornella Spataro

Professoressa associata di Diritto costituzionale  
Università degli studi di Palermo



# Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia\*

**di Ornella Spataro**

Professoressa associata di Diritto costituzionale  
Università degli studi di Palermo

**Abstract [It]:** La necessità di delineare una relazione giuridicamente soddisfacente tra emergenza e legalità costituzionale ha accompagnato l'evoluzione del diritto pubblico, ponendo questioni non del tutto risolte. Il dibattito sul tema è tornato in auge con l'emergenza pandemica, in relazione alle problematiche connesse alle misure di contenimento. Lo scritto ripercorre la relativa vicenda, anche alla luce della chiave di lettura offerta dalle sentenze che la Corte costituzionale ha pronunciato, in particolare relativamente all'equilibrio territoriale dei poteri emergenziali e alle fonti normative con cui detti poteri si sono espressi.

**Title:** State of emergency and constitutional legality to the test of the pandemic

**Abstract [En]:** The need to outline a satisfactory relationship between emergency and constitutional legality has accompanied the evolution of public law, posing questions that are not fully resolved. The debate on the issue is back in vogue with the pandemic emergency, in relation to the issues related to containment measures. The paper traces the related matter, also in light of the interpretation offered by the judgments that the Constitutional Court has pronounced, in particular in relation to the territorial balance of emergency powers and the system of sources of law.

**Parole chiave:** stato di eccezione, stato di emergenza, legalità costituzionale, diritti fondamentali, fonti del diritto

**Keywords:** state of exception, state of emergency, constitutional legality, fundamental rights, sources of law

**Sommario:** 1. Premessa. La questione dei poteri emergenziali in epoca pre-repubblicana e la teoria dello stato di eccezione. 2. Alla ricerca del fondamento costituzionale dei poteri di emergenza. Il dibattito in Assemblea costituente e il rifiuto dell'eccezione. 3. L'ordinamento dinanzi alla pandemia da Covid-19: eccezione o emergenza? 4. Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza e il sindacato della Corte costituzionale. 4.1. Segue. La sentenza n. 198 del 2021. 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa. La questione dei poteri emergenziali in epoca pre-repubblicana e la teoria dello stato di eccezione

La teoria dello "stato di eccezione" ha connotato storicamente l'evoluzione del diritto pubblico, e, tutt'oggi, continua ad identificare un banco di prova per il costituzionalismo democratico. Essa si colloca ai margini dell'ordinamento giuridico, segnando il confine ultimo tra autorità e libertà in situazioni estreme, tali da richiedere un uso del potere che trascende i limiti costituiti. E' in questi casi che l'*extrema ratio* della necessità apre la strada all'eccezione, ovvero a forme di esercizio del potere che travalicano i tentativi del costituzionalismo di regolarlo attraverso gli strumenti del diritto: in una situazione di particolare gravità, non prevista né prevedibile, l'eccezione impone ai titolari del potere di tutelare

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

l'ordinamento uscendo da esso, cioè agendo secondo criteri che esulano dal rispetto delle leggi o della Costituzione, per guardare solo all'adeguatezza rispetto alle circostanze di fatto, e, dunque, all'obiettivo di superare l'emergenza. In quest'ottica è evidente come l'eccezione sottenda una dimensione di assolutezza del potere, secondo la nota formula per cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», proprio perché «decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa.»<sup>1</sup>.

Si tratta di un paradigma controverso, che conobbe particolare fortuna nei primi anni del '900, quando costituì il fulcro del dibattito teorico tra due dei massimi pensatori del secolo, collocati, nella Germania di Weimar, “ai lati opposti delle barricate”: Walter Benjamin<sup>2</sup> e Carl Schmitt<sup>3</sup>. Mentre per Benjamin la violenza rivoluzionaria che conduce all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico è violenza pura<sup>4</sup>, non riconducibile alla dimensione del diritto, Schmitt configura lo stato di eccezione come elemento di collegamento tra forza e diritto, dando una giustificazione teorica alle fasi di anomia, ovvero alla sospensione del diritto da parte del potere statale.

Lungi dall'aver una mera rilevanza storica, la teoria in questione continua ad esprimere una particolare forza suggestiva, riemergendo ciclicamente ogniqualvolta si configuri un contesto fattuale caratterizzato da straordinarietà o emergenzialità. Ad esempio, il tema è tornato in auge agli albori del nuovo millennio, in relazione alle problematiche connesse alle misure emergenziali adottate da molti Paesi occidentali contro il terrorismo internazionale<sup>5</sup>; dal 2020, come è noto, esso è tornato al centro dell'attenzione non

---

<sup>1</sup> C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), trad.it. della III ed. (1964), Roma-Bari 1975, pp. 33-34. V. anche Id., *Teologia politica* (1922). In argomento, v. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003

<sup>2</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* (1921), Roma 2010, p. 57. La critica della violenza da parte di Benjamin è ricostruita da J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, 2010, p. 63 e ss. e *Ibidem*, *Nome di Benjamin*, p. 135, come violenza «sovrana». V. anche J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quodlibet, Macerata, 1996, p. e ss.

<sup>3</sup> V. E. REDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema* 7/2/2016.

<sup>4</sup> V. la lettura proposta da J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit.

<sup>5</sup> V. S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà dello Stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2005; A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine, (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005; A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014, 544, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

solo dottrinale, ma anche mediatica<sup>6</sup>, in relazione alle misure adottate dal Governo per fronteggiare il dilagare dell'epidemia da Covid-19<sup>7</sup>.

In particolare, guardando all'ordinamento italiano, i precedenti storici che maggiormente hanno contribuito a connotare il dibattito giuridico sul rapporto tra emergenza ed eccezione risalgono all'epoca pre-repubblicana: l'impostazione prevalente faceva capo alle teorizzazioni di Santi Romano, per il quale l'esercizio di poteri straordinari, contrari alle leggi o anche alla Costituzione, era giustificabile in nome della finalità di garantire la sopravvivenza dell'ordine politico, economico e sociale costituito.

Per Santi Romano la necessità si impone come la fonte originaria del diritto, da cui traggono origine lo Stato stesso e il relativo ordinamento costituzionale<sup>8</sup>: lo stato di eccezione, pur promanando da un provvedimento extra legale perchè non previsto da norme positive<sup>9</sup>, in quanto espressione della necessità può istituire un ordine giuridico pienamente valido.

L'emergenza veniva ricondotta a situazioni di eccezionale necessità, dinanzi alle quali, per garantire la sicurezza e l'incolumità dei cittadini, si ricorreva all'adozione delle ordinanze contingibili ed urgenti o alla dichiarazione dello stato di assedio; in un simile contesto era concepibile anche l'uso indiscriminato della forza pubblica. Quest'ultima la soluzione adottata in occasione della sanguinosa repressione dei tumulti del 1898 da parte del generale Bava Beccaris, nonché in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908, con l'applicazione, in entrambi i casi, del codice penale militare di guerra e il passaggio della giurisdizione penale ai tribunali militari<sup>10</sup>. Lo stato d'assedio, come «assetto eccezionale al quale un territorio è sottoposto temporaneamente per superare condizioni di turbativa sociale, mediante

---

<sup>6</sup> V., in particolare, G. AGAMBEN, in *Quodlibet, Una domanda*, in *Una voce*, del 14 aprile 2020, che rimprovera ai giuristi di avere abiurato al loro mestiere tacendo dinanzi ai provvedimenti adottati per fronteggiare la pandemia, nei quali ravvisa i segni dell'introduzione di uno stato di eccezione permanente in senso schmittiano. Nelle *Nuove riflessioni* del 22 aprile 2020 insiste sull'abolizione «di fatto» del principio della divisione dei poteri per effetto dei decreti d'urgenza del Governo.

<sup>7</sup> Il 30 gennaio l'O.M.S. annuncia "l'emergenza sanitaria globale" causata dal COVID-19. Il giorno dopo il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiara lo stato d'emergenza con decreto: seguono ulteriori decreti-legge e dpcm volti a contrastare la diffusione del virus con restrizioni delle libertà personali dei cittadini, dapprima nei territori direttamente colpiti, poi in tutta Italia.

<sup>8</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e di stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, p. 362: «la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali».

<sup>9</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 364: «Ci sono norme che non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica l'evenienza cui debbono servire».

<sup>10</sup> Lo stato d'assedio fu proclamato nel 1849 a Genova; nel 1852 a Sassari; nel 1862 in Sicilia; nel 1866 a Palermo; nel 1894 in tutta la Sicilia; nel 1898 nelle Province di Milano, Firenze, Livorno, Napoli; nel 1908 a Messina e Reggio Calabria.

l'estensione dei poteri delle autorità dello Stato e la correlativa restrizione delle libertà dei cittadini»<sup>11</sup>, costituisce una forma storica di realizzazione dello stato di eccezione, cui si ricorre non solo per fronteggiare problemi di ordine pubblico, ma anche per adottare provvedimenti di urgenza in caso di calamità naturali. Pur non essendo espressamente previsto dallo Statuto Albertino, si ritenne inizialmente che tra le prerogative del sovrano vi fosse quella di proclamarlo; successivamente la relativa competenza fu invece avocata al Governo<sup>12</sup>.

Gli stravolgimenti della prima guerra mondiale avvalorarono ulteriormente la *ratio* che ne giustificava l'applicazione<sup>13</sup>. E' in questa fase storica che si afferma, in quasi tutti gli Stati europei, la prassi della legislazione eccezionale di matrice governativa, attraverso l'adozione di decreti di immediata attuazione, sottoposti successivamente a ratifica parlamentare, che trovano il loro fondamento normativo nella necessità come fonte del diritto<sup>14</sup>; ed è sempre in questa fase storica che si palesa, più in generale, la tendenza del potere esecutivo ad avvalersi dell'eccezione per tradurla in regola, imprimendo torsioni autoritarie all'ordinamento in nome della necessità: essendo per definizione svincolata da regole, la situazione di eccezione evoca l'esercizio di poteri che, non essendo disciplinati, finiscono con l'esprimere assolutezza.

L'elaborazione teorica dello stato di eccezione, con il relativo dibattito filosofico-giuridico, si consolida tra la prima e la seconda guerra mondiale. La prima formulazione si deve a Carl Schmitt nel 1921<sup>15</sup>. Tra

---

<sup>11</sup> P. G. GRASSO, *Figure di stato d'assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, n. 24/1959, p. 328.

<sup>12</sup> Se ne tentò la razionalizzazione col Testo unico di pubblica sicurezza (TULPS) R.D. 773/1931, il quale agli artt. 214-216 disciplinava il c.d. "stato di pericolo pubblico", e con il R.D. 1415/1938, il quale, all'art. 3, estendeva le disposizioni relative alla c.d. "legge di guerra", anche per quei casi definiti di "guerra interna".

<sup>13</sup> «Di fronte all'urgenza dei bisogni, di fronte alla multiforme, più larga e più rapida attività che debbono spiegare, gli organi dello stato hanno bisogno di liberarsi dai vincoli, che gli istituti propri dello stato giuridico loro avevano imposto. Non la norma giuridica che preventivamente determina ciò che in ciascuna categoria di casi deve considerarsi come pubblico interesse e ciò che deve e può farsi per la soddisfazione di esso; ma l'apprezzamento caso per caso di ciò che il pubblico interesse esige per essere soddisfatto; non il sindacato giurisdizionale provocato da un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione per giudicare se l'attività di questa fu o meno conforme al diritto, ma l'insindacabilità, che riduce il lavoro, elimina vincoli e freni, fa risparmiare danaro». Così E. PRESUTTI, *La guerra e il diritto pubblico italiano*, in *La legislazione di guerra: conferenze tenute nell'anno 1015-1916 dai soci Augusto Graziani et al.*, Napoli, Circolo giuridico di Napoli, 1916, p. 104. V. anche A. GRAZIADEI, *I metodi e le responsabilità del Governo nell'impresa libica. Costituzionalismo e finanza*, in *Critica sociale*, 1914, p. 67 e ss.; F. MENICHETTI, *Ideologia e politica nell'età giolittiana*, Pisa 2004, p. 135 e ss.

<sup>14</sup> Per S. Romano la necessità si pone quale «fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate». S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 349. V. anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975-76, t. I, p. 79 e p. 319., t. II, p. 702.

<sup>15</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, 1921, ora nell'edizione a cura di A. Caracciolo, Milano, 2015.

il 1934 e il 1948 il tema attrae l'attenzione di altri giuristi: Friedrich<sup>16</sup>, Rossiter<sup>17</sup>, Tingsten<sup>18</sup>, e ciò è spiegabile alla luce del fatto che in quegli anni trova realizzazione il più eclatante esempio di stato di eccezione: il regime nazista. Seppure con sfumature differenti, tutti gli Autori citati insistono su un medesimo approccio, ovvero affrontano lo stato di eccezione come paradigma di governo ordinario, che tende ad affermarsi attraverso l'espansione di strumenti atti a rafforzare i poteri dell'esecutivo a discapito delle garanzie parlamentari, e, conseguentemente, anche dei diritti dei cittadini. Nella prospettiva considerata, si sostiene che l'equilibrio democratico dei poteri è destinato a funzionare in situazioni di fisiologia dell'ordinamento; qualora, invece, si verifichi una crisi, si rende necessario rafforzare il governo, ricorrendo alla delegazione dei poteri legislativi e alla normazione attraverso decreti amministrativi.

Fu l'applicazione dell'art. 48 della Costituzione di Weimar<sup>19</sup>, con la delega al Cancelliere di ogni potestà normativa e l'abolizione dei vincoli di costituzionalità per la futura legislazione "provvisoria", a consentire l'instaurazione dello "stato di eccezione permanente" nella Germania hitleriana, con la sospensione dei diritti fondamentali di cui agli artt. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 della Costituzione allo scopo di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. Per Carl Schmitt, che si incarica di fornirne la giustificazione scientifica, l'*Ermächtigungsgesetz* rappresenta la "rivoluzione legale" contro il pericolo della frammentazione dell'unità statale in una guerra civile aperta: dinanzi al rischio del pluralismo esasperato, e, dunque, dell'ingovernabilità come emergenza assoluta, il totalitarismo viene proposto come soluzione necessaria. L'art. 48 suddetto non prevedeva limiti temporali alla sua applicazione, e ciò consentì la configurazione di uno stato d'eccezione perenne, con l'instaurazione della dittatura.

Prescindendo dagli esiti storici legati alla vicenda del nazionalsocialismo tedesco, il pensiero di Carl Schmitt continua a costituire un punto di riferimento ineludibile, anche in negativo, ogniqualvolta venga in causa il tema dello stato di eccezione, che per il giurista tedesco ha costituito uno dei capisaldi della sua riflessione teorica. Egli identifica lo stato di eccezione in una condizione di sospensione del diritto, che

---

<sup>16</sup> C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston 1950 (2° ed. riv.; trad. it. *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza). Egli, pur partendo dalla distinzione tra dittatura costituzionale, che tende a preservare l'ordinamento, e dittatura incostituzionale, che mira al rovesciamento dell'ordine costituito, evidenziava il rischio che la legge marziale, lo stato d'assedio o lo stadio di emergenza potessero favorire la trasformazione in regimi totalitari.

<sup>17</sup> C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New York 1948. Per l'Autore le tecniche attuative dello stato di eccezione, cioè la dittatura dell'esecutivo, la delegazione dei poteri legislativi e la legislazione attraverso decreti amministrativi, invece di essere strumenti temporanei e transitori resi necessari da uno stato di emergenza, sono diventati durevoli istituti anche in situazione di pace.

<sup>18</sup> H. TINGSTEN, *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Parigi 1934. L'Autore evidenziava la tendenza all'affermazione dello stato di eccezione come paradigma di governo anche in regimi non autoritari, con l'espansione dei poteri dell'esecutivo a discapito del Parlamento tramite il ricorso a leggi delega.

<sup>19</sup> Art 48 Cost. Weimar «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richiada».

può concretizzarsi nella dittatura, declinata nelle due forme di dittatura commissaria, che tende alla difesa e al ripristino dell'ordine già vigente, o dittatura sovrana, che, invece, è prodromica a costituire un nuovo assetto giuridico<sup>20</sup>. In una successiva elaborazione lo stesso Autore pone un rapporto identitario tra lo stato di eccezione e la sovranità, di cui il primo rappresenta l'espressione più autentica e primigenia.

In entrambe le declinazioni del tema l'operazione schmittiana è orientata a fare dello stato di eccezione un istituto giuridico-costituzionale, traendolo dall'ambito meramente fattuale ed extragiuridico al quale, come situazione di sospensione dell'ordinamento, sarebbe confinato: dinanzi al caos che può derivare dalla debolezza delle istituzioni liberali lo stato di eccezione è visto come ordine superiore, che, a prescindere dal rispetto formale delle leggi, è giuridicamente legittimato dall'autorità politica di chi assume le decisioni, rivestendole della forza di legge, e dall'obiettivo ultimo di mantenere l'unità politica dello stato stesso dinanzi al rischio dell'anarchia.

Dopo l'esperienza weimariana il costituzionalismo ha affrontato il tema dello stato di eccezione non già come paradigma di governo ordinario, ma come situazione temporanea, consentita solo in circostanze talmente gravi da mettere in pericolo la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico, nella quale debbono essere adottate tutte le misure necessarie al superamento della crisi. Solo la condizione di transitorietà consente infatti di affrontare la contraddizione insita nell'idea stessa di stato di eccezione, che sottende la negazione dello stato di diritto vista come strumento ultimo per garantirne la conservazione<sup>21</sup>.

In situazioni di eccezionale gravità la sopravvivenza stessa dell'ordine democratico richiederà l'adozione di misure straordinarie, che chiamano in causa l'esercizio di tutti i poteri necessari a superare l'emergenza, in una concezione sensibilmente diversa da quella schmittiana, che invece trova il suo fulcro nel riconoscimento di pieni poteri in capo al detentore della sovranità. Lo stato di diritto, dunque, cede temporaneamente il passo ad uno stato di eccezione che non è uno stato pleromatico, caratterizzato da un'assolutezza dei poteri di schmittiana memoria, ma, piuttosto uno stato kenomatico: un vuoto di potere, o meglio, un vuoto dell'ordinamento.

Rimane l'ambiguità di fondo che connota lo stato di eccezione e il suo rapporto con la legge: la sua realizzazione postula, infatti, una commistione tra decisione giuridica e decisione politica, per cui

---

<sup>20</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit.

<sup>21</sup> È in questa accezione che Giorgio Agamben ne ha individuato l'archetipo in un istituto del diritto romano: lo *iustitium*. Con tale istituto, il Senato, in caso di concreto pericolo per la Repubblica, emettendo un *senatus consultum ultimum*, poteva sospendere momentaneamente le leggi, affidando ai magistrati un potere illimitato. Giorgio Agamben ci restituisce una peculiare formulazione dello stato d'eccezione, formulandolo come una "figura d'ordine sospeso", ove vige una «forza di legge senza legge». Ne deriva, quindi, un «paradossale istituto giuridico che consiste unicamente nella produzione di un vuoto giuridico». G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003, p. 56; si sottolinea anche la recensione di R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo G. Agamben* in *Diritto e questioni pubbliche*, 2008. Per una critica all'impostazione di Agamben, v. M. VARVARO, *Senatus consultum, ultimum' und Erklärung zum Staatsfeindzwischen Recht, Rhetorik und Politik im spätrepublikanischen Rom*, in P. Buongiorno (a cura di), *Senatus consultum ultimum e stato di eccezione*, Stoccarda, 2020, p. 85.

procedimenti di fatto, di per sé estranei, o addirittura contrari all'ordinamento, vengono assunti all'ambito del diritto, mentre le norme giuridiche degradano a meri fatti. Rimane, cioè, l'apparente paradosso dello stato di diritto che ha bisogno di autosospendersi per preservarsi, ogniqualvolta un'emergenza intervenga ad interrompere il normale corso della vita di un Paese.

Il costituzionalismo democratico ha affrontato tale paradosso distinguendo l'eccezione in senso schmittiano dall'eccezione relativa o emergenza: quest'ultima può derivare da situazioni non previste né prevedibili, dunque *extra ordinem*, mentre le misure adottate per affrontarla devono comunque essere ricondotte alla legalità costituzionale. Il problema concerne, dunque, l'individuazione del fondamento che giustifica l'adozione di misure derogatorie della legislazione vigente, se non anche dei diritti costituzionali. Il termine "emergenza" denota, in linea generale, «situazioni improvvise di difficoltà o pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio, le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale»<sup>22</sup>. Questo significato viene facilmente trasposto in termini giuridici nello "stato d'eccezione", ma tale trasposizione reca con sé tutta l'ambiguità terminologica e semantica propria del sintagma in questione, confondendo i piani del discorso. Tali ambiguità sono ascrivibili all'impossibilità di ricondurre ad omogeneità le situazioni emergenziali, che possono incidere in maniera più o meno pregnante sui diritti costituzionali.

Nella prospettiva schmittiana lo stato di eccezione è posto in una dimensione costituzionale estrema, che rivela la titolarità ultima della sovranità in senso funzionale alla conservazione dell'unità politica del corpo sociale: esso discende dalla *hybris* primigenia connessa al diritto, ed è deciso da chi, ponendosi all'esterno dell'ordinamento vigente (pur appartenendo ad esso), ha il potere di regolare senza essere regolato, di giudicare senza essere giudicato<sup>23</sup>. È una concezione ben lontana dalla configurazione di una eccezione come emergenza temporanea che impone l'instaurazione di un regime giuridico sostitutivo di quello ordinario, incidendo sulla sua efficacia in un dato spazio di tempo, ma non sulla sua vigenza<sup>24</sup>. Laddove l'eccezione assoluta tende a derogare alla legalità costituzionale vigente, causando anche la rottura della Costituzione<sup>25</sup>, quella relativa, che coincide con l'emergenza, vede prevalere l'elemento della transitorietà; essa ha come obiettivo non l'instaurazione di un diverso regime, ma la conservazione dell'ordine esistente e, costituendo un fatto interno all'ordinamento costituzionale, non esula dall'ambito del potere costituito.

<sup>22</sup> Così A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia Treccani*, 1993, *ad vocem*.

<sup>23</sup> V. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione, Homo sacer*, II, 1, Torino, 2003, p. 48 e ss.

<sup>24</sup> Le dottrine del diritto effettivo e del decisionismo, mettendo l'accento sul caso estremo, superano la distinzione fra deroga e sospensione, alla quale Schmitt affianca e talora sovrappone quella fra dittatura sovrana e dittatura commissaria.

<sup>25</sup> V. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *RivistaAic* n. 2/2015.



## 2. Alla ricerca del fondamento costituzionale dei poteri di emergenza. Il dibattito in Assemblea costituente e il rifiuto dell'eccezione

La necessità di delineare una relazione giuridicamente soddisfacente tra emergenza e legalità costituzionale ha accompagnato l'evoluzione del diritto pubblico. Si può dire che è stata sempre presente in dottrina, unitamente alla consapevolezza delle difficoltà che una simile operazione inevitabilmente comporta: basti ricordare che lo stesso Mortati riteneva che il diritto, al determinarsi di situazioni di emergenza, non è in grado di imbrigliare i fatti, e che non si può eliminare l'esigenza di invocare la necessità come fonte autonoma e legittimante l'esercizio di determinati poteri<sup>26</sup>. D'altronde, lo stesso Autore non aveva dubbi nell'affermare che l'ordinamento costituzionale possa contemplare, accanto alle regole, anche la possibilità di eventuali deroghe alle stesse, giustificate da esigenze superiori di interesse pubblico, ovvero dalla necessità di salvaguardare il carattere democratico e liberale di un assetto sociale<sup>27</sup>. Il rapporto tra esercizio dei poteri di emergenza e legalità costituzionale è preso in considerazione in tutti gli ordinamenti moderni, che lo hanno affrontato diversamente: in alcuni casi si assiste ad una disciplina espressa di livello costituzionale<sup>28</sup>; in altri casi sono state fissate le garanzie inderogabili sul piano dei diritti fondamentali e dell'equilibrio tra poteri<sup>29</sup>; in altri casi la disciplina concreta dell'emergenza è affidata alla legislazione ordinaria.

Quest'ultima è l'impostazione del nostro ordinamento: la Costituzione italiana non contiene alcuna disposizione che disciplini formalmente lo stato d'eccezione, con riferimento ad emergenze differenti dallo "stato di guerra"<sup>30</sup> previsto dall'art. 78 Cost. Benché in Assemblea costituente<sup>31</sup> fosse stata avanzata la proposta di ricomprendere in tale articolo situazioni diverse dall'emergenza bellica internazionale,

---

<sup>26</sup> V. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 481.

<sup>27</sup> Così, C. MORTATI, *Costituzione" (dottrina generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1961, p. 196.

<sup>28</sup> È il caso, ad esempio dell'*Emergencies Act* canadese, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, della Costituzione del Portogallo.

<sup>29</sup> Questa tecnica è particolarmente presente nelle Costituzioni dell'America Latina. Si può ricordare, a titolo di esempio, che la Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute dai trattati internazionali non possono essere intaccate durante lo stato di insurrezione (art. 212); che la Costituzione del Nicaragua salvaguarda durante gli stati di emergenza il diritto alla vita e diversi diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana (art. 185); mentre la Costituzione del Venezuela tutela durante gli stati di emergenza il diritto alla vita, ad un processo equo e vieta la tortura e atti discriminazione (art. 337).

<sup>30</sup> V. G. FERRARI, *Guerra*, in *Enc. Dir.*, XIX, p. 816, secondo cui non si può dubitare che il termine "guerra" usato nell'art. 78 Cost. si riferisca solamente alla guerra internazionale, anche alla luce di un'interpretazione complessiva che tiene conto degli artt. 11 e 87 Cost.

<sup>31</sup> Il dibattito si svolse presso la prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, ed è consultabile integralmente in [www.nascitacostituzione.it/05/appendici](http://www.nascitacostituzione.it/05/appendici). Sul dibattito in assemblea costituente circa lo stato d'assedio e i poteri di emergenza v. B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, p. 1121. V. anche, F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Rivista Aic*, 2007, p. 131.

questa non trovò seguito<sup>32</sup>, sulla base della considerazione che sospendere i diritti di libertà in altre situazioni, equivalesse a sospendere la stessa idea di democrazia. Fu evidenziata, per altro verso, l'inutilità di una previsione del genere sulla base delle lungaggini procedurali dell'art. 78 (la previa delibera parlamentare non era idonea a far fronte alle eterogenee situazioni emergenziali che avrebbero potuto presentarsi richiedendo provvedimenti urgenti); inoltre, si rilevò l'impossibilità, sul piano dell'impostazione teorica delle fonti, di ricorrere all'estensione analogica di una disposizione di carattere eccezionale (quale, appunto, l'art. 78)<sup>33</sup>.

Non mancò in Assemblea Costituente un dibattito riguardante la previsione dello stato d'assedio nella Carta repubblicana, che fu fortemente condizionato dal precedente storico relativo all'art. 48 della Costituzione di Weimar. Esso si svolse all'interno della seconda Sottocommissione, e vide fronteggiarsi due orientamenti contrapposti. Da una parte si sosteneva la necessità di una disciplina dello stato di emergenza, attraverso la regolamentazione dell'istituto dello stato di assedio, in funzione garantistica: vi era, infatti, la consapevolezza della necessità di stabilire regole atte ad evitare eccessive ingerenze dell'Esecutivo, tutelando l'assetto democratico attraverso la garanzia delle funzioni parlamentari. Sulla base di questo si affermava la necessità di una disciplina costituzionale espressa, in quanto: «il silenzio non distrugge la pratica di questo potere di eccezionale gravità, che arriva a mettere in giuoco tutti i diritti e le libertà dei cittadini, e dal momento che non può essere eliminato, poiché da tutti i pubblicisti e trattatisti è riconosciuto un diritto di necessità, si ritiene che sia opportuno regolarlo nella Costituzione, ponendo dei limiti e delle cautele alla sua attuazione»<sup>34</sup>. I fautori di questa posizione, pur ammettendo il rischio di abusi come nel caso dell'art. 48, c. 2, della Costituzione di Weimar, ritenevano che il silenzio su tale istituto non avrebbe precluso al potere esecutivo di avvantaggiarsene e si auguravano «che gli esponenti del potere di domani, il quale poggia su basi democratiche, ne faranno buon uso a sostegno della libertà e degli interessi della maggioranza del popolo italiano». A questa posizione si opponevano quanti osservavano che «da necessità non dà nessuna garanzia» per cui l'unico rimedio dovrebbe risiedere in «uomini politici responsabili», e che «in caso di urgente necessità si possa procedere nei riguardi dello stato d'assedio con la stessa logica con la quale si deve procedere in merito ai decreti di urgenza: il Governo che vi ricorre avrà contro di sé la legge e si assumerà tutte le responsabilità con le relative conseguenze»<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Contra L. PALADIN, *In tema di decreti legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 381., che ritiene plausibile un'interpretazione estensiva dell'art. 78 Cost. quale disposizione che, prevedendo la «delega al Governo di poteri che trascendono quelli che le Camere hanno in tempi normali», «legittima l'adozione - da parte delle Camere o del Governo in caso di urgenza - di ogni misura indispensabile». Per l'Autore «l'art. 78 consente di porre rimedio - sia pure a patto di forzarne in parte l'interpretazione - a tutte le situazioni di necessità».

<sup>33</sup> Così l'on. Piazza.

<sup>34</sup> Così l'on. La Rocca.

<sup>35</sup> Così l'on. Tosato.

Alle posizioni di coloro che, alla luce dell'esperienza weimariana, individuavano nello stato d'assedio un istituto incompatibile con il carattere democratico dell'ordinamento repubblicano<sup>36</sup>, si contrapponevano poi coloro che, guardando al contesto storico del momento, temevano l'insorgere di movimenti indipendentisti, e, dunque, ritenevano necessario predisporre dei mezzi idonei ad affrontare eventuali emergenze interne che mettessero in pericolo l'unità statale. Ciò rendeva necessaria la costituzionalizzazione dello stato di assedio, allo scopo di scongiurare l'arbitrio in situazioni che, di fatto, ne ponessero la necessità<sup>37</sup>.

Fu così avanzata una proposta volta all'approvazione di una disposizione riguardante lo stato d'assedio<sup>38</sup>, discussa nelle sedute del 14 e 16 ottobre 1947. La relativa formulazione prevedeva che «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinata dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti». Tale proposta confluì, infine, nella discussione relativa al potere di decretazione d'urgenza del Governo del 16 ottobre 1947 e finì per non essere più messa ai voti.

Prevalse, in sostanza, la preoccupazione che la previsione dello stato d'assedio potesse consentire degenerazioni di stampo dittatoriale, con l'accentramento dei poteri in capo al Governo, la sospensione dei diritti fondamentali<sup>39</sup> e la soppressione delle garanzie. Fu dunque considerato prioritario l'obiettivo di preservare l'assetto ordinamentale appena costituito, escludendo qualsiasi strumento eccezionale generale che accordasse all'Esecutivo margini di manovra indeterminati, spianando la strada alla rottura costituzionale e all'instaurazione di regimi autoritari.

Di qui, dopo lunga e attenta discussione, si pervenne ad una soluzione compromissoria, per cui alla previsione di uno stato di eccezione (denominato ora "stato di assedio", ora "stato di pericolo della Repubblica", ora riferito alla "necessità di difesa"), si preferì l'introduzione del decreto legge come «forma di legislazione di urgenza»<sup>40</sup>. Nonostante l'opposizione di coloro che ne avversavano l'introduzione per gli abusi che se ne erano fatti nel periodo pre-repubblicano<sup>41</sup>, il decreto legge venne visto come uno strumento meramente normativo, non idoneo ad alterare l'assetto istituzionale, ma, piuttosto, a consentire, sotto il controllo del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte costituzionale,

<sup>36</sup> Così gli on. Togliatti, Lucifero, Dossetti, Mancini.

<sup>37</sup> Favorevole all'introduzione dello stato d'assedio Costantino Mortati.

<sup>38</sup> Così l'on. Crispo.

<sup>39</sup> In tal senso l'on. G. Dossetti.

<sup>40</sup> Così P. Calamandrei, Assemblea costituente, nella seduta del 4 marzo 1947, laddove si inizia la discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

<sup>41</sup> Costantino Mortati, nella seduta del 18 settembre 1947, evidenzia come il decreto legge si presti «da una parte alla tentazione da parte del Governo di abusarne per la più rapida realizzazione dei fini della sua politica; dall'altra parte (...) eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza».

l'adozione di forme di normazione in tempi più rapidi. Venne dunque riconosciuta l'esigenza di predisporre strumenti costituzionali attivabili dinanzi agli stati di necessità, anche perché l'assenza di forme tipiche di esercizio di poteri straordinari avrebbe implicato l'impossibilità di un controllo giudiziario<sup>42</sup>; ma, dinanzi alle resistenze di coloro che non volevano introdurre una specifica disposizione che legittimasse lo stato d'assedio come tale, si optò per la previsione della decretazione d'urgenza da parte del Governo, da esercitarsi nei limiti posti dalla Costituzione.

Pur non sussistendo una disposizione espressamente dedicata alla disciplina dello stato d'emergenza, è possibile pertanto rintracciarne la copertura costituzionale: la scelta dei costituenti, infatti, pur prescindendo da una disciplina apposita di stati denominati di eccezione, confluì nella formalizzazione dei poteri di emergenza del Governo, attivabili in casi straordinari di necessità e urgenza, alla luce dell'art. 77Cost.

Viene così razionalizzata la competenza dell'Esecutivo per le situazioni di necessità<sup>43</sup>, nei limiti in cui i Costituenti l'hanno considerata compatibile con il carattere democratico e pluralista dell'ordinamento repubblicano; costituzionalizzando l'emergenza<sup>44</sup>, viene ripudiata la possibilità dell'eccezione come condizione estrema di anomia: il Governo può esercitare poteri derogatori dell'ordine normale delle competenze, nei limiti definiti, comunque, dal diritto, senza che si possa rintracciare nella relativa vicenda alcuna sospensione o rottura della Costituzione.

La Costituzione repubblicana, dunque, risolve la questione del rapporto tra necessità di fronteggiare situazioni di emergenza e salvaguardia della *rule of law* avendo cura che l'esercizio di poteri derogatori si inscrivano nel funzionamento del sistema costituzionale, senza intaccarne le logiche di fondo né sul piano dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali né su quello dell'ordine costituzionale delle competenze normative. Si può così rintracciare il fondamento costituzionale dei poteri di emergenza, senza che si aprano spazi a stati di eccezione che, comportando la sospensione delle garanzie costituzionali, mettano in gioco l'assetto dei poteri costituiti. Viene inoltre superata nettamente la sovrapposizione, tipica del

---

<sup>42</sup> Sul punto insistette C. Mortati, nella seduta del 18 settembre 1947: «(...) anche ammesso che la necessità si possa invocare come fonte, bisognerebbe dimostrare che l'organo abilitato ad accertare l'esistenza della necessità, nei singoli casi, possa essere il potere giudiziario. Evidentemente, non si può giungere a questa conclusione, perché quando parliamo di necessità come fonte non ci riferiamo ad una necessità astratta, ci riferiamo a quella che giustamente è stata chiamata istituzionale, cioè inerente ai fini dell'istituzione dello Stato, da valutare in un determinato momento, in una determinata contingenza politica. Evidentemente questa necessità relativa a certi fini politici non può essere accertata dall'autorità giudiziaria, la quale non può perciò invocarla né presumerla esistente. L'autorità giudiziaria deve quindi negare validità al provvedimento legislativo del Governo che la ponesse a suo fondamento».

<sup>43</sup> V., per tutti, G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989; M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1177; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 366; N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2014, n. 2, p. 4.

<sup>44</sup> V., per tutti, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 3.

periodo liberale, tra poteri straordinari ed emergenza, che, intesa come eccezionale necessità, restava priva di autonomia concettuale<sup>45</sup>.

Sulla base di questo presupposto la disciplina dell'emergenza ha trovato ulteriore sviluppo sul piano della legislazione ordinaria. Durante il periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione, all'assenza di precise disposizioni, conseguì invero un ruolo determinante Corte Costituzionale nella definizione dei principi a cui il potere di ordinanza doveva sottostare. A tale attività della Corte seguì poi una serie di interventi legislativi, con la previsione puntuale di atti, apparati e procedimenti, sempre ascrivibili all'Esecutivo, applicabili nelle svariate contingenze; così è accaduto nel caso della legislazione sul terrorismo, sulla lotta alla mafia, sui casi di calamità pubblica<sup>46</sup>. L'intervento normativo di portata più consistente sullo stato di emergenza si è poi avuto in occasione dell'istituzione del Servizio Nazionale di Protezione Civile con la L. 225/1992, che, in particolare, prevedeva la delibera dello stato di emergenza, la quale poteva avvenire solo al ricorrere di determinati eventi stabiliti dall'art. 2, c. 1, lett. c) dello stesso atto normativo. Inoltre, con questa legge si introduceva per la prima volta la denominazione di "ordinanze di Protezione Civile", come atti che: «[...] possono essere adottati in seguito alla dichiarazione di uno stato di emergenza e che sono abilitati a derogare, per periodi di tempo determinati, ad ogni disposizione di legge, con il limite dei principi generali dell'ordinamento e dei vincoli eurounitari». Queste disposizioni furono poi ampiamente riformate nel corso degli anni successivi allargando progressivamente il campo d'intervento di questa disciplina, fino a comprendere casi che non presentavano alcun oggettivo grado di urgenza. La disciplina del Servizio Nazionale di Protezione Civile è stata infine riordinata nel Codice della Protezione Civile, emanato con il D. Lgs. 1/2018 (infra), con il quale è stata introdotta la specifica figura della "delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale"<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> V. A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, in *Amministrazioneincammino*, 26 maggio 2010.

<sup>46</sup> Si può ricordare, in particolare, la L. 966/1970, la quale recava "Norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità naturale". Tale legge stabiliva le linee generali d'intervento in capo al Governo, alle Regioni, al Comitato interministeriale della Protezione Civile e al commissario del Governo.

<sup>47</sup> In particolare, lo stato di emergenza è previsto al Capo IV del T.U. del 2018. Esso consta di quattro momenti fondamentali. Innanzitutto il presupposto di fatto: la delimitazione dell'emergenza non deve essere dovuta ad una valutazione politica discrezionale, ma ancorata al presupposto fattuale (ad es. nel caso della pandemia il presupposto fattuale è stato la dichiarazione dell'emergenza sanitaria dall'OMS, ai sensi dell'art.7 c) del T.U.). Lo stato di emergenza deve essere proclamato con un atto che è funzionale alla delimitazione temporale dell'emergenza, nonché *condicio sine qua non* per poter l'adozione delle misure necessarie. È il passaggio che segna, inoltre, la titolarità dell'emergenza: la deliberazione è demandata al Governo. Tale titolarità era prevista anche ex art. 5 della legge n.225 /92, difatti, a tal proposito la Corte costituzionale aveva già precisato che: "*spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere allo stato di emergenza a norma dell'art. 5, comma 1 [...], sulla base degli elementi evidenziati dai competenti organi statali e regionali*". Dichiarato lo stato d'emergenza è possibile attuare limitazioni dei diritti pur con il limite essenziale della conservazione dello Stato di diritto. Deve essere previsto il termine per la cessazione degli effetti ed il conseguente ristabilimento del precedente ordine sospeso (art. 24, co. 3). "*La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi*". Lo stato d'emergenza attuale è stato dichiarato per sei mesi a partire dal 31 Gennaio, prorogato una prima volta al 15 Ottobre, una seconda volta sino al 31 Gennaio 2021, una terza volta al 30 aprile 2021, poi al 30 giugno, al 31 ottobre, al 31 dicembre, e, da ultimo, al 31 marzo 2022). Il ristabilimento del precedente ordine sospeso è garantito all'art. 26 del Codice rubricato: "*Ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a*

Se si guarda, per ciò che a noi specificamente interessa, alla disciplina dello stato di emergenza e del potere di ordinanza, quale risulta dalle leggi citate, essa evidenzia un intento che va oltre la mera attribuzione provvisoria di poteri straordinari a determinati organi. La legislazione in materia, infatti, ha un contenuto ben più articolato, volto a configurare i procedimenti e le strutture organizzative che devono presiedere all'attività dei poteri pubblici in situazioni di emergenza, come tali non assoggettate, né assoggettabili, al sistema costituzionale ordinario delle norme e degli atti: la disciplina della protezione civile, in sostanza, risponde all'esigenza di delineare un modello legale delle attività pubbliche nei momenti di crisi, pianificandolo preventivamente.

Non è questa la sede per trattare dei profili problematici che circondano, comunque, l'applicazione della disciplina in materia, e che la dottrina ha da tempo evidenziato: si pensi all'allargamento, spesso pretestuoso, delle situazioni considerate meritevoli di un trattamento giuridico differenziato, o all'uso eccessivamente disinvolto delle ordinanze<sup>48</sup> in situazioni che vengono forzatamente sottratte all'applicazione delle fonti ordinarie. Ne è derivata una dilatazione del concetto di emergenza, che tende a perdere la connotazione di straordinarietà, allo scopo di sottrarre sempre più numerosi ambiti alle regole e ai principi dell'ordinamento vigente<sup>49</sup>. L'emergenza tende sempre più a svincolarsi dai caratteri di straordinarietà, imprevedibilità, e provvisorietà, per essere semmai agganciata ad una più sfumata valutazione di pericolosità, al punto che in alcuni casi si assiste alla stabilizzazione della disciplina derogatoria<sup>50</sup>. Ciò con un notevole impatto sul piano dei rapporti tra i poteri e della teoria delle fonti, oltre che sulla generale tenuta del sistema. Sotto tale profilo non si può invero dubitare che l'emergenza pandemica abbia presentato tutti i connotati di straordinarietà che teoricamente si connettono all'eccezionale necessità, e, dunque, all'esigenza di derogare all'ordinamento vigente, anche se non sono mancati profili di criticità, che sono stati puntualmente evidenziati; inoltre, la dottrina non ha mancato di interrogarsi sulla possibilità di individuare preoccupanti tendenze alla stabilizzazione degli assetti straordinari che si sono formati nei due anni di questa terribile esperienza.

---

*seguito di emergenze di rilievo nazionale” cui provvedere “almeno 30 giorni prima” della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale”.*

<sup>48</sup> V., per tutti, A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006, Torino, 2007, p. 232; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019, p. 290; E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020.

<sup>49</sup> Gli esempi che possono farsi al riguardo sono molteplici: dai grandi eventi, all'organizzazione dell'America's cup, ai Giochi invernali di Torino all'Expo di Milano, alla celebrazione del xx anniversario della nascita di San Giuseppe da Copertino, ecc...

<sup>50</sup> Come nel caso dell'emergenza rifiuti o dell'emergenza immigrazione. V. A. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, p. 659.

### 3. L'ordinamento dinanzi alla pandemia da Covid-19: eccezione o emergenza?

Nel caso specifico dell'emergenza da Covid-19 la maggior parte dei costituzionalisti ha concordato sulla sua copertura costituzionale, anche se non sono mancati aspetti di problematicità nel modo in cui essa è stata affrontata, che hanno dato luogo ad un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Dinanzi alla straordinarietà delle misure adottate dal Governo per contenere il dilagare dei contagi, che hanno realizzato la più drastica compressione dei diritti che si sia avuta nella storia repubblicana, non è mancato chi ha evocato lo spettro dello stato di eccezione, con riferimento alla instaurazione di una non meglio connotata "dittatura sanitaria". Non pare, però, che nella situazione in cui l'ordinamento si è venuto a trovare sia rintracciabile uno stato di eccezione nel senso schmittiano: non vi è stata una sospensione totale del sistema democratico come stato kenomatico, ovvero vuoto di norme, o vuoto di diritto; si è assistito, al contrario, ad un profluvio di norme, decisioni, istituzioni e organi dell'emergenza, rispetto ai quali si possono rilevare, e sono stati rilevati, dubbi di conformità costituzionale, ragionandosi, tutt'al più, sulla loro validità rispetto alla Costituzione che non è stata sospesa.

La reazione all'emergenza non si è collocata, dunque, al di fuori del diritto come forma del potere, secondo l'impostazione dello stato di eccezione che fa perno sulla forza di legge separata dalla forma e scissa dalla vigenza, cioè sulla forza della legge senza la legge. Né pare che siano stati superati i limiti democratici intrinseci al sistema costituzionale, che, ovviamente, devono essere garantiti anche in situazioni emergenziali, sia pur in forme diverse, ovvero nel rispetto di una legalità a maglie larghe che è quella imposta dalle circostanze di straordinaria necessità.

Come si è visto, la caratteristica dell'eccezione è la sospensione del diritto; l'emergenza, al contrario, è prevista dall'ordinamento: ha un fondamento costituzionale ed è disciplinata dal legislatore, seppure non tassativamente, stante l'imprevedibilità delle situazioni di fatto che la determinano. «L'emergenza non è l'eccezione, e l'eccezione non è il grado ultimo dell'emergenza»<sup>51</sup>: la prima è considerata dall'ordinamento giuridico, che prevede la possibilità dell'attivazione di procedimenti e poteri straordinari, derogatori delle leggi vigenti, che hanno lo scopo di ripristinare la normalità, in senso conservativo dell'assetto sociale e giuridico esistente. L'eccezione è invece un concetto, che evoca finalità sospensive, tendenti a minare la stabilità dell'ordine costituito, con l'esercizio di poteri *extra ordinem* i quali possono consolidarsi sostituendo le precedenti strutture: laddove l'emergenza è conservativa, difensiva, poiché è finalizzata al ripristino della normalità, l'eccezione è innovativa.

Anche quando è la necessità ad imporre l'adozione di misure straordinarie, che rispondono ad una legalità attenuata dall'emergenza, permangono i limiti dei principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>52</sup>, che

---

<sup>51</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *La Repubblica*, 29 luglio 2020.

<sup>52</sup> Come già precisato dal co.2 dell'art. 5 legge 225/92, poi confluito nell'art. 25, comma 1, del D. Lgs n. 1/2018.

impongono che le misure suddette siano generali, limitate nel tempo e non retroattive, motivate in relazione al superamento dell'emergenza e proporzionali rispetto allo scopo che si prefiggono. Ciò impone al diritto dell'emergenza il rispetto di un minimo costituzionale<sup>53</sup> che segna la convergenza tra il principio di legalità e lo stato di necessità<sup>54</sup>.

Guardando, poi, alle modalità di esercizio dei poteri di emergenza, la finalità conservativa cui essi sono preordinati esclude la libertà nella decisione dei fini, dunque la politicità. Lo stato di emergenza è infatti un presidio prevalentemente tecnico-amministrativo, disciplinato dal Testo Unico in materia di protezione civile, che consente l'attivazione di un sistema di procedimenti e di poteri straordinari, caratterizzati da uno sbilanciamento a favore dell'Esecutivo, chiamato a mettere in atto tutti gli strumenti idonei ad agire tempestivamente. Esso è basato su evidenze fattuali ed oggettive, valutate come tali dalla comunità scientifica, rispetto alle quali la decisione degli organi politici assume responsabilità solo sul piano dei risultati. Sotto questo profilo può escludersi nettamente che lo stato di emergenza possa considerarsi come uno stato pleromatico, ovvero caratterizzato dall'esercizio dei pieni poteri; piuttosto entra in gioco la nozione di poteri necessari. Lo stato di eccezione prevede invece poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi, ed è quindi compatibile con i pieni poteri, con la sospensione a tempo indeterminato dei diritti, la concentrazione dei poteri e la soppressione dei controlli<sup>55</sup>.

Di fronte all'emergenza da coronavirus, dopo la deliberazione dello stato di emergenza<sup>56</sup> di rilievo nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti

---

<sup>53</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, 2003.

<sup>54</sup> Altri limiti promanano dagli obblighi internazionali: l'art. 4 della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite disciplina lo stato d'emergenza sul piano sostanziale e procedurale, e pone la necessità che le misure derogatorie adottate dagli Stati non abbiano contenuti discriminatori. Al comma 2 vengono posti i limiti invalicabili anche nelle situazioni emergenziali, con riferimento al diritto alla vita, al divieto di tortura e di trattamenti degradanti o inumani, divieto di schiavitù, al diritto alla libertà di pensiero di coscienza e religiosa, al diritto alla personalità, alle garanzie in materia di legalità penale, nonché al divieto di essere imprigionato per il solo motivo che non è in grado di adempiere ad un obbligo contrattuale. Tali limiti sono ribaditi dall'art. 15, co.2, CEDU. Art. 4.1 «In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato un atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale[...].4.2. La suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga agli articoli 6, 7, 8 (paragrafi 1 e 2), 11, 15, 16 e 18.11». Tali limiti sono stati poi ribaditi dall'art. 15, co. 2, CEDU.4.3 «Ogni Stato parte del presente Patto che si avvalga del diritto di deroga deve informare immediatamente, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite, gli altri Stati parti del presente Patto sia delle disposizioni alle quali ha derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga. Una nuova comunicazione deve essere fatta, per lo stesso tramite, alla data in cui la deroga medesima viene fatta cessare».

<sup>55</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*

<sup>56</sup> Lo stato di emergenza è un istituto previsto dal cd. "Codice della protezione civile" (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), attivabile nelle ipotesi previste dall'art. 7 del medesimo decreto; tra queste, in particolare, figurano le «emergenze di rilievo nazionale connesse con 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».

virali trasmissibili”<sup>57</sup>, il Governo italiano ha agito servendosi dell’unico strumento previsto dalla Costituzione per le situazioni di emergenza diverse dalla guerra: la decretazione d’urgenza. Si è attivata, così, una complessa catena normativa<sup>58</sup> che ha visto il succedersi, non senza sovrapposizioni e criticità interpretative<sup>59</sup>, di una serie di decreti-legge, a partire d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; di una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri “attuativi” dei decreti legge; di una serie di ordinanze di protezione civile; una serie di ordinanze contingibili ed urgenti adottate dai Ministri competenti, oltre che dai Presidenti di Regione e dai Sindaci, ai sensi dell’art. 32 della legge n. 833 del 1978<sup>60</sup>.

Escluso che la forza di legge dei decreti del Governo possa identificare una condizione di anomia<sup>61</sup>, non si può neanche sostenere che i provvedimenti adottati abbiano sospeso la Costituzione e, in particolare, le disposizioni costituzionali che garantiscono le libertà. In realtà, la valenza prescrittiva delle disposizioni costituzionali non è stata mai revocata in dubbio, né si è avviata alcuna trasformazione costituzionale. Al contrario, l’efficacia della Costituzione si è espressa pienamente, e, a riprova di ciò, per tutta l’emergenza pandemica ha costituito il riferimento continuo a cui ciascuno si è richiamato per interpretare i poteri straordinari: le disposizioni sulle libertà non sono state sospese, ma, piuttosto, le libertà stesse sono state limitate, con l’attivazione delle ipotesi costituzionalmente prefigurate in nome delle ragioni di sanità e sicurezza. Lo stesso può dirsi per l’articolazione territoriale delle funzioni, che ha ceduto il passo ad un forte accentramento decisionale con il richiamo, anche in questo caso, alle ragioni di incolumità e sicurezza pubblica di cui all’art. 120 Cost. Ne è derivata una complessa architettura fortemente derogatoria del regime ordinario di funzionamento delle istituzioni e di esercizio delle libertà, sulla base di un presupposto fattuale che, chiamando in causa l’art. 32 Cost., ovvero la tutela della salute nella sua dimensione individuale e collettiva, ha consentito l’instaurazione di uno stato d’emergenza della

---

<sup>57</sup> La prima deliberazione è del 31 gennaio 2020; successivamente lo stato di emergenza è stato prorogato plurime volte, oltre il limite dei 2 anni previsto originariamente dall’art. 24 del T.U. n. 1/2018.

<sup>58</sup> M. LUCIANI *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *RivistaAic*, n. 2/2020, p. 109, e C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, p. 2.

<sup>59</sup> Ha parlato di creazione di un nuovo sistema di fonti, A. CARDONE, *ult. op. cit.*; sulla marcata disinvoltura da parte del Governo nell’uso delle fonti P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, p. 295.

<sup>60</sup> L’art. 32 della legge n. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale) prevede, al primo comma, che il Ministro della salute possa emettere «ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni». Nelle stesse materie, aggiunge il secondo comma del medesimo articolo, ordinanze analoghe possono essere emesse dal Presidente della Giunta regionale o dal sindaco, «con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale». Sul parallelismo tra ordinanze contingibili e urgenti e sistema di protezione civile, v. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 313; Id., *La “gestione alternativa” dell’emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 9.

<sup>61</sup> V. P. PINNA, *Lo stato d’eccezione e il decreto-legge*, in *Diritto@storia*, n. 12/2014, p. 7; L. BUFFONI, *L’ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo stato d’eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, p. 471.

Repubblica intera. Ciò posto, occorre semmai indagare se la produzione normativa che ne è conseguita abbia soddisfatto o meno le condizioni di validità che la Costituzione impone per l'esercizio dei poteri emergenziali in deroga alle leggi vigenti e per le limitazioni delle libertà. La violazione di tali condizioni determinerebbe non già una sospensione della Costituzione, ma, piuttosto, l'invalidità costituzionale delle norme prodotte, come tale giustiziabile nelle sedi preposte<sup>62</sup>.

#### 4. Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza e il sindacato della Corte costituzionale

Dopo l'iniziale ricorso alle fonti proprie del sistema di protezione civile il Governo non ha proceduto con le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile di cui all'art. 25, d.lgs. n. 1/2018<sup>63</sup>, ma ha adoperato poteri di ordinanza diversi (quali le ordinanze ex art 32 l. 833 del 1978 e del Ministero dell'istruzione); mentre i decreti legge hanno istituito un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri, distinto dal potere di ordinanza della protezione civile<sup>64</sup>. Ciò ha innestato un sistema ternario di gestione dell'emergenza, che ha avuto un triplice fondamento: la preliminare dichiarazione dello stato di emergenza con deliberazione del Consiglio dei Ministri, ai sensi degli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile, le ordinanze contingibili ed urgenti, e i decreti-legge che sono seguiti con il corredo dei Dpcm attuativi. Tale sovrapposizione ha contribuito ad alimentare un susseguirsi caotico di norme, promananti da plurime fonti, che ha posto problemi di non poco momento sul piano interpretativo e applicativo, avendo riguardo all'efficacia degli strumenti normativi di volta in volta utilizzati, nonché ai rapporti con gli enti territoriali.

La prima obiezione che è stata mossa, relativamente all'adozione di un decreto legge che limitava fortemente i diritti fondamentali (la libertà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà religiosa, la

---

<sup>62</sup> In tal senso A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 523, e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 4 che indica quale fondamento costituzionale delle norme sub-primarie derogatorie di norme primarie i «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*», ma poi aggiunge che «quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali». *Contra* A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette e dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 369; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, III, che fanno riferimento, sul piano dell'effettività, alla legittimazione intrinseca di poteri basati sulla necessità.

<sup>63</sup> A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza possono adottarsi «ordinanze di protezione civile, [...] 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». In virtù della deliberazione del 31 gennaio 2020, venivano adottate ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile. In particolare, con l'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, recante «Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», venivano indicate le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici ...), si istituiva il Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento e si precisavano le deroghe alle disposizioni normative (Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste.

<sup>64</sup> A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza*, cit.

libertà di insegnamento e l'accesso all'istruzione, la libertà di iniziativa economica, il diritto al lavoro)<sup>65</sup>, è facilmente superabile: la tensione con il principio per cui il decreto legge non può né derogare né sospendere alcuna disposizione costituzionale è solo apparente, poiché si rimane nel rispetto delle riserve di legge cui la Costituzione subordina la possibilità di limitare i diritti fondamentali.

Più problematico, semmai, l'altro aspetto che è stato da subito evidenziato: se si adotta una prospettiva scevra da eccesso di formalismo, infatti, non si può non considerare che le suddette limitazioni derivassero da un decreto legge contenente previsioni molto generiche, rimettendosi la determinazione concreta e l'attuazione delle singole misure a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. In particolare, si è posta da subito la questione dello scarto tra decreti legge-attuandi e dpcm attuativi: in un primo momento i margini di discrezionalità nei quali questi ultimi potevano concretamente determinare le limitazioni delle libertà sono parsi eccessivi, tanto da rapportarsi criticamente alle riserve di legge all'uopo costituzionalmente previste<sup>66</sup>. Si può ammettere, invero, che l'atto con forza di legge, previa sospensione della legge vigente o autorizzazione alla sua deroga, rinvii per l'attuazione all'atto amministrativo, perché più adeguato al caso concreto. Ma è altrettanto vero che il principio di legalità sostanziale, senz'altro sotteso alle disposizioni costituzionali contenenti riserve di legge, implica necessariamente la determinatezza delle norme attributive del potere, ed impone che le relative misure siano sufficientemente definite, nella forma e nel contenuto.

Il ricorso massiccio ai dpcm, soprattutto nella prima fase dell'emergenza sanitaria, se, da una parte, rispondeva ad esigenze ineliminabili di duttilità, consentendo una modulazione agile e continua delle misure governative rispetto all'andamento della pandemia, poneva, dall'altro, problematiche di valenza sistemica. A fronte dei vantaggi operativi, infatti, si registravano importanti torsioni costituzionali, riguardanti la sottrazione dei dpcm alla funzione parlamentare di controllo, e, dunque, l'alterazione dell'equilibrio tra Esecutivo e Legislativo, l'enfaticizzazione dei poteri monocratici del Presidente del

---

<sup>65</sup> Di particolare rilevanza sono le misure (adottate, sulla base del “quadro” fissato nel d.l. 6 del 2020, con decreto del Presidente del Consiglio dell'8 marzo 2020 rispetto alla regione Lombardia e ad alcune province del Veneto e del Piemonte, ed estese il giorno successivo a tutta Italia) consistenti nel vietare ogni spostamento delle persone fisiche, fatti salvi gli spostamenti dovuti a comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute o per fare rientro nel proprio domicilio, abitazione o residenza; e nel divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

<sup>66</sup> Il d.l. n. 6 del 23.2.2020 all'art. 1, comma 1, disponeva che «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» e all'art. 2, assai indeterminatamente, che «Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1». All'art. 3 disciplinava il procedimento di formazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Con i dpcm che seguivano sono state aggiunte, seppure per un periodo di tempo limitato e predeterminato, limitazioni eccedenti le previsioni del decreto-legge. Ne sono seguiti limiti alla libertà personale, alla libertà di domicilio, alla libertà di circolazione, a quella di riunione, alla libertà di culto, al diritto/dovere al lavoro e allo studio, alla libertà di iniziativa economica privata. Gli artt. 1 e 2, d.l. n. 6/2020 sono stati abrogati dall'art. 5, d.l. n. 19 del 25.3.2020.

Consiglio dei ministri, l'accentramento delle competenze decisionali a discapito delle Regioni. Una situazione straordinaria, e del tutto inedita, richiede rapidità nelle decisioni, flessibilità degli strumenti da utilizzare, incisività, immediatezza, centralità della catena di comando. Ciò fa naturalmente emergere il ruolo del Governo; ma in un sistema democratico è necessario coniugare, per quanto possibile, le esigenze di efficienza con il rispetto minimo delle garanzie costituzionali, affrontando l'emergenza senza intaccare la dimensione sostanziale dei diritti fondamentali, né l'assetto dei poteri.

Dinanzi alle osservazioni della dottrina, immediatamente seguite all'adozione del d. l. n. 6/2020, il Governo, invero, ha parzialmente corretto il tiro: il D. L. n. 19/2020 ha introdotto una sorta di parlamentarizzazione dell'emergenza<sup>67</sup>; inoltre, ha incluso nel decreto legge, elencandole nell'art. 1, i limiti alle libertà, che quindi risultavano apposti con atto avente forza di legge. Ciò, peraltro, senza risolvere tutte le questioni che dal D. L. n. 6 erano derivate: il fatto che l'art. 2, comma 3, del d. l. n. 19 abbia fatto salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, ha sostanzialmente trasferito sul nuovo decreto legge i vizi di legittimità costituzionale del precedente<sup>68</sup>; restava inoltre, il problema del rapporto tra decreti legge e dpcm, anche se ridimensionato nelle modalità suddette. V'è comunque da registrare che la seconda fase dell'emergenza pandemica (in particolare a partire dal d. l. n. 30/2021) ha visto il Governo intervenire prevalentemente con decreti legge, anche se il ricorso ai dpcm non è stato abbandonato del tutto<sup>69</sup>; dunque, la problematica connessa all'abuso dei dpcm ha solo in parte perso di attualità.

Molte delle preoccupazioni sollevate dalla dottrina sulla gestione dell'emergenza pandemica da parte del Governo sono state superate dalla giurisprudenza costituzionale. Le sentenze della Consulta, infatti, avvalorano la ricostruzione che vede, nella straordinarietà delle misure complessivamente adottate, la realizzazione di uno stato di emergenza e non già di un'eccezione, intesa come sospensione dell'assetto costituzionale vigente.

La Corte costituzionale ha complessivamente avallato l'operato del Governo, con sentenze che non hanno accolto le questioni a vario titolo prospettate<sup>70</sup>, probabilmente nella consapevolezza dell'assoluta straordinarietà del momento, e degli effetti di ulteriore destabilizzazione che sarebbero potuti derivare da

---

<sup>67</sup> Secondo l'art. 2, co. 5 del d. l. n. 19/2020 «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».

<sup>68</sup> E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, numero speciale 2020, p. 641.

<sup>69</sup> Basti pensare, da ultimo, al d.l. n. 1/2022, che ha esteso l'obbligo del c.d. "green pass base" per l'accesso ai servizi alla persona, ai pubblici uffici, ai servizi postali, bancari e finanziari e per i colloqui visivi in presenza con detenuti e internati, facendo salvi i servizi necessari «per assicurare il soddisfacimento di esigenze essenziali e impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo», che devono essere individuati proprio con d.p.c.m. (art. 1, co. 1, lett. b)).

<sup>70</sup> P. COSTANZO, L. TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da covid-19*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, p. 293, parlano «del giudice costituzionale sull'operato del legislatore, nella consapevolezza della singolarità e gravità della situazione in cui si è trovato ad operare».

pronunce che delegittimassero la gestione governativa dell'emergenza. L'esigenza di tenere conto della prospettiva fattuale è infatti presente nel ragionamento della Corte, che non ha mancato di fare riferimento alla necessità di reperire «un ragionevole punto di sintesi tra il contenimento del contagio e la garanzia dei diritti», nonché all'esigenza di calibrare la risposta normativa «sulla base dell'andamento della diffusione del contagio» (sent. n. 96 del 2021).

Si possono in particolare citare le ordinanze n. 66 e 67 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità di conflitti di attribuzione sollevati da deputati che lamentavano il «sovertimento costituzionale» derivante dal ricorso eccessivo a decreti ministeriali e DPCM, con l'effetto di violare le regole sulla produzione legislativa. Nella prospettazione dei ricorrenti, si eccepeva la lesione delle attribuzioni dei singoli parlamentari, di fatto estromessi dal dibattito sull'adozione delle misure coercitive delle libertà. La Corte ha rilevato, al riguardo, che la traslazione della funzione legislativa in capo al Governo poteva ledere, piuttosto, le funzioni delle Camere in quanto tali, stante l'attribuzione ad esse, collettivamente, dell'esercizio della funzione legislativa. Restava invece destituito di fondamento il ricorso di singoli parlamentari, delle cui prerogative non poteva rintracciarsi alcuna menomazione, posto che essi avevano potuto partecipare al confronto in aula, esercitando concretamente le proprie funzioni costituzionali<sup>71</sup>. Decidendo l'inammissibilità, peraltro, la Corte non è entrata nel merito della violazione lamentata dai medesimi ricorrenti dei «diritti fondamentali costituzionalmente garantiti» conseguente alla «quarantena» di «tutti i cittadini italiani sani» e alla «chiusura dell'intero paese» ad opera del Governo; nonché all'obbligo «generalizzato» di soggiacere a trattamenti sanitari invasivi come mascherine, tamponi, e termoscanner «in assenza di consenso o in carenza rilevante di consenso», nonché di quello di restare chiusi nelle proprie abitazioni indipendentemente dal proprio stato di salute e dal rischio concreto di contagiare ed essere infettati.

Con la sentenza n. 37 del 2021<sup>72</sup> la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità della gestione unitaria delle misure di contenimento della pandemia, riconducendole alla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale e art. 117, comma 2, lett. g)<sup>73</sup>, e richiamando, al contempo, il rispetto

<sup>71</sup> J. FERRACUTI, *La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *Consulta OnLine*, 11 maggio 2021, p. 387

<sup>72</sup> M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta OnLine*, 26 aprile 2021, p. 1; R. NIGRO, *La sentenza della corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti Regionali*, 5 giugno 2021, p. 423; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021. In senso critico 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*, 17 aprile 2021. Annovera questa decisione (ma cfr. anche l'ord. n. 4 del 2021, cit.) tra quelle che hanno visto la Corte costituzionale assumere una «interpretazione finalisticamente restrittiva delle competenze regionali» B. CARAVITA, in *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, n. 11/2021, p. 2.

<sup>73</sup> La Corte ha respinto la richiesta della Regione di autorimettere la questione di costituzionalità dei decreti legge su cui si fondano i dpcm (d.l. 19 del 2020 e 33 del 2020) sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l'autonomia

della leale collaborazione con le Regioni. A fronte di iniziative regionali contraddittorie rispetto alle misure statali, che avevano contribuito ad aggravare il quadro complessivo di confusione ed incertezza, la Corte ha così introdotto un elemento di chiarezza, la cui portata va ben oltre il riconoscimento del titolo di legittimazione legislativa a cui ascrivere le norme dell'emergenza. Il senso della pronuncia in esame, infatti, investe l'assetto dei rapporti Stato-Regioni, o, meglio, la declinazione che tale assetto deve assumere nella fase emergenziale: il contenimento della pandemia, per la Corte, impone l'adozione di una disciplina unitaria di carattere nazionale, «idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»<sup>74</sup>. Tale esigenza di uniformità sussiste anche nel momento attuativo, allorquando debba darsi realizzazione in ambito nazionale a programmi che hanno anche una valenza sovranazionale<sup>75</sup>. Le caratteristiche di diffusività del Covid-19 sono tali per cui essa, connotandosi come malattia pandemica, assume una dimensione che va oltre l'ambito nazionale, e ciò radica in capo allo Stato la tutela dei relativi interessi: appare infatti ovvio alla Corte che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione avrebbe avuto ripercussioni sulla propagazione del virus anche oltre le frontiere nazionali. Di qui, dunque, la necessità dell'adozione di misure di profilassi internazionale, con la collocazione della relativa potestà legislativa tra quelle di esclusiva competenza dello Stato (ex art. 117, c. 2, lett. g) della Costituzione.

Il coinvolgimento delle autonomie, in un contesto in cui, pur a fronte di una localizzazione, l'emergenza assuma comunque carattere nazionale, si declina nelle forme della leale collaborazione<sup>76</sup>, ovvero facendo precedere i dpcm dal parere dei Presidenti di Regione coinvolti o del Presidente della conferenza delle

---

regionale (artt. 117 e 118 cost.) sia nella parte in cui darebbero vita a fonti dell'emergenza, ovvero i dpcm; si trattava, invero, di questioni prive di rilevanza, una volta accertata la competenza esclusiva statale in relazione alla materia. La sentenza n. 37 del 2021 interviene a seguito dell'ordinanza n. 4 del 2021, con cui la Corte costituzionale, per la prima volta, ha applicato l'istituto della sospensione in via cautelare della legge impugnata in via principale, pur senza richiesta della parte interessata. Nella specie, la Corte ha sospeso l'efficacia della legge regionale della Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, con cui si consentivano talune attività sociali ed economiche, contrariamente a quanto stabilito dalla normativa statale. L'ordinanza è risultata poi univocamente anticipatrice della soluzione di merito. V. 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*, n. 2/2021, p. 101; A. LO CALZO, *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Osservatorioaic*, n. 3/2021, p. 189. Evidenzia i punti di contatto tra l'eccezionalità dell'evento pandemico e la strategia decisionale della Consulta, A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 252; v. anche N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, in *Consulta OnLine*, 1/2021, p. 223; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2021, p. 154; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, in *Federalismi.it*, n.4/2021, p. 118; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, ivi, p. 309; M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, ivi, p. 254.

<sup>74</sup> V. al riguardo, anche le sentt. n. 282/2002, 338/2003, 169/2017, 5/2018.

<sup>75</sup> Sentt. n. 12/2004, 406/2005, 173/2014, 270/2016.

<sup>76</sup> Sent. n. 7 del 2016.

Regioni e Province autonome. Ciò conformemente a quanto disposto dal Codice della protezione civile, che subordina le ordinanze contingibili ed urgenti di protezione civile alla previa intesa con le Regioni<sup>77</sup>.

#### 4.1. Segue. La sentenza n. 198 del 2021

Nella sentenza n.37 la Corte aveva avuto cura di precisare che «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei DPCM, adottati a tale scopo, comunque sottoposti al sindacato del Giudice amministrativo, ma è invece da affermare il divieto per le Regioni anche ad autonomia speciale di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale»<sup>78</sup>.

Con la sentenza n. 198 del 2021, invece, la Corte è entrata nel merito della sequenza normativa decreti-legge e dpcm: la questione riguardava, infatti, la violazione del principio di tipicità delle fonti primarie «al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra»; di qui l'asserita violazione degli artt. 76, 77 e 78 Cost., da parte, in particolare, degli artt. 1, 2 e 3 del decreto legge n. 6 del 2020 e degli artt. 1, 2 e 4 del decreto legge n. 19 del 2020. Ciò ha costretto la Corte a pronunciarsi sulla natura giuridica dei dpcm, oltre che sulla loro legittimità. Dopo aver dichiarato l'inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione relativa al d. l. n. 6, che, al momento in cui il giudice *a quo* ha rimesso gli atti per il giudizio di costituzionalità non era più vigente, la Corte dichiara l'infondatezza della questione riguardante il d. l. n. 19 del 2020.

Ciò sulla base del fatto che le misure di contenimento erano tipizzate nel decreto legge, rimanendo pertanto, in capo al Presidente del Consiglio, solo la possibilità di esercitare una discrezionalità amministrativa nell'adozione di provvedimenti attuativi: sulla base di questo presupposto, la Corte costituzionale esclude la natura normativa dei dpcm, e, al contempo, la possibilità di qualificarli come ordinanze di protezione civile (cfr. cons. in dir. § 8.1.), secondo un'interpretazione che, invece, era stata

---

<sup>77</sup> D. Lgs. n. 1/2018, artt.7 co.1, lett. c), e 24.

<sup>78</sup> Nella medesima prospettiva si collocano altre sentenze, pronunciate dalla Corte costituzionale nel medesimo turno di tempo, riguardanti questioni correlate alla normazione statale dell'emergenza pandemica, con cui viene dichiarata la competenza legislativa esclusiva dello Stato in relazione alle misure di proroga delle concessioni di servizi di trasporto pubblico locale (sent. n. 38/2021); alla disciplina delle gare per la (ri)attribuzione delle concessioni del gioco del bingo (sent. n. 49/2021), alle concessioni su beni demaniali marittimi e al rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati, pur sempre, dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 (sent. n. 222/2020). Un caso particolare ha riguardato il ricorso per conflitto di attribuzioni promosso dal coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, che aveva denunciato i provvedimenti di alcune regioni (spec. Veneto e Lombardia) in ordine alla riapertura delle attività produttive e commerciali, in violazione delle attribuzioni costituzionalmente riservate al legislatore statale. L'ord. n. 175 del 2020 ha attestato l'inammissibilità, del tutto evidente, del ricorso, che, secondo la Corte, era stato presentato a fini meramente consultivi e sulla base di motivazioni congetture. V. G. MENEGATTO, *Cronaca di un'iniziativa singolare, a margine di Corte cost., ord. n. 175/2020*, in *IUSin itinere*.

proposta dall'Avvocatura dello Stato ed era invalsa nella giurisprudenza amministrativa<sup>79</sup>. Ad ulteriore sostegno di tale impostazione la Corte non manca di citare anche altri elementi, quali l'interlocuzione frequente e strutturata con il Parlamento, l'introduzione dei criteri di «adeguatezza e proporzionalità» nell'adozione dei dpcm, il coinvolgimento del Comitato tecnico-scientifico e la vigenza per «periodi predeterminati» dei dpcm. Il giudice delle leggi non si è limitato, però, a sostenere la natura esecutiva del potere esercitato dal Presidente del Consiglio dei Ministri con l'adozione dei dpcm, ma si è spinta oltre, riconducendoli al modello teorico dell'atto amministrativo necessitato.

Circa l'impossibilità di ricondurre i dpcm alle ordinanze, se è vero che il Presidente del Consiglio è autorità nazionale di protezione civile, resta la difficoltà di ammettere che esse possano assumere la veste di atti secondari derogatori di fonti primarie. Ma anche sul piano meramente formale restava dubbia la possibilità di operare una simile identificazione, stante il fatto che i dpcm non portano il nome ordinanza, non sono adottati ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018, non recano, tra i presupposti, il riferimento alla deliberazione dello stato di emergenza, salvo che per un mero richiamo motivazionale *ad adiuvandum*<sup>80</sup>, e non indicano quali disposizioni di legge intendono derogare, né la relativa motivazione. Ad ulteriore riprova la distinzione netta rinvenibile nell'art. 3, commi 1 e 2, d.l. n. 6 cit., ove si dispone che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

Non altrettanto netta la individuazione della natura amministrativa dei dpcm: non si può escludere, infatti, che atti recanti tale denominazione rechino un contenuto normativo<sup>81</sup>, esprimendo un potere

---

<sup>79</sup> Così il TAR Lazio, sent. n. 8615/2020. In dottrina v. E. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, p. 64 ss.; e M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020, p. 5; Id., *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, p. 401, M. C. Cavallaro, *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, p. 107; E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, n. 2/2020, p. 4, e M. LUCIANI, *il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 13, che qualifica i decreti emergenziali quali vere e proprie ordinanze derogatorie delle leggi vigenti, con la sola eccezione del decreto-legge che ne è la fonte legittimante. *Contra*, A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza*, cit., p. 9, che esclude la riconducibilità dei dpcm alle ordinanze *extra ordinem*.

<sup>80</sup> F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 130.

<sup>81</sup> V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, p. 1; D. De Lungo, in *Nihil est in intellectu quod Prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche su decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 1; ivi, M. GIANNELLI, *I decreti "di natura non regolamentare". Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*; F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge*, Napoli, 2018; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017, p. 1.

sostanzialmente regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>82</sup>: è noto, infatti, che, per quanto concerne le fonti subprimarie, il *nomen iuris* non è dirimente per stabilirne la natura giuridica<sup>83</sup>.

Nel caso dei dpcm dell'emergenza pandemica la Corte costituzionale assume quale elemento risolutivo la tipizzazione delle misure contenuta nel decreto legge, rispetto alle quali i dpcm si pongono in rapporto strumentale, di mera attuazione. Non può sottacersi però che, in realtà, questo potrebbe non essere un elemento discrezionale, se si pensa al caso dei regolamenti di esecuzione e di attuazione, anch'essi tipicamente funzionali all'applicazione di fonti primarie. Né la Corte argomenta l'impostazione adottata con motivazioni approfondite e stringenti condotte sul piano della generalità, dell'astrattezza, dell'innovatività delle misure, che rappresentano da sempre i parametri tradizionali per valutare sotto il profilo sostanziale la capacità normativa di un atto. Anche sotto tale aspetto, però, l'affermazione della Corte potrebbe incrinarsi, se si considera che sicuramente i dpcm in questione sono atti generali, in quanto riferiti ad un numero indeterminato di destinatari; inoltre, contengono precetti ripetibili in un numero indeterminato di casi, e, dunque, sono astratti<sup>84</sup>. La decisione della Corte fa perno, piuttosto, sull'elemento della innovatività, ritenendo che solo la tipizzazione contenuta nel decreto legge sia capace di esprimere un effetto prescrittivo nuovo<sup>85</sup>.

Per il giudice delle leggi dunque i dpcm rimangono confinati nell'ambito dell'esercizio di una discrezionalità meramente esecutiva, che trova il suo fondamento nel decreto-legge autorizzante, secondo modalità che chiamano in causa la particolare tipologia degli atti necessitati<sup>86</sup>, ovvero atti che hanno il loro presupposto «in una situazione di necessità che impedisce di seguire quella che altrimenti sarebbe la strada normale»<sup>87</sup>. La differenza rispetto agli atti amministrativi generali sta nel fatto che gli atti necessitati incorporano la situazione di necessità nel loro fondamento giuridico, mentre la differenza rispetto alle ordinanze deriva dal diverso rapporto che essi intrattengono con il principio di legalità: laddove le ordinanze sono derogatorie delle leggi vigenti, gli atti necessitati sono attuativi di norme legislative che

---

<sup>82</sup> M. C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 155-184.

<sup>83</sup> Per tutte, Corte cost., sent. n. 116/2006, e Cons. Stato, Adunanza plenaria n. 9 del 2012.

<sup>84</sup> Le conseguenze pratiche che derivano dall'attribuzione di natura normativa o amministrativa ai d.p.c.m. non sono di poco momento: basti pensare al fatto che l'atto applicativo contrario ad un d.p.c.m. sarebbe nel primo caso illegittimo per violazione di legge; nel secondo per eccesso di potere.

<sup>85</sup> Manifestano perplessità al riguardo A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme* 19/01/2022; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021, p. 81.

<sup>86</sup> L'elaborazione teorica di tale categoria di atti amministrativi si deve a M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 949, ora in AA. VV. *Scritti*, vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 945. V. anche A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 74-75, R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.

<sup>87</sup> M.S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in AA. VV. *Scritti*, cit. p. 915.

ne determinano il contenuto<sup>88</sup>. Anche in questo caso, però, il ragionamento della Corte avrebbe potuto essere affrontato con maggiore approfondimento, poiché, a ben vedere, se la base legittimante dei dpcm si rinviene nel decreto-legge autorizzante, può apparire difficile sostenere che essi trovino il loro presupposto nella necessità come situazione di fatto; inoltre, la loro adozione non ripercorre gli automatismi che dovrebbero connotare l'adozione degli atti necessitati, atteso che l'interlocuzione con il Parlamento testimonierebbe un certo spazio di valutazione politica, e, dunque, di adeguamento agli indirizzi emersi in Parlamento, da parte del presidente del Consiglio dei Ministri<sup>89</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

La vicenda che si è cercato di descrivere fa emergere delle considerazioni complessive.

Le questioni che sono derivate dalla gestione normativa dell'emergenza da Covid-19 sono in realtà il risvolto di una problematica di valenza sistemica, connessa al tema, come si è visto antico ma mai del tutto risolto, dei poteri straordinari del Governo nelle fasi di emergenza.

La pandemia ha rappresentato una situazione senza precedenti, ed ha comportato la necessità di introdurre restrizioni alle libertà in una misura che non si era mai vista nella storia repubblicana. Non sono certamente mancati i momenti di criticità: soprattutto nella prima fase dell'emergenza il Governo non si è mosso in modo del tutto lineare, procedendo ad una scelta estemporanea degli strumenti di volta in volta utilizzati, ascrivibili a modelli differenti. La sovrapposizione continua di interventi normativi diversi nella forma e nell'efficacia e non sempre coerenti nel contenuto ha evidenziato un difetto di ponderazione, sicuramente dovuto all'impatto prodotto da una situazione senza precedenti, che, almeno in parte, è stato successivamente corretto.

Tutto ciò ha innescato una profonda riflessione dottrinale e giurisprudenziale, che ha chiamato in causa categorie dogmatiche liminari, come quelle di eccezione e necessità, consustanziali all'impostazione primigenia del rapporto tra diritto e politica. Al crocevia di questo rapporto si colloca la possibilità di derogare alle norme vigenti in situazioni di necessità. Ed invero, il costo ineliminabile di ogni normazione emergenziale è una *deminutio* delle libertà in nome della sicurezza, ma è altrettanto vero che proprio nei momenti di crisi si deve misurare la tenuta democratica di un ordinamento: i canoni costituzionali

---

<sup>88</sup> La categoria degli atti necessitati era stata già presa in considerazione dalla Corte in una sua risalente pronuncia in tema di ordinanze prefettizie ex art. 20, r.d. n. 383/1934. V. Corte cost., sent. n. 4/1977.

<sup>89</sup> Secondo l'art. 2, co. 5 del d. l. n.19/2020 «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»; in sede di conversione, a tale disposizione è poi stata anteposta la previsione per cui «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati (art.2, comma 1)». E' chiaro che la possibilità per le Camere di formulare indirizzi rispetto alla adozione dei dpcm dimostra l'esistenza di un margine di discrezionalità politica.

impongono, al riguardo, che la compressione dei diritti fondamentali sia necessaria, temporanea, limitata e proporzionata alla situazione di fatto; inoltre tale compressione deve essere disposta nel rispetto della legalità.

Se si tiene presente questo presupposto minimo non può in realtà non ritenersi che restrizioni così incisive dei diritti, quali quelle che sono state introdotte per contenere la diffusione del virus, non avrebbero potuto disporsi con ordinanze della protezione civile. L'architettura dell'emergenza che si è venuta, seppure in modo spesso scomposto, a delineare, risponde in realtà alle prescrizioni costituzionali sulle limitazioni dei diritti e all'impostazione costituzionale dei poteri emergenziali del Governo, che, come si è visto, sono stati razionalizzati attraverso la disciplina della decretazione d'urgenza. I decreti-legge sono stati poi abbinati, nel caso di specie, ai dpcm come strumenti attuativi, idonei a modulare l'intensità delle misure in relazione all'evolversi dei contagi in brevi cadenze temporali; parallelamente, il sistema di protezione civile è servito per la funzione di coordinamento tecnico, con ordinanze orientate alla gestione amministrativa dell'apparato emergenziale.

La situazione che si è venuta a determinare ha assunto una configurazione assolutamente nuova, e, se vogliamo, eccedente rispetto alle esperienze che avevano storicamente connotato gli stati di emergenza. Nel periodo pre-repubblicano il ricorso a poteri straordinari era giustificato in caso di minacce all'integrità dello Stato (guerre, invasioni, secessioni) e all'ordine pubblico (disordini interni). Successivamente la nozione di emergenza è stata estesa a ricomprendere le calamità naturali, o forme recrudescenti di criminalità organizzata, o, ancora crisi economiche e finanziarie<sup>90</sup>. È ovvio che qualsiasi tentativo classificatorio è necessariamente postumo: non è possibile catalogare aprioristicamente fenomeni che presentano una intrinseca imprevedibilità, e ciò rende aleatoria la possibilità di disciplinare preventivamente le future emergenze, definendo in modo tassativo le misure, i poteri e i procedimenti idonei a fronteggiarle. Le caratteristiche inusitate dell'emergenza da coronavirus hanno dunque rivelato, ancora una volta, che l'ordinamento giuridico non può avere pretese di completezza dinanzi alle situazioni straordinarie, e che, pertanto, le potestà pubbliche esercitate di volta in volta per fronteggiarle non possono essere esattamente regolate. Il dibattito costituente aveva saggiamente rinunciato a tentare operazioni di questa portata, limitandosi alla razionalizzazione dei poteri normativi del Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza, da inquadrarsi negli equilibri tra i poteri costituzionalmente delineati; si evitava così che regolazioni derogatorie non tipizzate potessero incidere sul funzionamento complessivo del sistema democratico e sui meccanismi di tutela dei diritti fondamentali. La razionalizzazione della decretazione d'urgenza risponde, in sostanza, all'obiettivo ben preciso di non

---

<sup>90</sup> F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, 515 ss. 5; A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, cit., 551 ss.

lasciare spazio all'indeterminatezza della necessità come fonte autonoma del diritto<sup>91</sup>, né, tanto meno, alla possibilità di stati di eccezione come condizioni estreme di anomia.

Sotto tale aspetto, può suscitare invero qualche perplessità la scelta della Corte costituzionale di ricondurre i dpcm adottati durante la pandemia agli atti necessitati. Essi, infatti, identificano una particolare tipologia di atti amministrativi, contraddistinta dall'assunzione della necessità quale presupposto che ne determina l'adozione; un ragionamento siffatto, applicato al contesto dell'emergenza pandemica rischia però di confondere le acque, evocando l'ambiguità semantica e giuridica che la nozione indeterminata di necessità sottende<sup>92</sup>, e spianando la strada alla riemersione della necessità stessa come fonte che può anche prescindere dalla legalità costituzionale<sup>93</sup>. Non v'è dubbio che la situazione di fatto costituisca il punto di partenza imprescindibile di ogni decisione pubblica, tanto più nelle fasi emergenziali, ma è altrettanto vero che, pur dinanzi ad eventi straordinari, l'ordinamento non autorizza alcuno scostamento dall'imperativo della legalità costituzionale. Questo è quello che è accaduto nel caso dell'emergenza pandemica, come situazione di fatto che, in nome della tutela della salute individuale e collettiva, ha imposto un nuovo bilanciamento dei diritti costituzionali, dando luogo a catene di provvedimenti che hanno sottoposto a particolare pressione i normali sistemi di produzione normativa, gli equilibri della forza di Governo ed i rapporti Stato-Regioni. Ciò è accaduto, però, usando strumenti già previsti dall'ordinamento, in particolare i decreti legge e l'attivazione del sistema di emergenza. Anche i dpcm non sono estranei all'esperienza giuridica quali atti del Presidente del Consiglio dei Ministri che già in passato si erano segnalati per recare contenuti normativi, oltre che di vera e propria decisione amministrativa<sup>94</sup>.

Tenuto conto di ciò, non pare che, nel caso della pandemia, il presupposto legittimante dei dpcm possa rinvenirsi nella situazione di necessità che, una volta accertata, impone automaticamente di provvedere secondo contenuti predeterminati dal legislatore: l'obbligo di riferire periodicamente al Parlamento sul relativo contenuto<sup>95</sup> e la possibilità di prescindere dal parere del comitato tecnico-scientifico<sup>96</sup> inducono

---

<sup>91</sup> C.F. GROSSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXVII (1977), 866 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Bari, 2010.

<sup>92</sup> V. A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2021, p. 1.

<sup>93</sup> T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, p. 200.

<sup>94</sup> V. gli «*Appunti del Comitato per la legislazione "La produzione normativa nella XVII Legislatura". Aggiornamento al 15 giugno 2016 n. 9 – Focus*». V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, cit.; D. DE LUNGO, *Nibil est in intellectu*, cit.; M. GIANNELLI, *I decreti "di natura non regolamentare"*, cit.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge*, cit.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione*, cit.

<sup>95</sup> V., *supra*, nota n. 85.

<sup>96</sup> Secondo l'art. 2, co. 1, del d.l. n.19 del 2000, «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n.630, pubblicata nella Gazzetta

ad individuare la sussistenza di un margine di discrezionalità politica nella relativa decisione, con conseguente assunzione di responsabilità dinanzi al Parlamento. Si è trattato di decisioni che, almeno in parte, hanno avuto una valenza politica, e, dunque, non sono del tutto compatibili con la configurazione degli atti necessitati. D'altronde la relazione periodica al Parlamento rimanda allo schema tipico della responsabilità politica, per cui anche i dpcm, come i decreti-legge ad essi sottostanti, si sono inseriti, seppure con qualche innegabile forzatura, nel sistema dei poteri di indirizzo costituzionalmente delineato. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 198, ha voluto probabilmente enfatizzare il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, escludendo che le limitazioni dei diritti potessero ascrivere ai dpcm, avendo questi ultimi una natura meramente attuativa delle fonti primarie, addirittura, per certi versi, necessitata.

L'obiettivo del ragionamento era, verosimilmente, quello di non delegittimare l'impalcatura normativa costruita per affrontare l'emergenza pandemica, escludendo la natura di provvedimenti «*extra ordinem*» dei dpcm (cfr. cons. in dir. § 6.2.), e, sgombrando così il campo da qualsiasi residuo dubbio circa la possibilità di eccepire una sospensione della Costituzione, realizzata mediante atti extra-legali limitativi dei diritti fondamentali.

A riprova di ciò la Corte adduce il vincolo alla discrezionalità del Presidente del Consiglio costituito dai «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (cfr. art. 1, co. 2, D.L. 19/20), che appartiene tipicamente ai criteri regolatori della discrezionalità amministrativa. La tassatività delle misure di contenimento previste nel decreto-legge vale dunque a connotare i poteri del Presidente del Consiglio, escludendo il rischio connesso alla «assoluta indeterminatezza»<sup>97</sup> dei suddetti poteri, che vengono ricondotti, per il rispetto delle riserve di legge, entro il perimetro della legalità costituzionale.

In questa prospettiva la Corte si è preoccupata di definire la legittimità dei dpcm sul piano della disciplina costituzionale che tutela i diritti di libertà, più che su quello dei rapporti tra le fonti del diritto: a questo scopo è funzionale anche la distinzione tra ordinanze di necessità e atti necessitati, posto che la dottrina ha da tempo escluso che le prime possano intervenire su materie coperte da riserva assoluta di legge, al contrario dei secondi<sup>98</sup>, che intervengono sulla base di una valutazione degli interessi preventivamente operata dal legislatore, allorquando si verifichi uno stato di fatto che ne determina la necessità.

---

Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020». Se ne ricava che il parere del Comitato tecnico-scientifico non è vincolante, ma neppure obbligatorio, poiché l'inciso "di norma" attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di prescindere.

<sup>97</sup> Corte cost., sent. n. 150/2011

<sup>98</sup> V. Corte cost., sent. n. 26/1961, commentata da V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 876; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del t.u. leggi di p.s. come testo legislativo*, ivi, p. 898.



Nel compiere questa operazione, però, il ragionamento della Corte rischia di provare troppo: la tipizzazione delle misure di contenimento ad opera del decreto-legge, e la relazione periodica del Presidente del Consiglio al Parlamento sulla valutazione e sul bilanciamento degli interessi pubblici implicati dai singoli provvedimenti attuativi, potevano già bastare ad inscrivere il binomio decretazione d’urgenza – dpcm entro il perimetro della legalità costituzionale. La sentenza n. 198, invece, va oltre, e richiama la nozione degli atti necessitati per escludere in radice ogni dubbio sulla possibilità di configurare una sospensione extra-legale dei diritti di libertà, ovvero un’eccezione costituzionale; così argomentando, però, il rischio è che, ingenerandosi una ambigua commistione con il problematico paradigma dello stato di necessità, restino non del tutto chiariti gli aspetti più controversi della gestione dell’emergenza.