



23 SETTEMBRE 2020

Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19

di Federico Furlan

Professore associato in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano Bicocca

Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*

di Federico Furlan

Professore associato in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano Bicocca

Abstract [It]: L'articolo ricostruisce l'evoluzione, la natura e i limiti di uno degli strumenti normativi più rilevanti nel contrasto all'epidemia Covid19, le ordinanze dei Presidenti di Regione. La tesi proposta è quella dell'autonomia di questo strumento (come individuato nei d.l. nn. 6, 19 e 33 del 2020) rispetto alle altre fattispecie di ordinanza di necessità previste dall'ordinamento. Considerazioni sono svolte anche in merito ai profili di illegittimità costituzionale di questo nuovo potere di ordinanza.

Abstract [En]: The article aims to reconstruct evolution, nature and limits of one of the most relevant regulatory instruments in the fight against the Covid19 epidemic, the orders of the President of the Region. The proposed thesis is that this instrument, as identified in the law-decrees numbers 6, 19 and 33 of 2020, is autonomous with respect to the different types of necessity orders provided by the law. Considerations are also made on the constitutional legitimacy of this new power of order.

Sommario: **1.** Introduzione al tema: le ordinanze di necessità disciplinate dai decreti-legge nn. 6, 19 e 33 del 2020, strumento giuridico principe per affrontare l'epidemia causata dal virus Sars-Cov2, come fattispecie autonoma. **2.** L'evoluzione del quadro normativo e del riparto dei poteri di emergenza tra Stato e Regioni. **2.1.** Il primo approccio: la proclamazione dello stato di emergenza e la gestione "in via ordinaria" con le regole del Testo Unico sulla protezione civile. **2.2.** La seconda modalità di contrasto dell'epidemia: le ordinanze sanitarie "congiunte" sulle zone rosse del 21 febbraio 2020. **2.3.** Il tempo della legislazione d'urgenza: il d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020. **3.** Problemi applicativi nel rapporto tra ordinanze statali e regionali dopo il d.l. n. 6 del 2020. **3.1.** I confini dell'intervento regionale: il caso Marche e le ordinanze campane. **3.2.** A chi compete l'istituzione delle zone rosse? **3.3.** Le antinomie tra ordinanze regionali precedenti e d.p.c.m. successivi. **4.** Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione dopo il d.l. n. 19 del 25 marzo 2020. **4.1.** Generalità. **4.2.** La natura delle ordinanze regionali emesse ai sensi del d.l. n. 19. **4.3.** Le ordinanze "permissive", i ricorsi alla giurisprudenza amministrativa e le decisioni dei giudici amministrativi. **5.** Il d.l. n. 33 del 16 maggio 2020 e i nuovi margini di intervento regionale. **6.** Profili di costituzionalità delle ordinanze dei Presidenti di Regione che prevedono la limitazione/sospensione dei diritti costituzionali. **7.** Conclusioni: l'impatto di Covid19 sul regionalismo italiano.

1. Introduzione al tema: le ordinanze di necessità disciplinate dai decreti legge nn. 6, 19 e 33 del 2020, strumento giuridico principe per affrontare l'epidemia causata dal virus Sars-Cov2, come fattispecie autonoma

Superata (speriamo in modo definitivo) la fase acuta dell'emergenza sanitaria causata dal virus SarsCov2 e riappropriati dell'esercizio di quelle libertà costituzionali che hanno patito forti restrizioni nel tentativo di contenere il contagio (personale, di circolazione, di riunione, di culto, di istruzione, di iniziativa economica), riteniamo giunto il momento di analizzare, con un certo distacco dagli eventi, uno dei temi

* Articolo sottoposto a referaggio.

che maggiormente hanno animato il dibattito pubblico e dei costituzionalisti ovvero l'estensione e i limiti del potere di ordinanza dei Presidenti di Regione (e di Provincia autonoma).

Si è assistito, nel periodo di tempo che va dal 21 febbraio 2020 al momento in cui si scrivono queste righe, all'adozione, da parte dei Presidenti di Regione (sia ordinarie che speciali) di un profluvio di ordinanze contingibili e urgenti (all'11 maggio se ne contavano già oltre 700)¹ che si sono aggiunte, sovrapposte ed embricate con l'altrettanto mostruoso numero di provvedimenti a carattere normativo (decreti legge, ordinanze, circolari) adottati a livello statale (dal Presidente del Consiglio, da diversi ministri, dal Commissario straordinario, dal Capo dipartimento della Protezione civile), creando un *corpus* di norme all'interno del quale i cittadini (e forse anche i tutori dell'ordine pubblico) hanno faticato ad orientarsi, con buona pace dell'immaginario principio della certezza del diritto.²

La prima disciplina dei poteri emergenziali nell'ordinamento italiano si è avuta nel periodo fascista, con l'adozione di leggi (la n. 100 del 1926, l'art. 2 del TULPS adottato con il R.D. n. 733 del 1933 e l'art. 55 del R.D. n. 383 del 1934) che hanno posto una regolamentazione del decreto-legge, del potere di ordinanza prefettizio e del potere di ordinanza sindacale.

La Costituzione disciplina, da parte sua, soltanto due istituti di carattere emergenziale, il decreto legge (art. 77) e la dichiarazione dello stato di guerra (art. 78), nulla disponendo in ordine alle ordinanze di necessità e urgenza, il che ha spinto una parte della dottrina (invero minoritaria) a sostenere che dovrebbe ritenersi vietato ogni potere *extra ordinem* di necessità e urgenza diverso da quelli espressamente previsti dalla Carta costituzionale³.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale è stata di diverso avviso ed ha ritenuto costituzionalmente compatibili i poteri di ordinanza del Prefetto previsti dall'art. 2 del TULPS (sul quale numerosi sono stati gli interventi, a partire dalla nota sentenza n. 8 del 1956⁴, continuando con la n. 26 del 1961⁵ per finire con la sentenza n. 201 del 1987) e del Sindaco, se pure privi di specifica copertura costituzionale.

¹ Si possono leggere all'interno del dossier "*L'emergenza sanitaria da Covid19*" nel sito *Dirittiregionali.it*.

² Invero occorre segnalare che il presidente della Conferenza delle Regioni (e Presidente dell'Emilia Romagna), Stefano Bonaccini, a seguito dell'audizione in sede Commissione parlamentare per le questioni regionali il 16 giugno 2020, ha rilasciato alle agenzie di stampa questa dichiarazione: "Si è discusso di contraddizioni e differenze tra ordinanze regionali ma segnalo che il governo ha detto che il 95% delle ordinanze regionali sono state conformi ai d.p.c.m. Le poche non conformi sono l'eccezione che conferma la regola".

³ Tra i sostenitori di questa tesi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 718 ss. e, di recente, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 421 ss.

⁴ In questa decisione la Corte costituzionale ritiene che l'art. 2 del TULPS non sia in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi perché le ordinanze prefettizie ivi previste "*hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico*", e dunque "*non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti*".

⁵ In questa sentenza il Giudice delle Leggi giunge a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2 del TULPS nella parte in cui "*attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico*". Su questa decisione si vedano i commenti pubblicati su Giurisprudenza costituzionale del 1961 ad opera di V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art.*

Peraltro, nel corso dei decenni, il Giudice costituzionale ha precisato una serie di limiti al potere di ordinanza che si possono così riassumere: il rispetto dei principi dell'ordinamento; la proporzionalità tra evento e misura adottata; il carattere meramente provvisorio delle ordinanze; la capacità solo derogatoria, anziché abrogativa o modificativa, delle norme di legge; l'indicazione adeguata dei settori dell'ordinamento derogati; la strumentalità della deroga alla soluzione della emergenza⁶.

Un'ulteriore limitazione ad un'eccessiva creatività delle ordinanze di necessità è stata, di recente, posta dall'art. 42 del d.lgs. n. 33 del 2013, il quale ha imposto alle amministrazioni che adottano provvedimenti contingibili e urgenti e in generale provvedimenti di carattere straordinario in caso di calamità naturali o di altre emergenze l'obbligo di pubblicare *“a) i provvedimenti adottati, con la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga, nonché l'indicazione di eventuali atti amministrativi o giurisdizionali intervenuti; b) i termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari; c) il costo previsto degli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione”*.

Per quanto concerne il Presidente della Regione, il potere di ordinanza è stato previsto e disciplinato da fonti normative statali di rango primario sia in ambito sanitario sia in materia ambientale.

La norma attributiva del potere di ordinanza in materia sanitaria è l'art. 32 della legge di istituzione del SSN, n. 833 del 1978, il quale dispone che: *“Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla Regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale [...]”*.⁷

Il contenuto di detta disposizione era replicato nell'art. 117 del d.lgs. 112 del 1998 (attuativo della delega contenuta nella legge Bassanini I), in forza del quale: *“In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale.*

² della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale, p. 886 ss. e C. LAVAGNA, *Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. come testo legislativo*, p. 898 ss.

⁶ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 12 ss.

⁷ Una specificazione di questa norma si è avuta con l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 in forza del quale *“1. In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1.”*

Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali?

Per quanto concerne, invece, la materia ambientale è l'art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006 a prevedere poteri emergenziali, esercitati a mezzo di ordinanze di necessità, in capo al Presidente della Regione in riferimento alla gestione e allo smaltimento dei rifiuti.⁸ Questa ultima disposizione istituisce un potere di ordinanza dal perimetro molto circoscritto: in primo luogo l'esercizio di questo potere di ordinanza è limitato alle sole crisi che riguardano la gestione dei rifiuti e le sole misure adottabili riguardano il “ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti?”; in secondo luogo, la dichiarazione d'emergenza è subordinata al rilascio di un parere obbligatorio da parte di organi tecnici o tecnico-sanitari locali; in terzo luogo, la nuova competenza ha natura residuale rispetto ai più risalenti poteri di ordinanza previsti da altre leggi in materia di protezione civile, sanitaria e di pubblica sicurezza.

Occorre, da ultimo, ricordare che il recente (e innovativo) Codice della Protezione civile (approvato con d.lgs. n. 1 del 2018) prevede, all'art. 25, comma 11, la facoltà per le Regioni di disciplinare un proprio potere di ordinanza, individuando, con propri atti e negli ambiti di propria competenza normativa, “provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo in relazione alle emergenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7”;

inoltre, il Presidente di Regione può essere nominato (dal Presidente del Consiglio) commissario delegato con annesso potere di adottare ordinanze anche nei settori riservati allo Stato.⁹

Ricostruite, sia pure sommariamente, le fattispecie nelle quali il Presidente di Regione è stato, nella storia repubblicana, abilitato ad adottare ordinanze di necessità, possiamo ad esaminare le caratteristiche del potere di ordinanza di contrasto all'epidemia Covid19, come specificato nei decreti legge nn. 6, 19 e 33 del 2020 (e relative leggi di conversione)¹⁰.

⁸ D. Lgs. 152/2006, art. 191: “1. Ferme restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità ovvero di grave e concreto pericolo per la tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a forme, anche speciali, di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente [...]”

⁹ Nella sterminata bibliografia sul potere di ordinanza nella protezione civile si rinvia al recentissimo contributo di G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, *Consulta Online* (17.3.2020)

¹⁰ Sui reversibili rapporti creatisi, nella prassi applicativa nel periodo 1992-2012, tra decreti legge e ordinanze si veda il contributo di A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2012.

La tesi che si cercherà di argomentare in questo contributo è che queste ordinanze costituiscano una fattispecie di nuovo conio, una peculiare ed autonoma *species* all'interno del *genus* delle ordinanze sanitarie previste dall'art. 32 della l. 833 del 1978, la quale trova i propri presupposti legittimanti ed i propri limiti nella legislazione di emergenza che la disciplina ed è destinata ad esaurirsi con essa.

Questo ragionamento è applicabile non soltanto alle ordinanze dei Presidenti di Regione ma anche alle ordinanze dei Sindaci e al nuovo strumento giuridico finalizzato al contrasto dell'epidemia e disciplinato negli stessi testi normativi ovvero i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.).

Si tratta, infatti, di un potere di ordinanza che presenta tre aspetti innovativi:

- a) per un verso è un potere con latitudini mai sperimentate perché autorizza esplicitamente la sospensione, attraverso atti amministrativi generali con valore normativo (d.p.c.m. e ordinanze), dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (taluni protetti anche da riserva assoluta di legge¹¹, cosa che è stata ritenuta illegittima dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 26 del 1961, come meglio si vedrà infra, § 6) e non solo di derogare alla legislazione ordinaria. E questo aspetto, come noto, è stato ritenuto di dubbia costituzionalità da alcuni autorevoli giuristi come Sabino Cassese e Marini¹² (anche se mi pare di poter affermare che la dottrina maggioritaria sia di contrario avviso) e, a mio avviso, fondatamente, in relazione alla disposizione dell'art. 2 del d.l. n. 6, laddove si prevedeva che le autorità competenti potessero “*adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dai casi*” indicati dall'articolo precedente¹³;
- b) per altro verso non si tratta di un potere libero di adottare i provvedimenti ritenuti più adatti (come normalmente accade per le ordinanze contingibili e urgenti) perché le misure adottabili (ai diversi livelli di governo) sono solo quelle tassativamente individuate nel testo dei due decreti-legge;

¹¹ Per alcune delle libertà sottoposte a limitazione o sospensione durante il periodo di *lockdown* è dibattuta, in dottrina, la presenza di una riserva assoluta o relativa: il caso più rilevante è quello della libertà di circolazione, sancita dall'art. 16 Cost., rispetto alla quale si registrano due opposte correnti di pensiero, l'una che riconosce all'interno di questa disposizione una riserva assoluta (*ex multis*, A. BARBERA, *Note preliminari in tema di libertà di circolazione e soggiorno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1962, p. 695 ss. e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Vol. II, Padova, 1992, p. 282 ss.) e l'altra che afferma, invece, l'esistenza di una riserva relativa [tra i fautori di questa tesi M. MAZZIOTTI, *Circolazione (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 22 e U. DE SIERVO, *Soggiorno, emigrazione, circolazione (libertà di)*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, p. 820].

¹² Si v. anche L.A. MAZZAROLLI, “*Riserva di legge*” e “*principio di legalità*”, in *federalismi.it* (23.2.2020), p. 15, il quale postula la necessità che le misure emergenziali siano prese con decreto-legge e non con ordinanza, pena la violazione del principio di legalità.

¹³ Sulla incostituzionalità di questa previsione per violazione del principio di legalità sostanziale si v. G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *lacostituzione.info* (22.4.2020).

c) infine, si tratta di provvedimenti amministrativi succintamente motivati oppure (e questo vale soprattutto per i d.p.c.m.) motivati *per relationem* rinviando ad atti non pubblici o secretati (quali gli atti del Comitato tecnico-scientifico istituito presso il Dipartimento della Protezione civile).

Non si ritiene, dunque, di condividere quell'autorevole dottrina¹⁴ secondo la quale, a partire dalla dichiarazione di emergenza (adottata con delibera del Consiglio dei ministri del 31.1.2020 ai sensi degli articoli 7 e 24 del Codice della Protezione civile, d.lgs. n. 1 del 2018), l'intera gestione dell'emergenza sarebbe sussumibile (e troverebbe la sua legittimazione) all'interno delle norme sulla protezione civile, così come i d.p.c.m. (sia pure con i limiti ulteriori fissati dalla decretazione d'urgenza) e le ordinanze emesse: l'unica fonte di legittimazione del potere di ordinanza esercitato con i d.p.c.m. e con le ordinanze regionali non può che identificarsi nei citati decreti legge (6, 19 e 33 del 2020).

2. L'evoluzione del quadro normativo e del riparto dei poteri di emergenza tra Stato e Regioni

2.1. Il primo approccio: la proclamazione dello stato di emergenza e la gestione “in via ordinaria” con le regole del Testo Unico sulla protezione civile

Il primo atto normativo di contrasto all'epidemia viene approvato il 31 gennaio 2020: quel giorno, mentre l'Occidente sembra credere che il nuovo Coronavirus sarebbe rimasto un problema interno alla Cina, il Consiglio dei ministri decide, prudenzialmente, di deliberare lo stato di emergenza nazionale (sulla base giuridica dell'articolo 24 T.U. Protezione civile del 2018) per un periodo di 6 mesi, affidando il compito di attuare le misure necessarie per realizzare le necessarie misure di prevenzione ad “*ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*”. Quindi, in questa primissima fase il potere di ordinanza viene delegato dal Presidente del Consiglio al Capo Dipartimento della Protezione civile.

La necessità di un unitario intervento statale per contenere l'epidemia si fondava, indubbiamente, sulla dimostrata letalità e sulla incredibile contagiosità del nuovo virus, capace (grazie alla globalizzazione) di valicare in modo rapidissimo i confini statali e di costringere il Governo cinese a mettere in quarantena (con tanto di cordone sanitario militare, coprifuoco e legge marziale) dapprima la città di Wuhan (una megalopoli di 10 milioni di abitanti) e poi l'intera provincia dello Hubei (60 milioni di abitanti).

Dal punto di vista tecnico, i titoli di competenza statale erano rinvenibili nella competenza legislativa esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q), Cost.) e, dal punto di vista della funzione amministrativa, sul disposto dell'art. 112 del d.lgs. 112 del 1998, il cui comma 3 aveva

¹⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, *Consulta Online* (11.4.2020).

lasciato in capo allo Stato l'esercizio delle funzioni concernenti: “g) *la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizootie di dimensioni nazionali o internazionali* [...]”.

Sull'indubbia competenza statale in materia si è recentemente pronunciata anche la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 5 del 2018 (in tema di vaccini), ha precisato (laddove ve ne fosse bisogno) che “*la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale*” (cons. dir. 7.2.2).

Per una ventina di giorni tutto si svolge seguendo le previsioni del Testo Unico della Protezione civile (invero forse inadeguato rispetto a eventi non ancora verificatisi ma da prevenire) con il Capo Dipartimento della struttura che (a partire dall'ordinanza 3 febbraio 2020) coordina le operazioni di prevenzione e contrasto, individuando le norme di legge ordinaria derogabili (soprattutto quelle del Codice contratti pubblici) e nominando come attuatori i Presidenti delle Regioni.

In realtà, come si vedrà nei due mesi successivi, questo periodo è trascorso senza che venisse fatto ciò che sarebbe stato necessario: potenziare ed ampliare i reparti di terapia intensiva e pre-intensiva; acquistare macchinari per la ventilazione polmonare e cospicue quantità di mascherine e altri strumenti di protezione per il personale sanitario; decidere una strategia di contenimento a livello nazionale (A chi fare i tamponi? Chi sottoporre a quarantena? Come organizzare la medicina territoriale per evitare la saturazione degli ospedali? Come informare la popolazione? Quali regole etiche applicare nel caso di scarsità delle risorse strumentali disponibili nelle terapie intensive?).

2.2. La seconda modalità di contrasto dell'epidemia: le ordinanze sanitarie “congiunte” sulle zone rosse del 21 febbraio 2020

Ma, dopo il 20 febbraio e la scoperta¹⁵ del primo paziente italiano (un 38enne di Codogno colpito da una polmonite interstiziale che non risponde a nessuna cura), tutto precipita rapidamente.

La reazione delle istituzioni sembra, nei primi momenti, improntata alla massima collaborazione e la creazione delle prime zone rosse (ovvero dieci comuni della provincia di Lodi e Vò Euganeo, il cui territorio è sottoposto a quarantena e nei quali sono sospese tutte le attività sociali e commerciali ivi compresi i servizi educativi) in Lombardia e Veneto viene disposta, il 21 febbraio, attraverso due distinte ordinanze del Ministro della Salute, adottate d'intesa con i Presidenti delle due Regioni interessate, che sottoscrivono l'atto.

¹⁵ Il paziente n. 1, ricoverato all'ospedale di Codogno, viene sottoposto a tampone per la ricerca dell'infezione per un'intuizione di un medico del nosocomio, nonostante non avesse avuto contatti con persone provenienti dalla Cina, in deroga alle linee guida dell'Istituto Superiore della Sanità.

Gli atti normativi in questione trovano la propria legittimazione (come confermato dal preambolo) non più nell'ordinamento della protezione civile ma nell'ordinamento sanitario ovvero nell'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, n. 833 del 1978, e nella disposizione fotocopia contenuta nell'art. 117 del d.lgs. 112 del 1998.

Le due ordinanze in esame sono, invero, anomale (in positivo) perché si decide di procedere attraverso un'intesa forte (o meglio si potrebbe dire un'ordinanza congiunta) anche se i titoli competenziali avrebbero consentito all'organo statale di procedere in piena autonomia, considerando il fatto che si trattava di intervenire per impedire la diffusione su scala nazionale di focolai divampati in due distinte regioni e il carattere fotocopia delle due ordinanze.

Ciò detto, rispetto a queste due prime ordinanze sorgono due domande: 1) era sufficiente la copertura del potere di ordinanza disciplinato in via generalissima dalle leggi sanitarie per disporre restrizioni così forti delle libertà dei cittadini? 2) In questa primissima fase le Regioni avrebbero potuto provvedere in modo indipendente, sulla base delle citate norme?

La risposta dovrebbe essere, a mio avviso, negativa ad entrambi i quesiti, principalmente perché la latitudine dei provvedimenti (mai assunti in precedenza con queste modalità nel periodo repubblicano) con cui si sospendevano alcune libertà costituzionali fondamentali dei cittadini residenti nelle zone rosse ed il fatto che non si ponesse nemmeno un limite temporale di vigenza, portavano in rotta di collisione con le riserve di legge poste a presidio delle libertà medesime.

2.3. Il tempo della legislazione d'urgenza: il d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020

L'idillio collaborativo tra Stato e Regioni era destinato a durare pochissimo lasciando il campo a moduli competitivi perché, nell'arco di 48 ore, il Governo (consapevole della necessità di dotarsi di uno strumentario giuridico più adeguato per contrastare l'epidemia) interveniva con un provvedimento di rango primario¹⁶ di ampio respiro, il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020.

In questo provvedimento, da un lato, si individuava (all'art. 1) un elenco (non tassativo ed aperto) di misure finalizzate a contenere il contagio e, dall'altro, si centralizzava nella presidenza del Consiglio la concreta adozione delle misure, indicando lo strumento attuativo principe in peculiari decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.), adottati su proposta del Ministro della salute e previo

¹⁶ Osserva correttamente C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati (diritticomparati.it)*, 24.4.2020, p. 6, che l'utilizzo della decretazione d'urgenza in luogo delle norme sulla protezione civile ovvero di quelle sull'emergenza sanitaria sembra avere avuto la funzione di assicurare "oltre a una compiuta assunzione di responsabilità politica dell'intero governo di fronte alle Camere e al Paese per le scelte adottate, la *reductio* al Presidente del Consiglio dell'autorità di governo competente all'adozione di decisioni all'altezza della generalità della sfida".

parere obbligatorio ma non vincolante (“*sentit*”) di altre autorità statali (oltre ai responsabili dell’interno, della difesa e dell’economia i titolari dei dicasteri competenti per materia) nonché dei Presidenti delle Regioni interessate ovvero del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni nel caso di coinvolgimento di più regioni¹⁷.

Tali decreti non sono atti a natura regolamentare (tali sono, di norma, i d.p.c.m.) ma vere e proprie ordinanze contingibili e urgenti¹⁸, come si evince dal fatto che non è previsto il parere del Consiglio di Stato e non è, quindi, applicabile l’art. 17 della legge n. 400 del 1988.

L’art. 2 del d.l. n. 6 consentiva, nondimeno, alle autorità competenti (Presidente del Consiglio/Ministri/Presidenti di Regione/Sindaci), con le modalità previste dall’articolo 3, commi 1 e 2, di “*adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*”; l’art. 3, comma 2, delimitava, invece, gli spazi di intervento per il potere di ordinanza a livello locale (Regioni e Comuni¹⁹), consentendo l’adozione di ordinanze contingibili e urgenti già codificate dalle citate leggi sull’ordinamento sanitario (la n. 833 del 1978 e il d.lgs. 112 del 1998) ma solo “*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1*”.

Gli elementi di debolezza strutturale di questa gestione emergenziale atto sono stati evidenziati da più parti:

- ✓ la delega in bianco alle autorità competenti ad adottare “*ulteriori*” e non meglio specificate misure, contenuta nell’art. 2 del d.l. n. 6, che esponeva questa norma a forti dubbi di costituzionalità²⁰;

¹⁷ In relazione alla partecipazione delle Regioni adozione dei d.p.c.m. ha notato G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *ambientediritto.it* (marzo 2020) come vi sia stata una sorte di degradazione dall’intesa prevista per l’adozione delle ordinanze di protezione civile dal Testo Unico del 2018 ad una leale collaborazione debole.

¹⁸ Si v. in tal senso E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolav Journal*, 18 marzo 2020, p. 4.

¹⁹ Invero, la subordinazione delle ordinanze sindacali a quelle governative, con il contestuale divieto di disporre in contrasto con esse, è stata affermata dall’art. 35 del d.l. n. 9 del 3.3.2020 (“*1. 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*”) e, successivamente, confermata dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 25.3.2020 (“*I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1*”).

²⁰ Non parla esplicitamente di incostituzionalità ma di un problematico “potere di ordinanza indefinito” M. CAVINO, *Covid19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* (18.3.2020). Più esplicito SABINO CASSESE, intervistato da P. ARMAROLI, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo sono illegittimi*, in *Il Dubbio* del 14 aprile 2020, secondo cui “Il primo decreto legge era illegittimo: non fissava un termine; non tipizzava poteri, perché conteneva una elencazione esemplificativa, così consentendo l’adozione di atti innominati; non stabiliva le modalità di esercizio dei poteri”.

- ✓ il fatto che non si prevedesse alcuna forma di controllo (né da parte del Parlamento, né ad opera del Presidente della Repubblica ovvero del Consiglio di Stato) nei confronti delle ordinanze emanate con d.p.c.m.;
- ✓ l'omissione di una disposizione di raccordo tra ordinanze statali e regionali in grado di troncane sul nascere eventuali antinomie applicative;
- ✓ la mancata individuazione di obbligatorie forme di intesa tra governo statale e giunte regionali prima dell'adozione dei provvedimenti, al fine di stimolare la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo.

3. Problemi applicativi nel rapporto tra ordinanze statali e regionali sorti dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 6 del 2020

3.1. I confini dell'intervento regionale: il caso Marche e le ordinanze campane

Non erano passati due giorni dalla pubblicazione del testo del decreto-legge che scoppiava il primo e aspro conflitto tra Stato e Regioni in merito alla latitudine dei poteri di ordinanza dei Presidenti di Regione.

Il 25 febbraio 2020 il Presidente della Regione Marche (Ceriscioli) adottava un'ordinanza (n. 1 del 2020), con la quale disponeva l'adozione sul territorio regionale (fino a quel momento esente da contagi accertati) di alcune misure di contrasto all'epidemia tra quelle contemplate all'interno dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 (sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, chiusura dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole, sospensione dei viaggi di istruzione, chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche, sospensione dei concorsi pubblici).

Tale atto (che nel preambolo dichiarava di fondare la propria legittimazione sull'art. 2 del d.l. n. 6) era stato emanato nonostante il contrario avviso del Governo, che decideva un immediato ricorso al TAR Marche avverso il provvedimento ritenuto illegittimo. Il Giudice amministrativo accoglieva prontamente la richiesta di sospensiva dell'ordinanza con decreto presidenziale 27 febbraio 2020 n. 56, che seppure succintamente motivato presentava interessanti considerazioni in punto di diritto²¹.

Il giudice poneva a base della decisione cautelare la considerazione che, data la situazione epidemiologica regionale, le "ulteriori misure" previste dall'art. 2 del d.l. n. 6 non potevano "essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione"; pertanto, la possibilità di adottare misure "ulteriori" andava "in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6".

²¹ La decisione è commentata da G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in Biodiritto.org (16.3.2020).

Seppure quest'ultima parte della succinta motivazione non appare convincente (perché come già chiarito l'elenco delle misure contenuto nell'art. 1 del d.l. 6 non era tassativo e l'art. 2 aveva proprio l'intenzione di ampliare il più possibile la discrezionalità delle autorità di governo nel circoscrivere le libertà dei cittadini), tuttavia si concorda con l'autorità giurisdizionale sull'illegittimità del provvedimento per eccesso di potere sia perché carente sul piano dei presupposti, della motivazione e dell'istruttoria (in assenza di contagiati nel territorio regionale) sia perché invasiva di competenze indubitabilmente statali sia dal punto di vista legislativo che amministrativo.

Ma il tenace Presidente marchigiano non demordeva e, il giorno stesso della pubblicazione della decisione, emanava una nuova ordinanza (n. 2 del 2020) che riproponeva le misure ma sulla base di presupposti diversi: l'emersione di casi di soggetti positivi nel territorio regionale e la legittimazione fondata sull'art. 3 del d.l. n. 6. Anche in questo caso il provvedimento era stato adottato senza consultare il Governo (con buona pace della leale collaborazione), che però non ha reagito formalmente anche perché le medesime misure erano state, nel frattempo, estese all'intero territorio nazionale con il d.p.c.m. 4 marzo 2020.

Molte discussioni hanno suscitato anche le ordinanze adottate dal Presidente della Campania (De Luca), che è stato tra i più attivi nell'utilizzo dello strumento in commento. Tra i primi (e più controversi) provvedimenti di contrasto all'epidemia troviamo l'ordinanza n. 8 dell'8 marzo 2020 con la quale:

- a) si obbligavano tutti coloro i quali erano precipitosamente rientrati in Campania dalla Lombardia e da alcune province di Emilia, Piemonte e Veneto (prima dell'entrata in vigore del preannunciato – nel pomeriggio del 7 marzo – ma non pubblicato d.p.c.m. che creava la zona rossa in quei territori impedendo la mobilità in uscita) a comunicare il proprio nominativo e ad osservare isolamento fiduciario presso il domicilio per 14 giorni, richiedendo contestualmente ai concessionari dei servizi aerei, ferroviari e autostradali di fornire i nominativi dei viaggiatori arrivati in Campania in quel fatidico fine settimana;
- b) si sospendeva l'attività di palestre, piscine e centri benessere.

A parere di chi scrive questa ordinanza poteva rientrare all'interno del quadro normativo delineato dal d.l. n. 6 perché correttamente motivata e rispondente a reali esigenze di contenimento territoriale dell'epidemia, evitando il propagarsi anche nelle regioni del Meridione d'Italia.

Altro provvedimento molto dibattuto è stato l'ordinanza n. 15 del 13 marzo, il cui articolo 1 disponeva: *“Con decorrenza immediata e fino al 25 marzo 2020, su tutto il territorio regionale è fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni. Sono consentiti esclusivamente spostamenti temporanei ed individuali, motivati da*

*comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute*²². In quest'ultimo caso più che introdurre nuove e diverse misure rispetto ai provvedimenti statali, l'ordinanza ha avuto un mero valore interpretativo, chiarendo l'obbligatorietà di un comportamento (l'obbligo di permanenza in casa²³) che, nella lettera del d.p.c.m. 8 marzo 2020²⁴, appariva solo come una raccomandazione ma, di fatto, è stato interpretato dal Viminale (si veda la direttiva ai Prefetti dell'8 marzo) come inibente ogni spostamento ingiustificato dal domicilio.

3.2. A chi compete l'istituzione delle zone rosse?

Altra questione oggetto di forte dibattito è stato il rimbalzo di responsabilità in ordine alla mancata istituzione di una "zona rossa" in provincia di Bergamo nei primi giorni di marzo, nel momento in cui emergeva con evidenza che, nella bassa Valseriana (e in particolare nel territorio dei Comuni di Nembro e Alzano Lombardo), era presente un focolaio dell'epidemia.

Intervistato il 2 aprile, il premier Conte affermava che la Lombardia non poteva addebitare al Governo la mancata attivazione della zona rossa: *"La Regione Lombardia, come tutte le altre, non è mai stata esautorata dalla possibilità di adottare ordinanze proprie, anche più restrittive, secondo la legge 833/1978. Peraltro, la Lombardia, quando ha voluto introdurre misure più restrittive, lo ha fatto. Anche Lazio e Calabria hanno disposto altre zone rosse"*²⁵.

Il Presidente della Lombardia (Fontana) controbatteva (il 4 aprile) che la Lombardia aveva inoltrato una formale richiesta in tale senso il 3 marzo al Comitato tecnico scientifico di supporto al Governo e che, ad ogni modo, la Regione era carente di competenze: *"Io non potevo fare la zona rossa perché non ho la competenza, ma anche se avessi fatto un provvedimento ai limiti della legittimità, come lo facevo eseguire? Non ho a disposizione polizia, esercito e carabinieri per far rispettare una zona rossa così vasta"*²⁶.

Tornando alle circostanze fattuali, occorre ricordare che l'8 marzo (con il già citato d.p.c.m., preannunciato ma non emanato il giorno precedente) una vasta parte del Nord Italia (Lombardia + 14 province di Piemonte, Emilia, Veneto e Marche) è divenuta area *"a contenimento rafforzato"* e, a quel punto, il problema era stato risolto alla radice.

²² Chiariva, l'art. 2 che *"Ai sensi della presente ordinanza sono considerate situazioni di necessità 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"*.

²³ Misura cautelare prevista dall'art. 21 del Codice del processo minorile, dpr 448 del 1988.

²⁴ Il d.p.c.m. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. a) aveva introdotto la seguente misura: *"evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. E' consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza"*.

²⁵ Intervista di M. OLIVA in *Il Fatto Quotidiano* del 2 aprile 2020, leggibile anche sul sito del Governo (<http://www.governo.it/it/articolo/intervista-il-fatto-quotidiano/14403>)

²⁶ Intervista sul quotidiano *La Verità* del 4 aprile 2020.

Invero, se pure siamo dell'idea che la creazione di una zona rossa qualche giorno prima dell'8 marzo non avrebbe cambiato l'evoluzione della pandemia nella bergamasca (ove, evidentemente, il virus si era diffuso con grande velocità nelle settimane precedenti e non solo in Valseriana), tuttavia, dal punto di vista teorico, riteniamo che la genericità delle prescrizioni del d.l. n. 6 avrebbe consentito alle Regioni di provvedere in via sussidiaria, almeno sino fino all'entrata in vigore di un successivo provvedimento statale che riguardasse i medesimi territori.²⁷

Il rispetto coattivo delle ordinanze del Presidente di Regione era garantito dall'art. 3, comma 4, d.l. 6, il quale sanciva che la violazione delle misure adottate (e quindi anche di quelle prese dalle competenti autorità locali) comportasse l'automatica violazione dell'art. 650 del Codice penale, mentre il comma 5 imponeva al Prefetto di assicurare *“l'esecuzione delle misure avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali”*.²⁸

Va, però, contestualmente rimarcato che la direttiva 8 marzo 2020, inviata dal Ministro dell'Interno ai Prefetti, indicava chiaramente (a p. 4) la necessità che provvedimenti aventi un impatto sull'ordine e la sicurezza pubblica venissero decisi solo dal Governo centrale²⁹ e che l'imposizione di un cordone sanitario nel territorio bergamasco (come quello attivato nel Lodigiano) necessitava un coordinamento delle forze di Pubblica sicurezza ed anche dell'Esercito che solo il Governo centrale era in grado di assicurare.

A conferma della tesi qui sostenuta si segnala il caso dell'istituzione, con ordinanza del Presidente regionale, di vere e proprie “zone rosse”³⁰ in numerosi Comuni della Penisola, tra i quali l'emblematico caso del territorio del Comune di Medicina (BO)³¹, sottoposto a rigorose misure di isolamento con

²⁷ Del medesimo avviso S. D'ANCONA, *Zone rosse e sicurezza sanitaria al vaglio delle competenze Stato-Regioni*, in <http://www.diritto24.ilssole24ore.com> (24.4.2020). In senso contrario si veda la direttiva 8 marzo 2020 del Ministro dell'Interno ai Prefetti, dalla quale (p. 4) si inferiscono indicazioni sulla necessità che provvedimenti aventi un impatto sull'ordine e la sicurezza pubblica siano decisi solo dal Governo centrale: *“Ferma restando la piena autonomia nelle materie di competenza regionale, come individuate dalle disposizioni vigenti, va rilevata l'esigenza che in ogni caso, e soprattutto in questo delicato momento, non vi siano sovrapposizioni di direttive aventi incidenza in materia di ordine e sicurezza pubblica, che rimangono di esclusiva competenza statale e che vengono adottate esclusivamente dalle Autorità nazionale e provinciali di pubblica sicurezza”*.

²⁸ Sulla vicenda è in corso un'indagine penale della Procura di Bergamo, attivata da denunce presentate da familiari delle vittime, che ha portato ad interrogare i vertici degli esecutivi regionali lombardi (Presidente e Assessore al Welfare) e statali (Presidente del Consiglio, Ministro della Salute e dell'Interno) ed è stata disposta una consulenza tecnica (CTU il Prof. Crisanti).

²⁹ *“Ferma restando la piena autonomia nelle materie di competenza regionale, come individuate dalle disposizioni vigenti, va rilevata l'esigenza che in ogni caso, e soprattutto in questo delicato momento, non vi siano sovrapposizioni di direttive aventi incidenza in materia di ordine e sicurezza pubblica, che rimangono di esclusiva competenza statale e che vengono adottate esclusivamente dalle Autorità nazionale e provinciali di pubblica sicurezza”*.

³⁰ Il Presidente dell'Istituto superiore di Sanità comunicava, il 24 aprile 2020, la sussistenza di 106 Comuni costituiti “zona rossa” in forza di ordinanze regionali, così distribuiti: 70 in Emilia-Romagna, 10 in Calabria, 6 in Abruzzo, 5 in Molise, 4 in Basilicata, 4 in Sicilia, 3 in Campania, 3 nel Lazio, una in Umbria. Va segnalato che non in tutte queste zone sono state adottate le medesime prescrizioni.

³¹ Il provvedimento individuava come principali misure per il contenimento dell'epidemia l'interdizione all'accesso (art. 1, lett. b) e il divieto di allontanamento dal territorio comunale (art. 1 lett. a) nonché la sospensione di tutte le attività

ordinanza del Presidente dell'Emilia-Romagna (Bonaccini) del 15 marzo 2020 (n. 36), adottata d'intesa con il Sindaco del Comune e sentiti il Sindaco della Città Metropolitana di Bologna e il Prefetto del capoluogo felsineo.

3.3. Le antinomie tra ordinanze regionali precedenti e d.p.c.m. successivi

Il combinato disposto degli articoli 2 e 3, comma 2, del d.l. 6 sembrava abbastanza chiaro nello stabilire che i Presidenti di Regione avrebbero potuto emanare ordinanze contenenti misure diverse da quelle individuate nel testo del medesimo decreto (lasciando così un certo margine di originalità e fantasia alle regioni) ma solo “*nelle more*” ovvero prima e nell'attesa delle ordinanze statali ed erano, quindi, destinate a perdere efficacia al sopravvenire di queste ultime.³²

Ma, nella prassi applicativa, è sorto, tra governo nazionale e governi regionali, un contrasto interpretativo in ordine alla possibile ultrattività di ordinanze regionali che contenessero misure più restrittive rispetto ai d.p.c.m. successivi.

Il caso di conflitto più noto è stato rappresentato dal contenuto di due ordinanze emanate dai Presidenti di Veneto e Lombardia, rispettivamente il giorno 20 (ord. n. 33) e il 21 di marzo 2020 (ord. n. 514) che individuavano misure di contenimento dell'epidemia maggiormente restrittive sia rispetto al disposto dei d.p.c.m. precedenti (in particolare quello dell'11 marzo che sospendeva sull'intero territorio nazionale il commercio al dettaglio con esclusione dei generi alimentari e di prima necessità individuati all'allegato 1) sia rispetto al cronologicamente seguente d.p.c.m. 22 marzo 2020.

L'ordinanza veneta individuava una serie di misure tra le quali: la chiusura di parchi e giardini (art. 2), l'obbligo di restare nelle vicinanze di casa per fare attività motoria all'aperto o per portare a passeggio il cane (art. 3), la chiusura domenicale dei negozi di generi alimentari (art. 5) e, infine, l'obbligo di recarsi a fare la spesa in non più di una persona per famiglia (art. 6).

L'ordinanza lombarda, invece, imponeva, tra le altre: la sospensione dell'attività degli Uffici Pubblici, fatta salva l'erogazione dei servizi essenziali e di pubblica utilità; la sospensione delle attività artigianali non legate alle emergenze o alle filiere essenziali; la sospensione di tutti i mercati settimanali scoperti; la chiusura delle attività degli studi professionali (salvo quelle relative ai servizi indifferibili e urgenti o

produttive ad eccezione dei negozi di generi alimentari e di prima necessità (farmacie e parafarmacie – fornai - rivenditori di mangimi per animali - distributori di carburante per autotrazione ad uso pubblico - commercio al dettaglio di materiale per ottica; delle attività di trasporto connesse al rifornimento di beni essenziali) e dei presidi socio-sanitari esistenti (art. 1, lett e).

³² Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, op. cit., p. 20 il quale osserva che “Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato” e che dunque “era da subito evidente l'infondatezza della pretesa di alcune Regioni di stabilire standard di protezione più elevati, ma determinativi di simili conseguenze di sistema”.

sottoposti a termini di scadenza); la chiusura di tutte le strutture ricettive ad esclusione di quelle legate alla gestione dell'emergenza; il fermo delle attività nei cantieri edili; la chiusura dei distributori automatici 'h24' che distribuiscono bevande e alimenti confezionati; il divieto di praticare sport e attività motorie all'aperto, anche singolarmente.

Al contrario, il d.p.c.m. 22 marzo 2020 (anche noto come "*ChiudiItalia*") non prevedeva, a titolo di esempio, la chiusura degli studi professionali (prevedendo, l'art. 1, comma 1, lett. a), che "*Le attività professionali non sono sospese*", ribadito dalla natura essenziale dell'attività degli studi legali, di architettura etc. presenti nell'allegato 1) così come non disponeva la chiusura degli alberghi che anzi figuravano nell'elenco di attività essenziali destinate a rimanere aperte (allegato 1, codice Ateco 55.1).

Il 23 marzo, mentre gli ordini professionali interessati chiedevano chiarezza, esplodeva la polemica istituzionale: il Presidente della Lombardia rilasciava una dichiarazione alla stampa³³ nella quale affermava di avere mandato una nota formale al ministro dell'Interno per chiedere "se si deve applicare la mia ordinanza o il d.p.c.m." in modo tale che "i cittadini abbiano certezze" (ma la risposta, se arrivata, non sarà mai resa di pubblico dominio).

Anche il Presidente del Veneto era sulla stessa lunghezza d'onda: "*Abbiamo fatto una verifica giuridica e il nostro ufficio legale dice che la nostra ordinanza resta in piedi perché l'ultimo d.p.c.m. richiama un d.p.c.m. che prevedeva la possibilità di fare ordinanze da parte dei governatori quindi non è impropria*".

Invero, a mio avviso, l'approccio corretto per risolvere l'antinomia era da rinvenire nel principio di competenza: le norme regionali adottate con ordinanza da parte del Presidente dell'ente territoriale in via d'urgenza erano da considerare cedevoli rispetto alle norme statali contenute nei d.p.c.m., le quali non potevano che essere prevalenti per espressa indicazione del legislatore. Il meccanismo d'azione può essere paragonato a quello previsto dall'art. 72 della Legge Fondamentale tedesca quando, nelle materie di competenza concorrente, il diritto federale si impone su quello statale, per tutelare esigenze di unitarietà giuridica ed economica.

A ciò aggiungasi che il precitato d.p.c.m. 22 marzo (emanato 24 ore dopo l'ordinanza lombarda e 48 ore dopo l'ordinanza veneta) costituiva, in definitiva, una nuova valutazione della stessa situazione di necessità e urgenza; una valutazione che, tuttavia, non poteva che prevalere su quella regionale portando alla perdita di efficacia delle norme regionali.

Ciò soprattutto nella misura in cui le norme statali erano intervenute a regolare aspetti ed ambiti che erano stati già disciplinati dalle norme regionali come nel caso emblematico dell'individuazione delle attività produttive che dovevano essere sospese oppure potevano continuare ad essere esercitate.

³³ Sono riportate sul sito della Conferenza delle Regioni (www.regioni.it), comunicazione n. 3804 del 23.3.2020.

Forse, anche anticipando la soluzione che sarebbe stata codificata nel successivo d.l. n. 19, si può ragionevolmente sostenere che l'ultrattività delle ordinanze regionali fosse condizionata a due condizioni:

- a) limitatamente a prescrizioni relative ad ambiti non toccati da successive ordinanze statali, come ad esempio l'obbligo di recarsi a fare la spesa in non più di una persona per famiglia fissato dall'ordinanza del Veneto;
- b) solo se le prescrizioni regionali si potevano ritenere più restrittive di quelle statali precedenti o successive.

4. Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione dopo il d.l. n. 19 del 25 marzo 2020

4.1. Generalità

L'acuirsi di aspri conflitti Stato/Regioni sull'estensione delle misure restrittive per arginare l'epidemia, alimentati dalla scarsa chiarezza e dalla grande discrezionalità concessa dal d.l. n. 6 portava, rapidamente, alla sua sostituzione con altro provvedimento d'urgenza, il d.l. n. 19 del 25 marzo 2020, che abrogava (art. 5) il precedente provvedimento, eliminando alcune delle disposizioni più controverse, come l'art. 2 che consentiva alle non meglio identificate "autorità competenti" di adottare misure innominate e non determinate dalla fonte primaria, ma continuava a delegare, ordinariamente, al potere di ordinanza del primo ministro (d.p.c.m.) la scelta delle misure da adottare (predeterminate all'interno di un catalogo e non più ad integrazione libera) e del tempo della loro vigenza.

Per quanto riguarda il nostro tema di indagine, l'articolo 3 del d.l. 19 confermava in capo ai Presidenti di Regione (e ai Sindaci) la competenza ad adottare "misure urgenti" per il contrasto alla pandemia ma introduceva (rispetto al precedente decreto legge) delle restrizioni a tale potere, consentendolo solo al ricorrere di specifici presupposti e con alcune rilevanti condizioni:

- a) *nelle more dell'adozione* dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento;
- b) in relazione a specifiche *situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario* verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso³⁴;
- c) esclusivamente nell'ambito delle attività rientranti negli *ambiti di loro competenza*, da intendersi sia come competenza legislativa (sia concorrente che residuale) che amministrativa (laddove vi siano funzioni statali conferite in materie non spettanti alla competenza legislativa regionale);

³⁴ Il Consiglio di Stato nel parere n. 735 del 2020, relativo alla procedura di annullamento straordinario ex art. 2 l. 400 del 1988 dell'ordinanza del Sindaco di Messina del 5 aprile 2020 che poneva irragionevoli prescrizioni (la registrazione 48 h prima e il nullaosta da parte del Comune medesimo) a chi volesse entrare in Sicilia attraverso lo Stretto di Messina, ha precisato che "tali circostanze, in applicazione delle ordinarie regole sulla motivazione del provvedimento amministrativo, non devono solo essere enunciate ma anche dimostrate".

- d) le misure dovevano caratterizzarsi per essere “*ulteriormente restrittive*”;
- e) le misure dovevano essere ricomprese nel catalogo di misure individuate all’art. 1, comma 2, e non potevano incidere né sulle attività produttive né su quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale.

Si è osservato, in dottrina, che la scelta di non comprimere totalmente le competenze di Regioni e Comuni poteva forse spiegarsi con il mancato ricorso ai poteri sostitutivi all’art. 120, comma 2, Cost.³⁵: rispetto a tale tesi abbiamo già sostenuto che lo Stato non avrebbe bisogno di attivare tale potere per intervenire con la propria legislazione ma, al contempo, occorre anche considerare l’impossibilità per la macchina amministrativa statale di sostituire (in un momento così delicato) l’amministrazione regionale nella gestione di un sistema sanitario ormai totalmente regionalizzato (e lo stesso dicasi per la protezione civile). Ciò che si sarebbe potuto fare era, al più, trasformare i Presidenti di Regione in commissari delegati per la gestione dell’emergenza ma nulla di più.

Altrettanto rilevante, ai fini della nostra indagine, il disposto dell’art. 3, comma 3, in base al quale “*Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente?*”. Con ciò volendo chiarire (anche se forse non era necessario) che la disciplina emergenziale andava a derogare ogni altra normativa che prevedesse poteri di ordinanza in capo ai Presidenti di Regione ovvero ai Sindaci.

Ad alimentare ulteriori polemiche era l’art. 2, comma 3, del citato decreto che, dopo avere fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base del d.l. 6/2020, proseguiva affermando: “*Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data, continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni?*”.

Il primo periodo non appariva neppure necessario dal momento che vi era già la clausola generale di salvezza ma il secondo periodo era ancora più criptico: a quali altre misure si riferisce?

Le Regioni interessate hanno prontamente affermato che il riferimento andava al contenuto più restrittivo delle loro ordinanze. E, in questo caso, riteniamo di appoggiare questa interpretazione perché, altrimenti, il testo sarebbe stato privo di alcun senso logico.

E questa lettura viene suffragata dal d.p.c.m. 10 aprile 2020, che pone una clausola di salvezza per alcune ordinanze regionali che invece, avrebbero dovuto, ai sensi del d.l. 19/2020, essere disapplicate: a tal fine viene, infatti, disposto, che “*si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle regioni,*

³⁵ Così C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *Sistemapenale.it*, p. 4-5 (6.4.2020).

anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale" (art. 8, comma 3, d.p.c.m. 10.4.2020)

4.2. La natura delle ordinanze regionali emesse ai sensi del d.l. n. 19/2020

Siamo dell'avviso che, pur tenendo nella debita considerazione le peculiarità di questa nuova *species* di ordinanze, non vi siano motivi per discostarsi dalla lettura tradizionale³⁶ secondo cui le ordinanze di necessità sono atti amministrativi: le ordinanze emanate ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 19/2020 anche se dotate di rilevante valore normativo sostanziale hanno mantenuto natura formale di atti amministrativi generali e, di conseguenza, possono essere oggetto di impugnazione avanti il Giudice amministrativo e, se illegittime, annullate per vizi di incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

Sul punto è sufficiente ricordare quella datata giurisprudenza costituzionale (sent. n. 4 del 1977) secondo cui le ordinanze necessitate *“sia che si rivolgano (come nella specie è avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi”*.

Resta, ovviamente, fermo il potere di attivare il controllo di costituzionalità delle norme primarie attributive del potere di ordinanza.

E il ricorso al giudice amministrativo è stato, durante la fase emergenziale, la modalità standard di impugnativa da parte del Governo delle ordinanze emanate dai Presidenti di Regione che l'esecutivo nazionale ha ritenuto gravemente lesive dell'ordinamento, come nel già ricordato caso delle Marche (di cui *supra* § 3.1.) e nella vicenda calabrese di cui parleremo *infra*. Né si può escludere che l'impugnazione avvenga ad opera di altri soggetti legittimati al ricorso come successo nel caso dell'ordinanza del Presidente della Lombardia n. 528 del 4.4.2020, impugnata ad opera di alcuni sindacati confederali.

Si è altresì ipotizzato, in dottrina³⁷, che il Governo avrebbe potuto percorrere una strada alternativa, procedendo all'annullamento straordinario delle ordinanze regionali ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 della legge 400 del 1988. L'estensione del potere di annullamento straordinario agli atti amministrativi di Regioni e Province autonome era stata esclusa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 229 del 1989 ma la revisione del Titolo V del biennio 1999-2001 e nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa che hanno qualificato l'annullamento straordinario come atto di alta amministrazione hanno indotto alcuni autori a ritenere che la risposta della Consulta potrebbe essere oggi diversa

³⁶ Si v. sulla natura delle ordinanze di necessità la recentissima monografia di E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, Bologna, 2019, 248 ss.

³⁷ Come sostenuto, tra gli altri, dall'amministrativista ANTONIO BARTOLINI, intervistato da F. RUGGIERO sul sito *Giustiziainsieme.it* (23.4.2020).

soprattutto a seguito della costituzionalizzazione delle norme sul potere sostitutivo e, in particolare, in forza del nuovo art. 120, comma 2, Cost.

Invero, riteniamo che annullamento straordinario e potere sostitutivo siano difficilmente omologabili soprattutto perché l'esercizio di poteri sostitutivi presuppone l'attivazione di un procedimento nel quale l'ente territoriale viene coinvolto e nel quale opera il principio di leale collaborazione e che, di conseguenza, permangono forti dubbi sull'applicabilità del potere tutorio rispetto ad atti amministrativi regionali.

In alternativa al ricorso giurisdizionale il Governo avrebbe potuto, invece, agire avanti la Corte costituzionale in sede di conflitto intersoggettivo (l'art. 40 della l. 87 del 1953 consente anche la tutela cautelare) ma le tempistiche di Palazzo della Consulta sono molto più lunghe rispetto alla rapidissima adozione di un provvedimento cautelare da parte del Giudice amministrativo.

Dal punto di vista sostanziale, invece, se, per un verso, si pongono come disposizioni integrative/attuative dei decreti-legge legittimanti alla stregua dei regolamenti, per altro verso, la forza derogatoria della legislazione vigente (e di alcune norme costituzionali) e la provvisorietà sono caratteristiche tipiche delle ordinanze contingibili.

4.3. Le ordinanze regionali “permissive”, i ricorsi alla giurisprudenza amministrativa e le sentenze dei giudici amministrativi

Il testo del d.l. n. 19 era assolutamente chiaro nel precisare che i provvedimenti regionali (provvisori) di contrasto all'epidemia avrebbero dovuto essere “*ulteriormente restrittivi*” ma, mentre tutti i numeri rilevanti sul fronte sanitario (nuovi contagi, ricoveri ordinari e in rianimazione, guariti) miglioravano - anche per effetto del rigido *lockdown* imposto, uno dei più lunghi e afflittivi dell'Occidente - e si ventilava la fine delle misure più controverse (ripresa delle attività commerciali e della libertà di circolazione delle persone), alcune regioni decidevano di anticipare i tempi e di consentire la ripresa di attività senza attendere le decisioni del Comitato Tecnico Scientifico e del Governo.

Il Veneto, ad esempio, con ordinanza n. 43 del 27 aprile 2020 consentiva “*lo spostamento individuale per attività motoria e attività all'aria aperta, anche con bicicletta o altro mezzo, in tutto il territorio comunale*” (art. 1), il raggiungimento delle seconde case sul territorio regionale per svolgere attività di manutenzione (art. 2) nonché “*la vendita di cibo per asporto tramite veicolo, senza uscita di passeggeri*” (art. 3), così introducendo misure derogatorie alla normativa nazionale sia pure di limitato impatto.

Alcune di queste ordinanze hanno provocato contenzioso amministrativo: un primo giudizio è stato provocato da un'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia, la n. 528 dell'11.4.2020 che, alla lettera H), consentiva la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per

le categorie merceologiche non comprese nell'allegato 1 del d.p.c.m. del 10 aprile 2020 (che ne consentiva solo alcune). Detto provvedimento era impugnato avanti il Tar Lombardia da alcune sigle sindacali (Cgil Lombardia, Uil Lombardia, Filt Cgil Lombardia, Fit Cisl Lombardia, Ultrasporti Lombardia) le quali si dolevano della violazione del d.l. n. 19 e del precitato d.p.c.m..

Con decreto n. 754 del 23 aprile, il TAR lombardo accoglieva il ricorso e sospendeva provvisoriamente l'ordinanza della Regione n. 528 dell'11.4.2020, limitatamente alla lettera H), sulla base dell'assorbente considerazione che *“l'ordinanza, disattendendo i propositi enunciati e ponendosi in contrasto con la normativa emergenziale contenuta nel d.l. e nel D.P.C.M. citt., ha ampliato, anziché restringere, le attività consentite, autorizzando il commercio al dettaglio di tutte le merci, a fronte di un D.P.C.M. che limitava il commercio solo a precisate categorie merceologiche ritenute essenziali o strategiche”*. Con questo provvedimento nulla si disponeva, peraltro, in ordine all'e-commerce (Amazon in primis) che aveva continuato le sue attività di consegna durante tutto il lockdown.

Ma il caso più eclatante ha riguardato un'ordinanza adottata dal Presidente della Regione Calabria (Santelli) il 29 aprile 2020 (n. 37), nella parte in cui, al suo punto 6, disponeva che, a partire dalla data di adozione dell'ordinanza medesima, sul territorio della Regione Calabria, era *“consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto”*.

Il Ministro per gli affari regionali (Boccia) inviava prontamente una diffida alla Regione Calabria affinché l'ordinanza venisse revocata ma neppure questo atto formale produceva esito e, quindi, il Governo decideva di ricorrere al Tar Calabria che, con la sentenza n. 841 del 9.5.2020, accoglieva le doglianze statali e annullava l'ordinanza nella parte impugnata.³⁸

Dapprima, il Giudice amministrativo rigettava tutte le eccezioni pregiudiziali e preliminari tendenti a sottolineare l'assenza di giurisdizione del Tribunale adito in favore della Corte costituzionale.

L'argomentazione che il Tar Calabria utilizza per respingere le questioni di legittimità costituzionale del d.l. 19 (sollevate da alcuni Comuni intervenuti nel giudizio) non appare, invero, convincente. Sostengono i magistrati amministrativi che non vi sarebbe stato un *“intervento sostitutivo dello Stato, bensì avocazione delle funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa”*.

Ma questo non è corretto: lo Stato non ha avocato funzioni in materia sanitaria (che è competenza concorrente) né ha avuto necessità di esercitare la chiamata in sussidiarietà perché le funzioni legislative ed amministrative riguardanti la gestione di un'emergenza sanitaria come quella causata da SarsCov2 non

³⁸ Sulla quale si veda il commento di R. CABAZZI, *C'è un giudice a Catanzaro! Il TAR Calabria boccia l'irresponsabile ordinanza della presidente regionale*, in *laCostituzione.info* (11 maggio 2020).

sono mai state conferite alle Regioni: dal punto di vista legislativo il ruolo del legislatore nazionale discende dall'attribuzione allo Stato della materia “*profilassi sanitaria internazionale*” (art. 117, comma 2, lett. q) mentre sul versante amministrativo è l'art. 112, comma 3, del d.lgs. 112 del 1998 a conservare in capo allo Stato “*g) la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali*”.

Nel merito l'ordinanza della Presidente regionale viene (in modo condivisibile) considerata illegittima sia per incompetenza assoluta, con la motivazione apodittica che “*alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati*”, sia per mancanza di adeguata istruttoria (eccesso di potere) sia per violazione del principio di leale collaborazione (eccesso di potere).

5. Il d.l. n. 33 del 16 maggio 2020 e i nuovi margini di intervento regionale

Il ritorno ad una situazione di (quasi) normalità dal punto di vista epidemiologico e la de-saturazione dei reparti ospedalieri, dopo due mesi di serrata delle attività economiche Paese e di “arresti domiciliari” per gran parte della popolazione, hanno consentito di porre fine al *lockdown* con il d.l. n. 33 del 16 maggio 2020, convertito in legge n. 74 del 14 luglio 2020.

Nel testo normativo (che modifica, senza tuttavia abrogarlo, il d.l. n. 19 e mantiene in vigore alcuni divieti come quello di espatrio con finalità turistica o di assembramento) le Regioni sono coinvolte a duplice titolo:

- a) per un verso, l'art. 1, comma 14, prevede che siano le Regioni (o la conferenza delle Regioni) ad approvare i protocolli o le linee guida che le imprese sono tenute a rispettare per riprendere la propria attività produttiva o sociale e che solo in assenza di tali provvedimenti regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida nazionali;
- b) per altro verso, l'art. 1, comma 16, impone (sempre al fine di garantire lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive) alle Regioni di monitorare, con cadenza giornaliera “*l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale*” e, sulla base di tale monitoraggio, “*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2*”.

Entrambe le disposizioni valorizzano sia le competenze regionali (di natura residuale) nelle materie economiche (principalmente commercio, industria, artigianato, agricoltura e turismo) sia il principio di leale collaborazione e, dunque, il tentativo di sviluppare una più matura forma di regionalismo cooperativo.

Peraltro, la clausola che ha consentito alle Regioni di introdurre (senza altro obbligo che informare il Ministro della salute) misure in deroga rispetto ai d.p.c.m., siano esse di carattere estensivo ovvero restrittivo, ha segnato una forte discontinuità rispetto al d.l. 19 ed ha aperto la strada a differenziazioni e asimmetrie intraregionali, di difficile comprensione per i cittadini e le imprese.

Numerosi sono gli esempi di scelte diverse compiute dagli esecutivi regionali sia pure in presenza di una situazione epidemiologica simile sull'intero territorio nazionale:

- a) la disciplina sull'uso della mascherina, obbligatoria solo in luoghi chiusi in alcune regioni (es. Toscana, ord. n. 57 del 17 maggio 2020; Veneto, ord. n. 59 del 13 giugno 2020) mentre anche all'aperto in Lombardia (ord. n. 566 del 12 giugno 2020, confermata sino al 15 luglio);
- b) la controversa apertura di sale da ballo e discoteche (mentre in Toscana sono state autorizzate con ord. n. 65 del 10 giugno 2020 e a partire dal 13 giugno, in Lombardia solo con l'ord. n. 573 del 29 giugno e a partire dal 10 luglio) che avrebbe provocato forti polemiche nel mese di agosto;
- c) la disciplina degli ingressi di soggetti provenienti da altre Regioni, prevedendosi in alcune ordinanze adempimenti di diverso tenore (es. in Campania l'ord. n. 48 del 17 maggio 2020 prevedeva non solo la necessità di comunicare il proprio arrivo ma l'isolamento domiciliare per 14 giorni dall'arrivo; stesso contenuto aveva l'ordinanza della Presidente della Calabria n. 43 del 17 maggio 2020, articoli 3,4,5).

6. Profili di costituzionalità delle ordinanze dei presidenti di Regione che prevedono la limitazione/sospensione dei diritti costituzionali

Una volta esaminate le modalità con cui i decreti legge di gestione dell'emergenza sanitaria hanno consentito l'integrazione delle norme di livello statale (i d.p.c.m.) ad opera delle fonti regionali (le ordinanze dei Presidenti di Regione), una domanda sorge spontanea: è corretto, dal punto di vista costituzionale, consentire delle limitazioni delle libertà fondamentali di cittadini ed imprese per un periodo di tempo prolungato ad opera di ordinanze di necessità ed urgenza adottate dai Presidenti di Regione?

Detto in altri termini, la riserva di legge prevista dalle norme costituzionali citate è ottemperata dalle ordinanze regionali di necessità?

Innanzitutto, occorre chiarire un punto: in linea generale l'Assemblea costituente ha ritenuto necessario che la limitazione dei diritti dei cittadini deve avvenire con provvedimenti adottati dal potere legislativo dal momento che questo è espressione diretta del corpo elettorale e quindi della sovranità popolare.

A questo fine sono state introdotte nel testo costituzionale una serie di riserve di legge, la cui principale *ratio* è, per l'appunto, quella detta “garantista” ovvero di impedire che il potere esecutivo adotti, senza il controllo del legislativo, provvedimenti limitativi delle libertà costituzionali.³⁹

La Corte costituzionale ha da tempo chiarito che anche la legge regionale, in quanto fonte atto primario ed espressione del potere legislativo, ottempera alla riserva di legge. Dobbiamo, quindi, ritenere che, nelle materie rientranti nella competenza regionale, sia sempre possibile, con legge approvata dal Consiglio regionale, limitare e/o sospendere i diritti di cittadini e imprese.

Quanto al possibile utilizzo di ordinanze di necessità, la Corte costituzionale, sin dalle prime decisioni riguardanti l'art. 2 del TULPS del 1931 (potere di ordinanza prefettizio), ha chiarito che, nelle materie sottoposte a riserva assoluta di legge (e la Corte faceva espresso riferimento all'art. 13, terzo comma Cost.), esse sono da ritenersi escluse, non potendo “*concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione*”.⁴⁰

Diverso il discorso in presenza di una riserva relativa, in quanto, per il giudice costituzionale, la legge ordinaria (e quindi anche il decreto-legge in ultima analisi) è legittimata ad attribuire all'amministrazione “*l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è attribuito*” (sent. n. 26 del 1961, cons. dir. n. 5).

Su questa base giurisprudenziale la dottrina costituzionalistica degli anni Sessanta aveva sottolineato che la caratteristica del potere di ordinanza “*non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato*”⁴¹ e ne aveva ricostruito i limiti: “*non possono in nessun caso essere contrarie a disposizioni della Costituzione o intervenire in materia coperta da riserva assoluta di legge, possono intervenire contra legem in materia coperta da riserva relativa solo quando le norme relative contengono i criteri direttivi (e cioè, oggi, solo in alcuni pochi casi), possono tutte intervenire anche in deroga a legge in materie non coperte da alcuna riserva di legge*”⁴².

Ulteriori requisiti di legittimità delle ordinanze contingibili e urgenti sono stati individuati dalla giurisprudenza costituzionale successiva (in particolare dalle sentenze nn. 4 del 1977, 100 del 1987, 127 del 1995 e 284 del 2006): il rispetto dei principi generali dell'ordinamento; la durata limitata al tempo

³⁹ L'Assemblea costituente affrontò il problema della sospensione dei diritti costituzionali nelle situazioni di emergenza giungendo ad approvare un divieto esplicito di sospensione durante lo stato d'assedio (che, come noto, non compare però nel testo finale); dai dibattiti emerge, inoltre, che la maggioranza dei Padri fondatori era dell'avviso che sarebbe stato illegittimo operare deroghe ai diritti ad opera dei decreti legge (tesi che sarà riproposta da C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, p. 831 ss.); su questo dibattito si veda la ricostruzione B. CHERCHI, *Stato di assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, p. 1108 ss.

⁴⁰ Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia si v. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 133 ss.

⁴¹ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, 1965, p. 91.

⁴² G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, *op. cit.*, p. 89.

strettamente necessario per la normalizzazione della situazione (temporaneità); il rappresentare l'*extrema ratio* (eccezionalità); la proporzionalità, ovvero l'essere commisurate al raggiungimento del fine perseguito; la forma scritta *ad substantiam*; l'essere circostanziatamente motivate per consentire il controllo della legittimità ed adeguatezza; la tutela di un interesse generale; la pubblicità.⁴³

Visto attraverso la lente di questa giurisprudenza, il potere di ordinanza del Presidente di Regione, siccome definito all'interno dei decreti legge 19 e 33 del 2020 (e rispettive leggi di conversione), presenta caratteristiche del tutto anomale e sulla cui legittimità costituzionale ci permettiamo di sollevare dubbi:

- i) in primo luogo, perché queste ordinanze sono, di fatto, autorizzate a derogare non solo alle leggi ma anche a disposizioni costituzionali, potendo restringere o sospendere l'esercizio di libertà coperte da riserva assoluta di legge (libertà personale, di riunione, religiosa);
- ii) in secondo luogo, perché queste nuove ordinanze possono intervenire a limitare l'esercizio di diritti coperti da riserva relativa (principalmente le libertà di circolazione⁴⁴ e di iniziativa economica) senza che le fonti primarie attributive del potere abbiano individuato dei criteri direttivi per l'esercizio del potere (tali non potendosi ritenere le generiche clausole che impongono di adottarle "*secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio*").
- iii) in terzo luogo, perché le misure attivabili sono predeterminate in un apposito elenco e, quindi, il contenuto delle ordinanze non è affatto libero;
- iv) da ultimo, per il fatto che queste ordinanze sono motivate solo succintamente e con generici rinvii alla situazione epidemiologica.

Certamente, occorre ammettere che l'emergenza sanitaria in corso, creata dall'imperversare del virus SarsCov2, ha presentato caratteristiche del tutto nuove e ha richiesto ininterrotti interventi a contenuto normativo da parte delle autorità di governo nonché continue modulazioni delle misure, direttamente collegate alle esigenze epidemiologiche e alla situazione delle strutture sanitarie; tuttavia, le soluzioni

⁴³ Si v. C.M. GRILLO, *Le ordinanze contingibili e urgenti ed il potere di controllo del giudice*, in Riv. giur. amb., 2001, p. 1134 ss.

⁴⁴ A proposito della libertà di circolazione, autorevole ma isolata dottrina (PACE A., *op. cit.*, p. 282) ha sostenuto che solo la legge statale sarebbe fonte competente ad apporvi limitazioni in quanto diritto della persona; il divieto di intervento del legislatore regionale discenderebbe dal combinato disposto dell'art. 120, comma 2, Cost., che vieta l'adozione di provvedimenti regionali che possano ostacolare la libertà di circolazione tra le Regioni, e l'art. 117 Cost., che non prevede (neppure dopo la riforma del 2001) competenze legislative regionali concernenti la disciplina di tale libertà. Tale tesi è stata, tuttavia, respinta dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 51 del 1991, ha così statuito: "*Il potere delle regioni di disciplinare e, quindi, di limitare la libera circolazione dei soggetti umani e dei beni è, infatti, connesso allo svolgimento dell'autonomia politica e amministrativa delle regioni stesse. Sicché quel potere non può essere escluso tutte le volte che le disposizioni costituzionali che regolano il libero movimento delle persone o delle cose ammettono che la relativa disciplina possa essere posta anche da atti di esercizio delle competenze costituzionalmente spettanti alle regioni. Più precisamente, nella misura in cui l'art. 16 della Costituzione autorizza anche interventi regionali limitativi della libertà di circolazione delle persone e nella misura in cui altre norme costituzionali, principalmente gli artt. 41 e 42 della Costituzione, ammettono che le limitazioni ivi previste alla libera circolazione dei beni possano essere poste anche con atti regionali, non può negarsi che la regione, per la parte in cui legittimamente concorre all'attuazione dei valori costituzionali contrapposti a quelle libertà, possa stabilire limiti alla libera circolazione delle persone e delle cose.*" (cons. dir. n. 3)

accolte dai decreti-legge citati non sembrano del tutto in linea con le regole costituzionali e con gli insegnamenti della Corte costituzionale sul potere di ordinanza.

Ciò premesso riteniamo che sarebbe stato preferibile, in ossequio alle logiche delle riserve di legge che tutelano l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti, prevedere delle modalità di coinvolgimento degli organi titolari del potere legislativo (Parlamento statale e Consigli regionali), quantomeno in sede di controllo di questo anomalo (e si spera davvero temporaneo) potere di ordinanza, prevedendone, ad esempio, un obbligatorio e celere esame da parte delle assemblee legislative con annesso dibattito sulla congruità e proporzionalità delle misure adottate. Invece, come se fossimo in un periodo bellico, i legislativi si sono auto-eclissati e gli esecutivi sono rimasti, nel loro solipsismo, a fronteggiare l'epidemia.

7. Conclusioni: l'impatto di Covid19 sul regionalismo italiano

Il copione di questa storia è, purtroppo, dolorosamente noto: a partire dalla fine del mese di febbraio 2020 un'epidemia, prodotta dalla trasmissione di un virus finora sconosciuto al genere umano ed altamente contagioso, ha colpito duramente le nostre regioni settentrionali, causando migliaia di vittime (l'immagine dei camion militari che portano via da Bergamo le bare rimarrà a lungo nella nostra memoria), la saturazione delle terapie intensive (drasticamente ridotte a causa dei tagli strutturali degli ultimi dieci anni) e costringendo il Governo ad adottare misure di contenimento severe (che hanno confinato in casa per oltre due mesi la maggior parte della popolazione e bloccato la maggior parte delle attività produttive, culturali e sociali) per evitare la propagazione del virus sul restante territorio nazionale (ancor più impreparato, dal punto di vista strutturale, a reggere una simile onda d'urto).

Il virus ha colpito duramente il nostro Paese in un momento storico in cui il regionalismo italiano pareva in una fase di stallo, seguita alla bocciatura popolare (referendum del 4 dicembre 2016) del progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi che avrebbe, per un verso, ridotto le competenze legislative regionali (da molti autori si è così parlato di neocentralismo) e, per altro verso, dotato, finalmente, le regioni di una propria camera di rappresentanza.

Da parte sua la sanità, come noto, è stata regionalizzata, sul versante amministrativo, dai primi anni Novanta del secolo scorso (a partire dal d.lgs. 502 del 1992) mentre la competenza legislativa concorrente in materia di “*tutela della salute*”, pur implementata dalla riforma costituzionale del 2001, incontra numerosi limiti tra i quali il principale è costituito dai LEA ovvero gli standard minimi da assicurare nei servizi sanitari regionali, che sono fissati dal Governo statale con d.p.c.m.

L'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari regionali è, dunque, interamente riposta sugli esecutivi regionali anche se lo Stato non ha mai rinunciato ad un ruolo nel controllo e nella risposta ad epidemie su scala nazionale; ciò è confermato dal combinato disposto dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., che

attribuisce alla potestà esclusiva statale la materia “*profilassi sanitaria internazionale*” e dell’art. 112, comma 3, lett. g), d.lgs. n. 112 del 1998 che ha mantenuto in capo allo Stato la funzione amministrativa relativa a “*la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali*”.

Invero, nel contrasto all’epidemia, ciò che pare essere totalmente mancato è proprio il coordinamento statale degli interventi regionali: perché gli esecutivi regionali sono andati (e, anche in questa fase, si stanno muovendo) in ordine sparso sull’utilizzo dei tamponi e nella ricerca e tracciamento di coloro che avevano avuto dei contatti con persone contagiate? Perché lo Stato non è intervenuto per reperire strumenti e materiale sanitario (reagenti, caschi CPAP, mascherine, dispositivi di protezione etc.) di cui gli ospedali (e le RSA) del centro-nord avevano bisogno? Perché le Regioni hanno dovuto, in solitaria, allestire campi mobili, erigere nuove strutture da destinare ai malati e reperire con una *call* i medici necessari per sopperire alle esigenze sopravvenute? Perché sono mancate linee guida o protocolli nazionali sulle cure da somministrare?

E’ indubbio che la gestione di questa epidemia, almeno sul fronte della risposta sanitaria, sia stata lasciata dal Governo centrale ai Governi regionali e ai Servizi sanitari regionali da loro dipendenti, essendosi limitato il primo a fornire indicazioni generiche e direttive di massima (si veda, come esempio, la circolare del Ministero della salute del 25 marzo 2020 sull’organizzazione dei servizi ospedalieri e territoriali) mentre, dal punto di vista degli aiuti concreti (in termini di strumentazione, dispositivi di protezione, personale o liquidità), il contributo statale - attraverso la Protezione civile⁴⁵ - alle Regioni che ne avevano estremo bisogno è stato insufficiente e tardivo (a causa dell’impreparazione rispetto ad un simile evento calamitoso e della scarsità delle risorse disponibili sui mercati).

E l’oggettiva impossibilità per le strutture ospedaliere delle Regioni del Centro-Nord (indiscutibilmente le migliori e più attrezzate del Paese) di reggere lo *tsunami* provocato dalla moltiplicazione esponenziale dei contagi e dei ricoveri, il gran numero di vittime e le inefficienze dimostrate da alcuni sistemi di sorveglianza territoriale hanno avuto, come indiretta conseguenza, la presa di posizione di autorevoli esponenti dei partiti che sostengono il Governo Conte II (Crimi, Orlando) in favore di una ricentralizzazione della sanità pubblica.

Allo stato, il braccio di ferro tra centro e periferia sulla competenza ultima a dettare misure di contrasto all’epidemia valevoli all’interno dei singoli territori regionali sembra, peraltro, essere stato vinto dalle Regioni che si sono viste riconoscere (con l’ultimo dei decreti-legge, il n. 33) il potere di derogare, sia *in peius* (in modo ulteriormente restrittivo) che *in melius* (in modo ampliativo), alle limitazioni delle libertà adottate con provvedimenti statali (d.p.c.m.).

⁴⁵ Per quanto riguarda i materiali (consumabili e non) distribuiti dalla Protezione civile alle Regioni, i dati sono reperibili nel sistema ADA sul sito protezionecivile.gov.it.



Un'ulteriore conseguenza della gestione regionale dell'epidemia è stata la forte esposizione mediatica dei Presidenti di Regione (o meglio di alcuni di essi), la cui popolarità è cresciuta per le numerose apparizioni su televisioni e social media e (non per tutti) per i risultati ottenuti nel fronteggiare l'epidemia, accentuando i caratteri presidenzialistici presenti nella forma di governo regionale neoparlamentare.

Le vicende che abbiamo cercato di ricostruire in questo contributo attestano, infine, il fallimento della leale collaborazione tra Stato e Regioni sia nella fase discendente che in quella ascendente: la Conferenza Stato-Regioni non è stata in grado di fungere da camera di mediazione e gli accesi scontri di vedute tra governo nazionale e governi regionali (laddove sarebbe stata necessaria un'azione comune e condivisa) sono stati numerosi ed alcuni di questi (accentuati da una scrittura criptica delle norme) sono stati arbitrati dal Giudice amministrativo (e sempre risolti a favore del governo nazionale).

Il bilancio finale di questo semestre di emergenza pandemica, sul versante del regionalismo, non può, quindi, che essere negativo perché si sono accentuati gli elementi di tipo competitivo a scapito di quelli cooperativi rendendo (a nostro avviso) sempre più necessario un intervento a livello di revisione costituzionale per istituzionalizzare forme di raccordo tra i livelli di governo più funzionali dell'attuale sistema delle Conferenze e per chiarire, in modo definitivo, le illogicità e le zone d'ombra ereditate dalla riforma del 2001.