



Considerazioni sulla proroga dello stato di emergenza da COVID-19: l'art. 1, comma 1, del d.l. n. 221 del 24 dicembre 2021

DI: LUCIO IANNOITA / PUBBLICATO IL: 18 FEBBRAIO 2022 / IN: DOTTRINA / ARGOMENTO: IGIENE E SANITA', COVID-19 / RIVISTA: N. 2 - 2022

Aree



Sommario: 1. Dichiarazione dello stato di emergenza e proroghe. 2. Necessità di sottoporre a verifica di compatibilità ordinamentale, nella prospettiva del Diritto Amministrativo (e) Costituzionale, la proroga *ultra limina* dello stato di emergenza disposta (non con deliberazione C. dei M., non conforme a legge ma) con decreto legge. 3. Temporaneità dello stato di emergenza: principio implicito, costituzionale e istituzionale, concretizzato e formalizzato dalla legislazione ordinaria (art. 24, comma 3, d.lgs. n. 1 del 2018). 4. Possibili profili di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, del d.l. 24 dicembre 2021 n. 221. 5. Dubbi sulla convertibilità in legge dell'art. 1, comma 1, d.l. 24 dicembre 2021 n. 221.

1. L'art. 1, comma 1, del d.l. n. 221 del 24 dicembre 2021 ha prorogato, fino al 31 marzo 2022, per il protrarsi della diffusione degli agenti virali da COVID-19, lo stato di emergenza nazionale, dichiarato con la *Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020*^[1].

La deliberazione del 31 gennaio 2020 era stata adottata *visto il decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1* (Codice della protezione civile), *ed in particolare l'art. 7, comma 1, lettera c, e l'art. 24, comma 1*^[2].

L'art. 7, comma 1, lettera c, del d.lgs. n. 1 del 2018, ai fini dello svolgimento delle attività di protezione civile, di cui all'art. 2 dello stesso d.lgs, individua le tipologie di eventi emergenziali di protezione civile e definisce, al comma 3, lettera c, *emergenze di rilievo nazionale* quelle *connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24*.

L'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 1 del 2018 stabilisce che *Al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della Protezione Civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e le Province autonome interessate, presentano i requisiti di cui all'art. 7, comma 1, lettera c, ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisita nell'intesa, delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanaazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 25*^[3].

Per l'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018 *La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi*.

CERCA

🔍 Type Search Term ...

Per effettuare una ricerca inserisci il testo nella barra di ricerca premi il **Invio** sulla tastiera.

oppure puoi selezionare le corrispondenze nei campi sottostanti e cliccare sul pulsante **Cerca**

CERCA NEL SITO DOTTRINA

Argomento

Vedi Argomento ▾

Autori

Vedi Autore ▾

Aree Tematiche

Vedi Aree ▾

CERCA

Lo stato di emergenza, dichiarato con la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è stato prorogato fino al 31 luglio 2021, con varie deliberazioni dello stesso Consiglio dei Ministri, tutte adottate ai sensi e per gli effetti dell'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018, nella consapevolezza dei limiti temporali (dodici mesi più dodici) da questo previsti.

Per la successiva proroga dello stato di emergenza, dal 31 luglio al 31 dicembre 2021, il Governo ha poi utilizzato lo strumento del decreto legge (d.l. n. 105 del 23 luglio 2021)[4]

La formulazione dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 221 del 24 dicembre 2021 è simile a quella dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 105 del 23 luglio 2021, ma, tra le previsioni dei due decreti legge, c'è una differenza di estremo rilievo: la nuova proroga fino al 31 marzo 2022 (d.l. n. 221 del 24 dicembre 2021), a differenza della precedente, fino al 31 dicembre 2021 (d.l. n. 105 del 23 luglio 2021), supera di due mesi il limite massimo di durata (ventiquattro mesi, ex art. 24, comma 3, del d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1) dello stato di emergenza che, dichiarato il 31 gennaio 2020, sarebbe dovuto cessare il 31 gennaio 2022, con avvio, almeno trenta giorni prima della scadenza, delle misure volte a favorire il rientro nell'ordinario, come previsto dall'art. 26 del d.lgs. n. 1 del 2018[5].

2. L'art. 1, comma 1, del d.l. 24 dicembre 2021, pur richiamando la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, fondata (come le successive deliberazioni) sulle norme del d.lgs. n. 1 del 2018 e perciò sottoposta al limite temporale di cui all'art. 24, comma 3, ha prolungato la durata dell'emergenza di due mesi oltre il limite stabilito da tale norma, senza neanche citarla. Non citandola, il Governo ha mostrato di ritenersi non tenuto alla sua osservanza e neanche alla sua espressa e diretta considerazione, e se ne è discostato di fatto tacitamente, senza manifestare alcuna volontà[6] né di derogare alla norma[7] (motivandolo)[8] né tantomeno di modificarla[9], attribuendosi il potere di fissare, esso stesso, la durata dello stato di emergenza, indipendentemente dalla normativa vigente.

In sintesi, l'art. 1, comma 1, del d.l. 24 dicembre 2021 presenta come normale, quasi banale, un fatto che tale non è, vale a dire il prolungamento *ultra limina legis*, con decreto legge, dello stato di emergenza, che non avrebbe potuto essere disposto, in base alla legislazione vigente, con deliberazione del Consiglio dei Ministri (atto, in linea generale, sottoposto alle norme e ai principi del diritto amministrativo e che, in ogni caso, ha nella legge - d.lgs. n. 1 del 2018 - la sua disciplina), in ragione dell'evidente contrasto con la legge e della connessa carenza del presupposto temporale di esercizio del potere; o che, quantomeno, avrebbe potuto essere disposto non come proroga, bensì (secondo gli autori che l'ammettono) come nuova dichiarazione dello stato di emergenza, *plasmata sul presente* [10] e fondato su *dati attuali univoci e concordanti*[11].

E la deliberazione, di proroga *ultra limina*, sarebbe stata annullabile (da parte del giudice amministrativo, a fronte della lesione di interessi legittimi) o disapplicabile (da parte del giudice ordinario, a fronte della lesione di diritti soggettivi) per violazione (del termine) di legge e/o per mancanza di "novità" e di motivazione sui presupposti della dichiarazione dello stato di emergenza.

La relativa brevità del periodo di proroga (due mesi) oltre i limiti di legge; il protrarsi di una situazione sanitaria ancora complessa (anche se meno intensa rispetto alle fasi precedenti); e la probabilità che, stando alle dichiarazioni di componenti del Governo competenti in materia[12], possa trattarsi dell'ultima proroga in base ai più recenti dati epidemiologici, sono circostanze che non possono valere a trasformare, in normale, un fatto eccezionale (la proroga *ultra limina legis* dello stato di emergenza), di forte impatto ordinamentale, economico e sociale, sia in sé, sia, e ancor di più, quale possibile precedente rispetto ad altri possibili casi futuri. Dal mancato ritorno alla normalità, con rischi di *vulnus* alla tutela dell'ordinamento democratico[13], discende e consegue la necessità di sottoporre la decisione governativa ad una approfondita verifica di legittimità costituzionale e di compatibilità ordinamentale.

Si tratta in particolare di verificare, nella prospettiva del Diritto Amministrativo (e) Costituzionale[14], se la decisione governativa di proroga dello stato di emergenza da Covid-19 fino al 31 marzo 2022, adottata con decreto legge, (d.l. 221/2021, art. 1 comma 1) sia incorsa o meno, sul piano sostanziale, negli stessi profili di illegittimità, in cui sarebbe incorsa, se fosse stata presa con deliberazione del Consiglio dei Ministri, sottoposta alle previsioni del Codice della protezione civile, tenendo naturalmente conto della diversità sia dello strumento utilizzato (un atto con forza di legge) sia del parametro di riferimento, rappresentato, immediatamente, dalle norme e dai principi costituzionali



e di rilievo costituzionale, rilevanti nella vicenda in esame, alla luce delle interpretazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

3. Nella prospettiva indicata, viene innanzitutto in rilievo il principio della temporaneità dello stato di emergenza che, per il necessario collegamento con la salvaguardia dei diritti e dei doveri costituzionali, e con gli stessi caratteri dell'ordinamento democratico, costituisce non solo fondamentale principio costituzionale ma, ancor più profondamente, principio riconducibile agli (inespressi ma ben cogenti) principi istituzionali, quali essenziali fattori costitutivi dell'ordinamento repubblicano, che ad esso ineriscono intrinsecamente, prima ancora di manifestarsi nelle sue componenti normative e anche a prescindere da queste [15]

Come è stato evidenziato, in una audizione innanzi alla 1^a Commissione Affari Costituzionali del Senato il 18 gennaio 2022[16], in sede di esame dei disegni di legge di conversione del d.l. 221 del 24 dicembre 2021 e del d.l. n. 229 del 30 dicembre 2021, *fa parte dello statuto logico dell'emergenza il suo essere – appunto – temporanea*; come debbono essere temporanee le limitazioni (specialmente quelle penetranti, ai diritti, che costante giurisprudenza costituzionale giustifica...se ragionevolmente temporanee oltre che sorrette ..da un interesse costituzionalmente pregevole. Al quesito *se al di là di quanto stabilito nelle fonti primarie, vi sia un limite temporale dello stato di emergenza ...implicitamente desumibile dalla Costituzione, la risposta è affermativa*[17].

Il principio (logico giuridico) fondamentale, di rango costituzionale e istituzionale, della temporaneità dello stato di emergenza, è stato concretizzato e formalizzato dalla legislazione ordinaria che, con il d.lgs. n. 1 del 2018 – Codice della protezione civile, all'art. 24 comma 3, ha fissato in due anni il limite massimo temporale dello stato di emergenza. E le norme del Codice della protezione civile, in base all'art. 1 comma 3, *costituiscono principi fondamentali in materia di protezione civile (ancorché) ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente*. [18]

4. Il prolungamento dello stato di emergenza, oltre il limite temporale, fissato dall'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018, suscita dubbi di costituzionalità, non solo e non tanto perché non sia, in teoria, possibile disporlo in assoluto (se ne ricorrano gli eccezionali presupposti, e nelle debite forme)[19] quanto piuttosto perché lo si è fatto senza prendere in considerazione la norma (costituente, va ribadito, formalizzazione e concretizzazione di principio fondamentale), discostandosi senza dar conto espressamente, compiutamente e adeguatamente, della sussistenza di elementi attuali concreti, univoci e concordanti, idonei a giustificare la proroga, sulla quale (anche) si basano le misure restrittive contenute, sia nel d.l. n. 221 del 24 dicembre 2021, sia nei quasi coevi decreti legge n. 229 del 30 dicembre 2021 e n. 1 del 7 gennaio 2022[20], limitative di libertà e diritti fondamentali (che sono anche doveri, quale il lavoro: art. 4, commi 1 e 2, Cost.) e quindi su valori costituzionali profondi.

Sembrano pertanto emergere, con maggior evidenza, due possibili profili di incostituzionalità. Il primo, qualificabile come *violazione indiretta*[21] del principio costituzionale fondamentale della temporaneità dello stato di emergenza (e dei diritti, doveri e valori costituzionali coinvolti) concretizzato nell'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018, che risulta violato innanzitutto perché non considerato. Il secondo, consistente nel *difetto di dimostrazione* della sussistenza dei presupposti del suo prolungamento (che sembra tradursi anche in evidente mancanza dei presupposti della decretazione d'urgenza)[22], in ragione dell'omessa individuazione di dati attuali, concreti univoci e concordanti, diversi da quelli precedenti, essenziali per il prolungamento *ultra limina* dello stato di emergenza originario (ed anche per una nuova dichiarazione).

Anche senza voler attribuire, al dovere di motivazione degli atti legislativi, portata generale, nella consapevolezza della sua problematicità[23], tuttavia alla vicenda in esame appaiono riferibili le affermazioni contenute in una sentenza[24] della Corte Costituzionale che, riconoscendo la, implicita ma inequivoca, cogenza del dovere motivazionale, ha ritenuto costituzionalmente illegittima una legge che si era limitata a richiamare genericamente una situazione contingente (in quel caso finanziaria) senza che emergesse, dal disegno complessivo, la necessaria prevalenza di tale situazione su fondati diritti costituzionali, sacrificati in nome di esigenze non illustrate nel dettaglio. E il dovere di motivazione della decisione contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 221 del 2021, appare più intenso e penetrante per l'incisività delle misure adottate dal Governo[25].

Un altro profilo di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, d.l. 221 del 2021 (riconducibile alla violazione del canone di ragionevolezza)[26], potrebbe scaturire dalla già evidenziata

contraddittorietà intrinseca della norma che, da un lato, ha prorogato, senza citarlo, il termine stabilito dall'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018; e dall'altro, e al tempo stesso, ha riferito la proroga allo stato di emergenza, dichiarato dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, che, come si è detto, è retta, tra le altre norme, dallo stesso art. 24, comma 3. Con la conseguenza che, in questa prospettiva, a far data dal 1° febbraio 2022, la deliberazione del Consiglio dei Ministri risulterebbe viziata per illegittimità sopravvenuta, a causa del contrasto con il predetto art. 24, comma 3, proprio perché prorogata, oltre il termine di legge, dall'art. 1, comma 1, del d.l. 221 del 2021^[27].

5. Gli ipotizzati profili di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, del d.l. 221 del 2021, non dovrebbero consentire la sua conversione in legge.

In ogni caso, l'eventuale legge di conversione non potrebbe sanare i vizi genetici da cui è affetta la norma, in ragione della carenza (della dimostrazione) dei presupposti della proroga che sembra possa tradursi in evidente mancanza (della dimostrazione) dei presupposti della decretazione d'urgenza^[28].

Nemmeno si potrebbe, in sede di conversione, modificare la norma generale sulla durata dello stato di emergenza (e cioè l'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 1 del 2018) né qualificare, come deroga o come nuova dichiarazione dello stato di emergenza, la proroga disposta dal Governo, sia perché ciò esulerebbe dall'oggetto della legge di conversione^[29], sia perché mancherebbero gli elementi fondamentali (attuali e concreti) dell'una e dell'altra^[30].

Prof. Avv. Lucio Iannotta

già Ordinario di Diritto amministrativo

nell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli

^[1] L'art. 1, comma 1 del D.L. n. 221/2021 ha stabilito in particolare che *In considerazione del rischio sanitario connesso al protrarsi della diffusione degli agenti virali da COVID-19, lo stato di emergenza, dichiarato con Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è ulteriormente prorogato fino al 31 marzo 2022*. Nelle premesse del D.L. si legge, tra l'altro: *Viste le "delibere del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, del 29 luglio 2020, del 7 ottobre 2020, del 13 gennaio 2021 e del 21 aprile 2021", nonché "l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105", convertito, con modificazioni, dalla "legge 16 settembre 2021, n. 126", con cui è stato dichiarato e prorogato lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*.

^[2] Massimo LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 117: *rileva che... la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio richiama, a proprio fondamento, una variopinta pluralità di atti normativi. Quello che davvero conta, però, è il primo richiamo, in cui si dà atto che la delibera è adottata "visto" il d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1 e "in particolare" gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1.*

^[3] L'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 1/2018 stabilisce che: *Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi 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*.

^[4] L'art. 1, comma 1, *Dichiarazione di stato d'emergenza nazionale*, del d.l. n. 105/2021, prevede testualmente che *In considerazione del rischio sanitario connesso al protrarsi della diffusione degli agenti virali da COVID 19 lo stato di emergenza dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, prorogato con deliberazioni del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, 7 ottobre 2020, 13 gennaio 2021 e 21 aprile 2021, è ulteriormente prorogato fino al 31 dicembre 2021*.

^[5] L'art. 26 del d.lgs. n. 1 del 2018, *Ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale*, comma 1, prevede che *Almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è adottata apposita ordinanza volta a favorire e regolare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariati in via ordinaria nel coordinamento degli interventi conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati. Ferma in ogni caso l'inderogabilità dei*

vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati. Con la medesima ordinanza possono essere inoltre consentite eventuali rimodulazioni del piano degli interventi entro il termine della scadenza della contabilità speciale e nel limite delle risorse ancora disponibili, previa approvazione del Capo del Dipartimento della protezione civile.

[6] Sebbene non sia l'unico, il criterio letterale non può essere trascurato alla luce anche dell'art. 12 *Interpretazione delle legge, delle Disposizioni della legge in generale* per il quale "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del Legislatore". Non avendo l'art. 1, comma 1, del d.l. 221/2021 inteso incidere sulla antecedente disciplina del Codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018) compreso l'art. 24, comma 3, neanche citato, dovrebbe valere il brocardo *ubi lex voluit dixit ubi tacuit noluit*.

[7] In altre, anche recenti, occasioni, peraltro in ambiti più circoscritti o per oggetti più limitati, il Governo ha derogato all'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 1/2018: in particolare *in deroga a quanto disposto dal presente comma, vedi l'art. 1, comma 4-bis, D.L. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 dicembre 2016, n. 229, come modificato, dall'art. 01, comma 1, D.L. 29 maggio 2018, n. 55, convertito con modificazioni, dalla L. 24 luglio 2018, n. 89, l'art. 15, comma 1, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8, l'art. 57, comma 8, D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126, e, successivamente, l'art. 1, comma 4-duodevicies, D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla L. 27 novembre 2020, n. 159. Nota 40 all'art. 24, comma 3, in *Leggi d'Italia**

[8] La deroga, a differenza dell'abrogazione, *si ha allorché si mantiene una disciplina ma se ne circoscrive l'efficacia nel tempo, nello spazio e nei destinatari*: Augusto BARBERA - Carlo FUSARO, *Corso di Diritto pubblico*, 2012, p. 91. Tempo, spazio e destinatari che quindi devono essere chiaramente individuati per giustificare la deroga che, conseguentemente, non può essere implicita. *La deroga nasce da un contrasto tra norme di tipo diverso, nel senso che la norma derogata è una norma generale mentre la norma derogante è una norma particolare: è semplicemente un'eccezione alla regola ... (a differenza della norma abrogata) la norma derogata non perde invece la sua efficacia ma viene limitato il suo campo di applicazione: per cui se dovesse essere abrogata la norma derogante, automaticamente si riepande l'ambito di applicazione della regola generale*. Roberto BIN - Giovanni PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, 2012, pp. 281-282. Anche alla luce di queste considerazioni è evidente la necessità, in caso di deroga, di definire chiaramente i tratti della situazione eccezionale che giustifichino la deroga.

[9] Il caso in esame non rientra in alcuna delle fattispecie di cui all'art. 15 (*Abrogazione delle leggi*) delle *Disposizioni sulla legge in generale* per il quale: *le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*. Del resto il Governo non avrebbe potuto modificare con d.l. l'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 1/2018, essendo la modifica/abrogazione parziale di una norma generale, ricompresa in una disciplina generale, normalmente preclusa alla decretazione d'urgenza, per impossibilità/indisponibilità dell'oggetto e connessa carenza dei presupposti della decretazione. E' ben vero che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 149 del 13 luglio 2020, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità di un d.l. che aveva introdotto disposizioni di carattere generale, ma lo ha fatto in presenza di una situazione peculiare, ritenendo sussistenti i presupposti della necessità e dell'urgenza dell'introduzione dell'intera nuova disciplina: situazione invece ben diversa dal caso in esame, in cui il d.l. riguarda una situazione peculiare e non la norma generale.

[10] Nell'articolo di Federica OLIVO, *Stato d'emergenza, ecco perché non può essere solo una proroga*, in Huffpost del 17 novembre 2021, si legge: *Certamente non potrà essere più utilizzata la deliberazione di gennaio 2020 e gli strumenti contenuti in essa perderanno efficacia. Una eventuale proroga di quell'atto sarebbe illegittima", spiega ad Huffpost Cesare Pinelli, professore ordinario di diritto pubblico alla Sapienza di Roma. Se però si ritiene che l'emergenza continui, si può fare una nuova deliberazione, basata sulle condizioni attuali. Che sono diverse rispetto a quando la pandemia è iniziata' precisa il professore. Il limite, insomma, riguarda le proroghe del provvedimento in vigore, ma non atti nuovi, plasmati sul presente*

[11] Massimo LUCIANI, *Il sistema delle fonti...*, cit., pag. 117, di seguito al passo riportato alla nota 2, rileva che: *In definitiva: a) la deliberazione dello stato di emergenza ha il proprio fondamento nel Codice della protezione civile, fonte primaria la cui legittimità è già stata scrutinata dalla Corte Costituzionale; b) essendo assunta ai sensi dell'art. 24 del Codice, quello che viene proclamato ... è specificamente lo "stato di emergenza di rilievo nazionale"; c) l'"emergenza" è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, ecc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-general, definisce presupposti (artt. 1 e 7 del Codice), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3). La declaratoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale. Al di là dell'evidente crisi (nonostante l'art. 7, comma 1, c.p.a.) dell'atto politico come atto insindacabile, la deliberazione ex art. 24 del d.lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice (anzitutto amministrativo). Ai sensi dell'art. 1, comma 1, dello stesso art. 24, infatti, la dichiarazione può essere adottata solo "sulla base dei dati e delle informazioni disponibili", dati che devono dimostrare la sussistenza dei "requisiti di cui all'art. 7, comma 1, lettera c)". Si deve perciò trattare di "dati, univoci e concordanti" che una nota pronuncia della Corte Costituzionale ha considerato essenziali (Corte cost., sent. n. 127 del 1995).*

[12] Si vedano le dichiarazioni di Pierpaolo Sileri e di Andrea Costa, entrambi Sottosegretari di Stato al Ministero della Salute, sulla possibilità che lo stato di emergenza non venga prorogato; ma si vedano anche le più "prudenti" dichiarazioni del Ministro della Salute Roberto Speranza (Huffpost del 1-2 febbraio 2022).

[13] v. Flavia CERQUOZZI, *La "proroga" dello Stato d'emergenza oltre il limite temporale previsto dalla legge. Esiste un vulnus di tutela dell'ordinamento democratico?*, in www.iusitineri.it, 24 novembre 2021, ove si cita Gaetano AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2020: *Nella Roma antica, ram'è noto, esisteva una figura giuridica che permetteva di salvare la Repubblica nelle situazioni in cui era messa in gioco la sua sopravvivenza. Il Senato trasferiva tutti i suoi poteri ad un soggetto per un massimo di sei mesi. Poi cessato il pericolo, ma anche solo trascorso invano il tempo definito, nessuno era più autorizzato a porre in essere atti "dittatoriali". Quando qualcuno (Silla Prima, Cesare poi) ha pensato di estendere lo stato di emergenza e si fece confermare oltre il tempo i pieni poteri, ecco che la dittatura da "commissaria" si fece "sovrana" e la Repubblica capitolò. Ancora oggi è questa la sfida più grande. Se infatti adesso sopportiamo limitazioni di libertà disposte in piena solidaria responsabilità dal Governo pro tempore in carica, lo facciamo per necessità, avendo ad esso trasferito di fatto i poteri sovrani. Consapevoli però che, se dopo aver sconfitto il terribile e invisibile nemico, non si dovesse tornare alla normalità, rischieremo di precipitare nel buio della Repubblica.*

[14] Sulla stretta connessione tra il Diritto amministrativo e Diritto costituzionale, specialmente per quanto attiene ai principi fondamentali di entrambi, va ricordato il pensiero, tra gli altri, di Aldo M. Sandulli, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Giuseppe Abbamonte e Alberto Romano, per il quale i problemi fondamentali del Diritto amministrativo sono sempre problemi anche di Diritto costituzionale.

[15] Alberto ROMANO, *Introduzione*, spec. pp. 31-32, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, S. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi ed., Bologna, 1992.

[16] Massimo LUCIANI, *Appunti per l'audizione innanzi alla 1^a Commissione - Affari Costituzionali - del Senato*, spec. pag. 2, paragrafo 2.

[17] Massimo LUCIANI, *Appunti...* cit., ivi, ove si legge anche: *Se una condizione è ordinaria, costituisce una contraddittorio in termini il qualificarla come emergenziale. In definitiva: le sfide di un mondo complesso e interconnesso, ad alto rischio, impongono al legislatore uno sforzo di uscita dalla logica dell'emergenza, logica che è stata pienamente giustificata di fronte all'esplosione della pandemia da Covid-19, ma cessa di esserlo una volta che la temporaneità, di fatto, è fatalmente perduta.*

[18] Che la temporaneità dell'emergenza rientri tra le norme-principio fondamentali del Codice della protezione civile è confermato anche dalla lettura dell'art. 7, oltre che dell'art. 24 (posti a base della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, espressamente richiamata dall'art. 1, comma 1, del d.l. 221 del 2021); nonché della legge 16 marzo 2017 n. 30 *delega al governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della Protezione civile* che, all'art. 1, comma 1, lettera h, fa espresso riferimento alla limitata durata dello stato di emergenza.



[19] v. Flavia CERQUOZZI, *La "proroga" dello Stato d'emergenza ...*, cit.: *Limiti temporali: è possibile una proroga o una nuova dichiarazione dello stato d'emergenza? Al fine di poter usufruire di un'estensione della durata dello stato d'emergenza (ossia di una "proroga" latu sensu), sono percorribili diverse strade: 1. Una prima, concernente la possibilità di **dichiarare ex novo** lo stato d'emergenza; 2. Una seconda, concernente la possibilità di ricorrere ad una **modifica del termine ultimo previsto dalla legge**; 3. L'ultima possibilità prevede di **non ricorrere allo stato di emergenza**, ma di prorogare soltanto le singole norme che consentono il contenimento della pandemia o dell'emergenza economica*

[20] Il Governo, tra le varie possibili soluzioni per la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov2 (raccomandazione, induzione indiretta, spinta gentile - c.d. *nudge regulation* - obbligo vaccinale con varie gradazioni), ha optato, dopo la proroga *ultra limina* dello stato di emergenza disposta con il d.l. 221 del 2021, per l'estensione dell'obbligo vaccinale (già previsto per categorie) a fasce di età; e per l'aggravamento dell'induzione indiretta (c.d. *greenpass rafforzato*). In proposito si legge nella sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato n. 7041/2021 del 20 ottobre 2021 *come questo Collegio ha chiarito, in conformità all'orientamento della Corte Costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, la raccomandazione, per la sua spinta "gentile", accompagna e favorisce lo sviluppo dell'autodeterminazione, benché anche questa spinta incida anch'essa in profondità sul processo formativo del volere nel consenso informato, senza la costrizione e l'extrema ratio dell'obbligo, aumenta la fiducia dei cittadini nella scienza e nell'intervento pubblico, ma - come pure ha notato la Corte - in ambito medico dalla raccomandazione all'obbligo il passo è breve, sicché non è precluso perciò al legislatore, per assicurare la maggior copertura vaccinale possibile, in vista della c.d. immunità di gregge, e arginare la diffusione del contagio e l'aumento incontrollabile e irrimediabile di malati e morti, soprattutto tra i soggetti più fragili, ove il convincimento anche insistito e modulato nella più varie forme non sia sufficiente ad assicurare questa copertura, imporre lo strumento dell'obbligo, se particolari esigenze e particolari contingenze, la cui durata nel tempo deve essere oggetto comunque di monitoraggio costante per adattare la legislazione al divenire degli eventi, rendano inevitabile, e improcrastinabile, il ricorso all'azione autoritativa a fronte di una emergenza epidemiologica in corso e al cospetto di una irrazionale, ingiustificabile, diffusa sfiducia e, dunque, in un contesto di crescente esitazione vaccinale.*

[21] Cfr. sulla violazione indiretta della Costituzione per violazione di norma interposta, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, anche se relative a una diversa fattispecie (contrasto di legge nazionale con norma interposta contenuta in un accordo internazionale ex art. 117, comma 1, Cost.).

[22] L'omessa doverosa motivazione-dimostrazione dell'esistenza dei presupposti della proroga dell'emergenza sembra tradursi anche in mancanza evidente di dimostrazione (di motivazione e di giustificazione) della sussistenza dei presupposti della decretazione d'urgenza e quindi in mancanza degli stessi presupposti. La vicenda in esame potrebbe essere così ricondotta alla giurisprudenza costituzionale che ritiene ammissibile il sindacato di legittimità costituzionale sui presupposti dei decreti legge, limitandola ai soli casi di mancanza evidente della straordinaria necessità ed urgenza di provvedere, richieste dall'art. 77, comma 2, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione. v. Corte Cost. n. 99/2018 del 15 maggio 2018, che richiama Corte Cost. n. 133/2018, n. 10/2015, n. 22/2012, n. 93/2011, n. 355 e n. 83 del 2012, n. 128/2008 e n. 171/2007 che ritiene insanabile il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti del d.l..

[23] Carlo DEODATO, *La motivazione della legge. Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, 11 giugno 2014, in *Federalismi.it*. Gabriele PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento alla sentenza Corte Cost. n. 70/2015*, 16 maggio 2015, in *www-contabilità-pubblica.it*

[24] Corte Costituzionale 30 aprile 2015 n. 70

[25] *La Risoluzione 2361/2021 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio Europeo del 27 gennaio 2021, organismo di origine pattizia internazionale (l. 23 luglio 1949 n. 433 Ratifica ed esecuzione dello Statuto del Consiglio d'Europa e dell'Accordo relativo alla creazione della Commissione preparatoria del Consiglio d'Europa, firmati a Londra il 5 maggio 1949) ha sollecitato gli Stati membri e l'Unione Europea (par. 7) riguardo all'ampia diffusione del vaccino (par. 7.3) a (7.3.1) ensure that citizens are informed that the vaccination is NOT mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves e a (7.3.2) ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be*

vaccinated. Sulla *nudge regulation*, alla quale accenna la sentenza del Consiglio di Stato, III, n. 7041/2021 citata alla nota precedente, si veda lo studio di Alberto ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, che, nell'offrire una lettura giuridica, nella prospettiva del Diritto amministrativo, della *nudge theory*, ha sottolineato l'esigenza giuridica (e quindi la doverosità) che gli atti di indirizzo politico amministrativo che decidano di ricorrere alla *nudge* siano aperti alla più ampia partecipazione. E la partecipazione, per essere effettiva, consapevole e responsabile deve essere favorita altrettanto doverosamente da una informazione chiara e completa. Vedi Maria IMMORDINO, *Certeza del diritto e amministrazione di risultato*, pp. 15 e ss. spec. 19 e ss., in Maria Immordino – Aristide Pollice (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli Editore, Torino 2004 e Lucio IANNOTTA, *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, pp. 3 e ss. spec. 20 e ss., in Lucio Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Giappichelli Editore, Torino 2003.

[26] Maria Piera VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova 1993; Aldo SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova 1998; Diana-Urania GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 1998; Giovanni SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè Editore, Milano 1993, spec. p. 179 e ss.

[27] Alla illegittimità sopravvenuta, a far data dal 1° febbraio 2022, della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, sembra possa accompagnarsi (e seguire) la sua impugnabilità, con piena espansione del diritto di azione, limitato dalla forma di atto con forza di legge, restituendo ai privati le garanzie dell'atto amministrativo, dalle quali la predetta forma poteva vederlo spogliato. In effetti, la fuga nel decreto legge (che sembra evocare la fuga nel diritto privato come fuga dal diritto amministrativo) deve trovare necessari temperamenti in un diverso atteggiarsi delle garanzie, che però debbono poter essere conservate anche in rapporto alla decretazione d'urgenza, specialmente nei confronti del suo abuso, con una riattualizzazione, in forma diversa, dei principi elaborati dalla dottrina tedesca ai fini del retto uso dei moduli convenzionali, nella chiara e originale lettura offertane da Alfonso MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 1988, spec. p. 90 e ss., ove si evidenzia la necessità di evitare abusi e/o un esercizio distorto della libertà della pubblica amministrazione attraverso il contratto (oggi attraverso la decretazione d'urgenza). L'ipotizzata immediata impugnabilità della deliberazione del Consiglio dei Ministri nonostante la (peraltro apparente) copertura legislativa sembra possa trovare fondamento nel principio enucleabile dalle sentenze della Corte Costituzionale dell'11 giugno 1999 n. 225 e n. 226, in sede di giudizio di legittimità, la prima, e di conflitto di attribuzione, la seconda, che hanno ritenuto ammissibile l'impugnazione innanzi al giudice amministrativo di un atto approvato con legge. Nella sentenza n. 225 dell'11 giugno 1999 la Corte Costituzionale distingue tra la fase amministrativa e quella legislativa (relativa all'approvazione di un piano) e afferma che gli eventuali vizi della fase amministrativa non sono sanati né coperti dalla legge (regionale). Nella sentenza n. 226 dell'11 giugno 1999 (conflitto di attribuzione) la Corte Costituzionale ha dichiarato che spetta allo Stato (e per esso al Giudice Amministrativo) annullare gli atti amministrativi, pur se approvati con legge. Il caso è sicuramente diverso dalla vicenda in esame ma il principio dell'impugnabilità dell'atto amministrativo "coperto" dalla legge, enucleabile dalle sentenze, sembra poter assumere una valenza più ampia.

[28] V. *retro par.* 4 nota 22, e v. anche Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5 per la quale l'evidente insussistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere determina tanto il vizio del decreto legge quanto il vizio *in procedendo* della legge di conversione. In dottrina v. Daniele CHINNI, *La probatio diabolica dell'evidente mancanza dei presupposti del d.l.* Considerazioni critiche sulla sentenza C.d.S. n. 149 del 2009, in Nomos n. 2/2020. La sentenza commentata nell'articolo ritiene, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale dominante, che la legge di conversione possa sanare ogni vizio. Ma, in tempi ancor più recenti, Corte Cost. n. 149 del 13 luglio 2020 ha affermato che *costituisce ormai costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 29 del 1995, che la conversione in legge non ha efficacia sanante dei vizi del decreto-legge, poiché l'evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione*.

[29] Roberto BIN e Giovanni PITRUZZI, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, par. 5.5 *La legge di conversione*.



[30] Ed infatti, sia una nuova dichiarazione dello stato di emergenza, sia una deroga al termine biennale stabilito dalla legge avrebbero richiesto – e richiederebbero – una nuova istruttoria e una nuova giustificazione perché entrambe avrebbero dovuto – e dovrebbero – basarsi su nuove circostanze, sicuramente diverse da quelle delle precedenti proroghe e della originaria dichiarazione di emergenza. Nel rispetto delle previsioni contenute nell'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018. Cfr. Massimo LUCIANI, *Il sistema delle fonti...*, citato *retro* alla nota 11. La sentenza C.d.S. n. 7041/2021, citata *retro* alla nota 20, pur non avendo sollevato la questione di costituzionalità dell'obbligo vaccinale (per categorie), ha tuttavia ritenuto che esso sia suscettibile di revisione in relazione al mutare delle condizioni, come ha ben chiarito la recente ordinanza del Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana n. 38/2022 del 17 gennaio 2022 che ha disposto una approfondita istruttoria sugli attuali presupposti dell'obbligo vaccinale e quindi, indirettamente, anche sui presupposti della stessa emergenza. In particolare, nell'ordinanza n. 38/2022 del C.G.Si. si evidenzia che *la situazione sanitaria appare in costante divenire e già in parte diversa rispetto quella oggetto di valutazione della citata decisione della III Sezione (C.d.S., III, n. 7045 del 20 ottobre 2021) con specifico riferimento alla diffusione di nuove varianti quale la Omicron, rispetto alle quali i vaccini non sono ancora "aggiornati", di guisa che sulla relativa ed attuale efficacia protettiva la comunità scientifica non pare aver raggiunto una conclusione unanime (sebbene l'orientamento prevalente sia favorevole), mentre si profila una reiterazione di somministrazioni in tempi ravvicinati (sei mesi o addirittura quattro), sulla cui opportunità non si ravvisa, parimenti, una posizione unanime, per cui l'attuale obbligo vaccinale pone un (nuovo) problema di proporzionalità, dato che si profila una imposizione di ripetute somministrazioni nell'anno per periodi di tempo indeterminati. In conclusione, nella vicenda sottoposta al Collegio si ravvisano elementi di diversità e novità rispetto la questione decisa dalla III Sezione (del Consiglio di Stato), nella quale, a proposito della somministrazione dei vaccini, si riporta il parere del Comitato Nazionale di Bioetica su I vaccini COVID-19 ... l'obbligo dovrà essere revocato qualora non sussista più un pericolo significativo per la collettività.*



DIREZIONE

Codice ISSN:
1972-3431

Redazione:
Giustamm
redazione.giustamm@gmail.com

Direttore Responsabile:
Prof. Avv. Alfonso Celotto

Iscrizione presso
il Tribunale di Roma al n. 106
del 22/10/2020



DIREZIONE SCIENTIFICA:

Prof. Avv. Angelo Clarizia
Prof. Avv. Giuseppe Morbidelli

CREDITS

Comitato di redazione /
Comitato direttivo /
Comitato scientifico /
Codice Etico / Contatti

LINK UTILI

- ISTITUZIONI ITALIANE
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO
DEI MINISTRI E MINISTERI
- ISTITUZIONI EUROPEE
- GIUDICI COSTITUZIONALI
STRANIERI
- CENTRI DI RICERCA –
OSSERVATORI STRANIERI
- ENTI LOCALI



EDITORE:

Editoriale Scientifica
S.r.l. editoriale.abbonamenti@gmail



