

AUTORE: Marina Calamo Specchia, Alberto Lucarelli, Fiammetta Salmoni*

SISTEMA NORMATIVO DELLE FONTI NEL GOVERNO GIURIDICO DELLA PANDEMIA. ILLEGITTIMITA' DIFFUSE E STRUMENTI DI TUTELA**

Sommario: 1. Prefazione: la gestione della pandemia nel perimetro costituzionale. - 2. Sulla natura giuridica dei d.p.c.m. e loro giustiziabilità. - 3. Illegittimità consequenziale: oggetto e filiera normativa. - 4. Le concatenazioni normative. - 5. La base normativa delle deliberazioni dichiarative dello stato d'emergenza. - 6. Violazione del principio di legalità: segue. - 7. Violazione degli artt. 77-78 Cost. quale unica fonte costituzionale di poteri emergenziali e dell'art. 15 della L. n. 400/1988: l'illegittimità consequenziale dei dpcm. - 8. Ancora sulle violazioni del principio di legalità, dell'art. 23 Cost. e della riserva di legge relativa alla limitazione dei diritti fondamentali. - 9. Violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. - 10. Violazione degli artt. 23 e 25 Cost. - 11. Scenari. - 12. Illegittimità derivata e invalidità caducante.

1. Prefazione: la gestione della pandemia nel perimetro costituzionale

La *bussola* concettuale che guida il lavoro è l'obiettivo di verificare la sostenibilità costituzionale di un complesso di norme ed atti amministrativi che hanno innovato il nostro ordinamento giuridico a partire dalla prima dichiarazione dello stato d'emergenza in data 31 gennaio 2020.

Partiamo da un assunto, che sembrerebbe superfluo: il regime giuridico relativo alla gestione della pandemia deve trovare nella Costituzione il proprio fondamento ed i relativi limiti. Il perimetro della legalità dell'agire normativo statale e regionale ed amministrativo, ancor più in fase emergenziale, resta ben saldo e delineato nei principi e nelle regole poste dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale. Con queste precisazioni, che ovvia-

* M. Calamo Specchia, Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Bari; A. Lucarelli, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli Federico II; F. Salmoni, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università "Guglielmo Marconi" di Roma.

** Il testo è il risultato di riflessioni condivise degli autori; in ogni caso i paragrafi sono 1-2 di Alberto Lucarelli; 3-7 di Fiammetta Salmoni, 8-12 di Marina Calamo Specchia.

mente andremo nello specifico a definire, proveremo a configurare un governo *pubblico* della pandemia costituzionalmente orientato.

Pertanto, la bussola del nostro ragionamento è la Costituzione, mai come in questo momento *stressata* da una continua tensione tra diritti costituzionalmente garantiti e dalla ricerca, quasi agonistica, di individuare quale diritto prevalga sull'altro, sintomo di una cultura che, sempre più, ha assorbito la degenerazione patologica della competizione.

Ma, anche in una logica di *prevalenza*, i sistemi classici del costituzionalismo liberal-democratico si fondano sulla teoria dei limiti¹, ovvero in ossequio al principio di legalità e di riserva di legge, essi nascono soprattutto con l'intento di limitare l'esercizio del potere, soprattutto in casi di straordinarietà ed eccezionalità.

Com'è noto, lo Stato democratico, ed in particolare il modello *kelseniano*, fondato sulla centralità del Parlamento e, per l'appunto, sul costituzionalismo quale limite al potere², nella sapiente declinazione di fonti sulla produzione e fonti di produzione ha, sotto l'ombrello della legalità costituzionale, escluso che i fatti, ancorché emergenziali, potessero essere fonti di produzione giuridica³.

Nell'ambito dei principi fondativi della legalità costituzionale, la Consulta è stata molto eloquente: «la riconduzione ad unità delle sparse, frammentarie disposizioni giuridiche, la certezza che soltanto attraverso il superamento delle varie, numerose forme fonti, sostanziali e formali, dell'Antico Regime, si potesse raggiungere, insieme, la massima garanzia della riacquistata libertà individuale ed il massimo ordinato vivere sociale condussero a ravvisare nella legge, nella legge dello Stato, quale unità organica dell'intero popolo sovrano, il nuovo principio costituzionale, il nuovo fondamento del diritto»⁴. E continua: «La riserva di legge non rappresenta quindi un formalismo, ma la garanzia che tutte le decisioni più importanti vengano prese dall'organo più rappresentativo del potere sovrano ovvero dal Parlamento».

Com'è noto, la tenuta del costituzionalismo democratico, oltre a ruotare intorno al principio della separazione dei poteri, poggia su alcuni pilastri fondativi, tra i quali una particolare importanza assumono il principio di legalità e la riserva di legge, entrambi da declinare sul piano della loro dimensione sostanziale, quale limite costituzionale invalicabile e implicito a ogni forma di esercizio di potere *ultra vires*⁵.

¹ A titolo esemplificativo si richiama C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988; P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Costituzionalismo*, in *Enc. dir.*, XI, 1962; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976; P. BARILE, M. FIORAVANTI, *Costituzioni* (voce), in *Enc. scienze sociali Treccani*, II, Roma, 1992.

² H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982; nonché, ID., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, 2004; ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, III, Milano, 1954; ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

³ H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit.

⁴ Corte Cost., sent. n. 487 del 25 ottobre 1989.

⁵ Si v., a titolo esemplificativo, ex plurimis, almeno S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 659-703; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, pp. 84-97; AA.VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici: atti del XIII convegno annuale Trieste, 17-18 dicembre 1998*, Padova, 1999; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007; S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, 1993, pp. 57 ss.; R. BALDUZZI, F.

Sulla base di tali principi, ed in senso più ampio del quadro di riferimento costituzionale, ci si domanda se lo Stato italiano avrebbe potuto fronteggiare la pandemia del Covid-19, piuttosto che con un disordinato ricorso a norme di carattere secondario, *mal fondate* sulla legge, riconducendo i fatti emergenziali nei principi, nelle procedure e nelle garanzie costituzionali. Il punto centrale non è limitare i diritti costituzionalmente garantiti, ma porli nel rispetto dei principi posti alla base della Costituzione. Già questo paradigma concettuale ci pone al di fuori dallo scontro tra diritti, riconducendo la questione dei limiti al rispetto di principi e regole costituzionali.

Com'è noto, l'indirizzo del nostro Costituente, per evitare svolte autoritarie, intese soprattutto quale concentrazione del potere e violazione dei diritti fondamentali dei cittadini, non è stato quello di introdurre un vero e proprio statuto "istituzionale" dell'emergenza, sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar⁶ o dell'art. 16 della Costituzione francese del 1958⁷, sebbene quest'ultimo individui forti contrappesi istituzionali che circondano e indirizzano il centro decisionale emergenziale. Il nostro Costituente ha chiaramente fatto prevalere la scelta di prevedere e governare i fatti emergenziali con strumenti originariamente eccezionali e necessitati da particolari imprevedute situazioni (i "casi straordinari di necessità e di urgenza"), anzi, quanto più è vigorosa l'eccezionalità, la straordinarietà, tanto più un sistema democraticamente solido deve disporre di strumenti normativi per fronteggiarli. In altri termini, «la funzione normativa del Governo, nell'intenzione dei Costituenti, doveva rappresentare una rarissima eventualità»⁸.

Con l'irrompere della pandemia, si è voluto *fondare* uno statuto dell'emergenza *ad hoc*, enucleato da una fonte di rango primario, il d.lgs n. 1/2018⁹ (strumento normativo destinato a costituire la causa giustificativa dei poteri emergenziali della protezione civile), con un

SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; L. CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, pp. 7 ss.

⁶ In base all'articolo 48 della Costituzione di Weimar, il Presidente poteva assumere il potere di legiferare, compresa la possibilità di sospendere i diritti fondamentali. Il *Reichstag*, inoltre, «aveva il potere di richiedere l'abrogazione della decretazione di emergenza. Egli aveva, inoltre, l'ultima parola riguardo alle condizioni di necessità, ammesso che la legislatura riuscisse a durare». Così, D. GRIMM, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in *Nomos*, 2, 2012, p. 3.

⁷ L'art. 16 della Costituzione francese, invece, dispone: «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste da tali circostanze, sentiti il Primo Ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio Costituzionale. Egli ne informa la Nazione mediante un messaggio. I provvedimenti devono essere ispirati alla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio Costituzionale è consultato in materia. Il Parlamento si riunisce di diritto. L'Assemblea Nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali». Per approfondire, in prospettiva più generale, O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence de novembre 2015: mise en perspective historique et critique*, in *Jus Politicum*, 15, 2016; nonché in prospettiva emergenziale sanitaria A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau peril, nouveau régime d'exception*, in *La Semaine Juridique*, 13, 2020; V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme*, Mars 2020; J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, 15, 2020.

⁸ I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021 (12 gennaio 2021), p. 125.

⁹ Decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, Codice della Protezione Civile.

frequente ricorso al decreto legge, a sua volta posto alla base di decreti del Presidente del Consiglio (dpcm).

In particolare, il primo dei decreti legge (n. 6/2020¹⁰) costituiva una vera e propria delega in bianco a favore dei dpcm; atti amministrativi generali, che trovano il proprio fondamento giuridico nella riforma della Presidenza del Consiglio operata con la legge n. 400 del 1988¹¹.

In sostanza, libertà fondamentali riconducibili, a mero titolo esemplificativo, agli artt. 13, 16, 17, 18, 19 Cost. sarebbero state limitate formalmente da norme di rango primario, ovvero dai vari decreti legge sin qui adottati, ma nella sostanza comprese dai dpcm, atti di natura amministrativa. Ciò ha determinato la *costruzione* di un modello emergenziale che pone sotto tensione sia la riserva di legge che il principio di legalità, ma in senso più ampio la centralità del parlamento.

La torsione del sistema delle fonti - ma anche della forma di governo parlamentare - è stata successivamente (a partire dal d.l. n. 19 del 2020) mitigata da quella che è stata definita la parlamentarizzazione¹² della gestione dell'emergenza, che ha provato ad allinearla all'impianto costituzionale.

¹⁰ Decreto legge, 23 febbraio 2020 n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid 19», convertito con legge l. 5 marzo 2020, n. 13.

¹¹ Come già si è avuto modo di sottolineare in altra sede, il decreto-legge si porrebbe quale fonte attuativa di un principio costituzionale, che implicitamente legittimerebbe il ricorso a fonti *extra ordinem*, quindi una concatenazione di atti al di fuori del perimetro costituzionale, ritenuto, evidentemente, nella sua espressione *secundum ordinem*, inadeguato ed inefficace ad affrontare l'emergenza sanitaria. Così, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 565 ss.; G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in www.unicost.eu, 10 aprile 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, in *Oss. Cost.*, 3, 2020.

¹² Decreto legge 8 aprile 2020, n. 22 «Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19»; decreto legge 10 maggio 2020, n. 30, «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2»; decreto legge 16 maggio 2020, n. 33, «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; decreto legge 30 luglio 2020, n. 83, «Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020 e disciplina del rinnovo degli incarichi di direzione di organi del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica»; decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, «Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia»; decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2020 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020, e disposizioni urgenti in materia di riscossione esattoriale»; decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, «Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19»; decreto legge 2 dicembre 2020, n. 158, «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19»; decreto legge 18 dicembre 2020, n. 172, «Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19»; decreto legge 5 gennaio 2021, n. 1, «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; decreto legge 14 gennaio 2021, n. 2, «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021».

Tuttavia, ciò che ci si propone di sostenere nel presente lavoro è che il c.d. statuto dell'emergenza, al di fuori del perimetro costituzionale, ha consentito ad atti di rango secondario (dpcm), solo in parte e marginalmente riconducibili a norme generali, di interferire sulle libertà fondamentali.

Ciò, oltre ad incidere sul sistema gerarchico delle fonti e sulle categorie fondative dello Stato costituzionale liberal-democratico, ha ridimensionato il ruolo del parlamento, determinando una torsione della forma di governo parlamentare, a vantaggio di un ruolo sempre più preminente acquisito dal presidente del consiglio e dal governo nel suo complesso.

Il c.d. statuto dell'emergenza *extra ordinem* posto in essere, ha fortemente compreso, se non addirittura violato, quel complesso di principi, regole e garanzie che, *secundum ordinem*, avrebbero potuto, nel rispetto del principio di legalità e della riserva di legge, limitare le libertà fondamentali, mediante l'adozione di fonti di rango primario quali i decreti legge e i decreti legislativi.

Tali strumenti, riconducibili ad un uso adeguato dell'art. 77 Cost., sarebbero stati in grado di operare bilanciamenti tra diritti costituzionalmente garantiti, seguendo la lettura costituzionalmente orientata da ragionevolezza e proporzionalità delle limitazioni, senza cedere alla deriva del *diritto tiranno*¹³.

La nostra Costituzione esprime un modello basato sulla democrazia della rappresentanza, sulla centralità dell'organo legislativo, in grado di *resistere* e di non *cedere il passo* ad un regime delle fonti *extra ordinem*, con conseguente *strapotere* delle pubbliche amministrazioni, degradando la certezza del diritto ad una permanente incertezza.

Il fatto - per quanto di natura emergenziale - non può legittimare l'adozione di una serie di atti che, come andremo a dimostrare, definiscono un procedimento normativo che si colloca *extra ordinem*.

La filiera normativa degli atti normativi di rango primario e secondario, seppur adottati in regime emergenziale, dovrebbe continuare a rispettare, come previsto dalla Costituzione, la riserva di legge assoluta e/o rinforzata, oltre, ovviamente, ad essere conforme al principio di legalità. Quest'ultimo si esprime nella sua dimensione, allorquando, realizza, rispetto all'atto sottostante, dei rigorosi parametri e vincoli di riferimento di natura sostanziale e procedurale¹⁴.

A differenza dell'attuale governo e gestione dell'emergenza, che vede, come si è detto, lo svilimento del ruolo del Parlamento, l'art. 77 Cost. assegna all'organo legislativo un

¹³ L. GENINATTI SATE', "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 maggio 2013; M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 giugno 2013; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2013; M. BONI, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 5 febbraio 2014, tutti pubblicati anche in www.giurcost.org.

¹⁴ S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, cit.; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit.; L. CARLASSARE, *Riserva di legge (voce)*, cit., pp. 7 ss.

ruolo centrale: il Parlamento deve convertire il decreto-legge. Ci troviamo in presenza di atti giustiziabili dinanzi alla Corte costituzionale, sia in via incidentale che principale; il Parlamento, seppure con forme e contenuti diversi, esprime il proprio indirizzo politico, in altri termini governa l'emergenza, lasciando, come è giusto che sia, la gestione tra attività di governo ed attività di amministrazione.

In conclusione, lo stato di emergenza, o più correttamente il fenomeno emergenziale, va ricondotto nel perimetro costituzionale dei casi straordinari di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost. e delle fonti *secundum ordinem*, riservando ai dpcm natura di atto amministrativo meramente esecutivo, privo di capacità innovativa rispetto all'ordinamento giuridico. Pertanto, governo e gestione dell'emergenza, in assenza di uno statuto costituzionale dell'emergenza, si snodano tra fonte sulla produzione, fonti di produzione ed atti consequenziali di natura amministrativa. Tuttavia, va ricordato che il ricorso ad una legge materiale, piuttosto che ad una legge formale, frutto di una decisione politica che trova copertura e fondamento in Costituzione, è giustificato, ma limitatamente nel tempo, dall'esistenza di «casi straordinari di necessità ed urgenza...» come previsto appunto dall'art. 77 Cost. Ciò significa che il perdurare della pandemia dovrà mutare la semantica del fenomeno: da gestione dell'emergenza si dovrà passare a governo e gestione ordinaria della pandemia.

2. Sulla natura giuridica dei d.p.c.m. e loro giustiziabilità

Lo studio in oggetto intende concentrarsi, sulla base delle suddette premesse, in ordine alla legittimità costituzionale della c.d. filiera normativa Covid-19, posta in essere per governare e gestire il fenomeno pandemico, ma anche sull'individuazione di quali possono essere i rimedi e gli strumenti di difesa, rispetto alle suddette violazioni.

È evidente che per porre in Corte costituzionale la questione, attraverso un giudizio in via incidentale, occorra la preliminare presentazione di un ricorso di natura amministrativa, avente ad oggetto l'impugnazione di un atto/provvedimento amministrativo che abbia comminato una sanzione amministrativa (ad esempio una multa).

Tale atto troverebbe il proprio fondamento in uno dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (dpcm), ovvero in una fonte legittimante avente ad oggetto libertà fondamentali, a sua volta direttamente riconducibile ai decreti legge.

L'atto amministrativo, a carattere sanzionatorio, inciderebbe su una delle libertà fondamentali *toccate* dai decreti-legge e dai dpcm che si sono succeduti a partire da marzo 2020, e che hanno configurato, come meglio specificato nel corso dell'indagine, un regime giuridico emergenziale (fonti *extra ordinem*) in luogo del regime giuridico ordinario (fonti *secundum ordinem*).

Uno dei temi di maggiore rilevanza che attengono alla legittimità della filiera normativa, che costituisce una sorta di *vexata quaestio*, attiene alla qualificazione giuridica del dpcm

come atto amministrativo di carattere generale o come atto avente natura normativa¹⁵. In particolare, nella considerazione che si tratta di atti che contengono in sé una capacità innovativa dell'ordinamento giuridico.

Sotto il primo profilo, come affermato dalla giurisprudenza «l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»¹⁶.

Sotto il secondo profilo, è atto normativo un atto formalmente amministrativo in quanto emanato da organi del potere esecutivo ma sostanzialmente normativo in quanto munito dei caratteri di generalità, astrattezza e innovatività, tipici delle norme giuridiche.

Caratteristiche comuni agli atti amministrativi generali e agli atti normativi sono: l'esonero dall'obbligo di motivazione, la non applicabilità delle garanzie partecipative, la limitazione del diritto di accesso e l'esclusione del sindacato di legittimità ex art. 134 Cost. perché limitato solo alle leggi, agli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, permanendo solo il controllo di legittimità affidato al giudice del caso concreto, con possibilità di disapplicazione¹⁷.

Al fine di inquadrare il dpcm tra gli atti amministrativi di carattere generale o tra gli atti normativi, occorre guardare al criterio sostanziale utilizzato dalla giurisprudenza, in forza del quale la natura dell'atto deve essere accertata in virtù del suo contenuto. La difficoltà interpretativa risiede nella variabilità della categoria in questione: si pensi all'atto con cui si adotta il regolamento interno del Consiglio dei Ministri, che l'art. 4, co. 4, l. 400/1988 individua nel dpcm e non nel decreto governativo collegiale.

In merito, poi, alla giustiziabilità del dpcm vige il regime dell'annullabilità per eccesso di potere¹⁸: in questo caso l'atto viziato è annullabile da una espressa pronuncia giurisdizionale, quando affetto da vizi di legittimità.

Diversa è l'ipotesi in cui affetto da illegittimità non è direttamente il dpcm, ma l'atto normativo che ne costituisce il presupposto giuridico necessario, nella nostra fattispecie il decreto-legge. In questo caso ricorre il vizio dell'illegittimità derivata¹⁹ che si configura quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, B. MAMELI, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giur. It.*, 2012, 11; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2012, pp. 1209 ss.; *Id.*, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2020, pp. 135 ss.; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 219; A. LUCARELLI, *Costituzioni, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, pp. 23-30.

¹⁶ Così Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2012

¹⁷ Art. 4 e 5 L.A.C. n. 2248/1865, all. E

¹⁸ Si veda da ultimo, Corte di Cassazione, Sez. Unite, 12 luglio 2019, n. 18829.

¹⁹ A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quad. cost.*, 26 marzo 2020, spec. 9 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, cit., pp. 18 ss. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

In sostanza, quando l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, sicché non vi sono nuove e ulteriori ponderazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti; in altri termini, l'invalidità dell'atto presupposto travolge gli effetti dell'atto consequenziale, producendo un effetto caducante.

È la tesi sostenuta dal Giudice di Pace di Frosinone nella sentenza n. 516/2020 del 29 luglio 2020, con la quale è stata disposta per il caso in esame la disapplicazione ex art. 4 e 5 LAC 2248/1865 all. E del DPCM, atto presupposto del verbale applicativo delle sanzioni amministrative pecuniarie annullate, ritenendolo non solo illegittimo per violazione del principio di legalità non avendo adeguata copertura legislativa, ma altresì incostituzionale. Un nesso, quello della presupposizione-consequenzialità²⁰, che spiega la relazione della catena normativa emergenziale e che rappresenta quale censura caducante l'endiadi normativa decreto-legge/dpcm, fondante, dunque, il *fumus boni iuris* per sollevare un'eccezione di incostituzionalità.

3. Illegittimità consequenziale: oggetto e filiera normativa

Il primo comma dell'art. 27 della l. n. 87/1953 prevede, com'è noto che «la Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime».

Il secondo comma della medesima disposizione dispone che la Corte costituzionale «dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»²¹.

In merito all'oggetto del nostro studio, occorrerà verificare se lo stesso nesso di consequenzialità tra norme di pari rango gerarchico, che determina l'illegittimità consequenziale, come affermato dalla su richiamata giurisprudenza della Corte, possa instaurarsi anche tra norme di differente posizione gerarchica, ad esempio, nel caso di specie, tra il decreto-legge e i dpcm, adottati in regime emergenziale Covid-19. Tale ragionamento argomentativo ruota intorno alla considerazione che i dpcm hanno la loro fonte di legittimazione nei decreti-legge in virtù del rapporto di presupposizione necessaria.

La filiera normativa, della quale si è detto, si fonda sulle dichiarazioni di emergenza sanitaria e successive proroghe²² e sui dd.ll. 6/2020²³ e 19/2020²⁴ e successive modifiche.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ In questo senso, *ex plurimis*, si vedano Corte cost., sent. nn. 97/1980, 5/1986, 291/2013, 170/2014; ad esempio, nella sent. n. 34/1961 la Corte considera che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 43 [oggetto dell'impugnazione], facendo venir meno la premessa della successiva legge n. 44, porta a eguale dichiarazione per quest'ultima, ai sensi dell'art. 27 legge 11 marzo 1953, n. 87», (v. anche Corte cost., sent. n. 54/1958; Corte cost., sent. n. 5/1962; Corte cost., sent. nn. 155/1963 e 108/1969; Corte cost., sent. nn. 18/1956, 4/1958, 39/1963; Corte cost., sent. nn. 100/1967, 11/1956, 113/1957, 21/1968, 71/1967 e 59/2017; Corte cost., sent. nn. 38/1960, 23/1966 e 93/2017).

²² Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, n. 25, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»; delibera del Consiglio dei Ministri 29 luglio 2020 che ha prorogato lo stato d'emergenza sino al 15 ottobre 2020;

Con riferimento alla successione di atti normativi riproduttivi di intere disposizioni lesive di diritti fondamentali, la Corte rileva che «l'effetto finale è stato quello di assicurare, pur nel succedersi delle disposizioni, una piena continuità normativa della disciplina oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale. Pertanto, in una tale evenienza, il susseguirsi delle disposizioni non fa venir meno la perdurante rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata e non ne pregiudica l'esame nel merito da parte di questa Corte. Diversamente, si consentirebbe al legislatore di dilazionare, ostacolare o addirittura impedire il giudizio di questa Corte, in contrasto con il principio di economia dei giudizi (sent. 84 del 1996) e a scapito della pienezza, tempestività ed effettività del sindacato di costituzionalità delle leggi, compromettendo in modo inaccettabile la tutela di diritti fondamentali... L'iter seguito dal legislatore è dunque tortuoso e del tutto anomalo: non si tratta, infatti, né di una semplice mancata conversione, né di una reale abrogazione e neppure di una abrogazione con successiva diversa regolamentazione. Nella specie, sotto l'apparenza di una abrogazione, la successione di disposizioni legislative dissimula (attraverso un uso improprio della legge di conversione) una effettiva continuità di contenuti normativi che, traendo origine dalla disposizione iniziale "abrogata", permangono grazie alla sanatoria e si protraggono nel tempo in virtù dell'articolo che li riproduce. In tale quadro normativo, la norma oggetto del giudizio vive nell'ordinamento in forza di una inscindibile combinazione di disposizioni strettamente interconnesse tra loro. Pertanto, il giudizio di costituzionalità non potrà che investire tutte le disposizioni considerate in combinazione tra loro»²⁵. Pertanto, l'oggetto di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale, dovrebbe esprimersi, come sostenuto dalla suddetta giurisprudenza della Corte, sull'effettiva continuità di atti e contenuti normativi, sulla cd. filiera normativa.

4. Le concatenazioni normative

Le misure di contenimento e contrasto alla diffusione del Covid-19, poste in essere dal Governo, sono state numerose, confuse e, talvolta, sovrapposte. È dunque necessario effettuare una disamina dettagliata delle varie fonti adottate, individuandone il fondamento.

Per verificare se la normazione prodotta, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020, abbia un fondamento di legittimità, occorre rifarsi alla collaudata teoria *kelseniana* del «fondamento giuridico dell'unità della concatenazione produttiva»²⁶ che individua la fonte di legittimazione dell'ordinamento giuridico nella catena normativa che lega la fonte di grado inferiore a quella di grado superiore (e che a ritroso individua il principio di giustificazione nel principio-base costituzionale).

delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020 che ha prorogato lo stato d'emergenza sino al 31 gennaio 2021.

²³ Decreto-legge del 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».

²⁴ Decreto-legge del 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

²⁵ Corte cost., sent. n. 58 del 2018.

²⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it., *Le dottrina pura del diritto*, Torino, 1961, p. 81.

La “concatenazione produttiva”, posta in essere dal potere esecutivo, è stata la seguente: 1) deliberazione normativa del Consiglio dei Ministri; 2) decreti-legge; 3) dpcm/ordinanze.

Si devono invero individuare tre distinti filoni normativi legati alla gestione dell'emergenza: il primo, attinente alla deliberazione dello stato d'emergenza da parte del Consiglio dei ministri; il secondo, relativo ai poteri di ordinanza intitolati al Ministro della salute, ai Presidenti di Regione e ai Sindaci; il terzo, attinente al ricorso combinato di decreto-legge e dpcm a partire dal decreto-legge n. 6/2020.

Fra questi si deve operare una chiara distinzione.

Anzitutto, la deliberazione dello stato di emergenza - approvata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 e prorogata con successive delibere consiliari del 20 luglio e del 7 ottobre 2020 - è stata effettuata in forza degli artt. 24 e 7, comma primo, lettera c del decreto legislativo n.1 del 2 gennaio 2018 (cd. Codice della Protezione Civile). Si tratta, com'è noto, di uno statuto emergenziale, di rango legislativo, finalizzato ad organizzare il Dipartimento della Protezione Civile costituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in vista della gestione di eventi calamitosi e del relativo soccorso alle popolazioni colpite, con attivazione dell'apposito fondo emergenziale (art. 44 del decreto del 17 marzo 2020, n. 18) e di poteri straordinari di ordinanza del Capo della Protezione Civile, limitati all'estensione temporale dello stato di emergenza.

In secondo luogo, l'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 dispone che: «il Ministro della sanità può 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 medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

Si tratta, ancora una volta, dell'attivazione di poteri sostanzialmente emergenziali — anche in ragione dell'atto autorizzato, l'ordinanza, atto straordinario *par excellence* — sulla base di presupposti di legge. La disposizione in commento ha fornito la base legale per le ordinanze del Ministro della salute, adottate sino all'emanazione del primo dei molti dpcm²⁷, a loro volta emanati sulla distinta base normativa rappresentata dal dl n. 6/2020.

Viene infine in rilievo il filone normativo rappresentato dalla combinazione fra decreto-legge e dpcm e successiva informativa alle Camere da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri delle misure adottate con proprio decreto, secondo uno schema di produzione normativa inedito ed eccentrico rispetto allo strumento normativo-emergenziale voluto dal Costituente. Si tratta, invero, di uno statuto emergenziale, elaborato *ex novo* per fronteggiare le pur innegabili costanti e rapide mutazioni del contesto emergenziale stesso ed in particolare finalizzato a comprimere taluni diritti costituzionalmente garantiti, allo scopo di contenere il

²⁷ Dpcm 1 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 1 aprile 2020, 10 aprile 2020, 26 aprile 2020, 16 maggio 2020, 11 giugno 2020, 14 luglio 2020, 7 agosto 2020, 13 ottobre 2020, 24 ottobre 2020, 3 novembre 2020, 3 dicembre 2020, 14 gennaio 2021, tutti pubblicati in www.governo.it.

diffondersi del contagio, che appare privo di uno specifico fondamento costituzionale, nel senso di non essere disciplinato come tale dalla Costituzione (assenza di uno statuto istituzionale e formale dell'emergenza in Costituzione).

Non è, tuttavia, il ricorso al decreto-legge in sé a presentare profili di dubbia compatibilità con la Costituzione. Il testo costituzionale - diversamente da altri referenti comparati²⁸ - non contiene una o più disposizioni che disciplinino puntualmente e specificamente lo stato di emergenza. Nondimeno, come rilevato dalla dottrina²⁹, è rinvenibile all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano un "implicito statuto costituzionale dell'emergenza" - espressione dei tradizionali principii del *primum vivere* e del *salus rei publicae* - costituito dai principii di unità e indivisibilità della Repubblica, di tutela della salute pubblica e della pubblica sicurezza, da specifiche fonti sulla produzione dell'emergenza (artt. 77 e 120 Cost) e dall'intangibilità dei principii supremi del vigente ordinamento costituzionale, su tutti i diritti fondamentali.

Il decreto-legge, in particolare, rappresenta l'unico strumento in grado di affrontare con tempestività casi straordinari di necessità e urgenza, salvaguardando, ad un tempo, la tenuta complessiva del sistema costituzionale in ragione della sua equiparazione alla legge ordinaria (e, in conseguenza, della sua sottoposizione al sindacato di legittimità costituzionale della Corte costituzionale), del potere di emanazione del Presidente della Repubblica (che presuppone un primo controllo di legittimità specialmente sui requisiti costituzionali della necessità e dell'urgenza) e della conversione in legge da parte delle Camere (che consente di sottoporre l'atto di matrice governativa alla discussione parlamentare innescando i meccanismi classici di controllo e di deliberazione della forma di governo parlamentare)³⁰.

Ciò che va indagato, in particolare, attiene:

a) alla possibilità o meno per il decreto-legge di demandare la limitazione di diritti costituzionalmente garantiti a un atto secondario che, oltretutto, da un punto di vista sostanziale non è atto collegiale ma monocratico seppure adottato previa consultazione di determinati ministri;

²⁸ Come la Spagna, la Francia e la Germania. Sul punto, in dottrina, si v. R. DI CESARE, M. MERCURI (a cura di), *Emergenza da COVID-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Dossier servizio studi Senato, marzo 2020; G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, pp. 69-94. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 885; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, pp. 3 ss.

²⁹ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020, p. 3. Sul punto si veda anche A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 560-562; L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio conseguente strapotere alle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost, per tacer d'altri*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, p. 13; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, p. 511; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 546.

³⁰ Sull'importanza del Parlamento nella fase di gestione dell'emergenza si legga S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, pp. 6 ss.

b) all'ampiezza della discrezionalità conferita all'atto autorizzato a individuare nello specifico le misure limitative di diritti di rango costituzionale e pertanto, più a monte, al grado di precisione e determinatezza del catalogo di misure in astratto previste dal decreto-legge.

5. La base normativa delle deliberazioni dichiarative dello stato d'emergenza

Partiamo dall'esame della fonte che ha costituito la base normativa delle deliberazioni dichiarative dello stato d'emergenza, ovvero dal d. lgs n. 1/2018. Si ritiene che tale norma non possa costituire il presupposto legale per la dichiarazione dello stato di emergenza. Va sottolineato che, proprio in ragione della chiara distinzione fra i tre filoni normativi prima delineati, il richiamo alla deliberazione (e alla proroga) dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, a norma del Codice della Protezione Civile nel preambolo dei vari dpcm adottati nel corso dell'emergenza, è ultroneo. Il fondamento normativo di rango primario che ha abilitato i poteri del Presidente del Consiglio non è, infatti, da ricercarsi negli artt. 7 e 24 del d.lgs. 1/2018 ma nello stesso decreto-legge. È, pertanto, su questi aspetti che va concentrata l'attenzione dell'interprete, finalizzata a indagare la legittimità costituzionale della catena normativa (costituita da decreti-legge-dpcm) in quanto: a) atto avente forza di legge e pertanto oggetto diretto di sindacato di costituzionalità ex l'art. 134 Cost.; b) base normativa dei susseguenti dpcm.

6. Violazione del principio di legalità: segue

Il dpcm, come è noto, non può adottare norme con valore di rango primario incidendo su diritti e libertà costituzionali coperti da riserva di legge. Nel concreto, il dl n. 6/2020 ha aperto la strada all'utilizzo del dpcm come atto unico autorizzato a adottare in concreto le specifiche misure di contrasto e contenimento del contagio comportanti, come meglio si vedrà, svariate limitazioni a diritti costituzionalmente protetti.

Successivamente lo stesso è stato abrogato, quasi per intero, dal dl n. 19/2020 che, pur tentando di reagire a più di una critica mossa nei confronti dell'eccessiva indeterminazione delle disposizioni del precedente decreto, ne ha, in sostanza, mantenuto inalterati la logica di fondo ed il particolare procedimento "inventato" dal dl n. 6³¹.

Nello specifico, l'art. 1 del citato decreto prevede le misure in astratto adottabili, demandando poi, all'art. 2, la concreta adozione delle stesse al Presidente del Consiglio con proprio decreto, su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o

³¹ Sul punto si legga B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020 e M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020.

alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

Il decreto così adottato viene, poi, comunicato, entro il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale alle Camere, avanti le quali il Presidente del Consiglio o Ministro delegato riferisce entro quindici giorni. Non si sottraggono alla filiera normativa neanche il dl n. 125/2020 e il d.l. n. 2/2021 che hanno prorogato lo stato di emergenza legislativa rispettivamente fino al 31 dicembre 2020 e al 30 aprile 2021, introducendo puntuali modifiche ai dd.ll. n. 23/2020; n. 33/2020; n. 34/2020; n. 83/2020, n. 104/2020, n. 125/2020, n. 137/2020, n. 158/2020, n. 1/2021.

In tema di individuazione del parametro della violazione, la Corte costituzionale afferma che «nei casi in cui sia sicuramente identificato dal giudice a quo il principio costituzionale del quale si assuma la violazione» si considera «irrilevante l'indicazione di un articolo o di un comma diverso da quello in cui il principio è da ritenere effettivamente espresso³². Ciò tanto più ha da valere allorquando venga in questione una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella Carta fondamentale in un sistema unitario, per quanto distribuita in più articoli».

7. Violazione degli artt. 77-78 Cost. quale unica fonte costituzionale di poteri emergenziali e dell'art. 15 della L. n. 400/1988: l'illegittimità consequenziale dei dpcm

Il combinato disposto degli articoli 77 e 78 della Costituzione, nel *fondare* uno statuto minimo dell'emergenza, prevede che essa sia governata nell'equilibrio tra poteri, nel coinvolgimento costante del Parlamento, nella garanzia del Capo dello Stato.

Il decreto-legge è lo strumento per eccellenza di governo dell'emergenza e a tale norma è rimessa la competenza esclusiva relativa compressione dei diritti fondamentali. Tali norme costituzionali sarebbero violate dalla previsione dell'utilizzo del dpcm non già con funzione integrativa ma sostitutiva del disposto del decreto-legge, che fungerebbe quindi da "norma in bianco" esclusivamente attributiva di competenza³³.

In tal senso si spoglia il legislativo del potere di convertire, non convertire, emendare quella che, nonostante una storica eterogenesi dei fini, resta la fonte primaria dell'emergenza. Si tradisce in questo modo il rapporto tra decreto-legge e atti amministrativi esecutivi, così come concepito all'interno del nostro sistema delle fonti. Non si riscontrano, infatti, in tale decreto-legge³⁴, i requisiti di specificità, immediata applicabilità e temporaneità³⁵ previsti dal legislatore, in particolare nell'art 15 della legge n. 400/1988, dotata peraltro di

³² Si v. per esempio Corte cost., sentenza n. 6 del 1962 e ordinanza n. 149 del 1963.

³³ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; A. LUCARELLI, *Costituzioni, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 565 ss; G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, cit.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, cit.

³⁴ Decreto-legge del 23 febbraio 2020, n. 6, "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19".

³⁵ Insiste sul presupposto della temporaneità della deroga al sistema costituzionale di protezione dei diritti, I. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., p. 140.

una sorta di *legittimazione costituzionale* attraverso la sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012³⁶.

Inoltre, l'art. 2, comma 3, dl n. 19/2020, nel far salvi gli effetti prodotti dal dl n. 6/2020, si pone in rapporto di reiterazione implicita con detto decreto, che continua così a fungere da base legale dei dpcm emanati ed emanandi³⁷. Le ripetute e successive proroghe dello stato di emergenza dimostrano il passaggio dallo stato di urgenza pandemico alla gestione ordinaria della pandemia, venendo meno i presupposti di temporaneità e, dunque, di straordinarietà giustificativi dell'adozione dei decreti-legge e conseguentemente dei dpcm³⁸.

Infine, va evidenziato che il dpcm è legato da rapporto di presupposizione necessaria al decreto-legge; ciò significa che, nell'adozione del dpcm, non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti³⁹.

Il rapporto di presupposizione necessaria lega tra loro, secondo la logica del principio gerarchico delle fonti del diritto ascendente, la sanzione amministrativa, il dpcm e il decreto-legge; secondo un orientamento giurisprudenziale, il nesso di consequenzialità va motivato, pena l'inammissibilità⁴⁰.

³⁶ Nell sentenza citata la Corte Costituzionale «ha individuato, tra gli indici alla stregua dei quali verificare «se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere», la «evidente estraneità» della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita. La giurisprudenza collega il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., ad una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico. La urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare. Da quanto detto si trae la conclusione che la semplice immissione di una disposizione nel corpo di un decreto-legge oggettivamente o teleologicamente unitario non vale a trasmettere, per ciò solo, alla stessa il carattere di urgenza proprio delle altre disposizioni, legate tra loro dalla comunanza di oggetto o di finalità. Ai sensi del secondo comma dell'art. 77 Cost., i presupposti per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo. L'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed «i provvedimenti provvisori con forza di legge», di cui alla norma costituzionale citata. Il presupposto del «caso» straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il «caso» che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale».

³⁷ Decreto-legge n. 19 del 2020, art. 2, comma 3: «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

³⁸ Si v. Corte cost., sentenza n. 360 del 1996.

³⁹ In altri termini, l'invalidità dell'atto presupposto travolge gli effetti dell'atto consequenziale, producendo un effetto caducante.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 138 del 2009.

8. Ancora sulle violazioni del principio di legalità, dell'art. 23 Cost. e della riserva di legge relativa alla limitazione dei diritti fondamentali

In merito all'oggetto del suddetto paragrafo, s'intende articolare l'analisi su due profili:

- formale, per l'inidoneità del dpcm, atto monocratico, a costituire legittimo esercizio di potestà normativa su materie coperte da riserva di legge, essendo l'esercizio materiale di funzioni legislative (ex artt. 76 e 77) riservata al Governo nella sua composizione collegale;
- sostanziale, ossia la proporzionalità delle misure adottate in via generale (con legge o atto avente forza di legge) affinché la limitazione non si traduca in negazione della libertà.

La questione della conformità alla Costituzione delle fonti della filiera normativa dell'emergenza risulta di primaria importanza, in ragione della compressione di diritti fondamentali quale il diritto al lavoro (articolo 4) nella sua accezione dipendente, autonoma e imprenditoriale, il diritto di circolazione (articolo 16), il diritto di riunione (articolo 17), il diritto all'istruzione (articolo 33), di base e superiore, il diritto di culto (articolo 19), il diritto di agire e resistere in giudizio e (articolo 24) quindi il diritto al giusto processo (articolo 111), il diritto di proprietà (articolo 42) e finanche la libertà personale (articolo 13) e il diritto alla salute (rispetto alle patologie fisiche e mentali diverse dal Covid-19).

Tali diritti, che si esplicano inevitabilmente nella loro dimensione sociale, sono i pilastri del nostro ordinamento democratico, in quanto consentono il pieno sviluppo della persona, la tutela dei suoi interessi, la realizzazione di quel substrato culturale e ideologico sul quale si fonda il vivere democratico.

Può quindi la legge o l'atto avente forza di legge autorizzare la fonte normativa secondaria a comprimere queste libertà fondamentali? Può la legge – intesa in senso sostanziale – abdicare alla sua funzione primaria di baluardo dei diritti fondamentali attraverso una “norma in bianco”?

Appare evidente come, pur dovendo ammettere l'esistenza di un vivace dibattito dottrinale sul tema⁴¹, tanto la riserva di legge cd. assoluta, quanto quella cd. relativa, impediscano radicalmente un tale modello di normazione. Diritti della portata di quelli compresi - specie durante la prima fase dell'emergenza- non possono tollerare il silenzio della legge, né la laconicità del dettato normativo del d.l. n. 6/2020 che, individuando presupposti oltremodo generici e confini evanescenti, demandava integralmente a un deformalizzato e privo di garanzie dpcm la degradazione *ad libitum* di diritti e libertà coesenziali alla tenuta democratica del sistema.

Le riserve di legge, previste rispettivamente dagli articoli 4, 16, 17, 19, 24, 33, 111 della Costituzione, che, pur relative come nel caso dell'art.16, risultano superate dalla *super-competenza* del dpcm, che non si limita a disporre misure al verificarsi del presupposto, ma che è fonte prescrittiva dello stesso presupposto⁴².

⁴¹ Tra i tanti si può ricordare, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismi.it.*, 1, 2020; I. NICOTRA, *Stato di Necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid*, 19, 23 marzo 2020.

⁴² V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020;

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 115 del 2011, ha precisato la relazione che, in virtù del principio di legalità formale e sostanziale espresso dalla riserva di legge, deve intercorrere tra atto amministrativo e atto legislativo presupposto a garanzia dei diritti fondamentali. In particolare, la Corte «ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. Le ordinanze sindacali oggetto del presente giudizio incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati. La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23). La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di

M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.; L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, cit.

cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (sentenza n. 190 del 2007). È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. «unifica nella previsione i due tipi di prestazioni "imposte"» e «conserva a ciascuna di esse la sua autonomia», estendendosi naturalmente agli «obblighi coattivi di fare» (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di "prestazione", in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare. Nella materia in esame è intervenuto il decreto del Ministro dell'interno 5 agosto 2008 (Incolunità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione). In tale atto amministrativo a carattere generale, l'incolumità pubblica è definita, nell'art. 1, come «l'integrità fisica della popolazione», mentre la sicurezza urbana è descritta come «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale». L'art. 2 indica le situazioni e le condotte sulle quali il sindaco, nell'esercizio del potere di ordinanza, può intervenire, «per prevenire e contrastare» le stesse. Il decreto ministeriale sopra citato può assolvere alla funzione di indirizzare l'azione del sindaco, che, in quanto ufficiale del Governo, è sottoposto ad un vincolo gerarchico nei confronti del Ministro dell'interno (...). La natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini. Il decreto, infatti, si pone esso stesso come esercizio dell'indicata discrezionalità, che viene pertanto limitata solo nei rapporti interni tra Ministro e sindaco, quale ufficiale del Governo, senza trovare fondamento in un atto avente forza di legge. Solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità. Si deve, in conclusione, ritenere che la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, (...) viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge.

Si deve rilevare altresì la violazione dell'art. 97 Cost., che istituisce anch'esso una riserva di legge relativa, allo scopo di assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale può soltanto dare attuazione, anche con determinazioni normative ulteriori, a quanto

in via generale è previsto dalla legge. Tale limite è posto a garanzia dei cittadini, che trovano protezione, rispetto a possibili discriminazioni, nel parametro legislativo, la cui osservanza deve essere concretamente verificabile in sede di controllo giurisdizionale. La stessa norma di legge che adempie alla riserva può essere a sua volta assoggettata – a garanzia del principio di eguaglianza, che si riflette nell'imparzialità della pubblica amministrazione – a scrutinio di legittimità costituzionale. La linea di continuità fin qui descritta è interrotta nel caso oggetto del presente giudizio, poiché l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge».

E' evidente che il rapporto tra decreto ministeriale e ordinanza sindacale, illustrato dalla succitata sentenza 115/2011, sia il medesimo che lega decreto legge e dpcm, da un lato, e dpcm e ordinanze regionali, dall'altro, viziato dunque per violazione del principio di legalità formale e sostanziale.

9. Violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

Infine, occorre evidenziare una giurisprudenza costituzionale costante in tema di bilanciamento di diritti fondamentali, la quale impone la tutela del nucleo essenziale dei diritti sacrificati. In sostanza, tale sacrificio non può estendersi sino alla negazione dello stesso ed in ogni caso, la discrezionalità delle scelte legislative deve rispondere ai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza.

La filiera normativa pandemica, nel disporre (da ultimo) la chiusura di interi settori di attività economica, la didattica a distanza per alcune fasce di studenti, il divieto di circolazione nella fascia oraria notturna e il divieto di assembramenti (tralasciando le ancora più invasive restrizioni della libertà personale prodotte dalle norme della prima fase) ha prodotto, a fronte della tutela alla salute, un'irragionevole compressione della libertà di impresa, del diritto al lavoro, del diritto all'istruzione, delle libertà di circolazione e riunione (tra le altre), risultando pertanto non ispirata al principio di proporzionalità.

Infatti, «per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)»⁴³. A fronte, infatti, dei dati scientifici che hanno evidenziato come in alcuni settori di attività, ad

⁴³ Corte cost. n. 58 del 2018.

esempio i cinema e i musei, non si sia verificato alcun caso di contagio (e come all'interno della scuola i casi di contagio fossero limitati), la misura della chiusura, in luogo della predisposizione di protocolli di sicurezza, produce l'effetto di sacrificare totalmente alcune libertà e alcuni diritti costituzionali senza bilanciare interessi costituzionalmente protetti. Va inoltre segnalata la violazione del principio di non discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali in base alla regione di residenza e violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 120 Cost., infatti come è noto, la tutela dei diritti richiede l'esercizio unitario della potestà normativa⁴⁴.

10. Violazione degli art. 23 e 25 Cost.

In ottemperanza alla sequela dei dpcm prima, e dei dl n. 33/2020 poi, emanati nel periodo più acuto dell'emergenza, sono state elevate, dapprima sanzioni penali a norma dell'art. 650 c.p. e, in un secondo momento, sanzioni amministrative comminate dall'art. 2 comma 1 del succitato dl. Dunque, per decidere sia sulla sussistenza degli elementi del reato nel primo caso, che per confermare la validità della sanzione amministrativa nel secondo caso, il giudice eventualmente adito dovrà previamente interrogarsi circa la validità dei dpcm, quale presupposto delle fattispecie illecito penale e illecito amministrativo.

Focalizzando l'interesse sulle sole sanzioni amministrative tutt'ora in vigore, occorre precisare che, essendo il dpcm atto normativo (non già amministrativo), in quanto dotato dei caratteri di innovatività, generalità e astrattezza, al giudice civile (competente in caso di ricorso avverso ordinanza-ingiunzione quale è la sanzione comminata dal dl n. 33/2020) non resterà che una duplice opzione:

1. disapplicare il dpcm e annullare la sanzione;
2. sollevare la questione di costituzionalità incidentale avverso l'unico atto impugnabile, che rappresenta la base normativa del dpcm, ossia il dl n. 19/2020, per avere incostituzionalmente autorizzato una fonte secondaria priva delle garanzie partecipative minime del Presidente della Repubblica e del Parlamento a comprimere diritti e libertà fondamentali.

Nei casi in cui alla pena originaria sia sostituita una sanzione amministrativa (nella specie, l'inottemperanza del dpcm 9 marzo 2020 era, in prima battuta, punita ai sensi dell'art. 650 c.p.), la Corte costituzionale, nella sentenza n. 193/2016, richiamando i criteri Engel della Corte EDU⁴⁵, ha ammesso la possibilità di applicare analogicamente il principio di irretroattività ex art. 2 c.p. alle sanzioni amministrative che si presentino come sostanzialmente penali. E se per stabilire la natura dell'illecito, con eventuale estensione della garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU, occorre guardare, oltre che alla qualificazione giuridica dello stesso,

⁴⁴ Si veda sul punto tra i tanti A. RUGGIERI, *Unità- indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale e tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 26 aprile 2011.

⁴⁵ In particolare, con la storia pronuncia della Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, tali criteri sono idonei a qualificare una sanzione come penale o meno a seconda del suo grado di afflittività, a prescindere dalla qualificazione formale della stessa. Sul punto si veda M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193, in www.giurcost.it, 2016.

al grado di severità e allo scopo (preventivo, afflittivo, repressivo e non meramente risarcitorio) della reazione ordinamentale, non può dubitarsi che una sanzione amministrativa compresa tra un minimo di 400 euro e un massimo di 3.000 euro sia così severa da configurare una vera e propria pena criminale, tant'è che il dpcm n. 6/2020, stigmatizzando le violazioni al divieto di lasciare la propria abitazione, richiamava espressamente l'art. 650 c.p.

In conclusione, dall'analisi puntuale delle suddette illegittimità, risulta evidente come la cd. filiera normativa adottata dal nostro ordinamento per fronteggiare l'emergenza pandemica, configuri, altresì, una violazione dell'articolo 138 della Costituzione, parametro definitorio della rigidità costituzionale e della supremazia della Costituzione.

La catena normativa decreto-legge-dpcm, in assenza di una precipua disciplina costituzionale delle fonti dell'emergenza⁴⁶, rappresenta una sovversione del principio di rigidità sostanziale e formale della Costituzione, quale fonte sulla produzione del diritto.

11. Scenari

Nel momento in cui si scrive e in linea con la riflessione sin qui condotta, soccorrono alcune recenti pronunce giurisprudenziali con le quali è stata presa posizione in merito alla legittimità costituzionale della filiera normativa Covid.

Le pronunce giurisprudenziali, cautelari o decisorie, toccano vari aspetti della gestione pandemica. A titolo esemplificativo, si illustrerà qualcuna delle fattispecie giunte all'attenzione della magistratura.

In un giudizio di opposizione a un verbale di polizia stradale che irrogava una sanzione amministrativa per violazione del divieto di permanenza domiciliare, il giudice di pace di Frosinone, con sentenza n. 516 del 15 luglio 2020, dopo aver individuato nell'obbligo di permanenza domiciliare una forma di restrizione della libertà personale garantite dalla riserva di giurisdizione ex art. 13 della Costituzione, ne deduce l'inidoneità del dpcm, qualificato come atto amministrativo, a comprimere la libertà personale, procedendo alla sua disapplicazione ex art. 5 della legge 2248 del 1865, all. E, in quanto atto illegittimo. Lo stesso giudice, in data 23 dicembre 2020, ha sollevato con ordinanza una questione di legittimità costituzionale con la quale ha eccepito da parte la violazione della riserva di legge in materia di sanzioni amministrative ex art. 1 della legge n. 689/1981 per eccesso di delega, avendo i dpcm conseguenti introdotto delle nuove fattispecie di illecito amministrativo, quali il divieto di sposta-

⁴⁶ Per una rassegna completa della documentazione normativa inerente alla gestione della crisi sanitaria in Spagna si veda L. FROSINA (a cura di), *Spagna Covid-19. Documentazione normativa*, in *Nomos*, 1, 2020; ancora, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, in *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, pp. 83 ss.

In Francia due norme costituzionali permettono di derogare alla Costituzione di fronte ad un contesto di crisi e/o di emergenza: l'articolo 16 della Costituzione, riguardante i poteri eccezionali del Presidente della Repubblica, e l'articolo 36 della Costituzione, relativo allo stato di assedio. A completare il quadro si pone lo stato di emergenza, disciplinato dalla legge n. 55-395 del 3 aprile 1955; per un approfondimento si legga C. BONTEMPS DI STURCO, *Poteri emergenziali e deroghe e al principio di legalità*, P. PASSIGLIA (a cura di) in *www.cortecostituzionale.it*, pp. 7 ss.

mento, ponendo così in essere «una forma di delegazione legislativa, quella dei decreti-legge deleganti ai dpcm delegati, non solo non previsti dalla costituzione ma in aperto contrasto con la stessa ed, in particolare, con il principio indiscusso della tipicità delle fonti-atto di produzione normativa». Il ragionamento del giudice di pace, che ritiene incostituzionale che un decreto legge “deleghi” a un atto amministrativo (il dpcm) la funzione legislativa, si muove in un perimetro costituzionalmente orientato dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, che nella sentenza n. 104/2017 ha affermato che un atto avente forza di legge, come il decreto legislativo è viziato da illegittimità costituzionale qualora dimandi di fatto la funzione legislativa ad atti amministrativi, per elusione del principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost.

In un giudizio di convalida di sfratto avente ad oggetto l'istanza di *reductio ad aequitatem* del canone di locazione commerciale per danno da emergenza pandemica, il Tribunale di Roma nel verbale del 16 dicembre 2020 afferma che la limitazione dei diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti ha la sua causa non già nella diffusione pandemica, ma nell'adozione di «provvedimenti di varia natura (normativi ed amministrativi) i quali sul presupposto dell'esistenza di un'emergenza sanitaria, hanno compresso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, così come riconosciuta sia dalla Carta costituzionale che dalle Convenzioni internazionali». Il ragionamento del giudice ordinario si snoda lungo la relazione causa effetto per la quale la compressione delle libertà fondamentali per essere legittima deve essere insuperabile e non dipendente da atto illegittimo e, assumendo quale “punto indiscusso” che le libertà fondamentali siano state compresse attraverso un dpcm, ribadisce la natura amministrativa di tale atto, sebbene legittimato da un decreto legge e «sempre che tale legittimazione “delegata” sia attribuita nei limiti consentiti» (pag. 5 del citato Verbale di convalida di sfratto). Nel riconoscere la concatenazione produttiva tra il decreto-legge e il dpcm, che deriva la sua efficacia dal primo, il giudice esclude in radice che un atto amministrativo, sebbene a carattere generale, possa essere “delegato” ad adottare disposizioni con valore di legge, traendone, come logica conseguenza, l'illegittimità delle disposizioni del dpcm.

In una causa avente ad oggetto il ricorso avverso il dpcm del 3 novembre 2020 nella parte in cui imponeva su tutto il territorio nazionale l'uso di DPI agli studenti di età compresa tra i 6 e gli 11 anni, a fronte di un comprovato difetto di ossigenazione del ricorrente, con ordinanza n. 7468/2020 del 4 dicembre 2020, il TAR Lazio ha disposto l'acquisizione del verbale del CTS dell'8 novembre n. 124, citato nel dpcm ma mai depositato, rinviando alla trattazione nel merito le questioni di legittimità costituzionale evidenziate nel ricorso, tra le quali rilevano la possibilità di sacrificare il diritto individuale alla salute rispetto alla sua dimensione collettiva e la tutela del diritto alla difesa dei propri diritti che la prassi di reiterazione di disposizioni, formalmente e sostanzialmente identiche, ogni 15-30 gg rischia di vanificare.

Nell'ambito di quattro ricorsi al giudice amministrativo presentati da gruppi di genitori avverso le ordinanze regionali di Lombardia, Campania, Friuli Venezia Giulia e Emilia Romagna che hanno prorogato nelle rispettive regioni la didattica a distanza del 100%, i TAR aditi hanno sospeso i provvedimenti regionali ritenendoli, pur adottati nell'ambito dei poteri attribuiti dalla normativa statale, privi di adeguata motivazione in merito alla sussistenza nei

suddetti territori di una situazione di contagio diversa e peggiore rispetto ai dati statistici nazionali nonché lesivi del diritto alla frequenza scolastica e ad una didattica adeguata (art. 33 e 34 Cost.) per disparità di trattamento rispetto alle misure adottate da altre regioni in attuazione delle disposizioni nazionali (DID al 50%), poiché il rischio di contagio non è connesso alla frequenza scolastica, ma all'organizzazione di un sistema adeguato di trasporto pubblico, e lesivi altresì della tutela alla salute (art. 32 Cost.) per le ricadute del prolungamento della DAD, in condizione di isolamento sociale, sulla salute psicofisica degli studenti.

Risulta, pertanto, evidente l'attenzione riservata dall'autorità giurisdizionale alla tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione non solo sul piano sostanziale ma anche su quello formale, che si traduce nel rispetto delle regole procedurali di produzione delle norme giuridiche fissate dalla Costituzione e nel doveroso bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti.

12. Illegittimità derivata e illegittimità caducante

In conclusione, sulla base dell'analisi svolta, è possibile sostenere che i decreti-legge nn. 6,19 e 33/2020 siano incostituzionali, nella parte in cui prevedono la competenza esclusiva del dpcm a determinare i presupposti concreti e le misure di contenimento del contagio, compressive dei diritti fondamentali, in violazione degli articoli art. 3, 4,16,17,19,23, 24, 25, 33,77, 78, 111,117, comma 1, 120 e 138 della Costituzione. È evidente che, una volta accertata e dichiarata dalla Corte costituzionale l'illegittimità costituzionale dei suddetti decreti-legge, i dpcm siano dichiarati incostituzionali per illegittimità derivata.

In merito alla vigenza ed effettività degli atti emanati sulla base dei dpcm incostituzionali per illegittimità derivata, detto vizio invalidante si ripercuote sull'atto conseguente, generando la c.d. invalidità caducante⁴⁷, in quanto il loro rapporto si sostanzia in una presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti.

⁴⁷ Sulla differenza tra invalidità viziante ed invalidità ad effetto caducante si legga da ultimo T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 02/09/2020, n.1637 che afferma «In presenza di vizi accertati dell'atto presupposto deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità ad effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale, anche quando questo non sia stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto solo da illegittimità derivata, e pertanto resta efficace ove non impugnato nel termine di rito. Però la prima ipotesi, quello appunto dell'effetto caducante, ricorre nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di ulteriori valutazioni, il che comporta, dunque, la necessità di verificare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante (in via del tutto eccezionale) solo qualora tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente, senza necessità di nuove valutazioni di interessi»; sull'invalidità ad effetto caducante, ultimo, Consiglio di Stato sez. IV, 12/10/2020, n. 6044, «La presupposizione necessaria cui va ricondotta la figura dell'invalidità derivata con effetto caducante sull'atto a "valle" si ravvisa nelle ipotesi in cui gli atti annullati in sede giurisdizionale costituiscono il presupposto unico ed imprescindibile dei successivi atti che, in quanto tali, sono meramente consequenziali».