

OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19
PAPER – 20 MAGGIO 2020

Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni

di Viviana Di Capua

Dottore di ricerca in Scienze giuridico-economiche
Università degli Studi di Napoli Federico II



Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*

di Viviana Di Capua

Dottore di ricerca in Scienze giuridico-economiche
Università degli Studi di Napoli Federico II

«... chi dà quello che spetta a ciascuno per timore della pena capitale agisce dietro comando altrui e costretto dalla paura di un male, né può chiamarsi giusto; mentre chi attribuisce a ciascuno il suo perché conosce la vera ragione delle leggi e la loro necessità agisce con coerenza e secondo decisione propria, non altrui, e perciò è a buon diritto chiamato giusto».

(B. Spinoza, *Etica e Trattato teologico-politico*, IV. *La legge divina*, a cura di R. Cantoni e F. Fergnani, Novara, 2013).

Abstract: Il contributo si propone di esaminare la *sequenza* di provvedimenti normativi e amministrativi emanati per fronteggiare, a livello nazionale, l'emergenza epidemiologica da Covid-19. La malattia, originatasi nella città di Wuhan, capitale della provincia cinese di Hubei, si è diffusa in altri paesi, tra cui l'Italia, con rapidità tale da indurre l'organizzazione mondiale della sanità (OMS) a dichiarare la stessa un'emergenza di sanità pubblica di interesse nazionale (c.d. pandemia). All'analisi sistematica del contenuto, degli effetti e della tipologia delle misure precauzionali previste, in via generale, dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, in l. 5 marzo 2020, n. 13, prima, e dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, poi, seguiranno alcune riflessioni sui provvedimenti governativi e regionali di attuazione, soffermandosi, in particolare, sulle ordinanze emanate dai Presidenti delle Regioni Campania e Lombardia.

Sommario: 1. L'oggetto dell'indagine. – 2. L'emergenza nella Costituzione: nozione, presupposti, poteri e garanzie. – 3. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e l'articolazione "in fasi" della relativa gestione. – 3.1. Fase 1: il c.d. lock-down. La pandemia e l'instaurazione del regime nazionale d'eccezione. – 3.1.1. *Segue:* il problema della "delega in bianco" alle autorità competenti nel d.l. n. 6 del 2020. – 3.1.2. *Segue:* la costruzione di argini all'esercizio del potere d'ordinanza nel successivo d.l. n. 19 del 2020. Un (vano?) tentativo di mantenere la "regia" dell'operazione complessiva di gestione? – 3.2. Fase 2 A: la c.d. transizione iniziale. La (progressiva e controllata) riespansione delle libertà fondamentali e la (lenta) ripresa dell'economia nazionale. I vantaggi di una strategia differenziata su base regionale e locale. – 4. "Uso" e "abuso" del potere d'ordinanza per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle Regioni Campania e Lombardia. – 5. Considerazioni conclusive (per il momento, provvisorie..).

1. L'oggetto dell'indagine

La diffusione del contagio causato dal virus Covid-19 all'interno del territorio nazionale, a partire dal gennaio scorso, ha avviato la costruzione di un sistema normativo e amministrativo, di carattere emergenziale, derogatorio di quello ordinario, rivolto, da un lato, alla predisposizione di una serie di cautele per contenere la propagazione della malattia, e dall'altro, a supportare l'economia nazionale colpita

* Paper valutato dalla Direzione.

indirettamente dalla crisi¹. Il sistema si compone di una sequenza ravvicinata di una pluralità di atti di vario genere (deliberazioni, decreti-legge, leggi di conversione, circolari, decreti, ordinanze, ecc.) delle istituzioni statali, cui si intrecciano le ordinanze adottate dalle autorità regionali e locali competenti, volte ad adeguare la normativa nazionale alle criticità sorte all'interno dei territori interessati.

Lo scopo della ricerca è di analizzare la *sequenza* di provvedimenti con cui il Governo, dapprima, e le autonomie regionali, poi, hanno gestito l'emergenza epidemiologica, disponendo misure di carattere precauzionale particolarmente invasive, determinanti la limitazione del godimento e dell'esercizio di alcune delle più importanti libertà personali garantite dalla Costituzione. La parte finale del contributo sarà dedicata all'analisi della strategia di contenimento del contagio predisposta dalle Regioni Lombardia e Campania, attraverso l'esame delle modalità con cui è stato concretamente esercitato il potere d'ordinanza attribuito dalla normativa nazionale.

2. L'emergenza nella Costituzione: nozione, presupposti, poteri e garanzie

Nonostante l'assenza di una nozione univoca e unitaria, l'emergenza delinea «una situazione imprevista che, normalmente non è esplicitamente regolata dal diritto vigente e deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema di valori giuridicamente riconosciuti»². Sotto il profilo giuridico, essa è caratterizzata dalla necessaria coesistenza di un fatto causativo, una valutazione (politico-discrezionale) sulla necessità di ricorrere a strumenti eccezionali e, infine, dall'effettiva instaurazione dello stato di eccezione³. La Costituzione considera l'emergenza, in via generica e marginale, solo negli artt. 77, 78, 120

¹ Emblematica è la rappresentazione fornita da G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 5 maggio 2020, p. 4 del documento online, secondo cui «la pandemia Covid [...], come un tornado, ha arrecato danni immensi all'economia nazionale». Per una riflessione puntuale sugli effetti a lungo termine della pandemia sul piano economico, sociale e istituzionale, che scardinano gli assetti consolidati e impongono una rimeditazione dei tradizionali strumenti regolatori, si rinvia a E. CHITTI, *Questi sono i nodi. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 20 aprile 2020.

² In questi termini, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 12, il quale precisa ulteriormente che, «nel [...] significato lessicale, l'emergenza viene definita come una difficoltà improvvisa, una circostanza imprevista o come una situazione che comunque impone di intervenire rapidamente [...]». Sul tema dell'emergenza, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, p. 645 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, p. 167 ss.; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in M. CATARBA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011), Torino, 2011, p. 305 ss.

³ Sullo stato di eccezione, doveroso il rinvio a C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975 (trad. it. di Bruno Liverani); ID., *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1984 (trad. it. di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera); S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, p. 287 ss.



e 126, corrispondenti alla decretazione d'urgenza, alla dichiarazione dello stato di guerra, al potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni e degli enti locali in caso di pericolo e, infine, lo scioglimento del Consiglio regionale.

Limitando l'analisi alle disposizioni rilevanti ai fini dell'indagine, lo strumento principale previsto dalla Costituzione per fronteggiare le situazioni emergenziali è costituito dall'esercizio provvisorio della funzione legislativa da parte del Governo, al verificarsi di «*casi straordinari di necessità e di urgenza*». Si tratta dei decreti-legge, definiti dall'art. 77, comma 2, Cost. «*provvedimenti provvisori con forza di legge*», di cui l'esecutivo, assumendosene la piena responsabilità, deve «*il giorno stesso*» dell'adozione presentare alle Camere «*che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni*», destinati tuttavia a perdere efficacia *ex tunc* qualora non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (comma 3). Nonostante l'uso sempre più largo della decretazione d'urgenza (sconfinanante, per certi versi, nell'abuso), lo strumento si è rivelato assai utile nel corso degli anni per reagire, con immediatezza e rapidità, a situazioni che, per loro natura (si pensi, ad esempio, ai terremoti e, in generale, alle calamità naturali), non avrebbero “tollerato” l'attesa necessaria all'emanazione della legge ordinaria, a causa della necessità e dell'urgenza di intervenire a salvaguardia di diritti, beni e interessi costituzionalmente garantiti e messi in serio pericolo dall'evento imprevisto. Il ricorso al decreto-legge è, inoltre, presidiato da garanzie costituzionali consistenti, nello specifico, nella “supervisione” delle Camere durante il procedimento di formazione e di conversione, nella provvisorietà degli effetti (l'eventuale limitazione del godimento di diritti o di libertà garantite dalla Costituzione sarebbe temporalmente circoscritta nel termine di sessanta giorni) e nel sindacato della Corte costituzionale.

Si rivela funzionale alla gestione delle emergenze anche l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., che consente al Governo di sostituirsi agli organi della Regione e degli altri enti locali territoriali al ricorrere di alcune circostanze eccezionali («*mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*»). La norma ha avuto una prima attuazione di carattere generale con l'art. 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. legge La Loggia), che ha disciplinato le fasi del procedimento di sostituzione, nel rispetto dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà, prevedendo altresì una soluzione differenziata nei casi di assoluta urgenza. Sebbene permangano alcune problematiche sull'individuazione del contenuto e della portata della previsione costituzionale, soprattutto con riguardo alle questioni

Per un'analisi critica della riflessione teorica sullo stato di eccezione, G. AGAMBEM, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, che, nello sforzo di risolvere le aporie inerenti al suo complesso statuto teorico, ricorre ad un parallelo storico con un istituto del diritto romano, il c.d. *institutum*, considerato quale archetipo paradigmatico.

dell'ammissibilità, dei caratteri e della coerenza di un potere sostitutivo con il sistema autonomistico delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha più volte chiarito che si tratta di un potere atipico⁴, che si estende cioè oltre i casi espressamente contemplati dall'art. 120, comma 2, Cost. Tra i casi di potere sostitutivo atipico rientra la «chiamata in sussidiarietà»⁵, istituto di creazione giurisprudenziale che legittima il potere del Governo di avocare a sé, per la rilevanza nazionale dell'interesse sotteso⁶, le funzioni amministrative nelle materie attribuite, in via ordinaria, alla competenza esclusiva o concorrente della Regione, nel rispetto del principio di leale collaborazione⁷. Poiché l'esercizio della funzione avocata deve avvenire nel rispetto del principio di leale collaborazione, che regola i rapporti tra Stato e autonomie territoriali, la giurisprudenza costituzionale, nonostante talune oscillazioni⁸, ha ritenuto necessario lo strumento dell'intesa con la Regione interessata⁹.

⁴ Sul punto, tra le tante, C. cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in *www.giurcost.it*, secondo cui l'art. 120, comma 2, Cost. «non può essere inteso nel senso che esaurisca [...] le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi. In realtà esso prevede solo un potere sostitutivo straordinario, in capo al Governo, da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina degli altri casi di interventi sostitutivi». Per un commento alla pronuncia, F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1074 ss.

⁵ L'espressione fu coniata dalla celebre sentenza della Corte costituzionale 1° ottobre 2003, n. 303, in *Riv. giur. ed.*, 2004, pt. I, fasc. 1, p. 10. R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, intervento al Seminario «Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni», Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017, lo definisce un «meccanismo per cui in certi casi lo Stato può “occupare” la disciplina della materia facendo scattare l'ascensore della sussidiarietà». Il principio, previsto dall'art. 118 Cost., «regola le funzioni amministrative, che possono essere attratte al centro se quella risulta essere la sede più adatta; ma le funzioni amministrative devono essere regolate per legge, per cui la sussidiarietà porta al centro anche il potere di fare le leggi necessarie; ma allora è necessario che esse prevedano adeguate forme di leale collaborazione “forte”, altrimenti sono illegittime». In questo modo «la leale collaborazione diventa un vincolo anche per il legislatore», che «deve prevederla e le leggi delegate di attuazione devono rispettare la prescrizione contenuta nella delega». Sul punto, M. ZUPPETTA, *La sentenza n. 232/2011: inammissibilità della chiamata in sussidiarietà per mancanza di motivazione della legge?*, in *www.amministrazioneincammino.it*, secondo la quale «tale “istituto” rappresenta un innegabile strumento di flessibilità del sistema che [...] consente, mediante la “variazione” dell'allocatione delle competenze (amministrative e legislative) una mobilità dell'ordine costituzionalmente sancito, in grado di legittimare le possibili deroghe alle rigide regole di riparto fissate dalla riforma costituzionale (soprattutto con riferimento al dettato dell'art. 117, 2°, 3° e 4° co., Cost.) utilizzando, ad un tempo, la *ratio* del principio di sussidiarietà verticale, il criterio di leale collaborazione ed il carattere prioritario della tutela di istanze/esigenze unitarie».

⁶ I presupposti indispensabili per invocare la c.d. «chiamata in sussidiarietà» sono: la necessità dell'esercizio unitario delle funzioni amministrative alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; la verifica dell'inadeguatezza del livello territoriale inferiore (regionale) e la partecipazione dei livelli di governo coinvolti (cfr. C. cost., 22 luglio 2011, n. 232, in *www.giurcost.org*).

⁷ Per una puntuale disamina della giurisprudenza costituzionale formatasi sulla «chiamata in sussidiarietà» e, nello specifico, sulla peculiare ipotesi della nomina da parte dello Stato di un commissario straordinario, A. BARTOLINI, *Cronaca di una crisi da commissariamento: riflessioni su alcune vicende recenti nei rapporti tra Stato e Regioni*, in corso di pubblicazione in *Atti del XXIV Convegno annuale di Studi sulla Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariate*, 21-22 giugno 2019, Montepaone Lido (CZ).

⁸ R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, cit., secondo cui: «[q]uanto questo vincolo debba essere intenso è ovviamente materia di discussione, e le risposte offerte dalla Corte costituzionale non sono chiarissime».

⁹ In senso favorevole ad una intesa «in senso forte», C. cost., 12.07.2017, n. 170, in *Giur. cost.*, 2017, fasc. 4, p. 1555 (spec. paragrafo 7.2 del considerato in diritto); C. cost., 21.01.2016, n. 7, in *Giur. cost.*, 2016, fasc. 1, p. 45 (paragrafo 2 del considerato in diritto); C. cost., 12.05.2011, n. 165, in *Foro it.*, 2012, fasc. 2, pt. I, p. 374, con commento di G. AVANZINI, *Commissari straordinari per le infrastrutture energetiche e garanzie costituzionali*; C. cost., 14.10.2005, n. 383, in *Giur. it.*, 2006, fasc. 8-9, p. 1583; C. cost., 28.07.2010, n. 278, in *Foro it.*, 2011, fasc. 4, pt. I, p. 977, nonché in *Le Regioni*, 2011,



3. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e l'articolazione "in fasi" della relativa gestione

L'inquadramento teorico-concettuale dell'emergenza e di alcuni tra gli strumenti predisposti dalla Costituzione per farvi fronte ed evitare indebite (o eccessive) compressioni di diritti e di libertà individuali, è preliminare alla successiva indagine sulle modalità con cui l'esecutivo ha approntato la risposta alla situazione emergenziale generata dalla propagazione, dapprima in alcune zone, e successivamente, nell'intero territorio nazionale, del virus Covid-19. L'operazione complessiva è, fino ad oggi, scomponibile in due "fasi", cui corrisponde l'adozione di misure attuative, di carattere precauzionale, incidenti sull'esercizio di diritti e libertà costituzionali, con intensità progressivamente crescente nella prima, e decrescente nella seconda.

3.1. Fase 1: il c.d. lock-down. La pandemia e l'instaurazione del regime nazionale d'eccezione

La Fase 1 ha inizio con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, che dichiara lo stato di emergenza, per la durata di sei mesi, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 1 del 2018, recante il «*Codice della protezione civile*». Il presupposto del provvedimento collegiale è costituito dalla dichiarazione del 30 gennaio 2020, con cui l'organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha definito la diffusione del contagio da Covid-19 un'emergenza internazionale di salute pubblica (c.d. pandemia). Seguiranno una pluralità di ordinanze attuative della Protezione Civile adottate ex art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018.

L'aggravarsi della situazione epidemiologica conduce alla successiva emanazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza*», convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 2020, n. 13¹⁰, che conferisce alle «*autorità competenti*» il potere di adottare misure precauzionali per contenere la diffusione della malattia e "alleggerire" così la pressione sul sistema sanitario nazionale. Il decreto pone le basi normative per la costruzione di due sistemi paralleli di provvedimenti differenziati su base territoriale, costituiti, da un lato, dai decreti attuativi del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.) e da una lunga serie di atti di vario genere dei singoli Ministri (ordinanze, decreti, circolari, direttive, ecc.) e dalle ordinanze della Protezione Civile, e dall'altro, da una

fasc. 5, p. 1062, con nota di M. CECCHETTI, *La Corte «in cattedra»! Una emblematica «sentenza-trattato» che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*; C. cost., 13.01.2004, n. 6, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 33; C. cost., 01.10.2003, n. 303, cit. In dottrina, T. MARTINES, A. RUGGIERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, 8^{ed}, Milano, 2008, p. 235, rilevano che «la riallocazione "verso l'alto" può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di un *iter* in cui assumano risalto le intese quali attività concertative e di coordinamento orizzontale, in ossequio al principio di leale cooperazione».

¹⁰ In GU n. 61 del 9 marzo 2020.



pluralità di ordinanze, chiarimenti e decreti delle autorità regionali e locali, dall'altro, emanate allo specifico scopo di fronteggiare le criticità sorte nei territori di riferimento¹¹.

L'art. 1 conferisce ampi poteri alle «*autorità competenti*» per risolvere la situazione emergenziale, prevedendo che nei comuni o «*nelle aree*» «contagiate»¹² possa essere adottata «*ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*» (comma 1). Segue un elenco (non tassativo) piuttosto esteso di misure tipiche¹³.

Sempre alle «*autorità competenti*» è attribuito il potere di adottare «*ulteriori misure*» di carattere precauzionale nei comuni e «*nelle aree*» non ancora colpite dal contagio¹⁴, senza tuttavia alcuna precisazione riguardo al contenuto (art. 2, comma 1).

La procedura di adozione è analoga per entrambe le tipologie di misure: l'art. 3, comma 1, prescrive, infatti, che debbano essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e degli altri Ministri competenti per materia. Qualora la misura interessi il territorio di una sola regione o di alcune specifiche regioni, si prevede la consultazione dei Presidenti delle regioni competenti; qualora invece riguardi l'intero territorio nazionale, il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

La norma in esame ha così costituito la base legale per l'adozione di una sequenza di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui sono state disposte misure, di intensità progressivamente crescente, incidenti su diversi diritti e libertà costituzionali, inizialmente con efficacia territoriale circoscritta¹⁵ e,

¹¹ Situazione ben descritta da A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 518 ss., qui p. 518, come una «bulimica produzione normativa alla quale quotidianamente concorrono tutti i livelli istituzionali di governo».

¹² Nei quali, cioè, «*risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del [...] virus*» (comma 1).

¹³ Tra cui: il divieto di entrare o di allontanarsi dal comune o dall'area interessata (lett. *a*) e *b*); la sospensione di manifestazioni, di iniziative, di eventi e di ogni forma di riunione, in luogo pubblico o privato, a prescindere dal carattere culturale, ludico, sportivo e religioso (lett. *c*); sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria (lett. *d*); chiusura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura (lett. *e*); sospensione dei viaggi d'istruzione scolastica (lett. *f*); sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale (lett. *h*); applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva (lett. *h*); previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria (lett. *i*); chiusura di tutte le attività commerciali, con esclusione di quelle relative alla vendita di beni di prima necessità (lett. *j*); chiusura o limitazione degli uffici pubblici, esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali (lett. *l*); limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto delle merci o delle persone fisiche (lett. *m*), adozione delle modalità di svolgimento del lavoro agile (lett. *n*) e *o*).

¹⁴ La formula impiegata per identificarli è piuttosto generica («*al di fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1*»).

¹⁵ Il riferimento è al d.p.c.m. 23 febbraio 2020, con cui sono state disposte misure precauzionali con efficacia limitata ad alcuni comuni delle regioni Lombardia e Veneto; al d.p.c.m. 25 febbraio 2020, che ha esteso l'efficacia delle misure adottate dal precedente decreto a tutti i comuni delle regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Veneto,

successivamente, estese all'intero territorio nazionale. La gestione della situazione emergenziale ha richiesto al legislatore nazionale di "bilanciare" il diritto alla salute (art. 32 Cost.) con altri diritti e libertà costituzionalmente garantite, tra cui: la libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà personale (art. 13 Cost.), il diritto all'istruzione e alla cultura (art. 34 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), la libertà di culto (art. 19 Cost.), la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 ss. Cost.). Qualora, infatti, il conflitto riguardi diritti o interessi di pari rango costituzionale, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha chiarito che il legislatore nazionale possa scegliere quale di essi sacrificare solo all'esito di un'operazione di bilanciamento¹⁶, guidata dal principio di ragionevolezza. Il punto di equilibrio tra interessi in gioco non è infatti predeterminabile in via astratta, né costituisce il risultato di un'applicazione formale (e asettica) del testo costituzionale¹⁷.

Nel caso in esame, l'esito dell'operazione di bilanciamento condotta dall'esecutivo è stato ritenere prevalente il diritto alla salute, a causa dell'inidoneità del servizio sanitario nazionale di garantire ai malati l'assistenza più idonea, individuando la soluzione nella limitazione delle facoltà di godimento di alcuni diritti e libertà costituzionali, e nello specifico di quelli il cui pieno esercizio non è compatibile con l'isolamento dei contagiati e dei soggetti più a rischio di contagio; soluzione, quest'ultima, considerata dall'OMS efficace nel contrastare e contenere la propagazione del virus tra la popolazione. Risulta dunque evidente che il bilanciamento sia stato guidato, oltre che dalla ragionevolezza, anche dalla precauzione¹⁸. Tale principio impone ai *decision maker* di adottare misure proporzionali e adeguate, quando beni e interessi giuridicamente rilevanti siano esposti ad un rischio di danno (anche solo) potenziale, e sul quale non vi sia certezza scientifica¹⁹. Si tratta di una decisione (seppur fondata su una valutazione tecnico-scientifica) di carattere politico, che ha la finalità di definire, in concreto il livello di rischio ritenuto accettabile dalla collettività sulla quale ricadono gli eventuali effetti negativi²⁰.

Liguria e Piemonte; al d.p.c.m. 1° marzo 2020; al d.p.c.m. 4 marzo 2020, che estende le misure disposte con il precedente all'intero territorio nazionale; al d.p.c.m. 8 marzo 2020, con cui è fatto divieto alle persone fisiche di entrata, di uscita e di circolazione all'interno della regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio-Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia, ammettendo esclusivamente «*gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero [...] per motivi di salute*», nonché nei casi di «*rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza*».

¹⁶ Definisce il bilanciamento in questi termini, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. II, 2008, p. 185 ss.

¹⁷ La ragionevolezza della scelta legislativa, in presenza di un conflitto tra diritti o interessi costituzionali suscettibili di valutazione comparativa, dipende essenzialmente, dall'esito positivo del giudizio di necessità, sufficienza e proporzionalità.

¹⁸ La letteratura sul principio di precauzione è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia all'ampio e approfondito studio di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2006.

¹⁹ In giurisprudenza, di recente, Cons. Stato, sez. III, 03.10.2019, n. 6655.

²⁰ Come rilevato da M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in AIPDA, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, p. 140 ss., spec. p. 152, «il principio di precauzione impinge direttamente nella discrezionalità amministrativa, rendendo rilevanti vari interessi

In attuazione del d.l. n. 6 del 2020 sono stati emanati, tra gli altri, i d.p.c.m. 8 marzo 2020 e 9 marzo 2020 (c.d. #IoRestoaCasa), che hanno disposto la limitazione della libertà di circolazione delle persone fisiche, consentendone gli spostamenti solo in casi specifici e tassativi («*comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero [...] per motivi di salute*»), dapprima, nella regione Lombardia e in alcune province di Reggio-Emilia, delle Marche, del Piemonte e del Veneto, e successivamente nell'intero territorio nazionale.

I provvedimenti hanno suscitato diverse perplessità sotto il profilo formale e sostanziale.

Innanzitutto, l'iter di adozione non ha seguito la scansione procedimentale e le modalità prescritte dall'art. 17, della legge n. 400 del 1988, difettando del parere del Consiglio di Stato²¹. In secondo luogo, si prefigurerebbe una violazione della riserva assoluta di legge che l'art. 16 Cost. pone a garanzia della libertà di circolazione, in quanto le limitazioni sono stabilite da una fonte *sub* legislativa²². In terzo luogo, le misure precauzionali disposte (limitazione della libertà di circolazione, dapprima, in alcune «*aree*», poi estesa all'intero territorio nazionale) non sono normativamente supportate dal d.l. n. 6 del 2020 che, al contrario, si limita a prevedere un divieto di allontanamento (in entrata e in uscita) dal comune o dall'area interessata²³. Il procedimento di adozione è tendenzialmente oscuro²⁴, non improntato cioè ai principi di trasparenza, partecipazione, comunicazione e informazione che, al contrario, dovrebbero guidare la formazione delle decisioni in presenza di rischio²⁵. Inoltre, non è possibile riscontrare alcun cenno alla valutazione scientifica del rischio connesso a misure precauzionali così stringenti e mai prima conosciute

pubblici di segno originale rispetto alla tradizione». In senso analogo, S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 387 ss., spec. p. 391 ss., secondo cui la scelta dell'ampiezza della «c.d. *forbice di rischio*», pur fondandosi su di una valutazione tecnico-scientifica, è espressione «di un potere discrezionale puro, di natura squisitamente politico-amministrativa, consequenziale all'esito di un bilanciamento fra principi, fra valori, fra diritti, fra interessi, ritenuti nello specifico giuridicamente rilevanti nella determinazione della fattispecie» (corsivo testuale).

²¹ Questo profilo è attentamente rilevato da A. CARDONE nel suo intervento all'online webinar su «*Il diritto dell'emergenza nella crisi da coronavirus*», 8-9 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web www.radioradicale.it, il quale precisa altresì che i termini del controllo preventivo della Corte dei conti di cui all'art. 27, comma 1, della legge n. 340 del 2000 sono dimezzati e che, nelle more, i decreti sono provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi a norma degli artt. 21-*bis*, 21-*ter* e 21-*quater*, della legge n. 241 del 1990 (cfr. art. 3, comma 6, del d.l. n. 6 del 2020).

²² Così B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, p. III.

²³ A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, in *ridiam.it*, p. 3 del documento online.

²⁴ B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, p. IV del documento online.

²⁵ Si rinvia, sul punto, al parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «*Il ricorso al principio di precauzione*», Bruxelles, 12 luglio 2000, in GU C 268 del 19 settembre 2000, p. 6 ss. (spec. punti 2.13 e 2.14). Sul trattamento giuridico del rischio, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006. Sulla teoria sociale del rischio, pressochè scontato il riferimento a N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991 (trad. it., *Sociologia del rischio*, Milano, 1996), spec. p. 31 ss. Sul c.d. *risk management cycle*, si rinvia agli studi di B.A. SOBY, A.C.D. SIMPSON, D.P. IVES, *Integrating Public and Scientific Judgements into a Tool kit for Managing Food-Related Risks*, Norwich, 1993. Sull'efficacia della comunicazione come strumento che consente il superamento delle asimmetrie informative che contrassegnano fisiologicamente il rapporto tra pubblica amministrazione e imprese private, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, p. 179 ss., spec. p. 182.

nei confronti dell'intera popolazione italiana²⁶. Infine, disponendo in una materia (la sanità pubblica) attribuita nel sistema di riparto costituzionale alla competenza concorrente delle Regioni, costituiscono il risultato dell'avocazione delle funzioni legislative in ragione del principio di sussidiarietà *ex art. 118 Cost.*, accompagnato dalla c.d. «chiamata in sussidiarietà» della relativa funzione legislativa²⁷. Nonostante la giurisprudenza costituzionale abbia in diverse occasioni chiarito che l'intesa con la Regione interessata rientri tra le condizioni di legittimità della procedura²⁸, il decreto in questione è stato tuttavia adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri all'esito di una mera consultazione con i rappresentanti delle Regioni interessate²⁹.

Profili, questi, di estrema criticità che, non senza qualche forzatura, potrebbero trovare giustificazione nella necessità di assicurare la reattività e l'efficacia della risposta governativa ad una situazione emergenziale di crescente gravità.

3.1.1. Segue: il problema della “delega in bianco” alle autorità competenti nel d.l. n. 6 del 2020

La disposizione più problematica del d.l. n. 6 del 2020 è contenuta invero nell'art. 3, comma 2, a norma del quale «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza*», le misure di cui agli artt. 1 e 2 (sia dunque quelle tipiche che atipiche) possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, della legge n. 833 del 1978, dell'art. 117, della legge n. 112 del 1998 e dell'art. 50, del d.lgs. n. 267 del 2000, e quindi, rispettivamente, dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco.

Le criticità emergono nella previsione di una sorta di “delega in bianco” ad un ampio spettro di poteri pubblici (il decreto si riferisce, in modo generico, alle «*autorità competenti*») nell'emanazione di “misure

²⁶ In questi termini, A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 29 aprile 2020, p. 5-6 del documento online, secondo cui «non può non rilevarsi il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo. A questo paradosso si correla una conseguenza giuridica: l'omessa valutazione del rischio costituisce violazione del principio di precauzione e, inevitabilmente, rischia di incidere sulla stessa legittimità dei provvedimenti precauzionali, pur adottati in situazioni emergenziali».

²⁷ Come, peraltro, precisato, di recente, da TAR Calabria, sez. I, 09.05.2020, n. 841, spec. punto 18.5 del considerato in diritto, che ha annullato l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 37 del 29.04.2020, la quale ha consentito, limitatamente al territorio regionale, la ripresa delle attività di bar, ristoranti, pasticcerie e agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto, in evidente contrasto con quanto disposto dal d.p.c.m. 26 aprile 2020 che, con efficacia dallo 04.05.2020 fino al 17.05.2020, limita l'attività in questione alla sola modalità di consegna a domicilio e con asporto.

²⁸ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni espresse *supra* (paragrafo 2).

²⁹ A. BARTOLINI, *op. e loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come la mancanza di tali condizioni possa inficiare la legittimità della c.d. «chiamata in sussidiarietà».

ulteriori” rispetto a quelle tipizzate dall’art. 1 per i Comuni e le «aree» già contagiate³⁰. La norma ha dunque aperto il varco ad un profluvio di ordinanze delle autorità regionali e comunali che, nel tentativo di fronteggiare le criticità emerse nei rispettivi territori, si sono intrecciate e sovrapposte ai provvedimenti nazionali, finendo per compromettere la strategia unitaria di gestione della crisi per generare così disordine, caos e incertezza nella normativa emergenziale³¹.

3.1.2. Segue: la costruzione di “argini” all’esercizio dei poteri d’ordinanza nel successivo d.l. n. 19 del 2020. Un (vano?) tentativo di mantenere la “regia” dell’operazione complessiva di gestione?

Con il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19³², recante «*Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19*», allo stato attuale, non ancora convertito in legge, l’esecutivo ha cercato di risolvere le criticità sorte durante la vigenza del primo, a livello territoriale e locale. Innanzitutto, scompare la distinzione tra Comuni e aree “contagate” e non, che aveva causato non poche disparità in punto di intensità delle misure precauzionali adottate a livello regionale e locale³³. In secondo luogo, l’art. 1³⁴ introduce un importante elemento di flessibilità quanto al contenuto, all’efficacia territoriale e alla durata delle misure, prevedendone la reiterabilità, la modificabilità, «*anche più volte fino al 31 luglio 2020*», termine finale dello stato di emergenza, e la «*possibilità di modularne l’applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l’andamento epidemiologico del predetto virus*». La previsione è coerente con i principi di adeguatezza e di proporzionalità che, come si evince chiaramente dal preambolo, costituiscono i parametri necessari per la scelta delle misure da adottare nel caso concreto. Misure che, peraltro, cessano di essere atipiche e, peraltro, possono essere adottate «*sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico*»³⁵. Quest’ultima previsione

³⁰ Le criticità sono puntualmente evidenziate da S. CASSESE nell’intervista su «*Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*», rilasciata a Radio Radicale il 6 marzo 2020, e disponibile all’indirizzo web www.radioradicale.it; nonché nell’intervista rilasciata a P. Armaroli e pubblicata ne *Il Dubbio*, il 14 aprile 2020; L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cee 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 tacere d’altri, in federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 23 marzo 2020, p. 13 del documento online; G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in federalismi.it, n. 6/2020, p. 221 del documento online; G.L. LA GATTA, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it, al quale si rinvia per l’analisi delle ricadute sui processi penali di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione richiamata.

³¹ Il profilo è nitidamente colto da E. CARLONI, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in laCostituzione.info.

³² In GU n. 79 del 25 marzo 2020.

³³ Si veda TAR Marche, decreto, 27 febbraio 2020, n. 5.

³⁴ Rubricato «*Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19*».

³⁵ Previsto dall’art. 2 dell’ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e, in precedenza, operante solo a supporto dello stesso.



dovrebbe sanare almeno in parte la mancanza della valutazione scientifica del rischio³⁶ di cui si è detto in precedenza.

In realtà, le disposizioni di maggiore interesse, emanate allo specifico scopo di “riparare” al caos di ordinanze regionali e locali, sono contenute negli artt. 2 e 3 del decreto, disciplinanti il procedimento di adozione delle misure precauzionali e i casi di legittima “incursione”, a mezzo di potere d’ordinanza contingibile e urgente, del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. Da un lato, infatti, il potere di adozione viene “concentrato” nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, che dovrebbe, in questo modo, mantenere la “regia” dell’operazione di gestione emergenziale³⁷, e dall’altro, si prevede che il relativo esercizio avvenga nel rispetto del principio di leale collaborazione. Nonostante trovi conferma la previsione, invero già presente nel previgente decreto, in base al quale le misure debbano essere adottate con uno o più d.p.c.m., tuttavia, si consente che l’impulso possa provenire anche dai Presidenti delle Regioni interessate o dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, a seconda della sua estensione territoriale (art. 2, comma 1). Infine, viene “ripristinato” il controllo costante delle Camere sull’operato dell’esecutivo, prevenendo la pubblicazione dei d.p.c.m. nella Gazzetta Ufficiale e «modo di interlocuzione»³⁸ tra queste e il Governo (art. 2, comma 5).

L’art. 3, allo scopo di mettere ordine, per quanto possibile, nella materia, “imbriglia” il potere d’ordinanza regionale in una serie di presupposti e di limiti puntualmente definiti. L’adozione di misure più restrittive può avvenire solo «nelle more» dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’art. 2, comma 1 e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell’ambito delle attività rientranti nella loro competenza, senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l’economia nazionale. Tali limiti si applicano anche ai poteri d’ordinanza attribuiti alle Regioni in materia di sanità pubblica da ogni disposizione di legge previgente (comma 1). Quest’ultima parte della norma denota la volontà legislativa di “chiudere”

³⁶ Così A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., p. 6 del documento online.

³⁷ Come condivisibilmente osservato dal Consiglio di Stato, parere, sez. I, 07.04.2020, n. 735, «in presenza di emergenze di carattere nazionale [...], pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell’emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali».

³⁸ Così F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 - paper 6 aprile 2020, p. 4 del documento online. La norma prevede, infatti, che i decreti debbano essere comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro emanazione e che «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisc[a] ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto».

definitivamente ogni eventuale “varco” aperto all’esercizio di poteri regionali da eventuali disposizioni di legge attributive di competenze in materia di sanità, seppur non espressamente richiamate dal decreto.

Recependo le prescrizioni dell’ormai abrogato art. 35, del d.l. n. 9 del 2020, si fa divieto ai Sindaci di adottare *«ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali»* o eccedenti i limiti di cui al comma 1, valevoli per le ordinanze regionali (comma 2).

L’art. 4, norma di chiusura e completamento del sistema, delinea un quadro di sanzioni e controlli sul rispetto delle misure di contenimento, contrassegnato da un grado di deterrenza e complessità decisamente più elevato rispetto al precedente³⁹.

In attuazione del d.l. n. 19 del 2020 è stato emanato il d.p.c.m. 10 aprile 2020, il quale va ad inserirsi nel solco precedentemente tracciato dai d.p.c.m. 8 e 9 e 22 marzo 2020 (espressamente abrogati) e delle ordinanze 20 e 22 marzo del Ministro della Salute, dei quali vengono reiterate alcune disposizioni⁴⁰. Il provvedimento denota una maggiore organicità rispetto ai decreti precedenti, evidenziando l’intenzione dell’esecutivo di “accorpate” in un unico testo giuridico le misure attuative, di rilevanza nazionale, del d.l. n. 19 del 2020, risolvendo così almeno in parte il problema della pluralità di fonti creatasi nella vigenza del d.l. n. 6 del 2020.

Una forte criticità permane, tuttavia, nel disposto dell’art. 8, comma 2, che fa salve *«le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni, anche d’intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale»*. Le perplessità risultano evidenti laddove si consideri l’art. 3, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 nella parte in cui prevede un limite temporale all’adozione (e alla vigenza) di misure regionali più restrittive, individuandolo *«nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»*, con la

³⁹ L’art. 3, comma 4, del previgente d.l. n. 6 del 2020, prevedeva che: *«Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale»*. Il successivo comma 5 attribuiva al Prefetto, previa informazione del Ministro dell’Interno, il potere di assicurare *«l’esecuzione delle misure avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali»*. L’inefficacia di tali sanzioni è stata efficacemente rilevata da M. BERGAMI, G. LEONE, *La sanzione più efficace è quella pecuniaria: basta puntare su una multa da 3mila euro*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2020, che hanno proposto una soluzione differente, costituita dall’*«introduzione di uno specifico illecito amministrativo, munito di una sanzione pecuniaria di effettiva capacità di deterrenza [...], ad esempio 3.000 euro»*. Tale proposta è stata interamente recepita dal successivo d.l. n. 19 del 2020 (art. 4, comma 1).

⁴⁰ Ad esempio, limitazione degli spostamenti delle persone fisiche a quelli *«motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»*, anche verso un comune diverso da quello in cui si trovano; divieto di ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza (art. 1, comma 1, lett. a)); raccomandazione ai soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) di rimanere presso il proprio domicilio e di limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante (art. 1, comma 1, lett. b)); divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus (art. 1, comma 1, lett. c)); divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico (art. 1, comma 1, lett. d)); divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici (art. 1, comma 1, lett. e)); divieto di attività ludica o ricreativa all’aperto, ad eccezione dell’attività motoria individuale esclusivamente in prossimità della propria abitazione e comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona (art. 1, comma 1, lett. f)).



conseguente perdita di efficacia delle stesse a sèguito dell’emanazione di tali atti. L’art. 8, comma 2, fonte secondaria, introduce una sorta di “sanatoria” *ex post* delle ordinanze regionali contenenti previsioni più restrittive, ponendosi in contrasto con la norma primaria e causando così un’alterazione del sistema delle fonti che sembra essere uno dei tratti salienti, insieme al groviglio di provvedimenti, della gestione emergenziale.

A ben vedere, le perplessità riguardano non tanto il contenuto precettivo (l’effetto sanante delle misure regionali più stringenti), atteso che «una applicazione meccanica della tagliola dell’inefficacia determinerebbe effetti irragionevoli ed incomprensibili, quali [ad esempio], il venir meno della cintura di protezione adottata per circoscrivere un focolaio»⁴¹, quanto l’alterazione del sistema delle fonti che ne deriva: la “sanatoria” viene infatti disposta da una fonte secondaria e, invece, più correttamente, avrebbe dovuto essere stabilita in sede di legge di conversione.

3.2. Fase 2 A: la c.d. transizione iniziale. La (progressiva e controllata) riespansione delle libertà fondamentali e la (lenta) ripresa dell’economia nazionale. I vantaggi di una strategia differenziata su base regionale e locale

Il d.p.c.m. 26 marzo 2020⁴² segna l’inizio della Fase 2 A, contrassegnata da un progressivo “allentamento” delle misure precauzionali disposte in precedenza. Il tenore delle prescrizioni è, in effetti, percepibile già dal titolo del decreto, c.d. #IoRestoaDistanza.

Riguardo alla libertà di circolazione, le situazioni di necessità che giustificano gli spostamenti si estendono anche all’incontro dei «*congiunti*»⁴³, purchè sia rispettato il divieto di assembramento, il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzati i dispositivi di protezione individuale (c.d. mascherine). Inoltre, viene meno ogni limite spaziale per lo svolgimento dell’attività motoria e sportiva, consentita nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro per la prima e di due metri per la seconda. In sostanza, cadono parzialmente le barriere alla circolazione all’interno del territorio

⁴¹ In questi termini, A. BARTOLINI, *Sull’uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, intervista di Filippo Ruggiero pubblicata in *Giustizia Insieme*, 23 aprile 2020, e disponibile all’indirizzo web www.giustiziainsieme.it, il quale rileva la «funzione ortopedica» svolta dal d.p.c.m. 10 aprile 2020 che ha riportato «a ragionevolezza una disposizione, quella del decreto-legge, che dal punto di vista letterale risulta chiaramente irragionevole». Prospetta, tuttavia, una soluzione differente G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 18 marzo 2020, p. 11 del documento online, secondo cui le ordinanze adottate dopo l’emanazione del d.p.c.m. sarebbero viziate da «carezza di potere».

⁴² Recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale*». Suscita, invero, una certa perplessità il titolo del decreto, essendo stato adottato sulla base di un decreto-legge ormai non più in vigore.

⁴³ La circolare del Ministero dell’Interno n. 15350 del 2 maggio 2020 ha precisato che l’espressione «*congiunti*» ricomprende «*i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate “da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti”*» (cfr. C. Cass., sez. IV, 10.11.2014, n. 46351).



comunale, mentre permangono quelle agli spostamenti tra le regioni. La misura della c.d. quarantena rimane obbligatoria solo per i soggetti che rientrano dall'estero e si introduce il «*divieto assoluto*»⁴⁴ per quelli affetti da sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) di mobilità dal proprio domicilio e di limitazione dei contatti sociali. Si introduce l'obbligo per la popolazione di indossare nei (soli) luoghi chiusi, ove non sia possibile garantire la distanza di sicurezza interpersonale, i dispositivi di protezione individuale. Si consente lo svolgimento delle cerimonie funebri, sia pur limitate alla partecipazione dei congiunti, al rispetto delle regole sul distanziamento sociale e alla preferenza per la celebrazione all'aperto.

L'attività di ristorazione, sin ora autorizzata con sola modalità di consegna a domicilio, viene estesa alla vendita con asporto. Viene inoltre ampliato l'elenco delle attività economiche consentite, il cui svolgimento è subordinato al rispetto di una serie di misure precauzionali indicate nei protocolli di sicurezza allegati al decreto⁴⁵.

Di particolare interesse è la previsione contenuta nell'art. 2, comma 11, che affida alle Regioni la funzione di monitoraggio dell'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori, a garanzia dello svolgimento in sicurezza delle attività produttive. L'eventuale aggravamento del rischio sanitario, individuato in applicazione dei principi indicati nell'allegato 10 e dei criteri stabiliti dal decreto del Ministro della Salute 20 aprile 2020, abilita il Presidente della Regione a *proporre* tempestivamente a quest'ultimo le misure restrittive necessarie e urgenti per le attività produttive nel territorio regionale interessato, ai fini dell'esercizio del potere d'ordinanza di cui all'art. 2, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020.

La norma introduce un'importante limitazione all'esercizio del potere d'ordinanza regionale che, riguardo alle attività economiche, rimane "imbrigliato" nella duplice strettoia della predeterminazione dei criteri di valutazione del rischio di contagio, stabiliti "a monte" dal decreto, e della necessità di consultare il Ministro della Salute prima dell'adozione delle misure più restrittive. La finalità è quella di porre un freno alla prassi seguita sino a quel momento da alcune Regioni (ad esempio, la Campania) di deprimere le attività economiche con sede nel territorio interessato, spesso sulla base di un aggravamento del rischio di contagio non misurato su dati certi, univoci e uniformi.

Traspare dal decreto una valorizzazione del principio di leale collaborazione, del tutto assente nella Fase 1, che dovrebbe orientare l'esercizio del potere d'ordinanza regionale, sia pur limitatamente al settore economico.

⁴⁴ La circolare del Ministero dell'Interno n. 15350 cit. ha chiarito, in proposito, che la disposizione rafforza la previgente misura, consistente in una «*forte raccomandazione*», imponendo a tali soggetti «*un vero e proprio obbligo*».

⁴⁵ Si tratta del *Protocollo di sicurezza negli ambienti di lavoro*, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, del *Protocollo di sicurezza nei cantieri*, anch'esso sottoscritto il 24 aprile 2020, e del *Protocollo di sicurezza nel settore del trasporto e della logistica*, del 20 marzo 2020, allegati al decreto.



Un'altra importante innovazione riguarda l'introduzione e la codificazione dei «*Principi per il monitoraggio del rischio sanitario*» all'interno dell'allegato 10 al decreto, funzionali al mantenimento o al passaggio da una fase all'altra della gestione pandemica. Sono previste complessivamente quattro Fasi: la Fase 1 (c.d. lockdown), la Fase 2 A (Transizione iniziale), la Fase 2 B (Transizione avanzata), la Fase 3 (Ripristino) e la Fase 4 (Preparazione). Il decreto individua una serie di criteri la cui sussistenza parziale, totale o assenza, accertata attraverso una verifica periodica, determina, rispettivamente, il mantenimento o il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente. Ad esempio, la transizione alla Fase 2 B è subordinata al ricorrere di tali condizioni: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di *readiness*; abilità di testare tempestivamente tutti i casi sospetti; possibilità di garantire adeguate risorse per *contact-tracing*, isolamento e quarantena. Mentre il passaggio alla Fase 3 potrà essere compiuto solo quando sarà disponibile un vaccino efficace e sicuro contro il virus. La Fase 4 coincide infine con la conclusione della pandemia.

Ad una prima lettura, nonostante alcuni criteri siano connotati da un tasso elevato di genericità (è il caso delle attività di *readiness*) e altri suggeriscano l'utilizzo di strumenti ancora in via di sperimentazione (il *contact-tracing*), è apprezzabile tuttavia lo sforzo dell'esecutivo di inquadrare l'emergenza all'interno di una strategia di gestione del rischio, di introiettare l'evento dannoso all'interno del sistema giuridico ordinario, consentendo così «la gestione di situazioni eccezionali con uno strumentario non extra ordinem, che estraneo ai tradizionali circuiti di garanzia e controllo lascia certamente spazio a un suo utilizzo strumentale e in certi casi “deviato”»⁴⁶.

4. “Uso” e “abuso” del potere d'ordinanza per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle Regioni Campania e Lombardia

L'analisi della gestione dell'emergenza nelle Regioni Campania e Lombardia rappresenta un'interessante prospettiva di osservazione delle modalità con cui le autorità territoriali hanno esercitato il potere d'ordinanza conferito dal d.l. n. 6 del 2020, prima, e dal d.l. n. 19 del 2020, poi. Poiché tali normative hanno rinviato all'art. 32, della legge n. 833 del 1978 e all'art. 117, del d.lgs. n. 112 del 1998, sarà necessario far precedere l'indagine sui casi pratici da un inquadramento teorico-concettuale del potere d'ordinanza regionale in caso di emergenze sanitarie.

⁴⁶ In questi termini, L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, p. 15 ss., qui p. 28, che propone «una sorta di normalizzazione anche delle fattispecie insolite», nella prospettiva di una piena responsabilizzazione dei decisori pubblici e, al contempo, di soddisfazione degli interessi della collettività.

Le norme testè richiamate attribuiscono al Ministro della Salute, al Presidente della Regione e al Sindaco il potere di adottare ordinanze⁴⁷ contingibili e urgenti, rispettivamente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, e nei casi di emergenze sanitarie, a seconda dell'estensione territoriale (nazionale, interregionale o comunale) del fenomeno. Si tratta di disposizioni dal contenuto tendenzialmente analogo⁴⁸, sebbene inerenti ad una differente disciplina normativa, come si evince senza difficoltà dai titoli delle leggi nelle quali sono inserite (l'una, per l'appunto, dedicata all'istituzione del servizio sanitario nazionale e l'altra al conferimento di funzioni e compiti amministrativi statali alle Regioni e agli enti locali). In effetti, la materia della sanità⁴⁹, e del connesso settore dell'igiene pubblica, da sempre costituiscono «uno dei campi di tradizionale e più diffusa applicazione» del «diritto amministrativo dell'emergenza, inteso come il complesso di istituti giuridici utilizzati dalla pubblica amministrazione in situazioni di necessità, straordinarietà od urgenza»⁵⁰. Le ordinanze contingibili ed urgenti diventano così strumenti privilegiati cui l'autorità può ricorrere, in forza di una norma di legge attributiva del potere, qualora circostanze eccezionali e non regolabili in via ordinaria, richiedano un intervento tempestivo per evitare il prodursi di un danno a beni e interessi pubblici di particolare rilevanza.

L'evoluzione dei caratteri del potere d'ordinanza delle autorità sanitarie riflette la transizione dall'Amministrazione delle emergenze all'Amministrazione dei rischi e dipende, in larga parte, dall'ingresso del principio di precauzione nel tessuto giuridico nazionale. La prima fase, che va dall'unificazione amministrativa alla Costituzione, è contrassegnata dalla fiducia granitica nel progresso scientifico e dalla possibilità di predeterminare efficacemente, attraverso la legge, le politiche sanitarie e

⁴⁷ Nella grammatica della legislazione amministrativa, il termine “ordinanza” indica una molteplicità di atti giuridici, non riconducibili ad una categoria unitaria (G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1976, p. 89 ss., spec. p. 90; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 3 ss.). Generalmente, l'espressione racchiude provvedimenti autoritativi che impongono o vietano o regolano, esprimendo tuttavia un comando più articolato del semplice ordine. Infatti, mentre quest'ultimo si atteggia come atto vincolato o frutto di discrezionalità tecnica, l'ordinanza consegue invece ad un processo valutativo: è intrisa cioè di discrezionalità (G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, p. 33 ss., qui p. 33). Per un'analisi puntuale del potere d'ordinanza, anticipando alcuni riferimenti bibliografici cui si farà riferimento nel prosieguo, si vedano M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, pt. I, p. 388 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit.; ID., *Il diritto amministrativo e l'emergenza*, cit., p. 31 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, p. 345 ss.

⁴⁸ E. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 22 del documento online rileva, in proposito, il rischio di indebite sovrapposizioni tra discipline e provvedimenti delle rispettive autorità.

⁴⁹ Sulla sanità pubblica e sul sistema sanitario nazionale, per tutti, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, 2^{ed}, Torino, 2017.

⁵⁰ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., p. 140, il quale nota come «epidemie, pandemie e catastrofi sanitarie [siano] infatti da sempre ricorrenti e diffuse, sì da richiedere speciali misure alle pubbliche amministrazioni preposte alla cura di funzioni di protezione della salute umana e delle condizioni di salubrità collettive».

dell'igiene, tipiche dello Stato centralistico. Qui «l'emergenza [risulta] come vera eccezione, gestibile dall'amministrazione alle condizioni di legge»⁵¹. La seconda si contraddistingue per l'interesse della giurisprudenza costituzionale e della dottrina all'individuazione di una serie di limiti al potere d'ordinanza, in modo da renderlo compatibile con la Costituzione, entrata nel frattempo in vigore. Nonostante vi siano importanti innovazioni sul piano organizzativo (istituzione delle Regioni, del servizio sanitario nazionale e conseguente trasferimento di funzioni sanitarie), l'impostazione tradizionale dell'emergenza non sortisce alcuna variazione. La terza e ultima fase coincide con l'affermazione, nel contesto internazionale ed europeo, del principio di precauzione che, come si è anticipato, impone alle autorità pubbliche di valutare, ai fini di un eventuale intervento, anche i rischi meramente potenziali di danni seri e irreversibili a beni e interessi particolarmente rilevanti. L'inserimento del principio nel nucleo di corollari regolanti l'attività amministrativa, per effetto del rinvio aperto contenuto nell'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ha profondamente modificato i caratteri dell'emergenza e della connessa funzione di gestione affidata all'autorità pubblica competente. Tra le modifiche rilevate vi sono: la perdita di qualsiasi "aggancio" legislativo per l'esercizio dei poteri precauzionali, che diventano così indeterminati e generici nei presupposti e nei contenuti; il carattere cautelare delle misure, che ne rende necessaria la modifica o la revoca al variare delle circostanze iniziali; l'istruttoria completa e dettagliata; l'analisi costi/benefici derivanti dalla scelta di non agire e di agire e, in questo caso, l'aderenza della misura ai canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità. Le conseguenze più vistose sono percepibili nei canoni di legittimità dell'azione amministrativa e dell'intensità del controllo giurisdizionale: mentre, infatti, nelle ordinanze di necessità e di urgenza il giudice può solo verificare il rispetto dei limiti fissati dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, al contrario, nei provvedimenti necessitati di carattere precauzionale, il sindacato giurisdizionale lambisce la proporzionalità e l'adeguatezza della misura, sviluppandosi intorno al parametro costi/benefici in relazione alle conseguenze⁵². In sostanza, si estende alla discrezionalità amministrativa.

Rilevanti sono, inoltre, le conseguenze sul modello di Amministrazione che, se nell'impostazione originaria completamente dominata dalla legge (statale), al contrario, in quella attuale, viene posta in primo piano e investita dell'arduo compito di rendere le decisioni sensibili alla mobilità del progresso tecnico-scientifico⁵³.

⁵¹ M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 144, cui si rinvia per l'analisi puntuale delle fasi storiche dell'evoluzione dell'amministrazione del rischio sanitario.

⁵² I profili sono nitidamente evidenziati da M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 152.

⁵³ Ancora M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 153, avverte tuttavia che, in tale ultimo modello, l'Amministrazione «ha perso un vero "centro" a seguito dell'affermazione del pluralismo e del sistema amministrativo; ed ove tendono a prevalere organismi tecnici ed indipendenti sia in sede comunitaria [...] che nazionale [...], in una logica di sussidiarietà "ascendente" [...] e di integrazione».

L'art. 32, della legge n. 833 del 1978 e l'art. 117, del d.lgs. n. 112 del 1998 sono espressione della seconda fase, come risulta evidente dalla estrema genericità dei presupposti per l'esercizio del potere (igiene, sanità pubblica, polizia veterinaria o emergenze sanitarie) e dal relativo "frazionamento" tra una pluralità di enti dotati di competenze in materia; il carattere contingibile e urgente dei provvedimenti ne legittima la natura derogatoria⁵⁴. Le fattispecie delineate dalla norma sono sussumibili nello schema teorico delle ordinanze *extra ordinem*, formula impiegata per riassumere una serie variegata di «atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto»⁵⁵, giustificati da una necessità, da un'emergenza: le norme che li prevedono si fermano, infatti, all'indicazione del presupposto, costituito dalla urgente necessità di provvedere, del fine che debbono perseguire, ma non dicono mai cosa l'autorità può disporre, limitandosi, invece, ad autorizzarla a eseguire, ordinare, vietare tutto quello che contingentemente appare necessario e indispensabile per il raggiungimento del fine⁵⁶. L'atipicità del contenuto, dovuta al fatto che la legge attribuisce all'Amministrazione il potere di stabilire quali siano le misure più adeguate allo scopo in base alla natura degli eventi straordinari da fronteggiare, ha spinto autorevole dottrina a definire tali ordinanze «libere»⁵⁷. L'impossibilità di regolare la «fattispecie insolita»⁵⁸ mediante strumenti ordinari, fa sì che sovente le ordinanze si pongano in deroga alla normativa vigente⁵⁹, rendendo necessario, in virtù del principio di legalità e della riserva di legge che governa i rapporti tra legge e Amministrazione, che esse si muovano all'interno di una serie di limiti precisati, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte ha in più occasioni precisato che il rapporto derogatorio, «lungi dall'aprire un vero e proprio "spazio vuoto" alla attività amministrativa, trova in ragione di come esso si configura dei limiti al proprio operare nel sistema normativo»⁶⁰; inoltre non può porsi in contrasto con i principi generali

⁵⁴ Così E. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, cit., p. 22, il quale nota come tali atti, pur avendo limiti di efficacia nel tempo, non incontrano tuttavia limiti territoriali, anche se è evidente che l'ordine possa valere solo sul territorio interessato dall'emergenza.

⁵⁵ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 5 ss.

⁵⁶ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., spec. p. 91.

⁵⁷ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 35

⁵⁸ Riprendendo l'espressione di L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, cit., qui p. 15.

⁵⁹ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 389-390, rileva che il potere di ordinanza «ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una *deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali*» (corsivo testuale). Rileva S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 3, pt. III, p. 10 del documento online, che «[i]n questo fenomeno si verifica una sorta di autorizzazione alla deroga "in bianco"».

⁶⁰ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., spec. p. 147, con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 27.05.1961, n. 26. In giurisprudenza, C. cost., 7.04.2011, n. 115, in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1581, con nota di commento di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*; C. cost., 14.04.1995, n. 127, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1997, p. 258 ss., con nota di commento di A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del diritto "eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*; C. cost., 9.11.1992, n. 418, in *Foro it.*, 1993, pt. I, p. 2139; C. cost., 28.11.1991, n. 32, in *Giur. cost.*, 1991, p. 198; C. cost., 30.12.1987, n. 617, in *Riv. giur. amb.*, 1988, p. 113; C. cost., 2.07.1956, n. 8; C. cost., 4.01.1977, n. 4 (paragrafo 3.1. del considerato in diritto), tutte in *giurcost.it*.



dell'ordinamento giuridico (espresi o impliciti) e con «quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria»⁶¹. Nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, si esclude l'ammissibilità di ordinanze con contenuto dispositivo difforme dall'atto legislativo emanato in conformità alla Costituzione, mentre in quelle coperte da riserva relativa, le ordinanze sono legittime solo se (ed in quanto) la legge ordinaria definisca puntualmente (e preliminarmente) «i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo cui il potere è stabilito»⁶², e dunque se si mantengano all'interno del perimetro legislativo così tratteggiato. Il potere di ordinanza *extra ordinem*, sul piano della legalità procedimentale, deve essere inoltre adeguato alla concreta situazione di fatto da fronteggiare, limitato nel tempo negli effetti⁶³, motivato, ben definito «nel contenuto, nei tempi, delle modalità di esercizio»⁶⁴, rispondente ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità tra il sacrificio imposto e il fine di interesse pubblico.

Inoltre, poiché emanate allo specifico scopo di gestire una situazione di rischio (o di emergenza), devono fondarsi su un'istruttoria completa e dettagliata in cui sia accertata la tipologia, il livello di rischio e compiuta l'analisi costi/benefici dell'azione o dell'inazione, nonché proporzionate e adeguate nei contenuti.

Una volta delineato il fondamento normativo, i presupposti, i caratteri e i limiti del potere d'ordinanza regionale diretto a fronteggiare emergenze sanitarie territorialmente circoscritte, si tratta a questo punto di verificare “come” e “quanto” esso sia stato concretamente impiegato per il contenimento del contagio da Covid-19 nelle Regioni Campania e Lombardia. La *ratio* delle previsioni normative che consentono le “incursioni” regionali nel contesto della gestione emergenziale riposa, essenzialmente, sulla necessità di integrare la sua dimensione nazionale con la concentrazione differenziata del contagio. Tuttavia, al fine di limitare «un'evidente emorragia normativa»⁶⁵ prodotta dalla “ferita” aperta dall'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020 e di mantenere la “regia” dell'operazione complessiva, il Governo ha progressivamente stretto il “laccio emostatico” con il successivo art. 4, del d.l. n. 19 del 2020, riducendo così il potere d'intervento degli enti territoriali. Per verificare se la strategia sia andata a buon fine, l'analisi tenterà di

⁶¹ C. cost., n. 26/1961, paragrafo 5 del considerato in diritto.

⁶² C. cost., n. 26/1961, *ivi*.

⁶³ In tal senso, C. cost. 2.07.1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, pt. I, p. 683 ss., con commenti di V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, e di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*; nonché C. cost., 22.05.1987, n. 201.

⁶⁴ C. cost., n. 127/1995.

⁶⁵ F. TORRE, *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 20 del documento online.



mostrare l'andamento e la direzione impressa all'esercizio del potere d'ordinanza, nelle varie "fasi" della gestione emergenziale, nelle Regioni Campania e Lombardia.

Il contagio ha raggiunto un'estensione e un'intensità senza precedenti nella storia nella Regione Lombardia, una delle prime ad essere colpita dall'emergenza sanitaria. La strategia seguita per contenere la propagazione della malattia è stata, inizialmente, predisposta d'intesa con il Ministro della Salute⁶⁶, rivelando una corretta ed effettiva applicazione del principio di leale collaborazione. La Regione ha poi adottato, in autonomia, misure volte, da un lato, a ribadire le prescrizioni già vigenti a livello nazionale, senza comprimere ulteriormente le libertà individuali (ad esempio, pur vietando l'attività ludica e ricreativa all'aperto, ha tuttavia consentito l'attività motoria e sportiva individuale in prossimità dell'abitazione e nel rispetto della distanza di sicurezza⁶⁷; ha disposto la chiusura delle "aree verdi"⁶⁸, ecc.), dall'altro, ad evitare assembramenti all'interno degli esercizi commerciali⁶⁹, a monitorare le condizioni di salute del personale all'interno degli ambienti di lavoro e sanitario (rilevazione sistematica della temperatura corporea, ecc.)⁷⁰, nonché a raccomandare lo svolgimento del lavoro in modalità agile, a distanza⁷¹. L'uso dei dispositivi di protezione individuale per la popolazione (anche) nei luoghi aperti è divenuto obbligatorio in Lombardia prima ancora che in altre Regioni⁷². Tuttavia, non viene introdotto alcun divieto espresso di fumare all'aperto, consentendo così una pratica del tutto incompatibile con l'uso protratto delle c.d. mascherine.

Non sono state invece disposte cinture di protezione in presenza di "focolai" territorialmente localizzati⁷³. Nessuna misura viene prescritta con riguardo al settore dei servizi di trasporto pubblico locale, nell'ambito del quale il potere d'ordinanza regionale può essere legittimamente esercitato in forza della prescrizione contenuta nell'art. 1, n. 5), del d.p.c.m. 11 marzo 2020, prorogata dal successivo art. 1,

⁶⁶ Il riferimento è all'ordinanza 23 febbraio 2020 frutto dell'intesa tra la Regione Lombardia e il Ministro della Salute, che ha disposto una serie di misure precauzionali riguardanti alcuni Comuni della Lombardia (tra cui, sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, anche religiose, sospensione di tutte le attività commerciali, con esclusione dei servizi essenziali e di pubblica utilità, ecc.).

⁶⁷ Si vedano le ordinanze n. 514 del 21.03.2020, n. 521 dello 04.04.2020 e n. 528 dell'11.04.2020, adottate, la prima, nella vigenza del d.l. n. 6 del 2020 e, le due successive, del d.l. n. 19 del 2020.

⁶⁸ La chiusura delle "aree verdi" è stata disposta dall'ordinanza n. 514 del 21.03, cit. (punto 17) e confermata dall'ordinanza n. 521 dello 04.04 cit., conformemente all'ordinanza del Ministro della Salute 20 marzo 2020 e recepita, poi, a livello legislativo dal d.l. n. 19 del 2020, in attuazione del quale il d.p.c.m. 10 aprile 2020 ne ha prescritto l'obbligatorietà sull'intero territorio nazionale.

⁶⁹ Ad esempio, il contingentamento dell'accesso, limitato ad un solo componente del nucleo familiare (salvo il caso di recare con sé anziani, minori o disabili).

⁷⁰ Si vedano sempre le ordinanze n. 514 del 21.03 cit., e n. 521 dello 04.04 cit.

⁷¹ Si veda l'ordinanza n. 528 dell'11.04.2020.

⁷² Le ordinanze n. 521 dello 04.04.2020 e n. 528 dell'11.04 cit., prescrivono l'uso della mascherina e, in subordine, «*di qualunque altro indumento a copertura di naso e bocca [sic!], contestualmente ad una puntuale disinfezione delle mani*».

⁷³ Tali misure sono state disposte solo nella fase iniziale dell'emergenza dai d.p.c.m. 23 febbraio 2020, 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020 e 8 marzo 2020.



comma 1, del d.p.c.m. 1° aprile 2020, che consente al Presidente della Regione di ridurre la programmazione dei servizi sul territorio regionale garantendo esclusivamente le prestazioni minime essenziali.

Riguardo alle attività economiche, si evidenzia, nella Fase 1, una strategia volta a non deprimere l'economia più di quanto non sia stato fatto dai provvedimenti nazionali⁷⁴, e anzi, in alcuni casi, a promuovere la produzione e il commercio al dettaglio (si pensi all'ordinanza che consente la consegna a domicilio anche per le categorie merceologiche non comprese nell'allegato 1 del d.p.c.m. 10 aprile 2020)⁷⁵. Tale strategia che prosegue anche nella Fase 2 A, coincidente con l'emanazione del d.p.c.m. 26 aprile 2020: si pensi alla riapertura, subordinata a determinate condizioni, di impianti, centri e siti sportivi⁷⁶; allo svolgimento dell'attività di tolettatura degli animali⁷⁷, alla riapertura dei mercati al chiuso, seppur limitatamente alla vendita delle categorie merceologiche consentite a livello nazionale e all'adozione da parte del Sindaco di un apposito piano anti-assembramento⁷⁸; al progressivo ripristino del trasporto pubblico regionale⁷⁹.

Si ribadisce l'uso obbligatorio all'aperto del dispositivo di protezione individuale⁸⁰, ma cadono le limitazioni spaziali allo svolgimento dell'attività motoria e sportiva in conformità rispetto a quanto prescritto dal decreto.

⁷⁴ L'ordinanza n. 514 del 21.03 cit., si pone in linea con le prescrizioni del d.p.c.m. 10 marzo 2020 (sospensione delle attività dei servizi di ristorazione, fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie e pasticcerie, con la sola esclusione della ristorazione con consegna a domicilio). Relativamente ai mercati, l'ordinanza n. 522 dello 06.04.2020 consente lo svolgimento dei soli mercati aperti limitatamente alla vendita dei generi alimentari, a condizione però che il Sindaco del Comune interessato adotti uno specifico piano recante misure comportamentali e di distanziamento sociale. Si conferma la sospensione delle sagre della vendita di categorie merceologiche non consentite a livello nazionale. Si noti, poi, che a differenza di altre Regioni, la Lombardia si è astenuta dal disporre la chiusura degli esercizi commerciali (anche di vendita di generi alimentari con esclusione delle farmacie, delle parafarmacie e delle edicole) in occasione di alcune festività (Pasqua, Lunedì in Albis, 25 aprile, 1° maggio). Misura che, invece, è stata disposta da alcuni Comuni lombardi.

⁷⁵ Il riferimento è all'ordinanza n. 528 dell'11.04.2020, sospesa da TAR Milano, Lombardia, decreto, 23 aprile 2020, n. 634.

⁷⁶ Si veda l'ordinanza n. 541 dello 07.05.2020, che consente l'esercizio dell'attività sportiva negli appositi impianti, centri e siti sportivi, il cui funzionamento è subordinato al rispetto di rigorose norme precauzionali (ad esempio, divieto di accesso agli spogliatoi, misure anti-assembramento e per garantire sicurezza igienico-sanitaria delle strutture, ecc.).

⁷⁷ Si veda l'ordinanza n. 537 del 30.04.2020 (art. 1, punto 1.3).

⁷⁸ Si veda ancora l'ordinanza n. 537 del 30.04 cit. (art. 1, punto 1.2), con efficacia dallo 04.05.2020 fino al 17.05.2020, parzialmente modificata dall'ordinanza n. 539 del 03.05.2020, attualmente in vigore. Riguardo invece ai mercati aperti, viene eliminato il riferimento all'obbligo di adozione di uno specifico Piano da parte del Sindaco e indicate una serie di misure di prevenzione igienico-sanitaria e di sicurezza da adottarsi a livello comunale (tra cui, individuazione di un "Covid Manager", eventualmente supportato dai volontari della Protezione Civile, per coordinare operatori e clienti; varchi di accesso e di uscita separati; rilevazione della temperatura corporea del personale adetto e dei clienti, ecc.). Si conferma la sospensione delle sagre e della vendita di categorie merceologiche non consentite a livello nazionale.

⁷⁹ L'ordinanza n. 538 del 30.04.2020, con efficacia dallo 04.05.2020 fino al 31.08.2020, contiene prescrizioni sul trasporto pubblico locale (tra cui, distanziamento dei passeggeri; obbligo di utilizzo dei dispositivi di protezione individuale sui mezzi, nelle stazioni e nelle fermate; ripristino progressivo del numero delle corse alla frequenza "pre-emergenza", ecc.).

⁸⁰ L'obbligo è prescritto dall'ordinanza n. 537 del 30.04 cit. (art. 1, punto 1.1.), con efficacia dallo 04.05.2020 fino al 17.05.2020, confermato dalla successiva ordinanza n. 539 del 03.05 cit., la quale introduce ulteriori precisazioni per



Non vengono adottati provvedimenti volti a disporre misure più restrittive riguardo ai rientri delle persone fisiche da altre regioni italiane o dall'estero.

Con riguardo alla Regione Campania, nonostante il contagio non abbia raggiunto l'estensione e la gravità della Lombardia, il Presidente della Regione ha tuttavia, fin da subito, attuato una strategia di ulteriore compressione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite e già parzialmente sacrificate a livello nazionale, attraverso l'emanazione di un coacervo disorganico di provvedimenti che hanno finito per sovrapporsi ai decreti governativi, generando incertezza, disorientamento e paura nei consociati. La sequenza di ordinanze (attualmente se ne contano ben 46 sul sito istituzionale della Regione, accompagnate talvolta da allegati e chiarimenti) e di atti di vario genere – tra cui due decreti, un avviso di rettifica e un atto di richiamo (*sic!*) – spicca, nella Fase 1, per intensità crescente delle misure di contenimento del contagio, che assumono un contenuto particolarmente invasivo nei confronti delle libertà personali.

Il profilo è chiaramente percepibile nelle ordinanze che vietano ai cittadini di uscire dalla propria abitazione, residenza, domicilio o dimora⁸¹, fornendo una interpretazione restrittiva delle «*situazioni di necessità*» che giustificano lo spostamento⁸², vietando non solo l'attività sportiva, ludica o ricreativa, ma anche qualunque forma di attività motoria seppur svolta individualmente, nei pressi della propria abitazione e nel rispetto delle norme di distanziamento sociale (espressamente consentita, invece, a livello nazionale)⁸³. La violazione di tali obblighi comporta, oltre alla sanzione di cui all'art. 650 c.p. (salvo che il fatto costituisca più grave reato), l'applicazione della misura della c.d. quarantena, che viene così spogliata della finalità preventiva e precauzionale, finendo per assumere carattere sanzionatorio, come risulta confermato anche dall'uso dei termini «*trasgressione*» e «*trasgressore*». Tale misura, introdotta in via generale dall'art. 1, comma 2, lett. *i*), del d.l. n. 6 del 2020 tra quelle tipiche, è stata disposta dalle ordinanze del Ministro della salute 22 febbraio 2020 e 28 marzo 2020 e dal d.p.c.m. 4 marzo 2020, che ha fornito alcune indicazioni sul procedimento applicativo e sui soggetti competenti. Il provvedimento, inizialmente applicato soli a coloro che rientravano dalla Cina, viene attualmente disposto solo nei confronti di quei soggetti che abbiano avuto «*contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva*» da Covid-19 e di chi

l'attività sportiva intensa (durante la quale non è obbligatoria la mascherina, ma esclusivamente il rispetto della distanza di sicurezza).

⁸¹ Si allude alle ordinanze n. 15 del 13.03.2020, n. 23 del 25.03.2020 (di conferma e di ulteriore proroga dell'efficacia della prima fino al 14.04.2020), n. 27 dello 03.04.2020 (di conferma della precedente e di correzione del termine finale di efficacia, anticipato al 13.04.2020, per allinearsi con quello disposto dal d.p.c.m. 1° aprile 2020), e alla n. 32 del 12.04.2020 (di conferma e di ulteriore proroga della precedente fino al 03.05.2020).

⁸² Ad esempio, l'ordinanza n. 23 del 25.03 cit., considera «*situazioni di necessità*» esclusivamente «*quelle correlate ad esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente indispensabile, e degli animali d'affezione, per il tempo strettamente indispensabile e comunque in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora*» (spec. punto 3).

⁸³ Specificamente, dall'art. 1, comma 1, lett. *b*), dell'ordinanza del Ministro della salute 20 marzo 2020.

rientri da un viaggio all'estero, attesa l'estensione mondiale del contagio. Si tratta quindi di una misura di carattere precauzionale, applicabile solo in presenza di un rischio accertato di contagio, che incide (non solo sulla libertà di circolazione ma anche) sulla libertà personale del soggetto⁸⁴. L'adozione della misura è subordinata al rispetto delle garanzie previste dalla legge e segue alla conclusione di un'approfondita istruttoria che abbia verificato la sussistenza di una esposizione del soggetto al rischio di contagio⁸⁵.

Un altro gruppo di ordinanze prescrive misure dirette a fronteggiare criticità locali, adottando cinture di protezione per circoscrivere "focolai" d'infezione scoppiati all'interno di alcuni Comuni⁸⁶.

L'uso dei dispositivi di protezione individuale diventa obbligatorio per la popolazione (anche) durante le uscite all'aperto⁸⁷ in netto ritardo rispetto alla Regione Lombardia, ma anche in questo manca l'introduzione di un divieto espresso di fumare all'aperto; inoltre, gli *screening* sanitari vengono intensificati in relazione a specifiche aree del territorio⁸⁸.

Riguardo alle attività economiche presenti nel territorio regionale, si registra, nella Fase 1, una strategia decisamente più restrittiva rispetto a quella delineata a livello nazionale (si pensi alle ordinanze che vietano la produzione e la vendita, anche a domicilio, di beni consentiti dai provvedimenti governativi)⁸⁹, che però

⁸⁴ Si rivela utile, al riguardo, l'art. 5, comma 1, dell' *e*, della CEDU, dedicato al «Diritto alla libertà ed alla sicurezza», in base al quale: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi seguenti e nei modi prescritti dalla legge: se si tratta della detenzione regolare di una personanasuscettibile di propagare una malattia contagiosa».

⁸⁵ Si noti che il TAR Campania, sez. V, 18.03.2020, ha ritenuto, sia pur in sede cautelare, l'ordinanza pienamente legittima, sia perché fondata su una pluralità di disposizioni del d.l. n. 6 del 2020, considerate come «la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate», con conseguente esclusione di «ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale», sia perché l'estrema gravità ed urgenza giustificativa delle misure più restrittive sarebbe integrata dall'intensificarsi dei contagi nella Regione nonostante le precauzioni adottate in precedenza.

⁸⁶ Si tratta, in particolare, dei Comuni di Ariano Irpino (AV), di Sala Consilina, Caggiano, Polla, Atena Lucana, Auletta (SA), Lauro, Paolisi e Saviano, "chiusi" con una sequenza caotica di ordinanze più volte confermate e prorogate.

⁸⁷ L'uso obbligatorio di tali dispositivi era inizialmente prescritto solo per i cantieri edili (ordinanza n. 32 del 12.04.2020), per gli esercenti degli esercizi commerciali (da ultimo, l'ordinanza n. 37 del 22.04.2020) e per chi praticava attività motoria all'aperto (ordinanza n. 37 del 25.04.2020). Solo con l'ordinanza n. 41 dello 01.05.2020 è stato esteso a tutta la popolazione, eccetto che per i bambini al di sotto dei sei anni d'età e per i soggetti affetti da disabilità non compatibili con l'uso prolungato della stessa. Tale obbligo è stato ribadito, da ultimo, dall'ordinanza n. 46 dello 09.05.2020 (spec. punto 5), che ha confermato e prorogato la precedente fino all'11.05.2020.

⁸⁸ Si veda l'ordinanza n. 36 del 20.04 cit., relativa al Comune di Ariano Irpino (AV).

⁸⁹ Mentre, infatti, il d.p.c.m. 11 marzo 2020 aveva disposto la sospensione delle attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie e pasticcerie), consentendo tuttavia la ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie (sia per l'attività di confezionamento che di trasporto), l'ordinanza n. 13 del 12.03.2020 aveva limitato la consegna a domicilio di generi alimentari ai prodotti confezionati e vietato lo svolgimento di fiere e mercati per la vendita al dettaglio, anche di generi alimentari. Le misure sono state ulteriormente estese e prorogate dalla successiva ordinanza n. 25 del 28.03.2020 che ha esteso la sospensione dei servizi di ristorazione anche con riguardo alla consegna a domicilio. Tale ultimo provvedimento si pone nitidamente in contrasto con l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 che, come ampiamente esaminato, preclude alle ordinanze regionali di incidere ulteriormente sulle attività produttive.



è destinata a sfumare progressivamente (ne sono un esempio le ordinanze che, allineandosi agli atti nazionali, consentono l'apertura di alcuni esercizi commerciali)⁹⁰.

Infine, il potere d'ordinanza si inserisce anche nel settore del servizio di trasporto pubblico locale, riducendo le prestazioni sull'intero territorio regionale ai servizi minimi essenziali⁹¹ e prescrivendo poi l'uso obbligatorio dei dispositivi di protezione individuale e di frequente sanificazione dei mezzi di trasporto⁹².

La Fase 2 A è contrassegnata dall'emanazione di una serie di ordinanze volte ad introdurre limiti ulteriori ad una disciplina nazionale divenuta, nel frattempo, più permissiva. Ne sono emblema le ordinanze sull'attività motoria e sportiva: mentre il decreto ne consente l'esercizio in forma individuale, senza alcun limite di carattere spaziale e temporale⁹³, al contrario, in ambito regionale, è sottoposta ad una serie di condizioni e divieti⁹⁴, oltre che palesemente irragionevoli, anche non proporzionati e inadeguati⁹⁵.

Una tendenza in parte analoga si evidenzia con riguardo ai settori della ristorazione e dell'attività mercatale. Nonostante il d.p.c.m. 26 aprile 2020 abbia consentito, come si è visto, l'attività di ristorazione con riguardo sia alla consegna a domicilio sia alla vendita di asporto, nel rispetto tuttavia delle norme igienico-sanitarie e anti-assembramento, le ordinanze regionali hanno inizialmente vietato la ristorazione

⁹⁰ Si tratta dell'ordinanza n. 37 del 22.04, cit., con cui, allineandosi alle prescrizioni del d.p.c.m. 10 aprile 2020, si è consentito lo svolgimento delle attività e dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie e pasticcerie), sia pur entro una specifica fascia di orario, in modalità consegna a domicilio e nel rispetto di norme igienico-sanitarie, e l'apertura delle cartolerie e delle librerie. Quest'ultima è stata parzialmente modificata dall'ordinanza n. 39 del 25.04.20 che ha dettato, con Allegato annesso, una serie di prescrizioni precauzionali per regolamentare nel dettaglio le attività in questione.

⁹¹ Si veda l'ordinanza n. 14 del 12.03.2020 (con efficacia fino al 25.03.2020), confermata e prorogata dalla n. 24 del 25.03.2020, fino al 14.04.2020, e dalla n. 32 del 12.04.2020, fino allo 03.05.2020.

⁹² Introdotto dall'ordinanza n. 32 del 12.04 cit.

⁹³ L'art. 1, comma 1, lett. f), del d.p.c.m. 26 aprile 2020, dopo aver ribadito il divieto di svolgere attività ludica o ricreativa, consente tuttavia l'attività motoria o sportiva individuale (o con accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti), purchè nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività. La circolare del Ministro dell'Interno n. 15350 del 2 maggio 2020 precisa, al riguardo, che tale norma «non solo reintroduce l'attività sportiva fra quelle consentite, ma rimuove, tanto per l'attività sportiva che per quella motoria, il limite della prossimità alla propria abitazione».

⁹⁴ L'ordinanza n. 41 dello 02.05.2020 ammette (dallo 04.05.2020 fino all'11.05.2020) lo svolgimento dell'attività motoria all'aperto solo in determinate fasce orarie della giornata (al mattino presto e a tarda sera), individualmente, nel rispetto delle norme sul distanziamento sociale e con l'uso del dispositivo di protezione individuale, mentre vieta del tutto l'attività sportiva (corsa, jogging, ecc.) (punto 5). Quest'ultima viene consentita dall'ordinanza n. 42 dello 02.05.2020 (dallo 04.05.2020 fino al 17.05.2020), di poco successiva alla precedente, nella sola fascia oraria mattutina e con obbligo dei podisti di portare con sé la mascherina e di indossarla in presenza di altre persone (punti 1.1 e 1.2). Il chiarimento n. 25 annuncia la possibilità di ampliare la fascia oraria o abolire qualsiasi limitazione temporale, in presenza di dati positivi sull'andamento dei contagi provenienti dall'Unità di Crisi. Infine, l'ordinanza n. 45 dello 08.05.2020 concentra (dall'11.05.2020 fino al 17.05.2020) l'attività sportiva nelle "aree verdi" esclusivamente nella fascia oraria mattutina (a meno che non siano destinati dal Sindaco ad esclusivo, con conseguente eliminazione dei limiti temporali) e liberamente nelle altre aree pubbliche o aperte al pubblico, con obbligo di interruzione immediata in caso di assembramento.

⁹⁵ La concentrazione dell'attività motoria e sportiva in determinate fasce orarie della giornata oppure in spazi appositi aumenta infatti, in maniera esponenziale, il rischio di assembramenti, e quindi di contagio.



con asporto⁹⁶, consentendola solo in un momento successivo (seppur nel rispetto di una serie di ulteriori prescrizioni di dettaglio)⁹⁷. Riguardo all'attività mercatale, consentita a livello nazionale limitatamente alla vendita di generi alimentari⁹⁸, permangono i divieti anche durante la Fase 2 A⁹⁹.

Anche nel settore del trasporto pubblico locale si evidenzia una certa “frizione” alla ripresa integrale del servizio¹⁰⁰.

Infine, vengono adottate prescrizioni fortemente restrittive sui rientri nel territorio regionale delle persone fisiche provenienti dalle altre regioni italiane o dall'estero¹⁰¹, consentiti dal d.p.c.m. 26 aprile 2020

5. Considerazioni conclusive (per il momento, provvisorie..)

L'analisi condotta consente, a questo punto, di trarre alcune considerazioni finali sul disegno complessivo di gestione emergenziale predisposto dal Governo, e di evidenziare alcuni nodi problematici che ne hanno inevitabilmente compromesso la coerenza e l'efficacia, con la sola avvertenza che si tratta di conclusioni provvisorie, data la “precarietà” della normativa d'eccezione.

Innanzitutto, la risposta giuridica alla propagazione del contagio si è articolata in una sequenza di provvedimenti normativi e amministrativi da cui è emersa la “regia” dell'esecutivo e la “marginalizzazione” del ruolo del Parlamento, quasi del tutto assente nella fase iniziale, eccetto che per la conversione dei decreti-legge, e riportato parzialmente in auge in quella successiva, dove assurge a supervisore sistematico dell'operato del Presidente del Consiglio dei ministri (o di un Ministro da questi delegato). Un risultato, costituito da una netta prevalenza dell'atto amministrativo generale (il d.p.c.m.) sulla fonte di rango primario (il decreto-legge), che potrebbe rivelarsi assai efficace in un contesto fattuale in cui l'impossibilità di assicurare le riunioni dei parlamentari rischierebbe di compromettere il dibattito assembleare e finanche l'adozione delle deliberazioni finali, ma che, purtroppo, finisce per suscitare non

⁹⁶ Si veda il punto 6 dell'ordinanza n. 41 dello 02.05.2020.

⁹⁷ Il riferimento è al punto 1 dell'ordinanza n. 42 dello 02.05.2020, che modifica l'ordinanza n. 41, emanata nello stesso giorno della prima. Le ulteriori prescrizioni di dettaglio sono: lo svolgimento del servizio sulla base di prenotazione telefonica oppure online; la collocazione del banco per la consegna degli alimenti al di fuori dell'ingresso dell'esercizio commerciale e con addetto dedicato; rispetto delle norme sul distanziamento sociale durante l'attesa e uso dei dispositivi di protezione individuale da parte degli utenti e del personale.

⁹⁸ Si veda l'art. 1, comma 1, n. 1), del d.p.c.m. 11 marzo 2020 e l'art. 1, comma 1, lett. z), del d.p.c.m. 26 aprile 2020.

⁹⁹ Si veda il punto 2 dell'ordinanza n. 42 dello 02.05 cit., modificata poi dall'ordinanza n. 45 dello 08.05, cit. (con efficacia sino al 17.05.2020), che consente la ripresa dell'attività mercatale limitatamente alla vendita dei generi alimentari, subordinandola tuttavia al rispetto delle linee-guida allegate al provvedimento (spec. punto 1.1).

¹⁰⁰ L'ordinanza n. 40 del 30.04.2020, efficace fino al 17.05.2020, dispone la riattivazione dei servizi di trasporto pubblico locale in misura pari almeno al 60 per cento di quelli programmati in ordinario.

¹⁰¹ Si veda, in proposito, l'ordinanza n. 41 dello 02.05, cit., che, ai punti 1.1 ss., oltre all'applicazione della c.d. quarantena, contiene una serie di ulteriori prescrizioni di carattere precauzionale, volte ad identificare i soggetti rientranti e accertarne le condizioni di salute (rilevazione della temperatura corporea, sottoposizione ai test rapidi Covid-19, ecc.). Tali disposizioni sono state confermate e prorogate sino al 17.05.2020 dall'ordinanza n. 46 dello 09.05.2020 (spec. punti 1.1 ss.), nonché ulteriormente estese ai soggetti rientranti nelle isole di Capri, Ischia e Procida.

poche perplessità quando ad essere comprese sono le libertà personali sottoposte a garanzie rafforzate dalla Carta costituzionale.

In secondo luogo, la necessità di coniugare la dimensione nazionale dell'emergenza con la concentrazione territoriale differenziata del contagio ha costituito la ragione della previsione nella normativa nazionale di uno "spazio" d'intervento alle autorità regionali e locali. Tuttavia, quel «*nelle more*» ha aperto il varco all'emanazione di un profluvio di ordinanze contingibili e urgenti, recanti, nella maggior parte dei casi, misure più stringenti di quelle adottate a livello nazionale, che ha condotto all'instaurazione di un regime d'eccezione differenziato su base territoriale, talvolta irragionevole, inadeguato e non proporzionato al concreto livello di rischio da gestire, e alla compromissione dell'unità (giuridica) dell'operazione complessiva. Neanche il successivo intervento "di rattoppo" è riuscito a chiudere lo "strappo" attraverso cui è riuscito a penetrare il potere d'ordinanza regionale¹⁰²: l'indagine condotta sulla Campania evidenzia, infatti, che il magma di provvedimenti non ha subito alcuna riduzione a sèguito dell'emanazione del d.l. n. 19 del 2020, né ha cessato di prescrivere misure più invasive di quelle stabilite a livello nazionale, nonostante il rischio di contagio fosse decisamente inferiore rispetto alla Regione Lombardia che, al contrario, ha predisposto una strategia più "equilibrata" e coerente con le disposizioni governative. È evidente dunque che il risultato complessivo sia stato inevitabilmente compromesso dal mancato rispetto del principio di leale collaborazione che, come si è visto in precedenza, non è stato attuato né "a monte", in fase cioè di emanazione dei d.p.c.m., né "a valle", nella sede di adozione delle ordinanze regionali¹⁰³. Queste ultime, in particolare, avrebbero dovuto muoversi all'interno dei confini tratteggiati dai due decreti-legge, limitandosi a fronteggiare le specifiche criticità territoriali sopravvenute rispetto all'emanazione dei d.p.c.m., senza sovrapporsi alle misure attuative nazionali.

L'analisi dei provvedimenti puntuali ha infatti mostrato che, in presenza di una disciplina nazionale di analogo contenuto, l'adozione di prescrizioni più stringenti è legittima solo se ed in quanto finalizzata alla gestione, in via precauzionale, di circostanze sopravvenute che comportino un innalzamento del rischio di contagio sul territorio di riferimento. Sono i casi, ad esempio, dell'applicazione delle cinture di protezione in presenza di "focolai" divampati in aree circoscritte della regione, delle norme precauzionali in tema di rientri da "zone a rischio", della riduzione della programmazione dei servizi di trasporto

¹⁰² Emblematica l'osservazione di E. CARLONI, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, cit., secondo cui «sono i "governatori" a disporre dei poteri di ordinanza che li pongono in condizione di contribuire alla costruzione del diritto dell'emergenza che regola questo periodo [...]».

¹⁰³ Sul vizio di eccesso di potere della funzione pubblica derivante dalla violazione del principio di leale collaborazione, TAR Calabria, sez. I, n. 841/2020, cit., (spec. punto 22 del considerato in diritto); Cons. Stato, Ad. Plen., 14.12.2001, n. 9.



pubblico locale. Casi in cui l'adozione della misura rappresenta l'esito dell'applicazione dell'approccio precauzionale e risponde ai criteri dell'adeguatezza e della proporzionalità rispetto alla situazione fattuale. Seguendo queste direttrici non possono non suscitare dubbi di legittimità quelle prescrizioni volte a tramutare la c.d. quarantena da misura di carattere precauzionale a sanzione applicabile a quanti trasgrediscono il divieto di uscire dalla propria abitazione (*sic!*) senza giustificato motivo, o a precludere del tutto lo svolgimento dell'attività motoria e sportiva, sempre consentita non solo a livello nazionale, ma anche nelle Regioni in cui il rischio di contagio ha raggiunto stadi più avanzati. Il presenza di un regime d'eccezione regionale, in parte sovrapposto a quello nazionale, costituito da un magma indistinto di provvedimenti adottati in sequenza ravvicinata, di parziale modifica, conferma e proroga dei precedenti, che creano incertezza nei consociati sui comportamenti ammessi e su quelli vietati e che, lungi dal richiedere uno sforzo di responsabilizzazione collettiva¹⁰⁴, esaltano una precisa "strategia della paura", si può ancora parlare di Stato di diritto o si è forse più vicini a qualcosa che assomiglia pericolosamente ad una sua «torsione autoritaria»¹⁰⁵? E allora, non si è dunque in presenza di uno dei casi in cui la terapia raccomandata è peggiore del male che si tenta di combattere¹⁰⁶?

Un recupero della primarietà della leale collaborazione potrebbe senz'altro giovare nella Fase 2 A, nella quale emerge con una certa pervicacia l'esigenza di imbastire una strategia differenziata su base regionale e locale, privilegiando la ripresa delle attività economiche nelle "aree" contrassegnate da un più basso rischio di contagio.

¹⁰⁴ Sul punto, si veda la circolare del Ministero dell'Interno n. 15350 cit. che, proprio con riguardo alle prescrizioni sulla possibilità di spostamento delle persone fisiche, afferma, tra l'altro, «l'assoluta necessità di far leva sul senso di responsabilità dei singoli cittadini».

¹⁰⁵ L'espressione è di P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 75.

¹⁰⁶ Riprendendo la critica mossa al pensiero di Platone da KARL POPPER nel suo *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, ed. 1973, vol. II, p. 279 (*The Open Society and its Enemies*, George Routledge and Sons, London, 1945). Il passo è ripreso e commentato da F. CUOMO, *L'etica della libertà e la critica al totalitarismo in Karl Popper* (con prefazione di B. de Giovanni), Eidos, Gragnano, 2000, p. 37-38.