

# Interrogativi sulla sussistenza di *soft-regulation* e *soft-obligation* nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19\*

Daniela Bolognino\*\* e Elena Provenzani\*\*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La scelta di una *soft-regulation* per il contenimento della diffusione del Covid-19 a tutela dei lavoratori: tra protocolli condivisi e linee guida. – 3. L'intreccio tra fonte primaria e *soft-regulation* e la conseguente *hard-obligation* per la tutela e la sicurezza dei lavoratori. – 4. Processi *top-down* e *bottom-up* nell'adozione delle ordinanze commissariali. Criticità e limiti dei contenuti. – 5. Conclusioni.

## ABSTRACT:

Il contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è stato caratterizzato dall'adozione di una serie di atti di regolamentazione, protocolli, linee guida, ordinanze i cui contenuti, le modalità di adozione, la legittimazione dei soggetti titolari del potere di adozione e, soprattutto, la loro vincolatività richiedono una attenta riflessione. L'articolo analizza sotto il profilo teorico e applicativo: *i)* il sistema di linee guida e protocolli condivisi per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro e in materia di trasporto pubblico; *ii)* le ordinanze del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Si delineano per tali atti i presupposti per la loro produzione, il perimetro di legittimazione e il grado di vincolatività, nonché si riflette sulla tecnica di produzione utilizzata, verificando quale sia l'approccio maggiormente adeguato tra la predisposizione top down o bottom up. Da ultimo si ragiona anche sugli spazi di intervento per le associazioni di categoria in assenza di linee guida ministeriali.

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Avvocato, docente di Diritto regionale e degli enti locali Università degli Studi Roma Tre, Vice Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per la Pubblica amministrazione, dbolognino@libero.it.

\*\*\* Avvocato nel Foro di Roma, elenaprovenzani@emplaw.it.

*The containment of the epidemiological emergency from Covid-19 has been characterized by the adoption of a series of regulatory acts, protocols, guidelines, ordinances in which the content, the mode of adoption, the legitimacy of the holders of the power of the adoption but, above all, their binding nature, require careful consideration. The article analyzes from a theoretical and applicative point of view: i) the system of guidelines and shared protocols for the contrast and containment of the spread of the Covid-19 virus in the workplace and in public transport; ii) the ordinances of the Extraordinary Commissioner for the implementation and coordination of the measures for the containment and contrast of the epidemiological emergency Covid-19. For these acts, the prerequisites for their production, the perimeter of legitimacy and the degree of bindingness are outlined, as well as reflecting on the production technique used, verifying which is the most appropriate approach between top down or bottom up preparation. Finally, there is also a discussion of the scope for trade associations to intervene in the absence of ministerial guidelines.*

## 1. Introduzione

Il dilagare della pandemia da Covid-19 ha comportato per il Governo nazionale l'esigenza di adottare provvedimenti legislativi urgenti per fronteggiare il contesto emergenziale, introducendo misure tutte fondate sul dettato dell'art. 77 della Carta costituzionale.

L'esigenza di sintesi dell'odierna trattazione non consente alcun vaglio sulla ricorrenza delle ragioni giustificative, sul rispetto dei parametri di temporaneità e proporzionalità di tali misure, né, tantomeno, sulla indispensabile salvaguardia dei nuclei essenziali dei diritti fondamentali dell'individuo che avrebbe dovuto accompagnare la normazione emergenziale finora prodotta<sup>1</sup>.

Non è dunque possibile ripercorrere la "catena normativa"<sup>2</sup> che ha governato l'emergenza in atto, né spazi residuano per una disamina puntale della sequela di decreti-leggi, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ordinanze e circolari ministeriali, linee-guida, protocolli, ordinanze di Presidenti di Regione e Sindaci, e finanche le FAQ pubblicate sul sito del Governo che, a vario titolo, intervengono a disciplinare il vivere quotidiano in tempi di emergenza sanitaria.

Ciò che più da vicino ci occuperà in questa sede è l'analisi di taluni limitati interventi, quali alcuni protocolli d'intesa, linee guida e ordinanze del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto all'emergenza epidemiologica Covid-19, per valutarne, sul piano giuridico, il grado di cogenza, coerenza e proporzionalità rispetto alla fonte normativa abilitante e, sul piano fattuale, la effettiva capacità di tali interventi *extra ordinem* a fronteggiare il quadro esigenziale in essere,

<sup>1</sup> G. DE MARTIN, *Democrazia e stato d'emergenza*, in *Amministrazione in cammino*, 2020.

<sup>2</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 6, 2020.

indagando anche su quella “zona grigia” nella quale si muovono, appunto, strumenti teoricamente solo in parte muniti di coercibilità in senso tradizionale<sup>3</sup>.

Sul piano teorico siamo dunque di fronte ad atti multiformi, privi di un carattere predefinito e stabile, da più parti definiti “residuali e disomogenei” evidentemente frutto di una progressiva decentralizzazione del potere, e tutti caratterizzati da flessibilità contenutistica e informalità dell’*iter* di adozione, e che dunque, come tali, li rendono maggiormente idonei a fronteggiare una situazione di crisi pandemica come quella attuale<sup>4</sup>.

In questo articolo si concentra dunque l’attenzione su due versanti (allo stesso tempo teorici e applicativi):

*i)* alcune delle linee guida e dei protocolli condivisi allegati ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che si sono susseguiti in questo periodo emergenziale, in particolare il protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali, il protocollo quadro per la prevenzione e la sicurezza dei dipendenti pubblici sui luoghi di lavoro in ordine all’emergenza sanitaria da Covid-19 del 24 luglio 2020, nonché le linee guida per l’informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19 in materia di trasporto pubblico;

*ii)* le ordinanze del Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19, con particolare riferimento all’asse normativo che ha perimetrato l’azione commissariale.

L’obiettivo è verificare:

*i)* quali effetti giuridici producano nell’ordinamento questi atti di *soft-regulation* e di normazione secondaria, posto che i protocolli adottati in tema di sicurezza dei lavoratori incidono sul regime di responsabilità del datore di lavoro e potrebbero condizionare i profili di tutela dell’INAIL per l’infortunio per infezioni da coronavirus in occasione di lavoro. Parimenti è noto che le ordinanze, se e in quanto atti amministrativi, debbano muoversi nel perimetro dei poteri di intervento conferiti al Commissario, incontrando limiti invalicabili posti a presidio proprio del corretto agire commissariale;

*ii)* la tecnica di produzione delle linee guida, protocolli o ordinanze, per stabilire quale sia stato l’approccio seguito *top-down* o *bottom-up*;

*iii)* posta la legittimazione dei soggetti e organi alla produzione di linee guida, protocolli e ordinanze, si indagherà su quali spazi di intervento abbiano le associazioni di categoria in assenza delle suddette fonti ministeriali e/o istituzionali.

<sup>3</sup> In tali termini, M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>4</sup> Nel vastissimo panorama bibliografico ci si riporta a E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, CEDAM, Milano, 2008; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, Giappichelli, 2018.

## 2. La scelta di una *soft-regulation* per il contenimento della diffusione del Covid-19 a tutela dei lavoratori: tra protocolli condivisi e linee guida

La ripresa delle attività ha avuto la necessità di coniugare la misura cardine che ha caratterizzato tutti gli interventi governativi emergenziali, ossia il “distanziamento sociale”, con la ripresa delle attività economiche anche in presenza, garantendo la sicurezza sui luoghi di lavoro. Attraverso i protocolli che si analizzeranno di seguito, il Governo e le Organizzazioni sindacali hanno inteso definire adeguati livelli di protezione sui luoghi di lavoro per i dipendenti che svolgono la prestazione in presenza.

Si veda innanzitutto il protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali firmato in data 14 marzo 2020 (allegato 12), successivamente integrato (il 24 aprile 2020) e da ultimo confermato anche nel d.P.C.M. del 3 novembre 2020. La scelta della predisposizione di un protocollo di intesa è conseguente alla previsione di cui all’originario art. 1, comma 1, n. 9) dell’originario d.P.C.M. 11 marzo 2020, che raccomandava intese tra organizzazioni datoriali e sindacali per la ripresa dello svolgimento delle attività professionali e produttive; sicché è stato convocato un tavolo di confronto dal Presidente del Consiglio dei ministri, con i Ministri dell’economia, del lavoro e delle politiche sociali, dello sviluppo economico, della salute e con le Organizzazioni sindacali. Il protocollo stipulato è di per sé un intreccio di fonti, o meglio fonte pattizia sovraordinata rispetto alle linee guida da adottare a livello aziendale e per la predisposizione di protocolli di sicurezza anti-contagio negli ambienti di lavoro.

In particolare questo protocollo raccomanda l’adozione di misure volte a:

- i. attuare il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile;
- ii. incentivare le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva;
- iii. sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione;
- iv. assumere protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, adottare strumenti di protezione individuale;
- v. incentivare le operazioni di sanificazione nei luoghi di lavoro;
- vi. limitare al massimo gli spostamenti all’interno dei siti e contingentare l’accesso agli spazi comuni.

Le imprese, inoltre, in base alle peculiarità del contesto lavorativo, applicheranno le ulteriori misure previste nel protocollo che hanno ad oggetto l’informazione ai lavoratori, l’accesso alla sede di lavoro, l’igiene dell’azienda, l’utilizzo degli spazi comuni e gli spostamenti interni all’azienda, la gestione di un caso sintomatico all’interno dell’azienda e la sorveglianza sanitaria da parte del medico competente.

Analogamente il protocollo quadro per la prevenzione e la sicurezza dei dipendenti pubblici sui luoghi di lavoro in ordine all’emergenza sanitaria da Covid-19 stipulato tra il Mini-

stro per la Pubblica Amministrazione e le organizzazioni sindacali (CGIL, CISL, UIL, CGS, CIDA, CISAL, CONFSAL, CSE, CODIRP, CONFEDIR, COSMED, USB, UNADIS, UGL, USAE), del 24 luglio 2020 è intervenuto coniugando l'esigenza di ridimensionare la presenza negli uffici pubblici attraverso un utilizzo consistente del lavoro agile nella sua declinazione c.d. emergenziale<sup>5</sup>, e l'esigenza di garantire la progressiva riapertura degli uffici stessi, adottando misure idonee a tutelare il personale che lavora in presenza. Nel protocollo si specifica che le amministrazioni sono chiamate a integrare il documento di valutazione rischi di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 con il coinvolgimento del responsabile del servizio prevenzione e protezione e del medico competente e nel rispetto delle competenze del RLS, con previsioni che riguardano analoghi temi già individuati nel protocollo per il settore privato, ossia, a titolo esemplificativo e non esaustivo si vedano informazione ai lavoratori, l'accesso all'amministrazione, salubrità e sicurezza con apposite misure per i luoghi di lavoro, organizzazione flessibile degli orari di lavoro, anche in relazione ai servizi al pubblico, la gestione di un caso sintomatico all'interno e la sanificazione dell'amministrazione in base alla circolare n. 5443 del 22 febbraio 2020 del Ministero della salute. Unitamente a queste misure di sicurezza resta comunque fondamentale il ricorso al lavoro agile, che nella sua declinazione emergenziale è diventata una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nella pubblica amministrazione, al pari del lavoro in presenza, assumendo la funzione di strumento di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori e di tutela della salute pubblica<sup>6</sup>. Nella fase di emergenza per la prevenzione del Covid-19 lo *smart working* deve essere assicurato per almeno il cinquanta per cento del personale<sup>7</sup>, per altro attribuendo priorità all'accesso al lavoro agile ai lavoratori fragili e ai genitori dipendenti il cui figlio convivente, minore di 14 anni, si trovi in quarantena a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico, così come già disposto dal decreto-legge 8 settembre 2020, n. 11. Questo protocollo stabilisce inoltre che le Amministrazioni possono attivare tavoli di confronto con le Organizzazioni sindacali al fine di concordare le modalità di svolgimento dell'attività di lavoro agile e regolarne i singoli aspetti.

<sup>5</sup> Per le distinzioni con il modello tradizionale di smart working, si vedano: M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, 335/2017; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018.

<sup>6</sup> Si vedano da ultime le seguenti disposizioni:  
la direttiva 2 del 2020 del Ministro per la pubblica amministrazione recante "*Indicazioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*  
l'art. 87 e l'art. 87-bis del decreto legge del 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020;  
l'art. 263 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77;  
la circolare n. 3 del 2020 del Ministro per la pubblica amministrazione;  
il decreto del Ministro per la pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020 recante "*Misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale*".

<sup>7</sup> In base a quanto stabilito dall'articolo 3, comma 3, del d.P.C.M. del 13 ottobre 2020.

Da ultime le linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19 in materia di trasporto pubblico (allegato n. 15). La scelta di analizzare anche queste linee guida è motivata dalla volontà di effettuare una analisi a tutto tondo del tema degli infortuni sul lavoro sia con riferimento ai casi in cui l'eventuale contagio da Covid-19 è avvenuto "sul luogo di lavoro", sia quando è avvenuto nel tragitto casa-luogo di lavoro (c.d. infortunio "in itinere").

Queste linee guida evidenziano che prioritaria per la sicurezza del trasporto pubblico locale è l'esistenza di "misure di sistema" volte a ridurre l'afflusso di utenti sui mezzi pubblici (a titolo esemplificativo e non esaustivo: la rimodulazione degli orari degli uffici pubblici e privati, delle aperture e chiusure delle attività commerciali, l'utilizzo massiccio del lavoro agile) e il rispetto delle misure di sicurezza individuale da parte di tutti gli utenti. Su tali presupposti si innestano poi sia misure a carattere generale, valide per tutto il trasporto pubblico, sia misure specifiche, in apposito allegato tecnico, dirette alle singole modalità di trasporto (aereo, marittimo e portuale, trasporto pubblico locale automobilistico, lacuale, lagunare, costiero e ferroviario non interconnesso con la rete nazionale, trasporto pubblico funiviario, settore ferroviario, trasporto non di linea e altri servizi).

La *ratio* dell'utilizzo di tale strumentazione non è da ricercare nella "crisi del modello tradizionale delle fonti"<sup>8</sup> quanto piuttosto nella necessità di utilizzare uno strumento capace di definire, con rapidità e flessibilità, prescrizioni di sicurezza per i singoli settori che siano allo stesso tempo specifiche e rapidamente modificabili alla luce dei mutamenti, parimenti repentini, del quadro emergenziale. Si tratta dunque di una *soft-regulation* che segue un *iter* di produzione diverso dalle tradizionali fonti normative pubblicistiche, mutuando talvolta il sistema pattizio, anche di stampo privatistico<sup>9</sup>, talvolta il modello di linee guida quali atti di *soft-law* già ampiamente sperimentati anche nel nostro ordinamento<sup>10</sup>. Tuttavia, nel caso in esame, si evidenzierà di seguito (§ 3) come la cogenza dell'atto non sembra derivare dalla sua natura, quanto piuttosto da un intreccio stringente, nel periodo emergenziale, tra le fonti primarie adottate e le fonti di *soft-regulation* di cui sopra; intreccio che è idoneo a incidere sugli effetti prodotti dai protocolli e dalle linee guida in termini di grado di vincolatività dei loro contenuti e conseguenze derivanti dalla loro inosservanza, a prescindere dunque dalla classificazione della fonte in sé.

<sup>8</sup> P. BALDASSARE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>9</sup> B. FABRIZIO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, Bologna, Il Mulino, 2003; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti* in *Lavoro e diritto*, 2003, pp. 5-16

<sup>10</sup> M. RAMAJOLI, *Soft law e diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2017; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *www.rivistaaic.it*; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1; H. BONURA, F. CIAVARELLA, *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici tra linee guida e regolamento: conflitto o composizione di competenze? Commento all'art. 216, comma 27-octies, del D.L.vo n. 50 del 2016*, in D. BOLOGNINO-H. BONURA-A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, La Tribuna, 2019.



Diventa così fondamentale l'*iter* di formazione e la tecnica di produzione delle linee guida, protocolli o ordinanze. Il modello di produzione dei protocolli di sicurezza sul luogo di lavoro, pubblico e privato, è ascrivibile ad un approccio *bottom-up*, con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, operazione facilitata dalla dimestichezza che ha il diritto del lavoro, pubblico privatizzato o privato che sia, con la pluralità delle fonti e con un quadro composito di livelli di produzione delle stesse, cui si accompagna la piena legittimazione dei sindacati a sedere al tavolo anche per la tutela dei lavoratori e della sicurezza dei luoghi di lavoro in fase emergenziale<sup>11</sup>.

Quanto invece alle linee guida sulla sicurezza sul trasporto pubblico, al netto del Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica (allegato n. 14)<sup>12</sup>, sembrano aver seguito un approccio *top-down* alla luce della predisposizione e del suo *iter* modificativo, in cui il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti con proprio decreto, di concerto con il Ministro della salute, può intervenire per integrarle o modificarle, in base a quanto stabilito, da ultimo, dall'art. 11, comma 2, del d.P.C.M. del 3 novembre 2020. Tali linee guida irradiano le prescrizioni in esse contenute su un sistema plurilivello, quello del trasporto pubblico locale, che vede protagonisti sia le Regioni sia gli enti territoriali, anche per il tramite delle loro aziende per la mobilità. Tali soggetti possono a loro volta intervenire sul tema della sicurezza, è infatti *fatta salva la possibilità per le Regioni e Province autonome di introdurre prescrizioni in ragione delle diverse condizioni territoriali e logistiche, nonché delle rispettive dotazioni di parco mezzi*» (allegato n. 15, p. 1), e da ultimo rivolgono raccomandazioni direttamente agli utenti.

### 3. L'intreccio tra fonte primaria e *soft-regulation* e la conseguente *hard-obligation* per la tutela e la sicurezza dei lavoratori

La produzione normativa emergenziale, lo si è ricordato in apertura di questo contributo, è torrenziale<sup>13</sup> sicché in questa sede si spigola, tra le disposizioni, funzionalmente all'oggetto di analisi. Sotto il profilo dell'intreccio delle fonti, ai fini di delineare la cogenza di tali protocolli e linee guida, si evidenzia innanzitutto che tali protocolli sono indicati come

<sup>11</sup> L. ZOPPOLI, *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 415-433; M. LAI, *La rappresentanza sindacale tra contrattazione, legge e giurisprudenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, pp. 19-33; V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico* *Commento a d.lg. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, fasc. 1, pp. 13-23.

<sup>12</sup> Adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e condiviso con le associazioni datoriali Confindustria, Confetra, Confcooperative, Conftrasporto, Confartigianato, Assoport, Assaeroporti, CNA-FITA, AICAI, ANITA, ASSTRA, ANAV, AGENS, Confitarma, Assarmatori, Legacoop Produzione Servizi e con le OO.SS. Filt-Cgil, Fit-Cisl e UilTrasporti.

<sup>13</sup> E. JORIO, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al coronavirus: una rassegna ragionata*, in *Corti Supreme e salute*, 2020, n. 1

da rispettare nei vari d.P.C.M. attuativi del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74. Si veda, da ultimo, il d.P.C.M. 3 novembre 2020 in cui:

- i. all'art. 4 recante *Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali*<sup>14</sup>, si stabilisce il necessario rispetto dei 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 (anche) all'allegato 12;
- ii. all'art. 5, comma 2, recante *Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale*, si richiede, per le pubbliche amministrazioni che si apprestano alla riapertura di tutti gli uffici pubblici, l'adozione di appositi protocolli (che dovrebbero essere attuativi di quello nazionale summenzionato) e il rispetto delle prescrizioni vigenti in materia di tutela della salute adottate dalle competenti autorità;
- iii. all'art. 11 recante *Misure in materia di trasporto pubblico di linea*, si stabilisce il rispetto del Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica di settore, sottoscritto il 20 marzo 2020 (allegato 14), nonché delle Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19 in materia di trasporto pubblico, di cui all'allegato 15.

Si aggiunge, nell'ambito dei provvedimenti del periodo emergenziale, l'art. 29-*bis*, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, inserito in sede di conversione dalla legge 5 giugno 2020, n. 40 che stabilisce che «*ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore sti-*

<sup>14</sup> “1. Sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, 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 12, 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 Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, 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 1”.



*pulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».*

L'introduzione e l'intreccio nella e con la fonte primaria summenzionata sembra determinare una legificazione dei contenuti dei protocolli e delle linee guida in questione, cui si attribuisce forza di legge ai fini dell'assolvimento degli obblighi di tutela delle condizioni di lavoro (*ex art. 2087 c.c.*) da parte dei datori di lavoro pubblici e privati<sup>15</sup>. Tali protocolli, in linea con il modello di relazioni sindacali e anche per effetto di questo articolo, sono dunque idonei a dispiegare i loro effetti anche per le imprese o le amministrazioni che non aderiscono ad alcuna organizzazione sindacale o che non li hanno sottoscritti<sup>16</sup>.

Sebbene in primissima lettura, sembrerebbe poi potersi affermare che in tema di sicurezza sul lavoro, le previsioni emergenziali, delineando misure di tutela diseguate *ad hoc* per prevenire il contagio da coronavirus, abbiano carattere speciale e specifico, rispetto al modello generale di tutela delle condizioni di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. e al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, recante *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*. Per altro l'adozione, organizzazione e gestione di queste specifiche misure di prevenzione di cui ai succitati protocolli risponde all'adozione del modello organizzativo previsto dall'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008, ponendo quindi le misure specifiche emergenziali quali misure idonee – sotto il profilo degli standard tecnico-strutturali e di valutazione dei rischi – a tutelare adeguatamente la salute dei lavoratori pubblici e privati.

Su un piano differente si pone invece la tutela spettante al lavoratore per infortunio sul lavoro per infezioni da coronavirus in occasione di lavoro. Sul punto l'art. 42 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18<sup>17</sup>, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n.

<sup>15</sup> Sul punto ampiamente autorevole dottrina ha evidenziato che “*l'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, vincolando i datori di lavoro all'osservanza dei Protocolli e, quindi, imponendone l'applicazione, ha (definitivamente) attribuito ad essi forza di legge, regolandone nel rispetto del pluralismo sindacale (art. 39 Cost.) la gerarchia e gli effetti, in combinato disposto con l'art. 29-bis, della l. n. 40/2020.*”, così A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, p. 3.

<sup>16</sup> G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, Jovene, 2010.

<sup>17</sup> L'art. 42, recante *Disposizioni INAIL* stabilisce: “1. In considerazione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020, il decorso dei termini di decadenza relativi alle richieste di prestazioni erogate dall'INAIL è sospeso di diritto e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Sono altresì sospesi, per il medesimo periodo e per le stesse prestazioni di cui al primo periodo del presente comma, i termini di prescrizione. Sono, infine, sospesi i termini di revisione della rendita su domanda del titolare, nonché su disposizione dell'Inail, previsti dall'articolo 83 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, che scadano nel periodo indicato al primo periodo del presente comma. Detti termini riprendono a decorrere dalla fine del periodo di sospensione.

2. Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti

27, introduce le disposizioni per l'INAIL (anche) relativamente ai casi accertati di infezione da coronavirus ai fini della tutela dell'infortunato, applicando la previsione normativa ai datori di lavoro pubblici e privati.

Non è possibile per ragioni di spazio affrontare in questa sede il tema della scissione tra responsabilità del datore di lavoro e tutela INAIL, tuttavia è evidente che anche in sede emergenziale la scelta del legislatore è stata quella di subordinare l'erogazione della prestazione dell'INAIL non alla responsabilità del datore di lavoro, ma alla riconducibilità del contagio all'occasione di lavoro<sup>18</sup>.

Qui si innesta una specifica osservazione rispetto ai profili trattati in questo articolo, ossia rispetto all'infortunio sul lavoro *in itinere* per contagio da Covid-19, in vigenza delle linee guida per il trasporto pubblico locale di cui all'allegato n. 15.

Infatti ai fini dell'accertamento dell'infortunio *in itinere* – ossia quello avvenuto nel «*normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro ...omissis*» (art. 12, decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38), pacificamente riconosciuto dall'INAIL anche per gli eventi di contagio da coronavirus (si veda la circolare n. 13 del 3 aprile 2020) - non potrà che tenersi conto del rispetto delle linee guida di cui all'allegato 15. Questo comporterà non solo la verifica sul rispetto delle misure di sicurezza sui mezzi di trasporto pubblico, purtroppo in alcuni casi evidentemente troppo affollati rispetto alle prescrizioni stabilite, ma anche sul rispetto delle raccomandazioni per tutti gli utenti dei servizi di trasporto pubblico, previste nelle linee guida (all. 15) e alle possibilità concretamente attivabili di uno spostamento con mezzo privato, anche di mobilità alternativa. Allo stato attuale si evidenzia che l'INAIL sembra già “aver messo le mani avanti” stabilendo che *«poiché il rischio di contagio è molto più probabile in aree o a bordo di mezzi pubblici affollati, al fine di ridurre la portata (dell'infortunio in itinere), per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul luogo di lavoro è considerato necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa. Tale deroga vale per tutta la durata del periodo di emergenza epidemiologica, secondo le disposizioni e i tempi dettati in materia dalle autorità competenti»* (circolare n. 13 del 2020). Lo studio della casistica futura sul tema si presenta di sicuro interesse, anche per verificare la tenuta sul piano giurisprudenziale di questa prescrizione INAIL di dubbio ancoraggio, data la sua perentorietà, rispetto al quadro normativo.

---

dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante “Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019”. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati.”

<sup>18</sup> S. Rossi, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, fasc. 5, pp. 446-453; INAIL, *Circolare n. 13 del 2020*.

#### 4. Processi *top-down* e *bottom-up* nell'adozione delle ordinanze commissariali. Criticità e limiti dei contenuti

Passando al diverso tema dei provvedimenti commissariali adottati nell'ambito del contesto emergenziale causato dalla pandemia, occorre doverosamente premettere che essi non sembrano poter essere annoverati nell'ambito dell'eterogenea nozione di *soft law*, rappresentando piuttosto, quali atti amministrativi *extra ordinem*, fonti secondarie del diritto amministrativo.

Ed infatti, la legislazione vigente conferisce all'autorità amministrativa procedente – nel solco del principio di «creazione del diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità e urgenza per le quali nessuna norma può provvedere»<sup>19</sup> – puntuali poteri, che si sostanziano nell'adozione, da parte di quella stessa autorità, di provvedimenti amministrativi d'urgenza sempre sindacabili sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza tra presupposti e misure adottate e della adeguatezza dell'attività istruttoria<sup>20</sup>.

Uno dei casi emblematici nei sensi sopra sintetizzati – e paradigma di una predisposizione di atti *top-down*, peraltro emessi in assenza di alcun tipo di concertazione con *stakeholders* qualificati – è senz'altro rappresentato dalla discussa ordinanza n. 11 del 26 aprile 2020 del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, con la quale è stato imposto il prezzo massimo di vendita al pubblico delle mascherine chirurgiche.

Le difficoltà attuative dell'ordinanza, che si sono manifestate già all'indomani della sua pubblicazione, e le connesse iniziali difficoltà di approvvigionamento delle mascherine al prezzo indicato, hanno suscitato preoccupazione nella cittadinanza e perplessità sulla legittimità del provvedimento. Ciò è imputabile in larga parte alla circostanza che il provvedimento commissariale sembra essere stato emanato senza il preventivo ascolto delle Associazioni di categoria, che invece si erano rese disponibili a supportare, in termini di leale collaborazione, la struttura commissariale, al fine di fronteggiare potenziali speculazioni e di assicurare la massima disponibilità dei dispositivi di protezione individuale a favore della collettività.

Il varo di tale provvedimento è stato oltremodo foriero di infinite polemiche, sicché si ritiene opportuno ripercorrerne sinteticamente la genesi per evidenziare l'ineludibile necessità, ancor più in contesti emergenziali connotati da caratteri di somma urgenza, di interagire previamente e proficuamente con *stakeholders* qualificati (nel caso di specie con le Associazioni di categoria), cui richiedere la condivisione di aspetti tecnici e elementi

<sup>19</sup> L. GALATERIA, "I provvedimenti amministrativi di urgenza", Milano, Giuffrè, 1953.

<sup>20</sup> In tali termini, A. CARDONE, "La normalizzazione dell'emergenza". *Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

conoscitivi utili all'istruttoria del provvedimento amministrativo, ed altrimenti non accessibili alla struttura commissariale nel breve tempo consentito dalla fase emergenziale in atto. In linea generale la mancata interazione con gli *stakeholders* qualificati ha realizzato un'evidente lesione di principi ormai cristallizzati in ambito internazionale che vogliono la consultazione pubblica come cardine dei processi decisionali in materia regolatoria<sup>21</sup>.

L'ordinanza si è fondata sull'art. 122 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, richiamato nelle premesse dell'ordinanza stessa come norma che «*definisce funzioni e poteri*» del Commissario, «*anche in deroga alle disposizioni vigenti*».

Tuttavia, esaminando proprio l'art. 122 del D.L. richiamato, sono sorti, *ab initio*, spontanei dubbi sulla effettiva sussistenza, tra i poteri riconosciuti in capo al Commissario, della potestà di imporre il prezzo di vendita dei dispositivi di protezione individuale.

Ed infatti, il richiamato art. 122 ha disposto che:

- il fine della nomina del Commissario è esclusivamente quello di «*assicurare la più elevata risposta sanitaria all'emergenza*»;
- le azioni richieste al Commissario sono circoscritte nell'ambito dell'emergenza sanitaria ed indicate in modo puntuale. Il Commissario deve infatti:
  - i. organizzare, acquisire e sostenere la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa;
  - ii. programmare e organizzare ogni attività connessa;
  - iii. individuare e indirizzare il reperimento delle risorse umane e strumentali;
  - iv. individuare i fabbisogni;
  - v. procedere all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dispositivi medici e di protezione individuale;
- per l'attuazione delle predette finalità, il Commissario può adottare ordinanze urgenti «*in deroga a ogni disposizione vigente*»; nel rispetto dei limiti sanciti dalla Costituzione, dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle norme dell'Unione Europea;
- le misure approntate dal Commissario devono infine «*risultare adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite*».

Se questi sono i contorni entro i quali la norma primaria ha compresso i compiti e le funzioni del Commissario straordinario<sup>22</sup>, questi avrebbe dovuto limitare la propria azione alla finalità espresse dall'art. 122, e quindi alla risoluzione delle problematiche di natura sanitaria, tra cui non sembrerebbe rientrare l'imposizione di un calmiere prezzi, che ha il diverso scopo di arginare eventuali fenomeni speculativi.

<sup>21</sup> Sul punto si rimanda all'esaustiva trattazione dell'Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica «*Le consultazioni dei cittadini e dei portatori di interesse*», marzo 2017.

<sup>22</sup> Sui Commissari straordinari si rinvia A. D'ERCOLE, *Commissari straordinari e interventi sostitutivi. Commento agli artt. 4, 4-ter e 4-quinquies, d.l. n. 32 del 2019, convertito con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2019*, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, La Tribuna, 2019, pp. 100-108.

Ciò deriva anche dalla natura delle ordinanze commissariali, non pienamente inquadrabili, si ripete, nel novero della categoria di *soft-law*, ma senz'altro non equiparabili ad atti aventi forza di legge, e che, come meri atti amministrativi, risultano soggetti a limiti operativi stringenti, tra cui l'obbligo di avere contenuti e modalità puntuali, ed essere rispettosi della «*specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto ... indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*» (Corte Cost. n. 28.05.1987 n. 201).

Volendo poi entrare nel merito del provvedimento, si potrebbe ritenere che lo stesso sia viziato sotto diversi profili, tra cui – oltre ad evidenziarsi l'irregolarità formale della mancata indicazione dei termini e dell'Autorità di fronte alla quale ricorrere per la sua impugnazione – spicca la violazione dell'obbligo di adeguata motivazione: l'utilizzo di atti amministrativi eccezionali impone infatti un controllo serrato sulla necessità del provvedimento, quali l'esternazione di un'adeguata istruttoria, del tutto assente nel provvedimento esaminato ( Cons. Stato, sez. VI, n. 3490/2012).

Si evidenzia infine l'assenza, nel provvedimento commissariale, delle pur indispensabili previsioni transitorie a tutela di coloro che avessero acquistato i dispositivi di protezione ad un prezzo più alto rispetto a quello imposto e si trovassero così improvvisamente nell'impossibilità di venderli in modo da realizzare l'adeguata remunerazione.

L'ordinanza, infatti, ha avuto effetti sostanzialmente retroattivi, in quanto incidenti sui rapporti contrattuali in essere tra i partecipanti alla filiera (produttori, distributori, farmacie) che facevano affidamento su accordi ed impegni ben precisi; impegni cui sono legati, come accade in ogni dinamica contrattuale, i rispettivi oneri economici e le corrispondenti aspettative.

Non può non sottolinearsi, inoltre, che tali impegni sono stati assunti nel rispetto dell'ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la n. 4 del 23 marzo 2020, che ha previsto incentivi alla produzione e fornitura di dispositivi di protezione individuale e ha determinato la riconversione di ben 108 imprese nella produzione di mascherine chirurgiche. Poiché l'ordinanza ha l'effetto – pur se indiretto – della «frustrazione dei diritti soggettivi perfetti»<sup>23</sup> degli operatori economici in vario modo coinvolti nel processo di fornitura dei dispositivi, sarebbe stato opportuno prevedere una disciplina transitoria di garanzia per i rapporti negoziali in essere, nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa e del contemperamento degli interessi – tutti di rango costituzionale e riconosciuti agli artt. 3, 41 e 42 Cost. – che risultano nella specie coinvolti e violati.

A nulla vale, poi, la disponibilità (manifestata successivamente e tradottasi nel Protocollo di intesa stipulato il 1° maggio 2020 con distributori e farmacie) a prevedere un rimborso pari al differenziale tra il costo delle mascherine e il prezzo imposto.

<sup>23</sup> L. CARFORA, *Caratteri e distinzioni degli interessi legittimi*, Diritto & Diritti, [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

Il Protocollo di intesa, infatti – questo certamente inquadrabile nel più ampio novero degli atti di *soft-regulation* – non sembra idoneo a sanare l'illegittimità dell'atto presupposto, cioè l'ordinanza del Commissario Straordinario n. 11/2020, anche perché non realizza adeguatamente il necessario riequilibrio tra gli interessi in gioco, né offre completo ristoro a favore degli imprenditori che risultino lesi dal provvedimento.

In disparte i molteplici profili di illegittimità che sembrano aver connotato il provvedimento commissariale, si evidenzia – proprio riferendosi a quei caratteri di limitata coercibilità degli strumenti di *soft-obligation* – l'assenza nell'ordinanza di qualsiasi momento sanzionatorio espresso, potendosi solo ipotizzare, in assenza di esplicita previsione, la riconducibilità di condotte violative da parte delle farmacie alle sanzioni di cui all'articolo 650 del codice penale.

In termini diametralmente opposti rispetto alla vicenda appena descritta (trattandosi di chiaro esempio di produzione di atti *bottom-up*) ma evidenziando profili altrettanto critici, è poi l'ordinanza del Commissario straordinario n. 9 del 9 aprile 2020, con la quale è stata autorizzata la vendita, da parte delle farmacie, di mascherine chirurgiche in forma singola, anche in assenza di imballaggi di riferimento, riconfezionando le stesse con le opportune cautele igienico-sanitarie.

Anche il varo di tale provvedimento è stato oltremodo travagliato: all'indomani dell'adozione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, allo scopo di operare una distribuzione dei dispositivi di protezione individuale finalizzata a soddisfare eventuali necessità di contingenza ed evitare fenomeni di accaparramento (con le evidenti deleterie conseguenze anche in termini di alterazione dei prezzi di acquisto e vendita), la Federazione dei titolari delle farmacie italiane (Federfarma) ha fornito indicazioni operative – anch'esse inquadrabili nell'ambito degli atti di *soft-regulation* – in ordine alla vendita delle mascherine chirurgiche, pronunciandosi anche sulla possibilità, per le oltre 18.000 farmacie associate, di operarne lo "sconfezionamento" rispetto alla confezione integra, al fine di consentirne la dispensazione in forma singola; sconfezionamento che non sarebbe consentito dall'art.6 del decreto legislativo 206/2005 (c.d. "Codice del consumo"), che sanziona in via amministrativa la vendita di prodotti privi del contenuto minimo informativo recato dalla confezione integra.

Gli orientamenti forniti dalla Federazione si sono probabilmente basati sulla valutazione della non aderenza della norma sopra citata alle esigenze del contesto emergenziale, nonché sulla *ratio* dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 18/2020 che, nel prevedere la possibilità, fino al termine dello stato di emergenza, di «*produrre, importare e immettere in commercio mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale in deroga alle vigenti disposizioni*», ha evidentemente individuato come interesse primario quello della tutela della salute e dell'incolumità della persona, in deroga ad ogni norma che potesse anche solo rallentare l'azione di presidio della salute e dell'incolumità del singolo individuo. La Federazione ha quindi ritenuto che l'adozione di una formula derogatoria così ampia e generale (propria solo degli stati emergenziali e comprendente, si ripete, tutte le vigenti disposizioni di settore) fosse riferita all'intero ciclo dei dispositivi di protezione individuale: dalla loro produzione, all'importazione, alla messa in commercio; non po-



tendosi ritenere ragionevole che l'uso di tali termini valesse in alcun modo a limitare o comprimere l'indispensabile e urgente messa a disposizione di mascherine e quanto altro occorrente per la salute dell'individuo.

Conseguentemente, l'indicazione fornita da Federfarma ai propri aderenti di "sconfezionare" le mascherine e cederle in forma singola, difformemente a quanto stabilito dall'art. 6 del Codice del Consumo, ha avuto l'evidente finalità di assicurare il criterio di salvaguardia della salute del singolo cittadino: l'operazione ha consentito infatti di soddisfare il maggior numero di richieste possibili, di operare una distribuzione che tenesse conto delle eventuali necessità di contingentamento, di evitare fenomeni di accaparramento; in una parola, di operare in maniera logica e razionale ad effettivo vantaggio della collettività e del singolo individuo.

Le considerazioni svolte da Federfarma si sono mosse dunque nel solco di un percorso improntato al rispetto dei criteri di tutela sociale: obbligare una farmacia a consegnare ad un singolo utente una confezione di 50 mascherine chirurgiche avrebbe significato sottrarne la disponibilità in maniera irrazionale, provocando evidenti danni nei confronti della collettività. In un primo momento, pur in assenza di pronunciamenti adesivi al predetto orientamento da parte delle Amministrazioni centrali a vario titolo competenti per materia, le dinamiche *bottom-up* di cui si faceva prima cenno, hanno indotto talune Amministrazioni regionali ad accogliere le istanze provenienti dalla Federazione, redigendo apposite note autorizzative alla vendita di mascherine in forma singola, prive, tuttavia, di efficacia vincolante e senz'altro inidonee ad operare in termini derogatori rispetto al dettato dell'art. 6 del Codice del consumo.

L'assenza di provvedimenti con efficacia vincolante ha determinato l'azione di accertamento delle Autorità preposte ai controlli, le quali tuttavia – dopo aver elevato taluni verbali di contestazione a carico di farmacie che, appunto, hanno dispensato i dispositivi di protezione in forma singola – hanno poi annullato le sanzioni, ancor prima del varo del decreto-legge, ritenendo che "*tale comportamento è stato effettivamente dettato dallo stato di necessità connesso alla straordinaria emergenza epidemiologica*".

Ad assorbire, in maniera invero non lineare, i profili di criticità sopra descritti è da ultimo intervenuta l'ordinanza commissariale n. 9/2020 che, pur autorizzando la vendita singola dei dispositivi in parola anche in assenza di imballaggi di riferimento, e nel rispetto delle opportune cautele igienico-sanitarie, ha tralasciato di operare la deroga espressa al dettato del Codice del consumo.

## 5. Conclusioni

In conclusione, il circoscritto spaccato provvedimentale analizzato fa emergere che nel contesto emergenziale anche le fonti di *soft-regulation* hanno sicuramente giocato un ruolo fondamentale per intervenire in modo rapido e flessibile e fronteggiare l'emergenza. Gli interrogativi posti circa la sussistenza di una *soft-regulation* e *soft-obligation* nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19 assumono pregnanza e necessitano

di opportuna riflessione in quanto appare dimostrato come limiti e forza cogente di questi atti, unilaterali o plurilaterali, siano fortemente ancorati alle fonti primarie, sia ordinariamente vigenti, sia adottate nello specifico quadro emergenziale. Si veda il caso dei protocolli di sicurezza per i lavoratori pubblici e privati, per i quali con l'inclusione normativa nei decreti-legge emergenziali, al di là della qualificazione giuridica dell'atto, si è stabilita la forza e lo spazio d'azione anche per circoscrivere la responsabilità dei datori di lavoro pubblici e privati.

Parimenti, per le ordinanze commissariali qui oggetto di analisi, il rapporto con la fonte primaria ha determinato una serie di perplessità circa il rispetto dei limiti normativamente posti, con ricadute anche economiche complesse per le categorie destinatarie di questi provvedimenti.

Una cosa è certa, l'analisi sviluppata evidenzia l'importanza anche in contesti emergenziali connotati da caratteri di urgenza e necessità, di strutturare le occorrenti misure interagendo proficuamente con *stakeholders* qualificati (parti sociali, associazioni di categoria), al fine di condividere la migliore costruzione della strategia e delle misure di prevenzione, con un modello di produzione ascrivibile ad un approccio *bottom-up* probabilmente più idoneo a bilanciare le posizioni giuridiche e le ricadute anche economiche che vengono poste in essere.