

CARLA ACOCELLA

Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

[carla.acocella@unisob.na.it](mailto:carla.acocella@unisob.na.it)

**ANCORA SU DIRITTO E TECNICA. LE  
VALUTAZIONI TECNICO-SCIENTIFICHE COME  
PREMESSA DELLE DECISIONI POLITICO-  
AMMINISTRATIVE ASSUNTE PER FRONTEGGIARE  
L'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID-19**

**LAW AND TECHNOLOGY. SCIENTIFIC ASSESSMENTS AS  
PREMISES OF POLITICAL-ADMINISTRATIVE DECISIONS  
TAKEN TO ADDRESS EMERGENCY IN THE COVID-19  
PANDEMIC**

SINTESI

Il contributo analizza una serie di dinamiche emerse nella vicenda pandemica e nella sua gestione, nello specifico quelle legate alla configurazione della tecnica come premessa delle decisioni di governo dell'emergenza, il più delle volte, in termini di premessa ricostruttiva dei presupposti di fatto delle stesse decisioni. Rispetto al dato indiscutibile – uno dei pochi in questa stagione di incertezze – che le valutazioni di carattere scientifico siano state (quanto meno) esibite come fattore condizionante le decisioni *lato sensu* politiche assunte, si svolge su un diverso piano la questione relativa al peso effettivamente assunto dalla tecnica nel processo decisionale. Questo rilievo suggerisce l'opportunità di non elevare la solidità del presupposto scientifico a profilo dominante nella verifica della accettabilità democratica delle decisioni assunte, quanto piuttosto a curvare tale indagine intorno all'uso che del presupposto è stato fatto rispetto a parametri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Tale prospettiva appare peraltro incoraggiata dalla peculiarità della vicenda pandemica, e segnatamente dal profilo della incertezza che, pur essendo tipico tratto connotativo di scienza e tecnica, risulta in questo caso accentuato.

ABSTRACT

The paper analyzes the dynamics highlighted by the pandemic and its management; especially those related to technology and science as a premise for decisions addressing the health emergency, and in particular as a tool for reconstructing the factual assumptions behind such decisions. With respect to the indisputable fact that scientific assessments have been “exhibited” as a conditioning factor in political decisions, the question of the weight actually assumed by science in the decision-making process occupies a different level. This suggests that it would be opportune not to elevate the solidity of scientific assumptions as decisive in verifying the democratic acceptability of the deci-

sions taken. Rather, this investigation must concern the use of such assumptions in the light of criteria of reasonableness, adequacy and proportionality. Moreover, this perspective would appear to be favoured by the specific characteristics of the pandemic and especially the by uncertainty, which, albeit a standard feature of scientific research, is most certainly accentuated in this case.

PAROLE CHIAVE: tecnica, politica, emergenza, presupposto scientifico, sindacato.

KEYWORDS: Science, Political-decisions, Emergency, scientific assumption, judicial review.

INDICE: 1. L'accettabilità democratica delle decisioni di governo dell'emergenza epidemiologica. Solidità del presupposto tecnico-scientifico o ragionevolezza del percorso che si snoda a valle della premessa? - 2. Il condizionamento del presupposto scientifico sul perimetro della discrezionalità e le questioni legate all'accreditamento del primo (il confronto e la condivisione delle posizioni in campo). La relativa spendibilità delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale sui limiti alla discrezionalità politica derivanti dalla scienza. - 3. Sulla trasparenza dei procedimenti che "raccolgono" valutazioni tecnico-scientifiche. - 4. La giuridificazione del potere di governo dell'emergenza: lo spazio della ponderazione e lo spazio della premessa tecnico-scientifica. - 5. La giustiziabilità delle posizioni incise da decisioni politico-amministrative fondate su premesse tecnicamente rilevanti. Rilievi conclusivi.

## **1. L'accettabilità democratica delle decisioni di governo dell'emergenza epidemiologica. Solidità del presupposto tecnico-scientifico o ragionevolezza del percorso che si snoda a valle della premessa?**

Tra le evidenze – non molte a ben vedere – che i tentativi di gestione dell'emergenza<sup>1</sup> epidemiologica, nella quale ancora ci troviamo, hanno restitui-

<sup>1</sup> Sul carattere perdurante e durevole dell'emergenza si rinvia a C. ACOCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2020. Per la tendenza a normalizzare l'emergenza e a sottoporre a tensione il tratto connotativo dell'istituto consistente nella transitorietà della sua disciplina, si veda U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza permanente: le modalità della produzione normativa*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 45 ss., spec. p. 69 ss.. Conclusivo, anche in ordine ai rapporti tra urgenza, emergenza ed eccezione, appaiono le considerazioni svolte da M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 8.10.2020 il quale, nell'analizzare la sequenza di fonti su cui la produzione normativa emergenziale si fonda (su cui si veda per riferimenti più ampi dello stesso A., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020), individua nel sopravvenire della ordinarietà della condizione emergenziale – ravvisabile qualora «la produzione normativa primaria d'urgenza proseguisse al medesimo ritmo anche nell'ipotesi (ora divenuta concreta) di una proroga dello stato di emergenza» – lo snodo decisivo ai fini di imporre un «recupero da parte del Parlamento della pienezza della sua funzione nomopoietica». Per l'ancoraggio alla «stabilità dell'ordine» del tratto distintivo sul piano teleologico delle due dimensioni della eccezione e della emergenza, che si impongono entrambe «in momenti perturbati», si veda G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia, ma l'eccezione*, in *libertaejustizia.it*, 30.7.2020: «L'emergenza non è l'eccezione e l'eccezione non è il grado ultimo dell'emergenza. Sono due cose diverse, anche se spesso trattate come se fossero una cosa sola. All'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità. All'eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine».

to al dibattito, v'è quella che le misure<sup>2</sup> a vari livelli adottate siano state condizionate in modo significativo, almeno dichiaratamente, da valutazioni di carattere scientifico. Questo è un fatto. L'incontrovertibilità del dato rimonta appunto alla circostanza che di valutazioni scientifiche si sia fatta questione, le stesse siano state esibite sovente come il fondamento delle decisioni che il Governo veniva assumendo nel disegnare l'agenda regolatoria di contenimento del virus<sup>3</sup>. Rispetto a questa evidenza è passata in secondo piano, o meglio, pare debba svolgersi su un piano diverso, la questione relativa al se le decisioni in parola siano/fossero fondate effettivamente su valutazioni scientifiche, e dunque relativa al peso assunto dalla scienza nel processo decisionale.

Questa premessa, ad avviso di chi scrive, induce a ricalibrare considerazioni che pongano l'adeguatezza del presupposto scientifico al centro della valutazione della accettabilità della scelta effettuata dai pubblici poteri, fino ad attribuirvi valore assorbente. La prospettiva che sembra non doversi enfatizzare è quella sintetizzata, tra gli altri, dal rilievo secondo cui «è quindi emerso con chiarezza quanto la tutela di diritti fondamentali possa dipendere dal corretto svolgimento di valutazioni scientifiche da parte del decisore pubblico e, conseguentemente, quanto la legittimità di tali decisioni possa dipendere dall'adeguatezza del presupposto scientifico che sorregge la scelta»<sup>4</sup>. Se da un lato è indubitabile che, incidendo le misure adottate e tuttora in corso di adozione, in misura talvolta anche molto severa, sulla sfera dei diritti fondamentali, una garanzia effettiva di questi ultimi chiami in causa il tema della plausibilità delle decisioni assunte (cioè, a dire, delle valutazioni che nell'iter decisionale trovano spazio), non è altrettanto vero, dall'altro lato, che tale valutazione di legittimità (*rectius* di ragionevolezza)<sup>5</sup> si sostanzi in misura

<sup>2</sup> Sembrando per il momento praticabile la semplificazione che si tratti di decisioni *lato sensu* politiche rispetto alle misure sovente consistenti in atti ancipiti. Queste ultimi, come le ordinanze, oltre ad essere atti amministrativi, integrano il quadro delle fonti, ed hanno infatti, in tale ultimo senso, scandito per una parte significativa l'agenda regolatoria della gestione della pandemia (sulla qualificazione in termini di ordinanze della categoria di atti – i D.P.C.M. – che ha vistosamente occupato la produzione emergenziale tra gli altri M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18.3.2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 18.3.2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.).

<sup>3</sup> Sulla «tendenza dei rappresentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte» si veda già A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, 29.4.2020. Richiama un passaggio di un'intervista rilasciata al Corriere della Sera (M. GALLUZZO, *Coronavirus, Conte: «Blocco totale e chiusura delle scuole saranno prorogati. Tutela per le aziende strategiche»*, 16.3.2020) dal Presidente del Consiglio esemplare di questa tendenza («abbiamo in qualche modo, doverosamente, ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche guidare le decisioni politiche») A. IANNUZZI, *Leggi "science drive" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 1/2020, p. 119 ss.

<sup>4</sup> Così L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *Biolaw Journal*, 1/2020, p. 71 ss.

<sup>5</sup> Nella misura in cui il principio di ragionevolezza – riprendendo la felice sintesi sul punto di G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 92 – «*ha assunto definitivamente il ruolo di regola di sindacato di tipo sostanziale*», muovendo da una iniziale avversione ad un «*sindacato dell'azione della pubblica amministrazione che si spingesse sino al giudizio sull'equilibrato bilan-*

prevalente, quando il decisore abbia evocato la premessa scientifica della sua decisione, in una verifica della adeguatezza, in termini di solidità, del presupposto scientifico che sorregge la scelta. La gestione della emergenza sanitaria in atto ha fatto emergere con chiarezza come tra i vari profili condizionati dalla sequenza di atti adottati in questi mesi vi sia quello della garanzia di diritti, anche fondamentali, e come essa dunque dipenda in questa fase dal corretto svolgimento di valutazioni del decisore pubblico che possono implicare apprezzamenti di carattere tecnico-scientifico. In tal senso appare indubitabile che la legittimità di tali decisioni debba essere valutata a partire dal materiale che il decisore si trova per dir così a maneggiare, ed è in tale prospettiva che sembra doversi guardare al presupposto scientifico, quale fattore che entra in considerazione nella valutazione di legittimità della decisione a valle adottata, senza che possano ritenersi operanti automatismi rispetto alla misurazione dell'incidenza del presupposto scientifico sul grado di legittimità della decisione. Cioè a dire che non può sostenersi che l'adeguatezza del presupposto scientifico implichi senz'altro un giudizio positivo di legittimità della misura adottata, così come non può assumersi che un presupposto scientifico non assistito da particolare stabilità implichi inevitabilmente l'illegittimità della decisione politico-amministrativa che del presupposto ha tenuto conto.

Questa acquisizione comporta a ben vedere una scelta di campo a favore di uno dei due termini del tradizionalmente acceso dialogo tra diritto e tecnica, o per così dire in ordine al peso che ciascuno dei due termini gioca nella soddisfazione degli interessi e dei bisogni. Tale acquisizione appare, infatti, animata dall'obiettivo di resistere a forme di "giustecnicismo", restituendo alla sostanza ponderativa delle scelte gli spazi che essa merita<sup>6</sup> in quanto espressione – democraticamente intesa – della volontà e della capacità di realizzare uno scopo a fronte della irriducibile intedeterminatezza e astrattezza della tecnica<sup>7</sup>. Non è

---

*ciamento degli interessi». L'A. rammenta un aspetto di particolare importanza nell'economia della presente riflessione, rappresentato dallo stimolo esercitato dall'applicazione del concetto di ragionevolezza «nel diritto costituzionale con riferimento all'attività del legislatore», alla trasposizione del medesimo nell'azione amministrativa «in collegamento con l'eccesso di potere e con i limiti dell'attività discrezionale». L'applicazione del canone di ragionevolezza da parte del giudice amministrativo avrebbe consentito di affiancare al «giudizio sul rapporto tra strumento e fine» «l'analisi sul risultato dell'azione amministrativa» – attraverso la clausola di ragionevolezza appunto – e di effettuare un «controllo sulla qualità della decisione amministrativa, sull'equità del bilanciamento di interessi effettuato» così da oltrepassare «la sola irrazionalità ed arbitrarietà». In tema si veda F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.*

<sup>6</sup> In questo senso il dato empirico rappresentato dal ribaltamento di posizioni pregiudizialmente antiscientifiche assunte al principio della vicenda pandemica da *leaders* populistici non appare a chi scrive sufficiente a radicare – come invece ritiene A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 121 – «la consapevolezza che la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o antidemocratiche» e che in questa chiave possa, e occorra guardarsi alla «decisione politica fondata sulla scienza» come a una «misura di legittimazione delle istituzioni rappresentative».

<sup>7</sup> Ci si riferisce, come evidente dai termini qui evocati, alle forme che la relazione dialettica tra diritto e tecnica ha assunto nel confronto che, a partire da un convegno di studi tenuto a Catania nel 2000, ha visto misurarsi il giurista Natalino Irti col filosofo Emanuele Severino. Per la sintesi degli "atti" in cui si articola tale dialogo si vedano N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande*

un caso che le scelte di allocare il potere di regolazione delle fattispecie rispetto ad alternative opzioni – più o meno premiali del principio democratico, sia nella forma della rappresentanza politica che in quella del riconoscimento di diritti e di garanzie – trovino tradizionalmente una cornice nella accennata polarità tra diritto e politica, da un lato, e scienza e tecnicità, dall'altro<sup>8</sup>.

Il dialogo, assai noto, tra diritto e tecnica è stato portato nuovamente al centro dei riflettori dalla emergenza sanitaria in atto che ha accentuato, se possibile, un peculiare profilo tra quelli connotanti la scienza e la tecnica, ossia il carattere di incertezza. Questo particolare tratto della scienza che interloquisce col diritto nella vicenda pandemica finisce per incoraggiare l'idea che, al fine di stabilire se il circuito decisionale si sia svolto «in forme democraticamente accettabili»<sup>9</sup>, la verifica non debba appuntarsi tecnicamente sulla solidità del presuppo-

*del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2/2000, p. 665-679; E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001; N. IRTI, *Diritto e tecnica. (In dialogo con Emanuele Severino e Luigi Mengoni)*, in *Lo Stato*, 4/2016, p. 35-46. La collocazione del diritto nella contemporaneità e nella dimensione "positivizzata", inducono il giurista a porre l'accento sul valore decisivo della norma – nonostante la crisi della normatività e della politica che pure l'A. registra – nel tradurre i *lógoi*, le proposizioni di diverso ordine che sottendono la scelta positiva, e quindi nell'individuare e selezionare gli scopi, che invece la tecnica – per il filosofo espressione dell'incrementale, indefinita capacità di realizzarli – sarebbe inidonea a scegliere, muovendosi nell'area dell'astrattezza, e risolvendosi in un apparato che resuscita gli antichi dei (sul punto N. IRTI, in *Le domande del giurista e le risposte del filosofo*, cit.: «non rischia forse quell'Apparato di risuscitare gli antichi dei, i quali, risolvendo in sé stesso il tutto, non hanno bisogno degli effimeri scopi dell'uomo? Così il cammino, aperto dal giusnaturalismo, si chiuderebbe nel giusttecnicismo»). Nel solco di tale riflessione si situa il tentativo di preservare la differenza tra regola e regolato, che rimonderebbe ancora a fenomeni e a processi, rispettivamente (diritto, politica, regola) ancorati al territorio, o (capitalismo, tecnica) disancorati dallo spazio. Sul punto cfr. altresì M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2019, p. 349 ss. che osserva come «*tópos* e *téchne* stanno in rapporto di non sormontabile polarità. Se il luogo è ancorato alla propria fissità spaziale, la tecnica è disancorata da qualunque determinazione territoriale. Se il luogo è geo-graficamente incatenato ... la tecnica passa impunemente attraverso le maglie forgiate dalle predeterminazioni di spazio». «Nel momento stesso in cui il pensiero politico tocca il mondo della tecnica, il suo aggancio al luogo, al quale è antonomasticamente legato (*pólis!*) si sfilaccia, si indebolisce, si perde». L'A. riprende sul punto le riflessioni di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011, p. 104 in ordine alle differenze tra il tempo della tecnica e il tempo del luogo.

<sup>8</sup> Mette conto riportare le notazioni svolte da G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 21 ss., spec. p. 25, con riguardo alla «*estrapolazione teorica che, per motivare la tendenza alla dittatura dello Stato moderno, ha individuato in astratto nell'Esecutivo le qualità del razionalismo e della tecnicità, che giustificherebbero la sua primarietà in confronto al legislativo, che ne sarebbe privo*», sul punto richiamando O. MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1961, I, p. 2 ss.. L'A. prosegue osservando «*Si comprende facilmente che in periodi di crisi e di necessità di regolazioni rapide, coerenti ed efficaci rispetto alle cause dell'emergenza, la maggiore attitudine regolativa del potere esecutivo rispetto al legislativo sembra imporsi con la forza dell'evidenza. Si tratta invece, a mio sommesso avviso, di una costruzione ideologica volta a sostenere l'accantonamento della rappresentanza politica, relegata ad elemento esterno rispetto a quella che si potrebbe definire "l'anima" dello Stato, che esplica tutta la sua potestà di imperio quando non è più circoscritta e condizionata da freni, garanzie e limiti*».

<sup>9</sup> Tra le questioni sollevate dall'analisi di A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in

sto scientifico e sull'attendibilità delle valutazioni tecniche su cui le decisioni rilevanti si fondano – schiudendo anche scenari di praticabilità di forme di sindacato incisivo (persino di carattere sostitutivo) del giudice<sup>10</sup> – ma piuttosto il fuoco di attenzione debba spostarsi sulla prevedibilità della scelta compiuta dal decisore politico, alla luce del quadro conoscitivo a disposizione, dunque sull'uso che del presupposto scientifico sia stato fatto rispetto a parametri di ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità.

Un vaglio di ragionevolezza così orientato non vale a confortare l'idea che le decisioni assunte o da assumere debbano perciò fondarsi esclusivamente su ragioni di opportunità politica<sup>11</sup>, ma solo a suggerire l'importanza di verificare, caso per caso, la consistenza della premessa scientifica disponibile presso il decisore politico, per poi stabilire se, alla luce di tali premesse, il percorso successivo si riveli accettabile, alla stregua dei criteri e delle garanzie apprestate dal nostro modello democratico, che rilevano anche nella eventuale sede giurisdizionale. Si finisce così per ridimensionare il rilievo dell'attendibilità della premessa scientifica e della regola tecnica utilizzata – questione apparsa decisiva, come noto, nel disegnare l'avanzamento del dibattito sulla discrezionalità tecni-

---

S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 182 vi è la seguente: «*Quale spazio residua, infatti, per controllare che tale circuito si esprima in forme democraticamente accettabili (a intendere, per democrazia, la non esclusione autoritativa di nessun sapere)?*». Qui evidentemente le autrici fanno riferimento, come l'ultima puntualizzazione lascia intendere, a una peculiare declinazione della democraticità del processo decisionale scientificamente accreditato, ossia, la garanzia di piena interlocuzione tra le possibili posizioni in campo, evidentemente nella misura in cui essa favorisca la verifica, la confutazione e la falsificazione che identifica il metodo scientifico.

<sup>10</sup> Ci si riferisce qui alle acquisizioni della giurisprudenza e della dottrina in ordine alle possibili forme di sindacato giurisdizionale esperibile nei confronti delle valutazioni tecniche, ed in particolare all'orientamento inaugurato dalla notissima sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 601 del 1999 e alla possibilità per il giudice di praticare, nell'ambito di un "sindacato intrinseco" – ossia volto a verificare direttamente la questione dell'adeguatezza del criterio assunto a base dell'apprezzamento tecnico e delle operazioni condotte in sede amministrativa – persino un sindacato di "tipo forte", cioè capace di prefigurare una sovrapposizione e sostituzione della valutazione giudiziale a quella amministrativa. Sul percorso non lineare delineato dalla giurisprudenza in materia, e in particolare sulla tendenza della giurisprudenza successiva alla decisione del 1999 a non sviluppare le implicazioni di quest'ultima in termini di sindacato sostitutivo («*sindacato intrinseco e sindacato forte non procedono quindi di pari passo per il giudice amministrativo*»), si veda l'analisi compiuta da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 135 ss.

<sup>11</sup> È speculare rispetto a tale prospettazione il rilievo secondo cui il «*giustificato*» «*costante riferimento alla scienza*» «*non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate nell'urgenza pandemica*»: A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico - M. Villone (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologia*, p. 41 ss. spec., p. 43, su cui si veda *infra* nota 14. L'A. richiama infatti sul punto la posizione di Weber (P. MARSONET, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell'Occidente*, in *l'Occidentale*, 4 marzo 2012,) in ordine alla intrinseca limitatezza delle scienze ove invocate per adottare scelte relative ai «*significati ultimi in base ai quali organizzare*» la vita degli uomini. Sul punto si rinvia alla sintesi (cfr. *supra* nota 7) del dibattito relativo alla tensione tra diritto e tecnica e alla capacità del primo, attraverso l'attività nomopoietica, di selezionare gli scopi rilevanti.

ca e nel prefigurare forme efficaci di sindacato su quest'ultima da parte del giudice amministrativo<sup>12</sup> – sul piano dell'accettabilità della decisione politica assunta, e per restituire spazio a strumenti di sindacato, non scientifici, tesi a valutare la ragionevolezza della scelta compiuta dal decisore, secondo la nota dinamica della ponderazione degli interessi, sulla base di una premessa scientifica.

A queste considerazioni si aggiunge la preoccupazione che la propensione a ritenere il giudizio sulla legittimità dei provvedimenti – che introducono, per esempio, misure fortemente restrittive – sostanzialmente assorbito dalla valutazione della fondatezza scientifica delle premesse su cui tali decisioni si basano<sup>13</sup>, finisca d'altra parte essa stessa per favorire una deresponsabilizzazione del decisore<sup>14</sup>, e la tendenza ad invocare pretestuosamente il presupposto scientifico o ad invocare premesse scientifiche inconsistenti. In questo senso sembra a chi scrive che la portata “distrattiva”<sup>15</sup> del riferimento ai saperi esperti che

<sup>12</sup> Su cui si veda ancora R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, loc. cit.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss., p. 444 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. – CdS*, 2002, p. 2578; F. LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 597 ss. e dello stesso A., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto*, in *giustamm.it*, 2008 e *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, in F. LIGUORI, *La funzione amministrativa: aspetti di una trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 277 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, Giuffrè, 2005; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1725 ss. e dello stesso A., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 424 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185 ss.. Sugli orizzonti schiusi tradizionalmente dalla giurisprudenza ordinaria in termini di controllo diretto sull'apprezzamento tecnico, piuttosto che limitato alla correttezza dell'iter seguito nell'apprezzamento, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziale sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 245 ss., spec. p. 262 ss.

<sup>13</sup> In questo senso L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 74 che sostiene sul punto che «se le valutazioni dei rischi sottese alle misure restrittive introdotte dai Dpcm dovessero risultare scientificamente infondate, la legittimità di questi non potrebbe che essere fortemente minata».

<sup>14</sup> La tendenza viene segnalata, e si staglia sullo sfondo dell'analisi svolta, da A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., p. 42-43 e 47 il quale muove dalla considerazione che «oggi la politica, soprattutto a livello governativo, sembra quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore, rimettendo le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, le cui decisioni costituiscono fondamento di misure che incidono in modo importante su diritti fondamentali», per poi sottolineare come il necessario riferimento alla scienza (di cui appunto l'A. illustra le ragioni, radicandole nella peculiare declinazione che la razionalità giuridica assume ove il diritto si occupi di questioni legate alla scienza, e nella fallacia della prospettazione della scienza in termini di neutralità) non debba tradursi in un disimpegno della politica («questo non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate nell'urgenza epidemica, come quelle di cui ai decreti legge e ai decreti del presidente del consiglio adottati»).

<sup>15</sup> In un senso diverso da quello che nel testo si segnala, ma ugualmente sintomatico di un impiego per così dire disfunzionale della valutazione scientifica – utilizzo che per l'A. rileva poi sul piano della illegittimità dei provvedimenti adottati in termini di violazione del principio di precauzione – A. BARONE, *op. cit.*, 5 segnala come «non può non rilevarsi il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo».

orientano le scelte politico-amministrative sia legata, più che ad un pretestuoso impiego della incertezza, connaturata alle valutazioni tecnico-scientifiche<sup>16</sup> – nel solco del quale la proclamata divergenza di posizioni costituirebbe, per esempio, un innegabile argine al controllo – ad una malintesa funzione del controllo di ragionevolezza riferito a situazioni in cui le valutazioni *stricto sensu* politiche si intreccino con valutazioni tecniche. Il carattere ibrido delle ponderazioni – politiche e scientifiche, fondate su diritto e tecnica – genererebbe appunto, risolvendosi in uno spostamento del focus di attenzione sull'adeguatezza della premessa scientifica, un difetto di prospettiva nell'interprete.

La valutazione della legittimità della misura adottata deve ritenersi per un verso condizionata dalla eventualità che il piano delle dichiarazioni si svolga in distonia con quello della realtà, e le relative decisioni non trovino alcun plausibile fondamento scientifico (o si tratti di premessa inconsistente e pretestuosamente invocata dal decisore), quanto indirizzata a scrutinare sotto il profilo della ragionevolezza il percorso valutativo e argomentativo seguito dal decisore a valle di una premessa scientifica, esistente, eppure situata in un dibattito tecnico quale una delle molteplici, possibili, posizioni rilevanti, essendo perciò portatrice di un livello irriducibile di opinabilità.

## **2. Il condizionamento del presupposto scientifico sul perimetro della discrezionalità e le questioni legate all'accreditamento del primo (il confronto e la condivisione delle posizioni in campo). La relativa spendibilità delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale sui limiti alla discrezionalità politica derivanti dalla scienza**

È evidente che il passaggio consistente nella individuazione della premessa scientifica, imponga oltre alla considerazione della rilevanza, e quindi della spendibilità in concreto del presupposto invocato rispetto alla decisione da adottare, la perimetrazione della stessa premessa in ragione di variabili quali il numero e la qualità delle posizioni in campo, la verificabilità e la falsificabilità delle medesime; variabili che con tutta evidenza incidono alternativamente, riducendolo o espandendolo, sullo spazio della decisione politico-amministrativa. In altre parole lo spessore della premessa scientifica, che ovviamente condiziona il giudizio sull'impiego che il decisore abbia fatto della prima, è direttamente correlato al grado di pluralismo teorico caratterizzante il contesto in cui è stato acquisito l'avviso scientifico, e quindi al carattere articolato del dibattito scientifico. A questa aspirazione a ricostruire i termini, ed anzi a favorire le condizioni per l'esistenza, di un contraddittorio scientifico<sup>17</sup> è in-

<sup>16</sup> Rappresenta «forme di più o meno palese sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico e della fisiologica presenza di divergenza tra gli esperti come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico»: L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 75.

<sup>17</sup> La relatività del sapere scientifico renderebbe «essenziale l'ascolto di più voci, tramite l'instaurazione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispecchiate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica»: L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 72.

tuitivamente sottesa l'esigenza di stimare il livello di opinabilità delle posizioni in campo.

Nella prospettiva di un sindacato di ragionevolezza non reso ostaggio della tecnica, la quota di opinabilità scientifica è fattore determinante per valutare la legittimità delle scelte operate a valle. Ma questa è una constatazione di segno neutro – cioè a dire serve appunto a stabilire quanto esteso sia il margine di apprezzamento lasciato al decisore da uno scenario che può caratterizzarsi per tratti di più o meno elevata incertezza – la quale non implica una opzione a favore della riduzione dei margini politici di apprezzamento.

Approdo che invece sembra in qualche modo evocato dall'accento posto dalla giurisprudenza costituzionale sulla “ragionevolezza scientifica” delle decisioni del legislatore, e cioè sulla necessità (dunque non un'operazione di segno neutro!) che le scelte compiute dal legislatore non si esauriscano sul terreno della discrezionalità politica ma coinvolgano valutazioni di ordine scientifico, ove chiaramente la scienza risulti di fatto interessata dalla questione di cui il diritto ha scelto di occuparsi<sup>18</sup>. In altri termini il formante giurisprudenziale qui richiamato<sup>19</sup> inferisce la sussistenza di criteri di legittimazione della scelta legislativa, ravvisandoli appunto nella scienza, richiedendo perciò un «*legislatore scientificamente informato*»<sup>20</sup>. Il tutto secondo un rapporto per così dire di proporzionalità inversa tra evidenze scientifiche e discrezionalità legislativa: le prime erodono lo spazio lasciato alla seconda<sup>21</sup>. A questo serve, o meglio, a stabilire

<sup>18</sup> Si rinvia alle considerazioni di A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit. (*supra* nota 14).

<sup>19</sup> Ed in effetti sebbene, come si cercherà di dire, si tratta di un formante giurisprudenziale che trova precise coordinate di contesto non pienamente replicabili nell'emergenza pandemica – non foss'altro che per la promiscuità di strumenti utilizzati per governare l'emergenza e non integralmente riconducibili alle fonti primarie, o comunque ad atti politici in senso stretto (ritenuti tradizionalmente «*liberi nel fine*»: E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, p. 110, A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 27) – il fatto che il rapporto tra tecnica e politica sia stato rilanciato nella vicenda attuale (lo sottolinea opportunamente U. RONGA, *Il governo nell'emergenza permanente: le modalità della produzione normativa*, cit., spec. p. 85 e nota 179 riferendosi al ruolo giocato dal Comitato tecnico-scientifico nel conformare lo schema di produzione normativa e di decisione del Governo, segnatamente rispetto all'adozione dei D.P.C.M.) proprio sul terreno dei condizionamenti spiegati dalla scienza, quasi inevitabilmente rievoca le questioni affrontate dalla giurisprudenza costituzionale con le sentenze nn. 282/2002 e 151/2009 cit., secondo l'A. in punto di rafforzamento della legittimazione di scelte normative restrittive da parte del presupposto tecnico-scientifico.

<sup>20</sup> Sul punto si veda ancora A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 19: «*Esemplare, al riguardo, è quanto sottolinea la stessa Corte costituzionale quando nella sentenza n. 96/2015 rimette all'opera di un legislatore 'scientificamente informato', per così dire, o a un legislatore che in qualche modo recepisca quanto emerge in sede di organi tecnico-scientifici, o a essi direttamente rimetta, la 'individuazione ... delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili*».

<sup>21</sup> Paradigmatico di questa dinamica relazionale è il passaggio in cui la Consulta (cfr. sent. n. 151/2009) osserva: «*la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)*». Sulla dinamica ricostruita in termini inversa proporzionalità si

se tale esito si sia prodotto, «*la verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*»<sup>22</sup>, che la Consulta ha richiesto, tra gli altri, nel caso in cui ebbe a valutare le scelte terapeutiche compiute con la legge regionale Marche n. 26/2002 sulla sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri simili interventi di psicoturgia, addentrandosi sul fronte dell'attendibilità del presupposto scientifico da eleggere, e indicando il carattere articolato del confronto tra posizioni esperte come criterio decisivo per l'accreditamento dello stesso presupposto. Che poi questa pericolosa operazione di distinguo tra le ipotesi in cui residuino o meno margini di discrezionalità attingibili dal legislatore conduca a risultati non univoci, e lasci spazio a giudizi anche critici nei confronti delle decisioni della Corte<sup>23</sup>, non sposta i termini della questione. Ma questa particolare curvatura del rapporto tra diritto e tecnica è senz'altro espressione della sede in cui viene ribadita e si assesta, e cioè la sede del sindacato sull'unico, vero, bilanciamento che è quello rimesso al legislatore<sup>24</sup>.

Ora, guardando alla produzione regolatoria che caratterizza allo stato i tentativi di contenere e gestire la diffusione del virus, si scorge innanzitutto un riferimento all'impiego di un approccio da parte del decisore, più che la prescrizione di un metodo al decisore, a muoversi responsabilmente in un contesto caratterizzato dal pluralismo teorico. Si pensi in questo senso ai riferimenti alle «conoscenze scientifiche finora disponibili» che avrebbero costituito le risultanze su cui si è basato il Comitato tecnico scientifico in vista, per esempio, dell'apertura delle scuole, o alla constatazione che «*le attuali strategie di contenimento sono basate sulle conoscenze scientifiche disponibili*»<sup>25</sup>. In secondo luogo, pare co-

---

veda G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 92: «*Secondo la Corte, in materie che richiedono valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore non può esercitare una piena discrezionalità politica, ma deve prendere in considerazione lo stato delle conoscenze scientifiche acquisite tramite istituzioni o organismi tecnico-scientifici*».

<sup>22</sup> Così C. cost., sent. n. 282/2002: «*Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*».

<sup>23</sup> Si veda in tal senso il riferimento a C. cost., sent. n. 84/2016 che «*con decisione pur criticabile, considera la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego di embrioni una scelta che rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore e non contraria di per sé a scelte che evidenze scientifiche sottraggono al legislatore*»: A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit., p. 49.

<sup>24</sup> Sembra utile a questo proposito richiamare l'avviso di M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, cit., p. 3: «*Se bilanciamento ha da essere, poi, è bene chiarire ch'esso spetta esclusivamente al legislatore. Le autorità amministrative che, in concreto, lo esercitano nei singoli casi pratici in realtà non bilanciano, ma applicano la decisione legislativa. E lo stesso fanno (dovrebbero fare) i giudici, anche costituzionali, perché il loro compito è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto*».

<sup>25</sup> Cfr. le Linee Guida del Ministero della Salute del 21.8.2020 Prot. n. 17167, recanti *Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di SARS-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia* che rinviano ai «*documenti tecnici del CTS (del 28.5.2020 e 22.6.2020 e ss. specificazioni)*» inviati al mini-

gliersi una sfumatura che arricchisce questo dato di metodo con un cenno all'attingibilità della condivisione tra le differenti posizioni. Sempre per restare, e a titolo meramente esemplificativo, sulla vicenda concernente la ripresa dell'attività scolastica, nel descrivere le finalità dello strumento operativo rappresentato dalle Linee Guida dell'agosto 2020, poi richiamate ed allegate al DPCM del 7.9.2020<sup>26</sup>, ci si riferiva all'adozione di «*modalità basate su evidenze e/o buone pratiche di sanità pubblica, razionali, condivise e coerenti sul territorio nazionale, evitando così frammentazione e disomogeneità*». L'impressione che se ne ricava è che il gruppo di lavoro che ha redatto il documento – costituito da rappresentanti dell'Istituto Superiore della Sanità e di altri autori che si assumono, dichiarando di non avere conflitti di interesse, «*la responsabilità dei dati scientifici e tecnici*» – abbia operato in sostanza un filtro di congruenza e credibilità tra le varie posizioni in campo, stabilendo in concreto quali di queste fossero quelle maggiormente condivise, e meritassero dunque di essere incluse nel documento.

La peculiarità di un quadro regolatorio, come quello da mesi diretto a fronteggiare l'emergenza e oggetto di osservazione, ricostruito nella convincente prospettiva offerta dalla «*catena normativa*»<sup>27</sup> attivata dalla dichiarazione dello stato di emergenza – come noto adottata con una Delibera del Cdm lo scorso 31 gennaio 2020 – impone di guardare alle norme attributive del/i poteri variamente esercitati per adottare i relativi atti. Questo mi pare un elemento decisivo per ricostruire il quadro delle limitazioni entro cui deve svolgersi la discrezionalità del decisore: un quadro che non può essere automaticamente assimilato a quello in cui si muove il legislatore, il quale si confronti essenzialmente con la Costituzione – da riempire in alcune ipotesi con il dato scientifico<sup>28</sup>, come rammenta la giurisprudenza a cui si faceva cenno – e che fornisce quindi le coordinate per un controllo giurisdizionale del bilanciamento legislativo. A questo dato si affianca la ripetuta opzione a favore della veste formale dell'atto amministrativo per la regolazione dell'emergenza, con tutte le perplessità che questa tendenza ha sollevato<sup>29</sup>, e segnatamente con i problemi, posti al centro

*stero dell'Istruzione*» e contenenti le indicazioni di riapertura della scuola e dei servizi educativi dell'infanzia.

<sup>26</sup> V. art. 1, c. 4, lett. 4, lett. a), D.P.C.M.7.9.2020 e All. 4. Di tale processo dà conto la Circolare del Ministero della Salute del 24.9.2020 prot. N. 30847, avente ad oggetto *Riapertura delle scuole. Attestati di guarigione da COVID-19 o da patologia diversa da COVID-19 per alunni/personale scolastico con sospetta infezione da SARS-CoV-2*, che riferendosi alle Indicazioni Operative citate sottolinea come esse siano state «*approvate dalla Conferenza Unificata, nella seduta del 28 agosto 2020, richiamate ed integralmente allegate dall'art. 1, comma 4, lett. a) del DPCM del 7 settembre 2020*».

<sup>27</sup> Su questa, nella prospettiva di rintracciare il «*fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi)*» si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

<sup>28</sup> Su questo ancora A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit., osserva che «*la giurisprudenza costituzionale ... distingue le ipotesi in cui dalla Costituzione, riempita di significato dal dato scientifico, si possano ritrovare rime obbligate che consentano interventi additivi oppure no, riconoscendo discrezionalità legislativa e quindi spazio alla scelta politica*».

<sup>29</sup> Tra le posizioni critiche in questo senso si veda quella di M. CAVINO, *Sulla illegittimità costituzionale dei decreti legge adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19*, in M. MALVICINI, T. PORTALURI, A. MARTINENGO (a cura di), *Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergen-*

della riflessione dalle sfide emergenziali<sup>30</sup>, di smottamento di equilibri, di limiti ai poteri, delle linee di confine tra politica e amministrazione. Queste indicazioni che giungono dal piano empirico indeboliscono l'idea di una prescrittività della conformazione scientifica della discrezionalità, che in tempo di pandemia è oltretutto, come segnalato, il più delle volte e malgrado il carattere sfumato della distinzione tra atti politici e atti politico-amministrativi<sup>31</sup>, una discreziona-

---

*ziale al post-Covid-19*, cit., p. 49 ss., spec. p. 55 ss., appuntata sulla adeguatezza dello strumento scelto per raggiungere i risultati di contenimento del contagio, segnatamente rispetto all'alternativa D.P.C.M.-D.L. L'A. osserva che «*legittimo nutrire qualche perplessità sulla catena di provvedimenti che ha il suo primo anello nel decreto legge n. 6/2020. Non già, in concreto, sulla proporzionalità del sacrificio che concretamente è stato imposto al godimento dei diritti rispetto alla tutela dell'interesse collettivo, quanto, piuttosto, sulla adeguatezza dello stesso decreto legge a soddisfare le riserve di legge che quegli stessi diritti presidiano*» ... «*le misure adottate con i DPCM emanati tra l'8 e l'11 marzo 2020 avrebbero dovuto formare l'oggetto di un altro decreto legge. Le forti limitazioni ... avrebbero dovuto essere disposte con un provvedimento che, pur giustificato dalla straordinarietà, dalla necessità e dall'urgenza, è mitigato nella sua portata autoritaria da garanzie che non ne compromettono l'efficacia*».

<sup>30</sup> G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, p. 12: «*L'esperienza storica, l'esempio offerto dal diritto comparato e l'elaborazione dottrinale convergono nell'evidenziare come le situazioni di necessità producono non solo una compressione – più o meno incisiva – dei livelli di protezione dei diritti costituzionali, ma anche un'alterazione della forma di governo (per quanto concerne i rapporti tra Parlamento ed esecutivo), di Stato (con specifico riferimento alle relazioni interistituzionali all'interno degli ordinamenti federali e regionali) e del sistema delle fonti (a proposito dell'attribuzione della potestà normativa). Ciò in quanto si determina una concentrazione dei poteri decisionali che pone in crisi il principio della separazione dei poteri*».

<sup>31</sup> Assumendo come presupposto di metodo in questa analisi la difficoltà di inquadramento dei “poteri necessari” e degli atti in cui si traducono, con conseguenti incertezze sul ruolo da ascrivere agli organi giurisdizionali, i diversi chiamati in causa. A proposito del ruolo degli organi di giustizia costituzionale durante le situazioni di emergenza G. ROLLA, *op. cit.*, osserva come «*l'esercizio dei 'poteri necessari' – al pari dei c.d. 'atti politici' – sfugge alle ordinarie forme di scrutinio poste in essere dai giudici (comuni e costituzionali), rientra nell'ampia discrezionalità degli organi di indirizzo politico: per cui l'intervento della giurisdizione si può manifestare all'interno del rapporto tra discrezionalità politica e 'imperio della Costituzione', consistendo ... nella verifica se i provvedimenti di emergenza siano conformi a criteri di razionalità e proporzionalità*». Sulla natura politico-amministrativa della discrezionalità si veda anzitutto A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 65 ss.: «*Nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio lato sensu politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza*». La discrezionalità intesa come potere di valutazione rimesso ai singoli enti pubblici è pacificamente qualificata come “politico-amministrativa”. In tema G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 1-2, 2016, p.107 ss., ricorda come sia «*acquisizione consolidata nella scienza giuridica che la nozione di discrezionalità nasca nell'ordinamento francese nella prima metà del diciannovesimo secolo, per indicare gli atti dell'amministrazione sottratti al sindacato giurisdizionale, quindi nell'alveo del principio di separazione dei poteri, per poi passare progressivamente al polo opposto, segnato dalla rilevanza del principio di legalità e di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione*». Delle impostazioni diverse che hanno rispettivamente parlato di «*discrezionalità come ponte tra legittimità e merito*» (rinviando sul punto al pensiero di M.S. GIANNINI, *Il potere di potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e*

lità politico-amministrativa. In questa prospettiva la questione nodale risiede più che nel carattere indispensabile della copertura tecnica delle scelte e nelle proprietà irrinunciabili, in termini di quantità e qualità, della tecnica da utilizzare (quanto aperto e diffuso deve essere il confronto, quanto larga la condivisione delle posizioni), ancora una volta nella ragionevolezza della decisione politico-amministrativa che del presupposto tecnico fa applicazione, e negli strumenti per verificarne la ragionevolezza. È in relazione a questo ultimo punto che le acquisizioni della scienza giuridica in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica possono probabilmente fornire<sup>32</sup> qualche strumento utile ad evitare che il coinvolgimento della tecnica possa alimentare sacche di irresponsabilità in prima battuta, e fiaccare il controllo giurisdizionale attivabile poi.

### 3. Sulla trasparenza dei procedimenti che “raccolgono” valutazioni tecnico-scientifiche

Il *target* delle preoccupazioni che è legittimo nutrire nei confronti di un impiego poco accorto, o peggio capzioso, della tecnica, deve appuntarsi dunque sulla accettabilità democratica delle misure restrittive, apparentemente più perniciose per la tutela dei diritti, nonostante ad uno sguardo più attento anche le misure di segno positivo appaiano altrettanto problematiche, in quanto idonee a tradursi nei fatti in una discriminazione tra i potenziali beneficiari<sup>33</sup>. Allo-

---

*nella dottrina successiva*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, p. 1046 ss.) o di «funzione amministrativa come energia» (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rass. dir. pubbl., 1950, p. 1 ss.) «il tratto unificante ... è rappresentato dalla comune intenzione, di chiara ascendenza liberale, della neutralizzazione del potere pubblico». Sulla distinzione tra atti politici e atti amministrativi che pure lambisce i confini della riflessione che si sta conducendo, si rinvia a Cons. St., Sez. V, 27.7.2011, n. 4502, in Foro amm.- C.d.S., 2011, p. 2439: «gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge». Nel dibattito in ordine alla sindacabilità dell'atto politico, anche per effetto dei condizionamenti esercitati sulla questione dall'art. 7 c.p.a. si veda G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in Dir. amm., 3, 2012, p. 329 ss. In tema pure G. CERRINA FERRONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in Lacostituzione.info, 7.2.2019. Riferisce della relazione di continuità, nonché di parziale sovrapposizione tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo, determinata dalla circostanza che «il compito di mediazione politica è suscettibile di penetrare capillarmente ogni livello decisionale non potendo restare confinato a priori alla sfera della normazione ... ma estendendosi alle funzioni esecutive in senso stretto» si veda di recente P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in federalismi.it, 32/2020.

<sup>32</sup> Cfr. *infra* par. 4 e 5.

<sup>33</sup> Secondo la nota dinamica che si produce in presenza dell'adozione di atti ampliativi e del loro effetto “ambivalente” (rispettivamente nei confronti dei destinatari e dei soggetti diversi da questi), con tutto ciò che essa determina sul piano della “tutela del terzo”. La questione, che con evidenza l'economia di questa breve riflessione consente solo di richiamare (in argomento tra gli altri v. A. TRAVI, *La Dia e la tutela giudice del terzo fra pronunce del giudice amministrativo e riforme legislative del 2005*, in Urb. e app., 2005, p. 1332 ss; ID., *Silenziò-assenso, denuncia di inizio attività e*

ra, va senz'altro ribadito il carattere essenziale della rete di garanzie preordinata ad assicurare tale accettabilità entro un modello appunto democratico – e specie ove decifrato secondo la prospettiva della «sovranità trattenuta»<sup>34</sup> – e degli strumenti atti ad accertarne il rispetto.

Rispetto a tale obiettivo si rivela essenziale perimetrare l'area in cui il momento autenticamente ponderativo trova campo, delimitando in sostanza, rispetto ai casi concreti presi in considerazione, il terreno di esercizio dei canoni di logicità, ragionevolezza, proporzionalità, utili in prima battuta all'amministrazione dell'emergenza, ed in seconda al giudice che quella ponderazione sarà chiamato a valutare. È evidente il valore determinante, ai fini di una compiuta valutazione di questi profili, della disponibilità degli atti in cui precipitano le valutazioni tecnico-scientifiche in senso stretto. Ragionando in termini precauzionali – qualora il principio risulti applicabile, ossia proprio quando vi sia una incertezza scientifica sugli scenari di rischio – rileverebbe la disponibilità degli atti di valutazione del rischio, primo passaggio nella sequenza rilevante<sup>35</sup>. È a tutti nota la vicenda che ha visto accogliere dal TAR del La-

*tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p.16 ss.; F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova scia*, in ID., *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 9 ss.), pone con evidenza la necessità di distinguere tra le ipotesi in cui l'ampliamento conseguente al rilascio del provvedimento non si accompagna a misure di conformazione amministrativa (considerando a titolo esemplificativo le autorizzazioni si veda per tutti F. G. COCA, *Il Provvedimento*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 294: «autorizzazioni ... intese ad attuare programmi, rispettare criteri distributivi o consentire il rispetto di contingentamenti») da quelle in cui invece tale esito si verifichi evidenziando la necessità di una composizione di interessi e di un esame di compatibilità tra interesse privato e interesse pubblico che nelle autorizzazioni c.d. ricognitive è del tutto sfumato ed anzi schiacciato. Sulla conseguenza dei processi di liberalizzazione nel senso di aver privato «la fattispecie sostanziale dei suoi possibili 'terzi' si veda R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2003, p. 1024 ss.

<sup>34</sup> Sul paradigma della «sovranità trattenuta» si veda la riflessione sedimentata di L.R. PERFETTI, di cui si trova una sintesi tra gli altri nel lavoro, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 61 ss, spec. p. 101, dove si legge: «sembra possibile rendersi conto che nel nostro ordine costituzionale la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con il trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza» (ibidem, cfr. pure p. 113, aggiungendo (p. 120): «Poiché sono diritti fondamentali che si trattengono nell'area della sovranità individuale, non è l'autorità a crearli o garantirli e, giacché albergano nella dimensione sociale della persona, fondativa dell'ordine costituzionale, sono oggetto di riconoscimento proprio nel momento in cui quell'ordine si costituisce»). In tema, dello stesso A., si veda, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 1/2019, 43 ss., e *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 850 ss..

<sup>35</sup> Si veda A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., che rammenta la scansione imposta dal principio di precauzione, articolata in tre momenti: valutazione del rischio, gestione del rischio, comunicazione del rischio. Sul principio di precauzione v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 2177; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile?"*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, p. 61; A.

zio<sup>36</sup> l'istanza – sostenuta dalla Fondazione Einaudi, e promossa in via giudiziale da una serie di soggetti legati all'ente perché componenti dei suoi organi – avverso il diniego del Dipartimento della Protezione Civile dell'accesso civico generalizzato ad alcuni verbali delle riunioni del Comitato tecnico scientifico<sup>37</sup>, in base ai quali erano stati adottati i principali D.P.C.M. per far fronte all'emergenza; e ha visto la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che aveva secretato nel frattempo gli atti, appellare la decisione dinanzi al Consiglio di Stato per il danno concreto procurabile dall'ostensione «*all'ordine pubblico e alla sicurezza*» «*sia in relazione alle valutazioni tecniche che agli indirizzi generali dell'organo tecnico*». Il decreto presidenziale cautelare con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'efficacia della sentenza del TAR è particolarmente utile per richiamare un dato di metodo che dovrebbe guidare chi si appresti a riflettere sulle spigolature del rapporto tra diritto e tecnica in questa particolare vicenda. Si legge nel decreto che «*gli atti – compresi quelli endoprocedimentali – adottati durante il periodo della emergenza Covid-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità nel panorama ordinamentale italiano, tanto da ritenersi impossibile – come la stessa appellante riconosce – applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali 'atti amministrativi generali' ovvero 'ordinanze contingibili e urgenti', pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali*»<sup>38</sup>. La premessa metodologica cui si faceva cenno si lega – in coerenza con il tratto connotativo del rimescolamento delle sfere della politica e dell'amministrazione, assunto dalla disciplina dell'emergenza – all'opportunità di ricomporre sostanza (normativa-capacità di derogare il quadro normativo vigente) e forma (amministrativa-di ordinanza essenzialmente) dell'atto, andando al di là della classificazione formale ed espressa operata dal legislatore<sup>39</sup>, alla luce di un condivisibile criterio discrezionale

FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 14; M.P. CHITTI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 142; F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 32/2020.

<sup>36</sup> Tar Lazio, Sez. I *quater*, 22.7.2020, n. 8615.

<sup>37</sup> Si tratta in particolare dei verbali del CTS del: 28.2.2020 n. 12 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.3.2020; 1.3.2020 n. 14 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.3.2020; 7.3.2020 n. 21 citato nelle premesse del D.P.C.M. 8.3.2020; 30.3.2020 n. 39 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.4.2020; 9.4.2020 n. 49 citato nelle premesse del D.P.C.M. 10.4.2020.

<sup>38</sup> Cons. St., sez. III, 31.7.2020, n. 4574. La sentenza del Cons. St., sez. III, 11.9.2020 n. 5426, che si è pronunciata sull'appello della decisione del TAR n. 8615/2020 cit. proposto dalla Presidenza del Consiglio di Ministri, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, preso atto della rinuncia dell'appellante all'impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse, avendo l'amministrazione come noto reso ostensibili e rilasciato copia di tutti gli atti richiesti.

<sup>39</sup> Che però, dalla lettura del decreto monocratico n. 4574/2020 cit. avrebbe la sua rilevanza, posto che nel segnalare l'inidoneità degli «*atti amministrativi generali*» ad «*incidere, in modo tanto significativo, su diritti fondamentali della persona*» si aggiunge che un simile effetto potrebbe scaturire dalle «*ordinanze contingibili e urgenti che, però, nella legislazione anti-Covid, sono solo quegli atti (ad es. del Ministero della Salute) che in tal modo la legge qualifica espressamente*». È purtuttavia rilevante collocare questa puntualizzazione nell'economia di un'argomentazione tesa a escludere la capacità dei

che è la presenza di un perimetro di legittimazione formale del potere, che è nella norma che lo fonda<sup>40</sup>. La giuridificazione della fattispecie e dunque del potere – che implica senz'altro l'assenza di libertà nel fine – funziona sinergicamente con l'argomento della effettività e della pienezza della tutela, in modo da erodere gli spazi ai quali non sia dato accesso al giudice comune<sup>41</sup>, in qual-

---

verbalmente in quanto tali – in ragione di una loro qualificazione come «atti presupposti per l'azione di atti amministrativi generali» o «tout court come atti amministrativi generali» – di incidere in senso severamente restrittivo delle libertà fondamentali.

<sup>40</sup> Sul punto si segnala ancora lo studio di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., che individua la norma attributiva del potere su cui si fonda il provvedimento che avrebbe attivato la sequenza di atti rilevanti, ossia la Delib. CdM recante la dichiarazione dello stato di emergenza negli articoli 7, c. 1 e 24, c. 1, del d. lgs. n. 1/2018, nonché nell'art. 24, c. 2, del medesimo Codice di protezione civile che chiarisce che durante tale stato sono adottabili gli interventi di cui all'art. 25, c. 1, lett. a) e b). A proposito della norma attributiva del potere di ordinanza del PdCM, ancorché espressosi nella forma tipica del D.P.C.M., l'A. condivide la qualificazione di questi ultimi in termini di ordinanze su cui E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.; nonché M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.) dotate di valore normativo quanto alla capacità derogatoria del quadro giuridico vigente, e non meramente attuative o di coordinamento dell'attuazione. La duplice legittimazione delle medesime rimonderebbe sia al Codice di protezione civile che ai decreti-legge adottati, posto che l'art. 25, c. 1 del d. lgs. n. 1/2018 fornisce copertura agli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza, pur nei limiti indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'UE, limiti che non essendo stati di fatto fissati dalla deliberazione stessa dello scorso gennaio, sono integrati appunto dai decreti-legge. A ciò si aggiunge la considerazione che l'art. 24 del d. lgs. n. 1/2018, rinviando alla delibera dichiarativa dello stato di emergenza, sarebbe la fonte legittimante delle ordinanze del Capo del Dip. Protezione civile (che sono le uniche espressamente contemplate dalla delibera dello stato di emergenza effettivamente adottata) ma non dei D.P.C.M.. Deve darsi conto che ad oggi, in particolare rispetto alla successiva adozione di due deliberazioni del CdM – del 29.7.2020 e del 7.10.2020 – che hanno prorogato rispettivamente al 15 ottobre 2020 e 31 gennaio 2021 lo stato di emergenza, non rileva alcun supplemento sul piano della determinazione dei limiti al potere di ordinanza esercitabile per l'emergenza sanitaria, anzi nelle successive due ordinanze scompare la puntualizzazione relativa alla natura degli atti con i quali si sarebbe data attuazione agli interventi di cui all'art. 25 del Cod. protezione civile. Per la classificazione della dichiarazione dello Stato di emergenza in termini di “atto amministrativo a carattere generale” cfr. C. cost. n. 83/2010 che ne ha ribadito la sindacabilità «sotto il profilo di legittimità da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze».

<sup>41</sup> Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3/2012, pp. 329-414, che osserva «il richiamo alla ‘giuridificazione’ della fattispecie si abbina al principio di effettività e pienezza della tutela, che funge da corollario retorico del discorso», e considera poi come spesso «quanto si ‘guadagna’ in termini di potenziale impugnabilità dell'atto, rispetto agli altri ‘atti costituzionali’, si perde poi in concreto, perché il giudice amministrativo dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo che nel caso in esame non sussista un interesse legittimo a contestare la data scelta per la consultazione referendaria». Nello specifico ci si riferiva al contrasto tra giudice amministrativo di prima e seconda istanza in merito alla questione della sindacabilità dinanzi ad esso – esclusa dal primo giudice – del D.P.R. con cui si fissavano i confini dei collegi uninominali per le elezioni provinciali in Puglia, in ragione di una divergente prospettazione dell'atto in questione come atto politico (TAR Puglia, Bari, sez. III, 18.5.2009, n. 1183 e Cons. St., Sez. V, 6.5.2011, n. 2718). L'A. continua osservando che lo spostamento del focus di attenzione sulle «istituzioni di garanzia» in luogo di quelle di governo, è

che misura ridimensionando anche le incertezze scaturenti dall'instabilità dei confini tra decisione politica e politico-amministrativa cui si faceva cenno.

Ora il fatto che l'ostensione dei documenti scientificamente rilevanti – per esempio attraverso il canale dell'accesso civico – consenta di consegnare alla osservazione comune dati tecnici, come ad esempio un numero contenuto di contagi in alcune aree del paese all'epoca in cui furono adottate le misure restrittive “trasversali” più severe, e quindi l'evidenza che la decisione, involgente profili di amministrazione attiva, di confinare tutta la popolazione italiana non fosse necessitata, o come è stato osservato, fosse una “decisione politica”, non sembra a chi scrive né scandaloso né sorprendente, anzi. Il problema è allora quello di valutare l'adeguatezza, la proporzionalità e la plausibilità della scelta, rispetto alle coordinate giuridico-formali restituite al decisore dalla norma attributiva del potere.

In questo contesto, talora, la tecnica sembra insinuarsi offrendo alla considerazione comune elementi per valutare l'appropriatezza della norma attributiva del potere, per esempio, sul piano della coerenza e del rispetto delle garanzie che la Corte costituzionale ha tessuto per lasciare l'esercizio dei poteri di ordinanza<sup>42</sup> nel solco della legittimità costituzionale, attraverso il richiamo al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. La questione è riferita alla presenza della scienza nell'economia di previsioni normative che consentano al Governo di adottare misure restrittive – in seconda battuta, secondo la dinamica binaria diffusamente utilizzata in questi mesi basata su decreti-legge e d.p.c.m. – e ha indotto taluno ad esprimere rilievi critici sul quadro normativo per il fatto che «*il coinvolgimento di organi tecnico-scientifici*»<sup>43</sup> non fosse stato declina-

---

scaturito dalla «*sempre più evidente affermazione dei diritti fondamentali*», unitamente «*alla progressiva caduta dei tradizionali steccati tra potere esecutivo e potere legislativo*», che non opera nel «*segno dell'immunità del potere, ma, al contrario, dell'estensione delle garanzie, sia nel caso di “amministrativizzazione” del procedimento legislativo (si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi-provvedimento), sia, specularmente, in caso di “politizzazione” del procedimento*». Tra le posizioni critiche nei confronti della qualificazione come attività libera nel fine della individuazione dei collegi uninominali si veda quella di F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3613 ss.

<sup>42</sup> Sulla cui natura normativa, oltre che amministrativa, si veda l'ampio studio di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2019.

<sup>43</sup> G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 145 ss. che sottolinea tale mancato coinvolgimento nel giudicare gli errori implicati dai contenuti del D.L. n. 6/2020, avvertendo poi l'insufficiente correzione di tiro operata con il successivo d.l. n. 19/2020 che ha «*previsto, seppure soltanto “di norma”, il parere di un comitato tecnico-scientifico istituito presso la protezione civile*». L'A. segnala, nella comparazione con l'approccio messo in campo in Francia, su questo specifico aspetto, come la disciplina attributiva dei poteri di fronteggiare l'emergenza in atto, oltre ad essere contenuta in una legge del Parlamento (la legge d'urgenza n. 2020-290) con l'effetto di implicare l'assunzione della relativa responsabilità da parte dell'organo legislativo, abbia comportato un coordinamento con la legislazione sanitaria nazionale (integrata convenientemente a conferma della ricerca di una coerenza “con il precedente assetto”), e abbia previsto l'istituzione e il ricorso ad un comitato di scienziati nominati dal PdR quale bilanciamento dei poteri intestati al Governo.

to come un indispensabile passaggio per l'adozione degli atti rilevanti, rinunciando a dare così rilevanza sul piano procedimentale ad una pregressa scelta organizzatoria<sup>44</sup>. Nel caso italiano una delle opzioni accolte sul piano organizzatorio in ordine allo spazio della tecnica si è appunto tradotta, tra le altre cose, nella istituzione del Comitato tecnico-scientifico. La scelta di non affidare la decisione finale sulla valutazione del rischio a quest'ultimo<sup>45</sup> (né ad un diverso eventuale organismo indipendente, o semi-indipendente), e di circoscriverne il contributo ad un passaggio di rilievo consultivo<sup>46</sup> nell'iter di adozione delle decisioni rilevanti, non appare operazione di segno neutro. Muovendo da ciò che sarebbe auspicabile prescrivere la norma attributiva del potere (il piano del dover essere) al fine di articolare in maniera equilibrata i rapporti tra diritto (decisione politico-amministrativa) e tecnica<sup>47</sup>, a ciò che effettivamente essa enuncia (il piano dell'essere), il risultato di una simile previsione appare quello

<sup>44</sup> Sul carattere decisivo dei profili organizzativi implicati dall'impiego della tecnica da parte delle amministrazioni, non altrettanto indagati rispetto a quanto lo sia stata la prospettiva dell'attività amministrativa e della tutela si veda C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, p. 1 ss..

<sup>45</sup> Sul ruolo del CTS tra gli altri L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 1, 2020, p. 44-45; A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit.; U. RONGA, *op. cit.*, p. 85; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18.3.2020. In particolare l'istituzione è avvenuta con ordinanza del Capo Dip. Protez. Civ., n. 630 del 3.2.2020 (ma si veda anche il Decreto del Capo Dip. Protez. Civ. n. 371 del 5.2.2020, posto che con l'art. 2 della precedente delibera si disponeva che «il Capo del Dipartimento della protezione civile, per il superamento dell'emergenza in rassegna si avvale di un Comitato tecnico-scientifico, istituito con proprio provvedimento». Si veda altresì l'ord. del Capo Dip. Protez. Civ. n. 663 del 18.4.2020 con la quale è stata ridefinita la composizione dell'organo: su cui si veda A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici*, cit.; e C. ACOCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, cit., anche per le notazioni critiche sulla scelta di affidarsi ad un duplice registro di competenze, da affidare rispettivamente al Comitato tecnico-scientifico e a quello, di successiva istituzione (D.P.C.M. del 10.4.2020), di esperti in materia economica e sociale. A questo si aggiunge il ruolo dell'ISS al quale l'ord. Capo Protez. Civ. n. 640 del 27.2.2020 affida la sorveglianza epidemiologica e microbiologica sul Coronavirus, e la predisposizione a tale fine di una piattaforma specifica per la raccolta di dati, che le Regioni sono tenute ad alimentare: su questo v. L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*

<sup>46</sup> Il d.l. n. 19/2020, con l'art. 2, intervenendo su una lacuna lasciata aperta dal d.l. n. 6/2020, ha previsto che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza di proporzionalità, i provvedimenti (misure di contenimento) ... sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico». A partire dall'adozione del DPCM del 10.4.2020, (v. pure 26.4.2020) i verbali delle riunioni del CTS, consultabili all'indirizzo [http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-ambientale/emergenze/emergenza-rifiuti-campania?p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_assetEntryId=1323858&\\_101\\_type=content&\\_101\\_urlTitle=verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus&inheritRedirect=false](http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-ambientale/emergenze/emergenza-rifiuti-campania?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1323858&_101_type=content&_101_urlTitle=verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus&inheritRedirect=false), sono richiamati nelle premesse (“preso atto”)... “visti”) degli stessi D.P.C.M..

<sup>47</sup> Ossia rinunciando a cogliere le implicazioni di quella tendenza che giudica dell'appropriatezza del bilanciamento legislativo (si vedano *supra* i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sulla necessaria presenza della scienza in funzione conformativa dell'attività del legislatore) rispetto allo spazio riservato ai saperi scientifici, e a riferire le stesse implicazioni all'attività legislativa che detta norme attributive di poteri emergenziali.

di non “diluire” la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento<sup>48</sup>, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività<sup>49</sup> – e di non incoraggiare uno “scivolamento” verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate. E vale la pena di segnalare che l’opzione adottata e che ispira tali considerazioni, non pare sconfessata dalla linea che solo apparentemente affida la derogabilità delle disposizioni restrittive adottate dal Governo in via esclusiva al Comitato tecnico-scientifico<sup>50</sup>, ma si presta, ancora, a decifrare in linea generale i rapporti tra il primo e il secondo. In questa direzione va anche la strategia di contenimento del contagio recentemente affidata ad un sistema a doppia velocità nel quale si affiancano, a misure valide sull’intero territorio nazionale<sup>51</sup>, misure con efficacia circoscritta al territorio di Regioni – entrambe stabilite dal D.P.C.M. – che presentino congiuntamente scenari di trasmissione e livelli di rischio differenti (più elevati) da quelli caratterizzanti il resto del Paese, nonché ascrivibili ad un duplice ordine di situazioni, rispettivamente uno «scenario di massima gravità» (o «di tipo 4») in combinazione con un «livello di rischio alto»<sup>52</sup> ed uno «scenario di elevata gravità» (o «di tipo 3») in combinazione con un «livello di rischio alto»<sup>53</sup>. Il meccanismo di classificazione delle Regioni in base all’andamento epidemiologico nei rispettivi territori è teso a consentire una rimodulazione continua (in senso «restrittivo o permissivo»<sup>54</sup>) delle misure di contenimento in ragione dei dati oggetto di un monitoraggio settimanale<sup>55</sup>. Lo snodo fondamentale di questo si-

<sup>48</sup> Si vedano sul punto le considerazioni svolte da M. RAMAJOLI, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 203, che giustifica in questi termini l’attribuzione delle tecniche di *direct regulation* nel settore delle sostanze chimiche, così come in quelli alimentare e farmaceutico, alla Commissione europea anziché ad agenzie europee.

<sup>49</sup> Si rinvia alle notazioni richiamate *supra* alla nota 34.

<sup>50</sup> Linea di cui vi è una traccia anche recente nella lettera del D.P.C.M. del 3.11.2020, art. 1, c. 6, a mente del quale: «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 sono comunque derogabili esclusivamente con Protocolli validati dal Comitato tecnico-scientifico di cui all’articolo 2 dell’ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, del Capo del Dipartimento della protezione civile».

<sup>51</sup> Art. 1, D.P.C.M. del 3.11.2020: «Misure urgenti di contenimento del contagio sull’intero territorio nazionale».

<sup>52</sup> Cfr. art. 3, del D.P.C.M. del 3.11.2020: «Ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto».

<sup>53</sup> Cfr. art. 2, del D.P.C.M. del 3.11.2020: «Ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata gravità e da un livello di rischio alto».

<sup>54</sup> Così recita il documento tecnico che detta le indicazioni in punto di «Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale», Allegato (n. 25) al D.P.C.M. del 3.11.2020 cit., redatto da un gruppo di lavoro presso il Ministero della Salute e l’Istituto Superiore di Sanità, e condiviso l’8.10.2020 dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome.

<sup>55</sup> Monitoraggio coordinato dal Ministero della Salute che coinvolge Regioni e Istituto Superiore di Sanità attraverso una apposita cabina di regia, disposto ed avviato, per la verità, sin dallo scorso maggio, con frequenza settimanale come stabilito dall’Allegato 10 (recante «Principi per il monitoraggio del rischio sanitario connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2») al D.P.C.M. del 26.4.2020. Per i criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario si veda il D. Ministero della Salute del 30.4.2020. Il documento dell’8.10.2020 allegato al D.P.C.M. de.

stema di classificazione del rischio in ciascuna regione è rappresentato dall'esercizio dei poteri di ordinanza del Ministro della Salute, attraverso i quali opera concretamente l'inclusione di ciascuna regione in una delle due fasce di rischio alle quali fanno rispettivamente riferimento gli articoli 2 e 3 del D.P.C.M. del 3.11.2020, e per le quali sono previste misure restrittive più severe di quelle dettate dall'art. 1 del decreto per l'intero territorio nazionale, o piuttosto nella fascia residuale alla quale sono destinate appunto queste ultime. Il dialogo tra la doppia sede – in ogni caso centrale (D.P.C.M. – ordinanza del ministro della salute) – di esercizio del potere di ordinanza<sup>56</sup>, che attiva l'applicazione in concreto dei tre ordini di misure stabilite il 3 novembre 2020, contempla un intervento in sede consultiva del CTS “sui dati monitorati”.

In questo quadro anche i tentativi di rafforzare il corredo di garanzie (procedimentali) che circonda l'espressione dei poteri tecnici (la *disclosure* dei verbali), non paiono essere mossi dall'esigenza (né producono l'effetto) di rinvenire nella “democrazia procedimentale” uno strumento di legittimazione dell'operato dell'organo tecnico in sé. Questo avrebbe potuto essere il caso se fosse stata accolta una diversa opzione sul piano organizzatorio. Piuttosto essi finiscono, più semplicemente, per rivelarsi funzionali all'arricchimento dello strumentario disponibile ai destinatari delle misure (la collettività), ed in via eventuale al giudice, per valutare la plausibilità del percorso seguito dall'amministrazione.

#### **4. La giuridificazione del potere di governo dell'emergenza: lo spazio della ponderazione e lo spazio della premessa tecnico-scientifica**

A fronte della continuità e delle instabili linee di confine tra dimensione politica in senso stretto e dimensione politico-amministrativa, è senz'altro rassicurante la prospettiva di adire un giudice come quello amministrativo, e di rivolgersi, sulla base dei dirimenti criteri della esistenza di una norma attributiva del potere e della idoneità dell'atto a produrre direttamente effetti lesivi nei confronti dei destinatari, allo strumentario tipico di un giudizio impugnatorio, enormemente arricchitosi, tanto da consentire di prospettare quella di legittimità come una giurisdizione piena<sup>57</sup>. La questione centrale nella prospettiva di tu-

---

3.11.2020 cit., declina i principi fissati ad aprile scorso (soglie definite negli indicatori e valori di allerta funzionali alla valutazione del rischio) «*in modo più dettagliato in base agli scenari di trasmissione descritti*» nello stesso documento.

<sup>56</sup> Ancorché debbano essere «*sentiti i Presidenti delle Regioni interessate*» per l'adozione ai sensi degli artt. 2, c. 1, e 3, c. 1 del D.P.C.M. del 3.11.2020 cit. dell'ordinanza del Ministro della Salute con cui sono individuate le regioni che si collocano rispettivamente nello scenario di elevata e massima gravità.

<sup>57</sup> In tema A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001; ID., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima*

tela dei diritti va riportata almeno in questa vicenda, e almeno rispetto alla quota prevalente di atti adottati al fine di fronteggiare l'emergenza – ordinanze a vari livelli di governo – agli snodi del sindacato della discrezionalità politico-amministrativa (in questo caso condizionata dal presupposto scientifico), essendo il *focus* della valutazione quello del ragionevole uso che sia stato fatto della discrezionalità perimetrata dalla norma attributiva del potere, ancorché gli atti in cui essa si trasfonde abbiano la capacità di derogare il quadro normativo vigente<sup>58</sup>. Le possibilità schiuse dalla qualificazione in termini amministrativi dell'atto spostano, come evidente, i termini della questione sui poteri del giudice e sull'oggetto della verifica da parte del giudice: «*non solo sugli elementi di fatto (gli 'eventi') su cui si fonda il potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione*»<sup>59</sup>. In tal senso l'orizzonte della valutabilità degli atti di emergenza vale anche a guidare la loro collocazione nel quadro ordinamentale. Di questo segno appaiono le puntualizzazioni tese ad ancorare la legittimazione degli atti di gestione dell'emergenza – *in primis* delle ordinanze libere – non solo al principio di legalità in senso formale, la presenza di una norma legislativa attributiva del potere, ma anche alla sussistenza di parametri alla stregua dei quali valutare la legittimità del concreto esercizio del potere di ordinanza: ossia che si sia svolto «*in modo proporzionato e adeguato alla situazione di fatto che si tratta di fronteggiare*»<sup>60</sup>.

Quanto alle opportunità effettivamente schiuse dal sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, nelle pieghe del dibattito in ordine alla intensità di tale sindacato sulla discrezionalità tecnica si rinvergono indicazioni: esso

---

*stagione della "giurisdizione propria", in B. GILBERTI, Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi, Napoli, Giapeto, 2019, 65; F. GOISIS, Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in P.A. Persona e amministrazione, 2018, p. 199 ss.; L.R. PERFETTI, La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, p. 237 ss.; M. ALLENA, Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; F. LIGUORI, Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, p. 219 ss.; B. GILBERTI, Consulenza tecnica, pienezza del sindacato giurisdizionale e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043, in Dir. proc. amm., 2/2015, p. 741.*

<sup>58</sup> Sulla distinzione tra portata normativa e portata innovativa delle disposizioni, determinante ai fini della classificabilità delle medesime nel novero delle fonti del diritto si rinvia a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, 2004, Padova, p. 241, che richiama sul punto C. cost. n. 4/1977: «*le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il solo fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge*». Ma sulla classificabilità delle ordinanze come “fonti normative”, per una diversa configurazione qui accolta della relazione capacità derogatoria-innovatività, si veda E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., spec. p. 255 (si cui già *supra* nota 40).

<sup>59</sup> Così F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 242.

<sup>60</sup> A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 219 citato da E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 244-245 che sottolinea come tale rapporto tra fatto e atto emergenziale possa essere utilizzato al fine di integrare la fattispecie di legge.

si conferma sovente un giudizio, più che su valutazioni esclusivamente scientifiche, su forme di discrezionalità “mista”. Queste si esprimono attraverso decisioni, condizionanti l'attività o la condotta da tenere (per esempio nel solco del c.d. “controllo di non contrasto”, e quindi con le autorizzazioni, classico strumento di *command and control*)<sup>61</sup>, che dipendono in parte dalla valutazione scientifica del rischio legato a tale attività/condotta, e in parte dalla ponderazione di una serie di interessi.

Il tema centrale posto dal sindacato del g.a. sulle valutazioni tecnico-discrezionali non investe tanto, come si avvertiva in precedenza, il controllo di ragionevolezza scientifica delle scelte compiute dal decisore e quindi la plausibilità della assunzione a presupposto della scelta polistico-amministrativa di tali valutazioni in termini di “evidenze scientifiche”, quanto, piuttosto, il grado in cui il giudice possa entrare nel controllo di scelte ponderative, ancorché per un tratto fondate e/o frammiste a dati di rilevanza tecnico-scientifica. Il dibattito in questione e i progressi da questo registrati appaiono segnati dalla preoccupazione di giuridicizzare il potere, anche quello tecnico-discrezionale, «*al fine di sottrarlo all'arbitrio della pubblica amministrazione*»<sup>62</sup>.

Peso decisivo assumono le coordinate entro cui concretamente si situa il processo decisionale e quindi l'eventuale sindacato del giudice. Possono darsi infatti ipotesi in cui il giudizio di ordine tecnico esaurisca la valutazione dell'amministrazione, interamente adesiva al primo, se in questo senso si muovono le prescrizioni della norma attributiva del potere; e allora, il sindacato intrinseco del giudice amministrativo consentirebbe di verificare l'esattezza delle operazioni compiute dalla amministrazione, nonostante non si tratti di ponderazioni e non ci sia pertanto alcuna necessità di invocare canoni di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza. Accanto alle prime sono prefigurabili circostanze (quelle che più frequentemente mi pare la pandemia abbia restituito alla riflessione) in cui il dato tecnico è più semplicemente una premessa che lascia spazio ad un'autentica ponderazione, che richiede di essere riguardata alla luce dei parametri di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza.

E ciò accade in sintesi proprio perché il dato tecnico è, non a caso, attinto da scienze che non giungono a certezze rispetto alla valutazione del rischio, e in secondo luogo poiché le norme attributive del potere non paiono ridurre l'amministrazione ad una condizione meramente adesiva rispetto al primo.

Quanto al primo aspetto, come è stato opportunamente segnalato, è proprio il principio di precauzione a suggerire, a fronte di un quadro di incertezze scientifiche – e attesa la necessaria considerazione del dato scientifico in

<sup>61</sup> Su questo cfr. sempre M. RAMAJOLI, *Regulation by information*, cit., che riferendosi alle tecniche di «*gestione del rischio (autorizzazione e restrizione dei prodotti chimici), intesi a limitare la fabbricazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che comportino rischi per la salute umana e per l'ambiente*», aggiunge che «*la decisione finale sul rilascio o meno dell'autorizzazione (tipico strumento di comando e controllo) dipende non solo dalla valutazione scientifica del rischio legato ad una certa sostanza chimica, ma anche da altri fattori non strettamente tecnici, che entrano nella ponderazione degli interessi in gioco*».

<sup>62</sup> E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., p. 33.

corrispondenza del primo passaggio rilevante della sequenza, che è quello della valutazione del rischio – una esaltazione del momento discrezionale puro, che rileva appunto nel passaggio successivo e decisivo della gestione del rischio<sup>63</sup>.

Un secondo elemento è riscontrabile nella vicenda che ci occupa, e si aggiunge alla integrazione della tecnica con la scelta politico-amministrativa, fisiologicamente incoraggiata dalle incertezze scientifiche e dalle ipotesi in cui trovano campo approcci precauzionali. Quelle descritte dalla disciplina delle funzioni di governo e regolazione dell'emergenza pandemica non sembrano operazioni tecniche che si articolano al loro interno in una serie di passaggi ai quali corrispondono soluzioni univoche in termini di intervento emergenziale (ad esempio calcolo dei contagi da effettuare alla luce di una serie di criteri, e individuazioni di soglie di contagio a cui sono collegate una serie di opzioni conseguenti). In sostanza le norme di cui si discute non paiono dettare o incoraggiare, o lo fanno solo in parte, automatismi, criteri – per esempio di ordine quantitativo – alla cui applicazione conseguano esiti e scenari univocamente determinati. E neanche la dinamica di rimodulazione delle misure restrittive recentemente affidata al descritto sistema di classificazione del rischio epidemico regionalmente considerato, mi pare sia in grado di mutare i termini della questione.

In primo luogo per il rilievo decisivo che la determinazione con il D.P.C.M. del 3.11.2020 delle misure modulari, destinate rispettivamente alle c.d. regioni gialle, arancioni e rosse, compendia con evidenza un passaggio di spendita della discrezionalità, involgente valutazioni di opportunità in ordine alla tipologia e alla intensità delle restrizioni, nonché valutazioni prognostiche in relazione agli effetti dei tre ordini di misure complessivamente considerati sull'andamento dei contagi entro l'orizzonte temporale di efficacia dello stesso decreto<sup>64</sup>.

Di poi è persino la quota di automatismo del sistema – che riposa nell'attivazione in ciascuna regione delle misure restrittive, definite e differenziate per grado di intensità già nel D.P.C.M., all'esito della loro classificazione – ad essere in qualche modo frustrata dalle caratteristiche della “tecnica” utilizzata, nonostante essa consista in sostanza in un algoritmo con cui si combinano gli indicatori dettati sin dal Decreto del Ministro della Salute dello scorso 30

<sup>63</sup> A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., dopo aver rammentato la scansione imposta dal principio di precauzione in tre momenti (cfr. *supra* nota 35), e come la misura precauzione non «*possa prescindere dalla obbligatoria valutazione scientifica del rischio*», osserva come il momento essenziale della gestione del rischio sia finalizzato all'esame delle alternative di intervento «*tenendo conto degli esiti della valutazione del rischio, senza tuttavia restarne vincolati*», e riproduca in questo un momento tipicamente ponderativo – l'A. fa riferimento alla «*valutazione di altre variabili*» rispetto a quelle scientifiche ed economiche, «*come l'accettabilità della misura da parte della popolazione interessata*». L'accettabilità della misura pare a chi scrive, più che una variabile disponibile dall'amministrazione – in questo senso non agevolmente stimabile – un criterio di chiusura che viene fuori da un'applicazione alchemica dei canoni di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, in sede di amministrazione attiva e di sindacato giurisdizionale.

<sup>64</sup> Fissato al 3 dicembre 2020 (cfr. art. 14, c. 1, D.P.C.M. 3.11.2020 cit.).

aprile 2020<sup>65</sup>. Penso, nella semplificazione imposta dall'economia di questa riflessione: ai rilievi mossi al segno non neutro di una serie di passaggi costitutivi del meccanismo di classificazione, non basati su approcci accreditati – come quello statistico – per determinare ad esempio il valore delle soglie (di sicurezza) relative ai diversi indicatori, in corrispondenza delle quali questi sono alternativamente giudicati come favorevoli o sfavorevoli, influenzando per conseguenza sul risultato finale dell'operazione<sup>66</sup>; o ai tratti connotativi, incertezza e ritardo nella disponibilità del relativo dato, della stima di un indicatore decisivo nell'intero processo, l'Rt regionale; quindi a un fisiologico disallineamento tra il periodo cui si riferiscono i dati rilevanti e la concreta attivazione del meccanismo<sup>67</sup>, o infine al sospetto di irrilevanza sull'intero processo degli indicatori funzionali alla valutazione della qualità delle informazioni raccolte<sup>68</sup>. Nel solco di un'operazione di elevata complessità, in cui non sono esclusi margini di opinabilità nei passaggi e negli esiti, anche rispetto allo stesso disallineamento tra dati sistematizzati e per così dire processati negli atti amministrativi rilevanti – le ordinanze del Ministro della salute di classificazione dei territori – e periodo

<sup>65</sup> Sul punto si veda il documento dell'ISS “Come funziona l'analisi del rischio epidemico delle Regioni” del 10.11.2020 in [https://www.iss.it/covid-19-primo-piano/-/asset\\_publisher/yX1afjCDBkWH/content/id/5513288](https://www.iss.it/covid-19-primo-piano/-/asset_publisher/yX1afjCDBkWH/content/id/5513288), nonché C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa? Ecco quali sono i 21 indicatori e come funzionano*, in *Repubblica.it*, 16.11.2020. In particolare gli indicatori funzionali a classificare le regioni secondo le due dimensioni della probabilità di infezione/trasmissione del virus e dell'impatto della diffusione, consentono di assegnare alle due dimensioni dei valori che a loro volta, incrociati in una matrice di attribuzione del rischio, determinano una prima classificazione delle regioni in termini di rischio alla quale fa seguito, dopo una ulteriore valutazione del Rt regionale, la classificazione della regione in termini di attribuzione di colore.

<sup>66</sup> C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa?*, cit., che sull'oscurità del criterio prescelto per fissare le soglie di allerta di ciascun indicatore osservano «in presenza di rischi sanitari (o economici, dato che approcci simili sono usati anche in economia) osservati da tempo (per esempio rischi di infarto) le soglie sono solitamente determinate attraverso processi statistici che guardano a precedenti crisi simili ... Nel caso del Covid, un virus nuovo, un tale approccio non era possibile per mancanza di dati sperimentali sul passato. Probabilmente, quindi, gli esperti che hanno fissato queste soglie hanno utilizzato il loro “giudizio”, senza una precisa validazione statistica».

<sup>67</sup> A titolo esemplificativo sul punto si veda la vicenda campana, caratterizzata sin dall'inizio di novembre da un tasso di Rt più elevato di 1,5 – elemento decisivo per la collocazione delle regioni nella fascia a cui sono destinate le restrizioni più severe – e dall'inclusione della stessa, disposta dalla ordinanza del Ministro della Salute del 13.11.2020 e con efficacia a partire dal 15.11.2020, nell'Allegato 2 tra i territori in cui si applicano le misure più severe previste dall'art. 3 del D.P.C.M. del 3.11.2020. Sul punto V. VIOLA, *La Campania passa dal “giallo” al “rosso”. Ma non si placano le polemiche*, in *ilsole24ore.com*. In senso speculare si è registrata la pressione iniziale di Regioni come la Lombardia, che ha rappresentato l'esigenza di valutare dati più recenti, verosimilmente condizionati in senso positivo da misure restrittive messe in campo sul territorio regionale, rispetto a quelli dati su cui si fondava la prima classificazione delle Regioni, operata con l'ordinanza del Ministro della Salute del 4.11.2020, ossia oggetto del monitoraggio n. 24 del 25.10.2020 riferito alla settimana compresa tra il 19 e il 25 ottobre. Sul punto cfr. P. SALVATORI, *Dpcm e regioni: pasticcio continuo. I nuovi colori slittano*, in *Huffingtonpost.it*, 6.11.2020.

<sup>68</sup> Si tratta degli indicatori da 1.1. a 1.6. funzionali a valutare se i dati disponibili siano attendibili. Sul punto cfr. ancora C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa?*, cit.: «alcune regioni hanno valori insoddisfacenti per alcuni indicatori, ma questo non sembra avere avuto conseguenze sui passi successivi».

di riferimento, gli elementi segnalati rivelano la presenza di attributi noti al discorso sull'appello ai saperi esperti. La ponderazione trova campo nelle pieghe del confronto sulla discutibilità dei risultati cui conducono le premesse tecnico-scientifiche caratterizzanti il meccanismo<sup>69</sup>. Ed il confronto si è prestato, alla prova dei fatti, anche a filtrare le istanze regionali di “attribuzione del rischio”, in senso crescente o decrescente, in ragione del peso attribuito specularmente al peggioramento dei dati relativi alla trasmissibilità dei contagi e alla tenuta dei servizi sanitari o agli effetti positivi di misure restrittive precedentemente messe in campo<sup>70</sup>. Ne risulta indebolita l'idea che debba essere la scienza ad assolvere la funzione di oggettivizzare i criteri che informano il percorso decisionale dell'amministrazione, e l'aspirazione, che pare coltivata nelle dichiarazioni che hanno accompagnato l'avvio di tale meccanismo<sup>71</sup>, ad erodere completamente lo spazio della scelta.

Da ultimo la non univocità degli esiti delle operazioni tecnicamente complesse alla base di questo sistema è in parte esaltata dal ruolo delle eventuali “misure più rigorose” rispetto a quelle disposte centralmente<sup>72</sup>. L'impianto complessivo dei poteri di ordinanza tesi a governare l'emergenza continua a reggersi sul dialogo tra i dd. ll. n. 19/2020, n. 33/2020 con i D.P.C.M. rilevanti<sup>73</sup>, e quindi su previsioni che considerate nel loro insieme preservano, a certe condizioni<sup>74</sup>, la possibilità per «ciascun presidente regionale di adottare provvedimenti

<sup>69</sup> Cfr. V. AZZOLINI, *Il pasticcio tra governo e regioni: a parità di dati e metodo, il risultato cambia*, in *Domani*, 12.11.2020.

<sup>70</sup> Cfr. *supra* nota 67.

<sup>71</sup> Cfr. la conferenza stampa del 4.11.2020 in cui sono state illustrate dal Presidente del Consiglio le misure per fronteggiare l'emergenza contenute nel D.P.C.M. del 3.11.2020, in <http://www.governo.it/it/articolo/nuove-misure-emergenza-covid-19-conferenza-stampa-del-presidente-conte/15608> ed in particolare le caratteristiche di un meccanismo in cui «*le conseguenze sono automatiche, perché basate su criteri predefiniti e oggettivi che sfuggono da qualsiasi contrattazione*».

<sup>72</sup> Si veda in questo senso la clausola di cui all'art. 2, c. 5 e all'art. 3, c. 5 del D.P.C.M. 3.11.2020 a mente della quale rispettivamente «*Le misure previste dagli altri articoli del presente decreto, ad eccezione dell'articolo 3, si applicano anche ai territori di cui al presente articolo, ove per tali territori non siano previste analoghe misure più rigorose*» e «*Le misure previste dagli altri articoli del presente decreto, si applicano anche ai territori di cui al presente articolo, ove per tali territori non siano previste analoghe misure più rigorose*».

<sup>73</sup> Cfr. in particolare art. 3 del D.L. n. 19/2020 (misure ulteriormente restrittive introducibili dalle Regioni «*esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*» in relazione «*a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*» e con efficacia limitata al momento di adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, c. 1); l'art. 1, c. 16 (misure restrittive, dopo le modifiche apportate dal D.L. n. 125/2020, rispetto a quelle introdotte con D.P.C.M. nelle more dell'adozione di questi ultimi e «*in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio*») e 3 del D.L. n. 33/2020 (misure ulteriormente restrittive, adottabili dalle Regioni nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., «*in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*» ed «*esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*»).

<sup>74</sup> In tema, sulla tensione del rapporto tra poteri pubblici “lungo l'asse centro-periferia” si veda G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 318 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al co-*

*più restrittivi rispetto a quanto il D.P.C.M. prevede per la 'zona di rischio' in cui la Regione è inserita», ribadita incidentalmente dal giudice amministrativo in una recentissima pronuncia<sup>75</sup>. Il dato vale non solo a proporre in chiave territoriale la non univocità delle soluzioni, cioè come espressione di un principio di differenziazione<sup>76</sup>, ma naturalmente conferma anche come l'opportunità intestata alle Regioni replichi un numero indefinito di volte la dialettica tra valutazione del rischio epidemico, secondo i descritti parametri, e momento di gestione del ri-*

---

*spetto della pandemia, in S. Staiano (a cura di), Nel ventesimo anno del terzo millennio, cit., p. 11-44; A.M. POGGI, La Fase 2 nei rapporti tra Stato, Regioni e Autonomie territoriali. Uscire dall'emergenza e dal conflitto e imparare dall'esperienza per cambiare, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19, cit., p. 56-76; G. BOGGERO, Le "more dell'adozione dei dpcm sono 'ghiotte' per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19, in Dir. reg., 1/2020, p. 361 ss.; A. MORELLI, Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, ivi, p. 518 ss..*

<sup>75</sup> Così Cons. St., sez. III, 10.11.2020 n. 6453, decreto presidenziale reso sull'istanza di riforma del decreto monocratico cautelare del TAR Campania, sez. V, 9.11.2020, n. 2520. In appello è stato confermato l'avviso del giudice di prime cure che ha negato la richiesta di sospensione degli effetti dell'ordinanza PGR Campania n. 89 del 5.11.2020 con cui era stata sospesa l'attività didattica in presenza di scuola prima e dell'infanzia, ma ha ordinato il deposito dei dati e della documentazione scientifica acquisiti dalla Unità di crisi regionale nel periodo rilevante per la valutazione del rischio su cui è stata basata l'ordinanza impugnata. Le peculiarità del caso di specie campano, segnatamente lo scrutinio dinanzi al g.a. di una ordinanza adottata successivamente all'emanazione del D.P.C.M. rilevante (3.11.2020), hanno evidentemente condizionato l'esito della pronuncia su questo specifico profilo. Si veda infatti, in senso diverso, l'ord. del TAR Puglia, Sez. III, 19.11.2020 n. 712 che ha concluso per l'improcedibilità dell'istanza di sospensione cautelare dell'efficacia dell'ord.PGR Puglia n. 87/2020 – che aveva risposto la didattica digitale integrata per tutte le scuole di ogni ordine e grado sul territorio regionale ad eccezione dei servizi per l'infanzia e la cui efficacia era stata sospesa in forza del decreto presidenziale del TAR Puglia, Sez. III, 6.11.2020 n. 680 – per effetto della sopravvenienza dell'ord. PGR Puglia n. 413/2020 (che ha consentito la didattica integrata a distanza per il primo ciclo di istruzione su richiesta delle famiglie). Il g.a. ha chiarito come la precedente ordinanza «avesse in ogni caso perso efficacia a seguito dell'entrata in vigore del D.P.C.M. del 3.11.2020 siccome l'art. 3 del D.L. n. 19/2020 (richiamato, peraltro espressamente nell'ordinanza regionale impugnata) è inequivoco nel limitare l'efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell'adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, c. 1, D.L. n. 19/2020». Sulla questione della sospensione trasversale della didattica nella Regione Puglia disposta con la citata ord. n. 87/2020 il giudice amministrativo pugliese aveva espresso nella stessa data, 6.11.2020 (decreto, sez. II, n. 695), diverso avviso, non affrontando il nodo della incoerenza con «l'organizzazione differenziata dei servizi scolastici disposta dal D.P.C.M. 3.11.2020 che colloca la Puglia tra le aree a media criticità (c.d. 'zona arancione') e che persino per le aree ad alta criticità (c.d. 'zone rosse') prevede la didattica in presenza nelle scuole elementari», ma semplicemente osservando che «il necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza)».

<sup>76</sup> Su questo preciso versante la presenza di premesse scientificamente rilevanti può rivelarsi una occasione per riflettere sull'appropriatezza del livello degli interventi emergenziali e di verificare come la sussidiarietà valga come principio procedurale (sulla «connotazione della sussidiarietà come principio "procedurale" di allocazione delle funzioni amministrative» si veda G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 101) rivolto, dunque, anzitutto al legislatore nella prospettiva di richiamarlo ad un'allocazione delle funzioni coerente con lo stesso principio, anche al tempo della pandemia.

schio, con l'effetto netto di moltiplicare le occasioni in cui la ponderazione riemerge.

### 5. La giustiziabilità delle posizioni incise da decisioni politico-amministrative fondate su premesse tecnicamente rilevanti. Rilievi conclusivi

La disciplina che ci occupa prende in considerazione il presupposto del potere «non nella dimensione oggettiva di 'fatto storico' » ma di «fatto 'mediato' e 'valutato' dalla PA»<sup>77</sup>. Questo modo in cui la norma non sembra «fissare l'ordito»<sup>78</sup> del potere tecnico da esercitare, fornendo cioè elementi utili a verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dall'amministrazione – intesa come correttezza del criterio tecnico scelto – marginalizza le ipotesi in cui il giudice comune si trovi a profittare delle possibilità più significative aperte dal sindacato intrinseco<sup>79</sup>, ed appunta la doverosa verifica in sede giurisdizionale sulla correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione per applicare il criterio tecnico prescelto, riproponendo una situazione in cui il giudice «non è chiamato ... a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Si sono prese in prestito le parole che la Cass., SS.UU., 7.9.2020 n. 18592 ha utilizzato di recente per escludere l'eccesso di potere giurisdizionale nella materia dei concorsi di Abilitazione Scientifica Nazionale. Sul fronte dell'ASN sono stati utilizzati poteri giudiziali molto incisivi, sul piano non solo della cognizione ma dell'esecuzione, sfruttando le potenzialità del c.p.a. e segnatamente quelle offerte dall'art. 34, c. 1, lett. e) (c.d. «giudizio di cognizione a esecuzione integrata»), sebbene senza ricorrere al commissario *ad acta*. L'eccesso di potere giurisdizionale è escluso in sintesi dalla Cassazione perché il Cons. St. si sarebbe limitato a interpretare le «richiamate norme del c.p.a.» e «tale attività rappresenta il 'proprium' della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale». L'impiego di poteri incisivi come l'ordine di riconoscere l'abilitazione non è tuttavia legato alla conformazione di automatismi da parte della norma attributiva del potere. Su questo F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2019, p. 499 ss.

<sup>78</sup> F.G. SCOCA-E.FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., p. 188.

<sup>79</sup> Sulle potenzialità non sfruttate compiutamente, aperte dalla nota sent. Cons. St., n. 601/1999 cit. a valle della distinzione tra opportunità e opinabilità, in termini di verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche in sede giurisdizionale, ridottasi nella pratica ad una analisi della correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione per applicare il criterio tecnico, si veda ancora R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 135 ss.. In tema da ultimo v. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1/2020, p. 97 ss.; F. LIGUORI, *Appunti sul sindacato del giudice amministrativo in tema di valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Scoca*, Napoli, in corso di pubblicazione.

<sup>80</sup> Così Cass., SS.UU. n. 18592/2020 cit. richiamando la sentenza del Cons. St., sez. VI, 25.2.2019 n. 1321, oggetto di ricorso, che sul punto proseguiva: «poiché di frequente questa 'possibilità attuativa' si trova a dovere necessariamente scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta, il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile

Una questione nodale è rappresentata a questo punto dai risultati, più o meno soddisfattivi sotto il profilo della incisività dell'esame ma soprattutto delle utilità riconosciute ai cittadini, in concreto registrati nell'esercizio del sindacato giurisdizionale. Essi dipendono con tutta evidenza dal coraggio esibito dal giudice comune. Se, una volta attinta la strada della garanzia giurisdizionale, il problema diventi per così dire "a chi spetti l'ultima parola", è opportuno ribadire e valorizzare il discrimine tra un sindacato pur pervasivo del giudice amministrativo, e un sindacato sostitutivo. Quest'ultimo è da ritenersi precluso ad avviso di chi scrive perché, a fronte di una disciplina attributiva di poteri emergenziali così disegnata, semplicemente varrebbero le tradizionali cautele tese a proteggere le valutazioni di opportunità del decisore<sup>81</sup>. Ciò non implicherebbe comunque un arretramento del giudice dinanzi all'esibizione del presupposto-tecnico scientifico, e una rinuncia a replicare l'iter seguito dall'amministrazione nella ricostruzione e poi nell'utilizzo della premessa tecnica per adottare la decisione finale. Per tornare ancora sulla questione della scuola e della garanzia a fruire del diritto sociale all'istruzione "in presenza"<sup>82</sup>, il caso campano probabilmente conferma come il giudice amministrativo non sempre lambisca i traguardi consentiti da un sindacato intrinseco, sebbene non forte, sulle valutazioni tecnico-discrezionali. Peraltro l'osservazione degli eventi dimostra come non occorra neanche scomodare la categoria delle valutazioni tecnico-discrezionali, essendo al più accertamenti tecnici di fatti (incremento dei sintomi e afflusso di questi nelle strutture ospedaliere) quelli assunti a fondamento di una delle ordinanze rilevanti in questa vicenda, l'ordinanza del PdGR n. 79 del 15.10.2020<sup>83</sup>, e della ritenuta necessità di aggravare le misure rispetto a quelle previste dal D.P.C.M. del 13.10.2020. Il decreto emanato in sede cautelare monocratica dal TAR campano sull'ordinanza n. 79/2020<sup>84</sup> si iscrive in una tendenza che pare accomunare le pronunce rese in questo periodo sulle

---

*l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».*

<sup>81</sup> Proprio ragionando della sindacabilità degli atti di gestione dell'emergenza M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 118 segnala: «il sindacato giurisdizionale su atti del genere dev'essere più 'esterno' che mai, essendo tenuto a limitarsi alla verifica della coerenza interna dell'atto e all'accertamento dell'effettiva sussistenza dei fatti posti a base della deliberazione, senza impingere nel merito (ciò che non è ammesso, del resto, nemmeno sulla comune discrezionalità tecnica)», rinviando su questo ultimo punto a Cons. St., sez. II, 26.3.2020 n. 2099, «non è suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale quanto al merito della scelta effettuata, salvo senza che ciò comporti [...] un'inammissibile inversione dell'onere della prova in ordine all'idoneità tecnica della scelta amministrativa - vizi di forma o di procedura o manifesta irragionevolezza o carenza nell'istruttoria e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti».

<sup>82</sup> Sulla quale il decreto presidenziale del Cons. St., n. 6453/2020 cit. (*supra* nota 75) costituisce uno dei recenti arresti.

<sup>83</sup> Per quanto le premesse della ordinanza PdGR Campania n. 79/2020 operino altresì un riferimento a valutazioni di ordine prognostico («alla luce delle previsioni relative al numero dei nuovi contagi previsti sul territorio nel breve-medio periodo, quale rilevato anche in seno alla Cabina di regia nazionale di monitoraggio»).

<sup>84</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. V, decreto 19.10.2020 n. 1922.

misure dirette a gestire la diffusione del contagio virale, prevalentemente<sup>85</sup> orientate ad avallare le decisioni con cui erano state disposte le misure gravate. Il superamento del test di idoneità/proporzionalità da parte delle misure gravate, indicativo di questo approccio tendenzialmente adesivo del g.a., è attestato anche nel caso qui preso in considerazione. Qui si ripropone peraltro una dinamica processuale divenuta in qualche modo ricorrente nella cornice emergenziale, rappresentata dall'intervento, per una fase necessitata<sup>86</sup>, del giudice in sede cautelare monocratica al fine di accordare agli interessati (talvolta) il "massimo" di protezione giurisdizionale attingibile a fronte dell'incisione delle proprie posizioni prodotta dalle decisioni di contrasto alla diffusione epidemiologica. La «sostanziale riduzione della tutela alla sola fase cautelare monocratica»<sup>87</sup> – imposta dai tempi della dinamica emergenziale e segnata dalla temporaneità fisiologica delle misure contestate, che sovente esauriscono i propri effetti prima che possa svolgersi l'esame collegiale delle istanze cautelari – e la necessità per il giudice di accedere pienamente al fatto rendono sovente essenziale, come accade anche in questa circostanza, una integrazione documentale<sup>88</sup>. Il presupposto di fatto della decisione di sospensione generalizzata dell'attività scolastica<sup>89</sup> e la cui sussistenza è imprescindibile al fine di valutare, in via sostanziale, e successivamente in sede giudiziale, la idoneità, proporzionalità e indispensabilità della misura restrittiva, ruoterebbe, per semplificare, intorno ad un incremento dei contagi e nell'afflusso crescente dei contagiati alle strutture ospedaliere; fatti da connettere entrambi alla frequenza scolastica sulla base di una se-

<sup>85</sup> A questo proposito parla di condivisione da parte del g.a. della «maggiore prudenza che ha ispirato questa o quella autorità istituzionale nel disporre la concreta misura oggetto del giudizio» essendo «la stella polare ... rappresentata dal convincimento che la linea minima di tutela – inderogabile per gli altri enti – sia quella dettata dal Presidente del Consiglio dei ministri»: A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 305-320, spec. p. 313. Tra le eccezioni rispetto a questo trend – documentate dallo stesso A. – si vedano: Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 8.5.2020, n. 841; TAR Marche, Sez. I, decreto 27.2.2020, n. 56, confermato con ord. 5.3.2020 n. 63.

<sup>86</sup> Si veda infatti l'art. 84, c. 1 del d.l. n. 18/2020 che ha disposto, tra le altre cose, che i procedimenti cautelari, se promossi o pendenti nel periodo tra l'8.3.2020 e il 15.4.2020, fossero decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'art. 56 c.p.a. fermo restando che la trattazione della domanda cautelare da parte del collegio dovesse essere fissata in data successiva al 15.4.2020. Sullo svolgimento necessariamente bifasico della tutela cautelare in questo periodo v. ancora A. VUOLO, *op. cit.*, p. 312. Per le principali misure tese a contenere gli effetti dell'emergenza epidemiologica sulla giustizia amministrativa, oltre all'art. 84, dl. n. 18/2020 cit., cfr. altresì art. 36, d.l. n. 23/2020 e art. 4, d.l. n. 28/2020.

<sup>87</sup> In questa stessa vicenda tanto si legge («la durata temporanea della misura adottata ... e l'impossibilità di esame cautelare in sede collegiale prima del termine di efficacia della stessa») nel decreto presidenziale TAR Campania, Napoli, Sez. V, 17.10.2020 n. 1915, con il quale sono stati ordinati alla Regione Campania incombenti istruttori, funzionali a consentire la deliberazione in sede monocratica avvenuta due giorni dopo col citato decreto n. 1922/2020.

<sup>88</sup> Che si muove sempre nel segno della «dilatazione di questa fase nell'economia generale del processo amministrativo», secondo A. VUOLO, *loc. ult. cit.*, (cfr. *supra* nota 85), creando altresì le condizioni affinché il giudice muti, se del caso, l'avviso espresso in prima battuta nel medesimo giudizio «in ragione del supplemento di documentazione prodotta».

<sup>89</sup> La sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola dell'infanzia è stata revocata con l'ordinanza PGR Campania n. 80/2020.

rie di assunti, dei quali si sarebbe dato complessivamente conto nella nota dell'Unità di crisi regionale e nelle risultanze istruttorie che quest'ultima richiama<sup>90</sup>. La rilevanza tecnica della premessa senz'altro dipende in parte dalla natura tecnica dello strumento di accertamento dei dati quantitativi rilevanti, ma investe potenzialmente anche la correlazione tra tali dati e l'attività svolta nel comparto istruzione<sup>91</sup>, attività sulla quale la misura contenitiva incide trasversalmente (non avendo operato distinguo, per esempio, tra concentrazioni di contagio territorialmente diversificate all'interno della regione). In punto di idoneità della misura la regione avrebbe, con il supplemento documentale prodotto, esaurientemente dato conto della correlazione tra aumento dei casi positivi e frequenza scolastica, non solo limitatamente alla sede intrascolastica, "ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente 'indotti' dalla didattica in presenza", e della diffusività esponenziale del contagio. In ordine al carattere proporzionato della misura, il dato allegato della progressiva saturazione delle strutture di ricovero sarebbe da leggere, non in relazione alla «*polarizzazione del contagio in determinate aree territoriali*» ossia alla «*localizzazione intraregionale degli eventuali focolai*», ma alla luce dell'interesse pubblico ad una gestione unitaria su base regionale di risorse scarse (posti-letto, e più in generale infrastrutture sanitarie)<sup>92</sup>. I passaggi del decreto monocratico in cui si riferisce – senz'altro non diffusamente – della verifica positiva effettuata in ordine alla idoneità della misura e alla proporzionalità della stessa, provano l'esistenza di un limite per così dire genetico della cognizione consentita in fase cautelare, e ancor di più di quella attingibile in sede monocratica, alla luce del quale sembra persino fuori campo prefigurare, in alternativa ad un mero esame della coerenza e della congruità nell'impiego dei presupposti di fatto da parte dell'amministrazione regionale, una verifica dell'attendibilità dell'operazione tecnica premessa alla decisione gravata. Non mi sembra tuttavia che questo rilievo debba indurre a negare o ridimensionare, in situazioni come quelle descritte, l'idoneità del sindacato del primo tipo ad assicurare una tutela soddisfacente dell'interessato. Quella del giudizio impugnatorio può essere utilmente riguardata come una sede in cui trova spazio la pretesa di accettabilità democratica di scelte che – come quelle emergenziali, ancorché coinvolgenti a vario titolo premesse di ordine tecnico-

<sup>90</sup> Nella ord. n. 79/2020 cit. si legge nelle premesse: «*in particolare, alla luce dell'incremento registrato a seguito di alcuni eventi di carattere celebrativo e sociale, nonché ad alcune attività connesse alla ristorazione ed alta frequenza scolastica, come si è evinto dalle interviste effettuate dalle ASL a seguito del Contact Tracing territoriale, nasce la necessità di contenere la diffusione del virus*»; assumendosi più avanti che «*il livello di contagio registrato anche nelle famiglie*» sia «*derivante da contatti nel mondo scolastico*», ed adducendo successivamente come circostanza di fatto rilevante nel giustificare la connessione col comparto dell'incremento dei contagi, il mancato completamento della «*dotazione dei banchi monoposti ad assicurare nelle scuole campane il necessario distanziamento degli alunni nelle aule scolastiche*» e la mancata comunicazione de «*le relative date di consegna*».

<sup>91</sup> Nell'ordinanza n. 79/2020 cit., nei passaggi in cui si riferisce delle conclusioni del Report settimanale (28.9.2020-4.10.2020) elaborato dal ministero della Salute, ISS, Cabina di Regia, si legge tra le altre cose che: «*Sono in lieve aumento focolai in cui la trasmissione potrebbe essere avvenuta in ambito intrascolastico*».

<sup>92</sup> L'ordinanza n. 79/2020 cit. si riferisce alla «*gestione unitaria su base regionale ... delle strutture di ricovero e cura deputate alla gestione dell'emergenza sanitaria*».

scientifico – si rivelino veracemente ponderative, e delle quali può essere perciò verificata la solidità intorno ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità, logicità<sup>93</sup>. Lo strumentario a disposizione del giudice comune può qui funzionare non come un'occasione di sovraesposizione, in cui viene rappresentandosi la tendenza a caricare la giurisdizione dell'onere di ricomporre il pluralismo dei valori in maniera unitaria<sup>94</sup>, e dunque senza arrivare al preoccupante esito di affidare al giudice anziché al legislatore il soddisfacimento dei diritti<sup>95</sup>, pensando che nodi non sciolti sul piano sostanziale possano esserlo in sede giudiziale. Piuttosto questo approccio induce ritenere che occorra spostare il fuoco di attenzione sul fatto che l'amministrazione occupa uno spazio, pur elasticamente, delineato dal legislatore dell'emergenza, e che rispetto a questa circostanza la giustiziabilità delle posizioni incise davanti al giudice comune schiuda scenari tutt'altro che cupi, soprattutto se posti in relazione ai diversi scenari che la scelta di atti connotati da discrezionalità politica “in senso forte” aprirebbero<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> In un itinerario in cui tendono a sovrapporsi i confini tra i canoni richiamati, concettualmente distinti, come noto, per il fatto che la ragionevolezza non assorbe il giudizio di proporzionalità – che verifica il limite entro il quale può essere pregiudicato l'interesse privato – di modo che il vaglio di ragionevolezza sarebbe riferito alla giustificabilità del potere e quello di proporzionalità al profilo dell'intensità del potere. In tema si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

<sup>94</sup> M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, cit., p. 367 indugia sulla pretesa degli ordinamenti complessi di «disegnare un sistema di tutela multilivello dei diritti (sul piano nazionale, sovranazionale, internazionale), seguendo un reticolo di tutele e garanzie che, miracolosamente, dovrebbero trovare la propria composizione invece che nel confronto fra i soggetti sociali che recitano sul grande palcoscenico della politica, nella più riservata arena del famoso 'dialogo fra le Corti?» avvertendo come «le cose, stiano in termini assai diversi e assai meno tranquillizzanti». Sulle preoccupazioni sottese a tale tendenza, molto avvertite all'epoca del neo-costituzionalismo, si veda N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, p. 359-363.

<sup>95</sup> Ciò significherebbe per M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, cit., p. 367, ove si faccia questione di diritti sociali, «abbandonare a sé stessa un'intera categoria di diritti fondamentali», rispetto ai quali la sede giurisdizionale non dispone del potere di realizzarli (“il potere della borsa”), a differenza di quella legislativa. A ciò si aggiunge secondo l'A. l'effetto di deresponsabilizzazione della politica scaturente dalla confusione tra interpretazione del diritto e nomopoiesi.

<sup>96</sup> Sulla prospettiva rassicurante aperta dalla impugnabilità degli atti di governo dell'emergenza davanti al g.a., tra gli altri D. SORACE, in occasione dell'intervento tenuto al Convegno Annuale AIPDA, *Decidere nell'emergenza. Limitazione e bilanciamento dei diritti fondamentali*, tenutosi lo scorso 9.10.2020, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it).