

# I POTERI AMMINISTRATIVI AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: ORDINANZE DI NECESSITA' ED URGENZA

SANDRO DE GOTZEN\*

## 1. *Premessa*

La pandemia da coronavirus è stata estremamente violenta e rapida nel diffondersi, prima in porzioni limitate del territorio nazionale, poi estendendosi a macchia d'olio, con numeri importanti di contagi e di vittime. L'istituto delle ordinanze di necessità, contingibili e urgenti, a contenuto non predeterminato dalla legge, è stato richiamato in primo piano, nella regolazione della vita quotidiana di cittadini ed imprese, imprimendo un sigillo a questo periodo.

Si è scritto che “la forza della necessità ... ha portato ad interventi senza precedenti”<sup>1</sup>, ricordando la chiusura di scuole ed università, il veto alla prosecuzione di attività artigianali commerciali e produttive, limitazioni stringenti alla libertà di circolazione delle persone, alla libertà personale, alla libertà di culto, alla libertà di riunione ed al diritto al giusto processo.

Altri, a fronte di previsioni di tale portata, hanno rilevato “la difficoltà di conciliare il mantenimento delle libertà costituzionali con quanto richiesto dalla situazione”<sup>2</sup> ed hanno messo in evidenza che “nonostante il carattere strettamente sanitario degli eventi, la dimensione della crisi ha imposto la dichiarazione dell'emergenza nazionale ai sensi della legislazione...in materia di protezione civile”, e che, successivamente, “l'entità delle restrizioni alle libertà fondamentali da imporre si è rivelata tale da richiederne una qualche previa tipizzazione con atti con forza di legge”.

A monte di tutti i provvedimenti che si sono succeduti per gestire l'emergenza sta una delibera del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 7, comma 1,

---

\* Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Trieste.

<sup>1</sup> S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 1.

<sup>2</sup> G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione, 2020.

lett. c), del D. Lgs. 1 del 2018 che dichiara lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario: si tratta del tipo di evento più grave tra quelli previsti dalla normativa sulla protezione civile; la lett. c) si riferisce alle “emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante i limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell’art. 24”. L’art. 24 dispone che con la dichiarazione dello stato di emergenza siano autorizzate ordinanze di protezione civile ai sensi dell’art. 25, con D.P.C.M. in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme comunitarie. Tali ordinanze sono emanate previa intesa con le Regioni, con indicazione espressa delle norme derogate.

La nostra Costituzione non prevede uno “stato d’emergenza”, in cui si adottino provvedimenti eccezionali con ordinanze atipiche, ma prevede solamente lo “stato di guerra”, che va deliberato dalle Camere che “conferiscono al Governo i poteri necessari” (art. 78 Cost.)<sup>3</sup>. Inoltre è previsto che nei “casi straordinari di necessità e d’urgenza” il Governo adotti decreti legge, con forza di legge, che debbono essere convertiti in legge. La dichiarazione dello stato d’emergenza, fonte di poteri amministrativi eccezionali, è fondata, dunque, sulla disciplina legislativa adottata in materia di protezione civile.

## *2. Il decreto legge n. 19/2020. Atti normativi con forza di legge ed individuazione di fondamento ai poteri di ordinanze di necessità e di urgenza*

2.1. Lo stato di emergenza del 2020 presenta caratteri di specialità, rispetto alle esperienze precedenti di impiego di ordinanze libere nel nostro ordinamento. Si sono individuati - e non si può non convenire con le osservazioni di questa dottrina<sup>4</sup> - elementi di diversità rispetto ad eventi precedenti di situazioni di emergenza: a) vi è una lunga durata dello stato di emergenza, previsto dal 31 gennaio al 31 luglio, che fa sì che le misure eccezionali, restrittive, di tanti diritti abbiano una stabilità che non è consueta; b) lo stato di emergenza interessa l’intero territorio nazionale, e, solo, si prevede che alcuni territori possano inasprire le restrizioni in considerazione della situazione dell’epidemia (art. 3 del D.L.); c) vi è la soppressione assoluta di tanti diritti da quello al lavoro per molte categorie alla libertà di esercitare attività economiche alla libertà di culto alla libertà di circolazione e alla libertà personale.

<sup>3</sup> D. Girotto, *Commento all’art. 78 Cost.*, in *Commentario breve alla costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, p. 716 ss.

<sup>4</sup> F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, p. 8.

L'entità degli interventi d'urgenza ha reso necessario impiegare, a monte delle ordinanze, fonti di livello legislativo, per legittimare la potestà di ordinanza. È intervenuto, dopo il decreto legge n. 6/2020, il decreto legge n. 19/2020; tale normativa ha previsto, in via generale, allo scopo di prevenire il diffondersi dell'epidemia da COVID-19, un potere di ordinanza a contenuto atipico attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri; esso inoltre dà un fondamento legislativo puntuale a tale potere di ordinanza, individua generalmente la tipologia delle restrizioni suscettibili da essere prese con tali atti, e individua il procedimento di adozione delle misure, che viene ad essere partecipato da vari ministri e dalle Regioni<sup>5</sup>.

L'uso dei decreti legge ha la funzione, dal punto di vista istituzionale, di far partecipare, almeno ex post, il Parlamento alle decisioni sull'emergenza altrimenti assunte in toto dal Governo, e, consentendo il controllo della Corte costituzionale, evitando una compromissione troppo forte delle normali relazioni istituzionali<sup>6</sup>.

2.2. L'art. 1, co. 1, decreto legge n. 19/2020 prevede che possano essere adottate una o più misure tra quelle elencate al comma 2, "per periodi predefiniti, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte, fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020"; di tali misure è possibile modulare l'applicazione in aumento o in diminuzione secondo l'andamento dell'epidemia.

Si individua una ampia tipologia delle misure restrittive, impiegate sul concetto di distanziamento sociale (o distanza di sicurezza interpersonale – art. 1, comma 2, lett. z), prima fra tutte la "limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni" (art. 1, comma 2,

---

<sup>5</sup> Si legittimano dando un fondamento legale, le ordinanze già emanate. Il procedimento di adozione prevede la partecipazione di altri ministri e delle Regioni. Le misure sono adottate con D.P.C.M. su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia: nel caso che le misure riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni intervengono unicamente i Presidenti delle Regioni interessate; se riguardano, invece, tutto il territorio nazionale il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome.

<sup>6</sup> F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 8 «se la distanza tra lo scenario dell'art. 78 Cost. e l'esperienza tradizionale delle ordinanze libere in Italia ci sembra piuttosto netta, non è affatto detto che la stessa distanza corra tra lo stato di guerra e l'attuale scenario di emergenza» e, «come nello stato di guerra, pone interrogativi delicatissimi sull'urgenza economica della ripresa e del superamento delle misure restrittive» (op. cit. p. 9).

lett. a). Le altre misure elencate non sono meno gravose per il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti<sup>7</sup>.

Oltre ad individuare la tipologia delle possibili misure restrittive si prevede il procedimento per l'attuazione delle misure di contenimento: le misure indicate sono adottate con D.P.C.M.<sup>8</sup> su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e gli altri Ministri competenti per materia e i Presidenti delle Regioni specificamente coinvolte o, se riguardino tutto il territorio nazionale il Presidente della conferenza delle regioni e province autonome. I decreti possono essere adottati anche su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate.

Per i profili tecnico-scientifici si sente preventivamente il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Altre limitazioni compongono una ampio catalogo di misure restrittive art. 1, comma 2, decreto legge n. 19/2020: b) chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici; c): limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale; d) applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano; e) divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena perché risultate positive al virus; f) limitazione o divieto di riunioni o assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico; g) limitazione o sospensione di manifestazioni e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato; h) sospensione di cerimonie civili e religiose, limitazione di ingresso a luoghi destinati al culto; i) chiusura di cinema teatri e analoghi luoghi di aggregazione; l) sospensione di attività convegnistica o congressuale; m) limitazione o sospensione di eventi e competizioni sportive; n) limitazione di attività ludiche sportive e motorie svolte all'aperto; o) sospensione o soppressione di servizi di trasporto; p) sospensione di servizi educativi, scuole di ogni ordine grado e università e attività formative o prove d'esame, salva la possibilità di uno svolgimento a distanza; q) sospensione dei viaggi di istruzione programmati da istituzioni scolastiche; r) limitazione o sospensione dei servizi di apertura al pubblico di musei e altri luoghi della cultura; s) limitazione della presenza in sede dei dipendenti di amministrazioni pubbliche; t) limitazione o sospensione di procedure concorsuali e selettive presso datori di lavoro pubblici e privati; u) limitazione o sospensione di attività commerciali di vendita al dettaglio, ad eccezione di quelle necessarie alla reperibilità di generi di prima necessità, attività da svolgersi in condizioni di rispetto delle distanze di sicurezza; v) limitazione o sospensione di attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti; z) limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche di lavoro autonomo; sono previste inoltre altre limitazioni o misure di sorveglianza sanitaria.

<sup>8</sup> Queste misure possono essere assunte con provvedimento del Ministro della salute, nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., e con efficacia limitata fino a tale momento (art. 2, comma 2, D.L. n. 19/2020).

<sup>9</sup> Il Comitato tecnico scientifico è istituito con provvedimento del Capo del Dipartimento della protezione civile, ed è composto dal Segretario Generale del Ministero della salute,

L'iniziativa delle misure limitative può essere anche delle Regioni, che, a fronte di un aggravamento del rischio sanitario, possono introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle elencate all'art. 1 ma solamente "nell'ambito delle attività di loro competenza" e "senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale" (art. 3, comma 1, decreto legge n. 19/2020)

L'art. 3, comma 2, del medesimo decreto legge dispone che i Sindaci non possano adottare ordinanze dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e nel caso, osservando i limiti previsti dall' art. 3, comma 1, per le Regioni.

### *3. Il principio di legalità, la tipicità del potere amministrativo e le ordinanze di necessità e d'urgenza*

Il principio di legalità impone che i poteri amministrativi, in circostanze ordinarie, siano tipici, e ciò costituisce un livello di garanzia normale per i cittadini. Di regola la legge deve dunque descrivere il potere amministrativo, indicando l'amministrazione competente, il contenuto dell'atto di esercizio del potere, gli effetti giuridici che esso esplica, i presupposti di fatto e di diritto che implicano le conseguenze giuridiche<sup>10</sup>.

Si è detto però che "l'osservanza rigorosa del principio di legalità e delle molte norme che vincolano il provvedimento renderebbero l'amministrazione pubblica disarmata quando si avverano eventi nei quali il pubblico interesse esigerebbe un suo intervento, ma il legislatore non abbia previsto un provvedimento adatto alla circostanza"

Vi sono numerose norme, in vari ambiti di attività, in materia di pubblica sicurezza, in materia sanitaria, in materia di protezione civile, che attribuiscono poteri non tipizzati, per far fronte ad evenienze che non possono essere previste a priori<sup>11</sup>.

---

dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designata dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, che ha funzione di coordinatore del Comitato. Il Comitato può essere integrato in relazione di specifiche esigenze.

<sup>10</sup> G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 2020.

<sup>11</sup> Si vedano, più risalenti nel tempo, l'art. 2 R.D. n. 773/1931, relativo a poteri del Prefetto in caso di urgenza o per grave necessità pubblica adotta i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza Pubblica; l'art. 50, D. Lgs. n. 267/2000, che prevede ordinanze contingibili e urgenti per emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carat-

Le ordinanze di necessità e di urgenza,<sup>12 13</sup> sono provvedimenti atipici<sup>14</sup>, nominati ma non completamente tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore<sup>15</sup>: la legge in questo caso individua una autorità amministrativa che, per provvedere a una situazione di necessità, eserciterà poteri per porre in essere qualunque tipo di atto, che portano qualunque tipo di effetto in ordine a situazioni soggettive indeterminate; infine, la materia di intervento può essere più o meno determinata o del tutto generica.

Il contenuto delle misure da prendere resta del tutto indefinito: potrà consistere in misure generali ed astratte, destinate a valere per lo spazio di tempo in cui l'evento contingibile permane, o viceversa, in misure concrete<sup>16</sup>.

---

tere esclusivamente locale, di competenza del Sindaco; altre ordinanze, contingibili e urgenti previste dall'art. 50, D. Lgs. n. 267/2000 sono adottate dal Sindaco per la necessità ed urgenza di superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti; i provvedimenti contingibili e urgenti, di competenza del Sindaco, in qualità di ufficiale del Governo, per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la incolumità pubblica e la sicurezza urbana: art 54 D. Lgs. n. 267/2000 di cui la sentenza Corte Cost. n. 115/2019 ha dichiarato la illegittimità del comma 4; l'art. 32, L. n. 833/1978, che prevede ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria; art. 5 legge n. 225/1992 che prevede le ordinanze di protezione civile "in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza".

<sup>12</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1993, p. 267.

<sup>13</sup> La Corte costituzionale si esprime negli anni per la natura di atto amministrativo delle ordinanze di necessità e d'urgenza (sent. 61 del 1961; sent. 8 del 1956; sent. 4 del 1977). In dottrina vi è chi individua nell'ordinanza di necessità e d'urgenza un atto normativo: da ultimo E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*. Si v. per tutti A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, Napoli 1989, p. che ritiene la natura amministrativa o normativa di fonte secondaria da stabilire caso per caso. Per la natura di atti amministrativi dei D.P.C.M. L.A. Mazzaroli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 1, 2020, p. 16, e che esclude, inoltre, che siano sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 7 del Codice del processo amministrativo, dato che non sono atti emanati dal Governo, ma dal presidente del consiglio, che non esercita il potere politico nella forma di governo parlamentare.

<sup>14</sup> Vi sono anche poteri d'urgenza tipici, provvedimenti amministrativi necessitati. Si rileva che essi a differenza delle ordinanze di necessità e d'urgenza sono dei provvedimenti amministrativi rispondenti al principio di legalità, aventi come presupposto l'urgente necessità e pertanto assunti con dei procedimenti abbreviati: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 268.

<sup>15</sup> R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017<sup>2</sup>, p. 41.

<sup>16</sup> Per il concetto di ordinanza di necessità e d'urgenza si vedano, per tutti. G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 43 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 308 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 41 ss.

I poteri contingibili e urgenti sono individuati dallo scopo che essi perseguono, indicato in maniera più o meno generica, ma non hanno, dunque, un contenuto tipizzato dalla legge e per ciò sono indicati anche come ordinanze libere o innominate<sup>17</sup>.

A fronte del contenuto indeterminato si individuano tutta una serie di canoni cui l'ordinanza atipica deve rispondere: già nella sent. n. 8 del 1956 della Corte costituzionale sono individuati i canoni cui debbono attenersi le ordinanze di necessità ed urgenza: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell’ordinamento giuridico”. La sent. n. 127/1995 della Corte Costituzionale statuisce, poi, che “il potere di ordinanza viene considerato legittimo se è adeguatamente circoscritto nell’oggetto e tale da derogare a settori di normazione che non siano richiamati in termini assolutamente generici”.

#### 4. I limiti ai poteri d'ordinanza di necessità e d'urgenza

La giurisprudenza costituzionale e la legislazione recente, compresa quella sull'emergenza COVID, hanno previsto per tali ordinanze tutta una serie di canoni o controlimiti che le riconducono entro il principio di legalità. La giurisprudenza costituzionale, come ha osservato la dottrina, prevede che le ordinanze di necessità e d’urgenza non possano menomare diritti costituzionalmente garantiti e che quindi lo spazio per tali ordinanze sia limitato agli spazi liberi non coperti da riserve di legge, assolute o relative<sup>18</sup>.

La lotta alla pandemia ha, però, imposto il superamento nei fatti del limite costituito dall’impedimento alla menomazione dei diritti costituzionalmente garantiti.

In precedenza, sulla scorta dell’insegnamento della giurisprudenza costituzionale, anche la dottrina più diffusa escludeva che le ordinanze di necessità e d’urgenza potessero menomare diritti costituzionalmente garantiti, ritenendo che le ordinanze fossero ammissibili solo negli “spazi liberi da riserve di legge, sia assolute che relative<sup>19</sup>”.

<sup>17</sup> G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2016, p. 41 ss.

<sup>18</sup> F. Migliarese, *Voce Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990, p. 3; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 313: “È stato chiarito ... dalla giurisprudenza costituzionale che il carattere derogatorio dei poteri di ordinanza rispetto ai principi di legalità dell’azione amministrativa non può tuttavia consentire la derogabilità di tutta la normazione positiva e addirittura dei principi costituzionali” e che “il potere di ordinanza non possa giammai essere usato per adottare provvedimenti lesivi della libertà personale”.

<sup>19</sup> F. Migliarese, *Voce Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990, p. 3; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 42.

L'evenienza COVID ha portato all'effettiva limitazione, nei fatti, di varie libertà costituzionalmente garantite e le molte prescrizioni limitative introdotte sono state effettivamente rispettate; la dottrina, in genere, ne ha ammesso la legittimità, ma si sono levate autorevoli voci contrarie, che trovano i loro precedenti nella giurisprudenza costituzionale antecedente.

Restano i limiti della proporzionalità, della necessità e della limitazione nel tempo delle misure d'urgenza, ma vien meno il limite del rispetto delle libertà costituzionali, come dimostra la congerie di misure limitative delle libertà individuali che le ordinanze impongono o "raccomandano" e che si sono effettivamente imposte, accettate dalla generalità della popolazione (anche quando solo raccomandate).

Muta, in tal senso, la teoria dei limiti effettivamente osservati, rispetto alla delineazione dettata dalla Corte costituzionale e sostanzialmente in precedenza condivisa dalla più diffusa dottrina. La dottrina che tratta dell'emergenza COVID riscontra l'effettiva limitazione all'esercizio delle libertà costituzionalmente garantite, e ne riconosce la legittimità, individuando nel solo rispetto della dignità umana un limite invalicabile<sup>20</sup>.

#### 4.1. *La proporzionalità e ragionevolezza degli interventi d'urgenza*

Resta per i poteri di ordinanza di necessità ed urgenza il rispetto del limite della proporzionalità, che già la dottrina precedente predica per le ordinanze libere e che viene ribadito: il decreto legge n. 19/2020 all'art. 1, comma 2, prevede che le misure in esso sommariamente tipizzate siano adottate "secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio" "presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso".

La dottrina<sup>21</sup> si è interrogata sulla sussistenza della proporzionalità degli interventi nel caso della presente pandemia: vi è consenso sul fatto che il parametro, alla cui stregua decidere sulla proporzionalità delle misure, è costituito dalle norme poste dall'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto della persona e come interesse della collettività e dall'art. 2 Cost., che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

L'art. 32 Cost. tutela la salute, come diritto individuale ed interesse collettivo, ed espressamente consente la limitazione di altre libertà costituzionalmente riconosciute, fatto salvo solamente il rispetto della dignità della persona umana<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p.20.

<sup>21</sup> Si v. per tutti S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p 9 s.

<sup>22</sup> La Costituzione stessa esplicita casi di limitazione di diritti fondamentali; così l'art. 14 Cost. stabilisce che il domicilio sia inviolabile, ma che ammetta accertamenti e ispezioni per motivi di sanità; l'art. 16 Cost. sancisce che il cittadino possa circolare liberamente in ogni

Sacrificare diritti e libertà, tutelati dalla Costituzione, nel caso della pandemia, è il risultato di un bilanciamento con il bene essenziale della vita e della salute individuale e collettiva: in tal senso il sacrificio può sicuramente, a nostro avviso, essere valutato come proporzionato<sup>23</sup>.

Il diritto alla salute, secondo le indicazioni della Corte costituzionale, nella sentenza “Ilva”, tuttavia, non è assolutamente prevalente ma “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”.

Ciò, si è rilevato, porta<sup>24</sup> alla conseguenza che la scelta sul prolungamento o meno dello stato di “segregazione” non è imposta di necessità dal diritto alla salute, ma “dalla valutazione della situazione nel suo complesso...per quel che vuol dire il protrarsi della sospensione delle attività economiche per la società”.

Si è messo in luce, tuttavia, che i primi interventi del Giudice amministrativo sono stati per la prevalenza del diritto alla salute: Il Consiglio di Stato<sup>25</sup> ha statuito che la compressione pressoché totale di diritti fondamentali della persona di circolazione, del lavoro, della privacy, di cui si è detto, “è avvenuto in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo”.

#### 4.2. *Temporaneità della vigenza delle regole adottate con ordinanze di necessità e di urgenza*

L’ordinanza di necessità e di urgenza ha la caratteristica della vigenza del provvedimento per un tempo limitato all’emergenza da affrontare. Le ordinan-

---

parte del territorio nazionale, ma possono essere imposte limitazioni in via generale per motivi sanitari; l’art. 17 Cost. prevede il diritto dei cittadini di riunirsi, salvo limitazioni per motivi di incolumità pubblica; l’art. 41 Cost. dispone che l’iniziativa economica è libera, ma incontra il limite della dignità e sicurezza dei lavoratori.

<sup>23</sup> Per la ricostruzione del meccanismo, tra gli altri, Blando G., *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020.

<sup>24</sup> L. Panzani, *Covid-19. Un’esperienza destinata a protrarsi. Appunti per il “dopo”*, in *Federalismi.it*, 26 maggio 2020.

<sup>25</sup> Cons. di Stato III Sez., decreto 31 marzo 2020, n. 1611, citato da S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 9 ss. Si riportano le decisioni del giudice amministrativo di prima istanza, citati da S. Licciardello, *op. cit.*, p. 10, che respinge le richieste di misure cautelari contro provvedimenti limitativi delle libertà: Tar Sicilia, Sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459; Tar Sardegna, Sez. I decreto 20 aprile 2020, n. 141; Tar Campania, Sez. V, 18 marzo 2020, n. 416; Tar Lazio, Sez. I, 28 aprile 2020, n. 3322.

ze devono essere emesse a fronte di un fatto improvviso e transeunte, collegate all'urgenza di adottare le misure per affrontarle<sup>26</sup>.

Questo limite fa sì che esse non producano modificazioni stabili della realtà: ciò che contribuisce ad attenuare l'effetto della mancanza del carattere della tipicità delle misure da prendersi: la temporaneità dell'effetto delle ordinanze d'urgenza garantisce ai cittadini che la compressione dei loro diritti e situazioni giuridiche non vada oltre il tempo dell'emergenza.

Si è detto, in modo condivisibile, che a segnare la compatibilità con l'ordine costituzionale complessivo delle misure di emergenza più che il loro contenuto è la temporaneità<sup>27</sup>, agganciata e giustificata da dati concreti e misurabili in base ai quali sia possibile dimostrare che quelle misure sono oggi razionali rispetto allo scopo, mentre in seguito, quando i dati saranno diversi, la stesse misure non si giustificheranno più.

Il decreto legge n. 19/2020 all'art. 1, comma 1, stabilisce che le misure sommariamente tipizzate al comma 2 vengano stabilite per "periodi determinati", "ciascuno di durata non superiore a trenta giorni" "reiterabili e modificabili anche più volte" sino al 31 luglio 2020.

Una particolarità della situazione della lotta all'epidemia da COVID 19, si è già detto, consiste nella lunga durata dello stato di emergenza, che, come è stato notato, non si esaurisce come nel caso della calamità naturale: lo stato di emergenza proclamato il 31 gennaio sino al 31 luglio, potrebbe estendersi oltre, per l'eventuale maggior durata della pandemia, ciò che da una diversa misura della durata e della continuità delle misure conseguenti<sup>28</sup>.

#### 4. 3. *La relatività del connotato della imprevedibilità dei fatti*

La dottrina amministrativistica ha indicato come canone delle ordinanze di necessità e d'urgenza oltre che la necessità anche la imprevedibilità dei fatti<sup>29</sup>. Questo requisito va assunto con cautela: non vi è nulla di imprevedibile, nel lungo periodo, nel verificarsi di una epidemia a grande diffusione anche nel mondo sviluppato.

Di imprevedibilità si può parlare in merito alle circostanze dell'evento e relativamente al momento in cui esso si manifesta.

Una indiretta conferma si ha, per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, ad esempio, proprio nel settore della salute: nel 2002 il Ministro della sanità adot-

<sup>26</sup> V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 312.

<sup>27</sup> E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. 8.

<sup>28</sup> F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 8.

<sup>29</sup> V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 312.

tava un “Piano italiano multifase d’emergenza per una pandemia influenzale”<sup>30</sup> di cui si è parlato molto e che è stato aggiornato successivamente da provvedimento del Ministro della sanità 9 febbraio 2006, n. 2479 (accordo ai sensi dell’art. 4 del D. Lgs. 28 agosto 1997, n. 281 per un piano nazionale di preparazione e risposta per una pandemia influenzale).

L’obiettivo di tale Piano è la preparazione alla pandemia, per ridurre l’impatto. Ma questa precauzione progettata non è mai divenuta realtà e la pandemia ha colpito a fronte di una impreparazione delle istituzioni pubbliche.

Il disordine istituzionale, la sensazione che nel caso si stesse (e si stia) progettando di giorno in giorno la risposta all’emergenza senza una visione d’insieme, derivano proprio dalla circostanza che a simili programmazioni non si sia dato seguito. Le strutture sanitarie ed in genere amministrative non erano pronte, tanto che si sono dovute creare strutture contro la pandemia in assoluta urgenza (come posti in rianimazione sotto tende da campo).

Dal punto di vista della risposta istituzionale vi sarebbe stata meno incertezza della regia della crisi, e le ordinanze di necessità ed urgenza avrebbero avuto un altro sfondo su cui proiettare le regolamentazione provvisoria e di eccezione, e probabilmente non vi sarebbero state le incertezze nel coordinamento delle diverse azioni incidenti in diverse materie e provenienti da autorità diverse.

##### *5. Le relazioni reciproche tra poteri di ordinanza di necessità ed urgenza statali, regionali e locali*

La regolamentazione dell’emergenza COVID ha visto l’intervento di più fonti di disciplina, ai diversi livelli territoriali, dalle ordinanze statali a quelle regionali a quelle comunali. La vastità e complessità dell’emergenza, in modo nuovo ed inedito rispetto alla precedente esperienza nell’ordinamento, ha portato al cumulo di ordinanze diverse di provenienza da autorità dotate di poteri diversi e paralleli. Si è posto di conseguenza il problema interpretativo, acuito dalla diversità di fonti, ed il problema, connesso, dell’individuazione della regola da applicare, nella varietà di regolamentazioni compresenti.

La soluzione data dal decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020 alla coesistenza tra diverse tipologie e livelli di ordinanze di necessità<sup>31</sup> è stata quella di ordinarle secondo il principio gerarchico.

<sup>30</sup> In G.U. 26 marzo 2002, n. 72: Si v. sul punto S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 11 ss.

<sup>31</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 270: l’A. osserva che prevale oggi la tesi che le ordinanze di necessità ed urgenza vadano identificate come provvedimenti amministrativi. Contro la tesi che esse siano atti normativi sta “l’obiezione insuperabile che negli ordinamenti contemporanei gli atti normativi sono tutti nominati e definiti dalle norme sulla normazione e che fra essi non si includono le ordinanze d’urgenza”.

È stato, tuttavia, affermato, condivisibilmente, che il potere di ordinanza non è per sua natura, suscettibile di essere ordinato in tal modo, predicando il principio gerarchico a favore dello Stato e, di seguito, a favore della Regione rispetto ai sindaci<sup>32</sup>. Si può argomentare dalla natura dei poteri di ordinanza, che nascono solo per fronteggiare l'emergenza: se fosse possibile che un potere, quando vien esercitato dallo Stato, non spetta più a Regione e Comuni si negherebbe la ragione stessa della sua previsione. Sembra doversi considerare normale la sovrapponibilità dei poteri d'ordinanza diversi, dato l'intreccio di competenze.

L'art. 3, comma 1, del decreto legge n. 19 del 2020 pone regole di convivenza tra ordinanze di diverso livello statuendo che l'intervento delle Regioni può esservi "in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio o in una parte di esso" e solo con "misure ulteriormente restrittive" e solamente "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale"; queste misure regionali possono aversi solamente nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 2, comma 1, e "con efficacia limitata sino a tale momento". Il funzionamento di tale clausola di cedevolezza non risulta chiaro, dato che la serie dei D.P.C.M. è stata continua<sup>33</sup>.

Il comma 2 dell'art 3 cit. stabilisce, d'altra parte, la inefficacia delle ordinanze sindacali dirette a fronteggiare l'emergenza e che siano "in contrasto con le misure statali" e sancisce l'impossibilità di eccedere "i limiti di oggetto di cui al comma 1". Pare dunque che i Sindaci possano adottare le loro ordinanze nelle more dell'adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, comma 1, e con efficacia limitata a quel momento e con le limitazioni di oggetto previste per le Regioni<sup>34</sup>.

Si può, dunque, essere d'accordo con quella dottrina che rileva che il coordinamento tra i diversi poteri di ordinanza, a livello statale e a livello territoria-

---

<sup>32</sup> Si v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 13 ss.; A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi. it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, pp. 1-21.

<sup>33</sup> Si v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 13 ss.

<sup>34</sup> Il precedente decreto legge n. 9 del 2 marzo all'art. 35 aveva previsto che "A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali". Si v. F. Cintioli, *op.cit.*, p. 14 propone che per ovviare ai casi di gravi incertezze derivanti da iniziative isolate di vari Sindaci, si potrebbe suggerire la previsione "di un potere di annullamento d'ufficio degli atti sindacali da parte del Prefetto competente, eventualmente sentito il Presidente della Regione", se del caso sulla falsariga dell'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento previsto dagli articoli, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 e 138 del D. Lgs. n. 267 del 200 (F.U. Enti locali).

le, debba necessariamente avvenire nell'ambito della leale collaborazione (viste anche le funzioni consultive rese al Governo dalle Regioni)<sup>35</sup>.

6. *Le modalità di gestione dell'emergenza COVID: il ruolo del Parlamento e l'eclissi della politica*

Sono state espresse, in forma e con accenti diversi, preoccupazioni per le modalità della regolamentazione dell'emergenza<sup>36</sup>: la emanazione delle misure restrittive dei diritti dei cittadini con D.P.C.M. è stata criticata, perché l'adozione di decreti legge avrebbe viceversa consentito un ruolo attivo, anche se *ex post*, del Parlamento e avrebbe consentito l'intervento del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Al momento il Parlamento ha solamente dovuto ratificare il decreto legge che assegnava al D.P.C.M. la competenza a regolamentare l'emergenza. Se si deve dirsi d'accordo con queste preoccupazioni, deve certo ammettersi che i tempi di risposta del Parlamento non sembrano compatibili con i tempi dell'emergenza.

Il decreto legge n. 19/2020 ha indicato alcune modalità di coinvolgimento del Parlamento: l'art. 3, comma 1, prevede che i provvedimenti d'urgenza emanati per la lotta alla pandemia vengano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione (in G.U.). Altro collegamento consiste nell'obbligo che il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato riferisca ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate.

Il Parlamento sia rispetto ai decreti legge sia in relazione ai D.P.C.M., per le ragioni dell'urgenza interviene *ex post*, ed è oggettivamente escluso rispetto alla fase della decisione sulle misure di emergenza.

Si è parlato di eclissi della politica, anche con riguardo al fatto che un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza è necessariamente svolto dai tecnici, che possono disporre della cultura scientifica necessaria per l'attuazione concreta delle misure restrittive. Se è vero che le decisioni debbono esser prese dalla politica (che può decidere o meno misure restrittive, sulla base della maggiore o minore considerazione della salute dei singoli cittadini e puntando sulla c.d. immunità di gregge), è vero anche che esse sono predeterminate dalle indicazioni tecnico – scientifiche degli esperti.

<sup>35</sup> F. Cintioli, *Sul regime del lockdown*, cit., p. 14.

<sup>36</sup> Per tutti, con accenti diversi, L.A. Mazzaroli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., passim; S. Licciardiello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 8: «L'iper-regolamentazione dei momenti più personali della vita quotidiana sta avvenendo con un coinvolgimento minimo – se non meramente formale e sostanzialmente nullo - dei presidi di partecipazione democratica». L.A. ricorda anche il dibattito politico sul punto.

### 7. *Qualche osservazione conclusiva*

Le dimensioni della crisi pandemica hanno travolto la teorizzazione dei limiti alle ordinanze di necessità ed urgenza: viene a cadere, nei fatti, il limite dalla giurisprudenza costituzionale previsto in relazione a tali ordinanze, costituito dalla non derogabilità ai principi costituzionali.

Il requisito della imprevedibilità, evidenziato da diffusa manualistica, trova anch'esso una precisazione: nel breve periodo la imprevedibilità può aversi; sul lungo periodo di fronte alle esigenze di una società organizzata gli eventi che danno luogo ad una situazione di eccezionale pericolo sono prevedibili (si veda il piano per le pandemie).

Restano i limiti della proporzionalità e della tassativa temporaneità della vigenza di queste "ordinanze libere".

Per quanto limitativi dei diritti costituzionali, si tratta, tuttavia, di poteri amministrativi che sono necessari, e che non possono essere espunti dall'ordinamento giuridico, in quanto la situazione di necessità ed urgenza è strettamente connessa alla realtà concreta, per fatti naturali o umani e sociali che per la loro imprevedibilità non consentono l'utilizzo di poteri tipici.

La via più sostenibile, economicamente e socialmente, sarebbe quella di programmare la difesa sociale contro avvenimenti eccezionali sì, ma non imprevedibili: una pandemia, si è detto, non è evento imprevedibile nel lungo periodo, mentre può esserlo nel breve periodo.

Il fatto che si adotti un metodo programmatico di difesa contro avvenimenti eccezionali, e solo per ciò imprevedibili nel momento del loro attuarsi, potrebbe consentire l'adozione in misura maggiore di ordinanze di urgenza, che prevedono provvedimenti tipici, da adottarsi in casi di eventi eccezionali, e assunte con fonti di legge ordinaria.

L'ambito delle ordinanze di necessità ed urgenza che prevedono provvedimenti atipici si restringerebbe, con un vantaggio per la condivisione democratica della gestione dell'emergenza.

La scelta relativa alla riapertura delle aziende e alla cessazione dello stato di "segregazione" dovrebbe avvenire in un momento in cui il rischio del contagio è ancora presente: alla politica (Governo e Parlamento) la scelta assai difficile se non drammatica tra esigenze di tutela della salute e necessità di conservare le imprese ed i livelli di reddito per la popolazione.

### BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Blando G., *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020, pp. 1-10.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019.  
 Cintioli F., *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, pp. 1-16.

Falcon G., *Lezioni di diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione, 2020.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, vol. II, 1993.

Giroto D., *Commento all'art. 78 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008.

Grosso E., *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. 1-14.

Licciardello S., *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 1-13.

Mazzaroli L.A., *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, pp. 1-20.

Migliarese F., Voce *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990.

Morbidelli G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2016, pp. 33-70.

Panzani F., *Covid-19. Un'esperienza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, in *Federalismi.it*, 26 maggio 2020, pp. 1-15.

Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019.

Romano A., *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, pp. 1-21.

Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, Napoli 1989.

Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli.