

# Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Discipline e impieghi in Italia, Spagna e Stati Uniti

di Federico Spagnoli

**Abstract:** *Health emergency and executive lawmaking. Regulation and employment in Italy, Spain and the United States* – In this essay I will show how the Covid-19 health emergency led to a widespread use of executive lawmaking in different countries by comparing its use in Italy, Spain and the United States. I will first explain why executive lawmaking had such a prominent role during the health crisis and why and how I chose to compare the three cases; I will then proceed to analyze how such powers were employed and on what basis for each of them; finally, I will try to understand how each country's response was influenced by the relevant constitutional framework.

**Keywords:** Covid-19 pandemic; Executive lawmaking; Italy; Spain; United States.

## 1. Introduzione. Le fonti normative dell'esecutivo durante l'emergenza sanitaria

Il contributo tratta del diffuso impiego di fonti normative dell'esecutivo a fini di gestione dell'emergenza dovuta alla pandemia da Covid-19. Si tratta di un *trend* comune a molti ordinamenti, soprattutto in conseguenza del ricorso a stati di emergenza o istituti analoghi<sup>1</sup>, ma che non è esclusivo del caso attuale.

Il tema è discusso in dottrina da tempo. Si ricordi il dibattito sulla necessità come fonte, col contrasto fra Schmitt e Kelsen: per il primo lo "stato d'eccezione" è sottratto alla disciplina giuridica, a favore dell'esplicazione del potere politico, mentre per il secondo si applica un diritto speciale, ma non avulso dalla legalità costituzionale<sup>2</sup>. Il tema è riemerso per l'emergenza

---

<sup>1</sup> I. Bar-Siman-Tov, *Covid-19 meets politics: the novel coronavirus as a novel challenge for legislatures*, in *The Theory and Practice of Legislation*, Vol. 8, Nos. 1-2, 2020, 25 ss.; E. Longo, M. Malvicini, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, 212 ss.; F. Rosa, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, in *DPCE online*, 2/2020, 2489-2508.

<sup>2</sup> Cfr. C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*, Tübingen, 1911. In dottrina ad es. G. Agamben, *Lo stato di eccezione*, Torino, 2003; W. E. Scheuerman, *States of Emergency*, in J. Meierhenrich, O. Simons (Eds), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York, 2017; E. Scoditti, *Il diritto iperbolico dello stato di*

Covid<sup>3</sup>. Gran parte dei sistemi odierni tendono a disciplinare l'emergenza attribuendo un ruolo guida all'esecutivo, spesso esteso all'adozione di fonti normative.

La *ratio* delle previsioni risponde ad un criterio comune. Poiché le emergenze tendono a scaturire in modo inatteso, le istituzioni più adatte a reagire con prontezza sono i Governi, che presentano struttura più snella e procedure decisionali più rapide rispetto ai Parlamenti. L'emergenza tende ad accentrare il potere nelle mani della persona o ente titolare del governo<sup>4</sup>, un potere da esercitare attraverso fonti in grado di offrire una risposta tempestiva e flessibile finché il Parlamento non è in condizione di legiferare; si pone però l'esigenza di tutelare l'equilibrio costituzionale e i diritti fondamentali, assicurando il controllo parlamentare o giurisdizionale sul Governo<sup>5</sup> (problema assai sentito nella circostanza attuale)<sup>6</sup>, secondo criteri che variano a seconda dell'ordinamento<sup>7</sup>.

Le fonti dell'esecutivo possono distinguersi per efficacia normativa, autorità competente e procedimenti di adozione, ambito di applicazione e collocazione attribuita nella gerarchia delle fonti. Vale allora la pena di interrogarsi su quali possano essere le relazioni fra la disciplina di tali fonti e la forma di Stato e di governo dei rispettivi ordinamenti, e su come tali fattori possano averne influenzato l'applicazione (ed esserne stati influenzati).

Pere perciò opportuno rifarci ad un caso di specie, comparando alcuni esempi relativi alla pandemia.

## 2. I casi: Italia, Spagna, Stati Uniti

I casi di studio scelti sono Italia, Spagna e Stati Uniti. Prima dell'esame, si delinearanno i motivi della scelta, gli scopi e lo schema dell'indagine. I tre ordinamenti sono rappresentativi del menzionato *trend* all'espansione dei poteri normativi dell'esecutivo, ma presentano peculiarità legate alla propria organizzazione politico-costituzionale e ai suoi riflessi sul sistema delle fonti.

Anzitutto si è scelto il caso italiano come ordinamento di chi scrive e come uno dei primi ad affrontare la pandemia, ciò che ha prodotto un ricorso

---

*emergenza*, in *Questione Giustizia*, Fasc. 2/2020, pp. 31-36; A. Zwitter, *The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy*, in *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 98, No. 1, 2012, 95-111.

<sup>3</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 3/2020, 142-173; F. De Vanna, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2/2020.

<sup>4</sup> G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2013, 489.

<sup>5</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 191 s.

<sup>6</sup> A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE online*, 2/2020, 2581-2595.

<sup>7</sup> J. Ferejohn, P. Pasquino, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, Issue 2, April 2004, 210-239.

in parte atipico a fonti emergenziali dell'esecutivo. Anche gli altri due Stati sono esempi di ordinamenti fortemente coinvolti nell'emergenza nei quali il ruolo normativo dell'esecutivo è stato importante dal punto di vista delle misure di contrasto. Tutti e tre sono stati scelti soprattutto nell'ottica di illustrare come diversi e specifici profili abbiano avuto un impatto decisivo sull'impiego delle fonti. Si allude alla disciplina costituzionale e legislativa dell'emergenza e alle forme di Stato e di governo, profili sotto i quali gli ordinamenti presentano già a prima vista affinità e divergenze.

Mentre in Spagna vige un'espressa disciplina costituzionale dei poteri di emergenza, negli altri due casi la normativa rilevante ha perlomeno rango legislativo (non senza basi costituzionali); d'altra parte, Italia e Spagna presentano regimi parlamentari e una forma di Stato *lato sensu* regionale, mentre gli Stati Uniti sono l'archetipo della forma di governo presidenziale e di Stato federale. La configurazione concreta dei poteri all'interno degli Stati, in particolare la ripartizione legislativo/esecutivo e Stato centrale/enti autonomi, pone premesse fondamentali per le azioni svolte durante la pandemia. Si constata come, per le forme di governo, in tutti e tre la tendenza alla concentrazione del potere nel vertice dell'esecutivo (non limitata all'emergenza) abbia fornito ad esso un ruolo normativo importante per mezzo di fonti apposite (soprattutto in Spagna e USA); mentre, per le forme di Stato, l'evoluzione dei rapporti fra livelli di governo costituisce lo sfondo dell'esercizio delle relative attribuzioni, con esiti diversi, ma segnati in generale da accentramento e conflittualità. I tre casi offrono così scenari interessanti per il confronto.

L'analisi seguirà lo schema seguente. Per ogni caso si esporranno la disciplina dell'emergenza e il ruolo dell'esecutivo; si individueranno le fonti applicate, descrivendone fondamento, procedure, efficacia, impiego e relative criticità costituzionali, nonché il rapporto con le fonti dei livelli di governo territoriali e la legge (e quindi il ruolo dei Parlamenti). In conclusione, si cercherà di tratteggiare un quadro dei modelli e del modo in cui la disciplina dell'emergenza e le forme di Stato e di governo abbiano influito sull'utilizzo delle fonti.

### 3. Il caso dell'Italia: dal decreto legge ai DPCM. Costituzione e fonti regionali. Il (non) ruolo del Parlamento

Prendendo le mosse dal caso italiano, esso si dimostra complesso per numero e tipo di fonti impiegate<sup>8</sup>, in gran parte per via del quadro normativo preesistente.

È noto come nella Costituzione manchi l'espressa previsione di uno

---

<sup>8</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, N° 2/2020, 111. Cfr. *Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it/atti/Associati/5?areaNode=12](http://www.gazzettaufficiale.it/atti/Associati/5?areaNode=12).

stato d'emergenza<sup>9</sup>. Ciò si deve alla scelta del costituente di evitare abusi di simili istituti, come ad esempio nell'esperienza di Weimar<sup>10</sup>; l'unica previsione vicina ad una clausola di emergenza, l'art. 78, si riferisce allo stato di guerra ed è perlopiù ritenuto inapplicabile a casi di altro tipo<sup>11</sup>. Il testo costituzionale sottolinea invece il ruolo del legislatore in caso di emergenza, prevedendo riserve di legge a tutela di diritti costituzionali (ad es. art. 16)<sup>12</sup>. Si discute<sup>13</sup> se la mancanza di una specifica disciplina possa aver ostacolato la pronta reazione alla pandemia.

Esistono però previsioni costituzionali e di legge che attribuiscono poteri normativi all'esecutivo in specifiche fattispecie emergenziali.

In primo luogo si devono ricordare i decreti legge *ex art. 77, 2°-3° comma Cost.*, secondo cui in “casi straordinari di necessità e d'urgenza” il Governo può, sotto la propria responsabilità, adottare provvedimenti provvisori con forza di legge, che perdono retroattivamente efficacia se non convertiti in legge dalle Camere entro 60 giorni. Si tratta di una fonte in origine concepita per far fronte a situazioni straordinarie e imprevedibili di pericolo, ritenuta da una parte della dottrina *extra ordinem*<sup>14</sup>; tuttavia, l'impiego fattone nella prassi repubblicana, con abusi come la reiterazione (censurata dalla Corte costituzionale)<sup>15</sup>, ne ha stemperato il carattere

---

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, V. Angiolini, *Necessità ed emergenze nel diritto pubblico*, Padova, 1986; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, N° 2/2020, 558-583; F. Modugno, D. Nocilla, *Stato d'assedio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 290 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. III, Roma, 1993, 551-559.

<sup>10</sup> A. Alibrandi, *Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato. Italia: stato di emergenza*, 26 giugno 2020, all'indirizzo: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_STU%282020%29651983](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU%282020%29651983), 3 ss.; G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. speciale, 2020, 52 ss.; E. A. Imparato, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 22 giugno 2020, 8 ss.

<sup>11</sup> Ad es. A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia da Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, N. 1/2021, 7; F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020, 4. *Contra* F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020, 8 ss., per il carattere straordinario dell'emergenza.

<sup>12</sup> G. Stegheer, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020, 1; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, Fasc. 1/2020, 81 ss.

<sup>13</sup> Ad es. T. Groppi, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, Fasc. I/2020, 194; L. M. Tonelli, *Diritti fondamentali, Emergenza e Costituzione ai tempi del Covid – 19. Alcune brevi riflessioni e prospettive di (necessaria) riforma della Costituzione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 31 marzo 2021. *Contra* G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, N° 1/2021, 392. In senso sfumato G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, cit., 548 ss.

<sup>14</sup> C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss.; F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 8 ss.

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sent. n. 360 del 24-10-1996.

eccezionale, trasformandolo in strumento di legislazione ordinaria<sup>16</sup>. Nondimeno, il decreto legge ha visto impieghi in situazioni di effettiva emergenza (come il terrorismo<sup>17</sup> o la crisi economica<sup>18</sup>).

Tale fonte ha rango normativo equivalente alla legge (pur con limiti materiali<sup>19</sup>) ed è soggetto al sindacato della Corte costituzionale (che in alcuni casi ha rilevato l'evidente assenza di requisiti di straordinaria necessità e urgenza<sup>20</sup>). La dottrina ha riconosciuto l'importanza del decreto come fonte emergenziale conforme a Costituzione, poiché le garanzie procedurali (dalla collegialità della decisione del Consiglio dei Ministri ai controlli del Capo dello Stato e delle Camere sul suo contenuto) e il controllo di costituzionalità lo rendono preferibile per intervenire su beni giuridici essenziali<sup>21</sup>.

Sotto un altro versante, la l. 833/1978<sup>22</sup> attribuisce (art. 32) al Ministro della Sanità, al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica. Più in generale, il d.lgs. 1/2018 (Codice della protezione civile) prevede (art. 24) la possibilità per il Consiglio dei Ministri, nel verificarsi o nell'imminenza di eventi emergenziali *ex art. 7, 1° comma, lett. c*<sup>23</sup>, di deliberare su proposta del Presidente del Consiglio uno "stato di emergenza di rilievo nazionale", dalla durata massima di 12 mesi, prorogabili. Il Presidente del Consiglio adotta (anche attraverso il capo del Dipartimento per la protezione civile) ordinanze di protezione civile "in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea" (art. 25).

All'art. 24 fu improntata l'iniziale reazione alla pandemia, con la dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020<sup>24</sup> per sei mesi, più volte prorogati<sup>25</sup>. Nonostante tutti i successivi interventi normativi si

---

<sup>16</sup> A. Simoncini, E. Longo, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, N° 3/2014, 4.

<sup>17</sup> Cfr. E. Minniti, *Dall'analisi comparata della gestione dell'emergenza Covid-19 alle criticità della normativa antiterrorismo: riflessioni comparative sulla disciplina dello stato di eccezione a partire dall'ordinamento italiano*, in *DPCE online*, 2/2020, 2681-2706.

<sup>18</sup> U. Ronga, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020, 20 s.

<sup>19</sup> Non può conferire deleghe legislative, intervenire nelle materie *ex art. 72, 4° comma Cost.*, rinnovare decreti non convertiti o regolare rapporti giuridici sorti in base ad essi o ripristinare disposizioni dichiarate incostituzionali (l. 23-8-1988, n. 400, *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, art. 15, 2° comma, lett. a-e).

<sup>20</sup> Corte costituzionale., sent. n. 29 del 27-1-1995; Id., sent. n. 171 del 23-5-2007.

<sup>21</sup> A. Algotino, *Costituzionalismo e distopia*, cit., 9 s.

<sup>22</sup> L. 23-12-1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale).

<sup>23</sup> Si tratta di eventi di particolare gravità, che non possono essere affrontati efficacemente dai soli enti territoriali ai sensi delle lettere precedenti.

<sup>24</sup> Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

<sup>25</sup> Delibere del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, 7 ottobre 2020, 13 gennaio 2021, 21

siano svolti sotto la vigenza di tale stato, gran parte di essi non ha fatto uso delle fonti del Codice della protezione civile. Il ricorso a queste è risultato recessivo rispetto ad altri fonti dell'esecutivo, secondo un quadro normativo parzialmente *ad hoc*<sup>26</sup>; in particolare, un ruolo preponderante è stato svolto dalla “diade”<sup>27</sup> dei decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quanto ai primi, il primo è stato il d.l. 6/2020<sup>28</sup>, sulla scia dei primi casi di Covid-19 emersi nel Paese. Esso dettava (art. 1) misure urgenti contro i contagi nelle zone interessate, delle quali forniva (2° comma) una lista esemplificativa comprendente restrizioni a spostamenti e riunioni (divieti di allontanamento e accesso, sospensione di servizi e manifestazioni etc.), rimettendone però l'applicazione concreta<sup>29</sup> alle “autorità competenti”: termine vago, che l'art. 3 riferiva a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Nelle more di questi, in casi di estrema necessità ed urgenza, erano fatti salvi gli interventi del Ministro della Salute, dei Sindaci e delle Regioni ai sensi delle normative richiamate<sup>30</sup>. Assai ambiguo poi il riferimento ad ulteriori misure che le “autorità competenti” potevano adottare (art. 2).

Il primo decreto era volto a dettare misure provvisorie, nell'impossibilità di predire durata e contorni dell'emergenza e in attesa dell'intervento del legislatore, secondo la *ratio* dell'istituto. Tuttavia, la prima fase della crisi vide la sostanziale inattività delle Camere<sup>31</sup>, cosicché il decreto in questione costituì la base formale per molte successive misure governative, con i problemi che si illustreranno.

Per rimediare in parte il d.l. 19/2020<sup>32</sup>, richiamandosi nel preambolo all'art. 16 Cost. e alle restrizioni alla libertà di circolazione per ragioni sanitarie da esso giustificate, mirava a dettare un più comprensivo quadro di gestione della pandemia. Di nuovo si prevedeva una lista (tassativa, ma ampia) di misure che potevano essere disposte per tutto o parte del territorio nazionale, compresi il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione e la

---

aprile 2021; d.l. 23-7-2021, n. 105 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche), art. 1.

<sup>26</sup> G. Della Cananea, *Poteri pubblici e emergenza sanitaria: i dislivelli di statalità*, in *DPCE online*, 2/2020, 2405.

<sup>27</sup> P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, Fasc. 1/2021, 41.

<sup>28</sup> D.l. 23-2-2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19).

<sup>29</sup> In misura “adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica” (*ibidem*, art. 1, 1° comma).

<sup>30</sup> Art. 32, l. 23-12-1978, n. 833, cit.; art. 117, d.lgs. 31-3-1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59); art. 50, d.lgs. 18-8-2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

<sup>31</sup> M. Cristina Grisolia, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. speciale, 2020, 597 ss.

<sup>32</sup> D.l. 25-3-2020, n. 19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19).

chiusura di spazi pubblici (art. 1, 2° comma). Tali misure sarebbero rimaste in vigore per periodi non superiori a 30 giorni, reiterabili fino al termine dello stato di emergenza, con possibilità di inasprimento o allentamento; se ne prevedeva l'adozione con decreti del Presidente del Consiglio, o nelle more, ordinanze *ex art. 32 l. 833/1978* (art. 2, 1°- 2° comma). Sempre nelle more dei d.p.c.m., si attribuivano poteri di adozione di misure anche in deroga alla Regioni (art. 3). L'osservanza delle misure era garantita da sanzioni penali e amministrative (art. 4). Il d.l. n. 19 tentò poi di dare "copertura" normativa alle misure precedenti del Governo, facendone salvi gli effetti (art. 2, 3° comma)<sup>33</sup>.

In seguito con decreti legge è stata posta la disciplina delle "riaperture"<sup>34</sup> o di nuove limitazioni<sup>35</sup>. Ai decreti impiegati come strumenti di gestione dell'emergenza e fondamento di fonti subordinate<sup>36</sup> si affiancano quelli che introducono normative di settore con forza di legge, ad es. in materia di sostegni economici<sup>37</sup>, sostegno al SSN<sup>38</sup> etc. Secondo alcuni la durata prolungata dell'emergenza potrebbe però aver appannato il carattere straordinario di questa fonte<sup>39</sup>. Resta fermo il divieto di introdurre deroghe permanenti alle norme costituzionali o nuove fonti del diritto<sup>40</sup>.

Quanto ai d.p.c.m., nonostante la riconducibilità formale alla medesima autorità si distinguono dalle ordinanze di protezione civile *ex d.lgs. 1/2018*<sup>41</sup>, costituendo espressione di un potere del Presidente del Consiglio che trova la sua fonte immediata nei decreti legge nn. 6 e 19 del 2020<sup>42</sup>, risultando forse esplicitazione di un potere di ordinanza *extra ordinem* generale<sup>43</sup>. Vi è chi ha tentato di ricondurli ai decreti *ex art. 17, 3° comma l. 400/1988*<sup>44</sup>, qualifican-

<sup>33</sup> Producendo, di fatto, una reiterazione degli stessi: P. Milazzo, *Emergenza e "quasi-reiterazione" del decreto legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul COVID-19, in laCostituzione.info*, 13 aprile 2020; F. Petri, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 12020, 4 s.

<sup>34</sup> D.l. 16-5-2020, n. 33 (Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19).

<sup>35</sup> Ad es. d.l. 7-10-2020, 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).

<sup>36</sup> "Originari", come li chiama R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus sul sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, Fasc. III/2020, 516.

<sup>37</sup> Ad es. d.l. 2-3-2020, n. 9 (Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19).

<sup>38</sup> Ad es. d.l. 9-3-2020, n.14 (Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19).

<sup>39</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 120 s.

<sup>40</sup> F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 11 ss.

<sup>41</sup> R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus*, cit., 524. *Contra* M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 121 ss.

<sup>42</sup> P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 42.

<sup>43</sup> U. Ronga, *Il Governo nell'emergenza (permanente)*, cit., 23 ss., notandone la soggezione al principio di legalità.

<sup>44</sup> Ad es. A. Silvestri, V. Turriziani, *Coronavirus: per la Corte costituzionale i d.P.C.m. sono*

doli come fonti formalmente secondarie, ma sussistono dubbi<sup>45</sup>. Sono adottati (d.l. n. 6/2020, art. 3,1° comma) su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti di Regione (se riguardanti una o più Regioni), oppure il Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni (se rivolti all'intero territorio nazionale). Il d.l. n. 19 ha aggiunto la proposta dei Presidenti di Regione o del Presidente della Conferenza, nonché una formalizzazione del contributo degli esperti attraverso la previsione dell'obbligo di sentire il Comitato tecnico-scientifico. Manca un coinvolgimento *ex ante* del Parlamento.

I d.p.c.m. presentano però criticità dal punto di vista costituzionale, soprattutto quanto alla legittimità a disporre restrizioni ai diritti fondamentali dei cittadini.

I maggiori problemi hanno riguardato i d.p.c.m. attuativi del d.l. 6/2020<sup>46</sup>, con cui sono state applicate le misure di contenimento. Tale potere si fondava in teoria sul rinvio operato dal decreto agli stessi come fonti attuative, che di fatto però assumeva i contorni di una delega, in apparente violazione dell'immediata efficacia del d.l. *ex art.* 77 Cost<sup>47</sup>. La delega si poneva poi come sostanzialmente "in bianco"<sup>48</sup>, non contenendo indicazioni o limiti precisi agli interventi di attuazione, per cui i d.p.c.m. hanno finito per dettare imposizioni non supportate dalla fonte originaria<sup>49</sup> ed adottato misure assai intrusive, soprattutto con riferimento alla libertà personale e di circolazione (di fatto annullate attraverso la previsione di misure di quarantena e confinamento<sup>50</sup>) che la stessa Costituzione circonda di garanzie peculiari attraverso riserve di legge rafforzate<sup>51</sup>. È stata denunciata una violazione a livello sostanziale del principio di legalità e del rapporto

---

*legittimi, non c'è spazio per le leggi regionali e le ordinanze locali*, in *Cammino Diritto*, Fasc. 5/2021, 5; M. Calamo Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti*, cit., 403.

<sup>45</sup>V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*; F. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, 26/2020, 75; G. Trenta, *Riflessioni sui primi provvedimenti adottati dal Governo a contrasto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (Coronavirus)*, in *Nomos*, 1/2020, 6.

<sup>46</sup> D.p.c.m. 25-2-2020; d.p.c.m. 1-3-2020; d.p.c.m. 4-3-2020; d.p.c.m. 8-3-2020; d.p.c.m. 9-3-2020; d.p.c.m. 11-3-2020, d.p.c.m. 22-3-2020.

<sup>47</sup> L. A. Mazarroli, "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. 1, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 13 ss.

<sup>48</sup> A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 571 ss.

<sup>49</sup> Ad es., ricordano A. Keller, M. E. Salerno, *DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false dichiarazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, Fasc. 5/2021, in materia di libera circolazione.

<sup>50</sup> L. A. Mazarroli, "Riserva di legge" e "principio di legalità", cit., 19.

<sup>51</sup> Sulla cui natura cfr. M. Calamo Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti*, cit., 414 ss.

gerarchico fra fonti<sup>52</sup>.

Particolarmente problematica la previsione di sanzioni penali per l'inosservanza delle prescrizioni dei d.p.c.m. stessi<sup>53</sup>, fonti queste che pongono problemi di compatibilità con la riserva di legge *ex art. 25 Cost.*<sup>54</sup>, e che non a caso il successivo d.l. 19/20 ha cercato di limare con la comminatoria di sanzioni amministrative<sup>55</sup> ammettendo di fatto l'assenza di una vera e propria base costituzionale delle misure fino ad allora vigenti<sup>56</sup>. Alcune pronunce giurisdizionali si sono espresse, in modo controverso, nel senso dell'illegittimità delle sanzioni per la loro inosservanza<sup>57</sup>.

Inoltre, a differenza del decreto legge, l'adozione del d.p.c.m. non è collegiale, né è soggetta al controllo del Parlamento, del Capo dello Stato o della Corte costituzionale<sup>58</sup>, e la sua impugnazione di fronte al giudice amministrativo si è rivelata difficoltosa<sup>59</sup>, ciò che naturalmente diminuisce il grado di tutela nei confronti di possibili violazioni di diritti. Vi è in dottrina chi ha ritenuto che le misure incisive di diritti costituzionali in questione avrebbero perciò essere dovute introdotte con d.l.<sup>60</sup>

Se ne ricava il quadro di una fonte per vari versi "anomala"<sup>61</sup>, le cui maggiori criticità si concentrano nella fase iniziale di impiego, segnata dall'estrema urgenza delle circostanze e di conseguenza dall'adozione di restrizioni più intense. Tuttavia, come la Corte costituzionale sembra aver più di recente ammesso<sup>62</sup>, il principale motivo del ricorso al d.p.c.m. si è avuto nelle peculiari caratteristiche di celerità di adozione e di adattabilità dello strumento, che ha permesso di adattarlo ad una gestione concreta dell'emergenza ispirata a criteri di flessibilità a seconda dei casi presenti<sup>63</sup>, ad indicare che, presumibilmente, al netto della smagliature costituzionali più evidenti e censurabili, un adattamento del sistema delle fonti alla natura inedita dell'emergenza era inevitabile. Da ultimo la Consulta ha espressamente rigettato i dubbi di legittimità riguardanti i d.p.c.m. quanto

<sup>52</sup> A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia*, cit., 23.

<sup>53</sup> Art. 3, 4° comma, con rinvio all'art. 650 c.p.

<sup>54</sup> Come precisano A. Keller, M. E. Salerno, *DPCM anti-Covid*, cit., 12, "Se il precetto-la *regula iuris* che vieta o impone un certo comportamento- è fissato dalla legge, il dettaglio può essere indicato dalla fonte regolamentare", ciò che non sembra avvenuto nell'occasione.

<sup>55</sup> D.l. 25-3-2020, n. 19, cit., art. 4, 1° comma ("Salvo che il fatto costituisca reato [...]").

<sup>56</sup> M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 191.

<sup>57</sup> Ad es. Trib. Reggio Emilia, Sez. GIP-GUP, sent. n. 54/2021 del 27-1-2021.

<sup>58</sup> G. Brunelli, *Sistema delle fonti*, cit., 389.

<sup>59</sup> M. Pappone (a cura di), *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, ordinanze, DPCM e Circolari*, in *Ius in Itinere*, 18 marzo 2020.

<sup>60</sup> Es. M. Cavino, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalism.it, Osservatorio Emergenza Covid*, 8 s.

<sup>61</sup> Definite "strumenti normativi ibridi che univano a un carattere normativo un carattere provvedimentale e, in alcuni casi, di "raccomandazione" da Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020*, 10

<sup>62</sup> Corte costituzionale, sent. n. 37 del 12-3-2021, Cons. in dir., par. 9.

<sup>63</sup> A. Silvestri, V. Turriziani, *Coronavirus: per la Corte costituzionale*, cit., 4 s. Analogamente (in senso critico) U. Ronga, *Il Governo nell'emergenza (permanente)*, 27 ss.

alla sussistenza di una delega ad opera del legislatore, ritenendo che nell'occasione il Presidente del Consiglio si sia limitato ad un ruolo di attuazione di tipo amministrativo<sup>64</sup>. Si è posto inoltre, come per il d.l., il dubbio sull'opportunità del continuo ricorso ad una simile fonte di fronte a un'emergenza prolungata<sup>65</sup>, anche se, al momento in cui si scrive, il diminuito impiego ha ridotto il problema.

Un ruolo non trascurabile è stato svolto dalle fonti ministeriali, adottate per affrontare aspetti specifici dell'emergenza e dettare misure applicative di d.l. e d.p.c.m. Per alcune era esplicitamente prevista dai d.p.c.m. la possibilità di derogare limitatamente a normative tecniche<sup>66</sup>. Un'attenzione particolare spetta agli atti del Ministero della Salute, che, già prima della dichiarazione dello stato di emergenza<sup>67</sup>, ha iniziato ad adottare ordinanze fondate sulla l. 833/1978 (art. 32), atti di carattere contingibile e urgente in materia di "igiene e sanità pubblica", che la dottrina riconduce al modello delle c.d. "ordinanze libere", atti formalmente di rango secondario al quale una norma primaria conferisce il potere di derogare temporaneamente alle leggi<sup>68</sup>. Hanno visto un ampio utilizzo prima del d.l. 6/2020, che ne ha fatto salvo l'uso per "casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute" e con efficacia temporanea (art. 3, 2° comma). In seguito, hanno continuato ad essere impiegate come misure di settore a tutela della salute, con riferimento anche ad altri fondamenti normativi oltre alla legge del 1978<sup>69</sup>.

Vi sono poi le ordinanze della Protezione civile, che, *ex d.lgs. 1/2018*, si fondano sulla dichiarazione di emergenza del 31 gennaio 2020 e sono adottate secondo il procedimento descritto dal Capo del Dipartimento della protezione civile. Hanno natura di ordinanze "in deroga", sottoposte al regime delineato da dottrina e giurisprudenza sotto la vigenza della l. 225/1992: atipicità del contenuto, che dipende dalle circostanze concrete; possibilità di deroga alle norme vigenti con portata generale, i cui esatti confini devono essere delimitati con precisione; impugnabilità di fronte al giudice amministrativo<sup>70</sup>. Nella pratica, la loro funzione è stata quella di dettare interventi urgenti di ambito più o meno ampio; degna di nota la previsione con uno di tali atti dell'istituzione del Comitato tecnico

---

<sup>64</sup> Cfr. il comunicato stampa del 23 settembre 2021: [www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20210923171900.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210923171900.pdf).

<sup>65</sup> Lo deplora M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 195 s.

<sup>66</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 129 s.

<sup>67</sup> Ord. 25-1-2020, sulle misure di sorveglianza sanitaria sui voli dalla Cina.

<sup>68</sup> Es. A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 ss.

<sup>69</sup> Ad es., gli artt. 32, 117, 2° comma, lett. q) e 118 Cost., l'art. 47-bis d.lgs. 30-7-1999, n. 300, l'art. 117 d.lgs. 31-3-1998, n. 112.

<sup>70</sup> A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. speciale, 2020, 317 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 124 s.

scientifico<sup>71</sup>. Si aggiungono le ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria *ex art. 122 d.l. 18/2020* (prive di formale valore normativo)<sup>72</sup>.

Infine, quanto alle fonti regionali, il d.l. 6/2020 (art. 2, 2° comma) riconosceva ai Presidenti di Regione il potere di adottare misure *ex art. 32 l. 833/1978 e art. 117 d.lgs. 112/1998* nelle more dei d.p.c.m.; il d.l. 19/2020 (art. 3, 1° comma) specificava che le misure (anche *in peius*) avessero durata limitata, fossero giustificate da specifici rischi sopravvenuti e si limitassero alle attività di competenze regionale. La primazia delle fonti statali si fonda sulla competenza concorrente in materia di tutela della salute e protezione civile e su quella esclusiva per la profilassi internazionale *ex art. 117, 2° comma, lett. q e 3° comma Cost.* Spicca, presumibilmente per non suscitare l'antagonismo regionale, il mancato richiamo ai poteri sostitutivi statali *ex art. 120 Cost.*, riferibili a casi di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"<sup>73</sup>. Il protagonismo statale ha però suscitato dubbi di violazione del principio di leale collaborazione (ad es. mediante l'insufficiente coinvolgimento delle Regioni sui d.p.c.m., limitato alla consultazione)<sup>74</sup>.

Vari Presidenti di Regione hanno tentato di sfruttare gli spazi concessi dalla normativa per imporre misure in senso più o meno restrittivo<sup>75</sup> di quelle statali anche al di fuori dei limiti suddetti<sup>76</sup>, ciò che ha comportato una certa conflittualità con lo Stato e condotto a pronunce di giudici amministrativi<sup>77</sup>. La Corte costituzionale infine, facendo leva sul parametro della profilassi internazionale, ha affermato la competenza esclusiva della legislazione statale in tema di disciplina dell'emergenza sanitaria (ma senza pronunciarsi sulla legittimità del rinvio ai d.p.c.m.), "unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione

<sup>71</sup> O.c.d.p.c. 3-2-2020, n. 630, art. 2.

<sup>72</sup> L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE online*, 2/2020, 1499.

<sup>73</sup> G. Mazzola, *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali*, in *Nomos*, 1/2021, 12.

<sup>74</sup> M. Mandato, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020, 5.

<sup>75</sup> Secondo A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 10 ss., mentre nel primo caso il potere è riconosciuto dal d.l. n. 19/2020, con certi limiti, il secondo risulta problematico per i suoi intrecci con le competenze statali, in particolare in termini di determinazione dei LEP (art. 117, 2° comma, lett. m Cost.).

<sup>76</sup> D. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione*, cit.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 580 ("iperattivismo incontrollato e ingiustificato delle regioni"); R. Rolli, R. Stupazzini, *Potere di ordinanza extra ordinem e conflitti tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Nomos*, 2/2020, 6 ss. (che notano come, formalmente, il contrasto non si desse con i d.p.c.m., bensì con i principi di riserva di legge, riparto di competenze, leale collaborazione).

<sup>77</sup> Es. T.A.R. Calabria, sent. n. 841 del 9-5-2020; T.A.R. Marche, decr. n. 118 del 27-2-2020.

amministrativa”<sup>78</sup>, a dimostrazione del tendenziale accentramento desumibile dal sistema

I rapporti Stato-Regioni hanno offerto un quadro conflittuale (ma non privo di esempi di collaborazione in seno alla Conferenza Stato-Regioni<sup>79</sup>), nel quale emerge la tendenza di alcuni Presidenti di Regione a rivendicare un ruolo di primo piano nella gestione dell'emergenza, perlopiù nell'ambito di una dialettica politica con il Governo<sup>80</sup>. Quale parziale rimedio è stata proposta l'introduzione in Costituzione di una clausola di supremazia che assegni allo Stato un ruolo centrale nella gestione delle emergenze costituzionalizzando il sistema delle Conferenze<sup>81</sup>.

Spicca infine, oltre all'iniziale inerzia (dovuta alla difficoltà di svolgere sedute plenarie, che ha ravvivato il dibattito sul voto a distanza<sup>82</sup>), la sostanziale assenza di un autonomo ruolo del Parlamento, limitatosi in gran parte alla conversione dei decreti legge. Il tentativo di “parlamentarizzazione” dell'emergenza svolto dal d.l. 19/2020 tramite la previsione (art. 2, 5° comma) di comunicazioni regolari alle Camere circa le misure adottate dal Governo ha in parte rimediato<sup>83</sup>; in più, si segnalano gli scostamenti di bilancio adottati dalle Camere per affrontare le conseguenze economiche dell'emergenza, con votazioni a maggioranza rinforzata *ex l.* 243/2012<sup>84</sup>. Per quanto tenue, il controllo parlamentare non è mai venuto meno, dopo la prima e più acuta fase dell'emergenza; è però evidente come il potere legislativo abbia perlopiù subito le iniziative dell'esecutivo<sup>85</sup>.

In definitiva, l'esperienza italiana si è incentrata sul ricorso al decreto legge e al d.p.c.m. come fonti principali dell'esecutivo, al quale si è aggiunta la marginalizzazione delle ordinanze della protezione civile, ritenute inadatte

---

<sup>78</sup> Corte costituzionale, sent. n. 37 del 12-3-2021, cit., par. 7 ss. cons. dir. Cfr., ad es. A. Cardone, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, 311-326; A. Poggi, G. Sobrino, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 4/2021, 231-261.

<sup>79</sup> G. Mazzola, *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 13 ss.

<sup>80</sup> A. Formisano, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo. Considerazioni sull'A.S. 1825 e effetti sul regionalismo differenziato*, in *Nomos*, 2/2020, 53 ss.; A. Romano, *I rapporti fra ordinanze sanitarie regionali*, cit., 20 s.

<sup>81</sup> A.S. 1825, XVIII Legislatura, *Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione*. Lo analizza A. Formisano, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo*, cit., 33 ss.

<sup>82</sup> G. Stegheer, *In considerazione dell'emergenza sanitaria*, cit., 4 ss.

<sup>83</sup> R. Mazza, *La “parlamentarizzazione” dell'emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021, 148-169; E. Longo, M. Malvicini, *Il decisionismo governativo*, cit., 221 ss.

<sup>84</sup> Cfr.: [temi.camera.it/leg18/temi/gli-scostamenti-di-bilancio-per-l-emergenza-covid.html](https://temi.camera.it/leg18/temi/gli-scostamenti-di-bilancio-per-l-emergenza-covid.html).

<sup>85</sup> A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 581 s., parla di un Parlamento di fatto “ratificatore” e di “torsione della forma di governo parlamentare”.

alle gravi circostanze<sup>86</sup>, mentre il Parlamento si è trovato ad essere quasi inerte e le fonti regionali ristrette a un ruolo (contestato) di supplenza. Sono due le tendenze che emergono a livello ordinamentale: la preminenza del Governo (e del Presidente del Consiglio) sul Parlamento e dello Stato sulle Regioni, con la prevalenza delle rispettive fonti.

4. Il caso della Spagna: la disciplina dell'*Estado de alarma*. Fonti dell'esecutivo a livello nazionale e delle Comunità Autonome. Il ruolo delle *Cortes*

Passando al caso spagnolo, a differenza dell'Italia vi è una disciplina costituzionale che ha informato la gestione dell'emergenza<sup>87</sup>. L'art. 116 Cost., volto a regolare attentamente l'esercizio dei poteri del Governo per impedirne torsioni autoritarie in passato frequenti<sup>88</sup>, ha introdotto una previsione espressa in materia che distingue tre stati di emergenza, posti in ordine di gravità crescente<sup>89</sup> e ognuno governato da un proprio regime: stato d'allarme, stato d'eccezione, stato d'assedio. A fronte della pandemia, il Governo ha invocato lo stato d'allarme.

La disciplina costituzionale è attuata dalla *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio* (artt. 4-12). Lo stato d'allarme può essere invocato quando ricorra una delle "alteraciones graves de la normalidad" elencate, fra cui "Crisis sanitarias, tales como epidemias [...]"<sup>90</sup>. La competenza spetta al Governo mediante decreto approvato dal Consiglio dei Ministri<sup>91</sup>. L'atto ha contenuto flessibile, determinando "el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma", e la durata non può eccedere i quindici giorni<sup>92</sup>, prorogabili su autorizzazione del Congresso dei Deputati. Il Governo è designato come "Autoridad competente" (con possibile delega ai

<sup>86</sup> Per U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. speciale, 2020, 303, l'organo è stato ritenuto "non adeguato dal punto di vista della forza politica".

<sup>87</sup> M. C. Carbone, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare. Alcune brevi osservazioni a partire dalla normativa emergenziale in Spagna*, in *Dirittifondamentali.it*, 1° giugno 2020.

<sup>88</sup> Cfr. A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y realidad constitucional*, núm 28, 2011, 321 ss.; E. Bilardo, S. R. Bosco, J. M. De Lara Vázquez, S. Poli, U. Rusciano, *La Spagna*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi» Ricerca 2021: «La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato»*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, pp. 441 ss.; V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e su regime dei diritti*, in *DPCE online*, 2/2020, 1533-1563; M. A. Presno Linera, *El estado de alarma en España: desde el origen al Covid-19*, in *Revista Estudios Institucionais*, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, 975-993.

<sup>89</sup> L. Frosina, *Il "prolungato" stato di allarme per la gestione dell'emergenza Coronavirus. Le eccezionalità tra proporzionalità e identità costituzionale*, in *Nomos*, 1/2020, 1. O, secondo altra dottrina, diversi tipi di situazioni che convivono fra loro: cfr. V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma*, cit., 1538.

<sup>90</sup> L.O. 4/1981, art. 4, 1° comma, lett. c).

<sup>91</sup> Art. 116, 2° comma, Cost.; art. 6, 1° comma, L.O. 4/1981.

<sup>92</sup> Art. 6, 1° comma, L.O. 4/1981.

Presidente delle Comunità Autonome)<sup>93</sup>, alla cui potestà ordinatoria sono soggette tutte le autorità civili statali o territoriali<sup>94</sup>.

La legge organica contiene<sup>95</sup> un elenco delle misure adottabili durante lo stato d'allarme, come limitazioni della circolazione, requisizioni temporanee di beni, etc., che devono essere “*estrictamente indispensables*” al ripristino della normalità, da applicarsi secondo proporzionalità e per la durata necessaria e temporanea<sup>96</sup>. Lo stato d'allarme non interrompe “*el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado*” e non viene meno la garanzia giurisdizionale verso atti e disposizioni dell'autorità pubblica<sup>97</sup>.

La fonte più rilevante dello stato d'allarme è rappresentata dai decreti governativi (*reales decretos*) che lo dichiarano e prorogano. Non si registra in dottrina unanimità sulla natura ed efficacia di questa fonte<sup>98</sup>, vista da alcuni come “*un tercer nivel normativo*”<sup>99</sup>. Il *Tribunal Constitucional* ha riconosciuto loro natura normativa e forza di legge<sup>100</sup>, cosicché possono derogare a norme di rango primario<sup>101</sup> e sono soggetti al sindacato del giudice costituzionale per ricorso di incostituzionalità (con preclusione del ricorso di *amparo*)<sup>102</sup>. I decreti sono espressione di una *legalidad excepcional* che, durante la sua vigenza, soppianta quella ordinaria<sup>103</sup>.

Lo stato d'allarme per il Covid è stato dichiarato tre volte: due a livello nazionale e una per la Comunità di Madrid, per un totale di undici decreti comprese le proroghe<sup>104</sup>. Si segnala la controversia sulla proroga del secondo stato di allarme nazionale, per la quale venne stabilita una durata di sei mesi anziché di 15 giorni<sup>105</sup>, nell'assenza di una specifica disciplina costituzionale e legislativa contraria<sup>106</sup>, da alcuni ritenuta contraria ai requisiti di necessità e proporzionalità<sup>107</sup>.

L'impatto dei decreti sui diritti costituzionali è stato significativo e non privo di controversie. Come in l'Italia, le misure (fondate sull'obiettivo di proteggere il diritto alla vita e alla salute dei cittadini<sup>108</sup>, soprattutto in un

---

<sup>93</sup> Art. 7, L.O. 4/1981.

<sup>94</sup> Art. 9, 1° comma, L.O. 4/1981.

<sup>95</sup> Art. 11, L.O. 4/1981.

<sup>96</sup> Art. 1, 2°-3° comma L.O. 4/1981.

<sup>97</sup> Art. 3, 1° comma L.O. 4/1981.

<sup>98</sup> C. Garrido López, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 110, Mayo-agosto, 2017, 43-73.

<sup>99</sup> P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1. Núm. 2., Mayo-agosto 1981, 105.

<sup>100</sup> TC, *Sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016*, par. 10 FJ.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, parr. 11-12 FJ.

<sup>103</sup> *Ibidem*, par. 10 FJ.

<sup>104</sup> Si va dal *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo* al *Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre*.

<sup>105</sup> *Real Decreto 956/2020*, cit., art. 2.

<sup>106</sup> P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción*, cit., 110.

<sup>107</sup> P. A. Orellana Gómez, *Sobre la constitucionalidad de prorrogar el estado de alarma por más de 15 días*, in *Hay Derecho*, 30 ottobre 2020.

<sup>108</sup> *Ex art. 43 Cost.; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de*

contesto di risorse scarse<sup>109</sup>) hanno inciso fortemente sulla libertà di circolazione *ex art.* 19 Cost.: il *Real Decreto 463/2020* introdusse (art. 7) un divieto generale di circolazione per le vie di uso pubblico, consentendo gli spostamenti soltanto per esigenze essenziali, nonché la chiusura di locali, negozi etc., limitazioni alle riunioni, etc., restrizioni che per alcuni<sup>110</sup> non sarebbero conformi a quanto prescritto dalla legge organica (secondo la quale la dichiarazione dello stato d'allarme potrebbe solo limitare la circolazione o permanenza in certe ore e luoghi<sup>111</sup>). A differenza che in Italia, le misure si sono fondate su norme con forza di legge e fattispecie relativamente dettagliate, ma ciò non sminuisce la portata delle restrizioni, che hanno inciso su vari diritti e libertà costituzionali (libertà di culto, diritto all'istruzione, diritto al lavoro etc.). La dottrina ha poi sollevato dubbi sull'adeguatezza del regime sanzionatorio, specie per il carattere indeterminato di fattispecie e sanzioni<sup>112</sup>. Con la ripresa dei contagi il *Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre*, impose restrizioni, in particolare il coprifuoco (art. 5) e limitazioni alla circolazione fra Comunità Autonome, assembramenti e funzioni religiose (artt. 6-8), modulabili dalle autorità competenti a seconda della situazione sanitaria.

Sebbene le restrizioni siano state giustificate come conformi ai requisiti di necessità e proporzionalità dello stato d'allarme<sup>113</sup>, si è ritenuto<sup>114</sup> (ma vi sono tesi contrarie)<sup>115</sup> che esse si sarebbero tradotte di fatto in sospensioni dei diritti, ammesse *ex art.* 55 Cost. solo in caso di stato di eccezione o assedio. A queste obiezioni ha aderito lo stesso *Tribunal Constitucional*<sup>116</sup> che ha dichiarato incostituzionale il *Real Decreto 463/2020*

*Salud Pública* (cfr. J. Sarrión Esteve, *La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria*, in *Gaceta Sanitaria*, 14 settembre 2020).

<sup>109</sup> F. Ramón Fernández, *El derecho a la vida y a la protección de la salud en la medidas adoptadas en España como consecuencia de la covid-19: Una reflexión sobre su oportunidad*, in *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, 2020, pp. 70 ss.

<sup>110</sup> Ad es. G. Ruiz-Rico Ruiz, *Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 1514 s.

<sup>111</sup> L.O. 4/1981, art. 11, lett. a.

<sup>112</sup> C. A. Amoedo Souto, *Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria*, in *Cron. estado soc. democr. derecho*, N° 86-87/2020, 70 ss.

<sup>113</sup> Ad es. nel preambolo del *Real Decreto 463/2020*.

<sup>114</sup> Cfr. P. Fernández de Casadevante Mayordomo, *La crisis de los controladores aéreos y la Covid-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas “de lege ferenda” para el estado de alarma*, in C. Garrido López (Ed.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Madrid, 2021, 351-384; M. Fuertes, *Estado de excepción, no de alarma*, in *Iustel*, 20 aprile 2020; C. Flores Juberías, *Una alarma bastante excepcional*, in *Las Provincias*, 8 aprile 2020; M. V. Álvarez Buján, *A proposito del principio del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad*, in *R.V. A. P.*, núm 119, Enero-abril 2021, 243 s.

<sup>115</sup> Ad es. I. Gómez Fernández, *¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales*, in C. Garrido López (Ed.), *Excepcionalidad y derecho*, cit., 75-117; A. Rallo Lombarte, *Estado de alarma versus estado de excepción: una polémica estéril*, in *El Diario*, 27 aprile 2020.

<sup>116</sup> TC, *Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021*.

nelle parti in cui incidere in maniera eccessiva sulle libertà di circolazione, residenza e riunione.

L'altra fonte di rango legislativo dell'esecutivo è il *decreto-ley* ex art. 86 Cost., che condivide col decreto legge italiano un carattere formalmente eccezionale e abusi nell'impiego pratico<sup>117</sup>. “*En caso de extraordinaria y urgente necesidad*” il Governo può adottare disposizioni provvisorie con valore di legge, e il Congresso decide se convalidarle o respingerle entro 30 giorni. In quanto atto statale con forza di legge, è soggetto al controllo del *Tribunal Constitucional*. Durante la pandemia, il Governo ha fatto uso dei *decretos-leyes*, a differenza che in Italia, non come fonti preminenti delle restrizioni (anche perché la Costituzione vieta loro di incidere sui diritti fondamentali), ruolo spettante alle fonti ex art. 116 Cost.<sup>118</sup>, ma per l'adozione di misure urgenti con forza di legge volte ad affrontare le conseguenze della pandemia soprattutto sul piano economico<sup>119</sup>. Con efficacia subordinata alle fonti citate, si segnalano gli atti dei Ministeri<sup>120</sup>, in particolare quelli dichiarati autorità competenti per lo stato d'allarme<sup>121</sup>, ai quali leggi o *reales decretos* conferivano competenze regolamentari e attuative in ambiti specifici.

Quanto alle Comunità Autonome, la L. O. 4/1981 prevede forme di coordinamento e di delega di poteri<sup>122</sup>, e le Comunità hanno conservato le proprie competenze durante l'emergenza, pur sottoposte agli ordini delle autorità di governo. La crisi sanitaria ha però comportato in via di fatto un accentramento di competenze a livello statale anche in settori in parte di spettanza delle Comunità, come quello sanitario<sup>123</sup>, tanto che parte della dottrina sostiene l'esistenza di una competenza statale di “*gobierno del país en situación de alarma*” per giustificare ciò dal punto di vista costituzionale<sup>124</sup>. Ciò ha determinato contrasti sul potere delle Comunità di disporre o meno restrizioni, specie in fase iniziale<sup>125</sup>. La fase della “*desescalada*” rispetto alle chiusure iniziali ha visto una diffusa collaborazione fra Stato e Comunità, secondo paradigmi definiti di “*federalismo autonómico*”, riconoscendo il ruolo

---

<sup>117</sup> E. Arana García, *Uso y abuso del decreto ley*, in *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto 2013, 337-365.

<sup>118</sup> Il *Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio* e il *Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo* dettavano misure (es. obbligo mascherine, controlli sanitari etc.) volte a superare lo stato d'allarme.

<sup>119</sup> Cfr. *Crisis sanitaria COVID-19: Normativa e información útil* (all'indirizzo: [administracion.gob.es/pag\\_Home/atencionCiudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html#-2e9b04b61c1a](https://administracion.gob.es/pag_Home/atencionCiudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html#-2e9b04b61c1a)).

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> *Real Decreto 463/2020*, cit., art. 4, 2° comma.

<sup>122</sup> Artt. 5,7,9, 12, 14.

<sup>123</sup> Che alcune Comunità, come la Catalogna, hanno denunciato come un ricorso “coperto” all'art. 155 Cost. (L. Frosina, *Il prolungato stato di allarme*, cit., 5).

<sup>124</sup> F. Velasco Caballero, *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, in *Cron. estado soc. democr. derecho*, N° 86-87/ 2020, 82 ss. Cfr. X. Arbós, *Estado de alarma y autonomía*, in *El Periodico*, 15 marzo 2020.

<sup>125</sup> Come il caso del *lockdown* in Catalogna: cfr. *Departament d'Interior, Resolució INT/718/2020, de 12 de març*.

delle Comunità nello svolgimento dei rispettivi compiti<sup>126</sup>. Quanto alle fonti autonome dell'emergenza, a livello territoriale si sono ripetute le dinamiche viste per il quadro nazionale, col ricorso al *decreto-ley* (come disciplinato nei vari Statuti di autonomia) accompagnato da atti regolamentari settoriali, a conferma del ruolo chiave degli esecutivi<sup>127</sup>.

Passando al rapporto con il Parlamento, questo si segnala per una minore marginalizzazione rispetto al caso italiano, secondo la *ratio* del costituente di mantenere gli equilibri della forma di governo parlamentare anche in situazioni di allarme<sup>128</sup>. Il ruolo delle *Cortes* è consistito principalmente nella partecipazione del Congresso dei Deputati all'approvazione dei decreti sullo stato d'allarme<sup>129</sup> e alla convalida dei *decretos-leyes* che ha potuto svolgere agevolmente anche grazie all'ampio ricorso al voto a distanza,<sup>130</sup> si segnala, a differenza che in Italia, l'adozione di specifiche leggi settoriali anti-Covid<sup>131</sup>.

Al pari dell'Italia, la reazione dell'ordinamento si è fondata su atti dell'esecutivo, consistenti però non in fonti "eccezionali", ma nei decreti *ex art.* 116 Cost., dotati di forza di legge (almeno temporanea). Se in Italia i dubbi sono derivati dalla competenza di fonti secondarie a disporre restrizioni a diritti costituzionali, in Spagna la violazione, accertata dal giudice costituzionale, risiede non nella fonte attuativa, ma nell'erronea invocazione del parametro costituzionale<sup>132</sup>. Le altre fonti dell'esecutivo, dotate di forza di legge o no, non hanno inciso direttamente sui diritti, mentre quelle delle Comunità Autonome, nei limiti delle loro competenze, sono state indirizzate dal livello statale.

Si riproducono, con caratteri non identici, le tendenze constatate per l'Italia: la centralità del ruolo e delle fonti del Governo rispetto al Parlamento e dello Stato rispetto agli enti autonomi.

## 5. Il caso degli Stati Uniti: la disciplina federale dell'emergenza e il ruolo del Presidente. Il ruolo degli Stati e del Congresso

Concludendo col caso degli Stati Uniti, si deve sottolineare come, al pari dell'Italia, manchi un'espressa disciplina costituzionale dell'emergenza; tuttavia, come in Spagna, le fonti previste dalle discipline apposite hanno

<sup>126</sup> G. Poggeschi, *Le Comunità Autonome spagnole di fronte alla crisi Covid-19: una fase di "federalismo autonómico" per la Spagna*, in *DPCE online*, 2/2020, 1565-1590.

<sup>127</sup> Cfr. [envira.es/es/normativa-publicada-relacion-covid-19-espana/](https://envira.es/es/normativa-publicada-relacion-covid-19-espana/).

<sup>128</sup> E. Bilardo, S. R. Bosco, J. M. De Lara Vázquez, S. Poli, U. Rusciano, *La Spagna*, cit., 462 ss.; M. C. Carbone, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare*, cit., 12 s.

<sup>129</sup> Tutt'altro che scontata (*ibidem*, 467 ss.).

<sup>130</sup> L. G. Sciannella, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE online*, 2/2020, 2526 ss.

<sup>131</sup> Ad es. *Ley 2/2021, de 29 de marzo*; *Ley 3/2021, de 12 de abril*.

<sup>132</sup> D. Baldoni, S. Gherardi, *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*, in *DPCE online*, 2/2020, 1591-1612.

costituito la base principale delle azioni dell'esecutivo federale. Il quadro è tuttavia fortemente complicato dalla presenza di un forte ruolo degli Stati federati, che si è riflessa sul sistema e sul numero delle fonti impiegate<sup>133</sup>.

Storicamente<sup>134</sup> il fondamento dei poteri di emergenza del governo federale è stato rinvenuto nelle clausole costituzionali sui poteri del Congresso in caso di guerra o insurrezione e sul ruolo del Presidente come *Commander-in-chief*<sup>135</sup>. L'estensione incontrollata delle prerogative emergenziali del Presidente, specie in materie di sicurezza nazionale, nel corso della storia (con la vigenza di stati di emergenza previsti da leggi *ad hoc* e spesso di durata indefinita)<sup>136</sup>, spinse il Congresso a cercare di controllarne l'esercizio per mezzo di una legge<sup>137</sup>, il *National Emergencies Act* del 1976<sup>138</sup>.

L'individuazione di un'emergenza nazionale (non definita dalla legge)<sup>139</sup> spetta al Presidente attraverso una *proclamation* trasmessa al Congresso<sup>140</sup>, che indica i poteri che il Presidente potrà esercitare nell'emergenza, cioè quelli previsti da un elenco tassativo (ma ampio)<sup>141</sup> di leggi vigenti, che possono essere richiamate dal Presidente secondo le esigenze del caso<sup>142</sup>. L'emergenza ha durata annuale, rinnovabile dal Presidente; il Congresso esercita un controllo almeno semestrale e può dichiararla conclusa in ogni tempo<sup>143</sup>. Tali previsioni si sono rivelate inefficaci nella prassi poiché il Congresso ha trascurato di esercitare il controllo previsto, acconsentendo di fatto a proroghe *sine die* (soprattutto in relazione all'emergenza terroristica)<sup>144</sup>, ciò che ha spinto la dottrina a

---

<sup>133</sup> Un elenco, limitato al primo periodo, si ha in G. Aravantinou Leonidi, *Stati Uniti Covid-19. Documentazione normativa*, in *Nomos* 1/2020.

<sup>134</sup> W. B. Fisch, *Emergency in the Constitutional Law of the United States*, in 38 *Am. J. Comp. L. Supp.* 389 (1990), 389-420.

<sup>135</sup> Art. I, sez. 8 e 9; art. II, sez. 2; art. IV, sez. 4.

<sup>136</sup> W. B. Fisch, *Emergency in the Constitutional Law of the United States*, cit., pp. 391 ss.; H. C. Relyea, *Declaring and Terminating a State of National Emergency*, in *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 16, No. 4, Fall, 1976, 36-42.

<sup>137</sup> A. S. Klieman, *Preparing for the Hour of Need: The National Emergencies Act*, in *Presidents Study Quarterly*, Vol. 9, No. 1, 1979, 47 ss.

<sup>138</sup> *National Emergencies Act*, Pub. L. 94-412.

<sup>139</sup> J. K. Elsea, *Definition of National Emergency under the National Emergencies Act*, CRS Legal Sidebar, 2019.

<sup>140</sup> *National Emergencies Act*, cit., sec. 201 a).

<sup>141</sup> 136 previsioni, secondo *A guide to Emergency Powers and Their Use* (all'indirizzo: [www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use](http://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use)).

<sup>142</sup> *National Emergencies Act*, cit., sec. 201 b).

<sup>143</sup> *Ibidem*, sec. 202.

<sup>144</sup> B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 113: 1029, 2004, 1029- 1091; Id., *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006; M. Minow, *The Constitution as Black Box: During National Emergencies: Comment on Bruce Ackerman's Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, in *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006, 593-605; L. H. Tribe, P. O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 113: 1801, 2004, 1801-1870.

sostenere la necessità di riforme del sistema e di maggiore trasparenza<sup>145</sup>. Per lo spazio riservato a valutazioni di organi politici, si tende a ritenere le *proclamations* presidenziali insindacabili in via giurisdizionale<sup>146</sup>. A differenza delle fonti analoghe in Italia e Spagna, non hanno forza di legge e tendono a non incidere sulle leggi preesistenti.

Il *National Emergencies Act* (assieme ad altre leggi, come lo *Stafford Act* del 1988<sup>147</sup>) ha costituito la base per la risposta all'emergenza Covid (dopo il precedente della pandemia di influenza suina)<sup>148</sup>. L'emergenza nazionale<sup>149</sup> venne dichiarata dal Presidente Trump il 13 marzo 2020<sup>150</sup>, ed è stata prorogata dal Presidente Biden<sup>151</sup>.

La *proclamation* indicava<sup>152</sup> come fondamento dei poteri la sez. 1135 del *Social Security Act* del 1935<sup>153</sup>, consentendo al *Secretary of Health and Human Services* di sospendere o modificare temporaneamente requisiti di legge in materia sanitaria per la durata dell'emergenza. L'atto non poteva essere interpretato o applicato nel senso di modificare competenze di legge e doveva essere implementato in coerenza con la legge e gli stanziamenti disponibili, senza creare diritti giustiziabili nei confronti del governo federale<sup>154</sup>. L'intervento presidenziale va visto nell'ottica di un sistema che, pur affidando al governo federale la responsabilità in materia di lotta alle malattie trasmissibili, deve fare i conti con la necessità di una collaborazione con le autorità statali e con la privatizzazione degli schemi di tutela della salute<sup>155</sup>.

Il ruolo presidenziale si è esplicitato poi nell'adozione di proprie misure (*executive orders, memoranda* etc.)<sup>156</sup>, riconducibili a leggi specifiche in materia di emergenza, come lo *Stafford Act* (ai sensi del quale il Presidente ha emesso

<sup>145</sup> A. Kronlund, *Emergency Rhetoric in the US Congress: Debating the National Emergencies Act of 1976*, in *Res Publica: Revista de Filosofía Política*, 27, 2012, 143 ss.; P. A. Thronson, *Toward Comprehensive Reform of America's Emergency Law Regime*, in 46 *U. Mich. J. L. Reform*, 737, 2013, 737-787.

<sup>146</sup> J. K. Elsea, *Definition of National Emergency*, cit., 5; C. Dunlap, *Will the courts (eventually) back Trump's proclamation of a national emergency?*, in *Lawfare*, 20 febbraio 2019.

<sup>147</sup> *Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act*, Pub. L. 100-707.

<sup>148</sup> *Proclamation 8443 of October 23, 2009. Declaration of a National Emergency With Respect to the 2009 H1N1 Influenza Pandemic*.

<sup>149</sup> Preceduta dalla dichiarazione di emergenza pubblica sanitaria da parte dell'*Health and Human Services Secretary* il 31 gennaio 2021.

<sup>150</sup> *Proclamation 9994 of March 13, 2020. Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*.

<sup>151</sup> *Notice on the Continuation of the National Emergency Concerning the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic*, 24 febbraio 2021.

<sup>152</sup> *Proclamation 9994*, cit., sec 1.

<sup>153</sup> *Social Security Act*, Pub. L. 74-271.

<sup>154</sup> *Proclamation 9994*, cit., sec. 3.

<sup>155</sup> F. Clementi, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 1884 ss. Il riferimento è al *Public Health Service Act* del 1944 (Pub. L. 78-410).

<sup>156</sup> Congressional Research Service, *Federal Emergency and Major Disaster Declaration for the COVID-19 Pandemic*, CRS Report, 4 giugno 2021, 9 ss.

*major disaster declarations* relative all'intero territorio federale<sup>157</sup>), o alla titolarità del potere esecutivo, senza incidere su leggi vigenti<sup>158</sup>. Alcune misure, come gli *executive order*, sono passibili di *judicial review*<sup>159</sup>. Si segnalano poi atti di agenzie e dipartimenti federali.

Il loro mancato valore di legge non significa che le azioni fossero prive di risvolti significativi per i diritti costituzionali: si pensi agli interventi sulla sanità ai sensi del *Social Security Act* e del *Defence Production Act*<sup>160</sup>; alle restrizioni all'immigrazione<sup>161</sup>; all'obbligo vaccinale per i dipendenti federali<sup>162</sup>. Non sono mancate critiche all'assenza di un'adeguata supervisione del Congresso sull'operato presidenziale<sup>163</sup>, tanto da determinare proposte di riforma della legge del 1976<sup>164</sup>. Tuttavia, quanto alle libertà di circolazione e riunione, a differenza che in Italia e in Spagna le principali restrizioni non sono venute dal livello federale, ma da quello statale.

In assenza di una competenza federale a disporre restrizioni di portata generale e ordini vincolanti per i Governi statali<sup>165</sup> (ciò che si deve anche all'obiettivo del costituente di garantire il ruolo degli Stati ed evitare concentrazioni di potere)<sup>166</sup>, questi hanno agito nell'ambito dei propri *police powers* in materia di salute pubblica<sup>167</sup>, adottando ordinanze vincolanti per i cittadini con caratteri differenti anche a seconda delle politiche sanitarie più o meno restrittive perseguite<sup>168</sup> (nonché nella fase successiva di riduzione delle restrizioni). Nell'esercizio di tali poteri si sono registrati contrasti, in particolare sotto la presidenza Trump, circa la possibilità dell'amministrazione federale di abrogare restrizioni statali o di imporne di più

---

<sup>157</sup> Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, cit., sec. 401.

<sup>158</sup> J. R. Maxeiner, *America's covid-19 preexisting vulnerability: a government of men, not laws*, in *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 8, Nos 1-2, 2020, 222 s.

<sup>159</sup> Es. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579.

<sup>160</sup> Ad es. *Executive Order 13909-Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of COVID-19*, 18 marzo 2020.

<sup>161</sup> Ad es. *Proclamation 9984 of January 31, 2020. Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus and Other Appropriate Measures To Address This Risk*.

<sup>162</sup> *Executive Order on Requiring Coronavirus Disease 2019 Vaccination for Federal Employees*, 9 settembre 2021.

<sup>163</sup> E. Goitein, *Good Governance Paper No. 18: Reforming Emergency Powers*, in *Just Security*, 31 ottobre 2020.

<sup>164</sup> H.R.9041 - *National Emergencies Reform Act*, 116th Congress (2019-2020).

<sup>165</sup> L. Gostin, S. Wetter, *Why There's No National Lockdown*, in *The Atlantic*, 31 marzo 2020; M. Jamshidi, *The Federal Government Probably Can't Order Statewide Quarantines*, in *The University of Chicago Law Review Online*, 20 aprile 2020.

<sup>166</sup> E. Mostacci, *Covid vs Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19* (aggiornato al 5 maggio 2020), 126 ss.

<sup>167</sup> Cfr. *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana Board of Health*, 186 U.S. 380, 22 S. Ct. 811 (1902); J. E. Galva, C. Atchison, S. Levey, *Public Health Strategy and the Police Powers of the State*, in *Public Health Rep.*, 120 (Suppl. 1), 2005, 20-27.

<sup>168</sup> E. Mostacci, *Covid vs Trump*, cit., pp. 139 s. Critico J. R. Maxeiner, *America's covid-19 preexisting vulnerability*, cit., 227 ss.

restrittive<sup>169</sup>. Nel complesso, la reazione dell'ordinamento federale è stata incerta e poco coordinata, anche per l'iniziale inerzia dell'amministrazione Trump<sup>170</sup> e la netta politicizzazione della questione in un anno segnato dalle elezioni presidenziali<sup>171</sup>. Le misure statali più restrittive (compresa l'imposizione di *lockdown*<sup>172</sup>) sono state impugnate di fronte a corti statali e federali (ivi compresa la Corte Suprema<sup>173</sup>), che in alcuni casi ne hanno dichiarato l'illegittimità per violazione di diritti fondamentali o delle competenze dell'esecutivo.

Un'ultima differenza con gli altri casi si ha nel ruolo relativamente attivo del Congresso<sup>174</sup>, che ha adottato una serie di leggi<sup>175</sup> volte a rafforzare il sistema sanitario e a predisporre aiuti economici. In modo conforme alla netta separazione dei poteri che informa il sistema presidenziale, il Congresso ha lasciato all'amministrazione il ruolo direttivo dell'emergenza sotto il profilo tecnico-operativo, secondo la Costituzione e la legge, mantenendo per sé il "potere della borsa" di cui è titolare *ex art. I Cost.* in quanto detentore esclusivo del potere legislativo<sup>176</sup>; un quadro diverso da quello di Italia e Spagna, dove, data la sussistenza del rapporto di fiducia, l'esecutivo ha potuto contare su una maggioranza parlamentare che ne ha tendenzialmente confermato le norme.

Riassumendo, il caso degli Stati Uniti condivide con Italia e Spagna la centralità delle fonti dell'esecutivo, ossia la *proclamation* dello stato di emergenza e altri atti presidenziali, che non presentano però forza di legge. Ciò, unito alla netta separazione fra poteri rispetto ai sistemi parlamentari e al riparto fra competenze federali e statali caratterizzato dal *favor* per i secondi, ha prodotto un ruolo normativo più attivo per il Congresso e un minor accentramento della risposta verso il livello di governo federale.

Le due tendenze all'accentramento sotto i profili della forma di governo e di quella di Stato si ripresentano negli Stati Uniti attraverso il

<sup>169</sup> C. Kwon, *The Dormant Commerce Clause Can't Override State and Local Lockdowns*, in *Lawfare*, 6 maggio 2020.

<sup>170</sup> E. Mostacci, *Covid vs, Trump*, cit., 138 e 141.

<sup>171</sup> Clementi, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19*, cit., 1893 ss.

<sup>172</sup> Cfr. Supreme Court of Wisconsin, 2020AP765-OA, *Wisconsin Legislature v. Palm* (13 maggio 2020).

<sup>173</sup> Cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 592 U. S. (2021), 5 febbraio 2021.

<sup>174</sup> Confrontandosi anch'esso con il voto a distanza: A. Fiorentino, *Il Congresso statunitense di fronte all'emergenza pandemica: il dibattito sul remote voting e la questione della costituzionalità del proxy voting introdotto alla Camera tra polarizzazione partitica e deferenza delle Corti* (McCarthy v. Pelosi), in *Federalismi.it*, n. 12/2021, 123-147.

<sup>175</sup> Cfr. *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act, 2020* (Pub. L. 116-123); *Families First Coronavirus Response Act* (Pub. L. 116-136); *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act* (Pub. L. 116-139); *Paycheck Protection Program and Health Care Enhancement Act* (Pub. L. 116-139); *Paycheck Protection Program Flexibility Act of 2020* (Pub. L. 116-42); *Consolidated Appropriations Act, 2021* (Pub. L. 116-260); *American Rescue Plan Act of 2021* (Pub. L. 117-2); *PPP Extension Act of 2021* (Pub. L. 117-6).

<sup>176</sup> Ruolo criticato come minimo da J. R. Maxeiner, *America's covid-19 preexisting vulnerability*, cit., 216 ss.

fondamentale ruolo di direzione affidato al Presidente, ma con caratteri più sfumati e adattati alla natura federale e presidenziale di quell'ordinamento.

## 6. Un confronto fra Paesi. L'influenza della disciplina dell'emergenza e della forma di Stato e di governo: differenze e tendenze comuni

Evidenziati i modi nei quali ogni ordinamento ha affrontato l'emergenza attraverso l'uso di fonti dell'esecutivo, si cercherà di trarre dal loro confronto tendenze comuni e differenze, che trovano spiegazione almeno in parte alla luce della disciplina dei poteri d'emergenza e dei modelli di forma di Stato e di governo.

In primo luogo nei tre Stati l'esecutivo ha svolto un ruolo primario nella gestione dell'emergenza con le proprie fonti, secondo un carattere comune a livello comparato. Si può distinguere fra i casi (Italia e Stati Uniti) dove l'emergenza non riceve un'espressa disciplina costituzionale e il caso spagnolo, dove l'art. 116 Cost., attuato dalla legge organica, offre una ricca disciplina. In Spagna vi sono pochi dubbi sulla fonte costituzionale dei poteri del Governo e sul rango primario dei relativi atti di esercizio, il cui impiego concreto ha però inciso in modo eccessivamente restrittivo sui diritti costituzionali, mentre al *decreto-ley*, anch'esso avente forza di legge, è spettato un ruolo sussidiario e settoriale, e gli atti di rango inferiore hanno perlopiù avuto funzioni attuative.

In Italia e negli Stati Uniti la strategia seguita ha poggiato su fondamenti diversi.

Nel primo caso si è avuta la marginalizzazione delle fonti specificamente previste per la gestione dell'emergenza (ordinanze di protezione civile), a favore del decreto legge, fonte di rango primario prevista dalla Costituzione e legittimata ad incidere sui diritti protetti da riserva di legge, che a differenza della Spagna ha avuto un ruolo centrale, pur rinviando molto e in modo criticabile ai d.p.c.m. Quanto Stati Uniti, la disciplina vigente prevede come principale fonte in materia d'emergenza la *proclamation* presidenziale, atto di per sé privo di forza di legge ma non (assieme agli altri atti dell'amministrazione) di effetti incisivi sui diritti.

Tali fonti hanno dovuto interagire con quelle degli enti subnazionali e dai parlamenti. L'accentramento di poteri negli esecutivi è un tratto comune ai tre ordinamenti, ma non è avvenuto con i medesimi criteri.

Quanto alla forma di Stato, Italia e Spagna sono abitualmente considerate esponenti, nelle loro differenze, di un modello "regionale" ("autonomico" per la seconda), contrapponendosi al federalismo degli Stati Uniti. Negli USA, dove il riparto di competenze opera in teoria in modo netto a favore degli Stati in base al X Emendamento, il governo federale, pur titolare di estesi poteri di emergenza, gode di poche attribuzioni costituzionali vincolanti nei confronti degli Stati che, nell'esercizio delle proprie competenze, hanno imposto autonome restrizioni con fonti dei propri

esecutivi. L'accentramento di poteri verso l'alto è risultato più contenuto rispetto a Italia e Spagna, dove le costituzioni tendono ad attribuire allo Stato centrale competenze esclusive o prevalenti in materia di emergenza. In Spagna il ruolo dello Stato è stato assicurato dalla natura del Governo come autorità competente per lo stato d'allarme, mentre in Italia il riparto di competenze con le Regioni è risultato meno chiaro, anche per gli spazi lasciati dalla disciplina statale agli interventi dei Presidenti di Regione, che questi hanno cercato di sfruttare a loro favore. Mentre negli Stati Uniti le fonti più rilevanti dal punto di vista dell'impatto sui diritti sono state adottate dai governi degli Stati, in Italia e in Spagna Regioni e Comunità Autonome, nonostante i tentativi di "sfidare" lo Stato (soprattutto in fase iniziale), hanno dovuto accettare che le proprie fonti emergenziali si sviluppassero nei limiti delle rispettive competenze costituzionali e con un ruolo tendenzialmente secondario. Tutti e tre i sistemi hanno visto un livello sostenuto di conflittualità, alimentata da dissidi politici fra livelli di governo.

Quanto alla forma di governo, l'emergenza ha confermato e esacerbato tendenze risalenti, con due caratteri comuni: la marginalizzazione del Parlamento e delle sue fonti e la preminenza del vertice dell'esecutivo<sup>177</sup>. Tali tendenze si sono rivelate più spiccate nei sistemi parlamentari di Italia e Spagna che in uno presidenziale come gli USA, dato anche il legame costituzionale fra legislativo ed esecutivo esistente nei primi sotto forma di rapporto di fiducia.

In Italia si è sottolineata, a fronte delle copiose norme di vario rango dell'esecutivo, la quasi completa assenza di un'autonoma normativa parlamentare, limitatasi essenzialmente alla convalida di decreti legge<sup>178</sup>. Se già abitualmente il Parlamento vede la sua agenda dominata dall'esecutivo, la pandemia ha causato un'ulteriore marginalizzazione, che i tentativi di "parlamentarizzazione" dell'emergenza non hanno potuto eliminare. Al contempo, si è affermata la primazia del Presidente del Consiglio, che soprattutto all'inizio dell'emergenza ha svolto un ruolo rilevante con i propri decreti; primazia da alcuni letta come conferma dell'indebolimento del Consiglio dei Ministri a favore della carica monocratica<sup>179</sup>. Un fenomeno simile si è avuto per i Presidenti di Regione<sup>180</sup>.

Discorsi simili si possono fare per la Spagna, la cui forma di governo è caratterizzata tradizionalmente dallo stretto rapporto fra maggioranza parlamentare e Governo e dal conseguente rafforzamento del Presidente del Governo. Le *Cortes* hanno riconosciuto il ruolo primario del Governo, intervenendo quasi solo nei casi imposti dalla Costituzione, come la convalida

---

<sup>177</sup> F. Rosa, *Parlamenti e pandemia*, cit., 2508.

<sup>178</sup> L'unica legge non di conversione è la l. 18-3-2021, n. 35 (Istituzione della Giornata nazionale in memoria delle vittime dell'epidemia di coronavirus).

<sup>179</sup> M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 194; E. Longo, M. Malvicini, *Il decisionismo governativo*, cit., 222 ss., sottolineano l'evoluzione del ruolo negli ultimi decenni.

<sup>180</sup> D. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione*, cit., 53.

dei *decretos-leyes* o la proroga dello stato d'allarme, quest'ultimo principale strumento di controllo concreto sull'azione dell'esecutivo. Quanto al Presidente del Governo, pur non disponendo di una fonte "personale" come il d.p.c.m, ne è stato sottolineato in tono anche critico<sup>181</sup> il ruolo preminente.

Infine, negli Stati Uniti, data l'assenza di un rapporto di fiducia fra i due poteri, entrambi si sono sostanzialmente attenuti ai propri ambiti separati di competenze costituzionali<sup>182</sup>, con il Presidente competente a gestire l'emergenza e il Congresso che ha svolto un compito limitato ma importante di approvazione di leggi di spesa per integrare le misure esecutive sotto il versante economico-finanziario. Il Presidente, con l'esercizio dei poteri attribuitigli dalla legge, ha visto confermata la propria centralità nel sistema federale di risposta alle emergenze, un ruolo che il potere legislativo non sembra ancora in grado di controllare in maniera efficace.

In conclusione, i tre ordinamenti si sono trovati a fronteggiare questioni analoghe; ma se alcune tendenze (ruolo chiave dell'esecutivo e delle sue fonti, con l'accentramento dei poteri verso l'esecutivo e il livello di governo centrale) si sono mostrate comuni, la loro realizzazione pratica ha conosciuto variazioni secondo fattori "di contesto", in particolare la disciplina dei poteri d'emergenza e la forma di Stato e di governo. Permane l'impressione di un predominio dei governi centrali, che, pur comprensibile nel corso dell'emergenza, non dovrebbe tradursi in un'abdicazione alle proprie responsabilità da parte delle assemblee legislative, soprattutto in momenti tanto cruciali per l'ordinamento<sup>183</sup>.

Federico Spagnoli  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Pisa  
federico.spagnoli@phd.unipi.it

---

<sup>181</sup> P. Fernández de Casadevante, *Democracia en suspenso: una respuesta gubernamental*, in *Fundación FAES*, 8 aprile 2020.

<sup>182</sup> Anche se J. R. Maxeiner, *America's covid-19 preexisting vulnerability*, cit., 220 nota il ruolo personale di Trump nei rapporti col Congresso.

<sup>183</sup> E. Griglio, *Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance*, in *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 8, Nos 1-2, 2020, 49-70, nota però come a livello globale la pandemia abbia costituito l'occasione per implementare nuove forme di controllo parlamentare.