

Rivista N°: 3/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 03/08/2021

AUTORE: Alfonso Maria Cecere*

RUOLI E COMPETENZE DEI DIVERSI LIVELLI ISTITUZIONALI NELLA GESTIONE DELLA PANDEMIA COVID-19 IN ITALIA TRA DISTONIE SISTEMICHE E CARENZE STRUTTURALI.

Sommario: 1. Alcune delle criticità emerse nel corso della gestione pandemica. – 2. Dalle misure urgenti di sorveglianza sanitaria alla dichiarazione di emergenza nazionale. La disponibilità delle risorse finanziarie contribuisce a dettare la linea del Governo. – 3. Sulla composita, ma non sempre armonica, articolazione della gestione della pandemia: il difficile rapporto tra competenza materiale e dimensione territoriale dell'emergenza. – 4. L'esercizio del potere di ordinanza al vaglio del sindacato del giudice amministrativo. – 5. Alcune considerazioni sulle possibili cause di conflitto tra le scelte emergenziali compiute dai pubblici poteri. La difficoltà ad applicare correttamente i principi di precauzione e di prevenzione in assenza di un affidabile ed efficiente sistema informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione pubblica.

1. Alcune delle criticità emerse nel corso della gestione pandemica.

La pandemia da Covid 19 ha inciso su diversi piani funzionali della pubblica amministrazione, tra i quali spiccano quello sanitario e quello delle politiche sociali. Da un punto di vista organizzativo sono stati chiamati in causa tutti i livelli territoriali di governo e di amministrazione, da quelli più prossimi alle comunità territoriali sino allo Stato sul quale ricadono le responsabilità per le sorti dell'intera popolazione della Repubblica, con evidenti problemi di collaborazione, coordinamento, raccordo e compatibilità di ruoli e competenze¹. Problemi

* Ricercatore confermato in Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", Professore aggregato di diritto degli enti locali.

¹ U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quad. Cost.*, 1, 2020; E. BALBONI, *Autonomie o centralismo contro il coronavirus*, in *Quad. cost.*, 2020, pp. 373 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2020, pp. 333 ss.; E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2020, pp. 501 ss. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *dirittifondamenti.it*, 2020, fasc. II, pp. 1562 ss.; G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pan-*

che si sono trasposti sul piano delle relazioni tra atti provvedimenti a contenuto generale adottati dai distinti livelli istituzionali e che, in alcune occasioni, hanno richiesto una soluzione giudiziaria.

L'analisi di queste criticità ha evidenziato delle fratture sistemiche nell'esercizio dei pubblici poteri in regime di emergenza le cui origini sono di natura diversa e che nell'economia di questo lavoro possono essere solo accennate.

Una prima frattura trae origine dalla diversa intensità della legittimazione politica degli organi di governo ai distinti livelli territoriali. L'emergenza ha, infatti, messo in evidenza il carico di responsabilità politica dei Presidenti delle giunte regionali e dei Sindaci rispetto al Presidente del Consiglio dei Ministri che deriva dalla loro elezione diretta, a suffragio universale. La corda della responsabilità politica si tende con la ricerca e la conservazione del consenso e richiede interventi rapidi e risoluti sul territorio. Tra l'altro, la prossimità territoriale del livello di governo garantisce una maggiore e migliore conoscenza delle problematiche locali da cui possono scaturire interventi mirati e più calibrati². Nonostante il carico di responsabilità politica e il valore della prossimità territoriale, il Parlamento e i governi dei territori sono stati tenuti ai margini della gestione³ che è stata esercitata a colpi di decreti legge e decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁴.

Una seconda frattura riguarda il sistema delle fonti e la base costituzionale sulla quale legittimare la costruzione della "catena normativa dell'emergenza". Il tema è delicato, complesso e oggetto di studi dedicati⁵ per cui si può solo fare un cenno alla opportunità di interrogarsi sulla tenuta della legislazione in materia di emergenza, incentrata sul D. L.gs. n 1

demica: quali fallimenti della forma dello Stato?, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2020, pp. 927 ss. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 26, pp. 67 ss.; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, pp. 377 ss. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, fasc. 1; A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *diritti-fondamentali.it*, 2020, fasc. II, pp. 870 ss.

² A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, p.257 e ss.

³ S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Riv. AIC* 2, 2020, p.532, osserva come «mentre il quadro costituzionale è molto chiaro, e lo «stato di eccezione» del tutto immaginario, il circuito della rappresentanza, per le sue disfunzioni a «regime» derivanti dai caratteri assunti dal sistema partitico, è sottoposto a una fortissima pressione.»

⁴ Non trova spazio in questo contributo il breve periodo emergenziale gestito con l'adozione del decreto legge n.6 del 2020, già oggetto in dottrina di analisi puntuali D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rass.* 5/2020; L. MAZZAROLLI, *“Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020.

⁵ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio Aic*, n. 3/2020,

p. 167 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rass.*, 5/2020.

del 2018, Codice delle Protezione civile, ed in particolare sulla coerenza costituzionale della scelta di attribuire ad una delibera del Consiglio dei Ministri la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale senza un coinvolgimento procedimentale del Parlamento⁶.

Una terza frattura mette in crisi la relazione tra funzioni legislative e funzioni amministrative ed è frutto dei limiti esistenti nella legislazione in materia di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; limiti che si riflettono sul piano organizzativo e dell'esercizio delle funzioni amministrative. La gestione dell'emergenza pandemica ha, infatti, messo in evidenza la fragilità del sistema statistico, dell'organizzazione informatica, della raccolta e gestione dei dati su base nazionale e su base territoriale oltre che nella loro gestione sulle variabili territoriali⁷. Le carenze in questi settori incidono sulle istruttorie procedimentali e impediscono di utilizzare con piena cognizione di causa sia il principio di precauzione⁸ che quello di proporzionalità.

Per comprendere quali dinamiche hanno messo in evidenza queste fratture occorre ripercorrere i tratti salienti della gestione dell'epidemia da Covid-19.

2. Dalle misure urgenti di sorveglianza sanitaria alla dichiarazione di emergenza nazionale. La disponibilità delle risorse finanziarie contribuisce a dettare la linea del Governo

Formalmente l'emergenza si apre con la Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, che contiene la Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, pubblicata sulla G.U.R.I. serie generale, n.26, del 1° febbraio 2020.

Sullo stesso numero e serie della Gazzetta viene pubblicato l'Ordinanza del Ministro della salute del 30 gennaio 2020, con la quale sono disposte le prime Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019-nCoV). Il che vuol dire che nello spazio di tempo strettamente necessario a convocare una riunione urgente del Consiglio dei Ministri, il giorno prima la dichiarazione dello stato di emergenza, il Ministro della salute adotta un'Ordinanza sulle prime misure per proteggersi dal nuovo Coronavirus.

Lo stato di emergenza è stato inizialmente dichiarato per una durata di sei mesi, ma poi, l'andamento dei contagi, della profilassi sanitaria e l'avvio della campagna vaccinale

⁶ S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?* In *Quad. Cost.*, 4/2020.

⁷ Vedi A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs Decisione politica? A.I Legge Democrazia*, Napoli, 2021.

⁸ Sancito nel Trattato di Maastricht nel 1992 e successivamente incluso all'articolo 191, paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il principio è stato poi designato quale "*general principle of law*" dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 26 novembre 2002, *c. Artegoda v. Commission*, T-74/00). Declinato in direttive e regolamenti di settore, nonché in fonti di diritto internazionale, il principio di precauzione risulta tutt'oggi privo di un inquadramento specifico in relazione al tipo, nonché all'estensione, delle misure adottabili. A livello giurisprudenziale la Corte costituzionale italiana ha sovente evidenziato come il principio di precauzione debba essere un elemento vincolante per dirimere la relazione tra interessi confliggenti (*ex multiis*, Corte cost., 3 nov. 2005, n. 406). In dottrina A.

BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano 2006; F.DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

hanno determinato un susseguirsi di proroghe⁹, l'ultima delle quali prevede la fine dello stato di emergenza al 31 dicembre 2021. Salvo fatti nuovi, ad oggi non prevedibili, lo stato di emergenza avrà, pertanto, una durata complessiva e ininterrotta di ventiquattro mesi.

Sarà nostro compito ricostruire, nella gestione dell'emergenza, le relazioni e i rapporti tra lo Stato e gli altri livelli territoriali di governo nell'esercizio dei poteri provvedimentali, sostanzialmente derogatori rispetto al quadro delle discipline vigenti in regime ordinario.

Partiamo dai presupposti sui quali poggia la dichiarazione dello stato di emergenza.

Il primo presupposto è formale ed è la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020. Seguono le raccomandazioni che la stessa Organizzazione mondiale della sanità rivolge alla comunità internazionale circa la necessità di applicare misure adeguate.

Proiettata sul piano interno la crisi internazionale registra in modo diffuso la insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili. Si appalesa, pertanto, un contesto di rischi che, a giudizio del Governo, impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare in modo adeguato possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale.

Su questi presupposti, supportati da un'osservazione dei fatti e da una valutazione di questi in chiave precauzionale, matura la necessità, da un lato, di sostenere l'attività già in corso da parte del Ministero della salute e del Servizio sanitario nazionale, anche attraverso il potenziamento delle strutture sanitarie e di controllo alle frontiere aeree e terrestri; dall'altro, di provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario sia sul territorio nazionale che internazionale, finalizzate a fronteggiare la grave situazione internazionale determinatasi.

Il Consiglio dei ministri delibera, così, lo stato di emergenza nazionale.

Il riferimento alla disciplina della protezione civile e la scelta di articolare la Dichiarazione dello stato di emergenza sulla base della d.lgs. n.1 del 2018, è stata dettata principalmente dalla necessità di poter attingere alle risorse finanziarie imputate alle emergenze nazionali. Il Fondo per le emergenze nazionali istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui all'articolo 44, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è il "portafoglio" dal quale sono stati attinti i cinque milioni di euro per l'attuazione dei primi interventi necessari a fronteggiare la pandemia. Al di là delle legittime e condivisibili perplessità manifestate da chi sostiene una più stretta competenza dell'ambito sanitario per la tutela della salute, il Governo della Repubblica ha scelto di deliberare lo stato di emergenza nazionale di cui all'art.24 del d.lgs. n.1 del 2018, proprio per poter attingere subito alle somme stanziare a

⁹ Sono intervenute in successione: la delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 con la quale il predetto stato di emergenza è stato prorogato fino al 15 ottobre 2020; la delibera del Consiglio dei Ministri del 07 ottobre 2020, ha prorogato ulteriormente lo stato di emergenza al 31 gennaio 2021; la delibera del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio 2021 con la quale il predetto stato di emergenza è stato prorogato fino al 30 aprile 2021; con l'ultima delibera del 21 aprile 2021 il Consiglio dei Ministri ha prorogato lo stato di emergenza connesso all'emergenza sanitaria da COVID-19, fino al 31 luglio 2021.

copertura dell'omonimo Fondo. Ne è conseguito l'avvio della macchina organizzativa del Dipartimento della protezione civile con il coinvolgimento delle sue articolazioni territoriali nelle autorità di protezione civile dei Presidenti delle regioni e delle province autonome e dei Sindaci e Sindaci metropolitani¹⁰.

Ulteriore considerazione a supporto dell'opportunità della scelta riguarda la tempestività e l'immediatezza con la quale è stato possibile disporre delle somme stanziare. Infatti, la deliberazione dello stato di emergenza non viene sottoposta al preventivo controllo di legittimità della Corte dei conti. L'art.24, comma 5 del d.lgs. n.1 del 2018, dispone espressamente che "Le deliberazioni dello stato di emergenza di rilievo nazionale non sono soggette al controllo preventivo di legittimità di cui all'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni." Sono, pertanto, immediatamente esecutive, il che sta a significare che sotto la esclusiva responsabilità del Consiglio dei Ministri le somme stanziare con dette deliberazioni sono subito utilizzabili. Altrimenti, sarebbe stato necessario attendere quanto meno il decorso del termine di trenta giorni, termine entro il quale l'ufficio controllo può decidere di rimettere le deliberazioni del Consiglio dei Ministri alla sezione controllo.

Abbiamo già ricordato che anche il Ministero della salute aveva esercitato in via d'urgenza, in data 30.01.2020, il potere di ordinanza. Prima della dichiarazione dello stato di emergenza e prima di attivare la 'macchina' della protezione civile, era stato il Ministero della Salute ad adottare provvedimenti urgenti sulla base dell'art. 32, della legge n. 833 del 1978, invocando le competenze attribuitegli dall'art. 47bis del decreto legislativo n. 300 del 1999, in materia di tutela della salute umana. Questo provvedimento d'urgenza viene preso dal Ministero a conclusione di un *iter* che, partendo dall'acquisizione di dati, prende avvio con l'adozione di misure di sorveglianza sanitaria.

In particolare, nella circolare della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, prot. n. 1997, del 22 gennaio 2020, indirizzata a regioni, province, federazione nazionale ordine dei medici, federazione nazionale ordini professioni infermieristiche, Ministero degli affari esteri, Ministero della difesa e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, si prendono in considerazione i rischi connessi alla polmonite da nuovo coronavirus (2019-nCoV) diagnosticata in Cina¹¹. Nella stessa circolare si rappresenta che al 21 gennaio 2020, erano stati rilevati casi con storia di viaggi a Wuhan in altre aree della Cina, come Pechino, Guangdong e Shanghai. Alcuni casi erano stati segnalati anche da altri paesi asiatici come la Thailandia, il Giappone e la Corea del Sud. La circolare prosegue informando che L'OMS da un lato stava monitorando attentamente la situazione restando regolarmente in contatto con le autorità nazionali cinesi per fornire il supporto necessario, dall'altro si stava attivando per valutare se l'epidemia poteva rappresentare una emergenza di sanità pubblica

¹⁰ Articolo 3 del d.lgs. n. 1 del 2018.

¹¹ Nella circolare si rappresenta che il 31 dicembre 2019 la Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan (Cina) ha segnalato all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) un cluster di casi di polmonite ad eziologia ignota nella città di Wuhan, nella provincia cinese di Hubei. La maggior parte dei casi aveva un legame epidemiologico con il mercato di *Huanan Seafood*, nel sud della Cina, un mercato all'ingrosso di frutti di mare e animali vivi. Successivamente, il 9 gennaio 2020, le autorità cinesi hanno riferito che era stato identificato un nuovo coronavirus (2019-nCoV) come agente causale e ne hanno resa pubblica la sequenza genomica.

di rilevanza internazionale. Sul versante europeo la Circolare riferisce che il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC) stimava che il rischio di introduzione dell'infezione in Europa, attraverso casi importati, fosse moderato.

A distanza di tre giorni dalla circolare, il 25 gennaio 2020, il Ministero della salute adotta un'ordinanza di necessità e urgenza ad oggetto "le Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019-nCoV)", con la quale, pur considerata la stima di rischio moderato fatta dall'organismo europeo, riteneva opportuno rendere obbligatoria per le compagnie aeree, le società e gli enti, pubblici e privati, che gestiscono gli scali aeroportuali, l'applicazione delle misure di sorveglianza sanitaria per prevenire, ridurre e contenere il rischio di diffusione dell'infezione da nuovo Coronavirus (2019-nCoV), tra la popolazione. Dette misure dovevano interessare tutti i passeggeri sbarcanti in Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si è verificata una trasmissione autoctona sostenuta del nuovo Coronavirus (2019-nCoV)¹². Per fare fronte agli accresciuti compiti di sorveglianza sanitaria, l'ordinanza prevedeva una deroga temporanea alla disciplina per il conferimento degli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa che si sostanzia nell'assegnare incarichi della durata massima di novanta giorni a settantasei medici, quattro psicologi, trenta infermieri e quattro mediatori culturali¹³.

Stante la necessità e l'urgenza dei provvedimenti presi con l'ordinanza in questione, il Ministero della salute, per fare fronte ai costi di spesa, stimati in euro 2.100.000,00, a valere sull'esercizio finanziario 2020, ha individuato come capitolo di imputazione quello del Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (CCM), provvedendo mediante corrispondente riduzione di spesa ai sensi dell'art. 34ter della legge n.196 del 2009.

Il precipitare degli eventi di cui tutti conserviamo vivo il ricordo ha richiesto, a distanza di soli cinque giorni, una nuova ordinanza del Ministro della salute, quella già ricordata, del 30 gennaio 2020, con la quale è stato interdetto il traffico aereo dalla Cina, quale Paese in cui si è verificata una trasmissione autoctona sostenuta del nuovo Coronavirus.

La cronaca dei primi giorni di gestione dell'emergenza pandemica ci restituisce una sequenza di provvedimenti legati da un filo logico coerente e attento alla individuazione delle risorse finanziarie da impiegare. Le prime ordinanze sono del Ministero della sanità che pre-

¹² Si tratta delle procedure descritte nella circolare e già attivate, come previsto dal Regolamento Sanitario Internazionale (2005) (RSI), presso l'aeroporto di Fiumicino. E' una procedura sanitaria, gestita dall'USMAF SASN (Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera e i Servizi territoriali per l'assistenza sanitaria al personale navigante), per verificare l'eventuale presenza a bordo degli aeromobili provenienti da Wuhan di casi sospetti sintomatici ed il loro eventuale trasferimento in bio-contenimento all'Istituto Nazionale Malattie Infettive L. Spallanzani di Roma. Il 20 gennaio 2020 veniva rafforzata la sorveglianza dei passeggeri dei voli diretti da Wuhan (e di ogni altro volo con segnalati casi sospetti di 2019 nCoV) per i quali era previsto il transito nel canale sanitario, in cui erano attivati gli scanner termometrici. I casi eventualmente positivi sarebbero stati sottoposti agli ulteriori controlli del caso ed eventualmente a isolamento, con attivazione della sorveglianza per gli altri passeggeri a rischio.

¹³ L'ordinanza prevedeva il loro impiego per far fronte, in particolare, alle esigenze di servizio del numero di pubblica utilità 1500, per i controlli sanitari attivati dagli USMAF-SASN e per i servizi di competenza degli uffici 3 - Coordinamento tecnico degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera e dei servizi territoriali di assistenza sanitaria al personale navigante USMAF – SASN, e 5 - Prevenzione delle malattie trasmissibili e profilassi internazionale della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute.

dispone con le risorse a sua disposizione le prime misure di sorveglianza sanitaria; avuta immediata contezza del crescere dell'emergenza è intervenuta la delibera del Consiglio dei ministri che, dichiarando l'emergenza nazionale, ha potuto immediatamente stanziare le risorse finanziarie adeguate attingendole dal fondo dedicato e con provvedimento immediatamente esecutivo.

3. Sulla composita, ma non sempre armonica, articolazione della gestione della pandemia: il difficile rapporto tra competenza materiale e dimensione territoriale dell'emergenza.

Dichiarato lo stato di emergenza nazionale, il 3 febbraio 2020, con l'ordinanza n. 630 del Capo del Dipartimento della protezione civile, sono stati disposti i primi interventi urgenti per affrontare l'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti dal virus. Si attiva così il coordinamento della macchina della Protezione civile, che è condotta dal Capo del Dipartimento che, a sua volta si avvale del medesimo Dipartimento, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché di soggetti attuatori, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono, sulla base di specifiche direttive. Tra i soggetti attuatori spiccano, su base territoriale, i Presidenti delle giunte regionali e delle due province autonome, nominati tra il 22 e il 27 febbraio 2020, con appositi decreti del Capo del Dipartimento; mentre, in base alle competenze, il Segretario generale del Ministero della salute quale soggetto attuatore nominato con apposito decreto del 7 febbraio 2020.

In questa fase iniziale di gestione dell'emergenza gli interventi da realizzare con indifferibilità e urgenza riguardano: a) l'organizzazione e l'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza oltre che degli interventi urgenti e necessari per la rimozione delle situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità, con particolare riferimento alla prosecuzione delle misure urgenti già adottate dal Ministro della salute con le ordinanze emesse nel mese di gennaio 2020, alla disposizione di eventuali ulteriori misure di interdizione al traffico aereo, terrestre e marittimo sul territorio nazionale, al rientro delle persone presenti nei paesi a rischio ed al rimpatrio assistito dei cittadini stranieri nei paesi di origine esposti al rischio, all'invio di personale specializzato all'estero, all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione individuale, e biocidi, alla requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili, anche avvalendosi dei Prefetti territorialmente competenti, nonché alla gestione degli stessi assicurando ogni forma di assistenza alla popolazione interessata; b) il ripristino o il potenziamento, anche con procedure di somma urgenza, della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento dalla specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea.

Per le attività da svolgersi sui territori le risorse finanziarie sono state attribuite mediante trasferimento dal fondo stanziato per la protezione civile.

Per natura e tipologia questi sono interventi di somma urgenza, riferibili a situazioni di fatto astrattamente prevedibili in casi di calamità e disastri naturali e gestiti con efficienza dal Dipartimento della Protezione civile. L'evolversi e l'aggravamento della diffusione del contagio ha messo in evidenza le peculiarità di uno stato di emergenza sanitario determinato da pandemia che poco o nulla hanno a che fare con l'esperienza della Protezione civile. Sotto questo profilo è sufficiente ricordare che nella legislazione italiana ritroviamo più testi dedicati alle emergenze sanitarie e di igiene pubblica. Lo stesso articolo 32 del d.lgs. n. 833 del 1978, prima ancora che essere scrutinato in relazione ai presupposti e ai limiti delineati dalla speciale normativa dedicata alla gestione della pandemia¹⁴, deve essere coordinato con altre previsioni normative che contribuiscono a completare il quadro, vale a dire l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 e l'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000¹⁵. Tali norme prevedono che i poteri di ordinanza contingibile e urgente – comunale, regionale o statale – possano essere esercitati *“in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali”*.

La prevenzione, la risposta e il contrasto alla pandemia Covid 19 e agli eventi connessi hanno richiesto un cambio di passo¹⁶ che si è avuto con l'adozione di un cospicuo numero di decreti legge, molti dei quali oggi abrogati¹⁷, con i quali il Governo ha deciso di man-

¹⁴ Per i profili di nostro interesse è sufficiente ricordare due decreti legge, il n.19 e il n.33, entrambi del 2020.

¹⁵ Si veda S. LICCIARDIELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *federalismi.it – paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, n.1.

¹⁶ S. STAIANO, *Né modello né sistema... cit.*, «Parallelamente il potere di ordinanza è stato attribuito col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto. Ma il quadro del potere di ordinanza è assai più articolato.»

¹⁷ Tra i decreti abrogati, con salvezza degli effetti prodotti in vigenza, si annoverano: D.L. 2 marzo 2020, n. 9, misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19; D.L. 8 marzo 2020, n. 11, misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; D.L. 9 marzo 2020, n. 14, disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19. Tutti e tre i decreti sono stati abrogati dalla L. 24 aprile 2020, n. 27 (art. 1, comma 2), validi gli atti ed i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge. D. L. 10 maggio 2020, n. 29, misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41bis della legge n. 354 del 1975, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati. Provvedimento abrogato dalla L. 25 giugno 2020, n. 70 che ha disposto (all'art. 1, comma 3) che "Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge". D.L. 16 giugno 2020, n. 52, ulteriori misure urgenti in materia di trattamento di integrazione salariale, nonché proroga di termini in materia di reddito di emergenza e di emersione di rapporti di lavoro. Provvedimento abrogato dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge (l'art. 1, comma 2). [D.L. 14 agosto 2020, n. 103](#), modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020; [D.L. 8 settembre 2020, n. 111](#), disposizioni urgenti per far fronte a indifferibili esigenze finanziarie e di sostegno per l'avvio dell'anno scolastico, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19; [D.L. 11 settembre 2020, n. 117](#), disposizioni urgenti per la pulizia e la disinfezione dei locali adibiti a seggio elettorale e per il regolare svolgimento dei servizi educativi e scolastici gestiti dai comuni. Questi ultimi tre provvedimenti sono stati abrogati dalla Legge 13 ottobre 2020, n. 126, validi gli atti ed i provvedimenti

tenere al centro, sotto suo stretto controllo, la gestione dell'emergenza. Ricorrendo all'art. 77 della Costituzione, il Governo ha esercitato le competenze legislative sia in materia di profi-lassi internazionale, di competenza esclusiva del legislatore statale; sia in materia di tutela della salute e protezione civile. In questi due ultimi ambiti materiali, pur avendo competenza concorrente, lo Stato ha estromesso i legislatori regionali, ha disciplinato nel dettaglio e ha ricostruito il parallelismo funzionale sul piano amministrativo attribuendo compiti di attuazione amministrativa ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁸. La tenuta di questa strategia in termini di legittimità costituzionale è stata riconosciuta attraverso la cd. "chiamata in sussidiarietà"¹⁹. I decreti legge hanno attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare in ambito nazionale un'emergenza sanitaria di dimensione sovranazionale. Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.) è stato così scelto come strumento principale da impiegare per l'esercizio della funzione amministrativa di gestione dell'emergenza²⁰. L'attrazione a livello statale delle competenze in materia di tutela della salute e di protezione civile è stata valuta-

adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge. D.L. 20 ottobre 2020, n. 129, disposizioni urgenti in materia di riscossione esattoriale, abrogato dalla Legge 27 novembre 2020, n. 159, validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto. D.L. 9 novembre 2020, n. 149, ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Ristori bis). D.L. 23 novembre 2020, n. 154, misure finanziarie urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Ristori ter). D.L. 30 novembre 2020, n. 157, ulteriori misure urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Ristori quater). Questi tre decreti sono stati abrogati dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 176, validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti. D.L. 2 dicembre 2020, n. 158, disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19 e D.L. 5 gennaio 2021, n. 1, ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, entrambi abrogati dalla L. 29 gennaio 2021, n. 6, validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei due decreti. D.L. 12 febbraio 2021, n. 12, ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e D.L. 23 febbraio 2021, n. 15, ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Entrambi di decreti sono stati abrogati dalla L. 12 marzo 2021, n. 29, validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi.

¹⁸ F. POLITI, voce *Decreto ministeriale*, in *Enc. giur.*, V, Milano, 2001. Riguardo ai dPCM l'autore ricorda che possono avere un contenuto eterogeneo, ora normativo, ora provvedimentale, ora proprio degli atti amministrativi generali. Sul dPCM da ultimo A. CELOTTO, [Che cosa sono i DPCM? \(In margine a Consiglio di stato parere n. 850 del 13 maggio 2021\)](#), in *Giustamm*, 6.2021.

¹⁹ Profidata dalla Corte costituzionale nella sentenza n.303 del 2003, pubblicata in *Giur. Cost.*, 2003, p. 2675 ss. con note di A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e 'Supremacy Clause' sono davvero perfettamente equivalenti?*; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*. Tra i contributi più sedimentati S. MANGIAMELLI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, 825 ss.; I. RUGGIU, *Il principio di competenza tra flessibilizzazione ed esigenze unitarie nelle sentenze della Corte costituzionale n.303 del 2003 e n. 14 del 2004*, 865 ss.; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regione*, in *Le Regioni*, 2011, 455 ss.; M. MANCINI, *"Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà": trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, 2014, 27 ss.

²⁰ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966.

ta come scelta legittima dalla giurisprudenza amministrativa²¹ che ha utilizzato la formula della “chiamata in sussidiarietà”. La prima decisione così orientata è del T.A.R. Calabria in occasione del ricorso promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l’ordinanza del 29 aprile 2020, con la quale il Presidente della Regione Calabria, discostandosi da quanto previsto dal d.P.C.M. del 26 aprile 2020, aveva consentito la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione da effettuarsi esclusivamente mediante servizio con tavoli all’aperto²².

La scelta di operare a livello amministrativo in modo unitario con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che costituisce il fulcro del necessario coordinamento dell’attività amministrativa posta in essere dallo Stato e dalle Autonomie territoriali²³, spiega anche la scelta di attrarre in capo allo Stato la competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali “la tutela della salute” e “la protezione civile”. Lo schema seguito è quello secondo il quale l’avocazione allo Stato della funzione amministrativa si deve accompagnare all’attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, con la specificazione che all’intervento legislativo per esigenze unitarie devono essere garantite forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell’esercizio della funzione amministrativa²⁴.

Per affrontare la pandemia lo Stato ha, dunque, avvocato a sé le funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà ed ha esercitato la chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa.

Questo schema viene tracciato in modo puntuale dal decreto legge n. 19 del 2020²⁵, accentrando a livello statale il potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento, in special modo per quanto riguarda le prescrizioni che incidono su diritti anche di rango costituzionale²⁶, lasciando alle Regioni e ai Comuni, limitati ambiti funzionali volti a

²¹ TAR Calabria, sez. I, Catanzaro, sent. 9 maggio 2020, n. 841 e, in senso conforme, il TAR Sicilia, sez. III, Palermo, sent. 25 settembre 2020, n. 1952, ad oggetto l’annullamento dell’ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione Siciliana, del 22 agosto 2020, con la quale sono state disposte: l’immediato sgombero degli hotspot e dei Centri di accoglienza dei migranti e il trasferimento dei predetti in altre strutture fuori regione; il divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio regionale di ogni migrante che raggiunge le coste della Sicilia, in quanto attività incidenti sul rischio concreto di diffusione del contagio da virus Covid-19. La Corte Costituzionale, dal canto suo, in occasione del giudizio di legittimità costituzionale della legge regionale della Valle d’Aosta definito con la sentenza n. 37 del 2021 ha fatto esclusivamente ricorso alla competenza esclusiva dello stato in materia di profilassi internazionale.

²² Il riferimento è alla citata sentenza n. 841 del 2020 del TAR Calabria, Catanzaro.

²³ In capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri si sintetizzano i vari interessi alla cura dei quali sono preposte le amministrazioni pubbliche, statali, regionali e locali.

²⁴ Il punto è stato chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 278 del 2010. M. CECCHETTI, *La Corte “in cattedra”! Una emblematica “sentenza-trattato” che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, 1064 ss.; Sul tema della leale collaborazione i contributi dottrinari sono numerosissimi, dai saggi monografici S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; ai contributi A. POGGI, *Corte Costituzionale e principio di “lealtà” nella collaborazione tra Stato e Regioni per l’esercizio delle funzioni*, in *www.federalismi.it*, n.19/2017; M. MANCINI, *La resistibile ascesa, l’inesorabile declino e l’auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n.5-6/2013, 947ss.

²⁵ Decreto-Legge del 25 marzo 2020, convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35.

²⁶ L’art.1, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 individua le misure: a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni. Ai soggetti con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e compor-

tamentali certificate ai sensi della legge n.104/1992 è consentito uscire dall'ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria; b) chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree da gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici; c) limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale; d) applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che entrano nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano; e) divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena, applicata dal sindaco quale autorità sanitaria locale, perché risultate positive al virus; g) limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione o di assembramento in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso; h) sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto; h-bis) adozione di protocolli sanitari, d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza; i) chiusura di cinema, teatri, sale da concerto, sale da ballo, discoteche, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, centri culturali, centri sociali e centri ricreativi o altri analoghi luoghi di aggregazione; l) sospensione dei congressi, ad eccezione di quelli inerenti alle attività medico-scientifiche e di educazione continua in medicina (ECM), di ogni tipo di evento sociale e di ogni altra attività convegnistica o congressuale, salva la possibilità di svolgimento a distanza; m) limitazione o sospensione di eventi e competizioni sportive di ogni ordine e disciplina in luoghi pubblici o privati, ivi compresa la possibilità di disporre la chiusura temporanea di palestre, centri termali, centri sportivi, piscine, centri natatori e impianti sportivi, anche se privati, nonché di disciplinare le modalità di svolgimento degli allenamenti sportivi all'interno degli stessi luoghi; n) limitazione o sospensione delle attività ludiche, ricreative, sportive e motorie svolte all'aperto o in luoghi aperti al pubblico, garantendo comunque la possibilità di svolgere individualmente, ovvero con un accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti, attività sportiva o attività motoria, purché nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per le attività motorie, ludiche e ricreative; o) possibilità di disporre o di demandare alle competenti autorità statali e regionali la limitazione, la riduzione o la sospensione di servizi di trasporto di persone e di merci, automobilistico, ferroviario, aereo, marittimo, nelle acque interne, anche non di linea, nonché di trasporto pubblico locale; in ogni caso, la prosecuzione del servizio di trasporto delle persone è consentita solo se il gestore predispone le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; p) sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del d. lgs. n. 65/2017, e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, nonché delle istituzioni di formazione superiore, comprese le università e le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, di corsi professionali, master, corsi per le professioni sanitarie e università per anziani, nonché dei corsi professionali e delle attività formative svolti da altri enti pubblici, anche territoriali e locali, e da soggetti privati, o di altri analoghi corsi, attività formative o prove di esame, ferma la possibilità del loro svolgimento di attività in modalità a distanza; q) sospensione dei viaggi d'istruzione, delle iniziative di scambio o gemellaggio, delle visite guidate e delle uscite didattiche comunque denominate, programmate dalle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado sia sul territorio nazionale sia all'estero; r) limitazione o sospensione dei servizi di apertura al pubblico o chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; s) limitazione della presenza fisica dei dipendenti negli uffici delle amministrazioni pubbliche, fatte comunque salve le attività indifferibili e l'erogazione dei servizi essenziali prioritariamente mediante il ricorso a modalità di lavoro agile; t) limitazione o sospensione delle procedure concorsuali e selettive, ad esclusione dei concorsi per il personale sanitario e socio-sanitario, finalizzate all'assunzione di personale presso datori di lavoro pubblici e privati, con possibilità di esclusione dei casi in cui la valutazione dei candidati è effettuata esclusivamente su basi curriculari ovvero con modalità a distanza, fatte salve l'adozione degli atti di avvio di dette procedure entro i termini fissati dalla legge, la conclusione delle procedure per le quali risulti già ultimata la valutazione dei candidati e la possibilità di svolgimento dei procedimenti per il conferimento di specifici incarichi; u) limitazione o sospensione delle attività commerciali di vendita al dettaglio o all'ingrosso, a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità da espletare con modalità idonee ad evitare assembramenti di persone, con obbligo a carico del gestore di predisporre le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; v) limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti, ad esclusione delle mense e del catering continuativo su base contrattuale, a condizione che sia garantita la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, e della ristorazione con consegna a domicilio ovvero con asporto, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie previste per le attività sia di confezionamento che di trasporto, con l'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, con il divieto di consumare i prodotti

consentire mirati interventi sui territori di competenza, rispetto all'evolversi localmente del rischio epidemiologico e contemperandoli con l'esigenza di salvaguardare il ruolo dello Stato di garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. Per salvaguardare il pluralismo istituzionale autonomistico di matrice territoriale il decreto legge n. 19 del 2020, ricorre alla leale collaborazione declinata nella formula della Conferenza Stato-Regioni-Province autonome, ma lo fa in modo minimale. L'art. 2 del decreto prevede, infatti, che il Presidente del Consiglio dei Ministri adotti i decreti sentiti, anche, i Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. Sulle modalità con le quali è stata esercitata la 'chiamata in sussidiarietà' incombe il peso dell'emergenza, dal momento che la previsione di meccanismi di collaborazione adeguati avrebbe richiesto il ricorso alle intese da raggiungere in sede di Conferenza²⁷. Anche

all'interno dei locali e con il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi; z) limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale; aa) limitazione o sospensione di fiere e mercati, a eccezione di quelli necessari per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità; bb) specifici divieti o limitazioni per gli accompagnatori dei pazienti nelle sale di attesa dei dipartimenti di emergenza-urgenza e accettazione e dei reparti di pronto soccorso (DEA/PS); cc) divieto o limitazione dell'accesso di parenti e visitatori in strutture di ospitalità e lungodegenza, residenze sanitarie assistite (RSA), hospice, strutture riabilitative, strutture residenziali per persone con disabilità o per anziani, autosufficienti e no, nonché istituti penitenziari e istituti penitenziari per minori; sospensione dei servizi nelle strutture semiresidenziali e residenziali per minori e per persone con disabilità o non autosufficienti, per persone con disturbi mentali e per persone con dipendenza patologica; sono in ogni caso garantiti gli incontri tra genitori e figli autorizzati dall'autorità giudiziaria, nel rispetto delle prescrizioni sanitarie o, ove non possibile, in collegamento da remoto; dd) obblighi di comunicazione al servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall'OMS o dal Ministro della salute; ee) adozione di misure di informazione e di prevenzione rispetto al rischio epidemiologico; ff) predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente; gg) previsione che le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale, previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale; hh) eventuale previsione di esclusioni dalle limitazioni alle attività economiche, con verifica caso per caso affidata a autorità pubbliche specificamente individuate; hh-bis) obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità.

²⁷ Nella sentenza n. 6 del 2004 la Consulta afferma che la legge operante la chiamata in sussidiarietà «deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Quindi, con riferimento a quest'ultimo profilo, nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi - anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18

le Regioni non hanno preso nella dovuta considerazione il rispetto del principio di leale cooperazione, come emerge da alcune pronunce giurisdizionali²⁸ nelle quali il mancato rispetto di detto principio è sintomo di eccesso di potere. Il legislatore, per sua parte, si è limitato a prevedere all'art. 1 comma 16 del D.L. n. 33 del 2020²⁹, un dovere di informativa a carico della Regione verso il Ministero della salute nel caso in cui si risolve, nelle more dell'adozione di nuovi d.P.C.M., ad introdurre misure derogatorie, di cui al ricordato art. 2 del D.L. n. 19 del 2020, più restrittive rispetto a quelle disposte con i d.P.C.M. vigenti³⁰.

4. L'esercizio del potere di ordinanza al vaglio del sindacato del giudice amministrativo.

Di fronte al veloce aggravamento della diffusione del contagio e alle difficoltà ad affrontare sull'intero territorio nazionale la cura della popolazione contagiata dal virus, il Governo della Repubblica con la decretazione d'urgenza ha deciso di intervenire sull'organizzazione della macchina dell'emergenza e sull'attribuzione dei poteri, andando anche in deroga al Codice della Protezione civile. In particolare, durante la prima fase della gestione dell'emergenza il Presidente del Consiglio dei Ministri ha fatto largo uso del d.P.C.M. per una periodica manutenzione delle misure restrittive contemplate nel ricordato art. 1, comma 2 del D.L. n. 19 del 2020, incidendo così, sia pure per limitati e contingentati periodi di tempo (per lo più ogni quindici giorni) sull'esercizio di libertà e diritti costituzionalmente garantiti, e con diversa intensità, al precipuo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19³¹. Nell'intenzioni del legislatore questi

ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) - la legislazione statale di questo tipo "può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà" (sentenza n. 303 del 2003)». Sul punto, anche se sollecitate da una diversa pronuncia della Corte, le brevi e puntuali considerazioni svolte da R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 3/2017.

²⁸ T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841 include tra le ragioni dell'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 37/2020 – divenuta celebre per aver consentito la ripresa di alcune attività produttive in difformità rispetto a quanto prescritto a livello statale – «la violazione da parte della Regione Calabria del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica, principio fondamentale nell'assetto di competenze del titolo V della Costituzione». Secondo il giudice amministrativo di prime cure, «occorre ricordare come la violazione del principio di leale collaborazione costituisca elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 14 dicembre 2001, n. 9)».

²⁹ Decreto convertito dalla legge n.74 del 2020.

³⁰ G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Riv. di Biodiritto*, 1S, 2020, pp.183 -199.

³¹ Sul punto si converge su quanto osservato da G. CLEMENTE di SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico istituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2021, p.90-91 «Non è a rischio la democrazia – né è fuori dall'orbita costituzionale – se, in circostanze di emergenza sanitaria, l'autorità (democraticamente investita), al fine di garantire il diritto alla salute di tutti (e soprattutto dei meno abbienti), comprime, anche sensibilmente, la libertà personale e la libertà di circolazione. In altre parole, laddove nella realtà non possano essere soddisfatti nella loro interezza, manifestandosi fra loro in contrasto, è ordinariamente doveroso il bilanciamento fra valori e/o diritti (così come la mediazione compositiva fra interessi) ... In definitiva, quindi, nell'attuale congiuntura l'unico, vero e non trascurabile rischio per la democrazia e la tenuta della Costituzione sta nella compressione delle libertà fondamentali (che assicurano la manifestazione del dissenso), e dunque nell'arbitraria censura delle opinioni

poteri amministrativi affidati al Presidente del Consiglio dei Ministri avrebbero dovuto essere esercitati nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente, su specifiche parti del territorio nazionale, ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso³².

Attribuito questo potere al Governo, da esercitarsi mediante d.P.C.M., il decreto legge ha lasciato un piccolo “spazio di manovra” alle Regioni prevedendo per queste ultime la possibilità di adottare misure di efficacia locale “*nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale*”, ma solo a condizione che gli interventi su base regionale siano destinati ad operare nelle more dell’adozione di un nuovo d.P.C.M. e che si tratti di interventi giustificati da “*situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario*” proprie della Regione, che introducano misure “*ulteriormente restrittive*” delle attività sociali e produttive esercitabili sul territorio della Regione³³.

L’orientamento della giurisprudenza amministrativa in corso di pandemia non ha, sostanzialmente, messo in dubbio la legittimità del rapporto tra fonti primarie e provvedimenti amministrativi così come tracciato nel D.L. n. 19 del 2020. I tribunali amministrativi regionali convergono sull’interpretazione del dato normativo, nel senso che le misure restrittive da adottare con d.P.C.M., provvedimento amministrativo a contenuto generale³⁴, vengono dettagliatamente predeterminate dalla fonte primaria³⁵, residuando alla discrezionalità dell’Autorità amministrativa di individuare l’ampiezza della limitazione in ragione dei riscontri epidemiologici frutto dell’attività di un organo tecnico scientifico. E’ la fonte primaria a stabilire il contenuto della restrizione della libertà, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell’estensione di tale limitazione³⁶. L’atto amministrativo è dell’amministrazione centrale (d.P.C.M. o decreto ministeriale come nel caso in cui competa al Ministro della salute individuare e dichiarare le zone a diversa colorazione), alle Regioni è dato intervenire so-

scientifiche dissenzienti da parte del sistema dell’informazione». Sul tema V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Dir.pub.*, 2007.

³² Diversi d.P.C.M. hanno previsto, tra l’altro, la limitazione o sospensione di attività mediante le quali le persone esercitano quotidianamente diritti e libertà.

³³ In dottrina si è parlato di un fenomeno recessivo dell’autonomia regionale, notazione condivisibile se riferita a circoscrivere il potere di ordinanza alle misure restrittive, tanto che il D.L. n.33 del 2020 ha previsto anche l’adozione su base regionale di misure di diversificazione “ampliative” nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai d.P.C.M. e d’intesa con il Ministro della Salute.

³⁴ Il legislatore dispone che si tratta di atti di natura non normativa ma su questa definizione non si può non condividere l’osservazione di S. STAIANO, *Né modello né sistema... cit.*, p.537-538: «*Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all’astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione e, frequentemente, gli enunciati sono volutamente fuorvianti, occultando sotto formulazioni generalizzanti il riferimento a casi identificati o, viceversa, presentando come dotati del carattere della determinatezza comandi destinati invece a un universo di soggetti e di casi tanto ampio da non essere definibile se non nell’applicazione.*»

³⁵ Il decreto legge.

³⁶ Si è così orientato il TAR Calabria, sez. I, Catanzaro, sent. 9 maggio 2020, n. 841; TAR Puglia, sez. III, Bari, sent. 22 maggio 2020, n. 733; TAR Sicilia, sez. III, Palermo, sent. 25 settembre 2020, n. 1952.

no nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 del D.L. n. 19 del 2020³⁷ e con una espressa compressione di quei poteri di ordinanza che trovano fondamento nell'art. 32 della L. n. 833 del 1978. Infatti, i limiti al potere di ordinanza del Presidente della Regione delineati dal richiamato comma 1, valgono, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo, per tutti gli *“atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”*. La giurisprudenza³⁸ ha osservato che *“pur sussistendo in astratto il potere del Presidente della Regione in ambito sanitari – avuto riguardo a quanto disposto sia dall'art. 32 della L. 833/1978, sia dall'art. 3 del d.l. n. 19/2020 – tale potere deve essere esercitato, in concreto, entro i limiti imposti dalla disciplina statale emergenziale e in coerenza con le attribuzioni delle regioni derivanti dalle norme costituzionali; oltre che nel rispetto del principio di leale collaborazione, cui si ispira l'art. 2 del d.l. n. 19/2020”*. In questa prospettiva è “compresso”, allo stesso modo del potere di ordinanza del Presidente della Regione, anche il potere di ordinanza dei sindaci³⁹ così come delineato nel TUEL. Il Sindaco in una cornice di riferimento normativo di questo tipo, non è privato del potere di ordinanza *extra ordinem* ma – diversamente da quanto avviene in periodi non qualificabili come emergenze nazionali, in cui l'ordinanza contingibile e urgente vale a fronteggiare un'emergenza locale e può avere finanche attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico – neppure può esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti dettati della normativa statale, non solo per quel che concerne i presupposti ma anche quanto all'oggetto della misura limitativa. Il Sindaco, in altri termini, non può adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza, in contrasto con le misure statali, né eccedere i limiti di oggetto di cui al comma 1 dell'art. 2 del D.L. n. 19 del 2020⁴⁰. Successivamente, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁴¹, ha

³⁷ Oltre che al rispetto di quanto previsto dall'art. 120, comma 1 della Costituzione.

³⁸ TAR Sicilia, sez. III, Palermo, sent. 25 settembre 2020, n. 1952.

³⁹ Il Consiglio di Stato, sez. I, nell'adunanza del 7 aprile 2020, ha reso il parere n. 735, nell'ambito del procedimento di annullamento governativo straordinario ex art.138, d.lgs. n. 267 del 200, dell'ordinanza sindacale di Messina del 5 aprile 2020. Senza entrare nel merito del procedimento, qui rileva la condivisione espressa dal Consiglio di Stato sulla ricostruzione del quadro normativo emergenziale fatta dal Governo: «a seguito dell'emanazione del D.L. n. 19/2020 viene puntualmente delineato il regime delle competenze, accentrando – stante la gravità e dimensione nazionale dell'emergenza – a livello statale il potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento, in special modo per quanto riguarda le prescrizioni che incidono su diritti anche di rango costituzionale, in relazione alle quali l'ordinamento ha, quindi, stabilito una clausola di salvaguardia generale a tutela dell'unità dell'ordinamento della Repubblica ... finalizzata a contemperare l'esigenza di assicurare, alle Regioni e ai Comuni, adeguati ambiti funzionali volti a consentire mirati interventi sui territori di competenza, rispetto all'evolversi localmente del rischio epidemiologico, con l'esigenza di salvaguardare il ruolo dello Stato di garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'articolo 117, comma 2, lett. m) della Costituzione». In tale contesto, ha osservato il Ministero, sarebbe ammessa per i Comuni «esclusivamente la possibilità di intervenire con ordinanze all'interno e conformemente alla cornice delineata dai provvedimenti statali, ovvero da quelli regionali, questi ultimi nei limiti specificati dalla disposizione di legge richiamata».

⁴⁰ Il Sindaco, ad esempio, può introdurre un divieto d'ingresso nel proprio Comune, per un periodo di tempo limitato e solo in presenza di un sopravvenuto aggravamento del rischio sanitario che sia stato oggetto di valutazione adeguata e proporzionata ai dati epidemiologici del territorio in un dato momento. Il potere di ordinanza sindacale è quindi limitato ai casi in cui sia necessaria una risposta urgente – che vada al di là delle misure adottate dal Presidente del Consiglio dei

Ministri, dai Ministri competenti e, eventualmente, dalle singole Regioni – a specifiche situazioni che interessino il territorio comunale (T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077, che ha annullato un'ordinanza sindacale contingibile e urgente con la quale si è disposta la sospensione delle attività didattiche delle scuole dell'infanzia, delle primarie e delle secondarie di primo grado, sia pubbliche che private, ricadenti nel

abrogato il comma 2 dell'art. 3 d.l. n. 19 del 2020, il quale stabiliva l'inefficacia delle ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza" che si ponessero "in contrasto con le misure statali", ovvero eccedessero i limiti delineati anche per i provvedimenti del Presidente della Regione. Ma tale abrogazione, a giudizio della giurisprudenza amministrativa, non ha comportato una espansione 'libera' del potere di ordinanza contingibile e urgente dei Sindaci, quanto piuttosto ha riportato su binari ordinari i presupposti, le finalità e i limiti del potere di decretazione d'urgenza. Pertanto, il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell'art. 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978 e nell'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000⁴².

La tenuta del rapporto tra decreto legge e d.P.C.M. sembra, allora, poggiare su di un rapporto di coesistenzialità tra norme di portata generale e atti di dettaglio che devono determinare la misura concreta della restrizione. Mentre i poteri di ordinanza di Presidente della Regione e Sindaco sono solo residuali, finalizzati a risolvere emergenze specifiche determinate da fatti sopravvenuti che comportano aggravamento del rischio sanitario esclusivamente sul territorio locale, sorte nell'arco temporale tra l'adozione di due d.P.C.M.⁴³. Sono poteri che vanno esercitati attivando un minimo di collaborazione con l'amministrazione centrale consistente nel dovere di informativa. L'adozione del nuovo d.P.C.M. determina il venir meno dell'efficacia dei provvedimenti restrittivi precedentemente emanati in ambito locale, fatti salvi gli effetti prodotti. Nel corso della pandemia, però, non sono mancate disposizioni legislative che hanno ulteriormente compresso i poteri di ordinanza del Presidente della giunta regionale, come il D.L. n. 33 del 2020, che all'art. 1, comma 13, ha attribuito in via esclusiva al potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri, la competenza ad adottare, mediante d.P.C.M., misure per fronteggiare l'emergenza dirette ad incidere sulla disciplina

territorio del Comune), su presupposto che in mancanza di specifiche esigenze locali «il Sindaco non può sostituire il proprio apprezzamento, per quanto prudente e ponderato, alla valutazione epidemiologica e al bilanciamento degli interessi operato dall'Autorità governativa ed, eventualmente, dalle singole Regioni».

⁴¹ Convertito con modificazioni, con la legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁴² T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, sentenza 18 dicembre 2020, n. 2077. Il G.A. così ne spiega le ragioni: «Innanzitutto perché, contrariamente opinando, la naturale pluralità di misure adottate dai sindaci minerebbe la risposta unitaria e organica a una crisi sanitaria di carattere planetario [...]. Ma soprattutto perché, sul piano strettamente normativo, non sussistono quegli ambiti di 'vuoto ordinamentale' nel contesto del quale è ammissibile l'esercizio di poteri contingibili e urgenti». In coerenza si esprime anche T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, decr. caut. 15 gennaio 2021, n. 30, con il quale viene sospesa l'efficacia dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale 8/1/2021, n. 3, nella parte in cui aveva disposto che sull'intero territorio regionale le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado svolgessero esclusivamente attività didattica tramite ricorso alla didattica digitale integrata. Sostiene il G.A.: «l'impugnata ordinanza regionale va immotivatamente (e in definitiva ingiustificatamente) a comprimere in maniera eccessiva (se non a conculcare integralmente) il diritto degli adolescenti a frequentare di persona la scuola quale luogo di istruzione e apprendimento culturale nonché di socializzazione, formazione e sviluppo della personalità dei discenti, condizioni di benessere che non appaiono adeguatamente (se non sufficientemente) assicurate con la modalità in DAD a mezzo dell'utilizzo di strumenti tecnici costituiti da videoterminali (di cui peraltro verosimilmente non tutta la popolazione scolastica interessata è dotata); l'attività amministrativa di adozione di misure fronteggianti situazioni di pur così notevole gravità non può spingersi al punto tale da sacrificare in toto altri interessi costituzionalmente protetti, dovendo l'agire della P.A. svolgersi in un quadro di bilanciamento delle tutele di entrambe le esigenze pubbliche in rilievo, quella sanitaria e quella del diritto all'istruzione».

⁴³ Si tratta di misure interinali "ulteriormente restrittive" da adottare in via d'urgenza, esse more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con efficacia limitata fino a tale momento.

delle attività scolastiche, didattiche, formative, escludendo così una potestà derogatoria delle Regioni sia in senso restrittivo che ampliativo.

Andando avanti nel periodo di pandemia, il legislatore dell'emergenza, ha ulteriormente puntualizzato gli spazi lasciati alle ordinanze regionali. Ad esempio, il decreto-legge n. 44 del 1° aprile 2021, ad oggetto *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*⁴⁴, all'art. 1, comma 5, dispone che dal 7 aprile al 30 aprile 2021, i Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, possono disporre l'applicazione delle misure stabilite per la zona rossa, nonché ulteriori, motivate, misure più restrittive tra quelle previste dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1: a) nelle province in cui l'incidenza cumulativa settimanale dei contagi è superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti; b) nelle aree in cui la circolazione di varianti di SARS-CoV-2 determina alto rischio di diffusività o induce malattia grave.

5. Alcune considerazioni sulle possibili cause di conflitto tra le scelte emergenziali compiute dai pubblici poteri. La difficoltà ad applicare correttamente i principi di precauzione e di prevenzione in assenza di un affidabile ed efficiente sistema informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione pubblica.

Uno dei punti critici sta nel come il potere amministrativo stabilisce di volta in volta la estensione e la intensità della misura, il che vuol dire come utilizza i principi di precauzione⁴⁵, proporzionalità⁴⁶, ragionevolezza. Criticità che emerge quando non c'è sintonia tra le deci-

⁴⁴ Decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 28 maggio 2021, n. 76.

⁴⁵ Il d.P.C.M. 9 marzo 2020 e il d.P.C.M. 11 marzo 2020 con i quali sono state imposte alle persone misure fortemente compressive della loro libertà hanno a loro fondamento il principio di precauzione. L'attuazione del principio di precauzione comporta che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495). Con riferimento al principio di precauzione nell'emergenza Covid-19, A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it, focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, n.1.

⁴⁶ Le misure di contenimento introdotte per fronteggiare l'epidemia da COVID-19 dovrebbero essere adottate, oltre che sulla base del "principio di precauzione", anche sulla base dei "principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità", richiamati espressamente dalle fonti primarie, prima dal D.L. n. 19, poi dal D.L. n. 33 del 2020. In merito al rapporto tra i predetti principi, il Consiglio di Stato, richiamando le indicazioni di indirizzo in merito alle condizioni di applicazione del principio di precauzione fornite dalla comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000, ha precisato che: «Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. "rischio zero" entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure "congrue rispetto al livello prescelto di protezione" ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano "una risposta proporzionale al rischio potenziale", potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di "revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici», (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 6655 del 3 ottobre 2019).

sioni assunte ai diversi livelli territoriali di governo, sintonia che, ad esempio, spinge a scrivere in un d.P.C.M. che «Si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle regioni, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale»⁴⁷. Formula che suona come una clausola di salvezza con la quale si esclude la portata recessiva dei provvedimenti regionali adottati.

Il riferimento ai principi di precauzione, proporzionalità e ragionevolezza chiama in gioco anche la qualità della legislazione in materia di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione pubblica e l'organizzazione e gestione che ne discende.

L'emergenza da pandemia ha messo in evidenza punti di criticità e fragilità di sistema nel momento in cui l'Amministrazione per prendere delle decisioni ha dovuto, e ancora deve, leggere e valutare dati che sono, a loro volta il frutto di un'attività di raccolta e di elaborazione⁴⁸.

La giurisprudenza amministrativa sostiene che per essere legittimo, l'«intervento amministrativo in precauzione» deve presupporre «l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura, all'esito dell'analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti»⁴⁹. Le conoscenze della tecnica e della scienza per incidere utilmente sull'attività amministrativa hanno bisogno di dati significativi, affidabili e trattati correttamente. Ora se dati e parametri non sono certi, quanto meno attendibili, il più possibile condivisi è davvero difficile prendere delle decisioni che possano trasfondersi in provvedimenti amministrativi che, seppure opinabili, siano quanto meno ragionevoli. Solo così le circostanze di fatto possono essere valutate in modo consapevole e posso portare a trarre conclusioni anche di tipo negativo, nel senso di negare la possibilità di trarre dal sapere scientifico un valido apporto in termini di conoscenza e, di conseguenza, far prevalere una discrezionalità che orienti l'amministrazione a prendere decisioni a favore della sicurezza. Decisioni dove il diritto sia ragionevolmente⁵⁰ svincolato dalle conoscenze scientifiche.

⁴⁷ Così dispone l'art. 8 del d.P.C.M. del 10.04.2020, ad oggetto ulteriori disposizioni attuative ad oggetto misure urgenti applicabili sull'intero territorio nazionale per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁴⁸ Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, nella *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa nel 2020* (2 febbraio 2021), p.7, da uomo delle Istituzioni ha offerto un quadro confortante anche non ha potuto fare al meno di osservare «una qualche criticità nella diffusione dei dati e delle informazioni sull'epidemia, sì da renderne difficile prima la consapevolezza e poi il controllo sociale; la comunicazione di dati e delle informazioni sulla pandemia, poi, non sempre è stata impeccabile e tempestiva: opacità, incertezze e cambi repentini ne hanno talvolta minato l'efficacia».

⁴⁹T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, sent. 18 dicembre 2020, n. 2075. L'intervento in precauzione deve nel caso essere adottato solo all'esito dell'esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione e deve essere proporzionale e non discriminatorio (v. Corte di Giustizia UE, Sex I, 9 giugno 2016, n. C-78/16 e C-79/16; Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000)

⁵⁰ Sul punto G. CLEMENTE di SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico istituzionale*, cit, p.108, «La manifesta incertezza e/o imprecisione della scienza rende complicatissima la scelta politica e la decisione amministrativa. Tuttavia, nonostante i fatti restino non spiegati inconfutabilmente dalla comunità scientifica, la decisione pubblica va comunque assunta seguendo logica e ragionevolezza.»

Un sistema informativo statistico e informatico a servizio dei decisori pubblici dovrebbe consentire di poter aggregare e disaggregare dati e informazioni in modo da avere costantemente monitorata la situazione nella sua evoluzione sia su scala nazionale che su distinte scale territoriali, quanto meno coincidenti ai livelli istituzionali territoriali⁵¹.

Nella disciplina dell'esercizio del potere di ordinanza abbiamo visto che il legislatore dell'emergenza pandemica ha costruito il rapporto tra le sedi decisionali distinte su base territoriale attribuendo una competenza generale all'amministrazione statale, lasciando ai decisori di livello regionale e comunale uno spazio interinale per affrontare urgenze peculiari proprie del territorio di competenza. Per legittimare un intervento su base locale occorre quindi che l'Amministrazione di turno rappresenti la necessità di una scelta maggiormente cautelativa ispirata ai principi di precauzione o prevenzione e nel rispetto del principio di proporzionalità. Per avere contezza di come in concreto hanno agito queste Amministrazioni e di quanto sia determinate, per valutare la legittimità o meno del provvedimento, fare riferimento ai dati sulla base dei quali motivare una misura specifica interinale e più restrittiva, torna utile verificare come la giurisprudenza amministrativa ha approcciato il tema.

Dal punto di vista della motivazione del provvedimento rileva che la misura più restrittiva sia giustificata da dati scientifici adeguatamente esplicitati, comprovati e riferiti all'ambito territoriale interessato dall'applicazione della misura medesima⁵².

Il contenuto, la qualità dei dati, la loro interpretazione consente di valutare anche se è stato correttamente utilizzato dall'amministrazione il principio di precauzione piuttosto che quello di prevenzione. La differenza concettuale tra i due è dirimente dal momento che la misura è preventiva quando è finalizzata alla limitazione di rischi oggettivi e provati, mentre quella precauzionale è diretta a limitare rischi ipotetici o giustificati da una serie di indizi privi di efficacia probante, ai quali le regole della scienza e della tecnica non attribuiscono valore di prova⁵³.

Il principio di precauzione fa obbligo alle Autorità amministrative competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto⁵⁴. Quando una pubblica amministrazione si risolve ad adottare misure precauzionali è perché pur non conoscendo con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa decide, comunque, di intervenire a prescindere dal consolidamento del-

⁵¹Ancora, G. CLEMENTE di SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico istituzionale*, cit., 102 «permane una notevole incertezza e conseguente confusione, a cominciare dai *dati*, molti dei quali – imprescindibili presupposti strumentali delle scelte – paiono disponibili solo parzialmente. O, per lo meno, vengono resi noti in maniera inadeguata e poco comprensibile».

⁵² Dal procedimento dovrebbe venire in evidenza il carattere intrinsecamente razionale della decisione e la razionalità dovrebbe essere sostenuta da un impianto di dati.

⁵³ Ad esempio, un fattore di rischio viene considerato sospetto perché non c'è certezza nella raccolta del dato. La precauzione è un criterio orientativo dell'azione umana secondo consapevolezza (dell'incertezza dei rischi) e responsabilità (della gestione dei pericoli). In questo senso si presenta quindi come declinazione del principio di non maleficenza. Sul punto v. P. COMBA, R. PASETTO, *Il principio di precauzione: evidenze scientifiche e processi decisionali*, in *Epidemiol. Prev.*, 28/1, 2004, pp. 41-45.

⁵⁴ Così il Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 6655 del 2019.

le conoscenze scientifiche⁵⁵. Seguendo le indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, il principio di precauzione è applicabile al presentarsi delle due seguenti condizioni: a) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentono di dedurre ragionevolmente l'esistenza di un rischio per l'ambiente o la salute umana; b) una situazione di incertezza scientifica oggettiva che riguardi l'entità o la gestione del rischio, tale per cui non possano determinarsene con esattezza la portata e gli effetti. Nella prospettiva della Commissione europea, l'azione precauzionale è pertanto giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici seri, oggettivi e disponibili, nonché di un ragionamento rigorosamente logico e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla 'portata' del suddetto rischio. La Commissione europea non manca di ricordare il principio di precauzione con quello di proporzionalità, affermando che una volta ritenuto necessario agire in via di precauzione le misure da adottare dovrebbero essere proporzionali rispetto al livello di protezione prescelto, non discriminatorie nella loro applicazione, coerenti con misure analoghe già adottate, frutto di una ponderazione tra i potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione⁵⁶. La misura precauzionale deve essere temporanea e soggetta a revisione alla luce di eventuali nuovi dati scientifici⁵⁷. Sul piano giurisprudenziale, il giudice amministrativo italiano⁵⁸ ritiene che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano sul binomio analisi dei rischi-carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un "rischio specifico" all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura⁵⁹. Il provvedimento deve specificare quali dati siano stati utilizzati per arrivare a prendere la decisione; come dati di diversa natura⁶⁰ siano messi tra loro in relazione, quali criteri siano utilizzati per ordinarli e per elaborarli. Solo attraverso una rigorosa ricostruzione del percorso seguito⁶¹ sarà possibile corroborare e difendere come plausibile, anche se opinabile, la decisione presa. Nella decretazione di ur-

⁵⁵F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in www.ildirittodelleconomia.it.

⁵⁶T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da covid-19*, in *Riv. di Biodiritto, Online First*, 2020, osserva che «Il rapporto tra scienza e diritto, ma prima anche tra scienza e istituzioni, produce una forma di scienza né pura, né applicata, bensì una "policy-related science", chiamata a inquadrare le problematiche in virtù delle loro possibili soluzioni attraverso politiche pubbliche. Ne deriva dunque che il principio di precauzione possa essere declinato secondo diverse intensità, a fronte di un'analisi dei costi-benefici relativi all'adozione di misure di contenimento più o meno drastiche».

⁵⁷F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in federalismi.it, paper - Osservatorio Emergenza Covid-19.

⁵⁸In coerenza con il riconoscimento che ha il principio di precauzione in ambito europeo, oltre alla sentenza riportata nella nota precedente, Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 5525 del 2014 e sez. V, sent. n. 2495 del 2015; Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. n. 518 del 2015; Cons. di Stato, sez. IV, n. 1240 del 2018; Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 6655 del 2019

⁵⁹Se da un lato la conoscenza umana è per definizione limitata, dall'altro non si può sottovalutare l'esistenza di tecniche di calcolo del rischio e di elaborazione dei dati sempre più sofisticate.

⁶⁰Ad esempio, dati epidemiologici e dati statistici.

⁶¹La trasparenza della valutazione del rischio è un passaggio essenziale nell'adozione di misure precauzionali, vedi A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in federalismi.it, focus cit.

genza/emergenza per Covid 19 il profilo della opinabilità è rilevante dal momento che c'è stata, soprattutto nella prima fase di gestione dell'emergenza pandemica, l'impossibilità per gli esperti in materia, virologi e immunologi in prima linea, di assumere una posizione inequivoca rispetto al livello di virulenza dell'elemento patogeno. Successivamente questo profilo continua a incidere sull'agire amministrativo dal momento che sono ancora molte le zone grigie in cui si trovano dati importanti. Basti pensare ai criteri con i quali si raccolgono e gestiscono i dati relativi ai tamponi effettuati; all'esito dei tamponi; a come si classificano le persone che risultano positive al Covid 19; a come si raccolgono i dati che riguardano i pazienti ospedalizzati; quelli che riguardano i pazienti trattati a domicilio.

Solo attraverso una pianificazione condivisa su scala nazionale tra amministrazioni centrali e amministrazioni periferiche che riguardi la strategia della raccolta, del trattamento, della gestione e della interpretazione dei dati, condotta utilizzando criteri altrettanto condivisi, è possibile ricostruire una realtà dei fatti sufficientemente e ragionevolmente plausibile per consentire ai pubblici poteri di prendere decisioni non arbitrarie, semmai opinabili ma ragionevoli e frutto di un apprezzamento ponderato su dati attendibili⁶².

⁶² Nel settore della sanità il tema della raccolta, del trattamento e dell'utilizzo dei dati è particolarmente delicato, come osserva R. MICCÙ, *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello*, in *federalismi.it*, 5, 2021, il quale conclude: «Il rischio costante, infatti, è che lo stesso legislatore determini situazioni a diritti ineguali, nelle quali la compressione del diritto alla riservatezza dei dati sanitari risulti formalmente scriminata dalla tutela della salute individuale e collettiva, ma avvenga attraverso una lesione irragionevole delle ulteriori situazioni giuridiche coinvolte. E anche nelle ipotesi in cui detto rischio non si inveri a livello normativo, l'implementazione della digitalizzazione sanitaria necessita in ogni caso di un forte supporto informativo da parte del Ministero della Sanità e del Garante, funzionale a ridurre la asimmetria informativa che, specie nell'attuale contesto epidemiologico, rende più appetibili agli utenti della rete le fake news sui diritti sanitari piuttosto che la corretta esegesi normativa di questi ultimi.»