

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statali e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*

di Francesco Zammartino

(Professore di ruolo di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale")

e Bianca Nicla Romano

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. 2. L'adozione dei DPCM nella fase di emergenza sanitaria: alcuni rilievi critici. 3. Il disegno normativo delle competenze nei decreti legge dell'emergenza. 4. Il conflitto tra l'ordinanza del Sindaco di Napoli e quella del Presidente della Regione Campania sugli orari della movida. 5. La sospensione dell'ordinanza del Sindaco di Napoli da parte del T.A.R. Campania. Brevi riflessioni.

Abstract

The paper focuses on the skills outlined by the unusual urgency decree that was used in the management of the pandemic and on the consequent complexity of the exercise of regulatory powers at central and territorial level which has often given rise to conflicts in the management of interests, as happened in the case of the determination of the nightlife hours by the President of the Campania Region and the Mayor of Naples.



1. Premessa

Dall'angolazione del giurista, e del giuspubblicista in particolare, il tema riguardante lo "stato d'emergenza" si presenta nel nostro sistema ordinamentale in tutta la sua complessità. Invero, il nostro Testo costituzionale, diversamente da altre esperienze costituzionali¹ (si pensi alla Costituzione della V Repubblica francese), non contiene disposizioni che normano espressamente l'attribuzione dei poteri in una fase emergenziale (e tantomeno di assedio)². Gli articoli 77, 78 e 120 Cost. che, pur nei diversi contenuti, conferiscono al Governo il potere di emanare decreti legge per fronteggiare situazioni di necessità e urgenza, lasciando al Parlamento la conversione, si limitano, anche nel caso specifico dello stato di guerra, a prevedere solo il mero spostamento delle competenze costituzionalmente previste³.

Ne consegue che il fenomeno dell'emergenza nel nostro sistema ordinamentale non possa che essere disciplinato da fonti subordinate a quelle di livello costituzionale⁴.

Non è questa la sede per analizzare dettagliatamente le ragioni che indussero i Padri costituenti ad intraprendere la via della "decostituzionalizzazione", delegando alla legge la disciplina delle singole situazioni di emergenza⁵. Basti ricordare che in sede Costituente, all'interno della seconda Sottocommissione, i due schieramenti opposti, rappresentati rispettivamente dall'on. La Rocca, favorevole ad una disciplina costituzionale degli istituti adoperabili nelle situazioni di emergenza, e dall'on. Tosato, propenso all'esercizio di poteri derogatori che traessero legittimazione dall'esistenza di una condizione di "necessità politica", non portarono a nessuna scelta condivisa⁶. Maturò alla fine, quindi, la decisione di non inserire nella Costituzione clausole di emergenza che potessero compromettere, in circostanze imponderabili e incerte, la tenuta del sistema costituzionale fondato sui diritti di libertà.

* Il presente articolo nasce dal lavoro congiunto dei due autori; tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono stati curati da Francesco Zammartino; mentre i paragrafi 3, 4 e 5 sono stati curati da Bianca Nicla Romano.

¹ Ma anche all'ordinamento costituzionale tedesco che prevede una disciplina organica della materia. Recentemente, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 534.

² Cfr. A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, 1993.

³ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. 3.

⁴ V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 3.

⁵ Eppure, ancora aperte erano quelle ferite nate da vicende storiche che avevano insegnato come la creazione dello Stato totalitario da parte del regime fascista fosse stata accelerata anche dalla "debolezza" dello Statuto Albertino che, tra l'altro, non conteneva una disciplina costituzionale dello "Stato di emergenza" che ne stabilisse presupposti, modalità, contenuti essenziali e limiti temporali. In quel modello costituzionale, come è noto, fu facile per il regime fascista far passare mediante l'utilizzo dello strumento decreto la presunta "urgenza" con cui si fecero passare delle misure che erano, nella maggior parte dei casi, del tutto ordinarie.

⁶ Sul punto, *ex plurimis*, B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, pp. 1121 ss; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 34 ss.



Di qui la conclusione che la nozione di “pieni poteri” deve considerarsi estranea al nostro circuito costituzionale, atteso che non si prevede nessuna attribuzione all’esecutivo di una sorta di “delega in bianco”, che gli permette di esercitare “tutti i poteri”⁷.

D’altra parte, il nostro sistema costituzionale, che prevede una forma di governo parlamentare nella quale l’unico organo direttamente rappresentativo del corpo elettorale è il Parlamento⁸, individua nella legge il punto di tenuta del sistema⁹.

Tenute ferme queste considerazioni, c’è da dire che nel nostro sistema ordinamentale le fonti che legittimamente possono essere utilizzate in caso di necessità sono il decreto legge e le ordinanze di necessità e urgenza.

Il decreto legge che, ai sensi dell’art. 77 Cost., è un provvedimento provvisorio con forza di legge nella previsione di una responsabilità del Governo e in attesa di una tempestiva convalida da parte del Parlamento¹⁰.

L’ordinanza di necessità, che si presenta (almeno formalmente) quale atto di natura amministrativa e vincolato al rispetto della legge¹¹; essa deve essere, inoltre, motivata e la sua efficacia non può protrarsi oltre il permanere della circostanza di necessità e di urgenza¹².

Scopo di queste brevi riflessioni è, pertanto, di esaminare se, nell’ambito di un quadro costituzionale che prevede una riserva assoluta rinforzata di legge per la compressione dei diritti di libertà fondamentali (si pensi alla libertà personale e di circolazione di cui, rispettivamente, agli art. 13 e 16 Cost.), l’utilizzazione di tali fonti *extra ordinem* (comprese quelle regionali e locali) nella fase emergenziale sia stata esercitata nel pieno rispetto dei principi costituzionali e delle previsioni contenute in leggi ordinarie in materia¹³, questi ultimi ispirati, peraltro, all’esigenza di unità complessiva attraverso

⁷ Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, p. 421 ss.

⁸ F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019.

⁹ Cfr. C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, p. 83.

¹⁰ Si rinvia a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 201 ss.

¹¹ *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, 3, pp.649-650.

¹² *Ex plurimis*, M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948, I, p. 389 ss.; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. Cost.*, 1956, pt. I, P. 683 ss.; G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti in senso sostanziale (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, p. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979 R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 505 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 20-22 sett., 2007)*, Milano, 2008, p. 155 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, p. 33 ss.

¹³ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. Il caso del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 21 marzo 2020, p. 368 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 558.



il dinamico equilibrio del complesso dei diritti e principi che essi stessi si incaricano di prevedere e realizzare¹⁴.

2. L'adozione dei DPCM nella fase di emergenza sanitaria: alcuni rilievi critici

L'imprevedibilità dell'evento urgente, qual è stata la rapida diffusione dell'infezione da Covid 19, ha provocato, come era persino logico, una reazione immediata del Governo che si è tradotta, tuttavia, in una schizofrenica attività normativa caratterizzata da un'ampia congerie di provvedimenti adottati disomogeneamente (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e decreti di ministri, circolari, direttive ministeriali e ordinanze della Protezione civile)¹⁵, sia per forma e, più in generale, per contenuto.

Ma, mentre per i decreti legge finora emanati dal Governo le perplessità che si rilevano restano quelle in ordine al dibattuto tema dei complessi rapporti tra Governo e Parlamento delineati ancora una volta in modo piuttosto blando, senza prevedere una consultazione parlamentare continua perfettamente compatibile con l'urgenza¹⁶, dubbi ben maggiori si rilevano nei confronti della legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio di disporre temporaneamente misure fortemente restrittive delle libertà personali garantite dal Testo costituzionale. Ci si domanda, infatti, se l'emergenza sanitaria possa giustificare il ricorso a provvedimenti (formalmente amministrativi) normativi eccezionali con effetti immediati privi di un qualsiasi radicamento e limite in una precedente disciplina legislativa.

La Corte costituzionale già anni fa ebbe modo di affermare che è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»¹⁷.

Da tale decisione si evince che, da una parte, i provvedimenti in esame non possano vedersi riconosciuta la forza di legge¹⁸, in quanto si scontrerebbero con il "diritto vivente" il cui scopo è quello di garantire il rispetto del principio di legalità, dall'altra, la fonte primaria "intermediaria" non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità¹⁹.

¹⁴ Va aggiunto, invero, che gli atti amministrativi adottati dagli enti territoriali locali mostrano non poche criticità di natura interpretativa, non solo per la loro non inconsueta difformità, bensì pure perché dispongono in modo disordinato sia obblighi che mere raccomandazioni.

¹⁵ F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid 19*, 22 aprile 2020, p. 2.

¹⁶ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020, p. 9.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 617/1987.

¹⁸ G. U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 767 ss.

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit., p. 179 ss.



Come è facilmente intuibile, la Consulta conferma la centralità del Parlamento che non può essere dimenticata affidando il governo dell'emergenza alle quotidiane determinazioni del Capo del Governo e dei suoi esperti²⁰.

Nel caso della pandemia da Coronavirus il Governo, invece, ha deciso di prediligere l'agile ed incontrollato strumento dei DPCM, convalidati sostanzialmente di tanto in tanto da alcuni decreti legge²¹. Le perplessità aumentano se poi si pensa che il decreto legge n. 19 del 2020, avallando gli atti del Presidente del Consiglio contenenti misure restrittive nei confronti di diritti fondamentali del cittadino, ha previsto una discutibile forma di controllo parlamentare: i decreti presidenziali devono essere comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione, mentre il Presidente del Consiglio ne riferisce ogni giorno alle Camere.

Ne scaturisce, a mio sommo avviso, un quadro fortemente destabilizzante poiché si conferisce all'attuale Presidente del Consiglio uno straordinario rilievo ai provvedimenti che pongono, sebbene la loro temporaneità, in posizione subalterna la stessa legislazione sulla protezione civile²², contrariamente allo spirito del T.U. n. 1/2018²³ (Codice della protezione civile).

Si ha, in altri termini, l'impressione che, pur se inizialmente ci si è mossi all'interno della legislazione sulla protezione civile, si sia d'improvviso, invece, approdati in un contesto ben più ampio, e cioè quello della decretazione d'urgenza, determinando, però, una sorta di corto circuito nel momento in cui si è previsto di stabilire e precisare tramite i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri le misure contenute nei decreti legge, con la conseguenza di esaltare la figura del Presidente del Consiglio come titolare di un vero potere di decisione, piuttosto che come titolare di un potere di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell'attività dei ministri.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, XII, p. 125.

²¹ In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

²² F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, p. 139. Si pensi alla dichiarazione di stato di emergenza del 31 gennaio, che avrebbe dovuto costituire la premessa di poteri straordinari in capo agli organi della protezione civile, e che invece ha finito col divenire un mero richiamo motivazionale dei decreti legge via via emanati.

²³ Tra i vari DPCM adottati si ricordano, in particolare, il D.P.C.M. del 1 marzo 2020 che ha disposto, «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV2-2019/2020», per n. 11 Comuni compresi tra Lombardia e Veneto, il «divieto di allontanamento...di tutti gli individui comunque ivi presenti», nonché il «divieto di accesso» nei medesimi territori; successivamente, il D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ha previsto, «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19 nella Regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio dell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia», all'art. 1, comma 1, lett. a), di: «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»; il giorno seguente, 9 marzo 2020, sempre con lo strumento del D.P.C.M. ed «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus», sono state, poi, «estese all'intero territorio nazionale» (art. 1, comma 1) le misure di cui all'art. 1 del D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ivi compresa, quindi, quell'innanzi trascritta e concernente la compressione del diritto di libertà di circolazione e soggiorno sancito dall'art. 19 della Costituzione.



Poteri che, a dire il vero, non trovano riscontro neanche nel pur variegato e disomogeneo sistema delle fonti, atteso che tali provvedimenti del Presidente del Consiglio del tutto sganciati dal sistema non sono previsti dalla stessa legge n. 400/1988.

Ciò induce a sottolineare come l'“insolito” ruolo del Presidente del Consiglio nella gestione dell'emergenza abbia finito per alterare la nostra stessa forma di governo parlamentare, la quale, come è noto, adotta il modello in cui il Presidente del Consiglio è un *primus inter pares*, ovvero una figura gerarchicamente omogenea²⁴.

Invero, se i vari provvedimenti adottati hanno dato una forma specifica allo stato emergenziale che si è verificato a causa del contagio da Coronavirus, è il D. Lgs. n. 1 del 2018 che ha disciplinato cosa si intenda per emergenze di rilievo nazionale, definendole come «*eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari*» (art. 7). Dunque, a livello costituzionale l'emergenza non è compiutamente disciplinata, ma, all'interno del nostro ordinamento, ad essa è comunque riconosciuto un particolare *status* al quale apprestare una compiuta disciplina attraverso strumenti giuridici puntualmente definiti (cfr., per le emergenze nazionali, gli art. 23 e ss. del d.lgs. n. 1 del 2018). Del resto, non è casuale che il Consiglio dei Ministri abbia dichiarato lo stato di emergenza sin dallo scorso 31 gennaio affidando al Capo della Protezione Civile il compito di adottare ordinanze in deroga alla legge.

Come è stato opportunamente rilevato da alcuni commentatori²⁵, tale delega si è tradotta, nei fatti, in una vera e propria “autodelega” in favore del solo Presidente del Consiglio, in ragione della quale questi ha potuto esercitare i suddetti poteri senza alcun tipo di intervento da parte del Capo dello Stato, cui, costituzionalmente, compete, invece, l'emanazione dei regolamenti adottati dall'organo governativo collegiale, ma, soprattutto, prescindendo da quanto il nostro quadro costituzionale prevede, e cioè la riserva rinforzata di legge per le limitazioni dei diritti di libertà individuale, a partire da quella di circolazione sia all'interno che all'esterno del territorio nazionale (art. 16), e la previsione in capo al solo legislatore statale del potere di disporre in materia di ordine pubblico e sicurezza (art. 117, comma 2, lett. h).

La realtà determinatasi durante la pandemia, invece, ci ha posto dinanzi alla sospensione, tra l'altro a scadenza incerta, dei nostri diritti fondamentali attuata tramite decreti legge e, soprattutto, (tramite) provvedimenti amministrativi. Ma se, da un lato, dobbiamo accettare che tutto ciò sia accaduto per la necessità di affrontare e gestire la difficile situazione di emergenza attraverso strumenti maggiormente idonei a spiegare effetti immediati, producendo risultati rapidi ed efficienti, dall'altro

²⁴ A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit.

²⁵ F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, cit.



abbiamo anche il dovere di percepire, come giuristi e come cittadini, l'eccezionalità di tali limitazioni, ricordando che la democrazia non si favorisce attraverso misure centralizzate che intervengono in maniera decisa ed assoluta nelle nostre vite, comprimendole in ogni loro aspetto.

Le libertà costituzionali sono una nostra ricchezza che non può eclissarsi e l'integrità della Costituzione non può essere messa in discussione da un bilanciamento con l'emergenza, dinanzi al quale essa finisce fatalmente per soccombere.

3. Il disegno normativo delle competenze nei decreti legge dell'emergenza

La velocità con la quale si è propagato il virus dopo la dichiarazione dello stato di emergenza per la durata di sei mesi ha evidenziato una serie indefinibile di lacune presenti nel nostro Paese, derivanti innanzitutto dalla totale impreparazione a gestire una "strage" del genere, essendosi rivelate da subito insufficienti sia le strutture per accogliere i malati, che i mezzi per consentire i ricoveri (dai posti letto in terapia intensiva, ai respiratori, al personale medico ed infermieristico) ed essendo addirittura mancati perfino gli elementari dispositivi di sicurezza come le mascherine o i guanti!

In una situazione che rapidamente sfuggiva sempre più al controllo, l'unica soluzione possibile è sembrata, ed è stata, anche in Italia, il temuto *lockdown*, che ha limitato i diritti di libertà, sociali, economici e politici²⁶ per tentare di gestire e tutelare la salute pubblica, costituzionalmente garantita dall'art. 32 e prioritaria rispetto a qualunque altro diritto²⁷. I suddetti diritti, fortemente tutelati e garantiti dalla Costituzione, difficilmente avrebbero potuto essere limitati dal potere esecutivo, ed invece tutto questo è accaduto in pandemia²⁸: la gravità della situazione di emergenza è stata tale da richiedere la necessaria adozione di provvedimenti normativi rapidi ed immediati, che consentissero di affrontare, di volta in volta ed al loro verificarsi, le situazioni legate al contagio (da quelle sanitarie a quelle economiche)²⁹. Tali provvedimenti, insieme con i soggetti che li hanno posti in essere, sono stati oggetto di grande attenzione, innanzitutto sotto il profilo della legittimità, in quanto, in situazioni "normali" e non di emergenza, né gli uni né gli altri avrebbero potuto tangere i diritti

²⁶ Tra i diritti "toccati" c'è stata anche la proprietà privata, dal momento che il cd. decreto Cura Italia n. 18 del 17.3.2020 consente, all'art. 6, ha disciplinato la requisizione di presidi sanitari e beni mobili, nonché di beni immobili (strutture alberghiere) per far fronte all'emergenza Covid-19. Ma ci sono stati anche i diritti sociali, come quello all'istruzione, che è stata consentita secondo modalità diverse, "a distanza; ed infine i diritti di natura economica e la libertà di impresa - incisi dalla stessa restrizione imposta alla libertà di circolazione - ed i diritti politici che, specie in Italia, hanno portato non solo al rinvio del referendum costituzionale sul taglio del numero dei parlamentari, ma anche al rinvio delle elezioni regionali.

²⁷ Si veda anche S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19* n. 1 - 13/03/2020.

²⁸ Cfr. *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. CUOCOLO, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*,

²⁹ A proposito dell'uso legittimo del potere in presenza di pericolo di un grave danno che minaccia un pubblico interesse si veda C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, Giuffrè, 2005.



costituzionali³⁰, protetti da una serie di garanzie che vanno dalla rigidità costituzionale, alla riserva di legge, alla riserva di giurisdizione, alla tutela in giudizio e ad altro ancora.

Il nostro Paese, dunque, come è stato efficacemente detto nelle pagine precedenti, ha dovuto gestire l'emergenza facendo ricorso ad un incalzante ed incessante numero di provvedimenti che hanno inciso sulle nostre libertà, imponendoci le condotte opportune, ancorché necessarie, per fronteggiare l'inaspettato momento. Ma il riparto dei poteri disegnati dai vari decreti legge che si sono susseguiti, e che ha derogato all'esercizio normativamente previsto di essi da parte degli organi cui istituzionalmente sarebbe spettato, ha dato, spesso, luogo all'insorgere di conflitti che, specie nei rapporti tra Regioni e Comuni, sono stati evitati dall'intervento prefettizio o da quello del giudice amministrativo, come è recentemente accaduto in Campania, nel conflitto che si è verificato tra l'ordinanza del Presidente della Regione e quella del Sindaco del Comune di Napoli, entrambe adottate per disciplinare gli orari di chiusura dei locali di intrattenimento che animano la cd. movida. Il conflitto è stato risolto dal tempestivo intervento del T.A.R. Campania che, per le ragioni che si illustreranno di seguito, ha sospeso l'ordinanza sindacale dando prevalenza a quella regionale, essendo ancora in corso lo stato di emergenza dichiarato a gennaio.

La nostra Costituzione, come detto, non contiene una disciplina specifica relativa agli stati di emergenza ed ai poteri che, in tali condizioni, possono essere esercitati; infatti, ad eccezione degli artt. 77³¹, 78³² e 120³³, non esistono ulteriori norme alle quali ci si sarebbe potuti rifare per la gestione della situazione di emergenza che incombeva sul nostro territorio. Dunque, si è verificata una "inedita" assunzione di "centralità" da parte del Governo che, dal primo momento, si è posto quale attore unico dello scenario, assumendosi ogni responsabilità della gestione dell'emergenza, senza coinvolgere il Parlamento, almeno fino all'adozione del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020 (cioè per più di un mese) ed utilizzando, quali atti normativi, oltre ai decreti-legge, anche i DPCM.

Ma se il decreto-legge è comunque una fonte di rango primario, con la quale ben si potrebbe, in ragione dello stato di necessità ed urgenza, limitare gran parte dei diritti fondamentali³⁴, non era stata mai attribuita una forza simile ai DPCM, atti che sono

³⁰ In punto si veda, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 2, p. 345 ss.

³¹ Che disciplina il potere del Governo di emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria «*in casi straordinari di necessità e di urgenza*».

³² Tale norma, però, ha carattere eccezionale in quanto disciplina lo stato di guerra e, dunque, non può essere richiamata nel caso della pandemia di Covid-19, neanche per applicazione analogica.

³³ Che, come è stato modificato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, prevede che il Governo si sostituisca agli altri enti territoriali in caso «*di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica [...]*».

³⁴ Come da sempre sostenuto dalla Corte Costituzionale che ha precisato che il Governo può prevedere limitazioni applicabili a tutti i cittadini «*e non a singole categorie*» nella sent. n. 2 del 1956 e nella sentenza n. 68 del



sottoposti al solo ed unico controllo (preventivo di legittimità) esercitato dalla Corte dei conti, e non anche a quello preventivo del Presidente della Repubblica ed a quello successivo del Parlamento³⁵. Ciononostante, il Governo, già dal momento in cui ha emanato il decreto-legge n. 6/2020, ha operato un rinvio "in bianco" a tali strumenti, per cui la legittimazione all'utilizzo di essi non è derivata dalla Costituzione, ma da un decreto-legge che ne ha reso responsabile il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti altri responsabili politici (Ministri e Presidenti di Regione), senza alcun intervento formale né del Presidente della Repubblica per la loro emanazione, né del Parlamento per la loro conversione³⁶. In pratica, l'esigenza di utilizzare una procedura più snella e maggiormente compatibile con il dinamismo emergenziale e la necessità di evitare il dilagare dei contagi tra i vertici statali hanno determinato la conseguenza del sostanziale esautoramento dei poteri del Parlamento in questo periodo.

La *ratio* sottesa alla scelta di adottare tali è stata individuata nella necessità di affrontare l'emergenza con uno strumento versatile ed immediato, che consentisse di completare e dare attuazione ai decreti legge e con il quale potere intervenire periodicamente (di trenta giorni in trenta giorni) fino alla fine ipotizzata e dichiarata dello stato di emergenza³⁷.

Ai DPCM si sono affiancate, inoltre, le ordinanze³⁸, le direttive ed i decreti di varie autorità appartenenti al Governo (come, ad esempio, i Ministeri della Sanità, degli Interni o dell'Economia), oltre che della Protezione Civile, dei Presidenti di Regione e dei Sindaci dei Comuni italiani³⁹. Questa è stata, dunque, la strada prescelta per

1964, attribuendo tale interpretazione alla frase contenuta nell'art. 16 Cost. «limitazioni che la legge pone in via generale».

³⁵ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Moluffa, 2019.

³⁶ Relativamente al rapporto tra decreti-legge e DPCM nel periodo di difficile gestione dell'emergenza si veda L.A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio emergenza Covid-19 – 23 marzo 2020.

³⁷ Ovvero il 31 luglio 2020.

³⁸ In merito alle ordinanze regionali nel contesto emergenziale, cfr. V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19 – 20 maggio 2020.

³⁹ Come è noto, infatti, sono state emanate ordinanze anche dalla Protezione civile, a seguito proprio della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 contenente la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», tramite la quale il Governo, ai sensi del decreto legislativo n. 1 del 2018, ha rinviato, per l'adozione delle misure concrete nei mesi di stato di emergenza per rischio sanitario, ad ordinanze del Capo dipartimento della Protezione civile «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». Ancora, sono state adottate ordinanze dal Ministro della Salute - autorità sanitaria ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978 - renesi necessarie per gestire ed affrontare la prima fase di comparsa dell'epidemia e tutti i successivi *step* necessari, comprese le misure della quarantena. Il comma 2 dell'art. 2 del D.L. n. 19, del 25 marzo 2020 ha, inoltre, previsto una sorta di potere di supplenza del Presidente del Consiglio potendo intervenire con ordinanza «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute». Infine, è stata prevista l'adozione di «provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale» da parte del «Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19», istituito dall'art. 122 del



affrontare l'emergenza che ha travolto il nostro Paese e che può sostanzialmente definirsi, prendendo in prestito l'espressione usata da certa dottrina «l'autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità⁴⁰» e tale necessità, vale a dire la tutela della salute pubblica, ha reso possibile "sospendere" temporaneamente la "legalità ordinaria".

L'adozione di tutti questi atti è stata, a sua volta, la fisiologica promanazione del pluralismo istituzionale che caratterizza il nostro ordinamento e che non è stato ignorato dal Governo: quest'ultimo, infatti, non ha ritenuto di sostituirsi agli altri livelli territoriali nella gestione dell'emergenza (come sarebbe stato reso possibile dall'art. 120 Cost.), scegliendo di coinvolgerli e di renderli corresponsabili sin dal primo momento, mantenendo, tuttavia, il suo ruolo centrale al fine di garantire una sostanziale uniformità su tutto il territorio nazionale⁴¹. Pertanto, anche in ossequio alla giurisprudenza di legittimità⁴², il Governo ha attratto a sé, in via sussidiaria, sia le funzioni amministrative che quelle legislative⁴³ e, già dal primo decreto-legge, il n. 6/2020 (convertito nella l. n. 13 del 5 marzo 2020), ha previsto che l'attuazione delle misure di contenimento si realizzasse attraverso «*uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri, competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*⁴⁴». La stessa previsione è contenuta anche nel successivo decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020⁴⁵, attraverso il quale è stata regolata la seconda fase dell'emergenza tentando di

decreto-legge n. 18, del 17 marzo 2020 (conv. nella l. 27/2020). Tale soggetto, del cui operato riferisce il Presidente del Consiglio al Parlamento, collabora con le Regioni e le supporta nell'esercizio delle relative competenze in materia; i suoi provvedimenti, pur potendo essere adottati in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, non hanno, però, natura normativa e «*sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato regioni e alle singole regioni su cui il provvedimento incide, che possono chiederne il riesame*».

⁴⁰ G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, su *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1 | 2020, Editoriale Scientifica, p. III.

⁴¹ Del resto, all'interno del dossier della Commissione parlamentare per le questioni regionali relativo alla conversione del decreto-legge n. 6/2020 è stato precisato che le materie oggetto della decretazione d'urgenza rientrano nelle materie «*ordinamento e organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali*» e «*profilassi internazionale*» che l'articolo 117, secondo comma, lettere g) e q), della Costituzione, riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nonché alla materia «*tutela della salute*», oggetto di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'articolo 117, comma terzo, della Costituzione».

⁴² A partire dalla sentenza della Corte cost. n. 303 del 2003.

⁴³ Ovviamente non quelle che già spettavano ad esso sulla base del normale sistema di riparto contenuto nell'art. 117 della Costituzione.

⁴⁴ Art. 3, comma 1.

⁴⁵ Convertito nella L. n. 35 del 22 maggio 2020. Tale decreto (convertito dalla l. n. 35 del 22 maggio 2020) abroga il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-bis, e 4 e l'articolo 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9.



mantenere, per quanto possibile, un pluralismo istituzionale nella gestione di essa, riconoscendo ambiti di intervento anche al livello regionale e a quello comunale. Al comma 1 dell'art. 2 di tale decreto, infatti, è previsto, ulteriormente, che i decreti attraverso i quali adottare le misure di contenimento possano essere *«altresì adottati su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia»*.

Ma è l'art. 3 del decreto in questione che riveste una notevole importanza ai fini dell'oggetto delle presenti riflessioni. Infatti, tale norma consente alle Regioni di introdurre *«misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti»*, valide fino a quando non vengano adottati i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, relativamente a *«specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso»*. Ovviamente tale possibilità è stata ammessa *«esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»*, così da garantire comunque l'esistenza di una disciplina che tuteli il territorio di appartenenza, con una efficacia limitata fino a quando il Governo non provveda.

Insomma, il potere di ordinanza di Regioni ed enti locali per motivi sanitari è stato esercitato in maniera limitata ai casi di estrema necessità ed urgenza per far fronte all'emergenza Covid-19 e nelle more dell'intervento del Governo centrale, sospendendo momentaneamente la "normalità", ma solo fino a quando sussisterà lo stato di emergenza sanitaria. Infatti, non appena questo sarà terminato, sarà imprescindibile il ripristino e la riespansione di tutti i diritti ma anche di tutti i poteri che, per circa tre mesi, sono rimasti necessariamente "congelati", e tra questi sicuramente quelli esercitati dai Sindaci, i quali hanno subito le maggiori compressioni.

In quanto rappresentanti dei Comuni, territori più vicini agli interessi dei cittadini, i Sindaci possono e devono adottare i provvedimenti che meglio soddisfino le loro esigenze; difatti, sono stati i Sindaci - specificamente nei Comuni interessati dal contagio⁴⁶ - quelli che, per primi, a sole poche settimane dall'esplosione dell'epidemia in Cina, hanno cominciato ad adottare le prime misure restrittive⁴⁷ attraverso le quali sono state sospese, oltre che le attività lavorative e scolastiche, anche le manifestazioni pubbliche e ludiche. Solo a seguito dell'adozione di tali atti sindacali, il Governo è intervenuto emanando il citato D.L. 6/2020 che, infatti, contiene misure urgenti per evitare il propagarsi dell'epidemia da attuarsi proprio *«nei comuni o nelle aree nei quali*

⁴⁶ Segnatamente, quelli del lodigiano.

⁴⁷ Seguite da un'ordinanza del Ministro della Salute, d'intesa con la Regione Lombardia.



risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus⁴⁸».

Tale decreto, attraverso l'art. 3, comma 2, ha fatto salvo il potere di ordinanza dei Sindaci "nelle more" dell'adozione dei DPCM, al pari di quello delle Regioni, richiamando espressamente gli artt. 50, comma 5 T.U.E.L. e 117 D.Lgs. n. 112/1998. Successivamente, il D.L. 19/2020 ha statuito che «i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali».

Con entrambi i decreti, insomma, il Governo, nella gestione dell'emergenza, ha ribadito il rispetto delle attribuzioni e delle competenze spettanti a tutti i soggetti istituzionali a vario titolo coinvolti, sottolineando la necessità di evitare sovrapposizioni tra norme statali e territoriali da cui potesse derivare confusione. Ecco perché, in particolare, il potere dei Sindaci è stato autorizzato in via residuale e senza recare misure in contrasto con quelle statali. I rappresentanti istituzionali dei Comuni, in pratica, possono introdurre misure più restrittive, nel rispetto degli stessi limiti previsti per i Presidenti di Regione, e possono intervenire con ordinanze dovute ad emergenze sanitarie nei limiti di competenza, ma senza incidere sulle attività produttive o strategiche. Dunque, possono integrare o completare le misure adottate dal Governo, com'è accaduto, ad esempio quando sono state adottate le ordinanze sindacali (ai sensi dell'art. 50 del TUEL - cioè per emergenza sanitaria) di chiusura dei parchi pubblici - più restrittive rispetto alle misure assunte come necessarie dal Governo - «nelle more» dell'adozione di provvedimenti governativi, per arginare la diffusione del virus in maniera più concreta nel proprio territorio di riferimento⁴⁹.

4. Il conflitto tra l'ordinanza del Sindaco di Napoli e quella del Presidente della Regione Campania sugli orari della movida

Dunque, anche le ordinanze sindacali, al pari di quelle regionali, non possono essere in contrasto con i provvedimenti statali; il rapporto tra ordinanze regionali e sindacali, invece, sembra doversi intendere nel senso che, una volta assicurata la concordanza con i DPCM e con le ordinanze del Ministero della Salute, le ordinanze sindacali potranno derogare eventualmente a quelle regionali⁵⁰, fermo restando che l'efficacia di quelle sindacali - sia di quelle adottate ai sensi dell'art. 54, comma 4 T.U.E.L., che di

⁴⁸ Cfr. F. DINOIA, *Coronavirus e legalità*, su *Istituzioni diritto economia*, 1/2020, pp. 55-81.

⁴⁹ Ma come è accaduto anche nel caso dell'ordinanza con cui cinque sindaci di altrettanti comuni dell'isola di Ischia avevano vietato lo sbarco ai residenti in Lombardia e Veneto, ai cittadini cinesi provenienti dalle regioni colpite dall'epidemia di Coronavirus e ai soggetti reduci da soggiorni in quelle stesse aree, che il Prefetto di Napoli ha prontamente annullato, cfr., al riguardo, A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, su *Osservatorio emergenza Covid - 19*, Paper - 15 aprile 2020, in *Federalismi.it*.

⁵⁰ M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24.03.2020.



quelle emanate quale rappresentante della comunità locale ai sensi dell'art. 50, comma 5 T.U.E.L. - deve, comunque, essere legata a particolari condizioni di emergenza di natura locale che possano giustificare tale deroga, coerentemente con il quadro delineato da DPCM ed ordinanze del Ministero della Salute.

Nella Regione Campania, durante la cd. "Fase 2", quella di programmazione e pianificazione della ripresa delle attività, si è verificata la contemporanea adozione di due ordinanze in tema di orari di apertura degli esercizi commerciali da parte del Presidente della Regione⁵¹ e del Sindaco del Comune di Napoli⁵². In particolare, l'ordinanza sindacale ha un contenuto ampliativo rispetto a quella regionale, determinando un inevitabile contrasto con questa da cui è derivata la necessità di individuare quale delle due dovesse prevalere sull'altra, al fine di garantire la certezza del diritto ma, soprattutto, di seguire un'unica indicazione normativa ed evitare confusione nell'applicazione di essa. Segnatamente, infatti, l'ordinanza regionale aveva disposto la chiusura dei locali che animano la movida (i cd. "baretti") all'una di notte, con divieto di vendita da asporto degli alcolici dalle 22; al contrario, l'ordinanza sindacale aveva successivamente previsto, nel territorio cittadino, e con contenuto difforme rispetto all'altra, l'apertura degli stessi locali fino alle 3,30 nei giorni dal giovedì al sabato, e fino alle 2,30 negli altri giorni.

A volere indagare la *ratio* più "permissiva" dell'ordinanza sindacale, essa va individuata nella necessità di contribuire al rilancio dell'economia per ricominciare lentamente e gradualmente a riprendere la vita "normale", pur senza "abbassare la guardia" rispetto alla gestione ed al monitoraggio dei contagi.

Nella parte motiva, il provvedimento sindacale reca una serie di riferimenti in parte condivisibili. Infatti, il Sindaco - pur nell'assoluto rispetto del superiore interesse della salute e dell'incolumità pubblica e, dunque, continuando a rispettare i provvedimenti ancora sostanzialmente orientati al distanziamento sociale adottati dal Governo - ha ritenuto che potesse derivare una maggiore tutela alla salute pubblica dal prolungamento di determinati orari finalizzato proprio ad evitare forme di assembramento in luoghi pubblici o aperti al pubblico, inevitabili quando non ci sono spazi sufficienti ad incontrarsi (specie per i giovani) e gli orari sono ristretti. In pratica, dal momento che all'emergenza sanitaria si è brutalmente aggiunta quella economica e sociale, determinata dalle pesanti ricadute anche occupazionali del *lockdown* nei settori produttivi del commercio, artigianato e turismo, si è ritenuto, da un lato, di dovere favorire una maggiore fruizione degli spazi della città in considerazione anche

⁵¹ Ordinanza n. 53 del 29 maggio 2020, recante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Disposizioni ai sensi dell'art. 1, comma 16, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33.

⁵² Ordinanza n. 248 dello stessa data del 29 maggio 2020, recante "Attuazione e rafforzamento delle misure governative adottate per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nella cd Fase 2. Disposizioni in favore del distanziamento sociale e del decongestionamento degli spazi pubblici".



dell'attuale evoluzione *in melius* della situazione sanitaria e, dall'altro, di allungare gli orari di apertura degli esercizi commerciali destinati alla somministrazione di bevande alcoliche che, specie in serata, possono favorire, più di altri, assembramenti o concentrazione di persone essendo i luoghi in cui si svolge la cd. movida. Dunque, estendendo l'occupazione anche ad aree, diverse rispetto alle solite all'uso destinate e, soprattutto, prevedendo orari più ampi, il Sindaco ha inteso andare incontro alla duplice necessità di contenere il problema degli assembramenti e di dare, al contempo, ai gestori dei locali la possibilità di riprendere in maniera più fluida la propria attività economica.

In realtà, spetterebbe al Sindaco il potere di coordinare e riorganizzare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici⁵³; inoltre, l'art. 54, comma 6, del T.U.E.L. prevede che tale autorità può «*modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici*» quando, a causa di circostanze straordinarie, si verifichino particolari necessità dell'utenza⁵⁴. L'ordinanza del Sindaco di Napoli, dunque, avrebbe avuto tutti i presupposti di legittimità per essere adottata, anche e soprattutto in considerazione del fatto che alla necessità di riprendere le attività economiche, nel prudente rispetto di ogni forma di cautela, si aggiunge quella di favorire tale ripresa o, per lo meno, di non ostacolarla ponendo limiti e preclusioni superiori a quelli che sarebbero necessari e che se, da un lato, sono posti a presidio di alcuni interessi, dall'altro non ne agevolano altri. In pratica, limitare e ridurre l'orario di apertura e chiusura di esercizi commerciali come i bar o i chioschi, impedendo la consumazione di bevande alcoliche oltre un certo orario, rischia di comportare come conseguenza proprio quella che si vuole evitare, e cioè la congestione in altri orari e di altri luoghi diversi da quelli in cui non è più possibile acquistarli e consumarli oltre un certo orario.

Inoltre, come "stimolo" al ripristino di una situazione di normalità, nell'ordinanza sindacale viene fatto espresso riferimento alla necessità che si riespandano i poteri dell'autorità (il Sindaco) che rappresenta il livello istituzionale più vicino alla collettività locale (il Comune) e che meglio ne conosce le specificità e ne sa interpretare le esigenze, tra cui spicca quella di «*regolamentare ed organizzare la vita della città, contemperando la tutela della salute degli abitanti con gli altri interessi di pari dignità*

⁵³ Come previsto dal comma 7 dell'art. 50 T.U.E.L., che recita: «*Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti*».

⁵⁴ «*In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verifichino particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4*».



costituzionale tra cui il rilancio del tessuto produttivo e della vocazione turistica della città, fortemente compromessi dall'emergenza sanitaria».

Poco prima dell'emanazione del provvedimento del Sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Campania aveva deliberato orari di apertura e chiusura più ridotti dei suddetti esercizi commerciali, motivandoli con la stessa esigenza della tutela della salute e per evitare assembramenti. Nell'ordinanza regionale, però, è stato fatto riferimento ad una serie di norme espressamente orientate alla disciplina della salute che, dall'inizio della quarantena, consentono ai Presidenti delle Regioni di adottare provvedimenti specifici e puntuali per gestire l'emergenza sui rispettivi territori di appartenenza. In particolare, essa fa riferimento, infatti, al decreto-legge n. 33 del 2020 - che è, appunto, quello con il quale è stata decretata la ripresa *post lockdown* e, l'inizio, cauto, della "Fase 2" - ed all'art. 2 del DPCM del 26 aprile 2020, con il quale vengono disposte le misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali che i Presidenti di Regione, monitorando con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori, devono attuare per contenere il contagio.

Nello specifico caso dell'ordinanza *de qua*, dunque, il Presidente della Regione aveva adottato un provvedimento finalizzato ad evitare che si potessero creare assembramenti di giovani nelle ore serali e notturne senza limiti di tempo.

5. La sospensione dell'ordinanza del Sindaco di Napoli da parte del T.A.R. Campania. Brevi riflessioni

L'ordinanza sindacale è stata impugnata dal Presidente della Regione Campania per ottenerne la sospensione in quanto ritenuta illegittima per carenza di potere e violazione di legge⁵⁵. Il primo profilo emergerebbe dal fatto che, sul presupposto di una situazione di crisi epidemiologica che coinvolge l'intero territorio regionale, essa detta disposizioni i cui effetti si riverberano ben oltre i confini del territorio comunale; il secondo (emergerebbe) dall'evidente violazione dell'articolo 3, comma 2, del decreto-legge numero 19 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge numero 35 del 2020, che, come già evidenziato, vieta ai Sindaci di adottare «*a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali, ne' eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1*».

Il T.A.R. Campania è intervenuto tempestivamente sulla questione, pronunciando il decreto cautelare *ante causam*⁵⁶ richiesto dal Presidente della Regione tramite il quale, però, non è stata annullata per intero l'ordinanza sindacale, ma ne è stata sospesa l'efficacia rispetto a quella sola parte che avrebbe creato problemi di incertezza perché in contrasto con l'ordinanza regionale.

⁵⁵ Cfr. I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, p. 92 ss.

⁵⁶ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli sez. I, dec., 1° giugno 2020, n. 1120.



In pratica, non tutte le previsioni contenute nell'ordinanza sindacale sono state sospese, e per questo l'ordinanza stessa non è stata "bocciata": essa resta salva nella parte in cui prevede l'apertura di nuovi spazi pubblici per consentire ai cittadini di riunirsi ed incontrarsi in luoghi ulteriori rispetto a quelli che la città già mette a disposizione, in maniera tale che l'aspetto del controllo epidemiologico sia parimenti controllato, tentando di evitare assembramenti. Viene, invece, sospesa nella parte in contrasto con le previsioni regionali perché si sarebbe creata una inevitabile confusione.

Alcune considerazioni vanno, però, fatte.

Come da previsioni normative dell'emergenza, i Sindaci hanno dovuto necessariamente fare un passo indietro rispetto all'esigenza che ci fosse una condotta più o meno unica sull'intero territorio nazionale e, dunque, laddove non ci siano state delle emergenze particolari di cui essi fossero maggiormente in grado di prendersi cura tramite proprie ordinanze di necessità ed urgenza, in qualità di rappresentanti del comune, hanno dovuto lasciare che i loro territori fossero gestiti da altre autorità.

Tutto questo è la conseguenza delle previsioni normative contenute nella decretazione d'urgenza che, dal mese di febbraio, il Governo ha posto in essere ma, prima ancora, è la conseguenza della dichiarazione dello stato di emergenza, per la durata di sei mesi, dalla quale sono derivati e sono stati legittimati gli stessi decreti legge ed i DPCM.

L'ultimo intervento normativo a proposito dei poteri dei Sindaci è stato il D.L. 33 del 2020, quello, cioè, come già detto, che ha disciplinato le modalità per approcciare ed affrontare la Fase 2. In tale atto, all'art. 1, si dispone la cessazione dell'efficacia di *«tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19»*, ma viene fatta salva la possibilità di adottare o reiterare le medesime misure restrittive in casi di *«particolare aggravamento della situazione epidemiologica»* che riguardi uno specifico territorio. Una tale previsione, evidentemente, consente ai Sindaci il potere di adottare specifiche ordinanze contingibili e urgenti in presenza dei presupposti di cui all'art. 3 del D.L. 19/2020, ma solo *«nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»* e *«con efficacia limitata fino a tale momento»*, per evitare sovrapposizioni e contrasti con la normativa statale.

Il dato della norma sembra confermare che lo spazio lasciato all'azione dei Sindaci sia quello finalizzato alla necessità di fronteggiare una eventuale (e non auspicabile) situazione di aggravamento e, dunque, non contiene ancora una vera e propria ripresa dei poteri loro concessi in situazioni di normalità. Tanto è vero che il comma 9 dello stesso art. 1⁵⁷ del D.L. 33/2020 prevede, in capo al Sindaco, un'altra facoltà, finalizzata a fronteggiare il rischio sanitario e riguardante il solo territorio comunale o parte di

⁵⁷ *«Il sindaco può disporre la chiusura temporanea di specifiche aree pubbliche o aperte al pubblico in cui sia impossibile assicurare adeguatamente il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro».*



esso, e cioè quella di disporre la temporanea chiusura di determinate aree pubbliche o aperte al pubblico che, in quanto rappresentante istituzionale del territorio cittadino, egli conosca e di cui sappia che non consentono il rispetto della «*distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*».

Le misure che gli sono concesse, dunque, sono esclusivamente di tipo restrittivo rispetto a quelle esistenti e, comunque, da adottarsi sempre nell'ambito delle attività di sua competenza, al fine di rafforzare il potere di coordinamento statale nella gestione dell'emergenza⁵⁸.

Inoltre, siccome è alla Regione che compete introdurre, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, «*misure derogatorie, ampliative o restrittive*», rispetto a quelle disposte dall'art. 2 del D.L. 19/2020, per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali (art. 1, comma 16, D.L. 33/2020); e siccome essa (o la Conferenza delle regioni) è anche il soggetto istituzionale che può adottare i protocolli o le linee guida «*idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi*» nell'esercizio delle attività economiche, produttive e sociali (art. 1, comma 14, D.L. 33/2020), appare evidente che non rimanga così tanto spazio ai poteri del Sindaco in questa fase emergenziale.

Dunque, il recupero della centralità delle sue competenze potrà concretizzarsi solo dopo che lo stato di emergenza sarà cessato e se, in questo periodo di graduale ripresa della "normalità", non si sarà riacutizzata nuovamente l'epidemia. Fino a quel momento, in ragione del prevalente interesse alla salute pubblica, i Sindaci continueranno ad essere inevitabilmente ridimensionati, ed il loro margine di azione continuerà ad essere limitato dal potere regionale esercitato all'insegna della tutela dell'interesse alla salute, dinanzi al quale cede il passo qualsiasi altro interesse.

L'ordinanza *de qua* del Sindaco di Napoli ha inteso perseguire gli stessi obiettivi tutelati dall'ordinanza regionale (e cioè quello della tutela della salute, evitando assembramenti, e quello della ripresa economica), ma lo ha fatto con una prospettiva troppo ampia, scegliendo di liberalizzare, piuttosto che di comprimere, i luoghi e gli orari.

Il T.A.R., nel decretarne la sospensione, ha, evidentemente, voluto evitare che, da tale liberalizzazione, derivassero due conseguenze in particolare, e cioè *a) l'aggravamento del rischio sanitario anche in ambito ultracomunale, atteso il prevedibile afflusso dai comuni limitrofi, se non da tutta la provincia, sul territorio del comune Napoli in ragione dei più ampi orari previsti dall'ordinanza sindacale e delle eventuali attività ludiche dalla stessa consentite; b) la situazione di incertezza derivante dalla concorrenza di due discipline differenziate e contrastanti tali da ingenerare oggettivi dubbi sulla liceità dei comportamenti da tenere, da*

⁵⁸ Si evidenzia, inoltre, che le ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco per fronteggiare l'emergenza non devono essere in contrasto né con le altre misure statali, né con quelle regionali, come è stato previsto in sede di conversione del D.L. 19/2020, aggiungendo specificamente la parola "regionali" al testo del comma 2 dell'art. 3.



*parte degli operatori economici e degli avventori, e conseguenti criticità nello svolgimento delle attività di verifica e controllo da parte degli operatori a ciò deputati, con potenziali rischi di ordine pubblico*⁵⁹.

Tali ragioni, secondo il giudice amministrativo, avrebbero potute essere ovviate solo sospendendo l'ordinanza sindacale *de qua*, limitatamente, però, alle «*parti relative al prolungamento degli orari di somministrazione e vendita di alimenti e/o bevande, e di apertura dei relativi esercizi commerciali, in senso difforme, ed ampliativo, rispetto a quanto al riguardo previsto dalla ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 53 dello stesso 29.05.2020*».

La decisione del giudice va senz'altro condivisa, per cui l'ordinanza del Presidente della Regione Campania deve prevalere su quella del Sindaco di Napoli, ma non per una questione di superiorità gerarchica della Regione rispetto al Comune, quanto, piuttosto, per l'interesse prevalente sotteso all'ordinanza regionale - la salute pubblica - che, in questa fase emergenziale, è importante che sia tutelato in maniera uniforme all'interno dei singoli territori regionali.

Ecco perché, a parere di chi scrive, vanno fatte due osservazioni in particolare in merito all'ordinanza sindacale.

La prima è che non sussiste, in essa, alcun riferimento al provvedimento regionale recante una diversa e più restrittiva regolamentazione della "movida", facendosi, invece, espresso richiamo unicamente ai rapporti del Comune con il Governo, quasi come se solo da quest'ultimo potesse derivare un limite al Comune di Napoli e non esistesse alcuna precedente ordinanza regionale sullo stesso oggetto. Omettendo tale riferimento, l'ordinanza sindacale non sembra essere stata affatto improntata al principio di leale collaborazione, indispensabile per consentire un funzionamento efficace e coordinato tra i vari livelli istituzionali presenti nel nostro ordinamento. In ragione di tale principio non si sarebbe proprio dovuta verificare la sovrapposizione con una normativa già esistente, sebbene più restrittiva, ma si sarebbe, piuttosto, dovuto cercare una intesa o, comunque, un bilanciamento tra le due disposizioni normative in contrasto, a vantaggio della tutela della salute e della ripresa economica degli esercenti gli esercizi commerciali in questione e nell'interesse della collettività⁶⁰.

La seconda osservazione riguarda la precisazione (contenuta nell'ordinanza) secondo la quale, nella fase attuale, «*non trova più fondamento la compressione dei poteri di ordinanza del Sindaco che è il livello istituzionale più vicino alla collettività locale e che meglio ne conosce le specificità e ne sa interpretare le esigenze*» e che, dunque, deve considerarsi

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Campania, n. 1120 del 1° giugno 2020.

⁶⁰ Sul principio di leale collaborazione, che rinviene il suo fondamento nell'art. 97 Cost., si veda A. SIMONATI, *La leale cooperazione «informativa»: un principio «seminuovo» nei rapporti fra legislatore statale e regionale?*, in *Le Regioni*, 2010, 6, 1334. Inoltre, cfr. R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, relazione al Seminario "Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni" Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017; ma anche R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.* 2001.



riespanso il potere sindacale di emettere ordinanze contingibili e urgenti ex artt. 50 e 52 T.U.E.L.

Tale precisazione - che scaturisce, senza dubbio, dal desiderio di ritornare quanto prima alla normalità - sembra non considerare che la compressione dei suddetti poteri sindacali non è stata determinata arbitrariamente ed ingiustificatamente, quasi come un atto di prepotenza o un capriccio, ma è stata il frutto di una scelta consequenziale alla dichiarazione dello stato di emergenza della durata di sei mesi che, attualmente, sono ancora in corso. Pertanto, fino a che tale periodo non sarà positivamente terminato, la "riespansione" dei poteri dei Sindaci non sarà completamente possibile, e certamente non lo sarà fino a che non lo deciderà il Governo, sulla base dei dati relativi al monitoraggio dei contagi sull'intero territorio nazionale, pur nella consapevolezza che l'autorità che meglio conosce le esigenze del territorio comunale è il Sindaco che lo rappresenta.

Pertanto, nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, la gestione dell'emergenza deve continuare a restare affidata all'esclusiva potestà statale e nei limiti da questa stabiliti. Nelle more degli interventi statali possono introdurre misure ulteriormente restrittive solo le Regioni, essendo espressamente precluso ai Sindaci di adottare «a pena di inefficacia, ordinanze contingibili ed urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali⁶¹».

Tutto quanto fin qui evidenziato porta, infine, ad un'ulteriore e conclusiva riflessione; e cioè che il nostro ordinamento amministrativo è caratterizzato da un pluralismo istituzionale estremamente accentuato, al cui interno è facile che si assista ad una "dispersione delle funzioni", in ragione della quale ogni tentativo del legislatore di rendere più scorrevoli i rapporti tra i vari soggetti istituzionali si scontra, inevitabilmente, contro quegli stessi strumenti, quali gli accordi o le conferenze unificate, che, creati per contribuire ad una maggiore efficienza della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., invece, sovraccaricano proprio i rapporti tra le istituzioni.

Forse sarebbe necessaria un'ulteriore revisione del Titolo V della Costituzione, specificando meglio i poteri sostitutivi di cui all'art. 120, al fine di consentire una più armonica e meno improvvisata gestione delle emergenze, di qualunque natura esse siano, visto che quella che si è da poco vissuta, oltre ad avere determinato una vera e propria "emorragia" normativa (difficile da seguire e da interpretare), ha dato vita ad un quadro di poteri estremamente frammentario, anche a causa del diverso impatto che il contagio ha avuto sulle singole Regioni e che ha spinto i rappresentanti politici di esse ad adottare misure differenziate, a volte più restrittive a volte più ampliative e,

⁶¹ Art. 3 D.L. 19/20, conv. nella l. n. 35/20.



putroppo, non sempre giustificate da specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario riscontrabili nei diversi territori interessati⁶².

La parziale "concorrenza" tra norme statali e regionali è stata, dunque, giustificata solo dal fatto che la tutela del diritto alla salute pubblica potesse essere maggiore se predisposta dalla realtà istituzionale che, oltre ad essere vicina alle esigenze dei cittadini, era anche maggiormente in grado di tener conto della gravità del pericolo epidemico; mentre l'attività del Sindaco - pure essenziale nel tutelare gli interessi della comunità cittadina del Comune - è stata, invece, residuale, più di chiusura del sistema che di anticipo delle misure statali.

Ma, nonostante sia stata riconosciuta sia alle Regioni che ai Sindaci, a diverso titolo, la possibilità di intervenire nella gestione dell'emergenza, la mancanza di una disciplina costituzionale e legislativa dei poteri e dei rapporti istituzionali in situazioni del genere si è inevitabilmente fatta sentire.

⁶² A. MORELLI, *Il re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, *Forum La gestione dell'emergenza sanitaria Tra stato, regioni ed enti locali su Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020.