

FORUM
LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA
TRA STATO, REGIONI ED ENTI LOCALI

FONTI E PROVVEDIMENTI DELL'EMERGENZA SANITARIA COVID-19:
PRIME RIFLESSIONI

ROBERTO CHERCHI

(Professore associato di Diritto costituzionale,
Università di Cagliari)

ANDREA DEFFENU

(Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico,
Università di Cagliari)

Data di pubblicazione: 23 aprile 2020

ROBERTO CHERCHI - ANDREA DEFFENU*

**Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19:
prime riflessioni****

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli atti adottati dal Governo: decreti-legge, tipizzazione delle misure di contenimento, DPCM. – 3. I DPCM e la compressione delle libertà fondamentali. – 4. L'emergenza coronavirus tra Stato, Regioni e Comuni: il decreto-legge n. 6/2020. – 5. Le ordinanze regionali: il d.l. 19/2020 – 6. Le ordinanze dei sindaci: il d.l. 19/2020. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Quando, come vedremo nel caso in esame, l'ordinamento giuridico appresta misure volte a incidere così severamente sul godimento dei diritti di libertà, pur se giustificate dal venire in essere di una situazione eccezionale, il compito del giurista consiste nel sottoporle a un attento e scrupoloso *screening* al fine di testarne la compatibilità col nostro assetto costituzionale, consapevoli con Bruce Ackerman che «ai governi non dovrebbe essere permesso di dare di matto nemmeno durante l'emergenza; molte misure estreme

* Roberto Cherchi è Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Cagliari.

Andrea Deffenu è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Cagliari.

** Contributo al *Forum* su *La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*.

dovrebbero rimanere *off-limits*»¹. È quindi necessario verificare se sia possibile una lettura costituzionalmente orientata e conforme al dettato costituzionale delle misure introdotte.

È con questo spirito che rifletteremo sui profili di criticità degli atti emergenziali di competenza statale (§§ 2 e 3), per poi passare all'analisi delle previsioni normative concernenti i poteri di ordinanza delle Regioni e dei Comuni (§§ 4, 5, 6), oltre a svolgere alcune brevi considerazioni conclusive (§ 7).

2. Gli atti adottati dal Governo: decreti-legge, tipizzazione delle misure di contenimento, DPCM

È con la Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario da Covid-19, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020², per una durata di sei mesi, che prende avvio la nostra analisi delle fonti e dei provvedimenti adottati a livello nazionale.

Come primi, immediati, strumenti normativi di intervento, la Dichiarazione richiamata individua, quasi naturalmente, le ordinanze di protezione civile previste dall'art. 25 del d.lgs. n. 1/2018 (*Codice della protezione civile*). Il punto 2 della delibera precisa, in particolare, che per l'attuazione degli interventi di primo soccorso alle popolazioni interessate e di eventuale ripristino delle funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture strategiche

¹ B. ACKERMAN, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma 2005, 15, trad. it. di *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 2004, vol. 113, 1029 ss.

² Questa, come altre fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria sono rinvenibili tramite il *Dossier sull'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, a cura di C. Drigo e A. Morelli, in questa *Rivista*, 22 aprile 2020.

coinvolte³, il Capo della protezione civile provvede con apposite ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse stanziato nella medesima delibera. È sufficiente la lettura delle decine di ordinanze di protezione civile adottate fino ad oggi per verificare che esse sono intervenute per finalità connesse all'emergenza e per rispondere alle esigenze – organizzative e di supporto – più svariate e impellenti: predisporre il rientro delle persone presenti nei Paesi più colpiti, prevedere misure per la salvaguardia dell'anno scolastico degli studenti rientrati da aree a rischio e sottoposti a misure di sorveglianza, consentire acquisti in deroga al Codice dei contratti pubblici, affidare la sorveglianza microbiologica all'Istituto superiore di sanità, etc.⁴. L'utilizzo, per questo ampio fascio di interventi urgenti, delle ordinanze di protezione civile appare conforme alle previsioni legislative vigenti e, da questo punto di vista, risulta privo di particolari criticità se non quelle, più generali e non certamente determinate dall'emergenza in corso, derivanti dallo strumento “ordinanza” in quanto tale⁵.

³ La delibera che dichiara lo stato di emergenza richiama, più precisamente, al fine di circoscrivere l'oggetto delle ordinanze di protezione civile, le lettere a) e b) dell'art. 25, co. 2, del Codice della protezione civile, secondo cui con tali provvedimenti si dispone in ordine, rispettivamente, «all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento» ed «al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea».

⁴ V. il *Dossier sull'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 29 ss.

⁵ Sulle ordinanze v. i recenti lavori di A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011 e E.C. RAFFIOTTA,

Di fronte alla necessità di adottare ulteriori e inusitate misure di contenimento dell'epidemia virale, in grado di incidere e limitare i diritti fondamentali, coinvolgenti gli abitanti di interi comuni o di aree ancora più vaste, si sarebbe potuto considerare l'ordinanza *extra ordinem* del Capo della protezione civile uno strumento normativo legittimo e adatto allo scopo? Ancora, di fronte alla predisposizione di misure coercitive senza precedenti nella storia dell'Italia repubblicana – limite all'accesso nei comuni interessati dall'epidemia, chiusura di strutture pubbliche, sospensione di manifestazioni ed eventi, applicazione della quarantena per individui determinati, sospensione delle attività lavorative per le imprese, etc. – come sarebbe stato percepito dai destinatari e in generale dai cittadini l'imposizione di misure così impattanti e neppure predeterminate nei loro contorni a causa dell'assenza di una fonte primaria *ad hoc*? È possibile che siano state queste alcune delle considerazioni che hanno indotto il Governo a prediligere, per tale secondo fascio di provvedimenti, la previa adozione di un atto con forza di legge⁶.

Pertanto, col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6⁷, l'Esecutivo ha optato per la tipizzazione, da parte della fonte primaria, di precise misure di contenimento e gestione dell'epidemia da Covid-19, da adottarsi tramite appositi provvedimenti e sulla base di presupposti definiti, individuando altresì le

Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, Bologna 2019.

⁶ Secondo C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020, 7, «che disposizioni simili siano state adottate con decreto-legge, riflette proprio l'esigenza di fare ricorso a una fonte più elevata e perciò meno controversa delle ordinanze ministeriali d'urgenza». Sulla scelta del decreto-legge come «terza via» v. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, su *Osservatorio emergenza covid-19*, paper 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 4, www.federalismi.it.

⁷ Il d.l. 6/2020 è stato convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

autorità competenti e l'*iter* procedurale. Questo assetto delle fonti dell'emergenza è stato per buona parte confermato dal decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19⁸, salve però, alcune modifiche non marginali sulle quali ci soffermeremo a breve. Nell'analisi delle misure individuate commenteremo direttamente quest'ultimo decreto, anche perché esso non ha novellato il d.l. 6/2020, ma lo ha quasi integralmente sostituito, abrogandone di conseguenza quasi tutte le disposizioni.

Quanto alle misure di contenimento, esse devono essere innanzitutto adeguate e proporzionate al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso (art. 1, co. 2, d.l. 19/2020). Inoltre, possono essere adottate solamente per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, anche se reiterabili e modificabili fino al termine dello stato di emergenza, e « ... con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus» (art. 1, co. 1, d.l. 19/2020).

L'elenco delle misure adottabili – lettere dalla *a*) alla *gg*) – più articolato rispetto al d.l. 6/2020 – include, tra le tante, la limitazione della circolazione delle persone, il divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia, delle scuole e delle università, la chiusura di tutte le attività commerciali tranne gli esercizi per l'acquisto di beni di prima necessità, la limitazione all'accesso o la sospensione di tutti i mezzi di trasporto delle merci e delle persone, etc.

È importante sottolineare che l'art. 2 del d.l. 6/2020 consentiva alle autorità competenti di adottare non solo le misure ivi elencate, ma anche *ulteriori* misure di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di contenerne la diffusione. Questa previsione, chiaramente volta a lasciare in capo al decisore un margine di intervento non predeterminato, annacquava fortemente – e

⁸ Il d.l. 19/2020, nel momento in cui si scrive, è all'esame delle Camere per la conversione in legge.

forse vanificava – il significato della tipizzazione delle misure emergenziali offerta dall'art. 1 e rinvenibile nell'ossequio al principio di legalità sostanziale. Una disposizione siffatta rischiava, in sostanza, di rendere inutile il previo intervento della fonte primaria, così da porre nei confronti di eventuali misure atipiche adottate ai sensi dell'art. 2 gli stessi dubbi di legittimità che si sarebbero posti se tali misure fosse stato possibile adottarle ai sensi dell'art. 25 del Codice della protezione civile⁹. Forse anche per le perplessità suscitate da tale previsione normativa il Governo ha preferito porvi rimedio, da un lato, abrogando la disposizione che consentiva l'adozione di provvedimenti atipici e, dall'altro lato, integrando l'elenco delle misure tipiche.

Il procedimento, la forma e gli effetti degli atti volti ad attuare le misure di contenimento dell'epidemia sono stabiliti dall'art. 2 del d.l. 19/2020, secondo cui:

a) le misure di contenimento sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (d'ora in poi DPCM), su proposta del

⁹ Sui dubbi di legittimità costituzionale relativi all'art. 2 del decreto-legge 6/2020, così come dell'art. 2, co. 3, decreto-legge 19/2020, che di tali ordinanze atipiche ha previsto la sanatoria, V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dir. fond.*, 1274, www.dirittifondamentali.it; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 8; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 112, www.rivistaaic.it; L. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, su Osservatorio emergenza covid-19, paper 23 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 13, www.federalismi.it; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 83-84, www.costituzionalismo.it; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in questa *Rivista*, 1/2020, 511 ss.

Ministro della salute, sentiti i Ministri maggiormente coinvolti¹⁰ nonché i Presidenti delle Regioni interessate (nei casi in cui le misure riguardino una o più specifiche Regioni) ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle province autonome (nei casi in cui le misure coinvolgano il territorio nazionale)¹¹;

b) nelle more dell'adozione dei DPCM, e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità ed urgenza per situazioni sopravvenute, le misure di contenimento possono essere adottate, ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dal Ministro della salute;

c) il mancato rispetto delle misure di contenimento, che nel d.l. 6/2020 era sanzionato ai sensi dell'art. 650 del c.p., è ora punito, salvo che il fatto non costituisca reato, con una sanzione amministrativa pecuniaria¹²;

d) l'esecuzione delle misure è assicurata dal Prefetto che si avvale, a tal fine, delle Forze di polizia e, ove occorresse, delle Forze armate, al cui personale è attribuita la qualifica di agente di pubblica sicurezza;

e) i termini del controllo preventivo della Corte dei conti sono dimezzati, salva, in ogni caso, la provvisoria efficacia, esecutorietà ed esecutività di tali provvedimenti durante lo svolgimento della fase di controllo.

Da quanto sopra riportato è possibile evincere che siamo di fronte alla previsione di atti amministrativi tipici aventi carattere temporaneo in quanto di durata limitata nel tempo (massimo trenta giorni) e in ogni caso subordinati al persistere della situazione di emergenza deliberata dal

¹⁰ Sono obbligatoriamente sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli altri ministri sono sentiti, volta per volta, *ratione materiae*.

¹¹ Sulla possibilità, prevista dalla norma in esame, che tali misure siano adottate anche su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate v. *infra*, § 5.

¹² Per i gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali è prevista altresì la sanzione della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.

Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020. Si deve evidenziare che per essi, a differenza di quanto abitualmente sancito per le ordinanze contingibili e urgenti, non è espressamente prevista la capacità di derogare ad ogni disposizione vigente, pur nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento. Ciò si spiega in ragione del fatto che a essi deve riconoscersi carattere esecutivo – anche perché espressione almeno in parte di discrezionalità tecnica¹³ – delle disposizioni facoltizzanti dell'art. 1, d.l. 19/2020: il fine di questi provvedimenti è, come riporta la stessa rubrica dell'art. 2, non tanto di intervenire – per le ragioni più varie – in deroga alla legislazione vigente, quanto di *attuare* le misure di contenimento prefissate dalla stessa fonte primaria¹⁴. Mettendo assieme tutti questi elementi si può concludere nel senso

¹³ Come è noto, la discrezionalità amministrativa in senso proprio è la valutazione comparativa degli interessi per individuare la soluzione più idonea a tutelare l'interesse pubblico primario. Nell'esercizio della discrezionalità tecnica, la pubblica amministrazione non sceglie la soluzione più adatta a tutelare l'interesse pubblico primario, ma verifica della sussistenza dei presupposti di fatto cui la legge subordina l'esercizio del potere, senza alcun non c'è alcun profilo di valutazione dell'interesse pubblico. A conferma di ciò, i procedimenti amministrativi in cui c'è una valutazione tecnico-specialistica sono procedimenti di natura vincolata, in quanto la scelta riguarda l'utilizzo della regola tecnico-specialistica, solo la fase della verifica diretta a stabilire la sussistenza dei presupposti: su questi connotati della discrezionalità amministrativa e tecnica v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2020, 213 ss. Nell'ipotesi in esame, ci pare corretta l'osservazione di M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7, secondo il quale «graduare la gravità delle misure in rapporto all'evoluzione della pandemia è mera discrezionalità, in parte tecnica, di alta amministrazione».

¹⁴ Anche per gli ora abrogati DPCM a contenuto non tipizzato previsti nell'art. 2 del d.l. 6/2020, la capacità derogatoria non era espressamente prevista, ma sembrava potersi comunque desumere dalla natura delle misure, che doveva essere «adeguata e proporzionata» alla situazione di emergenza, così come, dopotutto, la capacità derogatoria dei decreti

che la soluzione prescelta – decreto legge e DPCM “attuativi” – appare conforme con l’assetto delle fonti delineato dalla Costituzione e rispetta, in particolare, il principio di legalità in senso sia formale che sostanziale¹⁵.

3. I DPCM e la compressione delle libertà fondamentali

Dobbiamo domandarci, ora, se e in che termini il complesso di atti legislativi e amministrativi in esame abbia determinato la compressione di diritti fondamentali. Poiché si è di fronte a un *hard case*, una vicenda senza precedenti che sollecita una rinnovata riflessione sui significati costituzionali, possiamo solo ipotizzare alcune possibili risposte, senza ambire a giungere a conclusioni definitive¹⁶.

Il primo quesito cui si è chiamati a rispondere è se il complesso di atti adottati (quanto meno, quelli statali) possa dirsi incidere sulla libertà personale. A tal fine, non si può prescindere dalla ricostruzione dell’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost., anche in rapporto all’art. 16 Cost.

Un primo criterio muove dalla qualificazione dell’atto che determina la restrizione. Secondo la giurisprudenza costituzionale, in linea di principio, gli atti coercitivi sarebbero sussumibili nell’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost., mentre quelli obbligatori sarebbero riconducibili agli artt. 16 e 23

prefettizi ex art. 2 T.U.L.P.S. non è prevista espressamente, ma è ricavata dalla qualificazione di tali provvedimenti come “indispensabili” a conseguire il fine prescritto.

¹⁵ In senso conforme a quanto qui sostenuto v. A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in questa *Rivista*, 1/2020, 525.

¹⁶ Un caso, come giustamente ricorda A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in questa *Rivista*, 1/2020, 375, fuori dagli scenari immaginati dal Costituente quando fu redatto l’art. 16 Cost.

Cost.¹⁷. In alcune decisioni il giudice delle leggi ha ritenuto che atti anche non coercitivi possano determinare una restrizione della libertà personale, se sono

¹⁷ V., ad esempio, le sentt. 471/1990 e 105/2001. Su questo approccio v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Padova 1992, 179, 185 ss., per il quale la restrizione della libertà personale viene in evidenza solo se c'è una limitazione della libertà fisica, a prescindere dalla sua entità, mentre sarebbe impropria l'eventuale ricerca dell'ulteriore requisito della degradazione giuridica dell'individuo; nello stesso senso v. G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino 2006, 560-561; C. DE FIORES, *Libertà personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano 2006, 3525.

Una parziale eccezione a questo orientamento è data da due sentenze, in cui la Corte costituzionale ha escluso che siano ascrivibili all'art. 13 Cost. le limitazioni che incidono solo sull'aspetto esteriore dell'individuo o che sono «del tutto temporanee». Si veda la sentenza 30/1962 in cui la Corte costituzionale, che giudicava sull'ascrivibilità alla libertà personale dei rilievi segnaletici di cui all'art. 4 t.u.l.p.s., ha affermato che solo i rilievi segnaletici che importino ispezioni personali ai sensi dell'art. 13 Cost. incidono su tale libertà, mentre i rilievi fotodattiloscopici non comportano una restrizione della stessa, e questo non tanto per la «momentaneità» o «levità» della misura, quanto per il loro incidere esclusivamente «sull'aspetto esteriore della persona». La Consulta ha inoltre sottolineato che quella della sentenza «non è – e non potrebbe essere – una soluzione definitiva», in quanto questa «spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi e modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13». Su questa decisione v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., 179

idonei a integrare una degradazione giuridica¹⁸. Sulla base di questi parametri, è stato sostenuto che gli atti oggetto del nostro esame non producono

e 203, nota 17, che non condivide l'applicazione del criterio "quantitativo" e quello della degradazione giuridica.

Parimenti nella sentenza Corte cost. 13/1972 la Consulta, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, t.u.l.p.s., che consente all'autorità di pubblica sicurezza di decidere l'accompagnamento coattivo nei propri uffici per mezzo della forza pubblica di un soggetto che in precedenza non era comparso nonostante fosse stato convocato, ha escluso che la legge debba prevedere in relazione a tale atto coercitivo, che secondo la stessa Corte comporta un'incisione della libertà personale, una convalida giurisdizionale *ex art. 13, co. 3 Cost.*, poiché «il provvedimento incide in modo del tutto temporaneo» sulla libertà personale. La Consulta ha pertanto differenziato le misure durature, che privano della libertà personale, da quelle temporanee, o meglio "del tutto temporanee" che la limitano: è da ritenersi che ogni forma di detenzione abbia carattere tendenzialmente duraturo, mentre alcuni atti tipici (come le ispezioni e le perquisizioni) e atipici (ad esempio i rilievi segnaletici) sarebbero ascrivibili alla seconda. Tale sentenza, pur censurabile per aver consentito che un atto coercitivo, anche se «del tutto temporaneo», incida sulla libertà personale senza che siano rispettate le garanzie previste dall'art. 13 Cost., confermerebbe la necessità di rispettare le garanzie dell'art. 13 Cost. con riferimento a ogni atto che incida sulla libertà personale in modo non «del tutto temporaneo».

Infine, degno di nota è che, nella sentenza Corte cost. 105/2001, si sia affermato che un atto (il decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera) incide sulla libertà personale in quanto misura di "immediata" coercizione (formula che potrebbe lasciar intendere che la coercizione non "immediata" non incida sulla libertà personale).

¹⁸ Secondo una parte della giurisprudenza costituzionale, anche gli atti non coercitivi (come l'ammonizione) incidono sulla libertà personale se implicano una «degradazione giuridica» dell'individuo, ossia una «menomazione della libertà morale» e «l'assoggettamento totale della persona al potere altrui». In questo senso si vedano le sentt. Corte cost. 11/56 e

l'effetto di un'immediata coercizione, potendo essere rilevato solo un sostanziale obbligo di non lasciare il domicilio (salvo eccezioni), in carenza di un controllo dell'autorità pubblica che si spinge sino alle soglie del domicilio e in assenza – quanto meno alla luce dell'art. 4 del d.l. 19/2020 – di una sanzione penale in caso di violazione del divieto. Neppure la degradazione giuridica sarebbe riscontrabile, sia perché in questo caso non abbiamo misure individuali applicate in ragione di una condotta o di uno stato, e sia perché l'assoggettamento all'altrui potere sarebbe ravvisabile se la vigilanza dell'autorità di pubblica sicurezza si spingesse fino alle soglie del domicilio, ma la vigilanza

68/1964, 23/1975 (punto 3 *cons. dir.*), 99/1980 (punto 5 *cons. dir.*), 419/1994 (punto 3.2 *cons. dir.*), 210/1995 (punto 2 *cons. dir.*), e l'ord. 384/1987. Sul rapporto tra la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e la tutela della dignità della persona v. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, 52 ss.; sulla protezione della libertà morale per il tramite dell'art. 13 Cost. v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 111 ss. Sulla sufficienza della “degradazione giuridica” a determinare un'incisione della libertà personale anche in assenza di restrizioni alla libertà fisica v. P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova 1972, 174-175; T. MARTINES, *Diritto costituzionale* (a cura di Gaetano Silvestri), Milano 2002, 361; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale. Parte II. La Costituzione italiana. Precedenti storici. Principi fondamentali e rapporti civili*, Milano 1993, 197; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, Bologna 1997, 244. In senso contrario v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., 179, 185 ss., secondo il quale l'ambito oggettivo della libertà personale protegge esclusivamente la libertà fisica dell'individuo, mentre non sarebbe rilevante il *quantum* di restrizione e sarebbe impropria l'applicazione del criterio della “degradazione giuridica”; in senso analogo v. G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, cit., 560-561; C. DE FIORES, *Libertà personale*, cit., 3525.

al tempo del coronavirus è limitata alle pubbliche vie ed è simile a quella pre-vigente, anche se arricchita dall'attribuzione all'autorità di pubblica sicurezza del potere di richiedere una motivazione, da attestare attraverso auto-certificazione, per la presenza fuori dal domicilio¹⁹.

Un secondo criterio per delimitare le due libertà dirige la propria attenzione non sulla natura formale dell'atto, ma sulla qualificazione giuridica del bene inciso. È un assunto generalmente condiviso quello secondo cui libertà personale e libertà di circolazione hanno ad oggetto beni giuridici diversi, che possono essere sintetizzati, con Mortati, in questi termini: la libertà personale è la libertà della persona in sé, che deve essere libera da *coercizioni* fisiche o morali, mentre la libertà di circolazione attiene alla possibilità dell'individuo di circolare sul territorio²⁰. È inoltre stato sostenuto che il carattere formalmente obbligatorio di una fattispecie non esclude che, se gli obblighi di *non*

¹⁹ In questo senso v. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit., 8 e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 127. È peraltro opportuno precisare che laddove la vigilanza della polizia municipale si spinge sino alle soglie del domicilio, con tanto di richiesta di esibire il documento di identità – come accaduto nella Regione Sardegna ad uno degli Autori, che si è temporaneamente trovato in regime di “isolamento fiduciario” – l'elemento coercitivo o, comunque, la degradazione giuridica è da ritenersi sussistente e la libertà personale incisa.

²⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1053 ss. Per una ricognizione degli orientamenti dottrinali in merito si rinvia a M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII (1960), 16; lo stesso Autore ritiene che possa ritenersi incisa la libertà personale, piuttosto che la libertà di circolazione, se la porzione di territorio in cui la circolazione è facoltizzata è particolarmente piccola: «quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinate parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno».

facere sono particolarmente pervasivi, si possa configurare un “assoggettamento integrale” dell’individuo²¹, una vera e propria «detenzione mascherata»²², quindi una restrizione della libertà personale. Secondo Elia, «la linea di distinzione è data dalla presenza di un potere, legittimo o di puro fatto, che costringe attualmente una persona ad una serie indeterminabile di comportamenti, positivi o negativi, e, soprattutto, la riduce ad una situazione di *Machtlosigkeit*: quindi la privazione della libertà personale si verifica nel caso citato del sequestro di persona, come si verificherebbe per il confinato in una città, in cui le uscite fossero sorvegliate, le mura guardate da sentinelle e veramente la circoscrizione territoriale fosse trasformata in una grande cella»²³. Torniamo quindi alla qualificazione degli atti e al bene giuridico inciso. Gli atti in esame sono formalmente a effetti obbligatori, ma non implicano il mero divieto di lasciare una parte del territorio nazionale, quanto piuttosto integrano l’obbligo sostanziale di rimanere nel domicilio, salve le eccezioni fondate su specifiche ragioni giustificative. Inoltre, è certo effettiva una vigilanza da parte dell’autorità di pubblica sicurezza, perfino oltre l’ipotesi di Elia, non solo in ordine agli spostamenti da comune a comune, ma anche sugli spostamenti degli individui all’interno del territorio comunale. In questa prospettiva gli atti in esame rivelano la loro ambiguità: sono a effetti formalmente obbligatori, ma sono anche idonei a restringere la libertà dell’individuo in sé, e non solo nel suo rapporto con il territorio nazionale²⁴.

²¹ Cfr. M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno. Dall’unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza 1967, 546.

²² P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2017, 354.

²³ Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, ora in ID., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano 2005, 516.

²⁴ Sul punto v. le osservazioni di F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Quest. giust.*, 8, www.questionegiustizia.it, e di A. RUGGERI. *Il*

Un terzo criterio per delimitare la libertà personale dalla libertà di circolazione è quello che mette in evidenza come la *ratio* della riserva di giurisdizione è quella di proteggere l'individuo dagli arbitri del potere esecutivo, arbitri di cui non vi sarebbe ragione di temere innanzi ad atti a portata generale. Gli atti in esame non potrebbero quindi essere ontologicamente sussunti nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., in quanto le prescrizioni oggetto di esame hanno una portata generale²⁵. L'argomento, tuttavia, prova troppo. Se la *ratio* della riserva di giurisdizione è quella di proteggere l'individuo dall'arbitrio del potere esecutivo, allora tutte le misure a carattere singolare, anche se incidono sulla libertà di circolazione (intesa come spostamento dell'individuo sul territorio), dovrebbero essere soggette alla riserva di giurisdizione. La tesi è stata sostenuta. Si è affermato che non esisterebbe una chiara linea di demarcazione tra libertà personale e libertà di circolazione (cd. *imbrication*), per cui solo gli atti a carattere generale che incidono sulla libertà di circolazione sarebbero sussumibili nell'ambito di applicazione dell'art. 16 Cost., mentre quelli a carattere singolare dovrebbero essere ascritti all'art. 13 Cost. e sarebbero quindi coperti da riserva di giurisdizione²⁶. Questa tesi, però, finisce con il vanificare l'intento dell'Assemblea costituente di distinguere in modo netto queste libertà (rispetto a quanto previsto dall'art. 26 dello Statuto albertino)²⁷. Inoltre, anche la Corte costituzionale da un lato ha

coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta, cit., 375.

²⁵ Cfr. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit., 7.

²⁶ Cfr. M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno*, cit., 547 ss.

²⁷ Sul punto v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1053. Per una ricostruzione del dibattito relativo al rapporto tra gli artt. 13 e 16 Cost. v. G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino

distinto le due libertà, precisando che la libertà personale è la libertà della persona “in senso stretto” (sentt. 45/1960 e 419/1994); dall’altro ha escluso, interpretando l’art. 16 Cost., che la formula «in via generale» debba essere intesa come preclusiva di atti amministrativi nei confronti di singoli (Corte cost. sent. 68/1964). Date queste premesse, si potrebbe anche giungere alla conclusione, diametralmente opposta, secondo cui gli atti restrittivi di portata generale, se incidono sulla libertà personale, sono invalidi perché ontologicamente insuscettibili di essere riservati alla giurisdizione.

In ultima analisi, il complesso di atti presi in esame produce un effetto che, a seconda della prospettiva, può essere considerato restrittivo della libertà di circolazione, o della libertà personale, o di entrambe le libertà. Meno dubbi possono essere nutriti con riferimento all’incisione di altri diritti fondamentali. Menomata appare infatti la libertà di riunione. Se anche si volesse sostenere che la riunione in luogo privato o in luogo aperto al pubblico continua a essere possibile con mezzi telematici, non vi è dubbio che è attualmente sospesa – non vi è altro modo di definirla – la libertà di riunione in luogo pubblico e la libertà di corteo. Fortissime restrizioni sono state previste per la libertà di culto della propria fede religiosa. Una restrizione così intensa da assumere i caratteri della temporanea deprivazione è stata imposta al diritto al lavoro e alla libertà di iniziativa economica privata²⁸. Serie perplessità, per

2006, 374-375, secondo il quale i due diritti sono differenziati e indipendenti per contenuto e garanzie giuridiche.

²⁸ Sebbene non sia un argomento, è interessante rilevare che questa è stata la prospettiva condivisa dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Si veda la relazione di presentazione al Parlamento del decreto-legge n. 19, in cui si afferma: «Per la prima volta dalla fine del secondo conflitto mondiale siamo stati costretti a limitare alcune delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, in particolare la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione nelle sue varie forme, la libertà di coltivare financo di contenere pratiche religiose. I principi ai quali ci siamo attenuti nella predisposizione delle misure contenitive del

ciò che concerne la libertà di manifestazione del pensiero, suscita l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio di una «Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19»²⁹.

A questo riguardo, due sono le ipotesi ricostruttive possibili. La prima è nel senso della coerenza con la Costituzione del 1947 di questa serie di atti legislativi e amministrativi. Si muove dalla premessa secondo cui esisterebbe nella Costituzione il principio implicito del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, «chiaramente positivizzati» in forza dei principi di unità e indivisibilità della Repubblica (artt. 5 e 87 Cost.), e dei principi supremi che costituiscono un limite alla revisione costituzionale, alla negoziazione pattizia, al diritto eurounitario e al diritto internazionale³⁰. La carenza di norme

contagio sono stati quelli della massima precauzione ma contestualmente anche dell'adeguatezza e della proporzionalità dell'intervento rispetto all'obiettivo perseguito. È questa la ragione della gradualità delle misure adottate, che sono diventate restrittive via via che la diffusività e la gravità dell'epidemia si sono manifestate con maggiore severità, sempre sulla base delle indicazioni provenienti dal comitato tecnico scientifico. Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce, a differenza di altri ordinamenti giuridici, un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima».

²⁹ Sul punto v. le riflessioni, in senso critico, di B. PONTI, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19*, in *laCostituzione.info*, 7 aprile 2020, www.lacostituzione.info.

³⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113, secondo il quale «sovente, chi condivide questa opinione li considera “valori” immanenti al sistema, ma, quand'anche questo fossero, quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali. Sebbene i Costituenti abbiano consapevolmente deciso di non normare esplicitamente lo stato di emergenza (e più ancora di assedio), la loro

costituzionali di competenza e procedura per l'adozione di norme attuative di tali principi induce a ritenere che si debba fare ricorso – come è accaduto – alle fonti primarie³¹. L'effetto dell'applicazione di tali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* sarebbe, a nostro avviso, la conversione delle disposizioni costituzionali inerenti alle libertà costituzionali da disposizioni foriere di norme-principio e di norme regola a disposizioni (temporaneamente) foriere esclusivamente di norme-principio che possono essere bilanciate, di principi generali suscettibili di essere temporaneamente derogati, nel rispetto dei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità. In questa prospettiva, la disciplina *de qua* difficilmente potrebbe essere ritenuta irragionevole, in quanto è idonea a superare il test di idoneità (secondo la comunità scientifica, le misure applicate avrebbero avuto un decisivo impatto nel produrre il ridimensionamento dell'emergenza sanitaria), di necessità (la gravità della situazione era tale da rendere necessaria l'adozione di tali misure, almeno nella

positivizzazione si rinviene infatti in significativi loci: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quella dell'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139). La Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte, come vorrebbe (per riprendere le corrosive parole di Francesco Racioppi) quella nuova «ragion di Stato» che l'imperfetto costituzionalismo germanico ci raccomanda col nome pomposo di «diritto di necessità». Ad analogo principio fa riferimento anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 371, che evoca però una disarmonia tra tale metaprincipio e i principi fondamentali della Costituzione: «gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento si presentano talora sovrastati in situazioni di emergenza ed obbligati a piegarsi davanti alla “meta-norma” *salus rei publicae suprema lex esto*».

³¹ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 114.

sua prima fase del mese di marzo, laddove in prospettiva il principio di uguaglianza imporrebbe di differenziare il regime da applicarsi alle diverse aree territoriali del Paese), e di proporzionalità in senso stretto (la compressione degli interessi di rilievo costituzionale risponderebbe a fortissimi motivi giustificativi, ossia la salvaguardia di un interesse nazionale in grave pericolo)³².

Ad avviso di scrive, secondo una diversa ipotesi ricostruttiva, se nella Costituzione non è prevista una norma che consenta, in presenza di situazioni eccezionali, la sostanziale *sospensione*, temporanea, di diversi diritti costituzionali, la ragione è che l'Assemblea costituente non l'ha voluta prevedere. Vi sono inoltre elementi di rigidità che impediscono al disegno costituzionale di dilatarsi fino ad accogliere pienamente il regime giuridico dell'emergenza, elementi che risiedono nella tecnica normativa che è alla base della scrittura della prima parte della Costituzione. Se è vero, infatti, che numerose disposizioni costituzionali – in particolare quelle sui diritti sociali – sono interpretate come norme-principio³³, e che la stessa Corte costituzionale ne ha ammesso il libero bilanciamento, data l'assenza di gerarchie precostituite (v. Corte cost. sent. 85/2013), di contro i diritti di libertà di prima generazione sono stati oggetto di una iper-positivizzazione da parte dell'Assemblea costituente, con la finalità di proteggere i relativi beni giuridici mediante un apparato di

³² Si muove nella logica del bilanciamento a partire dal bene salute ex art. 32 Cost. A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit., 533.

³³ Come è noto le norme-principio individuano «il punto di partenza, l'ispirazione iniziale, il valore fondante di ciò che non è ancora determinato ma deve essere determinato» (v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 126). La loro applicazione non segue quindi la logica «tutto o niente», potendo essere attuate in modo differente, a seconda del contesto (sul punto v. O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, 364 ss.). Tali diritti – o gli interessi a essi riconducibili (v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 56 ss. e *passim*) – possono essere bilanciati con altre norme-principio o interessi.

garanzie indisponibili da parte del legislatore³⁴. Per cui, delle due l'una: o si ritiene che il decreto-legge sia abilitato, sulla base dei presupposti della straordinaria necessità e urgenza, a sospendere l'efficacia delle norme sui diritti costituzionali in situazioni eccezionali come l'attuale emergenza sanitaria³⁵; oppure, se si muove dalla premessa secondo cui l'atto normativo prima-

³⁴ Sul punto si rinvia a A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 43, per il quale è necessario «distinguere le norme della prima da quelle della seconda parte della Costituzione, essendo notoriamente diverso il ruolo che, sia di diritto (soprattutto per il tramite del giudizio costituzionale per conflitto di attribuzioni tra poteri) sia di fatto, possono spiegare la consuetudine e la prassi sulla forma di governo e nei rapporti tra Stato e autonomie territoriali, rispetto al ruolo che esse (non) possono svolgere nell'interpretazione delle norme costituzionali concernenti diritti, posto che il giudice, quando si discuta di questi, deve privilegiare il diritto scritto (art. 23 Cost., art. 8 preleggi)». In senso analogo ID., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 165 ss.; ID., *Sub art. 82*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi. Tomo II. Art. 76-82*, Bologna-Roma 1979, 303 ss.

³⁵ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 2003, 340 ss., secondo il quale «il ricorso all'art. 77 commi 2 e 3 Cost., al fine di rinvenire la disciplina per l'eventuale sospensione dei diritti costituzionali “in caso straordinari di necessità e di urgenza” se, da un lato, trova conferma nel fatto che anche a proposito delle misure ex art. 78 Cost. la eventuale sospensione delle garanzie costituzionali avviene in forza di un atto avente valore di legge ordinaria ... dall'altro si presenta come una tesi bene più garantista del ricorso alla necessità come fonte autonoma del diritto. [...] La scelta del decreto legge disciplinato dall'art. 77 Cost. – nel quale “i casi straordinari di necessità e d'urgenza” operano come presupposto per l'esercizio, e non come fonte del potere – pone, invece, al Governo insuperabili limiti in ordine sia al contenuto e alla forma (misure “provvisorie”, e perciò necessariamente limitate nel tempo; proporzionate all'emergenza che devono fronteggiare; adottate

rio è sempre sottordinato alla Costituzione, allora il regime normativo delineato trova attualmente la propria ragione giustificativa non nella coerenza con la Costituzione, ma nel consenso politico e sociale³⁶.

Queste misure erano (al momento della propria adozione) e sono probabilmente necessarie e proporzionate (ma su questo punto giova ricordare che non esiste l'unanimità dei consensi³⁷). Tuttavia, se è vero che le Costituzioni e «le leggi sono simili alle ragnatele: se vi cade dentro qualcosa di leggero e debole, lo trattengono; ma se è più pesante, le strappa e se ne va»³⁸, la lacerazione in corso appare troppo profonda per poter essere ricucita in via interpretativa. Per questo motivo è a nostro avviso necessario che il dibattito scientifico continui anche dopo il venir meno degli effetti di questi atti, e che si rifletta sulla prospettiva di una revisione costituzionale dell'art. 16 Cost.,

con “decreto presidenziale” avente forza di legge) sia ai controlli e alla responsabilità e, quindi, al regime dell'atto ovviamente non derogabile dallo stesso decreto».

³⁶ Si vedano altresì le considerazioni di V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, cit., 1273, secondo il quale ci si troverebbe innanzi, allo stato, ad una nuova *Grundnorm*, «di carattere transitorio posta a fondamento ultimo positivo della citata esperienza normativa. Stato di prevenzione e *Grundnorm* sono categorie che si tengono reciprocamente in quanto la legittimità di un'azione preventiva così larga, strutturata nelle misure e prolungata nel tempo evoca uno specifico fondamento positivo ultimo di giustificazione, necessariamente diverso e distinto da quello che regge la Costituzione democratico-liberale del '48».

³⁷ Sul punto si vedano M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *www.biodiritto.org*, 3 ss. e V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, cit., 1275; 1279-1280.

³⁸ Cfr. DIOGENE LAERZIO, *Vitae philosophorum*, I, Miroslav Marcovich ed., Stuttgart-Leipzig, 1999, 40 (Solon, I, 58), citato da B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino 2001, XI e da M. DOGLIANI, *La Costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in *Costituzionalismo.it*, 02/2003, 16-17, *www.costituzionalismo.it*.

al fine di prevedere espressamente, in presenza di un'emergenza sanitaria (e non securitaria), poteri e limiti alla restrizione della libertà di circolazione e di soggiorno e di altri diritti di libertà il cui esercizio presuppone la libera circolazione sul territorio, temporaneamente e nel rispetto dei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, con la contestuale approvazione di norme di competenza e procedura che valorizzino il ruolo del Parlamento³⁹ (per esempio, attraverso il potere di riesame e di eventuale approvazione degli atti amministrativi esecutivi), e che precisino le attribuzioni delle Regioni. La previsione di questa potenzialità espansiva e attrattiva dell'art. 16 Cost. rispetto alle altre disposizioni costituzionali sui diritti di libertà avrebbe il pregio di assicurare una maggiore flessibilità alla trama costituzionale in presenza di un'emergenza sanitaria, evitando che, in un futuro distopico, la vicenda in corso possa costituire il precedente per analoghe restrizioni di diritti fondamentali per motivi di ordine pubblico in senso materiale, o per emergenze sociali ed economiche⁴⁰: una prospettiva che l'Assemblea costituente, evitando di deliberare un articolo con i contenuti dell'art. 48 della Costituzione di Weimar, ha ritenuto incompatibile con il compromesso costituzionale.

4. *L'emergenza coronavirus tra Stato, Regioni e Comuni: il decreto-legge n. 6/2020*

I decreti-legge intervenuti per contenere l'epidemia da Covid-19, pur delineando una trama normativa sufficientemente chiara e coerente nelle sue

³⁹ Sulla scarsa influenza del Parlamento al tempo del coronavirus si vedano le riflessioni di C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, cit., 83.

⁴⁰ Sul punto v. anche G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, V, www.costituzionalismo.it.

finalità, non sono stati idonei a mantenere i poteri di ordinanza regionale e comunale entro i limiti dagli stessi precisati. Pur nel rispetto delle garanzie costituzionali delle autonomie territoriali⁴¹, il disegno normativo abbozza (in maniera più accentuata nel secondo dei due decreti-legge finalizzati a frenare l'espansione del Covid-19⁴²) un orientamento centripeto, determinato dalla convinzione che la gestione del contenimento dell'epidemia virale debba essere uniforme e omogenea su tutto il territorio nazionale e che può così sintetizzarsi: se è vero, come è vero, che le potenzialità dannose del virus sono le stesse da Nord a Sud, tendenzialmente identiche devono essere altresì – salvo eccezionali esigenze esistenti in alcuni territori – le misure necessarie a soffocare la diffusione.

La disciplina introdotta dal d.l. 6/2020 (e in modo ancor più accentuato dal d.l. 19/2020) ha quindi inteso valorizzare la funzione legislativa e amministrativa statale, che trova uno specifico fondamento nell'attribuzione allo Stato della potestà esclusiva con riferimento alla profilassi internazionale (art. 117, co. 2, lett. *g*, Cost.) e nell'interpretazione dinamica del principio di sussidiarietà di cui alle sentenze della Corte cost. n. 303/2003 e n. 6/2004.

Il primo decreto – poi abrogato, come già detto, dal d.l. n. 19/2020 – ha contemperato le esigenze unitarie e quelle di differenziazione con l'art. 3, co. 2, del d.l. n. 6/2020, che ha legittimato i Presidenti regionali e i sindaci ad esercitare, anche nella fase emergenziale in atto, il potere di emanare ordinanze in materia sanitaria, sulla base di alcune fonti di rango primario preesistenti, ovverosia:

⁴¹ Il Governo non ha esercitato, tramite decreto-legge, l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni amministrative in materia di tutela della salute, opzione che seppur con estrema cautela e nel rispetto dei limiti sanciti dalla giurisprudenza costituzionale, si sarebbe potuta almeno teoricamente percorrere.

⁴² Si tratta, come già visto *supra*, del d.l. 6/2020 e del d.l. 19/2020.

a) per quanto riguarda i Presidenti regionali, ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, che consente, in materia di igiene e sanità pubblica, di adottare ordinanze contingibili e urgenti con efficacia estesa alla Regione o a parte del suo territorio;

b) per quanto concerne il sindaco, anch'egli sulla base della legge n. 833/1978, ma anche, in quanto rappresentante della comunità locale, ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e dell'art. 50 del Testo unico degli enti locali, norme queste ultime che, in maniera sostanzialmente analoga, autorizzano l'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie.

Tuttavia, per evitare il rischio che i DPCM fossero "travolti", senza coordinamento e controllo, dalle ordinanze contingibili e urgenti delle Regioni e dei Comuni, così da generare un deleterio clima di incertezza, l'art. 3, co. 2, ha cercato di circoscriverne il perimetro di utilizzabilità, stabilendo che le misure emergenziali potessero essere adottate, oltre che con DPCM, anche tramite le ordinanze sopra citate, ma a due condizioni cumulative:

a) solamente «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»;

b) nei soli casi di «estrema necessità e urgenza».

È stata sancita, inoltre, la perdita di efficacia delle medesime ordinanze in caso di omessa comunicazione al Ministro della salute entro 24 ore dalla loro adozione.

Se si esclude l'obbligo di comunicazione più sopra richiamato, l'art. 3 del decreto-legge n. 6/2020 aveva lasciato, in sostanza, alla responsabilità dei Presidenti di Regione e dei sindaci, senza altre misure di coordinamento, l'apprezzamento in merito alle ulteriori misure adottabili in sede locale, producendo una pleora di provvedimenti, numerosi dei quali appaiono privi dei requisiti richiamati. Forse la disposizione in esame presentava una formulazione non irreprensibile, tuttavia era possibile fin da subito offrirne

un'interpretazione ragionevole e coerente con le finalità unificanti sottese alla decretazione d'urgenza. Di conseguenza:

a) sarà pur vero che in una situazione senza precedenti come quella che stiamo attraversando, distinguere l'urgenza "ordinaria", dai casi di "*estrema necessità ed urgenza*" è operazione caratterizzata da latissima discrezionalità, ma era comunque indubbio il senso, ossia che doveva trattarsi di situazioni il cui intervento fosse così impellente da non poter attendere neppure un DPCM statale;

b) quanto poi alla locuzione "*nelle more*", anch'essa si sarebbe dovuta intendere rigorosamente, comportando che le ordinanze regionali e sindacali potessero tutt'al più (e sempre sussistendo il presupposto di cui al punto precedente) anticipare in ambiti predefiniti eventuali misure restrittive *non ancora* introdotte con DPCM, con la conseguenza ulteriore che, adottato quest'ultimo, le prime si sarebbero dovute intendere come private *pro futuro* di qualunque effetto.

Ciononostante, come più sopra si accennava, gli argini tracciati dall'art. 3, co. 2, del d.l. n. 6/2020 non hanno retto al profluvio di ordinanze regionali e comunali dal contenuto più vario generando non pochi dubbi in merito alla legittimità di tali provvedimenti emergenziali e, dal punto di vista dei destinatari, in relazione alla difficoltà di individuare i comportamenti vietati e quelli permessi.

5. *Le ordinanze regionali: il d.l. 19/2020*

Al fine di assicurare la *reductio ad unum* del regime giuridico nazionale e regionale, gli artt. 2 e 3 del d.l. 19/2020 hanno introdotto limiti stringenti al potere di adottare ordinanze regionali e comunali.

Per quanto concerne le ordinanze regionali, l'art. 2, co. 2, d.l. 19/2020, ha previsto che, nelle more dell'adozione dei DPCM e con efficacia limitata fino

a tale momento, la competenza ad adottare atti, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute, è del Ministro della salute (ai sensi dell'art. 32, l. 833/1978), e non più del Presidente della Regione e del sindaco. Al Presidente della Regione, invece, compete:

1) dare un parere sugli schemi di DPCM, se lo stesso è di interesse della propria Regione;

2) proporre l'adozione di un DPCM;

3) introdurre misure ulteriormente restrittive (tra quelle di cui all'art. 1, co. 2, d.l. 19/2020), esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, ma solo *nelle more* dell'adozione del DPCM e *con efficacia limitata fino a tale momento* (art. 3, co. 1, d.l. 19/2020).

Il decreto-legge, tuttavia, non stabilisce un termine ultimo di efficacia delle ordinanze regionali adottate “*nelle more*”. Di conseguenza, si assiste alla perdurante pubblicazione di ordinanze regionali la cui efficacia nel tempo è circoscritta al momento di entrata in vigore del futuro DPCM, la cui adozione è però un fatto *incertus an incertus quando*, o addirittura, a provvedimenti in manifesto contrasto con misure statali appena decise, accompagnate da malcerte motivazioni, come è avvenuto nel caso della riapertura delle librerie e dei negozi di abbigliamento per bambini – disposta dal DPCM del 10 aprile 2020 – e dopo poche ore contraddetta da numerose ordinanze regionali⁴³. La mancata previsione di un termine finale di efficacia di tali ordinanze regionali frustra la *ratio* giustificativa della norma e la rende inapplicabile. La lacuna potrebbe essere colmata attraverso l'interpretazione analogica. L'art. 2, co. 3, d.l. 19/2020 già prevede, infatti, che le misure *diverse* rispetto ai DPCM

⁴³ V. tra le tante l'ordinanza del Presidente della Regione Sardegna n. 19 del 13 aprile 2020 e quella del Presidente della Regione Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020.

adottati i giorni 8, 9, 11 e 22 marzo 2020 cessano di produrre effetti «nel limite di ulteriori dieci giorni». La disposizione deve a nostro avviso essere interpretata nel senso che si è voluto dare al Presidente del Consiglio un termine di dieci giorni per decidere se recepire in nuovi DPCM, eventualmente riformulate, le prescrizioni di cui alle previgenti ordinanze regionali. Se dieci giorni è parso un termine ragionevole per il recepimento delle ordinanze antecedenti, in via analogica lo si può ritenere applicabile anche per circoscrivere nel tempo l'efficacia delle ordinanze adottate successivamente all'entrata in vigore del d.l. 19/2020, ossia «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento».

6. *Le ordinanze dei sindaci: il d.l. 19/2020*

L'art. 3, co. 2, d.l. 19/2020, che ha ripreso con alcune modifiche l'art. 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9⁴⁴, ha sancito, per quanto riguarda i provvedimenti sindacali che «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 di cui al comma 1»⁴⁵. Quali sono, dunque, le ordinanze sindacali ammesse in quanto *non in contrasto* con le misure statali? La risposta muta, ovviamente, a seconda di cosa si intende con la locuzione *in contrasto*.

⁴⁴ Tale decreto-legge, nel momento in cui si scrive non ancora convertito in legge, reca «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁴⁵ I limiti di oggetto cui fa riferimento la disposizione in esame si riferiscono alle ordinanze regionali, che ai sensi del comma richiamato non possono incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Si potrebbe ritenere, come non pochi sindaci hanno concluso, che le ordinanze sindacali possano pur sempre introdurre misure locali di contenimento dell'epidemia virale più restrittive rispetto a quelle statali e regionali. Secondo questa accezione ermeneutica il sindaco, in quanto rappresentante della comunità locale, potrebbe sempre valutare l'adozione di provvedimenti maggiormente limitativi che, in quanto finalizzati a realizzare gli stessi fini contenitivi delle misure statali, non potrebbero essere considerati *in contrasto* con queste ultime. Resterebbe ferma solamente l'esigenza che tali ordinanze rispettino i canoni della proporzionalità e dell'adeguatezza⁴⁶. In questi termini, tra le tante, è significativa l'ordinanza del sindaco di Cagliari n. 21 del 3 aprile 2020 che, tra le prime in Italia, ha disposto l'obbligo generalizzato di indossare mascherine e guanti per l'accesso ai negozi di generi alimentari e ai mercati, suscitando invero non pochi dubbi e perplessità in merito alla legittimità e proporzionalità di una decisione così delicata assunta a livello locale, anche per la difficoltà di numerosi cittadini a reperire le mascherine. Non a caso, a poche ore dall'entrata in vigore del provvedimento, è stata adottata una circolare interpretativa che precisava come « ... quanto al concetto di mascherina l'ordinanza si riferisce a mascherine in genere, anche autoprodotte, a condizione che siano in grado di coprire in maniera efficace e completa sia il naso che la bocca» (*sic!*)⁴⁷.

Invero, l'interpretazione testé esposta dell'art. 3, co. 2, del d.l. 19/2020, non può essere condivisa sulla base di due argomenti. *In primis* viene in evidenza la premessa di teoria generale secondo cui, quando una medesima

⁴⁶ Così ragiona, ad esempio il Tar Sardegna (decreto del Presidente del Tar n. 122/2020) in relazione all'ordinanza del sindaco di Pula che ha disposto il massimo di due uscite a settimana per l'acquisto di generi alimentari da parte di ciascun familiare. Su questa vicenda e, più in generale sulle ordinanze sindacali v. M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in questa *Rivista*, 1/2020, 581 ss.

⁴⁷ La circolare, anch'essa del 3 aprile 2020, è rinvenibile sul sito del Comune di Cagliari.

condotta è prevista alternativamente da due norme come vietata e consentita, si è in presenza di un'antinomia, ossia di un "contrasto" tra le norme. In secondo luogo, l'argomento letterale induce a escludere che le ordinanze sindacali possano essere maggiormente restrittive, considerato che questa possibilità è stata espressamente riconosciuta alle sole Regioni nel comma precedente dell'art. 3 in esame. Ne segue, a nostro avviso, che le ordinanze sindacali dovrebbero limitarsi a disciplinare ambiti oggettivi non già regolati dagli atti statali e regionali, potendo in sostanza introdurre prescrizioni di rilievo esclusivamente locale⁴⁸.

Così, ad esempio, è dato riscontrare un'antinomia tra la prescrizione nazionale che consente di uscire fuori dall'abitazione per le esigenze fisiologiche del proprio animale da compagnia e la prescrizione di cui al punto 9 dell'ordinanza del sindaco di Cagliari del 3 aprile 2020 secondo il quale tale condotta è lecita solo « ... nelle immediate vicinanze della residenza e comunque entro il raggio di duecento metri». Diversamente, non è in contrasto con la disciplina nazionale il punto 11 della medesima ordinanza, che individua regole per l'accesso e la circolazione all'interno dei mercati civici, regole introdotte in un ambito oggettivo non regolato a livello statale e che tengono conto di

⁴⁸ In questo senso v. anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 135. Diversamente, secondo G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in questa *Rivista*, 1/2020, 366, lo spazio residuale delle ordinanze consisterebbe nella possibilità di intervenire ove i sindaci ravvisassero «questioni di natura emergenziale che si aggiungano a quelle di natura nazionale». Per le ragioni esposte ci pare, invero, che proprio questa possibilità sia stata esclusa per le ordinanze sindacali e consentita per quelle regionali. Diversamente da quanto qui sostenuto v. anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 376, che non esclude l'intervento delle ordinanze sindacali per introdurre misure più severe rispetto a quelle statali, trovando esso copertura nell'art. 32 Cost.

elementi di rilievo esclusivamente locale, come la differente larghezza delle corsie centrali rispetto alle corsie esterne.

7. Conclusioni

In conclusione, se si somma alla proliferazione di ordinanze regionali l'irrefrenabile inclinazione di non pochi sindaci a moltiplicare divieti e restrizioni, deve preoccupare non poco il panorama che si ha di fronte: una disordinata sovrapposizione di misure statali, regionali e comunali, laddove è dubbia la validità delle ordinanze regionali e l'efficacia di quelle comunali, che costringono l'individuo a un difficile esercizio di "scelta" della norma da osservare, e che si tradurranno verosimilmente in un diluvio di giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative comminate⁴⁹.

L'analisi fin qui condotta ci porta a ritenere che l'emergenza sanitaria avrebbe dovuto indurre all'adozione, in sede di decretazione d'urgenza, di soluzioni normative più nette e decise in relazione al potere di ordinanza. Limitatamente alle misure di contenimento dell'epidemia virale, difatti, sarebbe stato più funzionale alle esigenze di carattere unitario affiancare ai DPCM statali le sole ordinanze sindacali, chiamate ad adattare, in funzione sussidiaria e specificativa, le misure di carattere nazionale. Diversamente, si sarebbe potuto, più correttamente, sospendere il potere di ordinanza regionale *extra ordinem* previsto dalla l. 833/1978 e dal d.lgs. 112/1998 fino al termine del periodo emergenziale o, comunque, riservarle ai soli atti di carattere organizzativo e strumentale di competenza regionale necessari per l'organizzazione e

⁴⁹ Preoccupazioni condivise da molti commentatori. Ad es. A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit., 518-519, parla di un quadro estremamente frammentario e della tendenza ansiosa e compulsiva di adottare provvedimenti per «dimostrare il proprio impegno sul campo».

il rafforzamento delle strutture sanitarie: anche perché l'art. 117 del d.lgs. 112/1998 (*lex posterior* rispetto all'art. 32 della l. 833/1978), già stabilisce che il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti «spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali».

Peraltro, già il disegno normativo vigente prevede la competenza regionale a formulare pareri e proposte; *de iure condendo*, un ruolo più pregnante per le Regioni nella predisposizione delle decisioni nazionali potrebbe essere assicurato se si desse rapidamente vita a una cabina di regia in grado di istruire con maggior pienezza e bilanciare con più precisione la complessità degli interessi in gioco⁵⁰. Ripensare nei termini indicati il ruolo degli enti territoriali non deve essere inteso come un segno di sfiducia verso il principio autonomistico, ma al contrario come un modo per salvaguardarne i valori pluralistici e democratici sottesi, consentendo l'adozione di discipline differenziate se necessarie e adeguate a specifiche e comprovate esigenze territoriali, ma anche inibendo l'esercizio dei poteri emergenziali eccedente questi limiti.

⁵⁰ Una cabina di regia sarebbe adatta, in una logica cooperativa, alla ricerca di quegli ampi consensi tra Stato e Regioni che auspica A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 374. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 10 ss., rileva le difficoltà nell'approccio leale e cooperativo tra Stato e Regioni nella fase emergenziale in corso, testimoniato anche dalla significativa assenza del sistema delle Conferenze.