

RAFFAELE MANFRELLOTTI

ORDINANZE DI URGENZA E “DELEGIFICAZIONE DELL’EMERGENZA” TRA LIVELLO STATALE E LIVELLO REGIONALE

1. La disciplina dello “stato d’assedio” tra tipicità costituzionale e delegificazione dell’emergenza

Uno dei problemi più spinosi sui quali è, da sempre, chiamata a confrontarsi la dottrina della Costituzione è quello della gestione dell’emergenza: ossia, la questione del grado di derogabilità dell’ordine pubblico costituzionale di fronte ad una minaccia capace di comprometterne la stessa sopravvivenza. La difficoltà della tematica riposa sull’esigenza di conciliare le opposte esigenze di garantire la sopravvivenza dell’ordinamento giuridico anche al prezzo di accettarne una sospensione temporanea (*salus rei publicae suprema lex*) e, all’opposto, di assicurare il rispetto della legalità costituzionale anche quando inadeguata a fronteggiare una minaccia straordinaria, imprevista ed imprevedibile (*fiat justitia, pereat mundus*).

In verità, il problema sembra abbia perso, sul piano del diritto positivo, gran parte della sua freschezza già con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che operando una mirabile sintesi tra le opposte esigenze di cui si è detto ha previsto uno strumento atipico nei contenuti, tale dunque da modellarsi efficacemente a seconda dell’emergenza da fronteggiare, ma circondandolo di una serie di garanzie tese a ricondurre la decisione sull’emergenza ai meccanismi della partecipazione democratica e della responsabilità politica: ci si riferisce, ovviamente, al decreto legge. Tuttavia, l’art. 77 è tra le più infelici disposizioni costituzionali, perché è stato utilizzato, in tempi normali, con una disinvolta ai limiti dell’abuso (più volte censurato anche dalla giurisprudenza costituzionale) salvo poi, in tempo di crisi, finire completamente negletto al punto da lasciargli, nella disciplina dell’emergenza, un ruolo assolutamente marginale.

Chi scrive intende sostenere, in queste pagine, una tesi senz’altro radicale e certamente isolata, ma che aderisce al dato positivo senza determinare pericolose alterazioni del rapporto di necessaria subordinazione tra la forza

normativa dei fatti e le prescrizioni giuridiche: ossia, che l'ordinamento costituzionale del 1948 non ammette fonti diverse dalla decretazione d'urgenza nella disciplina dello stato d'eccezione o, secondo una terminologia un tempo diffusa, dello stato d'assedio.

Con l'espressione "stato d'assedio" si definisce una garanzia costituzionalmente atipica che, come detto, si connette alla stessa sopravvivenza dell'ordine costituzionale; e, in ragione di tale finalità, la dottrina tende generalmente a valutarne i confini ed i limiti in maniera particolarmente blanda. Si ritiene che nello stato di assedio la volontà politica possa manifestarsi nella sua forma assoluta e libera dai confini tracciati dalla Costituzione, ove necessario per fronteggiare l'emergenza¹, recuperando in tale maniera una manifestazione di potere sovrano in senso soggettivo: il sovrano acquisisce il potere di decidere, indipendentemente dal diritto positivo, sullo stato di eccezione². Si tratta, come appare evidente, di una situazione di grave tensione per l'ordinamento giuridico, che per sopravvivere si autosospende; sicché, il primo e più grande problema che pone la disciplina costituzionale dello stato d'assedio è l'ammissibilità di una tale situazione derogatoria all'ordine costituzionale.

La più nota giustificazione dello stato d'assedio quale alterazione non disciplinata dal diritto del normale assetto delle funzioni costituzionali ne rinviene la fonte nella necessità: quest'ultima, intesa come stato di fatto che instaura *ad origine* un determinato ordinamento, interverrebbe altresì ove ciò si rendesse necessario per la sua conservazione. In entrambi i casi, sarebbe la pura fattualità derivante dalla necessità di costituire, e preservare, l'ordinamento che ne consentirebbe la temporanea sospensione³. La contraddizione logica di questa dottrina risiede nella circostanza che essa ipotizza che la necessità, quale fonte primigenia e originante l'ordinamento, permarrebbe anche dopo la sua instaurazione: il che equivale ad ammettere l'esistenza di una fonte del diritto posta al di fuori dell'ordinamento giuridico, il quale non può contemplare la propria origine e attribuire giuridicità al mero fatto (lo stato di necessità) che ne ha determinato la creazione⁴. Tutte le fonti del diritto di un ordinamento debbono trovare in

1 P. G. Grasso, *I problemi giuridici dello "stato d'assedio" nell'ordinamento italiano*, Pavia, 1959, pp. 191 ss.

2 O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 12; C. Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, tr. it., Bologna, 1972, pp. 33 ss.

3 R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1923, pp. 330 ss.; ma nella dottrina italiana il riferimento più conosciuto è a S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1990, pp. 362 ss.

4 T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 200 ss.

questo il loro riconoscimento e la loro disciplina, se si intende conservare la necessaria unitarietà del fenomeno: un ordinamento che rinuncia alla previsione delle sue fonti, sia pure attraverso il mero rinvio a ordinamenti diversi, è una contraddizione logica. Ne consegue che lo stato di necessità ha rilevanza giuridica se ed in quanto contemplato da una norma dell'ordinamento che ponga una disciplina eccezionale e derogatoria all'ordinamento stesso. Il necessario corollario è che anche lo stato di assedio deve essere oggetto di espressa previsione costituzionale che ne contempi le condizioni, le forme ed i limiti, particolarmente in un ordinamento costituzionale rigido in cui l'esigenza di limitare l'esplicazione dell'indirizzo politico è particolarmente avvertita.

Questa conclusione esclude che la legge ordinaria possa prevedere fonti concorrenziali dell'emergenza che si affianchino a quelle già previste dalla Costituzione e, in qualche misura, le sostituiscano. Il problema si pone per le c.d. ordinanze di necessità, disciplinate da numerose disposizioni di legge tra cui, ai fini del presente lavoro, l'art. 32, co. III della l. n. 833/1978 e l'art. 25 del d. lgs. n. 1/2018. Non sembra che la legge ordinaria possa prevedere atti sostanzialmente atipici suscettibili di sospendere le posizioni soggettive giuridicamente tutelate, al di fuori dei limiti formali e sostanziali stabiliti dalle singole disposizioni costituzionali per ciascuna di esse.

Non può ritenersi all'uopo sufficiente il richiamo allo stato di necessità quale fonte extrasistematica di diritto obiettivo, argomento per il quale valgono le obiezioni già avanzate con in più l'aggravante che nell'ordinamento contemporaneo lo stato di necessità riceve una regolazione esplicita nella citata norma costituzionale, differente dal regime formale e sostanziale che la legge pretenderebbe di dare alle ordinanze di necessità: non possono esservi provvedimenti normativi di urgenza al di fuori di una previsione costituzionale, né la giustificazione della loro legittimità potrebbe farsi discendere dal dato meramente empirico dell'atteggiamento ad essi non ostile del Parlamento e della magistratura⁵. Una più recente dottrina ha tentato di giustificare il fenomeno sul piano del diritto positivo, rinvenendone il fondamento costituzionale implicito nella stessa norma costituzionale oggetto di attuazione mediante l'ordinanza⁶. Tale tentativo ha senz'altro il

5 F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, pp. 198 ss.; R. Thoma, *Der Vorbehalt der legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, in G. Antschütz, R. Thoma (a cura di), *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, II, Tübingen, 1930, pp. 221 ss.

6 A. Cardone, *La “normalizzazione” dell'emergenza*, Torino 2011, pp. 381 ss.

pregio di ricondurre il ragionamento sulla problematica nell'alveo della metodologia giuridica, ma giunge a conclusioni non condivisibili: innanzitutto, la concezione di una potestà implicita svuota di contenuto il principio di legalità costituzionale, che richiederebbe al contrario una disciplina espressa e dettagliata di una siffatta funzione derogatoria. Per altro verso, si introdurrebbe un'inaccettabile gerarchia tra le norme costituzionali, rimessa peraltro alla volontà politica che potrebbe scegliere di privilegiarne talune rispetto ad altre, derogate dal potere di ordinanza.

Tale potere non sembra, dunque, trovare fondamento nella Carta; l'unico atto che essa prevede per fronteggiare l'emergenza è, come si è detto, il decreto legge.

Questa conclusione non è contraddetta ma, in qualche misura, confermata dalla giurisprudenza che ha ritenuto conforme a Costituzione il potere di ordinanza affermando la natura amministrativa dei relativi atti, e sottponendoli, dunque, ai medesimi limiti degli atti della pubblica amministrazione⁷. Ne consegue che le ordinanze di necessità non possono derogare a norme di legge (e, segnatamente, alle norme di legge disciplinanti le posizioni soggettive giuridicamente tutelate), se non espressamente autorizzate in relazione alle singole deroghe da una legge o da un atto equiparato e previa delimitazione, da parte della legge medesima, dei principi volti a circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione. Tale conclusione è corroborata da una successiva pronunzia⁸ che ha espressamente subordinato la legittimità delle ordinanze al rispetto dei “principi dell’ordinamento giuridico”: tale dovendo qualificarsi, a nostro avviso⁹ senza particolari dubbi, il necessario rispetto della legge da parte degli atti della pubblica amministrazione e, per conseguenza, l’inderogabilità di disposizioni legislative in assenza di una puntuale ed espressa autorizzazione in tal senso.

In buona sostanza, il modello ritenuto dalla Corte coerente con la Carta costituzionale richiama lo schema della delegificazione di cui all’art. 17, co. II l. n. 400/1988, rimettendo dunque l’efficacia sospensiva o derogatoria dell’ordinanza su disposizioni di legge preesistenti disciplinanti diritti della persona alla specifica e puntuale previsione in tal senso da parte della base giuridica legislativa dell’ordinanza medesima. La questione della legittimità delle ordinanze va dunque affrontata, volta per volta, in relazione alle singole previsioni legislative, al fine di verificare che il fenomeno della

7 Corte cost., sent. n. 8 del 1956.

8 Corte cost., sent. n. 26 del 1961.

9 Si vedrà nel prosieguo, tuttavia, come tale opinione son sembri condivisa dalla giurisprudenza costituzionale.

delegificazione della disciplina dello stato di assedio sia contenuto nei propri argini costituzionali.

Ai fini del presente lavoro, l'esame deve dunque indirizzarsi al citato art. 32, co. III della l. n. 833/1978, al Codice della protezione civile e alle norme contenute nella decretazione legislativa avvicedatasi nel corso del 2020 che hanno autorizzato l'emanazione di ordinanze.

2. I limiti alla discrezionalità amministrativa nelle basi giuridiche delle ordinanze

L'esame delle basi giuridiche delle ordinanze contingibili adottate nel corso dell'emergenza pandemica appare alquanto deludente nella prospettiva della limitazione legislativa della discrezionalità amministrativa.

Sul piano generale, l'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale si limita all'autorizzazione formale del relativo potere, con ciò lasciandolo sostanzialmente libero nelle sue finalità. La norma si limita a circoscrivere le materie in cui possono intervenire le ordinanze (igiene, sanità e polizia veterinaria) e l'ambito territoriale della loro efficacia (nazionale per le ordinanze ministeriali di cui al primo comma, regionali per le ordinanze adottate dalla Giunta ai sensi del terzo comma); ma il contenuto di tali ordinanze e, segnatamente, l'individuazione delle disposizioni di legge oggetto di un'eventuale deroga per ragioni emergenziali è rimessa all'arbitrio dell'autorità che adotta l'ordinanza.

Nella prospettiva adottata, altrettanto controversa, sul piano della legittimità costituzionale, è la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli artt. 24 e 25 del d. lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile), che ha costituito il fondamento di un primo filone di interventi¹⁰ tesi a fronteggiare l'emergenza pandemica a partire dalla *“Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”* del 31 gennaio 2020. Anche in questo caso il parametro legislativo si limita a prevedere il necessario rispetto, da parte del potere di ordinanza, dei “principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea”, ripetendo pedissequamente la formula già fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale ma senza chiarire, in concreto, quali debbano comprendersi tra i

10 Sulla necessità di ricondurre gli interventi emergenziali tesi a fronteggiare l'emergenza pandemica a due distinti modelli R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta on line*, 3/2020, pp. 519 ss.

principi generali dell'ordinamento inderogabili dalle ordinanze. In questa prospettiva, appare senz'altro discutibile la scelta legislativa che, mentre statuisce l'inderogabilità dei soli "principi generali dell'ordinamento", vincola, per altro verso, le ordinanze al rispetto di tutte le "norme dell'Unione Europea", indipendentemente dal loro grado di astrattezza e dalla stessa rilevanza all'interno del sistema giuridico dell'Unione¹¹.

Sotto altro profilo, la disciplina in esame appare di dubbia coerenza con l'impianto costituzionale nella parte in cui rimette alle singole ordinanze l'individuazione delle "principali norme a cui si intende derogare" (art. 25, co. I d. lgs. n. 1/2018). Innanzitutto, sembra difficilmente compatibile con i principi generali dell'ordinamento, che del potere di ordinanza dovrebbe-
ro costituire un limite, la possibilità di un atto amministrativo di derogare *ad libitum* a disposizioni di legge, con il solo vincolo dell'espressa indica-
zione delle "principali norme" a cui si intende derogare. La legittimità della previsione è resa ancora più dubbia dalla poco felice formula utili-
zzata, che nel prevedere l'individuazione delle "principali norme" oggetto dell'eventuale deroga sembra consentire la possibilità di una deroga tacita a norme di legge non ritenute "principali"; affidando, in tal guisa, all'ar-
bitrio dell'amministrazione la distinzione tra le norme "principali" per cui è necessaria la deroga testuale da parte dell'ordinanza e le "altre" norme.

A parte il ricorso alla disciplina del Codice della protezione civile, come è noto gran parte della normativa tesa a fronteggiare l'emergenza pandemica ha la sua fonte nella decretazione di urgenza che, a partire dal decreto n. 6/2020 e dal successivo decreto n. 19/2020, si è arricchita di nuovi provve-
dimenti nel corso dei mesi. L'elemento di maggiore interesse, nella specifi-
ca prospettiva del presente lavoro, è la circostanza che tale normativa (e, in particolare, i due atti citati) si limitano ad una cornice di massima all'interno della quale la concreta specificazione delle misure da adottare è rimessa ad atti amministrativi generali (Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o decreti ministeriali). La dottrina¹² ha inquadrato questa tecnica normativa in una sorta di "delega" dal decreto legge agli atti amministrativi autorizzati. In realtà, come accennato, il fenomeno presenta assai più simi-
litudini con l'istituto della delegificazione, seppur con talune peculiarità: in primo luogo, la natura non regolamentare degli atti autorizzati (in larga mi-
sura sottratti alle garanzie procedurali stabilite per i regolamenti), poi la particolare astrattezza (ai limiti dell'evanescenza) delle basi giuridiche

11 Per cui, a ragionare sulla base della formula testuale della disposizione, sarebbe inderogabile anche la più tecnica delle norme poste da un regolamento esecutivo adottato dalla Commissione, sulla sola base della sua natura di norma europea.

12 R. Romboli, *L'incidenza*, cit., p. 522.

legislative, inidonee a circoscrivere efficacemente la discrezionalità amministrativa, e, infine, la rimessione pressoché totale agli atti autorizzati delle disposizioni di legge da sospendere o da derogare, con la consequenziale incidenza, facilmente intuibile, sui diritti della persona. E se è vero che si è fortunatamente lontani da derive autoritarie giustificate dall'emergenza¹³, è altrettanto vero, ad avviso di chi scrive, che vi è una qualche sofferenza delle procedure di legittimazione democratica dovuta, in primo luogo, alla svalutazione del ruolo delle Assemblee rappresentative, prive di un reale controllo, sia pure *ex post*, sul merito delle singole misure.

3. Le competenze regionali nella disciplina dell'emergenza pandemica

La disciplina dell'emergenza ha coinvolto, come accennato, anche le singole Regioni, nell'ambito delle rispettive competenze.

Una prima questione concerne l'individuazione della fonte regionale all'uopo deputata. La prassi è pacificamente orientata nel senso del riconoscimento alle Regioni di poteri di ordinanza risultanti dalla previsione generale di cui all'art. 32 l. n. 833/1978 e all'art. 25, co. XI d. lgs. n. 1/2018, ulteriormente specificati, in riferimento alla pandemia di Covid-19, dall'art. 3 del d.l. n. 6/2020 poi sostituito dall'art. 3 del d.l. n. 19/2020. Tuttavia, la problematica meriterebbe, forse, qualche riflessione più approfondita.

Come è noto, il riferimento agli “atti aventi forza di legge ... delle Regioni” da parte dell'art. 134 Cost. ha posto, in passato, il dubbio sull'ammissibilità di atti della Giunta regionale aventi forza di legge: ossia, di decreti legge (e decreti legislativi regionali) sul modello degli analoghi atti disciplinati dagli artt. 76 e 77 Cost. L'ampia autonomia lasciata agli statuti regionali nella divisione delle funzioni tra gli organi della Regione, unitamente alla considerazione che, se non si ammettessero quanto meno decreti legge regionali, nelle materie di competenza regionale non vi sarebbe possibilità di intervenire in via d'urgenza (in ragione dell'incompetenza, ai sensi dell'art. 117 Cost., della legge statale di conversione e, dunque, del decreto legge), dovrebbe superare l'iniziale orientamento restrittivo della Corte costituzionale¹⁴ e far propendere per la soluzione positiva. L'argomento, tradizionalmente opposto, della chiusura del sistema al livello delle fonti legislative prova troppo, poiché la stessa Costituzione legittima lo sta-

13 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 139 ss.

14 Sent. n. 221 del 1992.

tuto a disegnare i confini delle funzioni di competenza regionale e, dunque, anche a delimitare le eccezioni alla regola dell'attribuzione della funzione legislativa al Consiglio regionale (art. 121 Cost.). La giurisprudenza successiva alla riforma del 1999 non offre alcuna esplicita presa di posizione sulla problematica; appare, tuttavia, significativo che nel caso deciso con sent. n. 361 del 2010, oggetto delle censure del Governo avverso la promulgazione di un atto regionale con forza di legge non era l'illegittimità *in radice* dell'attribuzione alla Giunta di funzioni legislative, ma la circostanza che, nel caso di specie, l'atto non avesse seguito il procedimento di formazione previsto dallo statuto e fosse intervenuto in una materia di competenza statale.

Ne consegue che, nel sistema costituzionale vigente, è ipotizzabile che le Regioni possano adottare decreti legge in casi straordinari di necessità ed urgenza nelle materie di loro competenza, purché tale funzione sia esplicitamente prevista e disciplinata dallo statuto regionale. La questione è meramente accademica, perché non risulta l'adozione da parte di una Regione di un atto con forza di legge al di fuori della vicenda decisa con la citata sent. n. 361 del 2010 della Corte costituzionale; sicché, gli unici provvedimenti regionali adottati per fronteggiare l'emergenza sanitaria sono stati le ordinanze previste dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale e dal Codice della protezione civile.

Il regime giuridico di questi atti, quale desumibile dagli orientamenti della giurisprudenza e dall'evoluzione normativa, appare quanto mai curioso. Preliminarmente, occorre ribadire che, sul piano ontologico, si tratta di provvedimenti amministrativi; e tuttavia, tali provvedimenti possono derogare “alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in ragione di quanto previsto dall'abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”¹⁵. Dunque: le ordinanze regionali possono sospendere o derogare a disposizioni di legge, purché tale possibilità sia prevista dalle ordinanze di protezione civile statali e dalla delibera dello stato di emergenza adottata ai sensi dell'art. 24 d. lgs. n. 1/2018, e nel rispetto dei “principi generali dell'ordinamento giuridico” tra i quali, evidentemente, ad avviso della Corte costituzionale non deve essere compreso il principio di legalità degli atti della pubblica amministrazione.

15 Corte cost., sent. n. 44 del 2019.

La disciplina sommariamente riassunta appare ancora una volta riconducibile al modello della delegificazione, nel quale l'entrata in vigore dell'ordinanza regionale determina un effetto sospensivo-derogatorio sulla disciplina legislativa statale, ma con una peculiarità: tale effetto non è in nessun modo riconducibile ad un'autorizzazione legislativa, bensì trova il proprio fondamento nelle ordinanze di protezione civile e nella delibera dello stato di necessità: ossia, se non si va errati, in atti amministrativi (sia pure qualificabili forse atti di “alta amministrazione”). In buona sostanza, la legge fonda il potere di ordinanza, rimettendo ad atti amministrativi statali tanto la determinazione delle norme generali a cui devono attenersi i provvedimenti regionali d'urgenza quanto le modalità attraverso le quali la deroga delle norme di legge vigenti può essere disposta. Appare, francamente, arduo ipotizzare che tra tali leggi e le ordinanze d'urgenza (statali e regionali) possa configurarsi un rapporto di gerarchia, ma l'approfondimento di tale spunto di riflessione richiederebbe uno sforzo ricostruttivo che esulerebbe troppo dalla prospettiva di queste pagine.

Se le ordinanze regionali possono derogare, nei termini di cui si è detto, alle norme legislative anche statali, esse sono, tuttavia, tenute al rispetto delle previsioni contenute dalle ordinanze di protezione civile adottate dallo Stato stesso. Tale conclusione, affermata in dottrina sulla base del rilievo peculiare delle funzioni unitarie in materia di protezione civile¹⁶, trova un'espressa previsione nella normativa d'urgenza adottata nel corso del 2020 in occasione dell'emergenza pandemica. In particolare, l'art. 6 del d.l. n. 19/2020 ha consentito l'adozione di ordinanze regionali solo “nelle more” dell’emanazione dei D.P.C.M. previsti dall'art. 2 del decreto, salva l’ipotesi di aggravamento dell'emergenza sul territorio nazionale e con l'esclusione della possibilità di incidere sulle attività produttive o sulle attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Con una scelta che ha suscitato non peregrini dubbi di legittimità¹⁷, l'art. 2, co. III del citato decreto ha, tuttavia, fatto salvi gli effetti delle ordinanze regionali adottate precedentemente all'entrata in vigore del decreto stesso, quando anche esorbitanti i limiti di cui all'art. 3. Nella prassi, la disinvoltura con la quale alcune Regioni hanno fatto uso del potere di ordinanza ha determinato delle tensioni, se non delle vere e proprie contrapposizioni, con il livello statale, che talvolta hanno avuto un esito giudiziario¹⁸.

16 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 131 ss.

17 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 135.

18 R. Romboli, *L'incidenza*, cit., p. 535.

4. Considerazioni conclusive

Se la Costituzione è la forma giuridica della limitazione del potere pubblico¹⁹, è necessario che ogni manifestazione di questo debba trovare in quella fondamento e limite. Tale conclusione deve, ovviamente, valere anche per le manifestazioni di autorità pubblica destinate alla gestione dello stato d'assedio, a meno di non voler sostenere che tale situazione di fatto determina la sospensione, totale o parziale, dell'ordine costituzionale e delle relative garanzie.

Nel corso dell'emergenza legata alla pandemia, sembra a chi scrive che la risposta ai pur gravissimi problemi legati al dilagare del contagio sia stata, in larga misura, cercata al di fuori degli strumenti previsti dalla Costituzione. La specificazione della disciplina emergenziale è stata affidata ad atti formalmente amministrativi le cui basi giuridiche legislative si sono limitate alla previsione nominale dell'atto e alla definizione della sua sfera di competenza, rimettendo completamente all'atto medesimo qualsivoglia scelta in ordine alle misure da adottare anche in deroga alla normativa vigente. Il risultato è stato la nascita di un “ordinamento dell'emergenza” composto, in massima parte, da norme di natura non legislativa, poste da fonti *ad hoc* statali e regionali secondo un criterio di competenza solo in parte coincidente con quello di cui all'art. 117 Cost.²⁰ e suscettibile di derogare all'ordinamento vigente, anche in rapporto alle norme sui diritti della persona²¹.

Certamente, l'esperienza costituzionale ha conosciuto diverse ipotesi di deroghe di fatto dell'ordine costituzionale, che hanno portato alla sostanziale disapplicazione di disposizioni della Carta senza che gli organi di garanzia abbiano fatto nulla per censurare tali illegittimità: si pensi all'ammissione pretoria di contratti collettivi con efficacia sostanzialmente *erga omnes* stipulati da sindacati non registrati, in spregio all'art. 39 Cost., e all'impiego delle nostre Forze Armate in missioni militari all'estero indipendentemente dalle procedure *ex art.* 78 Cost. (nonché, forse, anche delle condizioni di impiego desumibili dagli artt. 11 e 52 Cost.). Tuttavia, tali deroghe non sembrano quantitativamente comparabili con l'impatto che la normativa legata all'emergenza pandemica ha avuto su alcune garanzie costituzionali dei diritti della persona, su alcuni tratti caratterizzanti della

19 C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, tr. it., Milano, 1984, pp. 109 ss.

20 Si rammenti la possibilità delle ordinanze d'urgenza regionali, riconosciuta dalla Corte costituzionale, di derogare alle leggi dello Stato intervenendo, evidentemente, nelle materie di competenza di queste ultime.

21 Per una sintesi dei problemi creati dall'impatto sui diritti della persona della normativa emergenziale, R. Romboli, *L'incidenza*, cit., pp. 536 ss.

nostra forma di governo nonché, come si è tentato di dimostrare attraverso le considerazioni che precedono, su alcuni aspetti essenziali del nostro sistema delle fonti.

Nel corso di queste pagine si è avanzata l'ipotesi che il fenomeno possa presentare analogie con la delegificazione, ma ciò vale solo in via di approssimazione e in rapporto all'effetto derogatorio delle norme poste da atti di natura sostanzialmente regolamentare (peraltro, mai denominati regolamenti) sulla legislazione vigente. Tutta la disciplina dei limiti alla delegificazione, impliciti nella disciplina costituzionale e in larga misura codificati dall'art. 17 della l. n. 400/1988²², sia sotto il profilo della determinazione dei limiti legislativi della discrezionalità delle norme regolamentari e delle norme legislative oggetto di deroga, che sotto quello delle garanzie procedurali e, segnatamente, dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato (escluso dalla natura formalmente non regolamentare delle fonti emergenziali), è stata sostanzialmente disapplicata. L'impressione è che si sia determinato un sistema delle fonti dell'emergenza alternativo a quello costituzionale e, in larga parte, di esso sostitutivo.

La pandemia di Covid-19 è senz'altro l'emergenza più grande che ha dovuto affrontare la Repubblica. La portata di questa tragedia, il suo costo in vite umane, l'adeguatezza delle scelte compiute, saranno un giorno (si spera, non lontano) consegnate alla valutazione degli storici. Ma dal punto di vista degli studiosi di diritto pubblico, appare opportuno interrogarsi sulla questione se l'emergenza pandemica abbia dato luogo ad una sorta di periodo transitorio, tale da qualificarsi come una fase autonoma della nostra storia costituzionale, nel quale l'ordinamento della Carta è stato, sia pure parzialmente, sostituito da un sistema costituzionale diverso affermatosi in via di fatto.

5. Un ricordo

Nell'aprile del 2020, nel pieno dell'emergenza sanitaria, cessava di battere in un letto di ospedale il cuore di mio padre, Ubaldo Manfrelliotti. Mio padre si è spento lentamente, in solitudine, cercando invano il conforto della visita dei suoi figli e dei suoi congiunti, a cui la dura legge dell'emergenza ha precluso la possibilità di stargli vicino e persino di dargli l'estremo saluto. Vorrei che questo lavoro, il primo concluso dopo quel giorno doloroso, fosse legato al suo caro ricordo.

22 Su cui, in generale, V. Cocozza, *La delegificazione*, Napoli, 1996, pp. 81 ss.