



Carla Acocella*

Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19**

SOMMARIO: 1. Delle priorità del dibattito e dei condizionamenti imposti dalle preoccupazioni per le libertà alla percezione del tempo – 2. Oltre i termini di efficacia delle misure di gestione dell'emergenza: il tempo delle ripercussioni economico-sociali. Cenni – 3. Il peso della tecnica incerta sul tempo (e non solo) – 4. Tempo e principio di precauzione – 5. Il tempo dell'emergenza: linee di svolgimento del fattore temporale tra esigenza di controllo dell'incertezza ed aspirazione alla stabilità – 6. Il tempo degli interventi diretti a fronteggiare l'emergenza: immediatezza dell'intervento, provvisorietà degli effetti, certezza della durata delle misure – 7. Cenni conclusivi sulla rilevanza 'circolare' del fattore temporale: dal tempo della decisione (l'adozione degli atti emergenziali) al tempo dell'efficacia dei provvedimenti emergenziali, e ritorno.

1. Delle priorità del dibattito e dei condizionamenti imposti dalle preoccupazioni per le libertà alla percezione del tempo

L'emergenza innescata dalla diffusione rapidissima di un virus ha offerto alla considerazione comune evidenze andate ben oltre le iniziali prefigurazioni sulla portata espansiva e sugli effetti del contagio. Effetti peraltro territorialmente non omogenei, né su scala globale, anche per lo sfasamento dei tempi nei quali è stata registrata la diffusione del coronavirus nelle diverse zone geografiche colpite¹; né a livello nazionale, dove la capacità diffusiva del virus ha raggiunto in specifiche aree, in particolare coincidenti

* Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli Suor Orsona Benincasa. Questo lavoro si colloca nell'ambito del progetto di ricerca «Problematiche giuridiche ed economiche scaturite dall'emergenza Coronavirus e conseguenze del fenomeno nei sistemi politico-istituzionali», coordinato dal Prof. Sandro Staiano, Università di Napoli Federico II.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ E' noto, a tal proposito, come la progressione degli eventi sia stata scandita da una 'graduazione' nella valutazione del rischio operata dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che lo scorso 30 gennaio 2020 ha dichiarato l'epidemia di coronavirus in Cina «emergenza internazionale di salute pubblica», successivamente (28 febbraio) ha qualificato il livello di minaccia per l'epidemia «molto alto», e l'11 marzo ha definito la diffusione del Covid-19 una pandemia per il suo carattere globale (cfr. le informazioni sul punto riportate dal sito del Governo <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5338&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>).

con alcune regioni del Nord, livelli di intensità assai significativa. Ciò persino in corrispondenza della fase recessiva imboccata dal contagio e nel solco della prospettiva avviata da qualche settimana – che si gioca su un terreno invero scivoloso – di ridimensionare le misure di contenimento del contagio e di pianificare, per questa via, la riattivazione delle dinamiche economiche e sociali frenate e contenute dalle prime². Le pieghe del dibattito scientifico (con riguardo qui a quello della scienza giuridica) che è venuto articolandosi intorno agli eventi della sequenza epidemiologica, appaiono molteplici, tanto da definirlo già come un dibattito vivo e articolato, sebbene non immune da una serie di fraintendimenti, che non sono sfuggiti³. Si tratta al contempo di un confronto molto polarizzato; e se è vero che – intendendo fare ordine almeno con riguardo alle questioni che si pongono nello scenario nazionale oggetto di studio per la giuspubblicistica – esse riguardano essenzialmente i diritti, da un lato, e l’assetto dei poteri, dall’altro⁴, è altrettanto evidente che siano i diritti, se non a ‘rubare la scena’ al resto, almeno a condizionare profondamente le considerazioni che si rivolgono all’articolazione dei poteri⁵. Per semplificare in misura estrema su questo punto, si è molto ragionato nelle scorse settimane di modalità e di limiti entro i quali dovessero essere esercitati i poteri soprattutto perché il ‘cuore’ delle misure messe in campo, come esito dell’esercizio appunto di quei poteri, è stata la restrizione dei diritti⁶. La prospettiva dunque in cui ci si colloca giudicando la congruità

² Sui c.d. ‘contagi di ritorno’ in Cina, paese nel quale è stato registrato il primo cluster di contagi da Covid-19, si veda S. CARRER, *Coronavirus, la Cina tra allentamenti e nuove restrizioni*, in *Ilsole24ore.com*, 3.4.2020. In tema pure *Coronavirus, in Cina 11 nuovi casi e nessun decesso*, in *androkonos.com*, 26.4.2020. Sull’andamento del livello dei contagi durante la predisposizione dei piani di eliminazione delle misure restrittive e di ripartenza si veda P. VALENTINO, *Coronavirus Germania, aumenta l’indice di contagio: doccia fredda sulla ripartenza*, in *Il Corriere.it*, 28.4.2020.

³ Sembra ravvisarsi il riferimento al fraintendimento – nelle parole di S. STAIANO, nell’intervista di G. Roberti, *De Luca, atti illegittimi. Ma non è un eversore*, del 18.3.2020 in *Il quotidianodelsud.it* – che si sarebbe consumato nelle frequenti evocazioni di questo periodo dello «stato di eccezione», non contemplato dalla Costituzione, dovendosi invece «leggere entro il modello costituzionale ... quanto sta avvenendo ... perché lì si colloca, non fuori di esso». Si veda nello stesso senso C. CARUSO – nell’intervista di F. De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, del 2.4.2020 in *giustiziasieme.it* – «è necessario sgombrare il campo da una serie di fraintendimenti che ricorrono nel dibattito attuale. Trovo del tutto fuori bersaglio il richiamo, per descrivere i provvedimenti atti a fronteggiare la pandemia, allo stato di eccezione e ai suoi epigoni».

⁴ Condivisibile appare sul punto la prospettazione di M. LUCIANI - nell’intervista di F. De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit. – secondo il quale, accanto alle questioni poste sul piano del diritto internazionale (dimensione globale o piuttosto nazionale della sovranità) e sovranazionale (capacità del sistema economico-finanziario dell’UE di moltiplicare le disegualianze), sul piano del diritto interno «le questioni fondamentali attengono ai diritti e all’assetto dei poteri».

⁵ Lasciando qui impregiudicata ogni possibile valutazione sul carattere fallace di tale tendenza. In proposito si rinvia agli ammonimenti di M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2016 che, nel richiamare la relazionalità dei diritti formalizzati dalle costituzioni rispetto a specifici interessi sociali contrapposti, osserva: «mi sembra chiara la differenza che intercorre fra questa posizione e quella che oggi sembra più fortunata, che ha fatto dei diritti il solo oggetto rilevante di studio del diritto costituzionale e ha cancellato la questione – che a me continua ad apparire essenziale – della sostanza di potere che giace sotto ogni diritto. La retorica dei nuovi diritti e il diffuso convincimento che ogni arricchimento del catalogo dei diritti sia un progresso si sposano a meraviglia con l’illusione che anche la moltiplicazione delle sedi di protezione dei diritti sia in sé un fenomeno positivo».

⁶ Percorsa dalla preoccupazione di ribadire la necessità di tornare agli «schemi normativi predisposti direttamente dalla Costituzione o dalla stessa specificamente previsti nelle loro linee generali», che rendono superfluo e pernicioso evocare, nello stato di emergenza, la sospensione delle garanzie costituzionali, è l’analisi di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in <https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>, 10.4.2020. Con riguardo ai riflessi dell’emergenza sulle libertà

dei percorsi e delle sedi, sinora scelti, di esercizio dei poteri – rispetto per esempio all’alternativa Parlamento-Governo, o all’alternativa tra legislazione (ancorché di emergenza, e che si svolge come noto tipicamente attraverso la decretazione di urgenza) e amministrazione (D.P.C.M. e altre ordinanze emergenziali, pur fornite di portata normativa⁷), o ancora all’alternativa tra i diversi livelli di Governo (*in primis* statali e regionali, quindi D.P.C.M., ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali, ma anche centrali e locali⁸) – è conformata dalla preoccupazione, senz’altro comprensibile, che il sacrificio delle libertà personali e di altre libertà fondamentali, che indubitabilmente ne deriva, possa non essere adeguatamente ponderato, non attraverso le forme (e quindi gli interlocutori, le sedi e gli strumenti in cui tali forme si concretizzano) a tale scopo previste dal nostro quadro ordinamentale. Lo dimostra, per esempio, la veemenza dei toni della contrapposizione che si è registrata in ordine alla necessità che, anche nella situazione di estrema difficoltà in cui è stato imposto il c.d. ‘distanziamento sociale’, le Camere si riunissero, ed in quali forme, per l’esercizio delle loro funzioni (secondo le ordinarie procedure o in via telematica)⁹. Lo stesso «primato delle assemblee legislative» che dà corpo, secondo taluno, all’ambizione della nostra Costituzione di «assoggettare lo stato d’eccezione alle regole dello Stato di diritto»¹⁰, e gli istituti funzionali a presidiare tale primato – principio di legalità e riserva di

personali si veda F. LANCHESTER, nell’intervista *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, 6.3.2020, in <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-alprofessor-fulco-lanchester>.

⁷ Sulla qualificazione dei D.P.C.M. adottati per fronteggiare l'emergenza Coronavirus, a valle del D.L. n. 6 del 23.2.2020, già condivisibilmente M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18.3.2020, secondo il quale «essi non hanno natura regolamentare, ma devono senz’altro essere ricondotti al *genus* delle ordinanze: con tutto quel che ne consegue anche rispetto alla possibilità di derogare temporaneamente alle norme di legge. Benché non vi sia un espresso riferimento alla contingibilità e urgenza delle misure adottate, la disciplina dei rapporti con le ordinanze del ministro della salute, dei Presidenti delle giunte regionali e dei Sindaci ne esclude la natura regolamentare». Per i profili di criticità legati all’impiego di atti amministrativi diversi dai regolamenti governativi si veda D. TRABUCCO, *Sull’(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *astrid-online.it*, n. 5/2020, 7.4.2020. Sugli atti amministrativi che, nella forma di ordinanze emergenziali, operano «come atti normativi», si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 18.3.2020, 1 ss., e più diffusamente ID., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 3 ss..

⁸ Su cui si veda, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha visto, lo scorso 9 aprile, esercitare il potere di annullamento straordinario del Governo ex art. 138 TUEL nei confronti di un’ordinanza sindacale (la n. 105 del 5 aprile 2020) con cui era stato disposto l’obbligo per chiunque avesse inteso fare ingresso in Sicilia attraverso il porto di Messina, di registrarsi online e di acquisire dal Comune una nulla osta allo spostamento nonché l’obbligo di registrazione prima dell’imbarco per chi avesse inteso fuoriuscire dalla Sicilia attraverso lo stesso collegamento. Per un commento all’ordinanza si rinvia a N. PIGNATELLI, *L’annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un’ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Dir. regionali*, 1/2020, 12.4.2020.

⁹ M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *Progresso, Europa, Riforme*, 19.3.2020; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biolaw Journal*, 17.3.2020; ID., *Per una ragionevole disciplina costituzionale del ruolo del Parlamento nelle situazioni di emergenza*, in *DPCE – online*, 27.3.2020; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettiva (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, 6/2020, 18.3.2020; S. CURRERI, *Il Parlamento ai tempi del Covid-19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, in *Progresso, Europa, Riforme*, 20.3.2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero di parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 24.3.2020; N. LUPO, *Perché non è l’art. 64 a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, *ivi*, 31.3.2020.

¹⁰ Così M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19.3.2020, riferendosi all’assenza nel quadro costituzionale repubblicano di disposizioni facoltizzanti, come accade in altri ordinamenti, l’amministratore a «decidere senza consultare i propri amministrati».

legge¹¹ – guardano con evidenza oltre la dialettica tra poteri su cui direttamente insistono, avendo di mira appunto la sfera delle libertà (la loro latitudine e integrità) di rilievo costituzionale. E’ agevole allora intuire come, accanto alla variabile della consistenza del sacrificio imposto, si situi quella della durata dello stesso sacrificio, variabili entrambe rilevanti nella valutazione della tollerabilità del primo, inserendosi nella sostanza nelle maglie della eventuale verifica da condurre sui contenuti delle misure rispetto ai parametri di proporzionalità e adeguatezza¹². Ché anzi, a ben guardare, la variabile temporale assume valore decisivo anche riguardo all’altra, e cioè alla entità della limitazione subita dai diritti, consentendo di decifrarne la portata, quasi completandola e riempiendola di significato. In altre parole il trascorrere del tempo consente di dimensionare in concreto la compressione, ed è in questa prospettiva che va letta la notazione diffusa secondo la quale, ove le misure dirette a gestire e contrastare l’emergenza si presentino come misure restrittive di diritti individuali, la temporaneità ne definisca un connotato essenziale, finendo per costituirne un parametro di (valutazione della) legittimità¹³, secondo una elementare dinamica di svolgimento: scaduto il termine di efficacia della misura restrittiva «la sfera piena della libertà» si riespande¹⁴. Il rilievo in base al quale al venir meno della causa della limitazione del diritto quel diritto si riespande, rende di empirica evidenza l’importanza di un termine breve oltre che certo, e induce a puntare i riflettori sugli effetti degli atti che formalizzano quella causa attribuendole giuridica rilevanza; atti che nel definire l’agenda di contenimento del contagio, dettano limitazioni per una serie di libertà.

¹¹ Su cui ci si limita a rinviare a G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, 2011, 10; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino, 1994; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. Sorrentino, *Lezioni sulla riserva di legge*, I e II, Genova, 1980; A.M. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 630-651. Sulla incertezza che sottende il principio di legalità nella giurisprudenza amministrativa si veda A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1/1995, 91 ss..

¹² Le valutazioni in ordine al profilo formale della legittimità delle misure investono essenzialmente la sussistenza della copertura legislativa delle stesse, laddove quelle in ordine al merito consistono in una verifica della proporzionalità e adeguatezza devoluta alla sede giurisdizionale: su questo cfr. E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, cit., *passim*. Sul punto si segnala infatti la posizione di E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. E’ proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in *federalismi.it*, 16/2020, che avverte anzitutto come «il giudizio di proporzionalità sia sovente difficile da distinguere da un giudizio di merito sul contenuto delle misure di volta in volta adottate» ed inoltre il dibattito acceso dalla emergenza in atto si sia concentrato sul criterio della proporzionalità «finendo per offuscare, o comunque far calare l’attenzione sul secondo: la temporaneità».

¹³ M. LUCIANI, nell’intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.: «la temporaneità è uno degli elementi che, per costante giurisprudenza costituzionale, vanno inseriti nell’apprezzamento della legittimità o meno delle misure restrittive dei diritti».

¹⁴ «Automaticamente e senza bisogno di ulteriori interventi dell’autorità» secondo G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d’emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27.3.2020.

2. Oltre i termini di efficacia delle misure di gestione dell'emergenza: il tempo delle ripercussioni economico-sociali. Cenni

Piuttosto, oltre la omologante difficoltà a rinunciare e a mettere in discussione i diritti – la cifra della loro mobilità ne rende inevitabili non solo la moltiplicazione¹⁵, ma anche la non definitività dell'acquisizione¹⁶ – si registra un approccio di analisi selettivo che si spinge sino ad isolare tra i diritti compressi quelli che, nonostante il formale superamento degli ostacoli al loro pieno dispiegamento (guardando all'oggi, quindi, non la fine dell'emergenza sanitaria in sé, ma la perdita di efficacia delle misure di contrasto restrittive), faticeranno più di altri a ritrovare una compiuta espressione, perché il piano della loro effettività sarà inevitabilmente compromesso dalle ripercussioni di carattere economico-sociale della crisi, che non sono certo di breve periodo. Al di là di ogni formale decorso del tempo – in questo caso oltre la nominale scadenza dei termini di efficacia delle misure emergenziali – rileverà una dimensione sostanziale del tempo: la ricostruzione potrebbe, come opportunamente segnalato, mostrare differenziali di resilienza nei diversi sistemi paese¹⁷; di talché le coordinate di svolgimento di questo processo condizioneranno profondamente la possibilità in concreto di agire diritti di libertà, come quello di iniziativa economica privata o diritti sociali, come sono una serie di declinazioni del diritto al lavoro¹⁸. Le difficoltà di ripresa registrate nell'attuale fase di superamento delle restrizioni inizialmente disposte lo testimoniano. Ciò conferma, per inciso, la resistenza e la perdurante necessità di riferirsi a paradigmi statali di sovranità, sconfessando ambizioni globalistiche¹⁹. L'eventualità che,

¹⁵ Il moto espansivo dei diritti è già prefigurato da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 66 ss.; in tema si veda anche M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65 ss.; P. COSTA, *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. Dir., Annali II*, Milano, 2008, 365-417, spec. 406.

¹⁶ Sulla non irreversibilità delle conquiste in cui si sostanziano i diritti di recente proprio in riferimento alle vicende innescate dalla emergenza sanitaria da Coronavirus si veda M. LUCIANI, nell'intervista di C. Caruso, *La necessità del parlamento in un momento di libertà compresse*, in *Il Foglio*, 23.3.2020.

¹⁷ A. GUAZZAROTTI, *Mercati globali e pandemia*, in *Lacostituzione.info*, 24.3.2020. Sul punto mette conto segnalare anche la posizione del Consiglio europeo – cfr. il documento *Una tabella di marcia per la ripresa. Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa*, accolto il 23.4.2020, in <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2020/04/23/> – che, a fronte di «uno shock simmetrico» provocato dalla pandemia, avverte in ordine alla necessità di «evitare che la ripresa diventi asimmetrica», sulla scorta della considerazione che «non tutti hanno sofferto allo stesso modo, non tutti dispongono delle stesse capacità di leva e non tutte le regioni saranno in grado di riavviare rapidamente le loro economie».

¹⁸ A tal proposito C. CARUSO, nell'intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit. segnala che «le compressioni più gravose non vengono portate alle libertà civili, ma a situazioni soggettive che hanno un riflesso economico e sociale. Penso non solo all'iniziativa economica privata, ma anche al diritto al lavoro». La qualificazione di libertà di iniziativa economica e diritto al lavoro operata nel testo non pone in discussione l'insostenibilità della contrapposizione dei diritti sociali ai diritti di libertà su cui si rinvia ad A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1, ss., 29, e alle considerazioni svolte e alla bibliografia riportata in C. ACOCELLA, *Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 23/2019, a cui si rinvia anche per la sintesi delle diverse declinazioni associabili a ciascuno dei diritti sociali presi in considerazione.

¹⁹ Sul punto si veda F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo. Nulla sarà più come prima?*, in *Il Dir. dell'economia*, 3/2019, 575-588, che nel riflettere sulla fragilità «delle società moderne e democratiche» osserva che «esse, improntate a una sfrenata globalizzazione, si sono rivelate deboli e assai vulnerabili proprio a fronte di un problema globale» .. «la categoria giuridica ... che è emersa con prepotenza ... è costituita dalla sovranità dello Stato» e che «l'esperienza drammatica che stiamo vivendo, infatti, ha confermato come non colga nel segno la prospettiva secondo cui la soluzione a problemi globali passerebbe attraverso l'applicazione di regole o decisioni globali o, a un livello diverso, solo europee». Si veda anche M. LUCIANI nell'intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.,

«come accaduto in altre recenti esperienze, una crisi non economica diventi economica»²⁰, esibisce con evidenza un tempo, quello appunto delle ragioni dell'economia e del suo andamento, diverso, aumentato, rispetto a quello degli eventi pandemici²¹. Costatazione di senso comune alla luce della quale la stessa prospettiva nella quale si è recentemente mosso il Governo, che ha prospettato l'emergenza sanitaria in atto come la principale fonte di condizionamento della politica di bilancio in corso di definizione, appare forse eccessivamente semplificante nella misura in cui pare confortare una corrispondenza, quasi in termini di sovrapposibilità, tra il 'congruo' periodo di efficacia delle misure precauzionali e la durata dell'impatto economico delle prime²², contenendo al più in una manciata di mesi il disallineamento tra i termini (finali) entro i quali si esauriranno gli effetti delle due dinamiche, la pandemia, da un lato, lo scenario economico che ad essa consegue, dall'altro lato²³.

3. Il peso della tecnica incerta sul tempo (e non solo)

La accettabilità delle limitazioni dei diritti rimonta dunque alla dimensione transitoria (oltre che straordinaria) dell'emergenza. Tale nesso relazionale conserva naturalmente la sua

secondo il quale «Sul piano del diritto internazionale, la pandemia mostra quanto sarebbe importante un governo globale di fenomeni - come questo - altrettanto globali, ma allo stesso tempo mette in luce la dura realtà della perdurante esattezza del *dictum* weberiano, che vuole lo Stato unico detentore dell'uso legittimo della forza. Non è il tempo delle illusioni cosmopolitiche alimentate dall'inverosimile *global constitutionalism*, ma quello del realismo diplomatico, di una rinnovata iniziativa politica e culturale per un nuovo ordine internazionale, cooperativo, sì, ma westfaliano». Sulla opportunità di «completare – o quantomeno ... approfondire – l'Unione economica e monetaria», anziché puntare esclusivamente sul ruolo della Banca centrale europea, nella prospettiva di rendere sostenibili i debiti pubblici nazionali il cui innalzamento assurgerà a tratto permanente nelle economie della ricostruzione post emergenza Coronavirus, si veda L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, 8.4.2020.

²⁰ In questo senso F. FRACCHIA, *op. cit.*, 586-587 che indugia peraltro su un quadro ben più articolato di quello determinato da coordinate meramente economiche, in particolare sulla crisi politica, non solo in termini di conseguenza della emergenza sanitaria in atto, quanto di risultato di «precedenti debolezze politiche e istituzionali».

²¹ R. LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?*, in *federalismi.it*, 12/2020, segnala poi che «il rischio paventato da molti, che l'autunno porti ad una recidiva» renderebbe «gli effetti sull'attività economica, ma anche sulla vita di tutti i giorni» «strutturali piuttosto che congiunturali». L'A. mette altresì in evidenza i tratti distintivi, *rectius* gli elementi di novità assoluta delle ripercussioni economiche dell'attuale crisi pandemica rispetto a quelle precedenti (crisi sia endogene – al sistema economico – che esogene), in particolare a quelle generate dalla epidemia Sars del 2003 e dalla crisi finanziaria del 2008.

²² Si veda il Documento di Economia e Finanza 2020 (disponibile sul sito del Governo http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2020/def_2020.html) ove, nell'introduzione del quadro complessivo e della politica di bilancio del Governo si segnala che a fronte dei drammatici eventi «nel mese di marzo l'attività economica, che a inizio d'anno aveva ripreso vigore dopo la battuta d'arresto del quarto trimestre, ha subito una caduta senza precedenti nella storia del periodo postbellico», e sullo specifico punto si osserva che «poiché le misure precauzionali dovranno restare in vigore per un congruo periodo di tempo e la pandemia ha nel frattempo investito i principali Paesi partner commerciali dell'Italia, l'economia ne verrà fortemente impattata per diversi mesi e dovrà probabilmente operare in regime di distanziamento sociale e rigorosi protocolli di sicurezza per alcuni trimestri».

²³ In questo senso nel DEF 2020 si legge infatti: «La previsione macroeconomica del presente documento è costruita in base all'ipotesi che le misure di chiusura dei settori produttivi non essenziali e di distanziamento sociale vengano attenuate a partire dal mese di maggio e l'impatto economico dell'epidemia si esaurisca completamente nel primo trimestre del 2021. Tuttavia, si considera anche uno scenario alternativo in cui la ripresa sarebbe più graduale e non si radicherebbe fino al secondo trimestre del 2021».

validità quando la consistenza dell'emergenza risulti avvolta dall'incertezza. Ciò accade, come mostra l'emergenza sanitaria da Covid-19, laddove gli elementi di valutazione siano offerti al decisore politico prima di tutto dalla tecnica, dalla scienza²⁴, intesa qui evidentemente come scienza di carattere non giuridico. Il dato da cui muovere è in questi casi «l'assenza di certezza delle risposte che la scienza e la tecnica danno ad alcune domande»²⁵, troppo spesso liquidata in termini di opinabilità (tecnicamente divergenza di posizioni con riguardo alla qualificazione dei fatti) piuttosto che in termini di fisiologica rilevanza della 'probabilità' in sede di accertamento e verifica del fatto. Evenienza questa seconda che si colloca al di là delle ipotesi in cui vi siano margini di apprezzamento²⁶. Questo duplice ordine di indeterminatezza, sul piano delle opinioni riguardo alla qualificazione dei fatti, ma prima ancora sul piano dei fatti oggetto di riscontro (più che di apprezzamento), trova una rappresentazione nitida negli accadimenti delle scorse settimane. Per un verso si è registrata infatti la difficoltà della scienza medica, e in particolare di quella virologica, di accedere ad una valutazione univoca sull'approccio che fosse preferibile intraprendere, e ve ne erano anche di nettamente alternativi in campo, come quelli esibiti con riguardo alla opportunità di diffusione del virus al fine di conseguire una risposta immunologica estesa nella popolazione. Si tratta di posizioni effettivamente espresse, stavolta sì, di una opinabilità che fa guadagnare alle prime – al di là dei toni enfatici scelti nel comunicare, per esempio riguardo alla questione della 'immunità di gregge'²⁷ – un posto nel dibattito scientifico e contribuisce ad arricchirlo²⁸. Per altro verso, nell'emergenza virale ancora non cessata è stata immediatamente percepibile l'incertezza che circonda i fatti

²⁴ Rifletterebbe la contiguità della scienza al decisore pubblico, la continua e capillare presenza nel dibattito pubblico degli esperti, secondo A. FARANO, *La Repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in *BiolaW Journal*, 2/2020, alla quale si rinvia anche per una analisi delle letture 'deferenzialiste' maturate nei confronti della scienza sulla scorta della idealizzazione del modello della Republic of Science di Michael Polanyi, e per l'avvertimento sulla necessità di evitare di dissolvere «il discorso scientifico in un irrazionalismo che renderebbe impossibile ... il controllo in termini di ragione da parte dei cittadini», rivendicando perciò un ruolo della scienza che implichi una «opinione pubblica informata» piuttosto che una «delega in bianco alla comunità degli scienziati».

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2019, 313 ss.

²⁶ Su questo specifico punto, infatti, parte della dottrina (v. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*), valorizzando l'insegnamento di F. LEDDA (*Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss., spec. 430 ss.), sulla discutibilità della distinzione tra accertamenti e apprezzamenti tecnici, atteso il rilievo trasversale dell'impossibilità di proposizioni empiriche assolutamente certe, osserva come la validità della contrapposizione possa essere messa in dubbio sol che si pensi alle ipotesi in cui «l'incertezza verte sul livello delle probabilità che determinati fatti si siano verificati nel passato o si verificheranno nel futuro».

²⁷ Le iniziali dichiarazioni rese dal premier britannico Boris Johnson hanno in questo senso sollevato un acceso dibattito intorno alla accettabilità di una prospettiva che sacrificasse le generazioni più vulnerabili in nome dell'obiettivo di conseguire una risposta immunologica diffusa nel paese. Per una ricostruzione delle coordinate giuridiche rilevanti nel quadro ordinamentale interno rispetto a cui collocare un simile approccio, si veda G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18.3.2020. Sull'immunità di gregge C. NADOTTI, *Coronavirus, cos'è l'immunità di gregge e perché potrebbe non funzionare*, 14.3.2020, in *repubblica.it*, e E. LONGO, *Immunità di gregge Covid-19/Il virologo "ha logica", lo pneumologo "teoria sballata"*, 18.3.2020, in *ilsussidiario.net*.

²⁸ Avverte però, valorizzando il pensiero di Foucault, il pericolo di un governo che si fondi su fatti dichiaratamente falsi, riferendosi alla assimilazione talvolta occorsa negli accadimenti di cui si discute tra «Covid-19 e banale influenza»: A. FARANO, *La Repubblica degli scienziati?*, *cit.*. Nella medesima prospettiva segnala «forme di sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico ... come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico», come identificazione del livello di pericolosità del coronavirus con quello caratterizzante «una normale influenza», L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *BiolaW Journal*, 2/2020, 18.3.2020

(prima ancora che la loro qualificazione e le valutazioni), e che attiene alla probabilità che essi si verifichino nel futuro: si pensi solo ai riscontri fattuali che hanno ad oggetto il grado di virulenza dell'elemento patogeno, il numero dei contagi, il numero dei decessi (dunque l'andamento di entrambi i fenomeni), l'efficacia delle terapie impiegate, la risposta dell'impiego di farmaci, e così via. Allora, già solo sul piano della tecnica chiamata in causa dalla sequenza epidemica, l'incertezza ha investito al contempo il processo conoscitivo (a volte ricognitivo) dei fatti ma anche l'attività di scelta, e ciò senza scomodare la 'fragile' contrapposizione tra scienze esatte e inesatte, neutralizzata in qualche misura già sul fronte della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive colpite da decisioni che incorporino valutazioni tecnico-scientifiche²⁹. E se l'indeterminatezza (in parte irriducibile) della tecnica ha assunto significativa rilevanza sul piano della controllabilità delle decisioni dell'amministrazione, complicandone lo svolgimento tutte le volte in cui sia apparso arduo isolare l'esercizio dell'attività conoscitiva (idealmente precedente) dal provvedere (successivo) e quindi le scelte collocabili in tale secondo momento³⁰, l'incertezza della scienza della quale si è fatto esperienza nel tempo di contenimento del contagio da Covid-19, prelude e accompagna, non solo l'assunzione di decisioni connotate da discrezionalità politico-amministrativa³¹ ma, decisioni *lato sensu* politiche.

²⁹ Su questo specifico punto appare di utilità la sintesi fornita ancora da F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, che compendia il passaggio in cui la giurisprudenza amministrativa abbandona un sindacato di mera ragionevolezza sui processi decisionali in cui avessero luogo valutazioni tecnico-discrezionali, per approdare a un sindacato sulla attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione, sulla scorta della considerazione che «l'applicazione dei saperi "inesatti" non produce dunque risultati che sono senz'altro opinabili, e che per questa ragione mancano di un parametro che decida della loro accettabilità». Il dibattito in tema è ampissimo e di questo si indicano qui, senza pretese di esaustività, alcuni riferimenti: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 11 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *op. cit.*; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 974 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.) (ad vocem)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 471 ss. Parte qualificante della riflessione in argomento è stata occasionata dall'analisi dell'attività delle autorità indipendenti, e del sindacato sul loro operato dal giudice amministrativo. Su questo si veda: P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 175 ss.; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 201 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI – M. RAMAJOLI - M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005. Sulle evoluzioni del sindacato del giudice amministrativo, ed in particolare sulle aperture schiuse al sindacato del GA sull'attendibilità delle operazioni tecniche si veda A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le controversie tecnico-scientifiche formule vecchie e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 nonché anche per un'analisi critica di volta in volta utilizzati dalla giurisprudenza F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 137 ss.; dello stesso A., già, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 601; ID., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto*, in *giustamm.it*, 2008; ID., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1311-1327.

³⁰ La sindacabilità della discrezionalità tecnica e i progressi registrati dalla giurisprudenza amministrativa in tale direzione sono come noto ancorati oltre che alla distinzione tra opportunità ed opinabilità, alla possibilità di isolare le valutazioni sull'interesse pubblico oggetto di riserva dell'amministrazione dai giudizi tecnici: sul punto si rinvia alla bibliografia citata alla nota precedente.

³¹ «Nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio *lato sensu* politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza»: così A. PIRAS,

Accanto alla indeterminatezza della tecnica v'è quindi un terreno riconducibile al potere di autodeterminazione del decisore, prima che amministrativo, politico, che naturalmente apre spazi di incertezza, connotati alla 'libertà del fine' – che caratterizza l'attività del legislatore e, secondo gradazioni diverse, altri atti di carattere normativo³² nonché la categoria degli atti politici³³ – e alla necessità di seguire in qualche misura la scienza, come si è detto, incerta³⁴. Uno degli elementi sui quali si scarica comprensibilmente il margine di indeterminatezza dei saperi che guidano le scelte del decisore pubblico, nel tracciare l'agenda di contenimento del contagio e di gestione della emergenza sanitaria, è l'orizzonte temporale entro il quale cessino gli accadimenti³⁵ che hanno dato causa alle misure di cui si fa questione. Tornando alle dinamiche di svolgimento dell'attività conoscitiva di cui si discorreva, tale orizzonte era dipendente dal grado di probabilità che una serie di fatti smettessero (e smettano ancora in parte) di verificarsi, o specularmente che una serie di fatti (terapie farmacologiche e non, strategie di distanziamento sociale, crescente disponibilità e impiego di dispositivi di ventilazione in terapia intensiva³⁶, e così via) producessero una

Discrezionalità amministrativa (voce), in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, spec. 87 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1046 ss.;

³² A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria - Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 189-190.

³³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 27.7.2011, n. 4502, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 2439: «gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge». In tema si veda per un'analisi dell'incidenza spiegata dalla disposizione di cui all'art. 7, c. 1, c.p.a. sul dibattito intorno alla questione dell'atto politico, essenzialmente esaurita nella scienza amministrativista, dal tema della sua sindacabilità, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3, 2012, p. 329 ss., che rinvia per la riproposizione della tesi dell'atto politico come atto libero nel fine a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 240. In tema v. pure G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *Lacostituzione.info*, 7.2.2019, e S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, *ivi*, 9.2.2019.

³⁴ Sulle valutazioni tecnico-scientifiche sottese alle scelte legislative si veda R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1, ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

³⁵ V. ancora R. LEONCINI, *Verso il post emergenza COVID-19*, cit.: «allo stato attuale manca certezza su almeno tre aspetti rilevanti. Nessuno per ora, sembra in grado di fornire previsioni ragionevolmente attendibili sull'epidemiologia del virus; esiste una evidente eterogeneità nella definizione e nell'efficacia delle misure di contenimento; non esiste alcuna certezza sui tempi di sviluppo di un eventuale vaccino».

³⁶ Accanto all'aumento della disponibilità dei posti letto in terapia intensiva, obiettivo identificato come prioritario sin dall'avvio della strategia di contenimento del nuovo Coronavirus (su questo cfr. l'aggiornamento Tabella potenziamento servizi sanitari del 20.3.2020 n. 3803 in <http://www.regioni.it/newsletter/n-3803/del-20-03-2020/coronavirus-aggiornamenti-sui-servizi-sanitari-20977/>), viene documentato un allentamento della pressione sui reparti di terapia intensiva sin dalla fine di aprile (su cui cfr. *Terapia intensiva, occupati 2.635 posti letto del 20.4.2020*, in <https://www.trueumbers.it/coronavirus-terapia-intensiva/>). Questo andamento, accompagnato alla determinazione – pure in qualche misura registrata (sul punto cfr. *Coronavirus, le Regioni riducono le terapie intensive e il governo lancia l'allarme: "è troppo presto"*, 25.4.2020 in https://www.ilmattino.it/primopiano/sanita/coronavirus_news_terapie_intensive_ridotte_regioni_morti_contagi_mappa_oggi-5191628.html) – di rimodulare in senso riduttivo, in ragione della tracciata contrazione del numero dei contagi, le postazioni disponibili nei reparti di terapia intensiva, è determinante nella adozione di misure funzionali al graduale superamento del distanziamento sociale e alla ripresa delle attività economiche. La cifra corrispondente all'attuale disponibilità di posti letto nei reparti di terapia intensiva a livello nazionale è riportato nel Documento del 22.4.2020, Valutazione di politiche di riapertura utilizzando contatti sociali e rischio di esposizione professionale su cui vedi *infra* nota 48.

serie di conseguenze fattuali leggibili in termini quantitativi (numeri dei contagi, numeri dei decessi). I fatti, accertati ed apprezzati dalla tecnica – in parte indeterminata, come si è detto – sono al centro quindi non solo delle misure precauzionali restrittive, ma anche di quelle, speculari, che erodono la latitudine delle restrizioni progressivamente imposte, disegnando la strada, incerta, del ritorno alla stagione della ordinarietà. Non è un caso che la formalizzazione di questo rapporto di connessione assai significativo tra politica e tecnica – che, si è accennato, non può leggersi riduttivamente come dipendenza della prima dalla seconda – abbia trovato un suo snodo manifesto, dal punto di vista organizzatorio, in un processo di entificazione. Quest’ultimo ha operato, in senso debole³⁷, affidando la funzione tecnico-consultiva di valutazione dei rischi rilevanti nell’attuale contesto emergenziale a Comitati di esperti scelti³⁸, operanti presso il Governo, e lo ha fatto, appunto prevedendo un doppio registro: quello (l’unico fino allo scorso 10 aprile) delle valutazioni tecnico-scientifiche che hanno fondato le misure di contenimento, e quello, più di recente venuto in emersione, degli apprezzamenti che destinati a guidare la simmetrica dinamica di riduzione delle restrizioni. Gli accertamenti e gli apprezzamenti che hanno informato le prime appaiono far capo essenzialmente alla scienza medica, come indica chiaramente la composizione del Comitato tecnico-scientifico – istituito ai principi di febbraio scorso per coadiuvare il Capo del Dipartimento della protezione civile nell’adozione delle «più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione delle patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»³⁹ – destinato a valutare i pericoli operanti essenzialmente sul piano sanitario. In vista della graduale ripresa delle attività economiche inibite e della mitigazione delle ulteriori restrizioni ha preso corpo l’idea che la tecnica sino ad un certo punto a disposizione del decisore politico – quella medica – dovesse essere integrata con saperi esperti attinti dall’area economica e sociale, condivisi nell’insieme dai membri del Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con un D.P.C.M. del 10 aprile⁴⁰. Questo doppio registro di competenze, e la scelta di affidarlo a due diversi

³⁷ Ci si riferisce all’alternativa tra una entificazione di tipo forte, basata sull’attribuzione delle funzioni rilevanti ad un organismo/autorità indipendente, ed una entificazione di tipo debole che, invece, conserva la funzione decisoria in capo all’organo politico che controlla le valutazioni scientifiche operate dall’organismo tecnico. Sul punto, con riguardo alla settore della sicurezza alimentare, rispetto al riparto delle competenze rispettivamente di valutazione e di gestione del rischio, si veda M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 4/2015, 657 ss..

³⁸ Per una ricostruzione del ruolo esercitato in vari Paesi, non solo europei, dalla scienza nell’adozione delle misure di contrasto all’emergenza Coronavirus, e per la ‘entificazione’ che ha dato corpo a questa richiesta di supporto scientifico da parte della politica, si veda L. CUOCOLO, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 31.3.2020. Sulla scelta del Governo di avvalersi dell’ausilio di un comitato tecnico scientifico si veda pure L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus ..cit.*

³⁹ Così il Decreto del Capo Dipartimento del 5.2.2020 n. 371 (art. 2) di istituzione del Comitato scientifico previsto dall’art. 2 della Ordinanza del 3.2.2020 n. 630.

⁴⁰ Cfr. il D.P.C.M. del 10.4.2020 che istituisce il Comitato di esperti in materia economica e sociale destinato ad operare in coordinamento con il Comitato tecnico scientifico di cui all’art. 2, c. 1, dell’Ordinanza n. 630/2020 cit.. La compagine del Comitato risulta costituita da esperti di psicologia sociale, economia, statistica economica, statistica sociale, diritto del lavoro, sociologia economica, discipline giuridiche, psichiatria. Che la recente istituzione del Comitato in materia economica e sociale fosse funzionale soprattutto a supportare l’adozione delle misure di allentamento del regime di contenimento delineato in forza della decretazione intervenuta sino ad aprile 2020 viene confermato anche dalle dichiarazioni del P.d.C.M. che hanno accompagnato l’approvazione del D.P.C.M. del 10.4.2020 cit., e il riferimento espresso ivi operato, alla c.d. ‘fase 2’, programma attraverso il quale «far ripartire il sistema

comitati tecnici, la cui rispettiva composizione riflette le prime, non sembrano peraltro essere stati sconfessati dalla integrazione del (primo) Comitato tecnico-scientifico, ancorché essa sia stata dichiaratamente collegata «alla fase di ripresa graduale delle attività sociali, economiche e produttive»⁴¹. La presenza nel Comitato di ulteriori esperti – che esprimono tutti perizie attinte dalla scienza medica o, quanto alle apparenti eccezioni, competenze comunque rilevanti per il ruolo istituzionale esercitato dai primi in compagini burocratiche attive nel comparto sanitario⁴² – è cioè funzionale ad operare il coordinamento con l'altro Comitato, che esaurisce in qualche misura la funzione di confortare una transizione sostenibile verso un regime economico e sociale ordinario. Il contemperamento di differenti esigenze⁴³ – schematizzando, di contenimento e prevenzione dell'emergenza sanitaria da un lato, di conservazione di un accettabile livello di esercizio delle attività economiche e di integrazione sociale, dall'altro lato – prelude in linea di principio all'adozione non solo di misure contenitive e di distanziamento, ma anche di quelle, successive, che hanno tracciato e tracciano il graduale e inverso percorso. Se si accoglie l'idea che quel contemperamento debba essere operato alla luce di acquisizioni tecnico-scientifiche, anche la scelta di estendere l'ambito della tecnica interrogata in una fase avanzata dell'emergenza non è del tutto esente da rilievi critici.

4. Tempo e principio di precauzione

Sui nodi segnalati rileva l'incidenza del principio di precauzione, del quale in questa sede non può neanche richiamarsi la traiettoria di sviluppo⁴⁴, ma ci si limita a segnalare che esso

produttivo» che «poggia su due pilastri: l'istituzione di un gruppo di lavoro di esperti e il protocollo di sicurezza nei luoghi di lavoro» (su cui cfr. <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>).

⁴¹ Cfr. in questo senso le premesse dell'Ordinanza n. 663 del 18.4.2020 recante 'Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili' con la quale è stata resa stabile la presenza nel Comitato tecnico-scientifico di ulteriori esperti con i quali la composizione del primo era stata integrata (possibilità contemplata dall'art. 2, c. 1, dell'Ord. n. 630 del 2020 cit.) in relazione «a specifiche esigenze».

⁴² L'Ord. n. 663/2020 cit., nell'integrare stabilmente la composizione del Comitato tecnico-scientifico, ha modificato l'art. 2 dell'ord. n. 630/2020 cit.. Tra i componenti dello stesso, accanto a quelli iniziali, figurano al momento: il presidente del Consiglio superiore di sanità del Ministero della salute; il Direttore generale dell'Agenzia italiana del farmaco; l'Ispezzione generale della sanità militare del Ministero della difesa; il Direttore generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute e il Direttore generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della salute. La formazione rispettivamente economica e giuridica per gli ultimi due non altera la fisionomia disciplinare dell'organo. Segnala criticamente la marginalizzazione della presenza di virologi tra i componenti G. MINEO, *Coronavirus, nel comitato anti-virus neanche un virologo*, in *il tempo.it*, 29.4.2020.

⁴³ Tra le misure che il Comitato in materia economico-sociale è stato chiamato a elaborare e proporre al Presidente del Consiglio vi sono, accanto a quelle «necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica» – formula, come visto, che ricalca quella ricorrente nel Decreto n. 371/2030 cit. per il Comitato tecnico-scientifico – le misure «per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive, ... che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza». La lettera della disposizione pare quasi riflettere l'idea che questo Comitato possa farsi carico, sul piano scientifico, di entrambe le istanze che rappresentano i termini del bilanciamento.

⁴⁴ In particolare sul passaggio che si situa nella dinamica procedurale di applicazione del principio, rappresentato dall'obbligo per le autorità di richiedere una valutazione scientifica del rischio, ancorché non accompagnato dall'obbligo per le medesime di conformarsi al parere degli esperti, e sulla circostanza che nel caso dell'emergenza virale da Covid-19 vi sarebbe al riguardo una assenza di dati e una mancanza di informazione tale da non permettere di chiarire se tale

trova come fisiologico terreno di esercizio proprio la complessità e il margine indeterminato schiuso dai saperi esperti⁴⁵, e che è in sostanza diretto a fornire un criterio guida per dare una risposta e governare l'incertezza dei rischi⁴⁶.

Le scelte regolative che riflettono il principio traducendosi in misure precauzionali – come quelle che nelle scorse settimane hanno inciso sulle condotte dei consociati nel senso di restringerne la sfera di libertà⁴⁷, o come quelle che specularmente provano a ripristinare le dinamiche di ordinario esercizio di certe libertà nell'attuale contesto di graduale transizione verso la 'ripartenza'⁴⁸ – sono operate sulla base di una valutazione delle

obbligo sia stato rispettato effettivamente in Italia, si veda A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *Biola Journal*, 2/2020, 16.3.2020. Sul principio di precauzione si veda F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA-F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, e ID., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 509 ss.; ID., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la 'precauzione inutile'?*, in *La sicurezza del territorio. Pianificazione e Depianificazione*, *Quaderni Riv. giur. ed.*, Milano, 2014, 55.

⁴⁵ Peraltro, per la lettura del principio nel senso che lo stesso, rimarcando «lo statuto epistemologico dell'ignoranza nella scienza contemporanea» affrancherebbe il diritto dalla «sottomissione alla scienza», «optando per azioni orientate a favore della sicurezza», si veda T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, in *Biola Journal*, 2/2020, 20.3.2020, che richiama sul punto M. TALLACCHINI, *Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law*, in *Toxicology and Applied Pharmacology*, 207, 2005, 645-651.

⁴⁶ Sulla distinzione tra incertezza e rischio R. LEONCINI, *op. cit.*, segnala come «la prima manchi totalmente della possibilità di fornire una misura quantitativa circa le probabilità di un evento», laddove «quando è possibile esprimere questa misura si parla di rischio».

⁴⁷ Per l'idea che le due forme di confinamento incidano direttamente sulla libertà personale piuttosto che solo sulla libertà di circolazione si veda L. CUOCUOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, cit.*, 12 ss..

⁴⁸ Ci si riferisce alla c.d. Fase Due della strategia di contenimento dell'emergenza Covid-19, il cui avvio lo scorso 4 maggio era stato annunciato dallo stesso Presidente del CdM nella conferenza stampa del 26.4.2020 (cfr. Covid-19 La "FASE DUE" <http://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-conte/14518>) che ha preceduto la pubblicazione del D.P.C.M. del 26.4.2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6», in GU n. 108 del 27.4.2020. Nel quadro di attività e di condotte consentite da tale DPCM in una prospettiva di graduale allentamento delle misure restrittive precedentemente dettate, si segnala innanzitutto il prolungamento di una serie di limitazioni all'esercizio di libertà e diritti [si vedano quelle relative allo svolgimento delle attività scolastiche, la cui frequenza continuava ad essere sospesa: cfr. art. 1, c. 1, lett. k), D.P.C.M. del 26.4.2020 cit.; come quelle relative alla libertà di culto che avrebbe continuato (in ragione della formulazione testuale delle relative disposizioni) a non poter essere esercitata nel contesto di cerimonie religiose, quindi fruendo della somministrazione dell'eucarestia, ma solo nelle forme consentite dalla previsione – già contemplata dalla previgente disciplina dell'emergenza in atto (si veda il DPCM del 10.4.2020, art. 1, c. 1, lett. i) e prima DPCM del 8.3.2020, art. 1, c. 1, lett. i) e 2, c. 1, lett. v) – di un'apertura dei luoghi di culto «condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro» (cfr. altresì art. 1, c. 2, lett. h) D.L. n. 19/2020 cit.]. In secondo luogo è intervenuta la prescrizione di (nuove) condotte attive, rese necessarie da un'attenuazione del distanziamento sociale (come ad esempio l'uso obbligatorio di «protezioni delle vie respiratorie nei luoghi chiusi accessibili al pubblico e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuamente il mantenimento della distanza di sicurezza» - cfr. art. 3, c. 2, D.P.C.M. del 26.4.2020 cit.). L'incidenza delle valutazioni tecniche sulle determinazioni assunte dall'Esecutivo nei sensi qui, solo parzialmente, richiamati sarebbe in particolare valutabile alla luce dei contenuti di una relazione (pubblicata tra gli altri su https://www.corriere.it/cronache/20_aprile_28/valutazione-politiche-riapertura-utilizzando-contatti-sociali-rischio-esposizione-professionale-827d5f1a-894d-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml) del 22.4.2020 elaborata dal Comitato tecnico-scientifico intitolata «Valutazione di politiche di riapertura utilizzando contatti sociali e rischio di esposizione professionale», nella quale tra le altre cose – rinviandosi qui ai profili disciplinati dal DPCM del 26.4.2020 ai quali si è scelto di riferirsi in questa sede – si legge che «riaprire le scuole innescherebbe una nuova e rapida crescita epidemica di Covid-19. In particolare la sola riapertura delle scuole potrebbe portare allo sfioramento del numero di posti letto in terapia intensiva attualmente disponibili a livello nazionale», o ancora che «ci sono delle incertezze sul valore dell'efficacia dell'uso di mascherine per la popolazione generale dovute a una limitata evidenza scientifica, sebbene le stesse siano ampiamente consigliate», e che pertanto «da raccomandazione all'uso delle mascherine per comunità in tutti i luoghi pubblici confinati o a rischio di aggregazione ... da parte di tutta la popolazione» vada

Anticipazioni al n. 2 del 2020 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

probabilità, appunto, che si verificano dei rischi, e dunque sono dirette ad evitarne il prodursi, sebbene finiscano di frequente per porre in concreto una questione di rapporto e di bilanciamento tra diversi (ulteriori a quelli che si è inteso fugare) rischi⁴⁹, bilanciamento secondo taluno ben più problematico di quello tra diritti, proprio perché ancorato alla dose di incertezza connaturata all'impiego di saperi tecnico-scientifici⁵⁰.

Il rischio è espressamente evocato, con tutto ciò che ne consegue in termini di legittimazione dello svolgimento di una dinamica incerta, per esempio dal D.L. n. 19 del 25 marzo scorso, e per giunta in una posizione strategica. Il decreto, che operava chiaramente nella prospettiva di far ordine tra le misure di regolazione restrittiva sino a quel momento messe in campo⁵¹, elencando quelle di possibile adozione per il futuro, all'art. 1, c. 2, ha

considerata tra le «variabili determinanti per contenere il valore di $R_0 < 1$ ». Tra le reazioni critiche sollevate dagli esiti della selezione dei settori da attrarre nella strategia di allentamento delle restrizioni operata dal D.P.C.M. n. 26.4.2020 si segnalano quelle della Conferenza episcopale italiana, sintetizzate nel documento n. 34 del 26.4.2020 in https://www.olir.it/wp-content/uploads/2020/04/DPCM-laposizione-della-CEI-%E2%80%93-Chiesacattolica.it_.pdf, in cui la Chiesa segnalava la necessità di «riprendere la sua azione pastorale» parallelamente alla riduzione delle «dimitazioni assunte per far fronte alla pandemia. Sugli esiti che i rilievi della CEI hanno prodotto sull'adozione di misure atte a garantire una graduale riespansione della libertà di culto si veda il Protocollo del 7.5.2020 riguardante la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo –ora Allegato 1 al D.P.C.M. del 17.5.2020 – che ha dettato una serie di prescrizioni utili ad assicurare, a far data dal 18.5.2020, che lo svolgimento delle funzioni religiose avvenisse nel rispetto delle norme di distanziamento». In ordine a questo specifico profilo, per il periodo della c.d. Fase DUE, ossia quello che ha preso avvio dal 18 maggio, assume rilievo la previsione di cui all'art. 1, c. 8 del D.L. n. 33 del 16.5.2020 che, fermo il divieto di «assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico», ha distinto le sorti delle cerimonie religiose da quelle di «manifestazioni, eventi e spettacoli di qualsiasi natura con la presenza di pubblico», per i quali le modalità atte a garantirne uno svolgimento in linea con le prescrizioni funzionali a evitare una nuova diffusione del contagio, continuano ad essere stabilite con dei DPCM (la norma fa riferimento ai «provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2, del D.L. n. 19/2020»). Sul punto è intervenuto il D.P.C.M. del 17.5.2020 cit. che all'art. 1, c. 1, lett. o) ha stabilito che «le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7», riprendendo l'omologa previsione recata dal D.L. n. 33/2020, art. 1, c. 11 in tal senso fornendo copertura alla prassi avviata con il citato Protocollo del 7.5.2020, e proseguita con la sottoscrizione in data 15.5.2020 di ulteriori protocolli (con le Comunità ebraiche; con le Chiese Protestanti, Evangeliche, Anglicane; con le Comunità ortodosse, islamiche, etc..) che figurano tra gli Allegati da 2 a 7 del D.P.C.M. del 17.5.2020 cit.. Nel solco della riflessione in ordine alla necessità del Governo di conservare una interlocuzione con le confessioni religiose funzionale ad elaborare le regole di svolgimento delle funzioni religiose sino al termine della fase di emergenza, si situa la scelta in inserire in sede di conversione in legge del D.L. n. 19/2020, dopo la previsione relativa alla possibilità di sospendere (adottando le misure di cui all'art. 2 dello stesso decreto) le cerimonie civili e religiose e di limitare l'accesso ai luoghi di culto, quella (art. 1, c. 2, lett. h-bis) relativa alla «adozione di protocolli sanitari, d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza». Sullo sviluppo diacronico, attraverso le varie fasi della gestione dell'emergenza, del bilanciamento della libertà religiosa con il diritto alla salute si veda G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *federalismi.it*, 5.5.2020, anche per l'analisi della questione del bilanciamento in questo settore alla luce della peculiarità del tema dei rapporti tra Stato e Chiesa, e degli spettri assiologici che ne sono espressione, risolta nel senso della necessità per il legislatore emergenziale di orientarsi con la «bussola della neutralità».

⁴⁹ Alcuni dei quali sono cioè dipendenti proprio dalle condotte imposte dalle misure regolative/restrittive e quindi sostituiscono i rischi che le misure stesse tendono a scongiurare, come mette in rilievo G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *giustizainsieme.it*, 24.3.2020 che sostiene sul punto anche una contraddizione con il principio di precauzione.

⁵⁰ Sul punto sempre G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, che oppone al dato dell'indeterminatezza della tecnica il carattere definito della portata dei diritti, funzionale alla determinazione sufficientemente precisa, da parte dell'interprete più in generale e nello specifico in sede giurisdizionale, dell'entità del sacrificio accettabile per i termini posti in relazione.

⁵¹ Intravede un «approccio sistematico al regime dell'emergenza» nel D.L. n. 19/2020 (nella versione precedente alla conversione in legge 22.5.2020 n. 35), che ha il «merito di predeterminare, questa volta in modo puntuale ... la tipologia di restrizioni che possono essere arretrate alle libertà» e che sottende «l'idea di stilare un regime – eccezionale ma stabile – dell'emergenza», F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*,

Anticipazioni al n. 2 del 2020 della Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”

riportato la dimensione dell'accettabilità (secondo i noti parametri dell'adeguatezza e della proporzionalità) delle restrizioni che ne sarebbero scaturite al «rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio ovvero sulla totalità di esso». La quantificazione del rischio si sostanzia in accertamenti ma anche in apprezzamenti, operazioni che i saperi esperti conducono – come si è cercato di dire per rapidi cenni – su un terreno spesso scivoloso⁵². L'aspirazione ad un tempo 'finito', determinato e certo, reclamata, come si dirà, dalle regole dell'emergenza, e riproposta anche in questo decreto per necessità di aderire al modello – laddove al c. 1 la stessa disposizione di apertura impone, con riguardo alle misure adottabili, la predeterminazione dell'efficacia temporale («per periodi determinati»), del termine di durata massima («ciascuno di durata non superiore a trenta giorni»), il rispetto del termine finale utile per la reiterazione delle misure stesse («fino al 31 luglio 2020»)⁵³ – nei fatti è messa in discussione dal ponte gettato, attraverso il richiamo al rischio, ad operazioni conoscitive dell'andamento epidemiologico connotate da assenza di certezze assolute. Chè se poi da considerazioni in ordine al metodo si passa ad un giudizio sul merito delle scelte operate in Italia per fronteggiare la sequenza epidemica, e qualora dovesse giudicarsi non ragionevole il bilanciamento dei contrapposti interessi seguito alla istruttoria sui rischi prefigurabili⁵⁴, ci si potrebbe anche avvedere di una dilatazione del 'tempo della precauzione', e quindi della durata delle misure restrittive adottate in questa prospettiva. Taluno in questo senso sottolinea come, per esempio, la scelta iniziale di evitare una serie di misure di contenimento per tutelare le ragioni dell'economia abbia rivelato una incapacità di individuare rischi, oltre che per la salute pubblica, per la stessa protezione degli interessi economici, di fatto danneggiati dalla successiva adozione di misure restrittive ben più gravose di quelle inizialmente evitate⁵⁵.

Gli orizzonti temporali delle misure precauzionali schiusi dal *risk management*, nella duplice prospettiva di azione e inazione in cui esso si traduce, sono perciò, in certa misura, incerti.

6.4.2020. Sui rischi che sottendono la teorizzazione di «uno stato d'eccezione permanente», si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, che sul punto però si riferisce all'eventualità che si radichi l'opinione in base alla quale «in fondo dalla tragedia si può uscire con nuove e più efficienti regole che valgono anche per il futuro, nell'ordinaria amministrazione», prefigurando per esempio l'impiego stabile del «voto a distanza».

⁵² Sul punto cfr. R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella "società del rischio"*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 10, 2005, 3356 ss.: «è davvero evidente che ogni pur superficiale e approssimativo discorso sui temi del rischio e dell'emergenza (oltre che, naturalmente, dell'incertezza) deve fare i conti con il nodo terribile della Scienza, con la sua cronica, e non superabile, inidoneità a saper fornire verità assolute o comunque sempre controllabili. Ossia: con l'intrinseco modo di essere della Scienza e delle tecnologie, con il loro essere sempre relative ed in continuo superamento».

⁵³ Si tratta, come rammenta anche la lettera della disposizione, del termine originariamente fissato dalla delibera del CdM con cui è stata attivata – ai sensi dell'art. 24 del d. lgs. n. 1/2018 – l'intera sequenza emergenziale, del 31.1.2020, recante 'Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili', per la durata di sei mesi dalla data del provvedimento.

⁵⁴ Sul processo di individuazione dei rischi, e quindi sull'istruttoria che precede il bilanciamento degli interessi, si rinvia alle considerazioni svolte da R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella "società del rischio"*, cit., con riguardo all'esemplare caso della VIA: «tanto più fondato, ragionevole ed opportuno sarà un procedimento di valutazione di impatto ambientale, con il connesso provvedimento conclusivo, quanto maggiore sia stata la capacità del valutatore, e dunque del decisore pubblico, di supportare l'iter ricognitivo e decisionale con una razionale attività di comparazione e di misurazione dei rischi eventualmente implicati».

⁵⁵ L. DEL CORONA, *op. cit.*, 6.

5. Il tempo dell'emergenza: linee di svolgimento del fattore temporale tra esigenza di controllo dell'incertezza ed aspirazione alla stabilità

Eppure c'è nel rischio e nell'uso che aspira a farne il modello della precauzione, un'ambizione a vincere e a regolare l'incertezza, e con questo a ridefinire il volto del tempo, facendogli assumere «un diverso ruolo ordinatore» e informandone il passaggio «da entità infinita e disponibile a valore organizzato»⁵⁶. A questo tentativo di strutturare una strategia di controllo e gestione dei rischi sarebbe cioè sottesa la volontà di controllare l'emergenza, prevederla, pianificarla, producendone in certa misura una normalizzazione⁵⁷, e in ciò, più che in una dinamica di progressione, sarebbe ravvisabile la contiguità tra i concetti (pur distinti) di rischio ed emergenza⁵⁸.

Nondimeno la difficoltà di 'misurare' – nella durata oltre che rispetto ad altri parametri – l'evento che giustifica l'intrapresa di interventi emergenziali è stata segnalata anche con riguardo alle vicende della pandemia in atto, tanto da consentire per qualcuno di distinguerne le sorti dalle stesse calamità naturali tradizionalmente⁵⁹ oggetto della

⁵⁶ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, nel riportare le considerazioni di J. LE GOFF, *L'Europe est elle née au Moyen Age?*, Parigi, 2003, sulla scoperta nel Medioevo del valore del rischio.

⁵⁷ Muovendo anzi dal dato della 'costante' presenza della emergenza secondo taluno: in questo senso R. FERRARA, *op. ult. cit.*, sottolinea che «l'incertezza si diversifica, anzi, dal rischio perché, a differenza di questo stesso, non sarà agevolmente misurabile e dunque quantificabile, mentre il valore dell'emergenza, il suo presentarsi come un'eventualità costante e reale in ogni tempo ed in ogni ordinamento giuridico complesso, evidenzia, per così dire, la natura stessa delle cose». Sulla 'società del rischio' U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Parigi, 2001. In tema si veda A. POLICE, M. D'ORSOGNA (a cura di), *Dal diritto del rischio al diritto dell'emergenza*, Napoli, 2018.

⁵⁸ Distinzione che rimonta secondo A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 12, alla «prevedibilità dell'evento» insita nel rischio, che può quindi essere regolato dal diritto, e alla situazione imprevista rappresentata dall'emergenza «che normalmente non è esplicitamente regolata dal diritto vigente e che deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema dei valori giuridicamente riconosciuti». Per questi infatti la contiguità tra i due concetti, diffusamente praticata, anche nel diritto amministrativo dove i due termini vengono utilizzati come sinonimi, andrebbe ravvisata nelle possibili relazioni instaurabili tra gli stessi, in una dinamica sostanzialmente di progressione: si veda ad esempio l'ipotesi in cui l'emergenza si presenti «come risultato di un'attività rischiosa ma autorizzata dall'amministrazione sulla base di specifiche norme (il rischio che produce l'emergenza)». Nella prospettiva di progressione si pone pure T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, cit., in riferimento al passaggio da un'amministrazione del rischio a un'amministrazione di emergenza, compendiato dall'abbandono di «misure di contenimento localizzate» a quelle dirette a fronteggiare gli «ulteriori focolari dislocati in diverse aree del Paese».

⁵⁹ Nonostante i tratti del tutto peculiari della 'stagione dell'emergenza' prodottasi tra fine del secolo scorso e primo decennio del nuovo, anche a valle dell'adozione della legge quadro in materia di protezione civile, e anche con un esercizio dei poteri in esame «ai limiti del concetto di emergenza», come sottolineato da F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, spec. 5 ss.. Osserva come non sia possibile alcuna assimilazione «tra l'attuale eccezionale stato di necessità e le ordinarie crisi perpetue o le emergenze perenni cui siamo abituati in tempi "normali"» G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.. Sempre in ordine alla peculiarità dell'emergenza sanitaria in atto e quelle «che sovente affliggono il Paese» M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10.4.2020, 109 ss., spec. 125, che coglie l'elemento differenziale nella circostanza che queste ultime si traducano in «fatti, ormai verificatisi» e che la prima si declini, invece, come un «processo, in continua e imprevedibile evoluzione». Avverte pure l'esigenza di distinguere tra le emergenze, in particolare in ragione del fatto che alcune di queste, piuttosto che essere imprevedibili – «si devono proprio alla insipienza dell'uomo» – A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. reg.*, 1/2020, 368 ss., spec. 371, che evoca farraginose regole, carenze nelle strutture, nei mezzi e nel personale, riferendosi a titolo esemplificativo ai tempi dei processi, o ancora a «precise determinazioni di politica economica».

regolazione dettata dalle ordinanze di necessità e urgenza⁶⁰. Per quanto la misurabilità del rischio, intesa quale slancio teso a dominare l'incertezza, consenta al fondo di tracciare una distinzione tra il primo e la seconda, l'intensità del rischio è per vero indicativa (in senso inverso) del grado di conoscibilità della situazione che è suscettibile di prodursi o non prodursi. E questa è l'idea che pare sottendere l'impostazione accolta in Italia nel conformare l'attività di monitoraggio della circolazione del virus alla quale è stato subordinato l'allentamento delle misure di *lockdown* e l'adozione di misure funzionali alla riattivazione del tessuto economico e sociale. Quello prefigurato è un sistema di classificazione del rischio basato su un set di indicatori, di valori soglia e di valori di allerta da sottoporre ad un controllo periodico, i cui esiti sono determinanti al fine di confermare o rivedere le misure adottate, ed in definitiva dunque, al fine di stabilire la durata di ciascuna fase di gestione della epidemia, la velocità di avvicendamento tra una fase e l'altra⁶¹. Accanto a questi tempi dalla quantificazione incerta, esistono tempi 'certi' ai quali la *ratio* stessa del sistema di classificazione rimanda, assolvendo quest'ultimo alla funzione di scandire la frequenza dell'aggiornamento che le amministrazioni sono chiamate ad effettuare⁶². L'adozione (conferma/modifica) delle misure di contenimento è condizionata dalla valutazione del livello del rischio – suggerendo il suo intensificarsi una rivalutazione delle

⁶⁰ Sul punto F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, afferma: «La calamità naturale, pur nella sua estrema tragicità, quando colpisce una zona terremotata o alluvionata, è un evento comunque “misurabile” e l'ordinanza libera appresta rimedi che valgono per quella vicenda». Sottolinea come il carattere «pandemico» della emergenza in atto non si riferisca solo all'«aspetto territoriale» ma anche «agli ambiti sociali attraversati» A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 368.

⁶¹ Si veda il Decreto del Ministro della Salute del 30.4.2020 di adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui di cui all'allegato 10 del D.P.C.M. 26.4.2020. Secondo il Documento elaborato dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria e direzione generale della programmazione sanitaria (*Principi per il monitoraggio del rischio sanitario* connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2): «Le soglie definite negli indicatori proposti sono volte a monitorare il mantenimento di questi criteri» per la fase di transizione nella gestione Covid-19 (mantenimento di un numero di nuovi casi di infezione stabile o un aumento limitato; mantenimento o riduzione del numero di casi di trasmissione in strutture che ospitano popolazioni vulnerabili e assenza di segnali di sovraccarico dei servizi sanitari); «sono inoltre identificati valori di allerta che devono portare ad una valutazione del rischio congiuntamente nazionale e della/e regioni/PP.AA. interessate, per decidere se le condizioni siano tali da richiedere una revisione delle misure adottate/da adottare ed eventualmente anche della fase di gestione dell'epidemia».

⁶² Si tratta di una frequenza settimanale secondo l'All. 10 cit.: «Una classificazione aggiornata del rischio per ciascuna Regione/P.A. deve avvenire almeno settimanalmente. Il Ministero della Salute, tramite apposita cabina di regia, che coinvolgerà le Regioni/PP.AA. e l'Istituto Superiore di Sanità, raccoglie le informazioni necessarie per la classificazione del rischio e realizza una classificazione settimanale del livello di rischio di una trasmissione non controllata e non gestibile di SARS-CoV-2 nelle Regioni/PP.AA. ».

stesse misure⁶³ – secondo una dinamica in cui dalla difficoltà di apprezzamento – dunque alla irriducibilità dell’incertezza – deve inferirsi appunto un grado elevato di rischio⁶⁴.

E diretta conseguenza di questa resistenza alla ‘misurabilità’ della pandemia – volto speculare dell’incertezza – connessa anche alla «continuità della fonte dell’emergenza»,⁶⁵ è la possibilità di prolungare lo stato di emergenza che, per un verso, si legge nella previsione, ad opera del D.L. n. 19/2020, della reiterabilità delle misure, e per altro verso, è connessa alla eventualità⁶⁶ che l’orizzonte temporale semestrale nel quale si è originariamente mosso il Consiglio dei Ministri con la delibera iniziale che la proclamato lo stato di emergenza, lo scorso 31 gennaio – fornendo al legislatore elementi per fissare, allo stato dei fatti, il termine

⁶³ Cfr. infatti la previsione di cui all’art. 2, c. 11 del DPCM del 26.4.2020 cit., a mente della quale «i dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle Regioni al Ministero della Salute, all’Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico ... nei casi in cui dal monitoraggio emerga un aggravamento del rischio sanitario, individuato secondo i principi per il monitoraggio del rischio sanitario di cui all’allegato 10 ... il Presidente della Regione propone tempestivamente al Ministro della Salute, ai fini dell’immediato esercizio dei poteri di cui all’art. 2, c. 2, D.L. n. 19/2020, le misure restrittive necessarie e urgenti per le attività produttive delle aree del territorio regionale specificamente interessate dall’aggravamento». L’omologa previsione introdotta del D.L. n. 33/2020 cit., art. 1, c. 16, che prelude ad una fase di ulteriore allentamento delle misure restrittive nell’ambito della c.d. FASE DUE, avviata lo scorso 18 maggio, include tra le attività di cui garantire uno svolgimento in condizioni di sicurezza grazie al monitoraggio in parola, le attività economiche e sociali, accanto a quelle produttive; assorbe il precedente duplice riferimento ai Principi di cui all’Allegato 10 del DPCM del 26.4.2020 e ai criteri oggetto del decreto ministeriale, nell’esclusivo rinvio al Decreto del Ministro della Salute del 30.4.2020 cit. che adotta appunto detti criteri; ma, soprattutto, in ordine alla eventualità che debbano essere operate delle rimodulazioni – per il futuro non solo in ragione di un aggravamento del rischio sanitario, ma più in generale «in relazione all’andamento della situazione epidemiologica sul territorio» – delle misure di contenimento in vigore, che conseguentemente per l’avvenire vengono definite non più solo restrittive «necessarie e urgenti», ma anche «ampliative», in luogo dell’ordinanza del Ministro della Salute ai sensi dell’art. 2, c. 2 del D.L. n. 19/2020, da adottare su proposta dei Presidenti delle Regioni, si prevede l’esercizio del potere di ordinanza regionale, con contestuale comunicazione al Ministro della Salute. Ciò peraltro accompagnato dalla puntualizzazione che tale potere può essere esercitato solo «nelle more dell’adozione dei DPCM di cui all’art. 2, del D.L. n. 19/2020», nel tentativo di esibire coerenza con la previsione di cui all’art. 3, c. 1 dello stesso D.L. n. 19/2020, ma con l’ampliamento del ventaglio delle misure adottabili – anche meno restrittive, quindi ampliative – e dei motivi della rimodulazione, non solo aggravamento del rischio sanitario ma anche attenuazione. Della trasmissione non sempre tempestiva dei risultati del monitoraggio effettuato in sede regionale danno conto M. GUERZONI e F. SARZANINI, *Misure, dati e spostamenti. Le regole per aprire dal 18*, in *Il Corriere della Sera*, 15.5.2020, riferendo della comunicazione inviata dai Ministri della Salute e per gli Affari regionali e le autonomie il 14.5.2020 nella quale si sollecitavano i Presidenti delle Regioni e si rimarcava che «la acquisizione tempestiva dei dati costituisce condizione essenziale per il corretto funzionamento del sistema di rilevazione e contenimento del rischio collegato alla gestione di una nuova epidemia non controllata».

⁶⁴ Si veda ancora l’Allegato 10, *Principi per il monitoraggio del rischio sanitario*, cit., nel quale, dopo la definizione della nozione di rischio rilevante ai fini della valutazione di cui si discute – esso è «definito come combinazione della probabilità e dell’impatto di una minaccia sanitaria», per ciascuno dei quali il documento riporta degli algoritmi di calcolo – si avverte: «se non sarà possibile una valutazione secondo le modalità descritte, questa costituirà di per sé una valutazione di rischio elevata, in quanto descrittiva di una situazione non valutabile e di conseguenza potenzialmente non controllata e non gestibile». E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza*. ... cit., svolge rilievi critici in relazione alla mancata ostensione dei «dati di monitoraggio» su cui si fonda la classificazione tempestiva del livello di rischio e dell’algoritmo utilizzato per trasformare i parametri rilevanti in un unico «indice di pericolosità», sottolineando il «vulnus alla democrazia costituzionale» scaturente dalla sottrazione a «qualsiasi valutazione ed eventuale falsificazione» della verificabilità in concreto da parte della comunità scientifica dei dati di cui si è detto, soprattutto in considerazione del fatto che nell’attuale fase di convivenza con il virus, apparendo il c.d. ‘test di proporzionalità’ più aleatorio e discutibile, «diventa assolutamente imprescindibile» un «rigoroso aggancio a dati certi, verificabili, pubblici».

⁶⁵ Così F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 8. Tutto ciò a tacer del carattere durevole delle conseguenze socio-economiche (cfr. *supra* note 17 e 18) innescate dalla crisi in atto.

⁶⁶ Cfr. art. 1, c. 1, D.L. n. 19/2020, anche dopo la conversione in L. n. 35/2020, per la reiterabilità delle misure e per l’indicazione del termine finale dello stato di emergenza inizialmente dichiarato con la delibera del 31 gennaio 2020.

ultimo delle reiterazioni possibili⁶⁷ – possa essere rivisto⁶⁸, con ciò curvando nella prospettiva della ‘stabilità’ la stessa emergenza e le misure in cui essa viene rappresentandosi⁶⁹.

Nella progressione degli eventi prodottisi a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza lo scorso 31 gennaio, il fattore tempo viene continuamente in rilievo, esibendo prospettive funzionali di volta in volta diverse – coordinata di esercizio della funzione (espressa attraverso gli atti tipici di gestione dell'emergenza); condizione di legittimità degli atti adottati (delle misure restrittive delle libertà per esempio); oggetto di considerazione diretta da parte del regolatore (per esempio nella disciplina – adottata in questa fase emergenziale – di sospensione dei termini procedurali e processuali); orizzonte entro il quale si sviluppa l'emergenza (la durata della emergenza da regolare e governare) – e declinandosi di conseguenza in termini differenti, addirittura, a volte, alternativi: come un

⁶⁷ Sul punto mette conto evidenziare come, secondo il Codice di protezione civile, il termine della durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale sia di dodici mesi e sia prorogabile per ulteriori dodici mesi (d. lgs. n. 1/2018, art. 24, c. 3). Una deroga espressa a tale previsione è recata dall'art. 15, c. 1 del D.L. n. 162/2019, come modificato in sede di conversione in L. 28.2.2020 n. 8, in relazione allo stato di emergenza proclamato per gli eventi verificatisi nel Comune di Genova a seguito del crollo del Ponte Morandi, che «può essere prorogato fino ad una durata complessiva di tre anni», nonché per lo «stato di emergenza conseguente agli eventi sismici che hanno colpito i comuni della Provincia di Campobasso, a far data dal 16 agosto 2018» (art. 15 citato, c. 2). Per gli ulteriori stati di emergenza «in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili» ai sensi della disciplina qui richiamata è stata prevista da ultima una proroga di «ulteriori sei mesi» dal D.L. 19.5.2020, n. 34 recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, c.d. Decreto Rilancio (art. 14, c. 4) su cui v. *infra* nota 127.

⁶⁸ Del resto in questa direzione sembra muoversi il carattere aperto delle previsioni in ordine al «termine dello stato di emergenza» da quantificarsi in base al rinvio – che esse operano per *relationem* – alle previsioni della delibera del CdM che ha dichiarato lo stato di emergenza. Solo a titolo esemplificativo si veda l'art. 6, c. 4 del D.L. 8.4.2020, n. 22, conv. in L. n. 41 del 6.6.2020, in materia di misure urgenti per lo svolgimento degli esami di Stato di abilitazione all'esercizio delle professioni regolamentate e dei tirocini. La disposizione, nel contemplare il periodo che le amministrazioni competenti devono tenere in conto nel valutare il conseguimento dei requisiti necessari alla partecipazione agli esami di Stato, fa riferimento al «periodo ricompreso tra il 9 marzo 2020 e il termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020», con ciò evidentemente indicando un termine finale che, sulla scorta di una deliberazione ulteriore rispetto a quella del 31 gennaio scorso, potrebbe essere differito rispetto a quello inizialmente previsto. Di tenore analogo la previsione di cui all'art. 4, c. 1 e 32, c. 1, del D.L. 8.4.2020, n. 23, conv. in L. n. 40 del 5.6.2020, in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali, di poteri speciali nei settori strategici, nonché di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali (c.d. Decreto Liquidità).

⁶⁹ In ordine alla «emergenza stabilizzata» su di un piano più generale si rinvia all'analisi di S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, 649 ss.. Una 'stabilizzazione' del registro delineato sulla base delle misure emergenziali pare cogliersi nell'auspicio, formulato dal Ministro per la pubblica amministrazione nella Direttiva n. 3/2020 del 4.5.2020 recante 'Modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'evolversi della situazione epidemiologica da parte delle pubbliche amministrazioni', relativo all'incremento del «lavoro agile nella fase successiva all'emergenza», conseguibile perseguendo la «necessità di mettere a regime e rendere sistematiche le misure adottate nella fase emergenziale, al fine di rendere il lavoro agile lo strumento primario nell'ottica del potenziamento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa». Sulle insidie che sottendono la prospettiva di conservare nell'ordinaria amministrazione le regole sperimentate durante l'emergenza si veda però, ancora, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., IV, nonché E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. ...cit.* per il quale la scelta di attribuire significato pregnante al principio di temporaneità delle misure adottate, che ne circoscrive la tollerabilità all'obiettivo raggiungimento dello scopo sotteso, induce a ritenere «sommamente pericolosi ... e minacciosi per la tenuta dell'ordine costituzionale, i discorsi di chi oggi prova a sostenere che, dopo la pandemia, “nulla potrà essere come prima”», sicché «È vero esattamente il contrario. Tutto (nel senso della nostra vita individuale e sociale e dell'esercizio dei nostri diritti individuali e collettivi) deve il più presto possibile tornare ad essere proprio come prima e tutti devono agire affinché tale obiettivo sia raggiunto».

tempo sospeso, come un tempo dilatato, come un tempo certo o incerto, come un tempo breve/accelerato o prolungato, come un tempo compresso o dilatato. Le molteplici linee di svolgimento che il tempo viene descrivendo nella stagione dell'emergenza, ed in questa in particolare, si aprono proprio nell'area in cui: l'ambizione a governare la 'società del rischio' attraverso modelli precauzionali si misura con la complessità del calcolo e dell'apprezzamento; la logica del controllo dell'emergenza in una prospettiva di gestione del rischio, fisiologicamente, di lungo periodo, cui è sottesa un'aspirazione di stabilità, si confronta con l'orizzonte di breve periodo degli atti che tradizionalmente regolano l'emergenza (si vedano, per esempio, le coordinate della necessità e dell'urgenza); l'esigenza di certezza appare in tensione con un quadro di regole (sia del diritto che della tecnica) non sempre e non integralmente certo, e con fatti (prima ancora che con regole) che faticano a trovare regolazione in una previa disciplina, ché anzi integrerebbero significativamente essi stessi per questo loro modo di apparire, quale necessità appunto, la fonte della regola⁷⁰. Gli accadimenti tipici di una stagione emergenziale sono in misura qualificante – almeno per quella parte che si è detto non risulta prevedibile – fatti indeterminati e incerti, ma le misure dirette a fronteggiare tali accadimenti sottendono un bisogno di dominare questa incertezza, e di recuperare margini di certezza: in questa direzione vanno anche le stesse cautele che il legislatore ha apprestato per salvaguardare un indirizzo per quanto possibile unitario e unico dell'agenda di contenimento del contagio epidemico – dettando una clausola di cedevolezza dell'esercizio dei poteri di ordinanza regionali, collegata alla competenza, alla salvaguardia delle attività strategiche «per l'economia nazionale»⁷¹, alla tempestività dell'intervento

⁷⁰ La qualificazione della stessa necessità come fonte legittimante – che qui è intesa, invece, solo integrata dalla necessità – è stata autorevolmente sostenuta, come noto, da S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 parte I, 251-272: «La necessità ... deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regole e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge ... il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto». Segnala come «ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo», e che «se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale» M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113. Per una diversa prospettazione, secondo la quale «non si può negare che la necessità “di fatto” assurga a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento», si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.. Sulla distinzione tra fonte del diritto e presupposto giustificativo, riferibile alla necessità rispetto all'adozione di provvedimenti di urgenza, tipicamente decreti-legge, si veda anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 235 ss.. Si veda altresì R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 777 ss., spec. 779 per la puntualizzazione, con riguardo alla teoria della necessità come fonte del diritto – e per il periodo antecedente all'adozione della l. n. 100 del 1926 per la collocazione della decretazione d'urgenza nella gerarchia delle fonti secondo un assetto poi recepito dalla Costituzione – che «la necessità (fonte) non era nemmeno per un momento confusa con la legge, e neanche al tempo lo poteva divenire se non attraverso un riconoscimento da parte dell'ordine costituito a mezzo degli organi competenti a farlo in quel determinato periodo storico (parlamento). Ove difettasse il riconoscimento del fatto illegale del governo ... della necessità non si sarebbe più potuto parlare come diritto oggettivo». Per la peculiare collocazione nel sistema delle fonti della disciplina tesa a salvaguardare la salute pubblica si veda O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1929, secondo il quale vi sono «momenti in cui la massima *salus publica suprema lex*, ha il più illimitato e incondizionato valore».

⁷¹ Cfr. in questo senso D.L. n. 19/2020 cit., art. 3, c. 1, a mente del quale «le regioni ... possono introdurre misure ulteriormente restrittive ... esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

regionale rispetto a quello statale⁷² – cautele che, tuttavia, non è escluso abbiano alimentato e alimentino, anche semplicemente per i termini in cui sono formulate, profili di incertezza⁷³.

6. Il tempo degli interventi diretti a fronteggiare l'emergenza: immediatezza dell'intervento, provvisorietà degli effetti, certezza della durata delle misure

Che i poteri pubblici si siano tradizionalmente misurati con l'emergenza attingendo a istituti diversi è acquisizione non recente, e anche convenientemente approfondita secondo molteplici prospettive di indagine, che qui non è necessario richiamare se non nella misura in cui esse consentono rapidamente di constatare che due delle principali forme assunte nelle scorse settimane dai provvedimenti (termine usato qui in senso atecnico)⁷⁴ adottati per contenere il contagio e gestirne le conseguenze – nella specie decreti legge e ordinanze, queste ultime principalmente nella forma di D.P.C.M. – sono accomunate da un fatto: essi sono espressione dei medesimi poteri, quelli «di emergenza o di necessità e urgenza»⁷⁵, ferma l'esigenza di conservare salda la distinzione tra le categorie di atti in cui si traduce il loro esercizio⁷⁶. Non può questa essere la sede in cui ripercorrere la densa riflessione che

⁷² Cfr. art. 3, c. 1, D.L. n. 19/2020 cit. che puntualizza che l'esercizio dei poteri di ordinanza regionale debba avvenire «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento».

⁷³ Sul punto F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 14, sottolinea, per esempio, elementi di ambiguità nella formulazione della disposizione legati alla difficoltà di individuare i D.P.C.M. che inibiscono l'adozione delle misure regionali e quindi i tempi del possibile intervento regionale. Del tutto critici i rilievi formulati nei confronti delle previsioni recate dall'art. 2, c. 3 del D.L. n. 19/2020 – che, nel rappresentare un compromesso raggiunto tra Stato ed autonomie, espressi sino a quel momento con un profluvio di ordinanze, sulla questione della unitarietà dell'agenda di contenimento del virus, va letto congiuntamente al citato art. 3, c. 1 – da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 135. La salvezza degli effetti delle pregresse ordinanze regionali, accanto a quelle statali pregiudica, secondo il condivisibile avviso dell'A., oltre che l'esigenza di conduzione unitaria della emergenza, cui si è fatto cenno, proprio quella di «chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza».

⁷⁴ Inteso cioè non come 'provvedimento amministrativo', sulla cui nozione, per il suo carattere non univoco, ascrivibile anche alla molteplicità di rappresentazioni che il primo viene assumendo nella realtà ordinamentale, la dottrina ha avviato una profonda riflessione critica: sul punto S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017. Sul tema della erosione del potere amministrativo a vantaggio di formule alternative – si vedano in tal senso le spinte liberalizzatrici e la diffusione di moduli consensuali – cfr. A. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *Annuario Aipda 2001. L'atto autoritativo*, Napoli, 2012, 363 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168.

⁷⁵ Che, sulla scorta della ricostruzione operata da R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777, «possono essere distinti in quattro classi di diritto obiettivo»: la prima «data dagli studi sul diritto non scritto e dalle elaborazioni sul potere costituente, ove si è distinto tra fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di stato»; la seconda studiata «sotto la denominazione dello Stato di assedio interno o civile instaurato dal governo contro fermenti politico-sociali o a seguito di fenomeni naturali»; la terza rappresentata dal decreto legge nonché dai poteri straordinari in tempo di guerra (ex art. 78 Cost.); la quarta costituita dalla «grande famiglia delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza».

⁷⁶ Sulla necessità della distinzione tra decretazione d'urgenza e ordinanze contingibili ed urgenti nel quadro dei poteri d'emergenza si rinvia sempre a R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 781-782 che inoltre tratteggia la «disciplina giuridica essenziale» dei poteri di ordinanza dell'amministrazione, consistente, al di là delle differenti qualificazioni (di necessità

ha circondato le aperture sull'attribuzione di valore normativo alle ordinanze emergenziali dell'amministrazione e sulla loro collocazione tra le fonti del diritto⁷⁷, né si intende qui indugiare sulla questione, senz'altro nodale nell'attuale dibattito innescato dall'emergenza Covid-19, della appropriatezza degli strumenti utilizzati – anche in termini tra di loro comparativi, e anche con specifico riguardo all'alternativa tra decretazione d'urgenza e ordinanze libere⁷⁸ – rispetto alla loro portata dispositiva e in particolare alla circostanza che essi limitano delle libertà; o sulle questioni della adeguatezza e della proporzionalità delle misure, delle possibili ripercussioni dell'impiego di uno strumento piuttosto che di un altro

e urgenza, contingibili ed urgenti, d'emergenza) alle quali sono sottesi presupposti e materie di intervento diversi, nell'«efficacia in deroga della legislazione vigente, fermo restando l'inderogabilità dei principi dell'ordinamento giuridico».

⁷⁷ Per questo esito si veda per tutti A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 75. Per la sintesi delle diverse posizioni a confronto rispetto alla tradizionale prospettazione dell'impossibilità per il legislatore ordinario di attribuire forza di legge alle ordinanze amministrative, si rinvia ancora a R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, *passim*. Sulla fragilità della posizione – che sottende la sent. C. cost. n. 4/1977 – che esclude dal novero delle fonti le ordinanze di cui ammette la natura normativa, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss., al quale si rinvia anche per l'argomentazione che riconnette la portata derogatoria del quadro giuridico vigente delle ordinanze in parola ad un meccanismo assimilabile a quello caratterizzante la delegificazione e quindi all'autorizzazione della legge che le prevede alla cedevolezza delle norme derogate. In tema si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019. Tradizionalmente contrari alla prospettazione della natura normativa delle ordinanze F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2007, 303 ss., G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 93; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 579. In generale sui poteri di ordinanza cfr. G. MANFREDI, *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in *Dir. on line – Treccani*, 2019.

⁷⁸ Sul punto G. SILVESTRI, *op. cit.*, osserva infatti che «Resta fuori dal quadro costituzionale, in ogni caso, la rimozione in blocco del controllo parlamentare e, di conseguenza, del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Ne deriva che, nelle ipotesi di emergenza, lo strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati, è il decreto legge». Ancora M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 9 secondo il quale «le forti limitazioni» alle libertà «avrebbero dovuto essere disposte con un provvedimento che, pur giustificato dalla straordinarietà, dalla necessità e dall'urgenza, è mitigato nella sua portata autoritaria da garanzie che non ne compromettono l'efficacia». In tema si vedano altresì F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13.3.2020; A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, in *ridiam.it*, 14.3.2020; F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1/2020, 1 ss.; G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo/ caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *Il sussidiario.it*, 26.2.2020. Sui limiti della decretazione di urgenza in questa fase F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 10 ss.. Critico sulla possibilità di legittimare «una generalizzata facoltà di decretazione d'urgenza riconosciuta in capo al Governo (nella sua collegialità) per contrastare» l'epidemia da Coronavirus, anche alla luce della relativa stabilità del fenomeno oggetto di contenimento, che indurrebbe, pertanto, a scambiare «la drammaticità dell'evento con l'eccezionalità delle misure da adottare», è A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20.4.2020 che avverte il rischio di disattendere «l'assetto delle fonti stabilito dall'ordinamento costituzionale, incentrato per buone ragioni sulla 'preferenza' della legge parlamentare». In senso ancora diverso, per la considerazione che è «evidente nei fatti come il solo decreto-legge non risulti sufficiente a governare crisi eccezionali le cui necessità di contrasto variano di giorno in giorno e a seconda dei territori» attesa anche la difficoltà del Parlamento «di svolgere regolarmente le sue funzioni», si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.. Nella stessa direzione si pone il rilievo di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 125, secondo il quale l'emergenza in atto, e le sue peculiarità rispetto ad altre, impongono di tollerare «un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell'usuale» e di «meglio intendere la scelta di servirsi dello strumento più flessibile delle ordinanze e non (solo) di quello dei decreti-legge». In tema si veda nel medesimo senso E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. ...cit.* secondo il quale «paradossalmente nei casi in cui il governo ha deciso di intervenire con decreto legge, spesso quel decreto legge, dopo la sua approvazione in Consiglio dei Ministri, ha dovuto attendere svariati giorni, se non settimane, per la sua effettiva entrata in vigore» «laddove i vituperati e forse «illegali» DPCM hanno avuto l'indubbio merito di consentire che quelle misure di distanziamento sociale, in quel momento assolutamente indispensabili per impedire il rapido collasso del pronto soccorso e delle terapie intensive, entrassero in vigore davvero immediatamente».

sulla solidità delle relative garanzie giurisdizionali e sullo spettro di strumenti che ha a disposizione il (diverso) giudice al quale si accede in ragione della natura dello strumento normativo utilizzato⁷⁹.

I punti che sembrano di interesse per questo ragionamento sui percorsi del tempo, sono rappresentati dal rilievo della necessità e dell'urgenza, dal fatto che tali presupposti si traducono in esigenze di celerità e quindi impongono un intervento immediato. Questo discorso vale, operando una duplice semplificazione, sia per entrambe le forme di esercizio della funzione pubblica di emergenza che qui si stanno considerando (decretazione d'urgenza e ordinanze) – rilevando sul punto l'idea che la necessità sia un «valore costituzionale il quale non si esaurisce nel solo art. 77 Cost. e nei provvedimenti ex art. 78 Cost.»⁸⁰ – sia per tutte le ordinanze libere urgenti, schematizzando perciò all'interno di un panorama, duttile e articolato, in cui quelle in materia di protezione civile operano senza dubbio come un modello paradigmatico del nesso tra emergenza e (questo) potere di ordinanza dell'amministrazione⁸¹. La notazione relativa all'assenza di una riserva a favore del decreto legge per dettare misure d'urgenza serve poi, in questo caso, non a sostenere l'opportunità di un intervento dell'amministrazione⁸² – ancorché con uno strumento di carattere normativo – in luogo di quello del legislatore, o comunque a reclamare e a ricavare a favore della prima spazi di espressione, ma più semplicemente ad osservare che la variabile di cui ci si occupa agisce in entrambi i casi anzitutto come un tempo estremamente ridotto. Chè anzi l'esigenza di dare una risposta immediata alla emergenza finirebbe per fornire essa stessa un parametro in base al quale verificare l'attingibilità in concreto dei principi fondamentali, rispetto ai quali valutare poi la compatibilità del contenuto dispositivo delle ordinanze. Se è indiscutibile, infatti, che tra i limiti che le ordinanze incontrano nella prospettiva di ricondurre entro le maglie della legalità – ancorché in un'accezione per taluno

⁷⁹ A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 13.3.2020. Sul punto segnala come, il controllo giurisdizionale affidato alla giurisdizione amministrativa, nella forma della verifica della ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento tra valori in conflitto operato dalle ordinanze libere, sia per più ragioni, legate alla contingenza della emergenza in atto, «sostanzialmente assente», F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 9-10. Sui margini schiusi invece al controllo giurisdizionale del giudice comune dalla presenza di una norma primaria che detta i presupposti dell'emergenza non limitandosi a «normare per relationem» si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 118, anche per la puntualizzazione in ordine all'auspicabile conservazione in capo al giudice amministrativo di un sindacato 'esterno' di legittimità. L'A. si sofferma in generale sull'adeguatezza delle garanzie di controllo giurisdizionale consentito, al giudice amministrativo e al giudice ordinario, per diversi profili, dalle misure restrittive, in particolare da quella quarantena.

⁸⁰ Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*. Si vedano F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, 513 ss. che individuano negli artt. 77 e 78 le disposizioni di riferimento per l'adozione di misure nelle situazioni di crisi e di emergenza.

⁸¹ Sul punto G. MORBIDELLI, *op. cit.*, secondo il quale la L. n. 225/1992 di istituzione del servizio nazionale di protezione civile, nell'introdurre una previsione generale di ordinanze libere a seguito della dichiarazione di stato di emergenza avrebbe collegato «istituzionalmente emergenza e ordinanze libere, al punto da poter essere considerata legge "quadro" della materia "ordinanze libere"». Il potere di ordinanza in materia di protezione civile attribuito al P.d.C.M. è attualmente disciplinato dall'art. 5 del più volte citato d. lgs. 2.1.2018 n. 1, recante il Codice della protezione civile.

⁸² Che invece riceverebbe un sostegno teorico secondo G. MORBIDELLI, *op. cit.*, «proprio nelle situazioni di emergenza» declinandosi come «riserva di procedimento» posto che in tali circostanze «solo la *vicinitas* dell'amministrazione può stabilire cosa è opportuno fare».

«non coerente con i canoni classici»⁸³ – vi siano i principi dell'ordinamento giuridico⁸⁴, è ragionevole aspettarsi che la portata di questi ultimi subisca nei fatti un ridimensionamento laddove essi si pongano inevitabilmente in contraddizione con le esigenze di celerità di cui si è detto⁸⁵.

Il carattere incalzante della progressione degli eventi legati all'epidemia, la particolare rapidità del fenomeno diffusivo e dunque dell'incremento del numero complessivo dei contagiati, registrato sino ad un certo punto dell'azione di gestione dell'emergenza⁸⁶, e i pericoli derivanti per la salute pubblica e per la tenuta di un sistema complessivamente volto a proteggerla nonostante i primi, rende l'urgenza delle scelte intraprese su questo fronte un fatto autoevidente. E la natura *extra ordinem* dei poteri attivati per fronteggiare una situazione, straordinaria, come quella che in parte ancora stiamo vivendo⁸⁷ si giustifica, e dunque il discrimine tra itinerari ordinari e straordinari di intervento da percorrere si colloca, in misura qualificante, intorno alla disponibilità di tempo, alla sostenibilità dei tempi di esercizio dei relativi poteri⁸⁸, da ponderare alla luce della gravità dell'emergenza. Lo schema binario che il decisore politico ha inteso adottare, almeno da un certo punto in poi della

⁸³ Così ancora G. MORBIDELLI, *op. cit.*: «Non v'è dubbio che la giustificazione di un potere normativo secondario capace di derogare alle fonti primarie richiede di aderire a nozioni di legalità non coerenti con i canoni classici, nel senso che la legalità viene ad inverarsi attraverso il combinato disposto di procedure e garanzie, che suppliscono all'astratta discendenza da una (del resto) mitica volontà popolare: si sostituisce cioè alla ragion pura la ragion pratica». Sul punto si rinvia anche alle considerazioni svolte da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 124 in ordine alla posizione della giurisprudenza amministrativa (in particolare Cons. St., Sez. VI, 8.2.2019, n. 953) sulla impraticabilità di una «rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare» motivata dall'esigenza di assicurare «la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente», segnala come «non si tratti di mettere fra parentesi il principio di legalità, ma semplicemente di ammetterne una lettura adeguata alla particolarità della fattispecie. È proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano a priori definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure».

⁸⁴ Per una ricostruzione delle condizioni di compatibilità con il quadro costituzionale dell'esercizio dei poteri in parola enucleate dalla giurisprudenza costituzionale (sin dalla sent. del 2.7.1956, n. 8: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non avesse carattere individuale; coerenza con i principi dell'ordinamento giuridico) e poi puntualizzate dalla stessa giurisprudenza amministrativa si segnala ancora lo studio di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza ... cit.*

⁸⁵ È emblematica in questo senso la sorte del principio del giusto procedimento che si porrebbe in antitesi secondo G. MORBIDELLI, *op. cit.*, con la necessità ed urgenza e che del resto, nel solco tracciato dallo stesso art. 7 della L. n. 241/1990 che esemplifica l'ipotesi di impedimento della partecipazione per esigenze di celerità, può cedere di fronte all'urgenza.

⁸⁶ Gli indicatori quantitativi al cui andamento viene ancorato il giudizio sull'efficacia delle strategie di contenimento del contagio messe in campo sono: il numero dei nuovi casi di contagio, dei pazienti guariti, dei decessi, dei pazienti che concorrono a determinare la complessiva quantità di positivi (contagiati). Per le cifre e il relativo andamento – nel senso della decrescita del numero totale dei casi positivi a partire dal 20 aprile – si rinvia al sito web del Ministero della Salute

<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5351&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>.

⁸⁷ Lo stesso miglioramento della situazione epidemiologica, che l'inizio dell'attuale fase di transizione verso il superamento dell'emergenza che l'allentamento delle misure di confinamento testimonia – c.d. FASE DUE – si colloca entro un tempo in cui gli effetti dell'iniziale sviluppo dell'epidemia si dispiegano pienamente sotto molteplici profili, creando conseguenze di carattere emergenziale ulteriori e diverse rispetto a quelle avvertite al principio.

⁸⁸ Sull'insostenibilità delle dinamiche della sede parlamentare «di fronte a situazioni di emergenza» in chiave giustificativa della presenza necessaria nel sistema dei decreti-legge, si veda G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1993, I, 174 ss..

vicenda pandemica⁸⁹ – e a tacer degli innesti che sullo schema produce il sistema delle autonomie⁹⁰, e non solo⁹¹ – è basato in misura qualificante da un lato su decreti-legge, e dall'altro lato su decreti del Presidente del Consiglio cui i primi precludono e ai quali è rimessa, in sede di attuazione⁹² delle previsioni recate dai primi, la scelta di adottare misure tese a governare la situazione epidemiologica⁹³. Modello che consentirebbe, tra l'altro, di ricostruire un dialogo tra fonte primaria e secondaria al quale sarebbe in sostanza ancorata la legittimità⁹⁴ delle ordinanze (nella forma di D.P.C.M.⁹⁵) adottate a valle dei decreti-legge rilevanti. L'immediatezza dell'intervento rileva in una duplice sede: quella in cui l'emergenza induce il Governo ad eleggere la via della decretazione d'urgenza⁹⁶, in luogo dell'attivazione del procedimento ordinario di formazione della legge, e successivamente ove il Governo,

⁸⁹ Il decreto che ha inaugurato lo schema è il D.L. n. 6/2020 citato, essendo state per il periodo precedente, e successivo alla dichiarazione dello stato di emergenza, adottate ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della L. n. 833/1978. Integrando, in via speciale, tale schema binario quello altrimenti (cioè in via generale) operante in ragione del dialogo tra il Codice della protezione civile e le ordinanze di protezione civile (di cui all'art. 25 dello stesso d. lgs. n. 1/2018): sul punto si veda ancora M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 121-123.

⁹⁰ Per il proliferare di ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali – queste adottate anche ai sensi dell'art. 32 della L. n. 833/1978 cit. – nonché sindacali. Nel vivace dibattito in ordine alla illegittimità delle ordinanze presidenziali regionali importanti limitazioni delle libertà personali si vedano tra gli altri S. STAIANO, nell'intervista *De Luca, atti illegittimi. Ma non è un eversore*, cit.; F. MARONE, *E' giusto rimanere a casa ma lo decide il Governo*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 15.3.2020; A. LUCARELLI, Intervista di A. Pappalardo *Stop uscite? Non solo in una regione. Quelle ordinanze non hanno valore*, in *Il Mattino*, 15.3.2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Sulle criticità relative all'esercizio dei poteri di ordinanza dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni in questa emergenza si rinvia ancora a G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit..

⁹¹ Il modello binario che descrive nella sostanza l'interlocuzione tra decretazione d'urgenza e ordinanze del Governo, non esaurisce la disciplina emergenziale anche successiva al 23 febbraio scorso: si collocano in questo orizzonte ulteriori ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 cit., decreti ministeriali – oltre a circolari e note – ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile, Ordinanze del PCdM. Sulla composizione binaria del modello di cui si viene discorrendo incide con evidenza anche la duplice legittimazione dei DPCM su cui cfr. *infra* nota 100.

⁹² Le premesse dei DPCM in questione si riferiscono generalmente alla necessità di «disciplinare ... il quadro ... delle misure attuative del d.l.» che resta il n. 6/2020 sino all'adozione del D.L. n. 19 del 25.3.2020 cit., al quale continua a fare riferimento anche il D.L. n. 33/2020.

⁹³ Su questo punto si segnala la discontinuità tra la previsione di ampio tenore contenuta nell'art. 1, c. 1 del D.L. n. 6/2020 cit. («le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica») e quella recata dall'omologa disposizione del D.L. n. 19/2020, art. 1, c. 1 («possono essere adottate ... una o più misure tra quelle di cui al comma 2»). Per i riflessi di questo cambio di passo sul profilo della determinatezza della norma attributiva del potere cfr. *infra* nota 97.

⁹⁴ Lasciando impregiudicato lo scrutinio, condotto alla stregua dei parametri di proporzionalità e adeguatezza, della predeterminazione operata dal legislatore per circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione, in particolare in vista della capacità di quest'ultima di derogare a settori del quadro normativo vigente: G. MORBIDELLI, *op. cit.*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., per l'analisi dei nodi critici sollevati dalla lettura delle disposizioni che nel corso dell'emergenza da Covid-19 disciplinano i poteri di ordinanza («norme sulla produzione giuridica») in relazione all'osservanza del principio di legalità sostanziale. Nel senso della legittimità dei provvedimenti amministrativi *extra ordinem* adottati dal Governo in questa vicenda si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.. *Contra* L.A. 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, in *federalismi.it*, 23.3.2020, proprio per criticità che si annidano nella successione decreti legge/DPCM.

⁹⁵ Sulla loro qualificazione in questa emergenza come ordinanze si veda M. CAVINO, *op. cit.*, nonché E.C. RAFFIOTTA, *op. ult. cit.*, 4.

⁹⁶ Sul punto M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 119 osserva che «sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei «provvedimenti provvisori con forza di legge» previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza».

autorizzato sulla base della prima⁹⁷, decide di esercitare in concreto i poteri amministrativi di emergenza; e così esibisce anche il doppio livello dello scrutinio relativo all'urgenza⁹⁸. L'idea che i decreti-legge, come quelli di cui si discute, perdano «la parte più importante della loro natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che intendono ottenere» per il differimento di questi ultimi all'adozione «di questo o quel d.P.C.M. »⁹⁹, andrebbe riconsiderata, e in questa chiave andrebbero ridimensionati i rilievi critici che da essa scaturiscono, in ragione della funzione assolta in questo particolare frangente dalla fonte primaria nei confronti del potere amministrativo di emergenza, e cioè quello di legittimare il secondo, dettando prescrizioni altrimenti – ove cioè non ricorressero le straordinarie condizioni di necessità e urgenza – contenute in una legge ordinaria; e peraltro considerando che la decretazione d'urgenza integra sul piano della legittimazione, in questa particolare vicenda emergenziale, i presupposti dettati in via generale da altra fonte primaria, nello specifico dal Codice della protezione civile¹⁰⁰. In altri termini delle due l'una: o si nega che le ordinanze in questione possano avere come terreno di esercizio quello che questa emergenza sanitaria viene rappresentando (nello specifico nella parte in cui i D.P.C.M. mettono in campo vistose limitazioni dei diritti, o si traducono in misure derogatorie che sollevano particolari profili di criticità), e in questa chiave si sostiene che per le previsioni

⁹⁷ Si ripete, non rilevando nell'economia della presente analisi la valutazione in ordine all'effettiva osservanza da parte dei D.P.C.M. adottati dei 'controlimiti' enucleati dalla giurisprudenza (cfr. *supra* nota 84) nonché in ordine alla legittimità della disciplina attributiva del potere per i termini in cui è formulata. Su questo secondo profilo, in particolare con riguardo alla criticità rappresentata dalla natura 'in bianco' delle previsioni recate dal D.L. n. 6/2020 cit. e sulle correzioni di tiro operate, anche per la sua più elevata puntualità, con il successivo D.L. n. 19/2020 cit. si veda G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.. Peraltro, secondo F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 8 ss., anche assumendo la possibilità che le ordinanze libere limitino libertà costituzionali e diritti fondamentali per la ragione che «nella legge che le fonda esiste una sorta di "delega in bianco"», l'A. sottolinea come nell'attuale situazione sia la particolare intensità delle misure amministrative – «massima e talora assoluta» – a costituire un problema, ricordando tale stato, quello di guerra – nell'ambito del quale il conferimento al Governo dei poteri necessari è circondato, sulla base di prescrizioni di ordine costituzionale, da una serie di cautele – unitamente al fatto che la via del controllo giurisdizionale, chiamato a verificare in concreto la rispondenza delle ordinanze libere al principio di legalità, in questa fase risulta svuotata di effettivo contenuto. Critico sul richiamo all'art. 78 Cost., che giudica eccessivo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., al quale si rinvia anche, con riguardo alla questione oggetto specifico di attenzione in questa sede, per la sottolineatura della portata del DL n. 19/2020 risolutiva del «difetto di determinatezza che comprometteva la tenuta della catena», ascrivibile al previgente DL n. 6/2020 cit.. Analogamente in ordine al richiamo fuori campo all'art. 78 Cost. si veda E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. ...cit.*. Rilievi critici sulla conformità del D.L. n. 19/2020, rispetto alla sua funzione conformativa dei poteri esercitati con DPCM, ai principi di legalità formale e sostanziale – nonostante al decreto si riconosca il tentativo di precisare determinazione del «contenuto di diversi strumenti restrittivi» – sono espressi da D. TRABUCCO, *op. cit.*, 13 ss..

⁹⁸ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, parla a tal proposito di «doppia necessità o meglio» di «una necessità scrutinata due volte. La prima è quella che sta alla base della legge che prevede l'ordinanza in deroga: è dunque una necessità ipotetica, o prevista in astratto. La seconda è invece valutata in concreto, in sede di azione amministrativa, quando si devono individuare le misure da adottare e tra di esse quelle che necessitano di andare in deroga alla legge vigente».

⁹⁹ Così L. A. MAZZAROLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale ... cit., 15. Diversa è la distorsione prodotta da un intervallo temporale consistente – che testimonia un impiego dello strumento condotto in «manifesta assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza» – tra «approvazione del decreto-legge e sua entrata in vigore» documentato da A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica*, cit., 2.

¹⁰⁰ L'idea di una legittimazione recata dalla fonte primaria è compatibile con la prospettazione di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 116, secondo la quale «la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria». Sulla 'duplice legittimazione' dei DPCM adottati nel corso dell'emergenza da diffusione del virus Covid-19 si veda B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit..

all'esame sia appropriata una sede che valorizzi in ogni caso l'interlocuzione tra Governo e Parlamento¹⁰¹; oppure, se si ammette tale possibilità, il problema si sposta, come visto, sulla legittimità delle misure e naturalmente anche, a monte, sulla tenuta della stessa fonte primaria che le autorizza sotto il profilo della legalità sostanziale. Ma allora la rimessione alla sede amministrativa di una serie di scelte, e la potenziale moltiplicazione (che essa produce) delle decisioni di emergenza, che (e se) restano intraprese in un tempo immediato, compreso, non mi pare possa essere letta come un profilo di alterazione del modello (della decretazione d'urgenza)¹⁰², ove si consideri che quest'ultimo determina, con immediatezza, effetti (quelli legittimanti) che sarebbero altrimenti prodotti da una legge, e soprattutto che esso opera in una prospettiva per così dire tipica della decretazione di urgenza, e in cui appare evidente cioè l'assenza di strumentalizzazioni della necessità, che connotano una tendenza, come noto, diffusamente stigmatizzata perchè all'origine della normalizzazione di uno strumentario eccezionale¹⁰³.

La cifra del tempo, breve, che accompagna l'adozione degli atti normativi primari e sub-primari attraverso i quali si è inteso dare risposta a questa emergenza, si declina in ragione dell'apprezzamento dei presupposti giustificativi degli interventi *extra-ordinem* determinandone la tempestività, nella misura in cui necessità ed urgenza non rendano attingibili strumenti ordinari, altrettanto tempestivamente e dunque, in tempo utile.

¹⁰¹ Ed in questa prospettiva si giustificerebbe l'avviso secondo il quale è censurabile l'impiego dell'atto amministrativo al posto del decreto legge, su cui G. SILVESTRI, *op. cit.*, che peraltro l'A. configura come un effetto collaterale all'abuso della decretazione d'urgenza (su cui cfr. *infra* nota 103): «diventato il decreto legge una formula anomala ... di legislazione corrente ... si è verificato un 'effetto domino': il decreto legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge». Critico sull' "autoemarginazione" del Parlamento prodottasi nella gestione italiana dell'emergenza epidemica è S. CECCANTI, *Di chi è la responsabilità per un evidente caso di autoemarginazione? Il Parlamento italiano durante la crisi Coronavirus*, in *la Riv. Il Mulino*, 24.4.2020 che segnala gli spazi utili che l'uso della decretazione d'urgenza aprirebbe – al di là dello stesso eccesso dei Dpcm registratosi in termini comparativi rispetto alla prima – in questo senso: «resta il fatto che i decreti-legge vanno convertiti, che è possibile emendarli, specie in Commissione, e che dentro gli emendamenti alle leggi di conversione è possibile anche inserire i contenuti emersi come problematici se affidati ai Dpcm».

¹⁰² Rappresentando la moltiplicazione delle sedi di esercizio del potere amministrativo (quelle in cui si adottano i vari D.P.C.M. a valle del decreto legge legittimante) la sostanziale occasione di produzione degli effetti e quindi di svolgimento della funzione altrimenti assolta dalla decretazione di urgenza: L. MAZZAROLLI, *op. cit.* parla di una «contraddizione in termini» riferendosi a quella generata dall'inserimento in un decreto-legge di «una disposizione non autosufficiente che rinvia necessariamente, per la sua attuazione, al successivo intervento normativo di un altro soggetto», D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus...*, *cit.*, che richiama sul punto l'analisi di D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod pluris non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 20.

¹⁰³ La letteratura sull'abuso della decretazione d'urgenza è troppo estesa perché se ne possano richiamare qui anche solo i principali riferimenti, per cui si limita a rinviare ad A. CELOTTO, *L' "abuso" del decreto-legge. Vol. 1, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997. Sul punto pare utile richiamare la posizione di M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 120, che, in ordine alla questione relativa alla possibile violazione «del principio della straordinarietà» – che per l'A. si declina non come presupposto della decretazione d'urgenza, ma come elemento qualificante questo strumento di normazione, escludendo che esso possa trasformarsi in uno «strumento ordinario di normazione primaria» su cui più diffusamente si veda dello stesso A., *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2001, 1163 ss. – e visto che nell'ambito dell'attuale emergenza sanitaria la normazione primaria si è «ridotta alla sola decretazione d'urgenza», puntualizza che «la moltiplicazione dei decreti-legge non è altro che la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento, sicché la decretazione d'urgenza resta pur sempre (legata a una contingenza) extra-ordinaria».

Al tempo compreso della scelta dell'azione appropriata a rispondere alle circostanze straordinarie, e della concretizzazione – anch'essa urgente e indifferibile – dell'azione straordinaria prefigurata, si lega indefettibilmente l'orizzonte temporale corto dell'applicazione delle stesse misure, e di conseguenza dei loro effetti. Per ragioni con evidenza diverse¹⁰⁴, legate alla specificità delle due categorie di provvedimenti normativi del Governo qui prese in considerazione, che neanche l'impiego in concreto operato nella direzione della fungibilità dei due strumenti vale ad elidere¹⁰⁵, la provvisorietà degli effetti (la forza di legge per i decreti legge, la capacità di derogare alle norme primarie da parte delle ordinanze emergenziali) perimetra l'area di ammissibilità di entrambe¹⁰⁶, definendo nel caso delle ordinanze emergenziali lo spazio del tempo, limitato appunto, entro il quale è consentito il prodursi della loro capacità di derogare le fonti primarie, profilo distintivo che sottopone alle più vistose sollecitazioni il principio di legalità sostanziale¹⁰⁷. La temporaneità degli effetti delle prescrizioni dettate per fronteggiare la diffusione del contagio, ai diversi livelli di fonte primaria e sub-primaria, è quindi evidentemente collegata alla natura transeunte e all'imprevedibilità della situazione – caratteristiche che questa sequenza pandemica esibisce in misura peculiare rispetto ad altre vicende emergenziali¹⁰⁸ – che le prime si propongono di fronteggiare. Pertanto, per un verso, la dimensione di precarietà in cui si situano i fatti che le misure emergenziali puntano a governare dà conto e rende comprensibile la non definitività dell'applicazione e degli effetti delle prime, per altro verso, la non definitività¹⁰⁹ rende accettabili gli atti di cui si discute, vista la loro natura *extra-ordinem* – in particolare la loro capacità di alterare un modello ordinario (quello di esercizio del potere normativo primario e quello rappresentato dalla portata delle fonti normative sub-

¹⁰⁴ Che l'economia di questo contributo non consentono di indagare, e delle quali la stessa questione su cui in precedenza si è indugiato relativa alla fonte di legittimazione dei poteri di ordinanza, è in qualche misura il riflesso.

¹⁰⁵ Sull'utilizzo in termini di fungibilità della decretazione d'urgenza e delle ordinanze per fronteggiare l'emergenza si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 125. G. MANFREDI, *Potere di ordinanza*, cit., segnala come l'impiego massiccio delle ordinanze di protezione civile, oltre gli autentici confini dell'emergenza, evidenziasse un uso surrettizio dello strumento teso ad ampliare i poteri del Governo, finendo per proporre le ordinanze come «succedaneo del decreto legge», richiamando sul punto l'avviso di G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 ss., spec. 2189 che inferiva da tale prassi una elusione dell'art. 77 Cost..

¹⁰⁶ Alla quale per i decreti legge si lega, come noto, la questione della reiterabilità – in relazione alla quale, nel senso della ammissibilità, era stata in passato valorizzata la distinzione tra la mancata conversione per mera infruttuosa decorrenza del termine costituzionale e la conversione negata in forma esplicita – negata dalla storica pronuncia della C. cost. n. 360/1996: in tema F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3157 ss..

¹⁰⁷ Sulla lettura del principio di legalità da adottare in ragione della peculiarità della fattispecie rappresentata dalle ordinanze libere si rinvia alle considerazioni richiamate *supra* nota 83.

¹⁰⁸ Sul carattere non 'finito' ma in svolgimento dinamico della situazione legata alla diffusione del Covid-19 rispetto ad altre emergenze tra gli altri A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 18.3.2020, che a tale peculiare fisionomia collega anche l'esigenza dei decreti-legge di non intervenire solo ex-post rispetto ad eventi verificatisi.

¹⁰⁹ A tal proposito mette conto richiamare la puntualizzazione operata da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 114, in ordine alla distinzione tra la 'definitività' che caratterizza la deroga ordinaria, e il registro in cui opera la deroga recata dalle fonti emergenziali che «per quel periodo di tempo, disciplinano certe fattispecie in modo diverso» dalle norme anteriori.

primarie¹¹⁰) – e la peculiare curvatura sovente assunta dal loro contenuto dispositivo nell’attuale emergenza virale, nel senso della restrizione dei diritti. La prospettiva di rigore che sottende la delimitazione temporale della operatività e della efficacia dei provvedimenti emergenziali, che appare quindi irrinunciabile, vale ad assecondare esigenze di certezza giuridica, che si caricano dell’ulteriore bisogno – particolarmente avvertito nella gestione dell’emergenza da nuovo Coronavirus – di garantire la sostenibilità (anche) in senso diacronico del sacrificio imposto ad una serie di prerogative che si muovono su piani diversi, esprimendo pure questo profilo una dimensione essenziale della proporzionalità delle misure. Il rischio di superare questo orizzonte di precarietà – al di fuori chiaramente dell’area in cui è la stessa Costituzione a prefigurare una riconciliazione delle fonti *extra-ordinem* con la definitività, come accade per esempio nel solco del procedimento di conversione dei decreti-legge – solleva per ovvie ragioni rilevanti preoccupazioni, nel merito, per l’entità e la gravosità delle limitazioni cui si faceva cenno, esito che si produrrebbe, sul piano del metodo, nel solco di una tendenza ad utilizzare surrettiziamente e persino a snaturare¹¹¹ lo strumento straordinario prescelto¹¹². Sennonché oltrepassare la dimensione di un tempo contingentato – anzitutto quello annunciato, di volta in volta, dai

¹¹⁰ Chè, infatti, la possibilità di derogare a norme legislative vigenti va esclusa per le «ordinanze ordinarie», come vanno considerate quelle disciplinate dall’art. 54, c. 4 TUEL, essendo invece attingibile «nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell’urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti»: C. cost. n. 115/2011.

¹¹¹ Sulla normalizzazione scaturente dalla trasformazione della straordinarietà in ordinarietà si vedano le considerazioni riportate *supra* alla nota 103.

¹¹² La relativa opzione – nel clima di incertezza registrato dalla dottrina (B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus*, cit., VII) in ordine a tale passaggio – andrebbe guidata anche dal «riferimento ai contenuti degli atti di volta in volta riguardati: laddove i contenuti intervengano solo nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, rispettando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza, della proporzionalità con l’emergenza a cui si fa riferimento, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (che sembrano avere una duplice legittimazione, una basata sul primo decreto legge, l’altra in quanto ordinanze di protezione civile) possono essere uno strumento adeguato; qualora invece i contenuti non rispondano a queste caratteristiche ovvero abbiano effetti permanenti o incidano sul bilancio ovvero manchi la necessaria proporzionalità e pertinenza si dovrebbe ritenere doveroso - anche nel caso straordinario e urgente provocato dall’emergenza coronavirus - l’intervento con atto con forza di legge».

decreti del Presidente del Consiglio¹¹³, con riguardo ai termini di efficacia, finali¹¹⁴ o iniziali¹¹⁵, delle misure ivi previste – è un esito in qualche modo connaturato alla fisionomia delle contingenze¹¹⁶ nelle quali l'emergenza epidemiologica da Covid-19 si sostanzia. Le misure che consentono di inferire la strategia di governo del tempo si collocano peraltro in un quadro assai articolato: vanno ancora complessivamente nella direzione del contenimento¹¹⁷, e quando si muovono nel senso dell'attenuazione delle restrizioni

¹¹³ Operando una semplificazione all'interno della normativa emergenziale prodotta finora a ritmi assai sostenuti, ove ci si riferisca in particolare alle «misure di contenimento» sulle quali si fonda essenzialmente l'agenda di gestione dell'emergenza sanitaria, la definizione dei termini di efficacia delle misure risulta affidata, infatti, in particolare ai D.P.C.M., unitamente alla declinazione delle misure individuate, quanto alle tipologie, già dai decreti-legge di riferimento, e in sede di attuazione di questi ultimi, secondo lo schema esemplificato dal D.L. n. 19/2020 cit. (indicazione dei termini massimi di efficacia delle misure adottabili con plurimi successivi D.P.C.M., entro il complessivo termine di durata dell'emergenza: art. 1, c. 1; cfr. già art. 1 del D.L. n. 6/2020). Rispetto a tale modello appare recessivo quello in cui vengano fornite in sede di decretazione d'urgenza indicazioni di ordine temporale – ulteriori a quelle insite nella efficacia provvisoria degli stessi decreti legge – rispetto alle misure urgenti di contrasto alla diffusione del virus (essendo diverso il caso di disposizioni che disciplinino *ex professo* termini processuali o procedurali, per cui cfr. ad es. gli artt. 83, 84, 85 e 103 del D.L. n. 18/2020; gli artt. 36 e 37 del D.L. n. 23/2020; l'art. 81 del D.L. n. 34/2020. Su questi profili si veda M.A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 83 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, 26.3.2020; M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, 27.3.2020; L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, in *federalismi.it*, 1.4.2020). Per l'impostazione 'recessiva' si veda il D.L. n. 33/2020 cit. che indica una serie di termini di efficacia iniziali e finali (art. 1, cc. 1-4) oltre a quello valido per tutte le ulteriori misure previste dal decreto (art. 3, c. 1) e fatti salvi i diversi termini di efficacia stabiliti dai D.P.C.M. per quelle stesse misure (art. 1, c. 11).

¹¹⁴ Il termine finale di efficacia è previsto in via generale dal D.P.C.M. del 17.5.2020, per tutte le misure ivi dettate, ché, andando nella direzione complessiva del contenimento, ancorché in una FASE DUE, implicano l'impostazione garantista sottesa alla prefigurazione della delimitazione temporale (art. 11: «Le disposizioni del presente decreto si applicano dalla data del 18 maggio 2020 in sostituzione di quelle del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020 e sono efficaci fino al 14 giugno 2020»); e per specifiche misure limitative – come rammentano le disposizioni finali (art. 11, c. 2: «Restano salvi i diversi termini di durata delle singole misure previsti dalle disposizioni del presente decreto») – tra le quali, a titolo esemplificativo, quella dettata per la sospensione (art. 1, c. 1, lett. m)) degli «spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri spazi anche all'aperto», disposta sino al 14 giugno 2020, essendo tale attività per il periodo successivo ammessa subordinatamente all'attivazione di una serie di cautele.

¹¹⁵ Solo a titolo esemplificativo, la decorrenza della possibilità di svolgimento da parte di bambini e ragazzi delle «attività ludiche, ricreative ed educative, ... al chiuso o all'aria aperta» (art. 1, c. 1, lett. c), D.P.C.M. 17.5.2020) è fissata al 15 giugno 2020, con facoltà delle Regioni di determinare un diverso termine iniziale di efficacia in ragione di una autonoma valutazione di compatibilità delle relative attività con il particolare andamento della situazione epidemiologica registrato nel territorio interessato, e subordinatamente all'adozione di ulteriori Linee guida e protocolli rispetto a quelle nazionali – come noto allegate allo stesso D.P.C.M. (All. 8) – e con essi compatibili. Analogamente è fissata al 25 maggio la decorrenza della possibilità di svolgere «attività sportiva di base e motoria» presso «palestre, piscine, centri e circoli sportivi, pubblici e privati, ovvero presso altre strutture» «nel rispetto delle norme di distanziamento sociale e senza alcun assembramento» (art. 1, c. 1, lett. f).

¹¹⁶ Come noto l'etimologia del lemma 'contingenza', al pari di quella del lemma 'contingibile', fa diretto riferimento – *contingere* (toccare, succedere) – agli accadimenti, a fatti circostanziali.

¹¹⁷ Misure di contenimento alternativemente rese, sul piano testuale, attraverso prescrizioni di divieto – ad es. in ordine alla permanenza nelle sale d'attesa di dipartimenti emergenze e accettazione e dei pronto soccorso accompagnatori (art. 1, c. 1, lett. aa) DPCM 17.5.2020) – di sospensione – (art. 1, c. 1, lett. q) DPCM 17.5.2020) per la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado; (art. 1, c. 1, lett. z) DPCM 17.5.2020) secondo cui «sono sospese le attività di centri benessere, centri termali ... centri culturali e centri sociali» – o attraverso prescrizione di obblighi di fare (quello, ad esempio, di usare sull'intero territorio nazionale «protezioni delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso accessibili al pubblico, inclusi i mezzi di trasporto e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuamente il mantenimento della distanza di sicurezza»: art. 3, c. 2, DPCM 17.5.2020) – o formulate in termini di conferma di previgenti disposizioni limitative (cfr. art. 6, c. 2, DPCM 17.5.2020 a mente del quale «dal 3 al 15 giugno 2020, restano vietati gli spostamenti da e per Stati e

precedentemente dettate¹¹⁸, lo fanno attraverso percorsi diversi. Uno di questi è muovere dalla tecnica della individuazione espressa delle attività consentite per il tramite della loro inclusione in elenchi chiusi¹¹⁹ (anche perciò evidentemente) nell'ambito di un regime eccezionale, a quella della mera indicazione dei condizionamenti subiti (proprio per la necessità di gestire, ancora, un'emergenza) da 'attività libere', indicazione questa seconda, sintomatica del graduale ripristino di un dosaggio 'ordinario' dei termini del rapporto autorità-libertà¹²⁰.

territori diversi da quelli di cui al comma 1, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute»; oppure art. 1, c. 1, lett. ff): «restano comunque aperti gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande siti negli ospedali e negli aeroporti, con obbligo di assicurare in ogni caso il rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro»; o ancora art. 1, c. 1, lett. hh) «restano garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi»).

¹¹⁸ Il progressivo allentamento delle restrizioni che hanno caratterizzato la prima fase di gestione dell'emergenza epidemiologica, emerge dalla lettura delle disposizioni rispettivamente recate dal D.P.C.M. del 26.4.2020 e dal D.P.C.M. del 17.5.2020. Per esempio nel comparto della ristorazione, laddove il primo (art. 1, c. 1, lett. aa) D.P.C.M. 26.4.2020), nel sospendere i relativi servizi, consentiva esclusivamente «la ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie ... nonché la ristorazione con asporto ... fermo ... il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi», il secondo (art. 1, c. 1, lett. ee) DPCM 17.5.2020) consente le relative attività «a condizione che le regioni e le province autonome abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio».

¹¹⁹ Il caso paradigmatico è rappresentato dalle attività economiche, e specificamente di quelle commerciali, che ancora nel D.P.C.M. del 26.4.2020 cit. erano in via generale sospese (art. 1, c. 1, lett. z) «fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 1» (si veda nello stesso senso la previsione omologa recata dal D.P.C.M. del 10.4.2020, art. 1, c. 1, lett z); o ancora dai c.d. «servizi alla persona», le cui attività continuavano – per il passato provvedeva in questo senso già l'art. 1, c. 1, lett. cc) del D.P.C.M. del 10.4.2020 cit. – ad essere sospese in via generale, con la eccezione di quelle «individuate nell'allegato 2» (art. 1, c. 1, lett. cc).

¹²⁰ Esemplifica questa tendenza in atto nella c.d. FASE DUE la previsione di cui all'art. 1, c. 1, lett. dd), D.P.C.M. 17.5.2020: «de attività commerciali al dettaglio si svolgono a condizione che sia assicurato, oltre alla distanza interpersonale di almeno un metro, che gli ingressi avvengano in modo dilazionato e che venga impedito di sostare all'interno dei locali più del tempo necessario all'acquisto dei beni; le suddette attività devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali e comunque in coerenza con i criteri di cui all'allegato 10». Il riferimento all'equilibrio praticato in 'tempi ordinari' tra autorità e libertà, offre occasione di rammentare che si tratta di termini entro i quali, nell'amministrazione dell'economia, si registra una costante oscillazione consentita dal quadro costituzionale vigente, del quale, come noto, sono state proposte revisioni (cfr. d.d.l. 9.2.2011, recante Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, c. 4 della Costituzione) anche nel senso della costituzionalizzazione di un modello che formalizzasse il rilievo assunto dalle liberalizzazioni, assumendo quale dato qualificante la sostituzione dell'attività autorizzatoria vincolata con atti di natura dichiarativa dei privati comprovanti il possesso dei requisiti legali necessari per lo svolgimento dell'attività. Ciò in coerenza con il principio in base al quale «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», inciso che si proponeva di inserire dopo l'affermazione della libertà della iniziativa e dell'attività economica privata: in tema cfr. F. LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 3/2011, 445-474.

7. Cenni conclusivi sulla rilevanza “circolare” del fattore temporale: dal tempo della decisione (l’adozione degli atti emergenziali) al tempo dell’efficacia dei provvedimenti emergenziali, e ritorno

Il profilo della contingibilità – l’ «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza»¹²¹ – va posto in relazione ad un fatto emergenziale, nella vicenda pandemica senz’altro, si è detto, non concluso, in divenire, e articolato in una serie di accadimenti. In relazione a questi viene in rilievo un intreccio significativo tra un approccio rimediale ed uno prospettico dell’emergenza, in cui la capacità di governare eventi e conseguenze verificatisi si integra con la capacità predittiva di nuovi eventi e conseguenze¹²². La stessa necessità di scandire in fasi l’andamento e la gestione dell’emergenza rispecchia l’idea che più fatti (i presupposti delle misure emergenziali) di volta in volta diversi da quelli accaduti (dunque nuovi), anche in relazione a singoli profili e a causa di un mutamento di coordinate di contesto¹²³, esigano bilanciamenti e ponderazioni ulteriori; rispetto ai quali la duttilità dei poteri di ordinanza¹²⁴ e le rimodulazioni a questi affidate trovano un fisiologico terreno di esercizio. Ma non si può negare che l’afferenza di quei fatti, e delle misure in cui i primi trovano risposta, ad una sequenza, dunque ad un processo unitario, cui pure rimanda l’articolazione in fasi, determini una tensione con la prospettiva di un tempo delimitato.

Situazioni che, a parte profili di discontinuità, dovessero definirsi come stabili, rivelerebbero uno scollamento tra la realtà, oggetto del provvedere, e i presupposti fattuali che giustificano l’attivazione di poteri straordinari di governo dell’emergenza, difettando in sostanza la necessità¹²⁵ e l’urgenza. La stabilizzazione del presupposto restituirebbe alla ponderazione e al bilanciamento degli interessi rilevanti un tempo ‘congruo’, tale da consentire di ristabilire dinamiche ordinarie nell’esercizio della funzione, normativa ed

¹²¹ Che declina quindi uno dei presupposti di compatibilità delle ordinanze libere con l’ordinamento costituzionale repubblicano sulla base dell’opera di razionalizzazione compiuta dalla C. cost., tra le altre, nella sent. n. 26 del 1961 (v. *supra* nota 84). Sin dalle prime battute della vicenda in esame la dottrina ha colto (M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 5) nella espressa «dichiarazione del periodo compreso tra l’inizio e la fine della propria vigenza» da parte dei decreti del presidente del consiglio sino a quel punto emanati un profilo rilevante nel connotare gli stessi provvedimenti e nel fondarne l’ascrivibilità alla categoria delle ordinanze.

¹²² C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *astrid-online.it*, 5/2020, 7.4.2020: «l’emergenza presentava e tuttora presenta per gli esperti del settore incognite tali da rendere ancora più ardue le decisioni delle autorità di governo. Più le risorse predittive della discrezionalità tecnica si riducono, più è inevitabile navigare a vista. Ecco perché i decreti del Presidente del Consiglio presentano una durata media di due settimane».

¹²³ Si pensi a titolo esemplificativo all’acquisizione di una più ampia disponibilità dei posti nei reparti di terapia intensiva sul territorio nazionale.

¹²⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, cit.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia ...*, cit., 13.

¹²⁵ Che qui si intende (cfr. *supra* nota 70) non quale fonte autonoma dei provvedimenti emergenziali (così invece G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, cit.) ma come qualificazione dei presupposti richiesti dalla fonte legittimante i poteri emergenziali perché possano in concreto operare. Sul punto E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. ...cit.* osserva «È sul terreno del tempo, non su quello dello spazio, che si misura la capacità della democrazia costituzionale di fare fronte all’emergenza senza perdersi. Lo sforzo dello Stato-apparato, così come dello Stato-comunità, dovrebbe convergere sul creare rapidamente le condizioni affinché quelle misure, indipendentemente dal fatto che siano legali o illegali, diventino il più presto possibile ingiustificate (ossia irrazionali rispetto allo scopo). Che si spezzi dunque la catena necessità – legittimità – effettività».

amministrativa. Premesse di questo tipo si verificano quando gli eventi che hanno ‘scosso’ il decisore politico, e gli elementi che hanno innescato la sequenza pandemica recedono (ad esempio si inverte, come accaduto, l’andamento crescente del numero dei contagi).

Sotto angolo visuale speculare la misura del tempo entro cui i provvedimenti che regolano i fatti emergenziali si collocano, è condizionata dal contenuto dispositivo di quegli stessi provvedimenti, e dalla circostanza che il segno della produzione normativa emergenziale sia ancora – nonostante l’attuale fase transitoria di attenuazione delle iniziali misure di contenimento – quello della limitazione di una serie di diritti costituzionali. Sicché una dilatazione dell’orizzonte temporale entro il quale le misure limitative esplicano i propri effetti¹²⁶, non influenza solo la valutazione della sostenibilità (per i destinatari) degli effetti – e tra questi dei termini di efficacia – delle misure emergenziali, ma altresì la valutazione dell’appropriatezza degli strumenti utilizzati¹²⁷, nello sviluppo diacronico di un’emergenza composita (un processo) come è quella a cui si sta assistendo. Così, se i modi della decisione finiscono per essere giudicati incongrui – perché il tempo “sospeso” delle attività e delle libertà limitate è percepito come insopportabile – ad essere reclamato è, ancora, un tempo diverso della decisione, che sia funzionale all’adozione di strumenti di cura dell’interesse pubblico non straordinari.

¹²⁶ In questa prospettiva si colloca l’attenzione per i termini di efficacia di prescrizioni che vadano, come si è detto, nella direzione del contenimento. Questione del tutto diversa è quella relativa alla portata di particolari disposizioni adottate nel corso di questa emergenza, ove esse appaiano rilevanti per incisività ed esplicino i propri effetti nel lungo periodo; questione che pure suggerisce riflessioni in ordine alla appropriatezza degli strumenti impiegati per introdurre le relative misure. In tema si vedano i rilievi critici espressi da S. CASSESE, nell’editoriale *DL Rilancio, le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della Sera*, 13.5.2020, sulle modalità che hanno accompagnato un’operazione di attribuzione di risorse dagli effetti complessivamente redistributivi.

¹²⁷ La sede della decretazione d’urgenza è stata giudicata inappropriata alla previsione di un prolungamento, di sei mesi, dello stato di emergenza da Covid-19, da G. CERRINA FERONI, *Golpe per decreto: siamo al fine Conte*, in *Ilgiornale.it*, 17.5.2020, anche per la consistenza del lasso temporale intercorrente tra l’adozione del decreto («a metà maggio») e l’evento (termine attuale dello stato di emergenza, fissato al 31 luglio 2020) di cui si intendeva disciplinare il differimento. L’A. si riferiva ad una formulazione, presente nella bozza del c.d. Decreto Rilancio, della norma relativa alla ‘Proroga dei termini previsti per la scadenza degli stati di emergenza e delle contabilità speciali’, poi modificata nel testo finale nel senso di escludere espressamente dall’ambito applicativo dello stato di emergenza «dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 per il Covid-19» (cfr. art. 14, c. 4, D.L. n. 34/2020 cit.). Sull’esclusione della riferibilità della disposizione nella sua precedente formulazione all’emergenza Covid si veda F. PALLANTE, *Il mistero della proroga dell’emergenza Covid-19*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-mistero-della-proroga-dell'emergenza-covid-19/>.

ABSTRACT

Il lavoro riflette sulle diverse declinazioni che il fattore temporale assume nell'emergenza, ed in particolare nella gestione degli eventi legati all'epidemia da Coronavirus. L'aspirazione ad un tempo delimitato che sottende la disciplina dell'emergenza è posta in discussione dall'esercizio di operazioni conoscitive connotate da notevoli margini di incertezza. Nella sequenza pandemica il fattore temporale viene continuamente in rilievo, esibendo prospettive funzionali diverse e declinandosi in termini diversi, talvolta anche tra di loro alternativi. La stabilizzazione del fatto emergenziale restituirebbe un tempo congruo alla decisione, da adottare secondo percorsi ordinari; il tempo dell'efficacia delle misure, ove ne se registrasse una dilatazione, indurrebbe a riflettere ancora sulla sostenibilità dei modi di intervento del decisore, riaprendo spazi utili a percorsi di decisione diversi, non straordinari.

The work deals with the variations of time factor in emergency management, and in particular in the exercise of public powers to manage events related to the Coronavirus epidemic.

The aspiration, showed by the emergency management, to a 'limited time' is questioned by the exercise of cognitive operations characterized by considerable margins of uncertainty. In the pandemic sequence, the time factor is continuously highlighted, exhibiting several functional perspectives. The stabilization of the facts assumed as emergency, if verified, would give back a reasonable time to the decision, to be adopted according to ordinary paths; the time of expiration of the provisions, if expanded, would lead to further reflection on the sustainability of the decision maker's ways of intervention, reopening room for ordinary decision paths.

PAROLE CHIAVE: emergenza – decisione pubblica – tempo – tecnica – certezza

KEYWORDS: emergency – public decision making – time – science – certainty