

Giuseppina Barcellona

Riserva di legge e principio democratico

FRANCOANGELI

sdp

Studi di
Diritto Pubblico

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi pubblicati nella Collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Giuseppina Barcellona

Riserva di legge e principio democratico

FRANCOANGELI



Studi di

Diritto Pubblico

Isbn e-book: 9788835184843

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.
Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.
L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della
licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it*

Allo zio Pietro

INDICE

Prologo	pag.	9
I. La riserva di legge: problemi e prospettive	»	15
1. Dalla pandemia alla riserva di legge	»	15
2. A che serve la riserva di legge? La dottrina degli anni '60 e la risposta garantista	»	24
3. La rigidità della Costituzione repubblicana e la <i>ratio</i> democratica della riserva: da presidio dei diritti a garanzia degli spazi della democrazia	»	29
4. Dalla <i>ratio</i> della riserva di legge ai contenuti minimi necessari della regolamentazione legislativa: riserve assolute <i>vs</i> riserve relative	»	33
5. La riserva come garanzia di legalità dell'atto applicativo: dalla decisione sui diritti alla "sindacabilità" degli atti	»	36
6. Riserva di legge e ordinamento comunitario: "eterogenesi dei fini" o superamento della riserva di legge?	»	42
7. La riserva di legge: ripartendo dal Testo costituzionale	»	49
II. Conflitti irrisolti e bilanciamento: per una riscrittura del lessico della riserva di legge	»	51
1. La Costituzione presa sul serio: neutralizzazione della guerra civile e compromesso costituzionale	»	51
2. L'insostenibile ambiguità della "materia"	»	57
3. Quel che le classificazioni non dicono: "riserve di campo materiale" e "riserve di modo di disciplina"	»	63
4. "Riserve assolute di materia" e "riserve relative di funzione"	»	67
5. Di <i>trompe-l'œil</i> e di metafore spaziali: la nozione di materia e i suoi limiti	»	76
III. Nomina sunt substantia rerum: dalla materia all'interesse	»	79
1. Dalla spazialità della materia alla trasversalità dell'interesse	»	79
2. Indivisibilità dell'interesse e unicità della riserva	»	84
3. La prospettiva dell'interesse riservato: di "interferenze" e "conflitti"	»	86

4. La “costruzione” normativa del conflitto: tracciato topografico e punto di bilanciamento	pag. 88
5. Prime conclusioni: dalla “densità regolativa” alle “scelte riservate”	» 95
IV. <i>Nomina e cose: struttura e ratio della riserva di legge</i>	» 97
1. Tecniche normative e scelte riservate: fattispecie e principi regolativi	» 97
2. Un'apparente divagazione: regole e principi	» 100
3. Ritornando alla riserva di legge: dalla precettività dei principi generali al virtuale soddisfacimento delle riserve	» 108
4. Il problema dell'“astrattezza” delle norme-principio: la determinazione deduttiva e la discrezionalità vincolata	» 111
5. Le c.d. norme-principio e la “vaghezza”: indeterminatezza dell'enunciato normativo e “delega di bilanciamento in concreto”	» 116
6. La “delega di bilanciamento in concreto” all'opera: breve analisi della legislazione pandemica	» 120
V. Riserva di legge e obblighi del Parlamento: sul “vizio di incompetenza negativa”	» 125
1. Il contenuto minimo necessario della riserva: tra tecniche normative e scelte riservate	» 125
2. Riserva di bilanciamento e Assemblee rappresentative: il falso mito del governo della maggioranza	» 126
3. Compromesso costituzionale e centralità della mediazione parlamentare: il senso democratico della riserva di legge	» 135
4. <i>Ratio</i> democratica della riserva di legge e diritti individuali: il filtro della <i>quaestio legitimitatis</i>	» 137
5. Ulisse e le sirene: <i>ratio</i> democratica della riserva di legge e “vizio di incompetenza negativa”	» 144
Epilogo	» 149

PROLOGO

La riserva di legge è un istituto che può, e non a torto, definirsi “longevo”, come dimostrano le numerose voci e monografie che a esso sono state dedicate: le quali tutte ne evocano le origini lontane, indicate nelle prime carte medioevali, che hanno subordinato alla deliberazione delle assemblee rappresentative la limitazione dei neonati diritti individuali.

Un tema, dunque, centrale e sul quale, non a caso, si è espressa la migliore dottrina costituzionalistica, che di quest’istituto ha disegnato la «gloriosa parabola», giunta oramai, a detta di alcuni (Balduzzi e Sorrentino), nella sua fase discendente. Ma un tema sul quale, ciononostante, si è avvertita l’esigenza di tornare a riflettere per almeno un duplice ordine di ragioni.

La riserva di legge sembra essere in una qualche misura, vittima della propria longevità e del proprio successo: un istituto – come ha detto bene Di Giovanni – la cui comprensione teorica appare viziata «da un’aprioristica nozione tecnica», che insiste nell’attribuirle la funzione di presidio dei diritti fondamentali: «*les auteurs ont persisté à reproduire les définitions (...) nées des traditions du temps passé*», direbbe Carré de Malberg¹, tralasciando però di verificare se esse trovino ancora riscontro nel Testo del ’48.

A questo vizio prospettico si aggiunge il logoramento che quest’istituto, come altri tratti del sistema delle fonti e dell’assetto dei poteri, si dice abbia subito. Un logoramento che procede dalla rimodulazione delle geometrie della forma di governo e dalla conseguente centralità acquisita dagli atti normativi

1. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Librairie du Recueil Sirey 1931, p. 15.

dell'esecutivo; e che diverrebbe sempre più evidente e irreversibile a causa dei processi di integrazione europea e dell'apertura degli spazi "riservati" a fonti palesemente prive di ogni collegamento con le sedi della rappresentanza democratica. Si tratta di trasformazioni che, pur non arrivando a mettere in forse la funzione di garanzia dei diritti che da sempre alla riserva si ascrive, ne ridisegnano i lineamenti: l'asse della riserva si sposta, e passa dalle assemblee rappresentative al sindacato del giudice, soprattutto costituzionale, divenuto garante in ultima istanza dell'intangibilità del contenuto minimo indisponibile dei diritti fondamentali. Non è certo un caso, che chi più di recente ha affrontato lo studio della riserva di legge abbia ritenuto di dover dare forma teorica a questo "scivolamento", attribuendo a un tale istituto il "ruolo rinnovato" di "snodo cruciale" nelle dinamiche inter-ordinamentali (Piccirilli).

Si finisce, così, con l'approdare a una nozione "minimale" di riserva di legge: perduto ogni legame con la deliberazione delle assemblee rappresentative, essa si riduce a «perimetro necessario della giurisdizione costituzionale» (Piccirilli); non più decisione sui diritti e sulla loro limitazione, ma protezione del loro "nucleo essenziale".

Questo breve scritto si propone di affrontare lo studio della riserva di legge muovendo dal Testo del '48, e quindi traendo spunto da una Costituzione che ha nella natura compromissoria e nella conseguente rigidità la sua cifra essenziale: una Costituzione che si propone di costringere le istituzioni democratiche entro la trama dei suoi principi, a volte antinomici, ma che, al medesimo tempo, delega loro il compito di comporre i conflitti che si erano volutamente lasciati irrisolti.

La riscrittura del lessico della riserva di legge, e quindi dei *nomina* cui si è affidato il compito di designarne l'oggetto e di precisare il contenuto minimo necessario della regolamentazione legislativa, è parte integrante di questa riflessione: *nomina sunt substantia rerum*, verrebbe da dire. L'accantonamento della nozione spaziale di "materia" e la sua sostituzione con la categoria di "interesse riservato" rappresentano l'*incipit* dal quale si è deciso di prendere le mosse. A questa scelta terminologica segue l'abbandono delle classificazioni cui la teoria costituzionalistica ha affidato la precisazione dell'estensione degli obblighi di normare imposti al legislatore: alle tradizionali classificazioni delle riserve – assolute e relative – subentra la strutturale "unicità" dell'istituto.

La prospettiva dell'interesse apre, infatti, a una diversa definizione del *quantum* di disciplina sufficiente a garantire il soddisfacimento della riserva: non la consueta contrapposizione principio/dettaglio, non l'auspicio di una regolamentazione «completa e compiuta» (Carlassare), ma una riflessione sulle “*scelte normative*”, che si sono individuate nella determinazione del “tracciato topografico” e del “punto di bilanciamento”.

Dunque, *nomina* nuovi, che sottendono “punti d'osservazione” diversi e aprono, perciò, anche a nuove interrogazioni.

La questione della struttura del comando legislativo, complice la nozione di materia, era fin qui rimasta ai margini delle riflessioni della dottrina. Solo più di recente, la teoria della «densità regolativa» (Alberti) ha dato forma teorica a un *topos* delle rappresentazioni “canoniche” della riserva di legge: la trama della regolamentazione legislativa dev'essere tale da costringere le autorità amministrative e giurisdizionali alla mera dichiarazione sillogistica della *voluntas legis*; la riserva di legge esige il ricorso alla tecnica della fattispecie limitativa.

Il mutamento di prospettiva pone l'esigenza di approfondire la struttura delle “norme-principio”, di indagarne, cioè, l'asserita eccessiva “astrattezza” e “vaghezza”, per comprenderne la virtuale idoneità a incorporare le scelte normative riservate. Si arriva, così, ad ammettere la compatibilità della “delega di bilanciamento in concreto” con gli obblighi di normare imposti al legislatore, come, d'altronde, dimostra anche l'analisi della disciplina pandemica (da cui la mia analisi prende le mosse), e più esattamente dei dispositivi normativi cui è affidata l'implementazione delle scelte contenute nella fonte primaria.

Questa diversa definizione degli obblighi di normare imposti al legislatore, che guarda alle scelte normative e non alla “forma” della regolamentazione legislativa, determina, però, la complessiva riconsiderazione dei lineamenti della riserva di legge.

In coerenza con il senso profondo del compromesso costituzionale, la riserva di legge rivela la propria *ratio* democratica: non serve a garantire la protezione del contenuto minimo dei diritti fondamentali, ma assolve alla ben diversa funzione di costringere le forze politiche e sociali che siedono nelle assemblee legislative, perché decidano insieme della composizione dei conflitti che i costituenti avevano – volutamente o per necessità – lasciato irrisolti. Un obbligo

di decidere al quale il senso democratico riconosciuto alla riserva conferisce autonoma rilevanza e che, per ciò stesso, impone che si sanzioni l'inadempimento imputabile al parlamento, anche quando da esso non sia derivato alcun *vulnus* ai diritti fondamentali e al loro nucleo indisponibile. Un inadempimento, quindi, che realizza una violazione della riserva, ma che, per acquisire rilievo in sé, richiede che a esso si dia un *nomen*, che lo distingua dagli altri vizi imputabili alla legge e ne sottolinei la specificità: ciò che si rimprovera alle assemblee legislative non è la violazione di un diritto individuale, bensì un'omissione, il non essersi fatte carico delle scelte che la Costituzione aveva loro riservato.

Il nome "*incompétence négative*", utilizzato dal *Conseil constitutionnel* francese per sanzionare il legislatore che sia rimasto "al di qua" delle proprie competenze, è sembrato valorizzasse la funzione democratica che il Testo costituzionale ha attribuito alla riserva di legge, evidenziandone, così, la funzione di limite opponibile non tanto al potere esecutivo, ma alle stesse assemblee rappresentative.

A queste riflessioni e alle conclusioni cui si è pervenuti potrebbe forse opporsi una "mancanza di realismo", e più precisamente l'insufficiente rilievo attribuito ai mutamenti che si asserisce abbiano investito gli assetti della forma di governo e il sistema delle fonti, sanzionando l'irreversibile eccentricità del parlamento e della sua legge. A quest'ordine di perplessità si è, tuttavia, ritenuto di dover opporre un duplice ordine di considerazioni.

Innanzitutto, l'apprezzamento delle reali trasformazioni subite dall'istituto della riserva di legge richiede se ne consideri l'originaria fisionomia, e quindi la *ratio* che la Costituzione ha inteso conferirgli e che può essere compresa solo muovendo dal Testo del '48 e dal modo in cui vi sono organizzati poteri e funzioni.

In subordine, l'asserita riconfigurazione delle geometrie dell'ordinamento costituzionale, e per ciò stesso anche dell'istituto che qui si considera, andrebbe accertata: si dovrebbe, in altri termini, verificare che l'insieme dei "lacci" con i quali i costituenti hanno inteso "legare" le generazioni future, costringendole all'esercizio faticoso della democrazia, abbia oramai definitivamente ceduto; che, quindi, il Testo costituzionale non sia più il "criterio" a

partire dal quale la Corte giudica della legittimità degli atti e dei comportamenti dei soggetti istituzionali.

È chiaro che questo studio si pone in una prospettiva che poco induce ad accettare i pretesi mutamenti “di fatto” delle linee costruttive dell’assetto voluto dai nostri costituenti. I quali – almeno questa è la tesi su cui regge il ragionamento – hanno posto precisi obblighi a carico delle assemblee rappresentative: a esse la Costituzione non si limita ad attribuire il ruolo centrale nel sistema dei poteri politici, ma anche il dovere di individuare i punti di bilanciamento tra quegli interessi che il Testo del ’48 accoglie e annuncia come principi che chiedono di essere tolti dal piano delle enunciazioni per tradursi in linee concrete, in mediazioni quotidiane, in precedenze e attenuazioni.

Molti sono i ringraziamenti che dovrei rivolgere a quanti mi hanno sostenuta nella progettazione e nella realizzazione di questo studio. Mi astengo dall’elencarli.

Un grazie esplicito vorrei, tuttavia, rivolgere a Roberto Bin, per la pazienza con cui ha seguito queste mie riflessioni e per i suggerimenti che generosamente mi ha dato, e a Jordane Arlettaz e al *Centre d’Études et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques* per avermi ospitato.

Dalla conversazione con Jordane Arlettaz è nata l’idea di approfondire la teoria francese dell’incompetenza negativa e di indicare in questo vizio, e nel *nomen* che lo definisce, uno strumento che valga a sanzionare il senso democratico della riserva di legge.

I

LA RISERVA DI LEGGE: PROBLEMI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Dalla pandemia alla riserva di legge. – 2. A che serve la riserva di legge? La dottrina degli anni '60 e la risposta garantista. – 3. La rigidità della Costituzione repubblicana e la *ratio* democratica della riserva: da presidio dei diritti a garanzia degli spazi della democrazia. – 4. Dalla *ratio* della riserva di legge ai contenuti minimi necessari della regolamentazione legislativa: riserve assolute *vs* riserve relative. – 5. La riserva come garanzia di legalità dell'atto applicativo: dalla decisione sui diritti alla "sindacabilità" degli atti. – 6. Riserva di legge e ordinamento comunitario: "eterogenesi dei fini" o superamento della riserva di legge? – 7. La riserva di legge: ripartendo dal Testo costituzionale.

1. Dalla pandemia alla riserva di legge

L'emergenza pandemica, seppur per un breve tempo, è sembrato restituire centralità a un istituto, la riserva di legge, da tempo trascurato dal dibattito dottrinale. In questa sede non interessa rappresentare – per intero e in maniera esaustiva – i temi e i problemi sollevati dal "diritto dell'emergenza", ma, più semplicemente, provare a ricostruire i termini in cui la questione della riserva di legge si è posta e ha trovato soluzione.

La normativa contenuta nei decreti legge e nei numerosi dpcm che ai primi hanno dato attuazione ha, infatti, introdotto numerose restrizioni a libertà costituzionali che trovano garanzia nell'istituto della riserva di legge. Ora, ciò di cui si è dubitato non è stato tanto il merito di queste prescrizioni e dei vincoli che vi erano istituiti, quanto la "forma giuridica", e dunque lo strumento nor-

mativo attraverso il quale quest'intricata, e non sempre coerente, serie di obblighi (e relative sanzioni) veniva introdotta¹.

Le osservazioni critiche della dottrina hanno riguardato, in modo particolare, il d.l. 6/2020², che ha fatto seguito alla deliberazione dello "stato di emer-

1. Sul punto v., ma con nessuna pretesa di essere esaustivi, F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, 132 ss.; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *ivi*, n. 1, 2020, p. 10 ss.; A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta online*, n. 3, 2020, p. 684 ss.; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1, 2021, p. 384 ss.; P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *www.cortisupremeesalute.it*, n. 1, 2021, p. 37 ss.; C. Tripodina, *La Costituzione ai tempi del Coronavirus*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, p. 78 ss.; A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *ivi*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 2 ss.; 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 prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *ivi*, n. 1, 2020, p. 2 ss.; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 3, 2020, p. 174 ss.; I. A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Editoriale scientifica 2021, p. 56 ss. Ma si vedano anche i numerosi contributi dedicati all'impatto dell'emergenza pandemica sul sistema delle fonti presenti in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fascicolo speciale, 2020. Su posizioni distinte v. M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2020, p. 109 ss.; Id., *Avviso ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 6 ss.; M. Bignami, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *ivi*, n. 2, 2020, p. 11 ss.; E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2020, 95 ss. Per un'analisi della catena normativa dell'emergenza nella prospettiva del «gioco fra disciplina generale e discipline speciali», v. A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2021, p. 143 ss.

2. V. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., p. 388 ss.; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 4 ss.; L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., p. 12 ss.

genza” del 31 gennaio del 2020, e che è all’origine³ dei dpcm che, nel giro di breve tempo, hanno portato all’introduzione del primo *lockdown*.

Due i principali rilievi rivolti a questo primo “anello” della filiera normativa dell’emergenza: a destare più di una perplessità è stata, innanzitutto, la scelta di utilizzare la decretazione d’urgenza non per adottare – come l’art. 77 Cost. vorrebbe – «provvedimenti d’immediata applicazione», ma per conferire al Presidente del consiglio il potere di adottarli⁴. Ma ciò che più si è rimproverato a questo «decreto legge di delega»⁵ – come pure lo si è definito – è di aver conferito al Presidente del consiglio un «potere d’ordinanza indefinito»⁶; che – si è sottolineato⁷ – è stato utilizzato per introdurre importanti limitazioni alle li-

3. Il d.l. 6/2020 è, infatti, indicato come la “base legale” dei dpcm che a esso hanno fatto seguito, l’ultimo dei quali è datato 11 marzo 2020. Sul punto si rinvia alle accurate ricostruzioni di M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell’emergenza*, cit., p. 111 ss.; L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., p. 2 ss.

4. M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 188; A. D’Andrea, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 marzo 2020; L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., p. 15.

5. Cfr. L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., p. 13; A. D’Andrea, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale*, cit., invece parla di “auto-delega”. A un tal proposito si leggano anche G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, in *Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19*, cit., 570 ss.; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020.

6. Così, M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 8.

7. Cfr. C. Tripodina, *La Costituzione ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 83, che, infatti, utilizza l’espressione «delega di pieni poteri in bianco»; L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., p. 18; A. D’Andrea, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale*, cit.; G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, cit., p. 572 ss.; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., p. 388 ss.; A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19*, cit., p. 3 ss.; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19*, cit., pp. 188-189. Su posizioni diverse v. E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo*, cit., p. 97 ss.; M. Bignami, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità*, cit., pp. 14-15.

bertà garantite in Costituzione, a partire da quella di circolazione e soggiorno prevista all'art. 16 Cost.

L'art 2 del d.l. 6/2020, infatti, consente alle «autorità competenti» di adottare «*ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza», «*anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1*». All'interno della «catena normativa» che, così, veniva inaugurata, la «fattispecie aperta»⁸ prevista all'art. 2 d.l. 6/2020 «autorizzava l'amministrazione a regolare il fatto emergenziale»; essa, in altri termini, affidava ai dpcm il compito di definire la «fattispecie concreta», determinando «il tipo, il modo, il tempo ed il luogo materiale di applicazione delle limitazioni»⁹.

Ora, è proprio questa ripartizione di «funzioni» e «spazi» a essere criticata, perché relegherebbe sullo sfondo la «fonte primaria» e le garanzie che a questa «forma» sono connesse, attribuendo a un atto ascrivibile alla categoria delle «ordinanze contingibili e urgenti» il potere di introdurre «ulteriori misure» utili a gestire l'epidemia e a contenere il propagarsi del *virus*.

È, infatti, giudizio quasi unanimemente condiviso¹⁰ che il decreto-legge abbia lasciato «in bianco»¹¹ i soggetti, i presupposti e, da ultimo, anche i contenuti delle «*ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza», attribuendo alle «autorità competenti» margini di discrezionalità incompatibili con le riserve di legge previste in Costituzione e con il principio di legalità. Questa «delega di pieni poteri in bianco» – come pure la si è definita¹² – avrebbe au-

8. Così, E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo*, cit., p. 99, dove si legge «se è vero che la fattispecie legislativa che autorizza l'amministrazione a regolare il fatto emergenziale in luogo del legislatore è formalmente "aperta", invero, essa è però materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità».

9. R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in www.dirittiregionali.it, n. 1, 2020, p. 512.

10. V. *supra* nota n. 7

11. L. A. Mazzarolli, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale, cit., pp. 13-17.

12. C. Tripodina, *La Costituzione ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 83.

torizzato il Presidente del consiglio ad adottare «misure innominate»¹³, lasciando, così, al suo libero apprezzamento il compito di decidere il “grado di compressione” da imprimere alle libertà individuali in nome della salvaguardia dell’interesse collettivo¹⁴. La fuga dalla fonte di rango primario¹⁵ – certo non nuova all’ordinamento italiano – avrebbe privato i diritti costituzionali delle garanzie implicite nella riserva di legge: una protezione che si dà non soltanto nella possibilità di risolvere «ogni limitazione stabilita con legge (...) in una sorta di “autolimitazione”»¹⁶; ma che prende corpo anche nel duplice ordine di controlli cui tutte le fonti primarie sono sottoposte a opera del Presidente della Repubblica, all’atto della promulgazione, e della Corte, attraverso (l’eventuale) giudizio di legittimità di costituzionale.

A porre, almeno in parte, rimedio alla lamentata ampiezza dei poteri conferiti alle “autorità competenti”, e al *vulnus* alla riserva di legge e al principio di legalità che vi sarebbe implicito, interviene il d.l. 19/2020. Questa volta il decreto governativo si mostra più rigoroso nel circoscrivere i poteri discrezionali attribuiti al Presidente del Consiglio: alla “fattispecie aperta” prevista all’art. 2 d.l. 6/2020 subentrano “misure tipizzate” e “modulabili” «secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio italiano ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2);

13. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento*, cit., p. 389.

14. A un tal proposito si v. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento*, cit., p. 387, che, così, scrive: «Si è insomma instaurata, nella fase emergenziale, una sorta di *gerarchia sostanziale* tra i diritti, che nega in radice lo stesso concetto di bilanciamento, il quale proprio nell’assenza di una gerarchia *a priori* trova il proprio senso e la propria giustificazione». Ma v. anche, R. Di Maria, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali”*, cit., p. 513.

15. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento*, cit., p. 388, scrive di una «“fuga dal regolamento” a favore di fonti governative atipiche quali i tanto discussi DPCM».

16. Così, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L’ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, vol. II, 1, Cedam 1984, p. 58; L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Treccani 1990, p. 2; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam 1969, p. 326.