

Sul regime del *lockdown* in Italia
(note sul decreto legge n. 19 del 25
marzo 2020)

di Fabio Cintioli

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi internazionali di Roma (UNINT)



Sul regime del *lockdown* in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*

di Fabio Cintioli

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi internazionali di Roma (UNINT)

Sommario: 1. Il contenuto del decreto legge; 2. Le ordinanze libere e il nostro caso; 3. Stato di emergenza e stato di guerra in Costituzione; 4. La specialità dello stato di emergenza del 2020; 5. Rapporti tra Governo e Parlamento; 6. Rapporti tra Governo e Regioni; 7. Ordinanze libere regionali e sindacali; 8. Regime dell'emergenza e diritti di indennizzo.

1. Il contenuto del decreto legge

La situazione di emergenza vissuta in Italia sin dal mese di febbraio del 2020 a causa dell'epidemia da Covid-19 ha richiamato in primo piano l'istituto delle ordinanze di necessità, contingibili e urgenti, altrimenti dette ordinanze "libere".

Dopo una prima serie di interventi urgenti nella forma di altrettanti Decreti del Presidente del Consiglio di Ministri, è stato pubblicato il decreto legge 25 marzo 2020, n 19, intitolato a "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19". Questo decreto legge è un testo che mostra un approccio sistematico al regime dell'emergenza, proclamata sino 31 luglio 2020 in sintonia con quanto deliberato a suo tempo dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020.

Il decreto legge stabilisce che potranno essere adottate nel corso dell'emergenza una o più misure per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus.

Quindi, è prevista un'elencazione del tipo di misure adottabili, attraverso uno schema piuttosto dettagliato. Si riprendono in larga misura gli esempi delle prescrizioni restrittive che avevano trovato spazio in altrettanti precedenti DPCM.

Da questo punto di vista, il decreto legge ha lo scopo e il merito di predeterminare, questa volta in modo puntuale – mentre si era rimasti fermi ad una formula ben più ampia nel precedente decreto legge n. 23 febbraio 2020, n. 6 – la tipologia di restrizioni che possono essere arretrate alle libertà e ai diritti fondamentali risultanti dall'elencazione dell'art. 1, comma 2. Inoltre, il decreto n. 19, ha dato fondamento

* Paper non sottoposto a referaggio.



legislativo *ex post* anche alle misure disposte nei decreti e ordinanze adottati precedentemente sulla base del medesimo decreto legge n. 6.

Gli altri punti che meritano di essere ricordati per riassumere questo regime dell'emergenza sono i seguenti.

In primo luogo, l'emanazione dei DPCM, su proposta del Ministro della salute, è preceduta da alcuni pareri obbligatori: dei Ministri dell'interno, della difesa e dell'economia e delle finanze e degli altri Ministri competenti, nonché dei presidenti delle regioni interessate o del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, a seconda che il decreto riguardi il territorio di una Regione ovvero l'intero territorio nazionale. E' fatta salva la possibilità anche di una proposta di tali Ministri o del Presidente di Regione o del Presidente della Conferenza e per i profili di competenza scientifica è previsto un parere che sembrerebbe facoltativo ("di norma" scrive l'articolo 3, comma 1), reso dal Comitato tecnico scientifico insediato in base all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

In secondo luogo, oltre a far salvo un potere di ordinanza del Ministro della salute in caso di estrema necessità e urgenza, si configura un potere di ordinanza concorrente delle regioni, per l'introduzione di misure ulteriormente restrittive, nelle more dell'adozione dei DPCM, limitatamente ai settori di competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

In terzo luogo, si dispone che i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette e a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né possono eccedere i limiti fissati per i poteri emergenziali delle regioni.

In quarto luogo, il decreto intende regolare i rapporti tra Governo e Parlamento e quindi prevede che i DPCM sono comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il Presidente del Consiglio o un Ministro delegato debbano riferire ogni 15 giorni alle Camere sulle misure di emergenza adottate.

2. Le ordinanze libere e il nostro caso

Come si anticipava, dopo la drammatica e convulsa fase iniziale di diffusione dell'epidemia, questo decreto segna il primo tentativo di ordinare, per quanto possibile, la materia: si delinea un percorso che, muovendo da un decreto legge, individua il tipo di misure da adottare quanto al contenuto e lo strumento da utilizzare (che è quello del DPCM o dell'ordinanza del Ministro della salute in caso di estrema urgenza), disciplina i rapporti con le regioni e con le ordinanze sindacali (queste ultime durante l'emergenza tanto



effervescenti quanto produttive sovente di confusione e incertezze nei cittadini) e infine fissa il modo dell'interlocuzione tra Governo e Parlamento.

Se, da un lato, l'idea di stilare un regime – eccezionale ma stabile – dell'emergenza è condivisibile, essa testimonia, dall'altro lato, la specialità della situazione che l'ordinamento ha dovuto affrontare. Una specialità che ci fa pensare che in questa situazione lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti sia tanto essenziale quanto innovativo rispetto ai suoi precedenti storici.

Gli studi pubblicati anche in tempi recenti hanno ben spiegato come l'istituto si sia evoluto, passando da una dimensione pressoché consuetudinaria in epoca preunitaria ad una diffusione per tipi emergenziali differenti in epoca fascista, per poi consolidarsi nell'esperienza repubblicana quale strumento indispensabile benché privo di copertura costituzionale, avendo l'Assemblea costituente preferito non codificare una disciplina dello stato di necessità ¹.

La tensione tra ordinanze libere e principio di legalità è stata così assorbita nei principi fissati via via dalla Corte costituzionale.

Le ordinanze devono essere motivate, di durata predeterminata e non contrastare con i principi dell'ordinamento. Anche se, alla prova dei fatti, le ordinanze hanno potuto e dovuto incidere anche su libertà e diritti fondamentali per fronteggiare l'emergenza, secondo la tecnica del bilanciamento dei valori in conflitto, mettendo talora inevitabilmente in crisi le riserve di legge, persino quelle assolute. La tecnica è quella della legge che delega al potere di ordinanza il temperamento possibile, da sperimentare alla luce della necessità concreta.

Il recupero del potere di ordinanza al quadro costituzionale e allo Stato di diritto passa allora per un duplice ragionamento ². In primo luogo, lo stato di necessità, anche se non fosse, secondo le suggestioni che provengono dalle teorie di Santi Romano, Mortati e Miele ³, fonte del potere d'ordinanza, è nondimeno principio e valore presente nel tessuto costituzionale negli articoli 77 e 78 Cost. In secondo luogo, il potere di ordinanza è comunque attratto nel circuito della legalità, perché è pur sempre la legge che lo conferisce e il modo di esercizio è quello che deve rispettare obbligo di motivazione, concertazione con amministrazioni di volta in volta competenti, principio di proporzionalità e ragionevolezza, limiti di durata, procedimentalizzazione per quanto possibile; sicché tutto questo assicurerebbe anche la legalità in chiave di “raffrontabilità” alla fattispecie legale e il controllo giudiziale avrebbe, da questo punto di

¹ A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza*, Torino, 2011, 77 e ss.

² G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, *Dir. amm.*, 2016, 33 e ss.

³ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, *Riv. dir. pubbl. e della pubblica amministrazione in Italia*, 1 del 1909, 251 e ss.; F. CAMMEO, *Lo stato di assedio e la giurisdizione*, *Giur. It.*, 1898, 369 e ss.; G. MIELE, *La situazione di necessità dello Stato*, *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 425 e ss.; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.



vista, un ruolo chiave. Così come, infatti, il recupero della legalità deve avvenire necessariamente *ex post* delegando al potere di ordinanza quel bilanciamento tra valori in conflitto che serve a fronteggiare la necessità, allo stesso modo il controllo giurisdizionale fungerebbe da elemento di compensazione successivo.

Gli studi più recenti sulle ordinanze libere, tuttavia, sono stati sollecitati soprattutto da una situazione del tutto nuova, che si è manifestata in maniera pressante tra la fine del solo scorso e il primo decennio del nuovo.

Mi riferisco al fiorire dei poteri di emergenza, specie quelli derivanti dalla legge quadro in materia di protezione civile e che seguono una sequenza per cui dapprima è deliberato uno stato di emergenza con la nomina di un commissario e subito dopo questi provvede ad emanare una serie di ordinanze volte non solo a superare ma anche a gestire questo stato. Si individuano così sia i tempi di massima di durata dell'emergenza, che possono essere a volte anche piuttosto lunghi, sia le norme in concreto derogabili. Questa stagione ha visto così il proliferare sia di decreti legge sia di ordinanze. E alcuni studi hanno persino registrato l'andamento statistico di questa evoluzione, a testimonianza di quanto fosse significativo l'incremento⁴.

Questo potrebbe riportarci direttamente al nostro oggetto di esame. Anche qui abbiamo sia un decreto legge sia una serie di ordinanze, aventi forme di DPCM.

Senonché questo confronto sarebbe ingannevole, perché anzi le due situazioni sono molto diverse. E proprio su questa diversità è utile soffermarsi per un momento.

I motivi per i quali si è fatto largo uso dei decreti legge e delle ordinanze nel corso degli ultimi decenni sono in verità contingenti e, per molti aspetti, estranei al tema dell'emergenza, sia quella che la Costituzione ha disciplinato, con l'art. 77 Cost., sui decreti legge, sia quella che invece è rimasta estranea al testo costituzionale, per quanto riguarda le ordinanze.

I decreti legge sono serviti a superare i problemi che i lavori parlamentari sono soliti generare quando si vuole seguire il percorso ordinario. I regolamenti parlamentari sono rimasti pressoché quelli dell'epoca consociativa, sicché non si prestano ad una dialettica politica come quella che si è sviluppata a partire dal 1994. Per poter legiferare efficacemente e accogliere le proposte governative il Parlamento è stato costretto a seguire altri percorsi e cercare un "treno" nel quale inserire le norme del caso. E' soprattutto per questo che i decreti legge e le leggi di conversione, insieme alla tecnica dei maxi-emendamenti, sono

⁴ CARDONE, op. cit., 10 e ss.; cfr. altresì V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Dir. pubbl.* 2007, 345 e ss.; per un'ampia rassegna sistematica e per la considerazione dei casi "nuovi", come i grandi eventi, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, *Dir. amm.*, in part. 834 e ss.



diventati il modo ordinario della legislazione e soprattutto di quella produzione legislativa che promana dall'iniziativa governativa.

Le ordinanze libere, poi, sono state molto spesso utilizzate per fronteggiare esigenze che si ponevano ai limiti del concetto di emergenza. Ad esempio, per la realizzazione dei grandi eventi, come sappiamo, o per interventi di bonifica di aree inquinate che si sarebbero potuti eseguire in regime ordinario o per la ricostruzione di aree colpite da eventi calamitosi (e dunque con una proiezione temporale che va ben oltre la sfera della vera e propria emergenza). Questo è accaduto per un altro problema, che nulla ha a che vedere con l'emergenza: le drammatiche difficoltà che soffre la macchina amministrativa italiana nel raggiungere il risultato, dipendenti da eccessi di complessità sul fronte del pluralismo amministrativo, da troppo complicate e numerose e rigide norme sulle gare pubbliche e da troppo ingombranti forme di responsabilità a carico delle amministrazioni, che spaziano dal fronte penalistico a quello "amministrativo" esemplificato più di recente dall'azione di prevenzione della corruzione di ANAC. Insomma, poiché le normali competenze amministrative non potevano bastare per realizzare obiettivi di interesse pubblico non emergenziali ma nondimeno rilevanti, come la realizzazione di un grande evento sportivo o fieristico o addirittura l'ospitare una conferenza di capi di Stato, si è fatto ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti. Un uso indubbiamente "estremo" rispetto alla dimensione giuridica dell'istituto, benché comprensibile alla luce della continuata e apparentemente irresolubile crisi della nostra amministrazione.

Il nostro decreto e le nostre ordinanze sono invece cosa profondamente diversa. Non partecipano di questa natura "atipica" e rientrano invece nel solco dell'emergenza vera e propria.

Sia il nostro decreto legge sia le ordinanze che saranno emanate per prolungare il *lockdown* del Paese o per – auspicabilmente – progressivamente allentarlo, onde evitare troppo gravi conseguenze economiche, rispondono, rispettivamente, a stringenti requisiti di necessità e urgenza il primo e ad altrettante situazioni di emergenza le seconde.

Questo ci riporta sul binario della tradizione e sulla figura più classica degli interventi emergenziali. Però lascia sul terreno ancora alcuni problemi, come diremo.

3. Stato di emergenza e stato di guerra in Costituzione

I problemi derivano dal fatto che la situazione che il decreto legge n. 19 ha dovuto fronteggiare, a sua volta, presenta altrettante particolarità.

L'esperienza delle ordinanze di necessità e urgenza ha registrato sinora l'applicazione ad eventi che avevano un oggetto sufficientemente circoscritto, sia per l'estensione territoriale, sia per la durata dell'emergenza, sia per l'intensità degli interventi. La calamità naturale, pur nella sua estrema tragicità,



quando colpisce una zona terremotata o alluvionata, è un evento comunque “misurabile” e l’ordinanza libera appresta rimedi che valgono per quella vicenda. Anche il dibattito tradizionale sulla portata normativa delle ordinanze si concentra sulla capacità delle ordinanze di sospendere nel caso di specie la regola ordinaria e sulla creazione di uno *jus* singolare che, nonostante tale circoscritta estensione, esprime attitudine ad innovare l’ordinamento⁵.

La Costituzione rispetto a questo fenomeno non si esprime. Nel senso che non fornisce copertura diretta al potere di ordinanza e non detta una regola esplicita per conciliare poteri di emergenza e principio di legalità. Questa lacuna (consapevole) ha dato luogo al dibattito che si è ricordato prima.

La Costituzione, nondimeno, non ha dimenticato il principio di necessità. Anzitutto, ha conferito al Governo il potere di emanare i decreti legge per necessità e urgenza lasciando al Parlamento la conversione. In secondo luogo, ha preso in considerazione lo stato di guerra, non essendo escluso che la guerra possa essere anche subita dalla Repubblica, che pure la repudia come strumento di risoluzione delle controversie internazionali ai sensi dell’art. 11. L’art. 78, come è stato scritto, tenta di mantenere nell’area formale delle fonti costituzionali il controllo delle situazioni anomale⁶. Sono le Camere che conferiscono al Governo i poteri necessari, lì dove l’aggettivo “necessari” nelle intenzioni dei costituenti è servito ad evitare il richiamo più ampio ai “pieni poteri”, che era già previsto in epoca fascista ed anche per questo lasciato da parte in Assemblea costituente. Lo stato di guerra presuppone una deliberazione parlamentare, dunque, ed è questa che risolve il problema della legalità e assicura la tenuta costituzionale anche per i poteri di ordinanza che il Governo sarà chiamato ad esercitare e per le varie decisioni da prendere. D’altra parte, proprio perché non è pensabile che la Costituzione abbia inteso rinunciare a fronteggiare la necessità quando pressante essa si manifesta, anche al cospetto dello stato di guerra è consentito al Governo di seguire la strada del decreto legge per ogni urgente intervento che fosse richiesto⁷. Questo consentirebbe di prendere ogni immediata e opportuna misura ai sensi dell’art. 77, col filtro istituzionale della firma del Capo dello Stato, e di lasciare comunque in posizione centrale il ruolo del Parlamento, sebbene in tal caso destinato ad un intervento *ex post*.

Insomma, gli articoli 77 e 78 sono stati visti come un combinato disposto che tende armonicamente a regolare l’ordine delle competenze e dei poteri in caso di guerra e che coordina il ruolo del Parlamento e quello del Governo.

⁵ M.S. GIANNINI, *Poteri di ordinanza e atti necessitati*, *Giur. compl. Cass. civ.* XXVII, 1948, oggi in *Scritti*, vol. II, Milano 2002, 949 e ss.

⁶ G. de VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna 2004, 215 e ss.

⁷ de VERGOTTINI, *op. cit.*

4. La specialità dello stato di emergenza del 2020

Detto ciò, se la distanza tra lo scenario dell'art. 78 Cost. e l'esperienza tradizionale delle ordinanze libere in Italia ci sembra piuttosto netta, non è affatto detto che la stessa distanza corra tra lo stato di guerra e l'attuale scenario di emergenza.

Non a caso, in alcuni primi commenti questo confronto è stato fatto, non senza avanzare perplessità allorché i primi DPCM hanno disposto il c.d. *lockdown* sulla base di una clausola generica ed aperta del d.l. n. 6 del 2020, inibendo ai cittadini la libertà di circolazione⁸. Proprio sulla base di questo richiamo all'art. 78 si è auspicato, piuttosto, l'intervento di un decreto legge in luogo del DPCM, che avrebbe assicurato una maggiore sintonia con le coordinate costituzionali.

Nella stampa periodica e nel linguaggio politico-mediatico, in effetti, è stato ricorrente l'accostamento della pandemia allo stato di guerra.

Non possiamo fermarci a questo dato, evidentemente, e proseguiamo nel considerare i tratti di questo stato di emergenza per meglio comprenderlo dal punto di vista del diritto.

Il primo carattere è la lunga durata dello stato di emergenza, proclamato il 31 gennaio e sino al 31 luglio 2020, per tale prima fase. Purtroppo la lunghezza potrebbe, con l'ovvia (e necessaria) elasticità delle misure conseguenti, anche esser maggiore, perché si protrarrebbe per l'intero sviluppo della pandemia. E' un periodo piuttosto lungo, che dà il senso della stabilità della misure, anche per via della continuità della fonte dell'emergenza, che non si esaurisce come nel caso, ad esempio, della calamità naturale.

Il secondo dato che merita una sottolineatura è la circostanza che lo stato di emergenza interessa l'intero territorio nazionale, senza esclusioni. Anzi, con l'eventualità ad oggi che alcuni territori possano orientarsi in modo differenziato ma solo nel segno di un inasprimento delle misure, come ci dice l'art. 3 del d.l.

Questi primi due caratteri, considerati insieme, rafforzano peraltro anche la portata normativa delle ordinanze. Senza entrare nella complessità di questo dibattito, sembra che lo *jus* singolare manifesti in questo caso una dimensione piuttosto ampia e stabile insieme⁹.

Il terzo aspetto è quello è più importante. La "chiusura" dell'Italia non ha precedenti nella storia dell'unità nazionale. Sono chiuse scuole e università, sono impediti le attività produttive e commerciali, è vietata la libera circolazione alle persone. La libertà di esercitare attività economiche e lo stesso diritto al lavoro hanno subito compressioni così forti da giungere alla soppressione assoluta.

La Costituzione all'art. 16 prevede che siano possibili solo "limitazioni" stabilite per legge in via generale per motivi di sanità o di sicurezza, il che non pare includere una situazione come quella che, purtroppo,

⁸ A. BARTOLINI, *Torna il coprifuoco?*, www.ridiam.it

⁹ MORBIDELLI, op. cit.; cfr. anche E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, Bologna, 2019.



è stato necessario adottare e che, per la verità, in modo simile risulta essere stata adottata nel resto del mondo.

Non si vuol qui riproporre il dibattito che ha visto sostenere, da parte di alcuni, o l'illegittimità costituzionale *tout court* delle ordinanze libere o l'impossibilità che esse vengano ad intaccare le libertà costituzionali e i diritti fondamentali, riprendendo il solco di quella dottrina che ha cercato di delimitare i diritti che sono effettivamente comprimibili dalle ordinanze¹⁰. Assumiamo invece che le ordinanze contingibili e urgenti possano limitare anche questi diritti e queste libertà, perché nella legge che le fonda esiste una sorta di "delega in bianco". Però resta il fatto che l'intensità della misura è nella nostra vicenda massima e talora assoluta. Essa ricorda allora – se non supera – proprio quel tipo di emergenza che ricorre nello stato di guerra. E come nel caso di guerra pone interrogativi delicatissimi sull'urgenza economica della ripresa e del superamento delle misure restrittive.

Il quarto aspetto torna al quadro delle garanzie che hanno indotto la dottrina a ritenere comunque salvo il principio di legalità (e rispettata la stessa cornice costituzionale) per il fatto che le ordinanze libere sono comunque sottoposte ad una serie di limiti e seguono un percorso di necessaria legalità: sono motivate, sono emanate dalla p.a. titolare del potere dopo aver sentito altre istituzioni competenti, derogano solo alcune norme predeterminate e non altre (quando è possibile indicarlo), devono rispettare il principio di proporzionalità. Questa posizione in tanto acquista credito in quanto di tali limiti sia possibile chiedere il rispetto, sicché il ragionamento di consueto sfocia nell'esame dei rimedi giurisdizionali. Viene in considerazione, allora, soprattutto la giurisdizione amministrativa, la quale potrà e dovrà assicurare, ad esempio, anzitutto che l'equilibrio tra i valori in conflitto sia stato effettivamente composto in armonia col principio di ragionevolezza e che la proporzionalità della misura sia stata effettiva e non solo annunciata.

Se questo è vero, però, registriamo un altro aspetto che denota l'assoluta specialità della situazione in cui ci si trova. Il controllo giurisdizionale è, in un caso del genere, sostanzialmente assente per più ragioni. La prima è che la protezione dal virus ha dovuto toccare anche le strutture giurisdizionali e gli istituti processuali, che per loro natura richiederebbero contatto sociale e che invece hanno dovuto adattarsi all'emergenza riducendone l'effettività, inevitabilmente. La seconda è che le modalità stesse di accesso alla giustizia diventano molto più difficili; per quanto lo *smart working* sia una modalità che può rivelarsi efficace, è indubbio che gli ostacoli all'attività preparatoria alla difesa, ivi inclusa la relazione tra cliente e avvocato, diventano molto forti, e questo senza tener conto del fatto che in alcune regioni è stata disposta la chiusura degli studi professionali. La terza e decisiva ragione è che in questo tipo di situazione il

¹⁰ Ampie citazioni in MORBIDELLI e CARDONE, op. cit.



sentimento comune di *metus* e l'ovvio primato che la coscienza sociale nel complesso attribuisce alle misure di emergenza per la tutela della salute collettiva rendono sostanzialmente impraticabile, al punto da svuotarla di ogni effettivo contenuto, la via del controllo giurisdizionale; esattamente come accade durante la vigenza dei bandi di guerra, e non è casuale che della guerra si ricordi la Costituzione all'art. 103 sempre a proposito della giurisdizione: “i tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge”.

Tutto questo pone in evidenza un dato e suscita un dubbio. Il dato è che la situazione derivata dalla pandemia Covid-19 è così rilevante da segnare un netto distacco da tutte le esperienze che si sono sinora vissute a proposito delle ordinanze libere. Il dubbio è che questa situazione, nel silenzio costituzionale sia più simile allo stato di guerra che ad altri contesti.

5. Rapporti tra Governo e Parlamento

Anche se si convenisse nel riportare la situazione entro le maglie dell'articolo 78 Cost., non per questo dovrebbe derivarne una secca obiezione allo strumento del decreto legge adoperato dal Governo, se è vero, come si diceva, che anche l'articolo 77 è strumento utilizzabile in un contesto di guerra.

Tuttavia, questa equiparazione o, se si preferisce, questo accostamento all'articolo 78, insieme alla sottolineatura della straordinarietà della situazione che si è stati costretti a disciplinare, può suscitare alcuni dubbi meritevoli di attenzione.

Il primo aspetto riguarda proprio il rapporto col Parlamento.

Nell'articolo 78 il Parlamento conferisce sì i poteri necessari (e straordinari) al Governo, ma è pur sempre il Parlamento che delibera solennemente e per primo. Nel caso dell'art. 77 interviene dopo; e soprattutto “a cose fatte”.

Il decreto legge n. 19 prevede che i DPCM, che conterranno le misure concrete e che di volta in volta esprimeranno non soltanto le misure restrittive ma anche le scelte sul ritorno alla normalità e gradueranno le riaperture delle attività economiche in particolare, siano solo comunicate alle Camere dopo la pubblicazione. E che ogni 15 giorni il Presidente del Consiglio o un Ministro delegato ne riferiscano alle Camere in apposito dibattito.

Non può non colpire il fatto che il medesimo decreto legge sia la fonte che viene a disciplinare le modalità del rapporto tra Parlamento e Governo, secondo modalità congegnate *ex novo*. E' vero che lo stesso decreto legge sarà destinato alla conversione, ma rimane il problema della tempistica della conversione stessa (mai come in questo contesto si avverte il bisogno di scelte tanti urgenti quanto essenziali, specie sulla ripresa delle attività economiche); e poi questo non basta ad eliminare la sensazione di un eccesso

di “latitudine” del decreto legge, che ci appare pur sempre come atto governativo benché emanato dal Capo dello Stato.

Sappiamo dalle cronache che la questione della creazione di un apposito “Gabinetto di guerra” che riunisse maggioranza e opposizione è stata viva nel dibattito per un po’ e che non è stata però alla fine seguita. Proprio per questo, però, forse le prerogative parlamentari – e magari su più chiaro e consapevole impulso delle stesse Camere e delle forze di opposizione – avrebbero potuto essere meglio valorizzate.

In particolare, sarebbe stato forse più incisivo un parere preventivo di una commissione parlamentare bicamerale, se del caso da istituire in via di urgenza, che non la mera comunicazione successiva alla pubblicazione dei DPCM, visto che invece del mondo delle regioni in via preventiva il decreto legge tiene conto.

Il tema del coinvolgimento del Parlamento sembra importante per più ragioni, evidentemente. Valga il profilo generale dei “pesi e contrappesi” che, se non altro per l’importanza del precedente istituzionale così segnato, viene comunque in gioco. Poi, sembra che la difficoltà delle scelte da prendere e il rischio che possano comportare crescente impopolarità – non solo quando si tratta di limitare la libertà di circolazione ma anche quando si tratta di attivare il ritorno al lavoro pur se in un contesto di non completo dominio della pandemia – potrebbe essere ovviata anche con queste forme di migliore e più ampia responsabilizzazione istituzionale.

Il ruolo del Parlamento, quindi, risulta piuttosto marginale. Il recupero sostanziale del dialogo tra maggioranza e opposizione in forme alternative, come l’istituzione di cabine di regia o la fissazione di dialoghi periodici non può sul piano dell’analisi giuridica (e, in verità, non solo su di essa) dirsi equivalente.

6. Rapporti tra Governo e Regioni

Il rapporto con le regioni è un altro nodo che il decreto ha cercato di disciplinare. Sappiamo che questo è uno dei punti critici, per più ragioni: perché l’epidemia non ha colpito in maniera uniforme e questo ha comportato una differente pressione sul territorio; perché le regioni più volte hanno fatto diretto uso dei poteri di ordinanza; perché in alcune occasioni il punto di vista del Governo è stato divergente da quello della singola Regione, come quando il Governo ha scelto di impugnare con ricorso al TAR un’ordinanza del Presidente della Giunta della Regione Marche che aveva disposto la chiusura delle scuole, ottenendo la pronuncia di un provvedimento cautelare di sospensione.

Il decreto legge stabilisce anzitutto che per emanare il DPCM debba essere previamente sentito il Presidente della Regione interessata. Questo però riguarda il caso in cui l’ordinanza libera abbia ad oggetto una determinata Regione. Quando invece riguarda l’intero territorio nazionale, così come accade per il



lockdown nazionale, il parere è reso dal Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome.

Questa forma di consultazione preventiva sembra corrispondere ad un parere obbligatorio. Quindi si rimane distanti dalla figura dell'intesa in senso forte e ci si avvicina, così sembra, alla intesa c.d. debole, la quale ultima si dovrebbe sostanziare in definitiva in una forma di consultazione rafforzata.

E' da dirsi che, in verità, il rilievo dell'autonomia potrebbe manifestarsi in maniera differente, a seconda se si tratta di misura di livello regionale o di livello nazionale.

Nel primo caso, infatti, il peso specifico della posizione della Regione dovrebbe essere maggiore e non tanto per via dell'autonomia costituzionalmente garantita, che mi sembra debba passare pur sempre per il filtro del principio di sussidiarietà *ex art. 118 Cost.*, quanto per il fatto che la Regione vede grazie al rapporto più stretto con il territorio con occhi ancor più diretti la portata e la natura dei problemi da affrontare ed anche perché la Regione ha la gestione diretta del servizio sanitario.

Nel secondo caso, il rilievo dell'autonomia forse si viene ad affievolire, perché appunto la misura riguarda tutto il territorio italiano. Lascia però qualche dubbio l'investitura del Presidente della Conferenza, perché si assume che il regionalismo si possa e si sappia muovere sempre in maniera collettiva ed uniforme (ed è tutto da dimostrare) e perché non è ben chiaro quale sia la fonte e il modo della legittimazione di tale figura né come debba regolarsi di fronte a posizioni diversificate.

D'altra parte, è comprensibile che il decreto vada alla ricerca di soluzioni di semplificazione, anche perché l'emergenza – e soprattutto questo tipo di emergenza – di solito non concede i tempi necessari.

Comunque, soprattutto quando i tempi minimi vi fossero, il ruolo del Presidente della Conferenza potrebbe essere interpretato come quello di una funzione di intermediazione rispetto alla pluralità delle voci regionali e quindi come tramite di puntuali osservazioni raccolte da parte dell'intero mondo regionale, che sarebbe così pienamente coinvolto nella sequenza che porta all'emanazione del DPCM. Inoltre, non può trascurarsi affatto l'eventualità che un prossimo DPCM possa riguardare sì l'intero territorio nazionale, ma con misure differenziate per parti della Repubblica, a seconda dell'evoluzione dell'epidemia e delle esigenze economico-produttive delle filiere. Questo renderebbe viepiù opportuno – se non necessario – assicurare una partecipazione ed una funzione consultiva effettiva delle Regioni a vario titolo interessate.

Più in generale, considerata la portata degli eventi, sembra anche opportuno che le forme di comunicazione delle misure prese con i DPCM e le ordinanze sappiano rispecchiare, nelle modalità che spetta al Governo di saper trovare, il senso di una decisione non strettamente monocratica, ma ponderata sulla base della partecipazione delle regioni e degli altri esponenti dello stesso Governo e degli organi tecnici, assicurando in questo ogni opportuna trasparenza e visibilità.



7. Ordinanze libere regionali e sindacali

Il decreto ha inteso mettere ordine anche tra i vari livelli di ordinanze: quello statale, quello regionale e quello comunale. La vastità dell'emergenza, in effetti, ha manifestato un problema inedito alla nostra esperienza, quantomeno in questa misura: il cumularsi di ordinanze diverse, nell'esercizio di differenti e paralleli poteri previsti dalle leggi. Questa situazione ha sovente disorientato i cittadini, che hanno dovuto aggiungere ad una certa difficoltà interpretativa dei provvedimenti anche l'incertezza su quale fosse la regola applicabile.

In verità, potrebbe risultare superficiale il tentativo di risolvere la questione col richiamo alla loro (insicura, come sappiamo) natura di fonti del diritto e con l'invocare il principio di gerarchia a favore dello Stato e di seguito, rispetto ai Sindaci, a favore della Regione.

Il potere di ordinanza probabilmente non è suscettibile, per sua natura, di essere ordinato in questo modo. Nasce e si giustifica solo per fronteggiare l'emergenza. Se fosse possibile dire che quando è esercitato dallo Stato non spetta alla Regione né al Comune si negherebbe la sua stessa "ragion per cui".

Cionondimeno, non possiamo accettare il caos, specie quando l'origine dell'emergenza sia comune ed unitaria, come nella nostra vicenda. Pertanto, è ben comprensibile lo sforzo fatto dal decreto legge di intervenire per risolvere questo problema.

Oltretutto già nel precedente decreto legge 2 marzo 2020, n. 9, l'articolo 35 aveva disposto, proprio per evitare il proliferare di ordinanze di livello locale che "A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali".

Detto ciò, non si può fare a meno di notare che il contenuto dell'art. 3, comma 1, del decreto, è peculiare. Infatti si scrive che le regioni possono intervenire "in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio o in una parte di esso" e solo con "misure ulteriormente restrittive" e solo "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale". Sono limiti comprensibili, ma forse troppo puntuali e dettagliati se si tratta di ritagliare il potere d'urgenza. Potrebbe nascere il bisogno di intervenire in relazione a situazioni di aggravamento non del rischio sanitario ma di migliore organizzazione delle strutture ospedaliere a rischio sanitario invariato o persino temporaneamente in diminuzione ma con pericoli per il futuro. Oppure per provvedere a situazioni di aggravamento del rischio di povertà e carestia e non sanitario. Del pari, potrebbe esservi bisogno di misure di specie, che tuttavia non sono per forza "ulteriormente restrittive". In altre parole, potrebbe essere preferibile, forse, un minore dettaglio come si diceva.



Inoltre, è scritto che queste misure regionali sono possibili solo “nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’articolo 2, comma 1” e con “efficacia limitata sino a tale momento”. Questa clausola di cedevolezza forse introduce qualche elemento di incertezza, anche perché è ben possibile (e sta accadendo) che la serie dei DPCM sia continua. Dal che discende anche una difficoltà nell’individuare quale DPCM sia da tener presente come “in corso di adozione” e quale debba essere il momento preciso in cui scatta la “cesoia” della cedevolezza. Sicché lo strumento migliore – e che il decreto legge non intende ridimensionare – resta sempre il coordinamento tra i poteri di ordinanza di livello statale e quelli di livello territoriale, nell’ambito della leale collaborazione e da ricercarsi anche grazie alle stesse funzioni consultive rese dalle regioni a favore del Governo.

L’insieme di puntualizzazioni appena fatte a proposito dei poteri regionali, infine, rendono non particolarmente agevole l’interpretazione del comma successivo.

In esso è sì sancita l’inefficacia delle ordinanze sindacali che siano dirette a fronteggiare l’emergenza e che si pongano “in contrasto con le misure statali”; e tuttavia subito dopo si aggiunge “né eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1”. Quindi, sembra che i Sindaci possano comunque adottare le loro ordinanze “nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’articolo 2, comma 1” e con “efficacia limitata sino a tale momento” e con le ulteriori limitazioni di oggetto che si ricordavano a proposito delle regioni.

A questo proposito, poiché purtroppo non sono mancati casi di gravi incertezze generate a carico dei cittadini e problemi conseguenti nati da iniziative isolate alcuni Sindaci, una visione volta al concreto dell’emergenza potrebbe suggerire qualche altro strumento più netto e soprattutto immediato: ad esempio, la previsione di un potere di annullamento d’ufficio degli atti sindacali da parte del Prefetto competente, eventualmente sentito il Presidente della Regione, se del caso sulla falsariga dell’annullamento straordinario a tutela dell’unità dell’ordinamento previsto dagli articoli 2, comma 3, *p*), della legge n. 400 del 1988 e 138 del d. lgs. n. 267 del 2000 (t.u. enti locali), potenziando e rendendo più flessibile e rapido questo istituto e il relativo procedimento e con clausola di immediata efficacia ai sensi dell’art. 21 *bis* legge n. 241 del 1990.

8. Regime dell’emergenza e diritti di indennizzo.

L’ultimo aspetto che si vuol trattare concerne le misure di sostegno e/o ristoro economico che possono considerarsi conseguenza naturale della restrizione delle libertà individuali.

Qui il discorso deve inevitabilmente allargarsi oltre il presente decreto e guardare agli altri atti che hanno contribuito a delineare il regime dell’emergenza.



Si ricorda, allora, che gli articoli da 27 a 30 e 38 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, hanno previsto misure a favore di alcune categorie di cittadini che hanno subito l'interruzione forzata delle attività lavorative e che possono riassumersi per semplicità come lavoratori autonomi.

Più ampiamente, per un verso, è stato dato impulso alla Cassa integrazione per i dipendenti privati. Per altro verso, ai predetti lavoratori autonomi è stato garantito con gli articoli citati, perlomeno in una prima fase e nel primo mese di *lockdown*, un assegno mensile di euro 600 da acquisire mediante l'interposizione dell'INPS. Nulla è stato disposto per i dipendenti pubblici.

Il regime delle misure restrittive in realtà si completa con queste previsioni, perché l'incisione delle libertà economiche, del diritto al lavoro, in una con la libertà di circolazione, pone appunto la questione di forme di ausilio e fors'anche di indennizzo per chi ne subisca pregiudizio; tantopiù se relevantissimo come quello che deriva dalla chiusura totale delle attività di molti lavoratori autonomi.

Quindi il problema va considerato in maniera unitaria nel delineare il regime dell'emergenza.

Si potrebbe osservare, al fine di stemperare la prospettiva del riconoscimento di diritti individuali all'indennizzo, che nel caso di specie la misura restrittiva è un atto sostanzialmente dovuto e che esso è reso necessario dall'esigenza di tutelare la salute di tutti e dunque anche di coloro che subiscono le misure. Che il sacrificio delle libertà economiche sia imposto dalla salvaguardia di un bene superiore, che consiste nella tutela della salute collettiva, e che questo giustifichi le misure è un conto. Che però il singolo lavoratore autonomo, ancor più se versa in una situazione di difficoltà personale in questa emergenza, abbia una posizione individuale che richiede protezione, è altro conto. In altre parole, l'esigenza che lo Stato intervenga con misure radicali per la tutela della salute non elide l'ulteriore questione della necessità di apprestare un rimedio economico a vantaggio di chi lo abbia subito; fors'anche oltre la sua volontà. Mi sembra, quindi, che il problema si ponga non tanto e non solo sul piano di un sostegno economico basato su altrettante e innegabili esigenze di solidarietà, quanto anche su quello di un vero e proprio diritto soggettivo ad essere indennizzati.

La pandemia è evento imponderabile e per molti aspetti imprevedibile, che comporta un costo sociale enorme. In una prima fase, nella speranza che il *lockdown* dia frutti importanti nella "guerra" contro il virus, è indubbio che i lavoratori autonomi subiscono in prima battuta il costo maggiore.

L'ordinamento deve assicurare un'equilibrata sopportazione di tale costo sociale tra le varie categorie di lavoratori, tutte egualmente incolpevoli di fronte ad una simile calamità. Per farlo, è necessario riconoscere ai lavoratori autonomi il diritto ad un indennizzo. L'entità di esso dovrà essere determinata, ancora una volta, in modo da garantire, per quanto possibile, un'equilibrata sopportazione del costo sociale tra i consociati e i diversi gruppi di lavoratori, atteso che, com'è ovvio, la Costituzione ci ricorda all'articolo 1 che la Repubblica è fondata sul lavoro, senza distinzioni di sorta. Il che ci porta a dire che la



misura di 600 euro mensile non sia adeguata; e certamente non lo sia per i non abbienti. Le contingenti difficoltà finanziarie, che certamente vi sono, potrebbero forse essere affrontate in via tempestiva con un contributo di solidarietà posto a carico di tutte le categorie di lavoratori, sempre in nome della solidale e proporzionata sopportazione del costo della sopravvenienza.

Molti di tali lavoratori autonomi, oltretutto, esercitano la loro attività sulla base di autorizzazioni amministrative. Sicché le misure emergenziali equivalgono ad altrettante revoche temporanee dell'autorizzazione.

Oltre ad evocare altre forme di indennizzo proprie di situazioni di emergenza, come quelle che sono previste in tema di requisizione, si potrebbe perciò richiamare per analogia l'articolo 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990. Questa norma, nel disciplinare gli effetti della revoca del provvedimento amministrativo ampliativo causata da sopravvenienze di interesse pubblico, garantisce al destinatario un indennizzo per il pregiudizio sofferto.

Questa disposizione va letta, appunto, come espressione di un principio solidaristico, perché rifiuta due posizioni estreme: quella che nega al destinatario della revoca qualsiasi forma di ristoro economico, lasciando che il costo della sopravvenienza sia interamente sopportato dal destinatario della revoca; quella che gli assicura, da parte della p.a. revocante, il risarcimento integrale di ogni pregiudizio, ponendo interamente a carico del resto della collettività il costo dell'evento. Il diritto all'indennizzo, inteso come "serio ristoro" (all'insegna della tradizione e senza contingenti espansioni prodottesi in materia espropriativa per spinte derivanti dalla CEDU, qui improponibili), realizza invece il giusto equilibrio: distribuisce il costo sociale dell'evento per una parte limitata a carico di chi ne è direttamente colpito e per il residuo a carico della fiscalità generale e quindi della collettività.

Da un lato, confidiamo tutti che l'emergenza possa presto terminare. Dall'altro, qualora come temiamo dovesse ancora durare, Lo Stato avrà modo di intervenire anche per rimediare a questo problema.