

IL D.P.C.M. COME INEDITO STRUMENTO DI GESTIONE STATALE DELL'EMERGENZA DA COVID-19

ANTONIO MITROTTI*

1. Note sul basilare principio di legalità dell'azione amministrativa

«Il principio di legalità evoca l'araba fenice, la quale, secondo il famoso verso di Metastasio, che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa»¹. Né si potrebbe mai, d'altro canto, escludere l'esistenza teorica di un "principio di legalità" nell'esercizio del potere.

Atteso che la Carta repubblicana costituisce, in sé, proprio la solenne fonte di 'razionalizzazione' della sovranità popolare: determinando quel fondamentale passaggio istituzionale da un potere (politico) fattuale ad un potere (politico) costituzionale².

Per dirla con Enzo Cheli, la Costituzione rappresenta per le forze politiche «lo strumento giuridico fondamentale attraverso cui risulta possibile perseguire gli innumerevoli, concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema»³ politico italiano.

Il che vuol dire, tradotto in altri termini, che il potere sotteso ai così detti "atti politici" è, sì, libero nel fine, ma, nella misura in cui «la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti»⁴. In questo senso può serenamente dirsi che in tanto un atto politico è 'insindacabile'

* Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università di Teramo.

¹ G. Morbidelli, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2017, p. 263.

² Sul punto si rimanda a quanto diffusamente ricostruito in P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951; T. E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997.

³ E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 108.

⁴ E. Cheli, *Atto politico*, cit., p. 108.

in quanto il potere politico che ne è concretamente alla base si eserciti, sempre, nel rispetto e nei limiti fissati dalla Costituzione.

Diversamente non ci si troverebbe dinanzi ad un potere politico ‘costituito’, bensì di fronte ad un potere pericolosamente posto in essere al di fuori delle fondamentali regole costituzionali: in quanto, cioè, espressione di un atto viziato da eccesso costituzionale di potere e/o da violazione di legge costituzionale, perciò meritevole di essere ‘annullato’ dalla Corte costituzionale. In tal senso, appare piuttosto evidente come dalla solenne Carta repubblicana del 1948 discenda fermamente l’esistenza di un fondamentale “principio di legalità costituzionale” per l’esercizio del potere politico⁵. Tant’è che se il potere politico fosse illegittimamente posto in essere in un determinato atto, quest’ultimo non potrebbe che esporsi sotto la scure di un ‘annullamento’ giurisdizionale dinanzi alla Corte costituzionale. Il che nelle forme di cui all’articolo 134 Cost.: ossia tanto *sub specie* di giudizio di legittimità delle leggi (ossia gli “atti politici per antonomasia”) e degli atti aventi forza di legge, quanto (per gli atti politici non legislativi) attraverso lo strumento, di *extrema ratio*, del conflitto di attribuzione tra poteri.

Ebbene, quanto fin qui sommariamente esposto attiene al “al principio di legalità costituzionale” dell’azione politica: ma il principio di legalità *tout court*, oltre tutto, non si impone solo al “potere politico” (su di un piano che è quello di “legalità costituzionale”), bensì (e per conseguenza, diretta, del ‘principio di legalità’ dell’azione politica) anche al “potere pubblico” esercitato quotidianamente dalle Amministrazioni, statali e non statali.

«Secondo il principio di legalità, l’attività amministrativa deve trovare una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati dalla legge e solo nei modi da essa prescritti. La funzione principale del principio di legalità è di tutela dei cittadini: il Parlamento, attraverso la legge, garantisce questi ultimi, difendendoli [da ogni arbitrio adottabile] dalla pubblica amministrazione. [...] Il principio così affermato ha le sue radici nella regola di origine romanistica e poi canonica “quod omnes tangit ab omnibus comprobetur”⁶.

Il che va letto nell’ottica del funzionamento del «*circuito democratico*: a) *eleggione popolare del Parlamento*; b) *approvazione parlamentare delle leggi*; c) [attuazione ed] *esecuzione amministrativa delle stesse*»⁷ leggi. Calati in questa prospettiva il principio

⁵ Sul concetto di una rottura della legalità costituzionale in relazione ad ogni atto politico posto in essere in elusione dell’art. 139 Cost. si legga L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1998, p. 159.

⁶ S. Cassese, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10.

⁷ A. Mitrotti, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, in P. Caretti - M. Morisi (a cura di), *La valutazione delle politiche pubbliche in prospettiva comparata*, Ufficio delle informazioni parlamentari, dell’archivio e delle pubblicazioni del Senato, Roma, 2018, p. 408.

di legalità assume sia una funzione di garanzia del cittadino rispetto a possibili arbitri delle P.A., che nondimeno una funzione «di indirizzo dell'amministrazione»⁸.

A tutto ciò va ad aggiungersi l'ulteriore tassello scaturente dal fatto che la Consulta accanto al principio di legalità (inteso in un senso) "formale" «riconosce anche un principio di legalità detto sostanziale»⁹.

La «Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»¹⁰.

In estrema sintesi dalla Carta repubblicana promana energicamente l'esistenza del necessario rispetto da parte degli attori politici del 'principio di legalità costituzionale' (ex art. 1, 134 e 139 Cost.). Tanto più nelle situazioni di emergenza per la Repubblica italiana.

Laddove l'assenza di una generale disciplina costituzionale sullo "stato d'emergenza" andrebbe sempre combinatamente letta insieme al "sacro dovere" di difesa della Patria, all'obbligo di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la "Costituzione e le leggi" ed al, pregnante, dovere delle cariche elettive di adempiere "con disciplina ed onore" alle funzioni pubbliche: così da realizzare (al netto di ogni umana, e pur comprensibile, difficoltà emotiva e tecnica) il migliore e virtuoso utilizzo (possibile) degli istituti appositamente disciplinati in Costituzione per poter affrontare le 'emergenze repubblicane'.

Per queste vie si dirama la strada su cui si assicurerebbe la garanzia che il perseguimento delle finalità politiche proprie delle maggioranze di Governo si realizzi sempre - ed a maggior ragione nei contesti di emergenza - all'interno di quello «schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti»¹¹.

⁸ S. Cassese, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10.

⁹ S. Cassese, *Dal principio di legalità*, cit., p. 11.

¹⁰ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, par. 4 del Considerato in diritto.

¹¹ E. Cheli, *Atto politico*, cit., p. 108.

2. Sulla gestione dell'emergenza epidemiologica e sull'inedito utilizzo statale dei D.P.C.M.

In relazione al rispetto del principio di legalità nell'ordinamento repubblicano non si può affatto evitare di osservare come la gestione dell'emergenza epidemiologica si sia caratterizzata per due palesi elusioni della legalità a base dell'ordinamento costituzionale.

Da un lato è da segnalare la mancata scelta del Governo statale di ricorrere all'istituto della «clausola» dei 'poteri sostitutivi' *ex art.* 120 Cost. Dall'altro lato non si può sottacere l'utilizzo del Governo piuttosto 'leggero' nel ricorso ai provvedimenti con forza di legge (*ex articolo* 77 Cost.)¹².

Una 'leggerezza' palpabile nella misura in cui si è trattato di Decreti Legge menomati dall'evidenza (si veda, in particolare, l'art. 2 del D.L. 6/2020) di essere stati posti «oggettivamente» in essere più per conferire una copertura squisitamente formale della legalità a monte dei provvedimenti amministrativi adottati (a valle) per la concreta gestione dell'emergenza: piuttosto che in ragione del congiunto ed affatto inscindibile rispetto della legalità in senso sostanziale dell'azione amministrativa.

Senza preoccuparsi, dunque, della basilare garanzia del principio di "legalità sostanziale".

Eppure se rileggesimo tanto l'art. 1 del Decreto Legge del 23 febbraio 2020, quanto l'art. 2 dello stesso Decreto Legge (che recitava che «*Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*») non sarebbe malizioso dubitare della loro legittimità costituzionale sotto il profilo del mancato rispetto del principio di legalità sostanziale.

«*Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziosa la legge che lo violi), l'art. 2 del d.l. n. 6 [2020] dovrebbe considerarsi incostituzionale e [anche] illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti*»¹³.

Per altro, non è escluso che i Decreti Legge emanati per la gestione dell'emergenza da Covid abbiano sotteso pure una violazione dell'essenziale "principio di legalità costituzionale" dell'azione politica.

Atteso che il presupposto costituzionale di emanazione dei provvedimenti governativi con forza di legge - ossia la concreta disciplina di un caso 'straordinario' di "necessità ed urgenza" - non ha costituito «*la proiezione normativa*

¹² Per la gestione dell'emergenza da Covid-19 sono tre i Decreti Legge da segnalare quali «*fonti sulla produzione normativa*»: il primo è stato il D. L. 23 febbraio 2020, n. 6; il secondo è quello del 25 marzo 2020, n. 19; il terzo Decreto Legge è quello del 16 maggio 2020, n. 33.

¹³ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 3.

della fattuale eccezionalità del momento»¹⁴, nella misura in cui la vera ed effettiva regolazione del caso straordinario di necessità ed urgenza prodotto dall'emergenza del Covid è stata dai provvedimenti del Governo con valore di legge 'demandata' a misure ripetutamente adottate con Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (si legga l'art. 3 del, primo, Decreto Legge del 23 febbraio 2020).

*«Non è certo questa la sede più idonea per ripetere ciò che insegniamo agli studenti del primo o del secondo anno, ma il decreto legge nasce per operare al posto di una legge formale del Parlamento, perché i tempi dettati da "casi straordinari di necessità ed urgenza" non si accordano con i tempi delle Camere, alle quali, collettivamente, spetta l'esercizio della funzione legislativa ex art. 70 Cost.»*¹⁵.

E se si leggesse ciò alla luce della circostanza che *«per un verso il d. l. che delega l'attribuzione di poteri dal Governo a soggetti terzi (e lo è anche il Presidente del Consiglio!) perde la parte più importante della sua natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che intende ottenere, essendo quelli differiti all'adozione di questo o quel d.P.C.M. [...] Per altro verso, e sul fronte opposto, i numerosi dd.PP.CC.MM. non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di portata tanto generale, quanto astratta [sotto il richiamato profilo della legalità sostanziale]»*¹⁶ allora sembrerebbe pressoché palese una "surrettizia" ed inquietante distorsione del "principio di legalità costituzionale" da parte dell'azione politica del Governo.

Un meccanismo (costituzionalmente perverso) per cui le effettive misure della gestione dell'emergenza sanitaria, ossia i ripetuti D.P.C.M., hanno finito per fuoriuscire tanto dal circuito democratico di un 'controllo politico' (inverabile nella sede parlamentare di conversione dei Decreti Legge) quanto, nondimeno, da quel solenne luogo in cui viene costituzionalmente giudicata la legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, corrispondente al sindacato della Corte costituzionale (*ex art. 134 Cost.*); senza, oltre tutto, trascurare che ai sensi dell'art. 87 della Costituzione i D.P.C.M. "sfuggono" pure alla emanazione ed al controllo del Presidente della Repubblica.

*«L'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini»*¹⁷.

¹⁴ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 10.

¹⁵ L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

¹⁶ L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge», cit., pp. 15-16.

¹⁷ G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 369.

Molto difficile non scorgere un *vulnus* al “principio di legalità costituzionale” dell’azione politica: il Governo infatti in casi straordinari di necessità ed urgenza adotta sotto la propria responsabilità politica “provvedimenti provvisori con forza di legge” (corredati delle garanzie costituzionalmente previste) e non, certamente, provvedimenti di ‘delega’ (specie se “in bianco”) conferenti a soggetti terzi (oltretutto ad un organo monocratico, come il Presidente del Consiglio) poteri, imprecisati, d’emanazione di atti funzionalmente ‘surroganti’ la *ratio* ed il ruolo degli stessi Decreti Legge.

«L'impressione, infatti, è che la decretazione d'urgenza fin qui adottata abbia dato vita ad un vero e proprio “microsistema delle fonti”, rispondente a dinamiche e logiche proprie, in cui i decreti-legge non si limitano ad essere le fonti di produzione contenenti misure per affrontare l'emergenza, ma vere e proprie fonti sulla produzione di altri atti giuridici di varia [ed assai incerta] natura attraverso cui affrontare l'emergenza»¹⁸.

Il tutto non può non leggersi nell’ottica di una innaturale torsione dell’istituto del Decreto Legge. Una torsione aggravata dal fatto di non arrestarsi sul mero piano ‘formale’ delle fonti dell’ordinamento ma, anzi, capace di produrre una significativa incidenza, ‘sostanziale’, sotto il profilo delle limitazioni ai diritti fondamentali.

Fra l’altro, il massiccio utilizzo dei D.P.C.M. nella gestione della emergenza epidemiologica da Covid segnerebbe addirittura un’ulteriore anomalia nel “sistema delle fonti”.

Un’anomalia, questa volta, ad un livello di normazione primaria se si considera che con «l’approvazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e poi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 si è venuto a creare un sistema di disciplina dell'emergenza inedito [e ‘sovrapposto’] rispetto a quello originariamente configurato dal D. Lgs. 1/2018 e derogatorio di quest’ultimo»¹⁹.

In tal senso è manifesto che se ci si fosse attenuti al regime del ‘Codice della Protezione Civile’ il Presidente del Consiglio - in base ad una combinata lettura degli articoli del D. Lgs. 1/2018 - avrebbe potuto (*rectius* dovuto) emanare (*ratione materiae*) delle ordinanze - per il coordinamento, la gestione ed il superamento della “situazione emergenziale” - e giammai dei D.P.C.M.

Né può dirsi del tutto convincente la pur autorevole opinione di chi ha ricondotto la natura dei D.P.C.M. a quella delle ordinanze²⁰.

¹⁸ G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 356-357.

¹⁹ A. Conzutti - S. Faggionato - I. Malaroda, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticiosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 1-2-3/2020, p. 20. Sulla mancata aderenza rispetto al modello di cui al D. Lgs. 1/2018 si rinvia altresì a G. P. Dolso, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2020.

²⁰ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 10 ss.; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 537 ss.

Interpretazione non persuasiva, se non altro, sulla base di una - oggettiva - esegesi ermeneutica di natura letterale e sistematica del testo del D. Lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1²¹.

L'art. 5, comma 1, del D. Lgs. 1/2018 prescrive, infatti, che: «*Il Presidente del Consiglio dei ministri [...] detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24 [ossia con deliberazione di dichiarazione dello stato di emergenza], per il tramite del Capo del Dipartimento dalla protezione civile [...]*».

Ebbene, nel caso di specie la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ha disposto al punto 2 che: «*Per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile [...]*».

Appare piuttosto difficile forzare il senso della 'chiara lettera' del combinato disposto tra l'art. 5, c. 1, del D. Lgs. 1/2018 ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020: sicché se il Presidente del Consiglio avesse voluto emanare delle ordinanze²² avrebbe potuto (e dovuto) farlo per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile e non nella 'forma' di D.P.C.M. Salvo esporsi a vizi di legittimità (*ex art. 21 septies* della L. 241/1990) per violazione di legge (di cui all'art. 5 del D. Lgs. 1/2018), incompetenza e - in ogni caso - per "eccesso di potere" promanante dall'elusione del "principio di affidamento" nei cittadini, collegato a palesi condotte incoerenti della P.A. nel sensibile esercizio di poteri ablatori fortemente incidenti sulle situazioni giuridiche dei consociati.

«*Il Codice [di protezione civile] insomma, per quanto "nuovo", alla prova dell'emergenza Coronavirus è stato di fatto accantonato*»²³: con una gestione dell'emergenza basata su tre Decreti Legge²⁴ «*sulla produzione normativa*»²⁵ (connotati da un elevato tasso di dubbia determinatezza del potere 'conferito' alle "Autorità competenti") e molti D.P.C.M. estrinsecamente marcati per un'oggettiva natura giuridica incerta e comunque assai difficilmente riconducibile a quella delle "ordinanze di protezione civile".

²¹ Nel senso della netta esclusione circa la riconducibilità dei D.P.C.M. al *genus* delle ordinanze si rimanda alle ricostruzioni in S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, p. 190 ss.

²² Ad escludere che i decreti monocratici adottati nella gestione emergenziale siano qualificabili come delle "ordinanze *extra ordinem*" si legga L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 497 ss.

²³ G. Razzano, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020, p. 8.

²⁴ Il riferimento è ai Decreti Legge nn. 6, 19 e 33 del 2020.

²⁵ U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

Il punto è che se da un'interpretazione letterale, logica e sistematica tra l'art. 5, c. 1, del D. Lgs. 1/2018, da un lato, ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, dall'altro lato, sarebbe azzardato considerare l'equivalenza tra D.P.C.M. ed 'ordinanze di protezione civile' occorrerebbe, allora, iniziare ad interrogarsi piuttosto seriamente sulla 'precisa natura' di questi (inediti) strumenti di gestione dell'emergenza.

Il che lungi dal porsi come esercizio accademico. Tant'è che inquadrare la natura giuridica dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione dell'emergenza epidemologica è utile in relazione al profilo della loro sindacabilità giurisdizionale. Ponendosi nell'ottica di un'indispensabile verifica dell'effettiva garanzia costituzionale della tutela delle posizioni giuridiche soggettive oggetto d'incisione da parte del potere pubblico esercitato nella gestione della sopravvenuta emergenza epidemologica.

Un barlume orientativo nell'alveo dell'incerta natura giuridica dei D.P.C.M. è, senz'altro, rinvenibile tra le pieghe argomentative della sentenza del T.A.R. Calabria del 9 maggio 2020, n. 841. Si tratta di una pronuncia in cui il Giudice Amministrativo ha puntualizzato che il D.P.C.M. del 26 aprile 2020 «*non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale*»²⁶.

Del resto, ad un'attenta analisi, sarebbe difficile sostenere che i D.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza da Covid siano riconducibili a dei 'decreti regolamentari'.

Il che può argomentarsi risalendo dall'insegnamento della giurisprudenza amministrativa sui 'criteri' d'identificazione della "natura normativa" (*rectius* regolamentare) di un decreto.

La giurisprudenza amministrativa prende congiuntamente in considerazione due criteri per la verifica inerente alla natura regolamentare di un decreto ministeriale, ossia: a) il criterio formale; b) il criterio sostanziale.

In generale: «*il criterio formale consiste nella qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa. La qualificazione può avvenire secondo una duplice modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso. La prima modalità è imposta per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400*»²⁷.

Sicché il criterio formale attiene all'*iter* di formazione del decreto, considerato rispetto alla disciplina fissata dall'articolo 17, comma 3 e 4, della Legge del 23 agosto 1988, n. 400.

Laddove, pertanto, assume rilievo l'elemento secondo cui i decreti possono dirsi regolamentari nella misura in cui essi: «*devono recare la denominazione di "regolamento", [e] sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed*

²⁶ T.A.R. Calabria, Sez. I, sen. 9 maggio 2020, n. 841, par. 19 del Fatto e Diritto.

²⁷ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

alla registrazione della Corte dei Conti e sono pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale*²⁸. In tal senso è incontrovertibile che i D.P.C.M. emanati per la gestione dell'emergenza da Covid «non sono stati adottati nelle forme dell'art. 17, l. n. 400 del 1988, solo genericamente richiamata nell'incipit del preambolo: [tutti i D.P.C.M. infatti] non recano la denominazione di regolamento e non sono stati adottati previo parere del Consiglio di Stato»²⁹.

Eppure nonostante la palese assenza del richiamato criterio formale non si può (e non si deve) ignorare il fatto che le «prescrizioni formali e procedurali, essendo poste con una legge ordinaria, possono essere modificate da una legge successiva che potrebbe, pertanto, prevedere anche atti normativi "atipici" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che sembra richiedere che la legge debba indicare espressamente la deroga eventuale al modello procedimentale disciplinato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988). L'"atipicità", è bene puntualizzare, va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti»³⁰.

Né pare che i D.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza epidemio-logica siano riconducibili alla residuale categoria degli atti normativi "atipici", nel senso sopra delineato. Ma pure a voler ritenere comunque soddisfatto il "criterio formale" della, improbabile, natura regolamentare dei D.P.C.M. (per via di una potenziale "atipicità formale") non si può, invero, mai prescindere dal valutare la sussistenza del "criterio sostanziale" degli atti normativi, quale criterio non affatto alternativo, bensì - si badi - di carattere cumulativo rispetto al requisito formale.

Ebbene, sempre la consolidata giurisprudenza amministrativa riconosce che «il criterio sostanziale valorizza la natura intrinseca dell'atto che, per essere normativo, deve avere i seguenti caratteri: i) generalità, intesa quale indeterminabilità a priori ed a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza; ii) astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; iii) innovatività, intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento»³¹.

Dal che non viene difficile dubitare che i D.P.C.M. fin qui adottati si connotino per una carenza del carattere dell'astrattezza: intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità dell'atto normativo rispetto ad ogni potenziale fattispecie sottendibile al suo regime.

Appare evidente come la ripetibilità ed applicabilità di molti dei D.P.C.M. intervenuti sul *Coronavirus* si siano esauriti dopo, solo, pochi giorni dalla loro adozione. Senza fra l'altro considerare che accanto ad una lacuna dell'elemento dell'"astrattezza" in diversi casi i D.P.C.M. (si pensi a quello sul 'lavoro agile' od a quello relativo alle 'competizioni sportive') si sono caratterizzati per una 'generalità

²⁸ Art. 17, comma 4, della Legge 23 agosto 1988, n. 400.

²⁹ L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge*, cit., p. 496.

³⁰ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

³¹ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

parziale', in quanto cioè limitata sotto il profilo di un'indeterminabilità a priori (*ex ante*) ma non anche (*ex post*) a posteriori: attesa la loro oggettiva 'funzionalizzazione' alla cura di un interesse pubblico inverabile nella realizzazione di un 'obiettivo concreto e determinato', ossia di un obiettivo strutturalmente esauribile.

Tutto ciò non può non essere combinatamente letto alla luce della fondamentale considerazione per cui secondo la giurisprudenza amministrativa «*nella definizione della relazione tra i due criteri esposti [formale e sostanziale], deve rilevarsi come quello sostanziale rivesta una posizione di preminenza, in quanto se si assegnasse al criterio formale valenza autosufficiente ai fini della qualificazione giuridica dell'atto, il rischio [...] sarebbe quello di una possibile elusione delle modalità e competenze, anche costituzionali, che devono essere rispettate nell'adozione dei singoli atti. Nondimeno, il criterio formale assume rilevanza ai fini di interpretazione dei provvedimenti da qualificare e, in particolare, di quelli che presentano un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto*»³².

Il che si impone soprattutto nella (non semplice) demarcazione del confine tra atti normativi, da un lato, ed atti amministrativi non regolamentari (ossia privi del carattere di normatività), dall'altro: e specialmente allorché si tratti degli 'atti amministrativi generali'.

«*L'atto amministrativo generale, rispetto a quello normativo, si caratterizza [infatti] per la [duplice] circostanza che [da un lato] i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma certamente determinabili a posteriori (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9)*»³³ e, dall'altro lato, per l'intima natura di rinvenire la propria *ratio existendi* (più che nella disciplina di fattispecie astratte ed indefinite nella loro ripetibilità) nella puntuale funzione (amministrativa) di «*regolare specifici procedimenti amministrativi. Ulteriore considerazione che non può essere trascurata è che nei casi in cui l'Amministrazione esercita il pubblico potere conferitole dalla legge mediante l'utilizzo di atti amministrativi generali, questi si inseriscono in (anzi di norma avviano) una sequenza procedimentale che si conclude con dei provvedimenti amministrativi espressi. Si pensi alla relazione esistente tra bando di gara ed aggiudicazione all'operatore economico od a quella tra bando di concorso e graduatoria finale dei candidati vincitori*»³⁴.

Non si ignora che il *discrimen* tra decreto regolamentare ed atto amministrativo generale possa risultare, talvolta, incerto. Tuttavia all'interprete soccorre una regola di massima fondata sull'apprezzamento sostanziale dei caratteri di generalità, innovatività ed astrattezza, quali dati qualificanti l'atto normativo, laddove, in particolare, nell'ambito del, talora, sottile 'confine' tra 'atto normativo' ed 'atto amministrativo generale' viene utilizzato il dirimente criterio della indeterminabilità dei destinatari dell'atto, finendo cioè per assumere rilevanza 'cruciale' il punto che: «*è atto normativo quello i cui destinatari sono*

³² Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

³³ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

³⁴ TAR Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 20 luglio 2020, n. 8389.

indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità ed astrattezza); mentre è atto amministrativo generale quello i cui destinatari sono indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori, atteso che l'atto in questione è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, una caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»³⁵.

Pertanto, in estrema sintesi, la tesi di una ‘natura regolamentare’ dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione statale dell'emergenza epidemiologica rischia di non reggere affatto: sia sotto il profilo del “criterio formale” di un atto normativo che, soprattutto, sul dirimente piano del “criterio sostanziale” della natura normativa (*rectius* regolamentare) di un decreto.

D'altronde non può sottacersi un'autorevole e calzante osservazione maturata in dottrina in relazione agli “atti amministrativi generali”.

«Tra il regolare e il provvedere esiste una tensione, determinata dalla differente disciplina che risulta appropriata per l'uno e per l'altro genere di prescrizioni. L'atto generale è un contenitore in cui possono coesistere, anche simultaneamente, contenuti strutturalmente assai diversi tra loro»³⁶.

Sicché l'atto amministrativo generale assume la peculiarità di porsi in una posizione ‘intermedia’ tra l'atto normativo ed il (classico) provvedimento amministrativo: nella misura in cui l'atto amministrativo generale assume rispetto all’“atto normativo” un carattere ‘concreto’, mentre a differenza del ‘tipico’ provvedimento amministrativo non regola una singolare situazione, bensì la contestualità di situazioni molteplici, sulle quali l'atto generale è ‘legalmente’ finalizzato ad incidere per la cura di un interesse pubblico inderogabile nella realizzazione di un obiettivo amministrativo ad ‘ampio respiro’, per quanto, in ogni caso, ‘strutturalmente’ (e temporalmente) esauribile.

*«Nello specifico, infatti, a differenza dei regolamenti amministrativi, che si caratterizzano per il concorso dei caratteri dell'astrattezza, della generalità e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, gli atti amministrativi generali, pur considerabili quali *lex specialis* in riferimento ad un determinato evento giuridico, sono destinati a produrre il loro effetto solo con riferimento a tale evento e per il periodo della sua durata. Da ciò ne deriva, quindi, che gli atti amministrativi generali possano collocarsi in una posizione intermedia tra il provvedimento amministrativo e il regolamento e debbano distinguersi dagli atti plurimi e collettivi che, pur essendo plurisoggettivi, si rivolgono in realtà singolarmente a ciascun destinatario dell'atto»³⁷.*

Il che sembra non solo atteggiarsi come la via teorica per fugare ogni incertezza normativa inerente sull'adozione degli inediti D.P.C.M. nella gestione dell'emergenza ma (quale sensata spiegazione delle scelte di ‘politica legislativa’

³⁵ Cons. St., Sez. Terza, ord. 11 dicembre 2019, n. 8435, punto 27.4.

³⁶ M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2013, p. 84.

³⁷ A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 570.

del Governo) consentirebbe, senz'altro, di allineare i D.P.C.M. nel quadro dei 'consolidati' studi del diritto pubblico italiano. Infatti, l'inquadramento dogmatico dei D.P.C.M. sul Covid come atti amministrativi generali³⁸ ben si inserirebbe teoricamente, senza strappi, nel contesto dei pregressi studi pubblicistici sia sotto il profilo del celebre fenomeno della "fuga dal regolamento", che, oltre tutto, sul piano di una 'parallela' fuga (del Governo) dalle accese critiche mosse avverso l'utilizzo di ordinanze *extra ordinem*.

In tal senso verrebbe a spiegarsi il perché il Governo abbia "privilegiato" gestire l'emergenza attraverso lo strumento del D.P.C.M.: attesa la sua - senz'altro migliore - 'agilità' (di regolazione) tanto rispetto al modello disciplinato *ex articolo 17* della Legge 400/1988 che rispetto alle più solenni forme di disciplina contemplate dall'art. 77 Cost.

La qual cosa se letta in luce delle coordinate di garanzia per le posizioni soggettive incise dall'esercizio del potere rischia di 'svelarsi' come 'perversa'.

Il che se solo ci si fermasse a considerare attentamente lo specifico regime d'impugnabilità dei più volte citati D.P.C.M. di gestione dell'emergenza.

È senz'altro noto a tutti che *«l'impugnabilità rileva sotto il profilo dell'interesse a ricorrere ed allora è impugnabile il provvedimento amministrativo che decide in ordine all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è attributaria e produce effetti nei confronti dei destinatari dell'atto e dei terzi, per cui il provvedimento deve essere efficace, non potendo il ricorrente chiedere l'annullamento di un atto inefficace (perché, per esempio, non è ancora intervenuto il controllo o l'evento cui è subordinata l'efficacia) [e] che non lede in maniera attuale l'interesse sostanziale. [Al contempo è] consentita l'impugnativa anche di atti non aventi natura provvedimentoale poiché il principio è l'ammissibilità di domande di annullamento di atti che, comunque, rechino al ricorrente una lesione personale, diretta ed attuale dell'interesse sostanziale»*³⁹.

Da ciò consegue che gli atti amministrativi generali in ragione della loro generalità (seppur solo *ex ante*) non sono, di solito, immediatamente impugnabili, giacché l'impugnazione viene differita unitamente a quella dei loro atti applicativi, che rendono attuale, diretta e concreta la lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente rispetto alla 'regolazione' dell'"atto amministrativo generale". Unica eccezione alla regola dell'impugnabilità differita degli "atti amministrativi generali" si rinviene qualora l'atto generale dovesse disciplinare compiutamente le posizioni dei destinatari, con prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi sostanziali dei destinatari.

Ovviamente sarebbe in questa sede sbagliato pensare di operare una valutazione 'globale' del grado di lesività più o meno diretta delle singole prescrizioni

³⁸ Già in passato il D.P.C.M. è stato qualificato dalla giurisprudenza amministrativa come un «atto amministrativo generale»: si confrontino - *ex multis* - Cons. St., Sez. Quarta, sent. 12 aprile 2018, nn. 2201 e 2203.

³⁹ E. Follieri, *Gli atti impugnabili*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 288.

contemplate dai D.P.C.M. Ciò che si può sostenere è che per i D.P.C.M. sul Covid si impone il regime d'impugnabilità degli atti "amministrativi generali".

Eppure al di là di quanto fin qui ricostruito (per taluno, forse, banale) ciò che si vorrebbe evidenziare è che per i D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale non solo vale la regola dell'"impugnabilità differita" (salvo il caso di prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi dei destinatari) ma (oltre tutto) per essi il regime che è tipico degli "atti amministrativi generali" verrebbe pure ad 'incrociarsi' con quello degli atti di "alta amministrazione"⁴⁰.

A ben riflettere, infatti, i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri posti in essere per la gestione dell'emergenza epidemiologica si atteggiavano come un 'classico' caso in cui (*ex art. 95, comma 1, Cost.*) il Presidente del Consiglio "dirige la politica generale del Governo" e - soprattutto - "mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo" del Governo. Un'unità di indirizzo politico/amministrativo assolutamente necessaria per affrontare un'emergenza di livello nazionale come quella del *Coronavirus*.

E se si leggesse ciò alla luce del fatto che un atto di "alta amministrazione" è per definizione l'atto «*di suprema direzione della pubblica amministrazione, di raccordo della funzione di indirizzo politico con quella amministrativa*»⁴¹ allora apparirebbe in modo chiaro come gli intervenuti D.P.C.M. quali "atti amministrativi generali" abbiano assunto, in emergenza, ad un ruolo (indiscutibile) di 'raccordo'.

Un 'raccordo' realizzato tra la funzione d'indirizzo politico estrinsecata nei Decreti Legge «*sulla produzione normativa*»⁴² e le, discendenti, funzioni di "amministrazione attiva", esercitate, 'a valle', proprio sulla scorta delle 'misure' di "regolazione generale" contemplate dai D.P.C.M. sul Covid.

La nota dolente è che l'"atto di alta amministrazione" si contraddistingue rispetto a qualsiasi altro atto amministrativo per un peculiare regime d'impugnabilità, esistente in ragione dell'ampia discrezionalità sottesa al raccordo tra l'indirizzo politico, da un lato, e le funzioni amministrative, dall'altro lato.

L'attività di 'alta amministrazione' si realizza, infatti, nell'ordinamento italiano come quel genere di attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico, atteggiandosi cioè come il primo momento attuativo - seppur per linee generali - dell'indirizzo politico.

⁴⁰ Sugli atti di alta amministrazione si rinvia *ex multis* a G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Cedam, Padova, 1973; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 101-134; G. Pepe, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in *Giustizia Amministrativa*, 2, 2010, pp. 33-48; G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 22, 2017.

⁴¹ B. G. Mattarella, *Provvedimenti amministrativi e altri atti di pubblici poteri*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 324.

⁴² U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 303.

Dal che - e dall'ampia discrezionalità sottesa alla loro adozione - discende la gravida conseguenza per cui gli "atti di alta amministrazione" sono sottoponibili ad un peculiare sindacato. Un sindacato che il Giudice Amministrativo definirebbe come esterno od estrinseco od "*ab externo*": in quanto limitato rigorosamente ad un astratto controllo giurisdizionale imperniato sulla mera coerenza e 'ragionevolezza' delle valutazioni compiute dall'Amministrazione per l'emanazione dell'atto, nonché sull'eventuale manifesta insussistenza dei presupposti per l'adozione della decisione.

Detto in modo estremamente sintetico un atto di alta amministrazione «è censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza»⁴³. Tant'è che il Consiglio di Stato ha finito per dichiarare senza mezze misure che nell'impugnazione di «atti di alta amministrazione, il sindacato di questo Plesso giurisdizionale è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità»⁴⁴. E se si leggesse codesto orientamento sull'atto di alta amministrazione alla luce delle preziose conferme giurisprudenziali circa la natura "altamente discrezionale" condivisa dai D.P.C.M. adottati per la gestione del Covid (si vedano i decreti con cui il G. A. ha respinto le istanze di sospensione cautelare degli effetti prodotti dagli impugnati D.P.C.M.⁴⁵) allora sembrerebbe davvero breve il passo nell'accostare i caratteri tipici dell'"atto amministrativo generale" insiti nei D.P.C.M. alla loro parallela funzione di porsi «come anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa»⁴⁶ vera e propria.

Del resto proprio il D.P.C.M. è, di per sé, lo strumento amministrativo "per antonomasia" a disposizione del Presidente del Consiglio per assolvere al suo ruolo costituzionale di mantenimento dell'"unità di indirizzo politico e amministrativo": ossia, in altri termini, per assicurare quel sensibile raccordo tra la funzione d'indirizzo e di programmazione politica e l'esercizio delle (unitarie) funzioni amministrative. Tanto più che come ricostruito dal T.A.R. Calabria⁴⁷ si può (anzi si deve) riconoscere che i Decreti Legge intervenuti «sulla produzione normativa»⁴⁸ del Covid-19 abbiano posto in essere l'istituto della, così detta, "chiamata in sussidiarietà legislativa": con l'avocazione al livello di governo statale sia di delle funzioni amministrative repubblicane inerenti all'esercizio unitario della gestione dell'emergenza epidemiologica, quanto, nondimeno, delle

⁴³ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

⁴⁴ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.

⁴⁵ Cons. St., Sez. Terza, decreti del 30 marzo 2020, n. 1553 e del 17 aprile 2020, n. 2028; T.A.R. Lazio, Sez. I, decreti 20 aprile 2020, n. 2915, 28 aprile 2020, n. 3322, 29 aprile 2020, n. 3453, 23 luglio 2020, n. 5002.

⁴⁶ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

⁴⁷ TAR Calabria, Sez. Prima, sent. 9 gennaio 2020, n. 841, par. 18.4 del Fatto e Diritto.

⁴⁸ U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 303.

‘parallele’ competenze legislative regionali costituzionalmente preordinate alla disciplina delle funzioni ‘attratte’ dal Governo statale.

Chiaro come i D.P.C.M. si siano ‘prestati’ a fungere come prezioso strumento di ‘raccordo’ tra, da un lato, le funzioni amministrative attratte dal Governo e, dall’altro lato, l’esercizio della potestà legislativa posta in essere mediante i Decreti Legge (estrinsecazione sia delle competenze legislative statali che di quelle regionali, considerata la peculiare ‘attrazione’ in sussidiarietà legislativa).

Il punto è che se è vero che gli intervenuti D.P.C.M. non hanno la natura di “ordinanze di protezione civile”, né quella di “decreti regolamentari” e se è, parimenti, vero che si tratti, piuttosto, di atti amministrativi generali, funzionalmente ‘inquadabili’ come dei tipici ‘atti di alta amministrazione’ (nel raccordo tra indirizzo e programmazione politica della gestione emergenziale, da una parte, ed esercizio delle funzioni di ‘amministrazione attiva’, dall’altra parte), allora la diretta conseguenza sarebbe che il regime d’impugnazione dei D.P.C.M. in esame venga oggettivamente a dover configurarsi (*ex parte civis*) *sub specie* di un sindacato particolarmente ‘debole’ del Giudice Amministrativo. Per lo meno, rispetto al generale regime di sindacabilità cui sono sottoposti tutti i provvedimenti amministrativi.

Non soltanto, infatti, i D.P.C.M. sul *Coronavirus* (quali “atti amministrativi generali”) sono destinati ad essere ‘sottoposti’ alla ‘tendenziale’ regola dell’“impugnabilità differita” (in quanto rimandata, cioè, rispetto al momento della congiunta impugnazione dei provvedimenti applicativi dell’atto generale) ma - soprattutto - essi sono parallelamente sottratti a quello che solitamente è il classico e ‘generale regime’ di impugnazione e di ‘sindacabilità’ dei provvedimenti amministrativi: atteso che come per qualsiasi altro tipo di “atto di alta amministrazione” anche il D.P.C.M. sul Covid non potrebbe che essere «*censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*»⁴⁹.

Lo dimostra il fatto che finora a fronte delle numerose impugnazioni dinanzi al Giudice Amministrativo nessun D.P.C.M. sia stato mai annullato.

Ma pur a non voler considerare codesto dato come adeguatamente ‘probante’, lo dimostrano soprattutto le, pur stringate, ‘argomentazioni’ esposte nei molteplici decreti con cui il Giudice Amministrativo continua a respingere il profluvio di istanze cautelari di sospensione degli effetti prodotti dai D.P.C.M. e dai, conseguenti, provvedimenti applicativi impugnati.

Si pensi soltanto a come il T.A.R. Lazio abbia respinto un’istanza cautelare connessa all’impugnazione del D.P.C.M. del 26 aprile 2020 predicando la prevalenza della «*tutela della salute pubblica, per come prevista nell’impugnato provvedimento, di natura latamente discrezionale*»⁵⁰.

Oppure si rifletta su come (più esplicitamente) sempre il T.A.R. Lazio abbia, con incisività, deciso che dinanzi all’impugnazione del D.P.C.M. del 10 aprile

⁴⁹ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

⁵⁰ T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 29 aprile 2020, n. 3453.

2020 non sussistessero le condizioni per accogliere l'istanza cautelare «anche alla luce della natura di atto di alta amministrazione che riveste l'impugnato provvedimento»⁵¹.

Tali pur concise ricostruzioni possono trovare ulteriori e gravide conferme nelle argomentazioni di una recente sentenza del Giudice Amministrativo, depositata lo scorso 22 luglio 2020. Si tratta di una sentenza del T.A.R. Lazio, con cui viene tentato dal Giudice di sintetizzare gli elementi strutturalmente riconducibili alla *ratio existendi* degli intervenuti D.P.C.M. sul Covid-19 partendo dalla considerazione che la «peculiare rilevanza sociale, il rilevante impatto sulla collettività e sui territori - dapprima localizzati, e quindi sull'intero territorio nazionale - e, soprattutto, la necessità di contemperare la tutela dell'interesse pubblico e del diritto alla salute con altri delicati interessi pubblici e privati in gioco, [...] ha determinato la necessità - una volta dichiarato dal Governo lo stato di emergenza igienico-sanitaria con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31/01/2020 - di attribuire il peculiare potere di emanazione di tali "atipici" atti di [‘regolazione’ della] necessità ed urgenza, su proposta del Ministro della salute, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale l'art. 95, comma 1, Cost. attribuisce il compito, oltre che di dirigere la politica generale del Governo, di mantenere [quel]l'unità di indirizzo politico ed amministrativo»⁵² corrispondente, *ex se*, alla funzione “naturale” che oggi nell’ordinamento italiano viene, ordinariamente, rivestita dagli “atti di alta amministrazione”.

Ne discende un’immediata e logica conseguenza in relazione al profilo dell’effettiva tutela giurisdizione dei diritti ed interessi legittimi materialmente incisi dagli atti e provvedimenti adottati per la gestione dell’emergenza del *Coronavirus*. Difatti il cittadino che dinanzi all’esercizio del potere pubblico nella gestione dell’emergenza epidemiologica volesse reagire con un’azione giurisdizionale a garanzia delle proprie posizioni soggettive vedrebbe limitata l’“effettività” delle proprie tutele costituzionalmente garantite: specie in relazione al diritto di difesa dei propri diritti ed interessi legittimi contro tutti gli atti della P. A.

Il che va ben al di là del legittimo elemento per cui il cittadino non potrebbe, in linea generale, impugnare direttamente i D.P.C.M., dovendo solitamente differirne l’azione rispetto all’impugnazione dei provvedimenti applicativi dei D.P.C.M. stessi. Il punto è che tanto per l’ipotesi di impugnazione diretta delle prescrizioni dei D.P.C.M. immediatamente precettive e direttamente lesive delle posizioni giuridiche dei relativi destinatari, quanto (nondimeno) nel caso di un’“impugnazione differita” - in entrambe le situazioni - i D.P.C.M. quali atti di “alta amministrazione” verrebbero, comunque, ad essere preclusi dal generale sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo.

Giacché in un caso o nell’altro si tratterebbe, pur sempre, di un atto posto in peculiare «congiunzione tra la fase della programmazione politica e l’attività di gestio-

⁵¹ T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 20 aprile 2020, n. 2915.

⁵² T.A.R. Lazio, Sez. Prima Quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8615, par. 4 del Fatto e Diritto.

*ne amministrativa*⁵³ dell'emergenza ed in quanto tale il D.P.C.M. non potrebbe che essere sottoposto ad un sindacato «*giurisdizionale [che] è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità*»⁵⁴. Sicché i D.P.C.M. sul Covid per la loro intima natura di atti amministrativi generali preposti alla funzione di rendere 'immediatamente esecutivo' l'indirizzo politico espresso nei Decreti Legge (atteggiandosi come il primo momento attuativo dell'indirizzo politico) verrebbero, di per sé, a poter essere censurabili «*unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*»⁵⁵.

Tanto che dissipate le iniziali incertezze sulla natura giuridica dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale del Covid rimangono sullo sfondo delle, ineliminabili, criticità sul piano costituzionale. È evidente l'elusione del principio di pienezza, generalità ed effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti ed i provvedimenti della P. A.

Ed il riferimento alla denuncia di «un'elusione» dell'art. 113 della Carta repubblicana non è casuale.

Tant'è che non si vuole mettere, per nulla, in dubbio la legittimità di una categoria tanto conosciuta nel diritto amministrativo come quella degli "atti di alta amministrazione". Più semplicemente si vuole evidenziare che se il sistema delle fonti sull'emergenza fosse stato rigorosamente rispettato 'a monte' (per il tramite di Decreti Legge che effettivamente disciplinassero, "in prima persona", le misure di emergenza epidemiologica e che in ogni caso fossero adeguatamente determinati nel conferimento dei poteri amministrativi) non ci si sarebbe senz'altro trovati dinanzi a (discutibili) strumenti che eludessero gli articoli 24 e 113 della Carta costituzionale.

Sicché nell'ambito dell'inesauribile 'dialettica' tra "Autorità e Libertà", tra "Governanti e Governati", tra il "potere pubblico" ed i "soggetti privati" destinatari dei provvedimenti dalle "Autorità competenti" viene francamente davvero difficile riuscire a rinvenire degli effettivi strumenti di tutela giurisdizionale per le posizioni giuridiche soggettive 'illegalmente' ed 'illegittimamente' incise dall'esercizio del potere pubblico dispiegatosi nella gestione dell'emergenza epidemiologica.

Ecco una delle ragioni per cui nella gestione di un'emergenza per la Repubblica italiana non si potrebbe mai, nemmeno parzialmente, esulare dal puntuale rispetto degli istituti *ad hoc* fissati in Costituzione.

Tant'è che "distorto" il ricorso all'utilizzo del Decreto Legge, violato il principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa e materialmente bypassata la stessa disciplina organica del pur nuovo "Codice di protezione civile" (D. Lgs. 1/2018) il serio rischio è stato (ed è) che per 'salvare' la Repubblica dai pericoli incombenti sul fondamentale diritto alla salute e sulle ricollegabili minacce

⁵³ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

⁵⁴ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.

⁵⁵ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

per i principi dell'incolumità e della sicurezza pubblica si pervenisse, paradossalmente, a ciò che si sarebbe voluto proprio evitare: ossia ad una *Mors Rei Publicae*. Il che sebbene sotto il, distinto, profilo di uno 'svuotamento' del principio di legalità nonché di quei limiti, di quelle forme e delle, stesse, modalità di esercizio del potere sovrano su cui solennemente la Repubblica italiana si fonda.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Cheli E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961.

Cerulli Irelli V., *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 101-134.

Cassese S. (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

Scoca F. G. (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013.

Mazzarolli L. A., «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020.

Dolso G. P., *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2020.