



3 NOVEMBRE 2021

La natura dei DPCM adottati nella
prima fase di emergenza COVID.
Lettura di Corte cost. n.198/2021

di Massimo Cavino

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università del Piemonte Orientale

La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*

di Massimo Cavino

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università del Piemonte Orientale

Abstract [It]: Il contributo considera la sentenza n.198/2021 della Corte costituzionale, relativa ai DPCM adottati in esecuzione del decreto legge n.19 del 2020. Esso mette in evidenza come la soluzione proposta dalla Corte non sia del tutto convincente rispetto alle consolidate categorie del diritto pubblico sugli atti d'urgenza

Abstract [En]: The essay considers the Italian Constitutional Court judgment n. 198/2021, relating to the DPCM (Decree of the President of the Council of Ministers) adopted in execution of the decree-law n. 19/2020. It highlights how the solution proposed by the Court is not entirely convincing with respect to the consolidated categories of public law on emergency acts.

Parole chiave: Emergenza, riserva di legge, legalità, discrezionalità, potere di ordinanza.

Keywords: Emergency, statutory reserve clause, rule of law, discretion, power of ordinance.

Sommario: 1. La delimitazione del thema decidendum. 2. La Corte costituzionale definisce i DPCM come atti amministrativi necessitati. 3. Critica alla definizione della Corte costituzionale.

1. La delimitazione del thema decidendum

Con la sentenza n.198 del 2021¹ la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice di pace di Frosinone aventi ad oggetto gli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n.6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) e degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legge 25 marzo 2020, n.19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), in riferimento agli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione. Il giudice a quo era stato chiamato a decidere dell'opposizione alla sanzione di 400 euro inflitta ad un cittadino per avere disatteso il divieto di uscire dalla propria abitazione senza giustificato motivo, imposto dal DPCM del 22 marzo 2020, attuativo delle disposizioni primarie censurate; a suo avviso queste ultime si sarebbero poste in contrasto con il principio di tipicità delle fonti del diritto poiché, fuori dell'ipotesi dello stato di guerra, di cui all'articolo 78 Cost., avrebbero violato il

* Articolo sottoposto a referendum.

¹ Per un primo commento della sentenza cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n.198 del 2021*, in *Consulta online*, 2021, 841 e ss.

«principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi».

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite l'Avvocatura dello Stato, ha eccepito l'inammissibilità delle questioni sotto un duplice profilo: rispetto alla rilevanza della questione sollevata sugli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge n.6 del 2020, poiché il fatto oggetto del giudizio a quo si era verificato quando tali disposizioni erano state abrogate da quelle del decreto legge n.19 del 2020; e rispetto alla inconferenza dei parametri evocati, poiché la lamentata lesione del principio di legalità avrebbe dovuto essere riferita agli articoli 23 e 25 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha accolto la prima eccezione; non la seconda, ricordando che l'inconferenza dei parametri evocati, quando il nucleo della censura di costituzionalità sia comunque sufficientemente riconoscibile, non rappresenta un elemento utile alla valutazione dell'ammissibilità della questione ma piuttosto della sua fondatezza. La Corte ha poi richiamato il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ancorando la sua decisione al *thema decidendum* prospettato dal giudice a quo, «che resta pertanto circoscritto al sistema delle fonti, quale delineato dagli artt. 76, 77 e 78 Cost., senza attingere specificamente il problema delle riserve di legge, né quelle poste dagli artt. 23 e 25 Cost., cui l'Avvocatura fa esplicito riferimento, né le altre potenzialmente incise dalle singole misure di contenimento».

2. La Corte costituzionale definisce i DPCM come atti amministrativi necessitati

Il percorso argomentativo della Corte non è però coerente con la perimetrazione del giudizio prospettata. Per escludere la violazione dei principi sottesi alla disciplina degli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione sarebbe stato sufficiente richiamare propri precedenti con cui essa aveva chiarito che, nell'impianto costituzionale repubblicano, provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa non possono essere equiparati ad atti legislativi neppure quando eccezionalmente autorizzati a provvedere in deroga alla legge².

La Corte ha scelto però di andare oltre e, dopo avere ricostruito la vicenda normativa che dalla dichiarazione dello stato di emergenza ha condotto all'emanazione dei decreti legge n.6 e n.19 del 2020, ha sviluppato la sua motivazione dalla premessa della tipizzazione legislativa dei provvedimenti adottati dal Presidente del Consiglio quale elemento utile alla loro definizione e alla valutazione della legittimità della fonte primaria che li ha disciplinati. Con ciò mostrando chiaramente come i parametri sottintesi al giudizio siano state, in realtà, proprio le disposizioni costituzionali che garantiscono i diritti di libertà con lo strumento della riserva di legge.

² Questa la posizione della Corte già a partire dalla sentenza n.8 del 1956 (Cfr. G.E. LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 l.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1957, 25 e ss.).

Muovendo da questa premessa la Corte costituzionale ha voluto esprimersi sulla natura dei provvedimenti adottati dal Presidente del Consiglio. Essa ha sottolineato come il decreto legge n.19 del 2020, diversamente dal decreto legge n.6/2020 (quindi implicitamente censurato) non avesse introdotto una disciplina “aperta”³, e prevedendo puntualmente le ipotesi nelle quali il Presidente del Consiglio dei Ministri avrebbe potuto adottare le misure attuative nella forma di DPCM, non avrebbe integrato una sorta di delega in bianco dell’esercizio del potere legislativo. Proprio in ragione della tipizzazione da parte di una fonte primaria i DPCM, secondo la Corte, non avrebbero dovuto essere ricondotti all’ambito del potere di ordinanza, ma a quello degli atti amministrativi necessitati. Riprendendo quanto ebbe a sostenere con la sentenza n. 4 del 1977 la Corte ha distinto tra «"atti" necessitati e "ordinanze" necessitate; i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni». Nel definire i DPCM adottati in forza del decreto legge n.19 del 2020 quali “atti necessitati”, la Corte costituzionale mostra ancora più scopertamente che il parametro del suo giudizio sono state le norme che assistono i diritti di libertà e non quelle direttamente connesse ai rapporti tra le fonti, posto che la distinzione tra ordinanze e atti necessitati rileva essenzialmente per le materie coperte da riserva assoluta di legge: la dottrina costituzionalistica ed amministrativistica⁴ (così come la giurisprudenza costituzionale⁵) ha infatti costantemente sostenuto che nelle materie coperte da

³ Il decreto legge n.6/2020 ha abilitato le autorità competenti (art. 1, comma 1) ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica». La valutazione delle circostanze di fatto che possono portare alla adozione delle singole misure è stata lasciata alla amplissima discrezionalità delle autorità amministrative: se infatti l’articolo 1, comma 1, sembrava limitarne l’applicazione «nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un’area già interessata dal contagio del menzionato virus», il successivo art.2 disponeva che possono essere adottate ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia anche fuori da tali casi. In argomento sia consentito rinviare alle riflessioni che in primissima battuta ebbi a condividere su questa rivista (*Covid -19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, Osservatorio emergenza Covid-19*, n.1, 13.03.2020. Per una ricostruzione del dibattito accesi in dottrina si veda la rassegna a cura di F. APERIO BELLA, M. MALVICINI, *Covid-19. Raccolta di articoli, paper e blog post, ivi*).

⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, 1948, 388 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, 4; A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008, 92 e ss.

⁵ Cfr. la sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale (commentata da V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell’art.2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886 e ss; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell’art.2 del t.u. leggi di p.s. come testo legislativo, ivi*, 898 e ss.) relativa ad una questione costituzionale avente ad oggetto le ordinanze di cui all’art. 2 TULPS: «Per quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere. Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l’art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell’art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all’Autorità amministrativa l’emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell’organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge

riserva assoluta di legge non potesse essere legittimamente esercitato il potere di ordinanza, mentre avrebbero potuto trovare spazio gli atti amministrativi necessitati, vale a dire di quegli atti che la pubblica amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore ha esaurito la valutazione di tutti gli interessi, limitandosi a dover accertare la sussistenza dello stato di fatto che giustifica l'urgenza di provvedere e a scegliere il tipo di provvedimento tra quelli previsti dalla fonte legislativa.

Le implicazioni di questa definizione sono evidenti: la decisione della Corte dovrebbe superare le perplessità di quella parte della dottrina costituzionalistica che, pur riconoscendo nel decreto legge n.19/2020 una netta correzione dello strappo aperto dal decreto legge n.6/2020, ha lamentato il mancato rispetto della riserva assoluta⁶.

3. Critica alla definizione della Corte costituzionale

La definizione della Corte non pare convincente. La stessa Corte non si esprime, per il vero, in termini perentori. Secondo il giudice delle leggi i provvedimenti adottati in attuazione del decreto legge n.19/2020 possono essere accostati solo «per certi versi» – per quali? – agli atti amministrativi necessitati. Ma di là da queste considerazioni meramente lessicali, altri elementi impediscono di aderire alla ricostruzione prospettata. Elementi che la Corte ha indicato quali argomenti che, accanto alla tipizzazione dei provvedimenti di attuazione, avrebbero illustrato il tenore complessivo della disciplina normativa: ci si riferisce alla parlamentarizzazione dei DPCM e alla delimitazione della discrezionalità del Presidente del Consiglio.

Per quanto concerne la parlamentarizzazione⁷ delle misure la Corte ricorda come il decreto legge n.19/2020 avesse stabilito (art.2, comma 5), che «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto», e come, in sede di conversione, a tale disposizione sia stata anteposta la previsione in forza della quale «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli

ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere».

⁶ Per una ricostruzione del dibattito cfr. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 388 e ss.

⁷ In dottrina si sono registrate voci discordanti: da una parte (G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 390) si è sottolineato come tale tentativo di “parlamentarizzazione” delle decisioni riguardanti l'emergenza” sia stato «una soluzione debole e insufficiente, dal momento che finisce per ridurre il Parlamento al rango di consulente dell'esecutivo, ridimensionando anche per questa via i suoi già compromessi poteri»; dall'altra vi si sono volute vedere le tracce di un rinnovato protagonismo delle Camere (V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 271) dovendo comunque rilevare che «Le informative hanno dato luogo a dibattiti in cui i gruppi hanno ribadito posizioni già note. La parlamentarizzazione dei Dpcm si è rivelata una procedura alquanto farraginoso e generica» (*ivi*, 275).

eventuali indirizzi dalle stesse formulati (art.2, comma 1)». E non è chi non veda che la possibilità per le Camere di formulare indirizzi rispetto alla adozione dei DPCM, senza intervenire sul contenuto della normativa primaria che la consentiva, vale a dimostrare l'esistenza di un margine di discrezionalità politica che lo stesso legislatore ha ritenuto utile affidare alla cura del Parlamento⁸: margine di discrezionalità politica che risulta incompatibile con la nozione di provvedimento necessitato, per la quale l'amministrazione deve limitarsi al mero accertamento delle condizioni di fatto che ne impongono l'adozione.

Quanto alla delimitazione della discrezionalità del Presidente del Consiglio la Corte sottolinea come essa sia stata perseguita attraverso «i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (articolo 1, comma2), e come rispetto a tale profilo sia rilevante «quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'articolo 2, comma 1, dello stesso decreto legge n.19 del 2000, cioè che “per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n.630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020”». Si faccia molta attenzione. Il parere del Comitato tecnico-scientifico non poteva essere considerato come vincolante, ma neppure come obbligatorio, dal momento che il legislatore, stabilendo che dovesse essere assunto “di norma”, ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di prescindere. Potere pur esso incompatibile con l'adozione di provvedimenti amministrativi necessitati, poiché, evidentemente, la scelta degli strumenti utili a valutare la sussistenza di elementi di fatto rappresenta essa stessa una forma di valutazione che trascende la mera discrezionalità amministrativa.

⁸ Il dossier del Servizio studi del Senato, del 14 maggio 2020, sulla conversione del decreto legge n.19/2020 (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01151831.pdf>) definisce la parlamentarizzazione come «procedura di informazione e consultazione che pare in qualche sorta 'riecheggiare' quanto previsto (dalla legge n. 234 del 2012) circa la partecipazione italiana a momenti deliberativi dell'Unione europea». Una procedura, quella richiamata, in cui si manifesta in modo eclatante la condivisione della funzione di indirizzo politico tra Parlamento e Governo, rispetto alla quale il secondo non può certo essere considerato come il mero esecutore di valutazioni condotte solo dal primo.

⁹ Il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, nel Dossier n. 63 “Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge 30 marzo 2020” (<https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/NC0063.Pdf>) evidenzia come «Il comma 1 dell'articolo 2 prevede che i DPCM di contrasto dell'epidemia; per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, siano adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del Capo del dipartimento della Protezione civile; al riguardo si osserva che l'utilizzo dell'espressione "di norma" non permette di individuare con precisione i casi in cui il Comitato tecnico scientifico è coinvolto nel procedimento di adozione delle misure di contenimento». E il già citato dossier del Servizio studi del Senato, del 14 maggio 2020, sottolinea (a pagina 19): «Parrebbe suscettibile di approfondimento se l'utilizzo dell'espressione "di norma" permetta di individuare con precisione i casi in cui il Comitato tecnico-scientifico, a cui è affidata anche la valutazione dei profili di adeguatezza e proporzionalità, sia coinvolto nel procedimento di adozione delle misure di contenimento».

Alla luce di queste considerazioni pare di poter affermare che la riconduzione dei DPCM adottati in forza del decreto legge n.19/2020 all'ambito dei provvedimenti necessitati non sia corretta. L'ampiezza della discrezionalità concessa al Presidente del Consiglio dei ministri impedisce di ricondurla alla mera attività amministrativa necessitata. Essa ha consentito una partecipazione alla valutazione e al bilanciamento degli interessi pubblici teoricamente implicati dai singoli provvedimenti che ha assunto natura eminentemente politica.

Giova per altro ricordare che il Presidente del Consiglio ha fatto un ampio uso, in concreto, della discrezionalità attribuitagli (si pensi al DPCM del 3 novembre 2020 attributivo di poteri al Ministro della Salute senza una precisa base legale¹⁰) e che soltanto con l'adozione del decreto legge 13 marzo 2021, n.30 (preceduta, il 4 marzo 2021, da una forte presa di posizione del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati¹¹) si sia registrata una inversione di tendenza che ha dato copertura legislativa anche a disposizioni e misure di dettaglio, riducendo il margine di apprezzamento amministrativo del Ministro della salute e dei Presidenti delle Giunte regionali.

¹⁰ In argomento A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della Costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti, Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, 330; G. GUZZETTA, *Lo avete letto il decreto? La Costituzione non c'è più*, in *Il Riformista*, 5 novembre 2020, 1 e 7.

¹¹ Chiamato a pronunciarsi, ai sensi dell'articolo 96 bis, comma 1, del Regolamento, sulla conversione in legge del decreto-legge 14 gennaio 2021, n.2, recante disposizioni ulteriori per il contenimento della pandemia e per lo svolgimento delle elezioni per l'anno 2021, il Comitato, nella seduta del 4 marzo 2021, si è espresso sulla necessità di un ripensamento nella adozione dei DPCM. A un anno di distanza dall'inizio della pandemia, in un contesto caratterizzato dalla tendenza «ad una più precisa definizione del quadro delle competenze e degli strumenti di intervento nella gestione dell'emergenza», esso ha ritenuto opportuno raccomandare a Parlamento e Governo di «avviare una riflessione sul possibile superamento dello strumento del DPCM nel contrasto dell'epidemia da COVID-19, [...] in particolare andrebbe considerata l'ipotesi di ricondurre alla fonte legislativa – eventualmente anche attraverso decreti-legge – la definizione del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone di diffusione del contagio, ferma restando la necessità di individuare tali zone con ordinanze del Ministro della salute e di dettagliare ulteriormente le misure attraverso atti non legislativi; in tal modo si potrebbe ottenere una razionalizzazione delle “fonti dell'emergenza”, che verrebbero riorganizzate in un “sistema binario” fondato, da un lato, sulla fonte legislativa e, dall'altro, sulle ordinanze e sugli altri atti non legislativi, evitando il passaggio intermedio dei DPCM». In argomento sia consentito un rinvio a M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 401 e ss.