



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 05/10/2020

AUTORE: Marcello Cecchetti*

LE LIMITAZIONI ALLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA DURANTE L'EMERGENZA**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Lo statuto costituzionale della libertà di iniziativa economica privata: nozione, limiti e garanzie. – 3. I fondamenti legittimanti della normativa “emergenziale” adottata per fronteggiare la diffusione del Covid-19. – 4. Le principali misure di limitazione della libertà di iniziativa economica privata adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. – 5. Per una prima valutazione delle discipline dell'emergenza alla luce dell'art. 41 Cost.

1. Premessa.

Di fronte alla situazione di emergenza sanitaria, assolutamente inedita, prodotta dalla diffusione pandemica su scala planetaria del Covid-19, è apparso evidente fin da subito che le misure da adottare per fronteggiare l'epidemia non potessero fare a meno di comprimere in termini e forme del tutto eccezionali le libertà e i diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione e, tra questi, anche la libertà di iniziativa economica privata sancita all'art. 41 Cost. D'altra parte, era quasi scontato che la novità, le dimensioni e le incertezze scientifiche che caratterizzavano il fenomeno epidemiologico producessero l'affastellamento quasi magmatico e alluvionale di norme riconducibili a una pluralità di fonti, per lo più collegate alla c.d. “normazione emergenziale”, frutto, da una parte, di una vera e propria “navigazione a vista” da parte del Governo in relazione al continuo evolversi della situazione sanitaria, dall'altra, di un utilizzo inevitabilmente frettoloso – e talora, però, alquanto approssimativo – degli strumenti normativi che l'ordinamento metteva a disposizione.

Nelle pagine che seguono si proveranno a fornire gli elementi essenziali per una prima valutazione delle misure che hanno limitato la libertà garantita dall'art. 41 Cost., muovendo

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Sassari.

** Contributo destinato al volume F.S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020.

do necessariamente da un inquadramento essenziale dello “statuto” costituzionale di questa libertà, per spingersi poi in una mappatura esemplificativa delle limitazioni concretamente imposte ad essa nel periodo dell'emergenza e giungere, infine, a offrire qualche spunto di riflessione per la verifica del tasso di conformità/diformità di tali limitazioni rispetto al modello costituzionale.

2. Lo statuto costituzionale della libertà di iniziativa economica privata: nozione, limiti e garanzie.

L'art. 41 Cost., com'è noto, è uno dei pilastri fondamentali sui quali è costruita l'architettura della c.d. “Costituzione economica” ed è complessivamente strutturato sull'intrinseca esigenza del bilanciamento tra un principio di libertà individuale e la tutela di alcuni valori o interessi facenti capo, da un lato, all'integrità della persona umana, dall'altro, *lato sensu* alla collettività.

A lungo si è discusso se l'oggetto della libertà proclamata dall'art. 41 Cost. concernesse solo l'attività di impresa o se, viceversa, essa offrisse copertura costituzionale ad ogni atto con il quale un soggetto sceglie il fine economico da perseguire e l'attività con cui organizza i mezzi per raggiungerlo, sino a ricomprendervi, così, non solo l'esercizio delle libere professioni ma addirittura le prestazioni di lavoro subordinato o la scelta di formare organizzazioni sindacali o di aderire a quelle esistenti¹. Tale dibattito, però, è stato superato sia dalla prevalente dottrina², che dalla stessa giurisprudenza costituzionale, nel senso di ritenere che l'art. 41 non concerne la sola attività di impresa, poiché quest'ultima deve essere considerata solo *una* delle possibili forme di esercizio dell'attività economica ma non l'unica; ciò nondimeno, non può essere ricondotta a tale disposizione costituzionale qualsiasi scelta dell'individuo in ordine al fine economico da perseguire e ai mezzi con i quali farlo, ancorché l'art. 41 sia senz'altro suscettibile di essere interpretato estensivamente fino a ricomprendere anche forme di lavoro occasionale e di lavoro autonomo e, in alcuni casi, anche le professioni intellettuali³.

Altra questione dibattuta in relazione alla identificazione dell'oggetto (o degli oggetti) della norma costituzionale in questione è stata quella se essa abbia inteso distinguere tra l'*iniziativa* economica in quanto tale, quale atto propulsivo dell'attività economica da ritenere sottratto a qualunque limite ai sensi del primo comma dell'art. 41, e l'*attività* economica stessa, intesa nel suo svolgimento, la quale, invece, sarebbe assoggettata ai limiti di cui al secondo e al terzo comma della disposizione *de qua*.

¹ Cfr., per tutti, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET Giuridica, 2006, 851-852.

² Cfr., ad es., A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, CEDAM, 1992, 469.

³ Così Corte cost., sentt. nn. 13/1961, 17/1976, 59/1976.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha sgomberato il campo dai dubbi prospettati, ritenendo che l'art. 41 Cost. abbia sostanzialmente un oggetto unitario, con la conseguenza che tanto la garanzia posta al primo comma, quanto i limiti individuati al secondo e al terzo comma, debbono parimenti ritenersi applicabili tanto all'iniziativa quanto all'attività economica in senso proprio⁴.

Tanto premesso, occorre guardare ai limiti e alle garanzie prefigurati in via generale dalla previsione costituzionale in esame.

Quanto ai primi, il secondo comma dell'art. 41 Cost. impone espressamente che la libertà in parola non possa essere esercitata «*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*», mentre il terzo comma della medesima disposizione – che tuttavia non rileva specificamente ai fini delle presenti riflessioni – affida alla legge il compito di determinare «*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

È particolarmente opportuno porre l'accento su due dei limiti enunciati dal secondo comma dell'art. 41 Cost.: l'*utilità sociale* e la *sicurezza*, entrambi di centrale importanza in relazione al contesto che ha dato vita alla normativa emergenziale adottata a seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19.

Quello costituito dalla "*sicurezza*" è un limite che ricorre spesso in tema di diritti fondamentali e che, com'è noto, sottende una nozione più ampia della semplice incolumità pubblica, fino a ricomprendere "l'ordinato vivere civile". Ciò che merita maggiormente sottolineare in questa sede è che, comunque, tale limite – per come solitamente viene inteso – assorbe in sé quello dell'incolumità pubblica e, dunque, deve ritenersi senz'altro preordinato, in prima battuta e ormai pacificamente, alla tutela della vita e dell'integrità fisica di un numero indeterminato di persone.

Ben più problematica nelle riflessioni della dottrina si è rivelata l'individuazione del corretto significato da attribuire al limite dell'*"utilità sociale"*, in ragione, evidentemente, del carattere indeterminato ed elastico – addirittura "inconoscibile", secondo la nota espressione polemica di Luigi Einaudi – della formula prescelta dai Padri Costituenti; tali riflessioni, nelle tesi più condivisibili e più accreditate, sono sfociate nella consapevolezza dell'impossibilità di cristallizzare, una volta e per tutte, la nozione di utilità sociale, la quale, pertanto, è stata dipinta alla stregua di un "principio-valvola" in grado di consentire l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali, ma anche come "concetto di valore" legato alla giustizia sociale e, come tale, rivolto alla realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost⁵. D'altra parte, come è stato correttamente rilevato, nella variegata giurisprudenza costituzionale in merito è possibile scorgere una logica comune al fondo delle diverse decisioni, corrispondente al principio secondo cui «*sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e so-*

⁴ In tal senso la giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 35/1960. *Contra*, si veda, ad es., A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 592 ss.

⁵ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, CEDAM, 1983, 117 ss.

prattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione»⁶ (quali, ad es., la salute, l'ambiente, il diritto al lavoro, etc.), la cui tutela, pertanto, imponga, nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima⁷.

In definitiva, *sicurezza, utilità sociale e bilanciamento* con altri diritti/beni costituzionalmente protetti sono i tre limiti potenziali della libertà di iniziativa economica che, ai fini di quanto si dirà in seguito, occorre tenere in particolare considerazione.

Quanto alle garanzie che la Costituzione appresta a presidio della libertà di iniziativa economica, va osservato, innanzitutto, che alcune di esse non sono altro che l'"altra faccia della medaglia" dei limiti appena richiamati, giacché è solo in nome degli specifici limiti enucleati al secondo e al terzo comma dell'art. 41 Cost. – e del relativo bilanciamento con altri beni e interessi costituzionalmente rilevanti – che tale libertà può subire una compressione.

Ma c'è di più. La giurisprudenza costituzionale, sin da epoca risalente, ha ritenuto che al secondo comma dell'art. 41 Cost. sia rinvenibile una riserva di legge implicita: *«Ciò tanto più ha da valere allorquando venga in questione una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella Carta fondamentale in sistema unitario, per quanto distribuita in più articoli, come è appunto il caso per la regola della riserva di legge nel campo delle private libertà nella materia economica, comprensive della libertà di iniziativa e di quella di disporre e godere della proprietà. Tali libertà sono infatti disciplinate negli artt. 41-44 della Costituzione secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante»⁸.*

Dunque, la libertà di iniziativa economica privata – anche a voler trascurare le evidenti intersezioni con la riserva di legge in tema di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali di cui all'art. 23 Cost., nonché con il principio di legalità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost. – è presidiata, in via generale, da una riserva di legge implicita, la quale, peraltro, si atteggia a riserva relativa, dal momento che la Corte, come si è visto, ha espressamente riconosciuto che essa sia suscettibile di subire una certa "modulazione".

Una riserva di legge espressa e rinforzata per contenuto, invece, è prevista al terzo comma dell'art. 41, laddove viene attribuito alla legge il compito di determinare *«i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»*.

3. I fondamenti legittimanti della normativa "emergenziale" adottata per fronteggiare la diffusione del Covid-19.

⁶ Così, ancora, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 138.

⁷ Cfr. R. NIRO, *Art. 41*, cit., 855. Nello stesso senso, cfr. anche L. CASSETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino, 2018, 268.

⁸ Così la sent. n. 40/1964, par. 2 del *Cons. in dir.*

Prima di rivolgere uno sguardo d'insieme sulla normativa "emergenziale" adottata per contrastare la diffusione del Covid-19, è bene precisare che in questa sede, a fronte di decine di atti normativi che hanno affastellato il quadro delle fonti nel corso degli ultimi mesi, ci si limiterà a prendere in esame esclusivamente quelli di matrice governativa e, tra di essi, solo i più rilevanti in relazione alla loro specifica incidenza sulla libertà di iniziativa economica privata.

Tanto doverosamente premesso, è necessario mettere a fuoco, in via logicamente preliminare, in che modo e su quali fondamenti legittimanti è stata costruita la disciplina normativa dell'"emergenza" ai tempi del Covid-19.

Al riguardo, occorre innanzitutto muovere dalla consapevolezza che il fondamento legittimante delle c.d. "fonti *extra ordinem*", ossia della normazione sub-primaria derogatoria di norme primarie, lungi dal richiedere l'evocazione di presunti "stati d'eccezione", della "guerra" o della "necessità" come fonte del diritto, può e deve essere rinvenuto *in primis* nella Carta costituzionale: come ha osservato la dottrina più acuta⁹, infatti, ancorché tale fondamento non risulti esplicitamente individuato, esso può trovare sicuro riferimento nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, la cui positivizzazione può essere ricondotta alla previsione esplicita dell'indivisibilità (art. 5 Cost.) e dell'unità (art. 87 Cost.) della Repubblica, nonché alla norma implicita concernente l'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali altrettanti limiti alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139 Cost.)¹⁰.

Ciò nondimeno, in assenza di una specifica disciplina costituzionale delle competenze e dei procedimenti per la concreta attuazione di tali interessi conservativi dell'ordinamento, è da condividere la tesi della richiamata dottrina che ritiene indispensabile l'intervento di una fonte primaria "intermediaria" per la compiuta legittimazione delle fonti *extra ordinem*¹¹, ancorché ad essa non possa ritenersi consentito conferire a queste ultime la medesima forza della legge, ma solo il potere di introdurre deroghe temporanee all'ordine legislativo. Tale fonte primaria "intermediaria" può consistere, certamente, nel decreto-legge di cui all'art. 77 Cost., ma può coincidere anche con fonti differenti, purché – lo si ribadisce – di rango primario.

Ciò, per l'appunto, è quanto accaduto per la normativa "emergenziale" adottata per fronteggiare la pandemia da Covid-19.

Ed infatti nel nostro ordinamento la "catena" normativa dell'emergenza ha avuto inizio con la dichiarazione dello stato di emergenza «*di rilievo nazionale*» contenuta nella delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, dalla quale si ricavava in termini espliciti che

⁹ Cfr., da ultimo, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 113.

¹⁰ Analogamente, si veda la condivisibile distinzione tra le nozioni di "crisi costituzionale" e di "emergenza" argomentata da P. PINNA, *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, 482 ss.

¹¹ Così, ancora, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 114. Cfr., altresì, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osserv. Cost. AIC*, n. 3/2020, spec. 148 ss. *Contra*, A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, 400.

la fonte di rango primario individuata quale fondamento delle misure *extra ordinem* da adottare durante l'emergenza era il d.lgs. n. 1/2018, ossia il Codice della protezione civile, con specifico riferimento agli articoli 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1, «*ai sensi e per gli effetti*» dei quali lo stato di emergenza veniva espressamente dichiarato. Quanto specificamente al potere di ordinanza, la dichiarazione del 31 gennaio 2020 non era particolarmente puntuale: essa si limitava, infatti, a contemplare i soli interventi prefigurati dalle lettere a) e b) del comma 2 dell'art. 25 del Codice, affidando il potere al Capo del Dipartimento della protezione civile e assoggettandolo espressamente al solo limite del «*rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*» (oltre al limite delle risorse messe a disposizione). È pur vero, peraltro, che la formale dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale rendeva di per sé pienamente operative tutte le attribuzioni riconosciute al Presidente del Consiglio dei ministri dall'art. 5 del Codice, nonché la specifica previsione dei poteri di ordinanza di cui all'art. 25, comma 1, del medesimo: «*Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate*».

In realtà, forse proprio perché la dichiarazione dello stato di emergenza non indicava alcun limite ulteriore rispetto alle previsioni del Codice della protezione civile, ma anche, soprattutto, per l'acclarata necessità di disporre limitazioni alle libertà costituzionali, il Governo ha ritenuto che tutti i decreti che sarebbero stati poi progressivamente adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri quale «*autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia*» (art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 1/2018) e destinati a disporre le misure *extra ordinem* dovessero avere un ulteriore e speciale fondamento legittimante, consistente in quella che avrebbe assunto i connotati di una vera e propria “catena” di decreti legge, tutti intitolati all'adozione di «*misure urgenti*» per *contenere, gestire o fronteggiare «l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*.

Di qui il primo anello della “catena”, ovvero il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il quale – all'art. 3, commi 1 e 2, e, curiosamente (!), senza fare alcun riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio – ha espressamente affidato a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché (nelle more dell'adozione di questi, nei casi di estrema necessità ed urgenza) al Ministro della salute, ai Presidenti di Regione e ai Sindaci¹², il potere/dovere di adottare «*ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*» (art. 1, comma 1), stabilendo una elen-

¹² Come ricavabile dai testuali riferimenti all'art. 32 della legge n. 833/1978, all'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000.

cazione meramente “esemplificativa” di misure possibili (art. 1, comma 2)¹³ e prevedendo comunque una clausola generale e residuale legittimante l'adozione anche di «*ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*» (art. 2).

Successivamente, a distanza di poco più di un mese, è intervenuto il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che ha provveduto a correggere alcune delle più evidenti anomalie del d.l. n. 6, disponendone la pressoché totale abrogazione ma, al tempo stesso, facendo espressamente salvi «*gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto 23 febbraio 2020, n. 6, (...) ovvero ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*» e stabilendo, altresì, la perdurante applicazione «*nei termini originariamente previsti [del]le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020, (...) come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto*». In particolare, per quanto di più immediato rilievo in questa sede, tra le “correzioni di rotta” più significative rispetto all'impostazione del decreto precedente, oltre all'esplicito riferimento allo stato di emergenza dichiarato con la delibera del 31 gennaio e ai suoi limiti temporali¹⁴, si segnalano: a) la più puntuale individuazione delle *rationes* e dei limiti generali del potere emergenziale speciale attribuito ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri¹⁵; b) l'elencazione “chiusa” e tassativa delle tipologie di misure limitative dei diritti e delle libertà costituzionali concretamente adottabili, con l'esplicito condizionamento ai «*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*»¹⁶; c) l'esplicita e puntuale limitazione dei poteri di ordinanza dei Presidenti

¹³ Tra queste, per quanto qui di più prossimo interesse, meritano di essere richiamate almeno le seguenti: la «*chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità*» (lett. j); la «*chiusura o limitazione dell'attività (...) degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati*» (lett. k); la «*previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente*» (lett. l); la «*sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare*» (lett. n).

¹⁴ Ancorché tale riferimento sia contenuto solo nel testo dell'art. 1, comma 1, e non nel preambolo recante le motivazioni e i presupposti del decreto.

¹⁵ Secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, le misure adottabili dovevano essere finalizzate a «*contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19*», potevano essere disposte «*solo per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni*», essendo però «*reiterabili e modificabili anche più volte*» fino alla data ultima dello stato di emergenza (31 luglio 2020), con l'esplicita «*possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus*».

¹⁶ Nel lungo e variegato elenco previsto dal comma 2 dell'art. 1 (nel testo originario del decreto, dunque al netto degli emendamenti additivi introdotti dalla legge di conversione 22 maggio 2020, n. 35), in relazione alla libertà di iniziativa economica privata, si segnalano almeno: la «*limitazione o sospensione delle attività commerciali di vendita al dettaglio, a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità da espletare con modalità idonee ad evitare assembramenti di persone, con obbligo a carico del gestore di predisporre le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio*» (lett. u); la «*limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti*» (lett. v); la «*limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche ove*

delle Regioni e dei Sindaci¹⁷: i primi, abilitati a introdurre «*misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti*» solo «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (...) e con efficacia limitata fino a tale momento*», solo «*in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*», esclusivamente «*nell'ambito della attività di loro competenza*» e, soprattutto, «*senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*»; i secondi, addirittura, destinatari di un divieto assoluto, a pena di inefficacia, di adottare «*ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali, né eccedendo i limiti di oggetto*» stabiliti per le Regioni.

Da ultimo, a conclusione – per il momento – della “catena” legittimante delle misure emergenziali, è intervenuto il d.l. 16 maggio 2020, n. 33, il quale, nel disporre la progressiva cessazione degli effetti delle limitazioni delle libertà costituzionali adottate nella fase più acuta dell'emergenza e la graduale ripresa delle ordinarie attività, con specifico riferimento alle «*attività economiche, produttive e sociali*», al comma 14 dell'art. 1, ha espressamente stabilito che esse «*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. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16*»¹⁸; con la precisazione, al successivo comma 15, che «*il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assen-*

comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale» (lett. z); la «*limitazione allo svolgimento di fiere e mercati, a eccezione di quelli necessari per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità*» (lett. aa); la «*eventuale previsione di esclusioni dalle limitazioni alle attività economiche di cui al presente comma, con verifica caso per caso affidata a autorità pubbliche specificamente individuate*» (lett. hh). Per contro, al successivo comma 3, si stabiliva altresì – in termini espressi e in via generale – la possibilità, per tutta la durata dell'emergenza, di “imporre” «*lo svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità, con provvedimento del prefetto assunto dopo avere sentito, senza formalità, le parti sociali interessate*».

¹⁷ Cfr. l'art. 3, evidentemente rivolto ad assicurare la necessaria unitarietà/uniformità a livello nazionale dell'azione di governo dell'emergenza.

¹⁸ Tale ultimo riferimento al comma 16, in effetti, segnala la reintroduzione di un ulteriore e limitato potere derogatorio in capo alle Regioni rispetto alle misure adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020, mediante la previsione che «*In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020 e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2*».

za, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

4. Le principali misure di limitazione della libertà di iniziativa economica privata adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Così ricostruito nelle sue coordinate essenziali il quadro delle fonti che hanno legittimato l'esercizio dei poteri di emergenza nel caso di specie, è ora possibile soffermarsi sulle principali misure di limitazione della libertà di iniziativa economica privata concretamente adottate, a valere sul tutto il territorio nazionale, nel periodo preso in considerazione, tenendo sempre bene a mente che i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che si sono progressivamente succeduti per fronteggiare l'emergenza, in quanto fonti *extra ordinem* secondarie, debbono necessariamente essere letti alla luce del fondamentale principio per cui «*se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata*»¹⁹.

In questa logica, i d.P.C.M. che vengono in specifico rilievo in questa sede possono essere distinti, per comodità espositiva, sulla base delle tre "fasi" rispettivamente fondate sui tre decreti legge sopra richiamati, ancorché, come si è visto, tali decreti legge si configurino sostanzialmente quali altrettanti anelli di una "catena" unitaria, come tali rivolti a dare fondamento anche a misure emergenziali adottate in periodi temporali precedenti o successivi all'emanazione di ciascuno di essi. Nella prima fase, fondata sul d.l. n. 6/2020, vengono in rilievo i d.P.C.M. 11 marzo e 22 marzo 2020, nonché, a modifica e integrazione di quest'ultimo, il d.m. 25 marzo 2020 emanato dal Ministro dello sviluppo economico; nella seconda fase, fondata sul d.l. n. 19/2020, i d.P.C.M. 1° aprile, 10 aprile e 26 aprile 2020, nonché, a modifica e integrazione di quest'ultimo, il d.m. 4 maggio 2020 emanato dal Ministro dello sviluppo economico; nella terza fase, fondata sul d.l. n. 33/2020, i d.P.C.M. 17 maggio e 11 giugno 2020.

Tutti i d.P.C.M. menzionati hanno disposto pesantissime e inedite limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata, mediante la sospensione ovvero l'imposizione di condizioni di esercizio per tipologie di attività, con contestuale indicazione di attività escluse dalle sospensioni o di attività assoggettate a regimi speciali.

I due d.P.C.M. della prima fase, comunque successivamente fatti salvi dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19/2020, hanno inteso dare attuazione alle previsioni generali e "aperte" degli artt. 1 e 2 del d.l. n. 6/2020. Il primo (11 marzo) si è rivolto essenzialmente alle «*attività commerciali al dettaglio*», alle «*attività dei servizi di ristorazione*» e alle «*attività inerenti i servizi alla persona*», disponendone in via generale la "sospensione" ma prevedendo, al

¹⁹ Sul punto, su cui si tornerà al termine di queste riflessioni, cfr. ancora M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 125.

tempo stesso, un'articolata serie di eccezioni ed esclusioni – comunque sottoposte a specifiche condizioni di esercizio atte a garantire gli utenti dal rischio sanitario – individuate mediante elencazioni di natura tipologica (facenti capo, ad esempio, al concetto di «attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità») e con la clausola di chiusura secondo la quale «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». Il secondo d.P.C.M. (22 marzo), invece, si è rivolto a tutte le «attività produttive industriali e commerciali», anche in questo caso disponendone in via generale la “sospensione”, ad eccezione di quelle tipologicamente individuate nell'allegato 1 mediante lo strumento dei codici ATECO (utilizzati anche a 6 cifre, per esprimere maggiore analiticità nell'individuazione delle attività consentite), con l'esplicita attribuzione al Ministro dello sviluppo economico, senza alcun criterio sostanziale e con il solo vincolo di acquisire il parere del Ministro dell'economia e delle finanze, del potere di modificare tale allegato con proprio decreto²⁰. A tale generale sospensione con eccezioni tassativamente “codicizzate”, però, si è accompagnata anche un'articolata congerie di ipotesi variamente derogatorie, sostanzialmente finalizzate a rendere meno rigido il meccanismo, limitando il più possibile gli effetti sospensivi: sono state consentite, infatti, «le attività produttive [che] possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile»; «le attività che erogano servizi di pubblica utilità, nonché servizi essenziali di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146» «le attività (...) funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività di cui all'allegato 1, nonché dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali [di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146]», con obbligo di comunicazione al Prefetto e potere di quest'ultimo di verificare la sussistenza delle predette condizioni e, in caso di esito negativo, sospendere l'attività; «l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medicochirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari» e, in ogni caso, «ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza»; «le attività degli impianti a ciclo produttivo continuo (...) dalla cui interruzione derivi un grave pregiudizio all'impianto stesso o un pericolo di incidenti», con il già richiamato meccanismo di verifica di tali condizioni in capo al Prefetto; infine, «le attività dell'industria dell'aerospazio e della difesa, nonché le altre attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale», ma questa volta «previa autorizzazione del Prefetto». In ogni caso, a tutte le imprese escluse dalla sospensione il d.P.C.M. 22 marzo ha espressamente imposto l'obbligo di rispettare le condizioni di esercizio dell'attività stabilite nel «protocollo condiviso di regola-

²⁰ Tale potere è stato in effetti esercitato con il d.m. 25 marzo 2020, che ha sostituito l'intero allegato 1 del d.P.C.M. 22 marzo, con efficacia a decorrere dal 26 marzo. Tale sostituzione, a ben vedere, ha comportato l'introduzione di 7 nuove categorie tra le attività escluse dalla sospensione, nonché la soppressione – determinando, pertanto, a contrario, l'effetto sospensivo – di 5 categorie prima contemplate nel testo originario del d.P.C.M., oltre ad alcune ulteriori precisazioni a scopo “delimitativo” introdotte in nota. Quanto al criterio che dovrebbe aver guidato l'esercizio del potere, se ne ha una esplicitazione, meramente anodina, nella seguente considerazione riportata in premessa: «Considerata la necessità di aggiornare l'elenco dei codici ATECO in modo da consentire, da un lato, la maggior integrazione delle filiere già interessate dall'allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 22 marzo 2020 e, dall'altro lato, la sospensione delle attività non ritenute essenziali».

mentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali».

I tre d.P.C.M. della seconda fase hanno seguito la medesima impostazione sostanziale dei due appena illustrati. Quello del 1° aprile si è limitato a disporre la proroga fino al 13 aprile delle misure già efficaci alla data del 3 aprile; gli altri due hanno replicato, all'interno di un impianto unitario reperibile agli articoli 1 e 2, il sistema di misure introdotte l'11 marzo e il 22 marzo per le attività commerciali e industriali, il primo con modifiche del tutto minimali²¹, il secondo con modifiche più significative in senso riduttivo delle sospensioni e, dunque, orientate alla progressiva riapertura di alcune attività²², ancorché nel rispetto di sempre più puntuali condizioni di esercizio di natura igienico-sanitaria²³. Anche in questa fase è stata confermata la scelta di attribuire al Ministro dello sviluppo economico, senza alcun criterio sostanziale e con il solo onere del parere del Ministro dell'economia e delle finanze, il potere di modificare gli allegati contenenti l'individuazione delle attività consentite, addirittura estendendolo, con il d.P.C.M. 26 aprile, anche agli elenchi delle attività di commercio al dettaglio e inerenti ai servizi alla persona²⁴.

Quanto, infine, ai due d.P.C.M. della terza fase, in ragione del comune fondamento nel d.l. n. 33/2020, in essi sono fisiologicamente scomparse le misure di sospensione delle

²¹ Si vedano, ad esempio, le sole tre aggiunte, rispetto al d.P.C.M. 11 marzo, introdotte nell'Allegato 1 tra le categorie delle attività di commercio al dettaglio escluse dalla sospensione («*commercio di carta, cartone e articoli di cartoleria*»; «*commercio al dettaglio di libri*»; «*commercio al dettaglio di vestiti per bambini e neonati*»); analogamente, si vedano le sole cinque aggiunte, rispetto al d.P.C.M. 22 marzo (come modificato dal d.m. 25 marzo), introdotte nell'Allegato 3 tra le categorie di attività produttive industriali e commerciali escluse dalla sospensione e individuate con i codici ATECO 16 («*Industria del legno e dei prodotti in legno e sughero (esclusi i mobili)*»; *fabbricazione di articoli in paglia e materiali da intreccio*»), 25.73.1 («*Fabbricazione di utensileria ad azionamento manuale; parti intercambiabili per macchine utensili*»), 46.49.1 («*Commercio all'ingrosso di carta, cartone e articoli di cartoleria*»), 46.75.01 («*Commercio all'ingrosso di fertilizzanti e di altri prodotti chimici per l'agricoltura*») e 99 («*Organizzazioni e organismi extraterritoriali*»).

²² Solo per limitarsi alle attività produttive industriali e commerciali, si veda la sostanziale "riscrittura" dell'elenco delle esclusioni contenuto nell'Allegato 3, nel quale, oltre a comparire numerosi nuovi codici ATECO, risultano utilizzati ormai quasi esclusivamente codici a due cifre.

²³ Sul punto, è estremamente significativa la previsione generale del comma 6 dell'art. 2, ai sensi del quale «*Le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 6, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 7, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8. La mancata attuazione dei protocolli che non assicurano adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza*».

²⁴ Cfr., al riguardo, l'art. 1, comma 1, lett. jj), e l'art. 2, comma 1, del d.P.C.M. 26 aprile 2020. Anche in questo caso tale potere è stato concretamente esercitato con il d.m. 4 maggio 2020, che ha integrato l'allegato 1 al predetto d.P.C.M. con le voci «*Commercio al dettaglio di natanti e accessori*» e «*Commercio al dettaglio di biciclette e accessori*», l'allegato 2 con la voce «*Servizi di tolettatura degli animali da compagnia*» e l'allegato 3 con i codici ATECO 77.12 («*Noleggio di autocarri e di altri veicoli pesanti*»), 77.3 («*Noleggio di altre macchine, attrezzature e beni materiali*») e 90.03.02 («*Attività di conservazione e restauro di opere d'arte*»). Come nel caso precedente, il criterio di esercizio del potere dichiarato dal Ministro nel preambolo del decreto appare quanto mai insoddisfacente e, addirittura, tautologico: «*Considerata la necessità di modificare gli allegati 1, 2 e 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020 al fine di anticipare la ripresa di alcune attività commerciali e produttive*».

attività economiche, residuando esclusivamente l'imposizione di condizioni di esercizio di natura igienico-sanitaria. Infatti, l'art. 2, comma 1, di entrambi i d.P.C.M. si è limitato ad estendere a tutte le «attività produttive industriali e commerciali» l'applicazione obbligatoria dei protocolli stipulati a livello nazionale di cui erano già destinatarie le imprese escluse dalla sospensione²⁵, mentre condizioni del tutto analoghe, ancorché con limiti espliciti più puntuali e sulla base di protocolli o linee guida adottati dalle Regioni o dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome²⁶, sono state previste dall'art. 1 con specifico riferimento alle «attività commerciali al dettaglio», alle «attività dei servizi di ristorazione», alle «attività inerenti ai servizi alla persona», alle «attività degli stabilimenti balneari» e alle «attività delle strutture ricettive»²⁷.

5. Per una prima valutazione delle discipline dell'“emergenza” alla luce dell'art. 41 Cost.

A questo punto, dovrebbe essere senz'altro possibile provare a offrire gli elementi essenziali per una prima valutazione della lunga catena normativa dell'“emergenza” generata dalla diffusione del Covid-19, in relazione alla sua conformità/difficoltà rispetto alle garanzie poste dalla Costituzione a presidio della libertà qui presa in esame.

Al riguardo, ci si deve in primo luogo domandare se tale libertà sia stata compressa in nome degli specifici limiti prefigurati dalla Costituzione in riferimento ad essa, con particolare riferimento alla “sicurezza” e alla “utilità sociale”, come sopra descritti.

In una situazione di manifesta gravità e imprevedibilità, soprattutto in ordine ai suoi sviluppi, quale è stata – e, seppure in tono minore, continua a essere – la pandemia da Covid-19, sembra francamente impossibile negare che nel caso di specie sussistesse senza ombra di dubbio l'esigenza di comprimere alcune libertà fondamentali, quali quella di circolazione, quella di riunione (anche in luoghi privati) o, ai fini che qui più strettamente interessano, quella di iniziativa economica privata, in vista, innanzitutto, della tutela della salute e dell'incolumità pubblica. Ciò significa che tanto gli atti di rango primario, quali i decreti legge, quanto le fonti *extra ordinem* di rango secondario, quali i dd.P.C.M. che, in attuazione dei primi, si sono susseguiti e sovrapposti nel corso della fase più acuta dell'emergenza, laddove hanno compresso la libertà di cui all'art. 41 Cost., lo hanno fatto senz'altro a tutela di beni e finalità che la stessa Costituzione individua espressamente quali possibili cause di limitazione di tale libertà.

In particolare, la normativa “emergenziale”, nella misura in cui è intervenuta sulle attività riconducibili all'iniziativa economica privata, disponendone la sospensione o limitandone

²⁵ Cfr., *supra*, nt. 23.

²⁶ Si vedano, al riguardo, le *Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome* del 16 maggio e dell'11 giugno 2020, reperibili, rispettivamente, nell'allegato 17 del d.P.C.M. 17 maggio e nell'allegato 9 del d.P.C.M. 11 giugno.

²⁷ Si vedano, in particolare, le previsioni contenute rispettivamente nelle lettere *dd*), *ee*), *gg*), *mm*) e *nn*).

le modalità di esercizio, progressivamente modificando tali restrizioni in ragione dell'andamento della diffusione del virus, ha implicato senza dubbio operazioni di bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica, da un lato, e, principalmente, la tutela della salute e dell'incolumità pubblica, dall'altro²⁸. Da questo primo punto di vista, dunque, pare assai difficile ipotizzare che le misure prefigurate dai decreti legge e concretamente imposte dai dd.P.C.M. non abbiano trovato adeguata copertura costituzionale nella tavola dei valori e degli interessi che lo stesso art. 41 ammette espressamente quali cause di possibile limitazione della libertà ivi garantita, ancorché ciò non valga evidentemente a escludere che una eventuale applicazione ad esse del test di bilanciamento in sede giurisdizionale e, dunque, la verifica della loro effettiva *necessità, idoneità e proporzionalità* rispetto ai sacrifici imposti in concreto alla libertà di iniziativa economica – anche per quanto si avrà modo di osservare subito appresso – debba necessariamente avere un esito scontato in senso positivo.

Assai più problematica, invece, è la questione concernente il rispetto, da parte della normativa dell'“emergenza”, della riserva di legge implicita, ancorché relativa, di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost.

Non che siano mancate, come si è visto, molteplici norme di rango legislativo, ordinarie e straordinarie, potenzialmente in grado di dare copertura formale ai poteri del Presidente del Consiglio dei ministri di imporre le limitazioni alla libertà di iniziativa economica qui esaminate. Tuttavia, anche a voler trascurare le perplessità che potrebbe suscitare il fenomeno dell'*autodelega* da parte del Governo tramite lo strumento del decreto legge, davvero troppi risultano i profili di criticità che hanno contrassegnato la catena normativa dell'emergenza in ordine al necessario rispetto dei requisiti minimi della riserva relativa di legge e del principio di legalità in senso non meramente formale che dovrebbe costituire il fondamento di validità delle misure concretamente adottate²⁹.

²⁸ Numerosi e assolutamente univoci, infatti, sono stati i riferimenti alla necessità di fronteggiare e contenere i rischi sanitari derivanti dalla diffusione dell'epidemia: oltre ovviamente alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio, espressamente riferita al «*rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*», si vedano, ad es., l'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6/2020, che imponeva l'adozione di «*ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*», nonché l'analogo art. 1, comma 1, del d.l. n. 19/2020, che finalizzava le misure adottabili a «*contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19*», con l'esplicita «*possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus*». Si vedano, altresì, l'art. 1, comma 2, del medesimo d.l. n. 19/2020, che vincolava le misure «*ai principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*», e il successivo art. 2, comma 1, il quale stabiliva che «*per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità*», le misure di contenimento avrebbero dovuto essere adottate «*sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*». Da ultimo, si veda l'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, che ha vincolato lo svolgimento di tutte le attività economiche, produttive e sociali al rispetto dei contenuti dei «*protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi*».

²⁹ Sul punto, si veda il punto di vista critico di M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in Osserv. Cost. AIC, n. 3/2020, 188-189, il quale osserva che «*il fatto che il Governo sostanzialmente si “deleghi” dei poteri normativi, con successiva sanatoria/conversione del Parlamento, potrebbe essere (...) giustificato dalla straordinaria situazione di necessità ed urgenza. Ciò che invece non può essere giustificato nemmeno dall'odierna situazione è che quella “delega” sia sostanzialmente “in bianco”, che lasci margini eccessivi di discrezionalità in capo al destinatario della delega*». Analogamente, cfr. anche G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.it, 5.

In questa sede non è possibile soffermarsi sulle evidenti problematiche che, da questo punto di vista, suscita il sistema del “rinvio nudo” (ossia senza alcun limite o criterio) operato dal legislatore ai protocolli di sicurezza anti-contagio, da adottarsi a livello regionale o nazionale, per la determinazione delle condizioni di esercizio delle attività economiche consentite³⁰. Le osservazioni che seguono focalizzano l’attenzione solo sulle più radicali misure concernenti la sospensione delle attività.

È opinione ormai pacificamente condivisa, innanzi tutto, che il d.l. n. 6/2020, con la mera indicazione “esemplificativa” delle misure adottabili nell’art. 1, comma 2, e la clausola residuale aperta nell’art. 2, costituisca una base normativa di per sé troppo vaga e indeterminata, come tale del tutto inadeguata a delimitare correttamente il potere d’emergenza affidato al Presidente del Consiglio dei ministri. Ciò che più conta, però, ai fini che qui specificamente interessano, è che quella indeterminatezza della disciplina legislativa ha finito per tradursi nell’assoluta assenza di qualunque criterio orientativo, per il titolare del potere, ai fini della selezione delle attività commerciali e produttive da sospendere o da consentire (con le opportune limitazioni), ossia per l’esercizio in concreto di quello che, in molti casi, sarebbe risultato un vero e proprio *ius vitae ac necis* per la singola attività economica.

I criteri di selezione, come si è visto, sono comparsi solo in via postuma, mediante l’elencazione formalmente tassativa delle misure adottabili contenuta nel d.l. n. 19/2020, accompagnata altresì dalla contestuale sanatoria, con efficacia al tempo stesso retroattiva e ultrattiva, delle misure già adottate con i dd.P.C.M. anteriori al 25 marzo. È solo nel d.l. n. 19, infatti, che hanno assunto rilevanza “decisiva” tanto l’indicazione delle tipologie di attività economiche sospendibili, quanto soprattutto l’indicazione dei criteri per individuare le possibili esclusioni dal regime di sospensione, con l’esplicita menzione – tra le attività commerciali di vendita al dettaglio – «*di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità*» e – tra le altre attività d’impresa – «*dei servizi di pubblica necessità*», nell’ambito della cornice generale imposta dai «*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*»³¹.

Ciò, tuttavia, non consente di poter ritenere superati tutti i problemi connessi con il necessario rispetto della riserva relativa di legge. Infatti, anche a prescindere dalle delicate questioni interpretative – soprattutto di diritto “intertemporale” – che scaturiscono dagli emendamenti introdotti in sede di conversione dalla legge 22 maggio 2020, n. 35³², per ritenere soddisfatta tale garanzia costituzionale, occorre evidentemente che le clausole utilizza-

³⁰ Si vedano, al riguardo, i richiamati commi 14 e 15 dell’art. 1 del d.l. n. 33/2020, ma anche quanto già prefigurato «*per i servizi di pubblica necessità*» nell’art. 1, comma 2, lett. *gg*), del d.l. n. 19/2020.

³¹ Cfr., *supra*, nt. 16.

³² Si pensi, ad esempio, alle attività commerciali di vendita «*all’ingrosso*», che solo nella legge di conversione si aggiungono a quelle di vendita «*al dettaglio*» come suscettibili di essere “limitate” o “sospese” (art. 1, comma 2, lett. *u*); oppure si pensi all’espresa previsione, anch’essa aggiunta solo nella legge di conversione, della possibilità di escludere dalle “limitazioni” o “sospensioni” le «*mense*», il «*catering continuativo su base contrattuale*» e la «*ristorazione con consegna a domicilio ovvero con asporto*» (art. 1, comma 2, lett. *v*); oppure, ancora, si pensi all’aggiunta della possibilità di «*sospensione*» delle fiere e dei mercati, che non compariva nel testo originario del decreto (art. 1, comma 2, lett. *aa*).

te dal legislatore primario fossero in grado di “delimitare” sufficientemente la discrezionalità del potere affidato al Presidente del Consiglio dei ministri, rendendo *quodammodo* possibile la verifica di conformità delle misure in concreto adottate ai criteri indicati a livello legislativo, particolarmente nell’ottica del summenzionato principio di inderogabilità della fonte primaria legittimante da parte delle fonti secondarie *extra ordinem*³³.

Orbene, come si è visto, il d.l. n. 19/2020 rimetteva la selezione delle attività economiche (da sospendere o da ammettere alla prosecuzione condizionata) all’utilizzo da parte del Governo di criteri sì esplicitamente indicati, ma evidentemente assai ampi e soprattutto di natura intrinsecamente “valutativa”, tanto sotto il profilo squisitamente “politico-amministrativo”, quanto sotto il profilo “tecnico-scientifico”; in questo senso possono senz’altro essere letti i criteri delle «*attività necessarie per assicurare la reperibilità dei generi (...) di prima necessità*», dei «*servizi di pubblica necessità*», nonché i «*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente*». Di fronte a clausole di questo tenore, sarebbe facile, ma probabilmente troppo semplicistico, considerare insufficientemente “delimitato” il potere governativo e, per ciò solo, violata la garanzia costituzionale della riserva relativa di legge. In una situazione di fatto decisamente straordinaria quale quella che ha caratterizzato i mesi della fase più acuta della pandemia, sembra assai più realistico e più rispondente alla tutela effettiva di tutti i valori costituzionali coinvolti ritenere che fosse davvero “inevitabile”, da parte del legislatore primario, affidare la decisione sulla modulazione in concreto delle misure limitative delle attività economiche da adottare all’applicazione di clausole generali di natura “valutativa” del tipo di quelle indicate.

Una simile interpretazione, per così dire *in bonam partem*, dell’operato del legislatore, tuttavia, non sembra definitivamente appagante e risolutiva ai fini del giudizio circa la conformità complessiva della normativa qui esaminata alla menzionata garanzia costituzionale; laddove, come nel caso di specie, la disciplina “delegante” di rango primario non possa fare a meno di assumere contenuti in qualche modo più “generici” di quanto solitamente si richiederebbe, rimettendosi necessariamente a opzioni “valutative” del potere normativo secondario “delegato”, deve ritenersi che la riserva relativa di legge implichi di per sé, come una sorta di “contrappeso”, un onere motivazionale più rigoroso in capo al Governo ai fini della dimostrazione – nell’*an* e nel *quomodo* – della riconducibilità degli atti di esercizio di quel potere all’interno del perimetro disegnato dal legislatore primario. In questa ottica, per così dire, di “saldatura rafforzata” tra il parametro legislativo e l’operato del Governo, dunque, sembra plausibile sostenere che la stessa riserva di legge posta a presidio della libertà di iniziativa economica imponesse che i criteri applicativi delle clausole generali indicate dal legislatore concretamente utilizzati dal Governo nella individuazione delle misure limitative fossero adeguatamente resi espliciti, al duplice fine di consentire, da un lato, l’emersione chiara delle valutazioni “tecniche” e “politiche” effettuate per procedere alla selezione delle attività economiche (determinandone, in molti casi, la “morte” o la “sopravvivenza”), dall’altro, la verifi-

³³ Cfr., *supra*, nt. 19.

cabilità specifica della conformità di tali valutazioni alle norme legislative che costituivano il fondamento del potere.

È proprio qui, alle soglie di quello che potremmo definire l'*ultimo miglio*, che verosimilmente si apre la vera e propria "falla" – e il possibile *vulnus* sotto il profilo della legittimità costituzionale – di tutta la catena normativa dell'emergenza che si è sommariamente ripercorsa, giacché in nessuno dei famigerati dd.P.C.M. (e neppure nei due menzionati d.m. integrativi e correttivi del Ministro dello sviluppo economico³⁴) che hanno sancito la sospensione o la prosecuzione condizionata delle attività economiche si è avuto cura di fornire una qualunque esplicitazione circa le valutazioni che hanno effettivamente guidato l'opera di discernimento e di selezione di quelle attività. Tali valutazioni, dunque, sono rimaste sostanzialmente imperscrutabili, rendendo così oltremodo ardua la verifica della effettiva rispondenza delle limitazioni alle attività economiche introdotte per contenere e fronteggiare l'epidemia rispetto alle clausole generali "faticosamente" individuate dalle fonti legislative dell'emergenza; e se le misure adottate fino al 25 marzo possono ritenersi *quodammodo* "fatte proprie" *ex post* dal legislatore del d.l. n. 19, come convertito in legge, non altrettanto può dirsi per la progressiva rimodulazione di quelle misure avvenuta con i dd.P.C.M. del 10 e del 26 aprile, nonché con il d.m. (MISE) del 4 maggio, la cui assoluta carenza di motivazione specifica in ordine ai criteri selettivi effettivamente seguiti, oltre a porsi in contrasto con il puntuale onere motivazionale che caratterizza in via generale – per espressa previsione positiva – i poteri di ordinanza *extra ordinem* in materia di protezione civile³⁵, ne ostacola sensibilmente la verifica di conformità ai criteri forniti dal legislatore. Con buona pace – e la sostanziale elusione – della riserva relativa di legge implicitamente imposta dall'art. 41 Cost., ma anche del limite di inderogabilità rispetto alla fonte primaria legittimante cui sopra si è fatto riferimento.

³⁴ Cfr., *supra*, note 20 e 24.

³⁵ In base all'art. 25, comma 1, del d.lgs. n. 1/2018, le ordinanze di protezione civile, «*ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate*». Sul punto, inoltre, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che esse, «*pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce (tra le varie: Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3726)*» (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701).