



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
***CATTEDRA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO***

**La formazione delle decisioni pubbliche  
in condizioni di incertezza: il caso Covid-19.**

**Relatore**

**Chiar.mo Prof.**

**Giuliano Fonderico**

**Correlatore**

**Chiar.mo Prof.**

**Bernardo Giorgio Mattarella**

**Candidato**

**Maddalena Pasanisi**

**Matr. 138913**

**ANNO ACCADEMICO 2019/2020**

## INDICE

<b>Introduzione.</b> Considerazioni generali sul procedimento amministrativo	pag. 4
<b>Capitolo I - STATO DI EMERGENZA E COVID-19</b>	
1. L'amministrazione dell'emergenza	pag. 10
2. Inquadramento dell'assetto normativo emergenziale COVID-19	pag. 15
<b>Capitolo II - LE FONTI E I SOGGETTI DELL'EMERGENZA COVID-19</b>	
1. La dichiarazione di emergenza sanitaria di rilievo internazionale: l'Organizzazione Mondiale della Sanità	pag. 24
1.1. Atti dell'O.M.S.	pag. 26
1.2. OMS e Emergenze sanitarie globali	pag. 28
1.3. OMS e Informazione	pag. 30
2. Organismi di supporto e consulenza	pag. 32
2.1. Il Comitato tecnico scientifico: i verbali	pag. 32
2.2. Il Comitato scientifico permanente	pag. 38
2.3. Il Comitato Economico Sociale	pag. 40
2.4. La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome	pag. 42
3. Decreti-legge e D.P.C.M.	pag. 44
4. Ordinanze regionali	pag. 57
<b>Capitolo III - LA TUTELA GIURISDIZIONALE IN STATO DI EMERGENZA</b>	
1. Diritti fondamentali e giurisdizione del Giudice amministrativo	pag. 69
1.1. Sindacabilità delle decisioni emergenziali	pag. 73
1.2. La sentenza del T.A.R Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841	pag. 75
1.3. La sentenza del TAR Piemonte, Sez. I, 12 dicembre 2020, n. 834	pag. 79

2. Principio di trasparenza e diritto di accesso come diritti fondamentali	pag. 83
2.1. Trasparenza e accesso sugli atti dell'emergenza sanitaria	pag. 88
3. Il Principio di precauzione nelle decisioni pubbliche	pag. 93
3.1. Il Principio di precauzione in materia ambientale	pag. 95
3.2. Il Procedimento precauzionale	pag. 100
4. Legittimità delle decisioni pubbliche in condizioni di incertezza	pag. 105
4.1. Sindacabilità della discrezionalità tecnica	pag. 108
4.2. Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa in condizioni di incertezza: i decreti del Giudice amministrativo sulla "didattica a distanza" (cd. d.a.d.)	pag. 109
4.3. Centralità del ruolo dello Stato nell'emergenza sanitaria	pag. 113
<b>Conclusioni</b>	pag. 116
<b>Bibliografia</b>	pag. 121

## **Introduzione**

### **Considerazioni generali sul procedimento amministrativo**

Il presente elaborato ha lo scopo di inquadrare il fenomeno dell'*emergenza*, quale contesto di incertezza tecnico scientifica, applicato al delicato processo di *formazione delle decisioni pubbliche*, con particolare attenzione alle *fonti* e al *perimetro* del potere decisionale attribuito alle pubbliche amministrazioni, alle *modalità* di esercizio dello stesso, e ai *presupposti* necessari affinché il suddetto potere sia, in tali contesti eccezionali, legittimamente esercitato.

Nel *procedimento decisionale emergenziale* sembra ancor più forte l'esigenza di una piena attuazione delle istanze procedurali cui deve tipicamente essere ispirato il procedimento amministrativo, quali quelle poste dal principio del contraddittorio, dall'imprescindibile comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, nonché dalle garanzie sostanziali di trasparenza e di partecipazione.

La manifestazione di volontà confluita nell'atto finale (la decisione pubblica) non rappresenta soltanto l'applicazione meccanica di norme di legge, ma diventa espressione doverosa del bilanciamento dei diritti fondamentali variamente presenti nella fattispecie considerata, di convergenze sociali ed economiche, di recepimento di dati scientifici, di scelta e applicazione di più criteri e parametri.

Le tematiche affrontate concernono dunque i limiti e il contenuto della discrezionalità amministrativa nelle situazioni emergenziali e la collocazione dell'incertezza tecnico-scientifica all'interno del giudizio di legittimità delle decisioni amministrative.

Nondimeno, la compiuta disamina della formazione delle decisioni pubbliche in tempo di emergenza epidemiologica e di crisi del sistema economico, richiede un preliminare, breve, inquadramento della nozione di procedimento amministrativo, della sua funzione e delle distinzioni di carattere generale operate dalla dottrina nell'ambito di questa categoria.

L'evoluzione delle funzioni della pubblica amministrazione nel corso degli ultimi anni ha infatti determinato una notevole trasformazione della natura, delle caratteristiche e della complessità dei provvedimenti amministrativi e ha orientato lo studio sulle decisioni amministrative non più e non

solo avendo riguardo alla tipizzazione dei procedimenti e delle conseguenti categorie di atti amministrativi, quanto piuttosto ponendo l'attenzione sull'ambito del potere di decisione conferito alle pubbliche autorità, sul *modus operandi* e sui processi necessari affinché il potere pubblico sia esercitato nel rispetto della legge e dei principi stabiliti dall'ordinamento.

Può senz'altro rilevarsi come il procedimento amministrativo, originariamente inteso come sequela di atti che forma la decisione amministrativa, si sia gradualmente arricchito di peculiari contenuti nel corso degli anni, tanto che la definizione di procedimento recata dai manuali più datati risulta ora limitata e carente.

Inizialmente il procedimento veniva configurato come *«una serie di atti (istanze, accertamenti, pareri) e di operazioni (notifiche pubblicazioni, eccetera), posti in essere da un unico o da diversi agenti, solitamente culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira e perciò appunto coordinati»*<sup>1</sup>.

Successivamente la dottrina ha dato rilievo, soprattutto, al concetto di “interessi rilevanti”, all'immissione «strutturata» degli stessi nel provvedimento finale e al contenuto della discrezionalità amministrativa<sup>2</sup>, venendo così a configurare il procedimento amministrativo come *«sequenza di operazioni e atti (pareri, valutazioni tecniche, intese, partecipazioni, ecc.) previsti dalle singole leggi che disciplinano i pubblici poteri finalizzata a immettere in modo strutturato nel processo decisionale gli interessi più rilevanti»*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, tredicesima edizione. Jovene Editore, Napoli, 1982: *«La ragion d'essere dei procedimenti amministrativi risponde a molteplici esigenze: quella di acclaramento, valutazione e ponderazione dei vari dati di fatto e dei vari interessi che l'Amministrazione deve tener presenti nel determinarsi nell'uno o nell'altro senso, quella dell'operato e (o) dei punti di vista dei vari soggetti e organi preposti ai diversi interessi pubblici implicati nel singolo caso, quella della correlazione con l'operato di soggetti e organi preposti a settori collegati, quella dei controlli assegnati dall'ordinamento (in funzione di preminenti interessi pubblici) ai singoli centri di potere, quella dell'ammissione dei diretti interessati a far sentire e valere le proprie ragioni e i propri interessi, o addirittura-quando si tratti di porre in essere atti che richiedano una pluralità di consensi- a concorrere alla formazione del voluto»*.

<sup>2</sup> Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Mulino Editore, Bologna, 2019: *«Il procedimento amministrativo assolve a una pluralità di funzioni; una (...) è quella di far emergere e dar voce agli interessi incisi direttamente o indirettamente dal provvedimento. Ciò sia nell'interesse dell'amministrazione che può così colmare le asimmetrie informative che spesso sussistono nei rapporti con i soggetti privati, sia nell'interesse di quest'ultimi che hanno la possibilità di rappresentare e difendere il proprio punto di vista. La partecipazione acquista così una dimensione per così dire collaborativa (...) La l. n. 241/1990 supera il modello autoritario dei rapporti tra Stato e cittadino a favore di un modello che pone l'accento sui nuovi diritti di cittadinanza amministrativa, come quello di interazione con il responsabile del procedimento, di partecipazione, di accesso ai documenti amministrativi, di motivazione delle decisioni»*.

<sup>3</sup> Clarich M., *Manuale*, cit.

Si è passati dalla classificazione tradizionale del procedimento secondo le modalità con cui lo stesso veniva azionato (d'ufficio e ad istanza di parte) e dalle distinzioni di carattere generale operate dalla dottrina con riferimento a procedimenti in cui potevano configurarsi o meno interessi contrapposti e la partecipazione di altri soggetti (procedimenti contenziosi, quasi contenziosi e non contenziosi), ad una definizione di procedimento in cui la natura contenziosa appare una caratteristica generalizzata in quanto fondata sul principio del contraddittorio, sulla contrapposizione di interessi e sulle necessarie garanzie di partecipazione e difesa dei soggetti coinvolti (vedasi, in tal senso, artt. 7, 9, 22 e ss. L. n. 241/1990).

La dottrina ha riconosciuto una progressiva attenuazione dei tradizionali caratteri di unilateralità e di imperatività<sup>4</sup> della decisione amministrativa, a cui è seguita, di converso, la generalizzazione di una procedimentalizzazione dell'azione amministrativa tesa a stabilire una sorta di ordine fra i molteplici interessi sui quali interviene e incide la scelta della pubblica amministrazione.

La necessità di procedere sempre ad una ponderazione tra interessi anche contrapposti senza poter prevedere un esito predefinito della valutazione finale ha contribuito, secondo alcuni Autori, a mettere in primo piano il procedimento rispetto al provvedimento, a evidenziare il modo in cui la P.A. decide rispetto alla qualità e alla natura della decisione, a privilegiare la condivisione, la trasparenza e la proporzionalità della scelta rispetto ai suoi fondamenti e i suoi effetti.<sup>5</sup>

Dunque il procedimento rappresenta il processo mediante il quale la pubblica amministrazione opera le proprie scelte, mentre il provvedimento ne è l'esternazione giuridicamente qualificata.

In quest'ottica il procedimento svolge una **funzione partecipativa** ad una scelta, determina sempre una ripartizione di responsabilità e costituisce una sorta di modello che, *a posteriori*, consente la ricostruzione della scelta amministrativa evidenziando come e in quale misura sia avvenuta la

---

<sup>4</sup> Giardino E., *La pluralità della funzione amministrativa*, Torino, 2012, *passim*; Trimarchi M. *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa 2013, 130 ss.; Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 17 ss.; Mattarella B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 2012; Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

<sup>5</sup> Cassese S. *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000: "il procedimento svolge il compito - per così dire - di super legge o di decisione di secondo grado, con funzione di soluzione di conflitti tra interessi collettivi che, divenuti pubblici, si riproducono nell'amministrazione" (p. 308). Cfr. Luisa Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su "decisioni amministrative e processi deliberativi", Bergamo 5-7 ottobre 2017.

ponderazione dei diversi interessi riconosciuti quali meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

Nei processi di decisione amministrativa possono, dunque, rinvenirsi, soprattutto laddove è necessario operare delle scelte di grande impatto collettivo, una **molteplicità di vincoli e regole da rispettare**, una **pluralità di soggetti** che a diverso titolo sono chiamati a partecipare al processo decisionario e tra i quali intercorrono tante e **diverse relazioni** (determinate dalle rispettive competenze), **varietà e complessità di interessi spesso confliggenti da tutelare e contemperare**.

È stato affermato che, *«in assenza di un ordine precostituito o almeno comunemente intellegibile e condiviso, il procedimento diventa uno strumento di composizione del conflitto, di confronto delle differenze, di raccolta delle conoscenze a correzione dell'ignoranza che spesso affligge il decisore; il procedimento garantisce il diritto di difesa, il contraddittorio, la partecipazione all'istruttoria, la motivazione della scelta concretamente operata o, in una parola, un potere limitato giustificato, controllabile»*<sup>6</sup>.

Si ritiene dunque necessario individuare la **fonte del potere**, secondo diversi gradi di dettaglio, e i **soggetti** cui è attribuita la **competenza** ad operare una scelta amministrativa, le modalità e i livelli di **partecipazione** di altri soggetti a seconda delle finalità perseguite dall'attività amministrativa esercitata.

La ripartizione della competenza tra diversi soggetti pubblici può tuttavia dar vita a conflitti; la possibilità che la decisione finale, infatti, dipenda dalle interazioni fra diversi soggetti pubblici, ognuno titolare di specifiche attribuzioni e competenze, e privati, può determinare una sorta di frammentazione e rendere difficoltosa l'individuazione del titolare della scelta amministrativa.

Il procedimento amministrativo non evidenzia la formazione della volontà di un unico soggetto, bensì la costruzione di una decisione mediante l'apporto di diversi soggetti pubblici e privati fra i quali però soltanto uno è abilitato ad esprimere formalmente la volontà alla cui formazione tutti hanno contribuito, tanto che si è parlato di *coalizione decisionale*, che consente di dare risalto a tutte le

---

<sup>6</sup> Luisa Torchia, op. cit.

interazioni sottese al processo decisionale<sup>7</sup>.

Le considerazioni fin qui svolte valgono in particolar modo quando le decisioni pubbliche devono essere assunte in **condizioni di incertezza o in contesti emergenziali**.

L'elemento della *necessità* per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità impone che la conseguente attività amministrativa debba essere compiuta senza ritardo e che l'inerzia dell'autorità nell'esercizio dei poteri di gestione dell'emergenza possa configurarsi come una sorta di "rifiuto o omissione di atti d'ufficio" di derivazione penalistica (art. 328 c.p.).

Peraltro, sotto il profilo dei mezzi necessari a rendere più rapida e coerente la decisione, la legge sul procedimento amministrativo prevede strumenti di semplificazione suscettibili di trovare applicazione anche nelle situazioni di emergenza; uno di questi è la conferenza di servizi, che consente di armonizzare l'istruttoria procedimentale con le essenziali esigenze di rapidità ed efficacia.

In conclusione, è significativo rilevare come in contesti emergenziali le regole che disciplinano il procedimento amministrativo possano essere derogate in ragione delle esigenze di urgenza e rapidità nell'assunzione degli opportuni provvedimenti.

In questo senso si esprimeva il Consiglio di Stato, con riguardo in particolare all'operatività dell'art. 7 della legge n. 241/1990 circa la comunicazione di avvio del procedimento, affermando espressamente che *«la sussistenza, non contestabile, dello stato di emergenza che imponeva provvedimenti urgenti e straordinari, anche in deroga alla normativa vigente, esclude l'obbligo dell'invio della comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 L. 241/1990»*<sup>8</sup> e ribadendo anche in altre occasioni che i provvedimenti urgenti richiesti dall'emergenza siano *«tali da escludere del tutto legittimamente l'applicazione della normativa ordinaria ed in particolare dell'art.*

---

<sup>7</sup> Luisa Torchia, op. cit.: *«Non abbiamo un modello che consenta di andare oltre la ricostruzione della scelta come una ponderazione procedimentalizzata fra diversi interessi riconosciuti come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. È il procedimento, e non la legge o la stessa Costituzione, a operare come strumento di ordine fra gli interessi in gioco e lo studio del procedimento ci dice quindi solo qual è il framework da utilizzare per decidere, ma non ha forza predittiva e solo una limitata forza prescrittiva, connessa peraltro più al rispetto dei tanti principi, spesso in contraddizione fra loro, ai quali è sottoposto l'esercizio della scelta che non all'effettivo equilibrio fra interessi e fra principi, che può essere solo determinato concretamente ex post»*.; nello stesso senso, Travi A. *La decisione amministrativa*, in Dig. pubbl., IV, 1990, pp. 524-533; Merusi F., Toscano G., *Decisioni amministrative*, in Enc. Giur. Treccani, X, 1988, p. 1-5; Bombardelli M. *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, 1996; Police A. *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

<sup>8</sup> Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2000, n. 5061.

*7 L. 241/1990, stante la necessità di provvedere urgentemente e senza alcun indugio per evitare la compromissione di relevantissimi interessi pubblici, quali l'igiene e la salute pubblica altrimenti esposti al nocumento gravissimo»<sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2002, n. 4352; Cons. St., sez. IV, 11 marzo 2005, n.1033.

# CAPITOLO I

## STATO DI EMERGENZA E COVID-19

### 1. L'amministrazione dell'emergenza

L'amministrazione dell'emergenza comprende tutti quei fattori-fonti di rischio connessi alla crescita esponenziale della complessità sociale e tecnologica e si distingue dalla c.d. «*amministrazione dei rischi*»<sup>10</sup>, la quale è costituita da strutture stabili che svolgono ordinarie attività di studio e analisi al fine di contenere tutti i possibili rischi nei diversi contesti, sociali e ambientali.

Diversamente, l'amministrazione dell'emergenza, richiedendo l'azione simultanea di più amministrazioni specializzate, è formata da apposite reti di soggetti e attua procedure che intervengono solo quando si verificano situazioni eccezionali.

Il fenomeno dell'emergenza rileva giuridicamente perché gli eventi straordinari implicano una modifica, anche se provvisoria, dell'ordinario assetto costituzionale sotto il profilo delle competenze e dei poteri e possono creare un problema di *sovranità* rispetto alle garanzie e *libertà* individuali.

I rischi che si presentano e che più si temono sono quelli della degenerazione dello stato di emergenza, l'uso arbitrario dei poteri straordinari, la crisi dell'ordine preconstituito e l'instaurazione di nuovi regimi totalitari fondati sulla paura collettiva e sulla pressione sociale ed economica, con la conseguenza che l'eccezione, legittima in quanto provvisoria, possa trasformarsi in una nuova e definitiva normalità.

La dottrina<sup>11</sup> ha posto in evidenza come secondo la teoria del c.d. «*decisionismo*» sorta durante l'epoca della Restaurazione, il monarca era pienamente legittimato, in situazioni eccezionali, ad

---

<sup>10</sup> Fioritto A. *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008.

<sup>11</sup> Fioritto A. op. cit.: «*Il decisionismo concentra l'analisi sulle caratteristiche del regime teso a fronteggiare l'emergenza (più che sulla sua legittimazione), per dimostrare che esiste un ordinamento pregiuridico, ossia non normativo. Tale fenomeno si evidenzia nel caso d'eccezione che, per il decisionismo, è l'eccezione assoluta, capace di sospendere l'intera Costituzione perché non riconducibile ad essa in nessun modo; non limitata da alcuna norma (se non dal criterio di adeguatezza dell'azione alle circostanze) ed espressa nella decisione pura (manifestazione assoluta di sovranità)*»; Stolleis M., *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, New York, Oxford University Press, 2004, pp. 35 ss.; Marazzita G. *L'emergenza costituzionale (definizione e metodi)*, Milano, Giuffrè, 2003 pp. 17 ss., che cita il *dictator* della Repubblica romana dei secoli V-III a.C.: le dittature costituenti di Silla (82-79 a.C.), e Cesare (49-44 a.C.); la dittatura di Oliver Cromwell in Gran Bretagna; il Comitato di salute pubblica nella Francia rivoluzionaria (1793-1795); la sospensione della Costituzione e lo stato d'assedio nella Francia napoleonica; gli strumenti dell'emergenza nella costituzione di Weimar (1919); la concessione dei pieni poteri dal Reichstag al governo (1933).

impadronirsi dei poteri assoluti al fine di ristabilire l'ordine violato; l'uso della forza era, pertanto, legittimato per il mantenimento del sistema politico economico e sociale esistente.

Anche le più recenti teorie sul potere affermano che il ricorso a mezzi straordinari in situazioni di necessità, sia indispensabile ai fini della conservazione della normalità e dell'esercizio statale degli obblighi di salvaguardia e di cura dei bisogni della collettività (teoria della *necessità funzionalizzata*<sup>12</sup>) e che tali situazioni possano configurarsi come vere e proprie fonti del diritto (teoria della *necessità come fonte di diritto*<sup>13</sup>), in quanto giustificano l'esercizio di poteri eccezionali, pur contrari alla Costituzione o alla legge, per garantire la primaria e prioritaria esigenza di conservazione dell'ordinamento.

Come affermato da altra dottrina, l'indebito ampliamento della nozione di emergenza applicato a situazioni in cui mancano i presupposti propri dello stato emergenziale spesso non è che il risultato dell'inefficienza o dell'incapacità dell'autorità amministrativa di gestire i problemi con mezzi ordinari tanto da dover ricorrere ai poteri straordinari.

È solo in questo caso che il modello dell'amministrazione democratica cede il posto al modello della amministrazione autoritaria che risolve i problemi «*sostituendo il consenso e la partecipazione con l'autorità, l'unilateralità e la conseguente deroga al regime ordinario*»<sup>14</sup>.

Alle situazioni imprevedibili e che presentano un alto grado di pericolo per uno o più interessi costituzionalmente tutelati, tutti gli ordinamenti democratici reagiscono prevedendo nelle rispettive carte costituzionali la possibilità di ricorrere a poteri straordinari tramite l'instaurazione di un regime di diritto temporaneo legittimato dalla considerazione che il diritto vigente manchi di regole

---

<sup>12</sup> Miele G., *Le situazioni di necessità dello Stato* in Arch. dir. pubb., 1936, pp. 425 ss.

<sup>13</sup> Romano S., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950.

<sup>14</sup> Fioritto A. op. cit. : «*Il monarca è legittimato, in caso di emergenza, a riappropriarsi dei poteri assoluti al fine di ristabilire l'ordine violato; possibilità inammissibile in un ordinamento moderno caratterizzato dalla forte disomogeneità sociale e politica, e dove la tutela delle procedure e delle competenze è strumento di garanzia irrinunciabile (con la conseguente necessità di definire uno stato d'emergenza interno all'ordinamento e ad esso compatibile)*»; Pinna P. *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988 pp. 51 ss., osserva che «*lo stato d'emergenza consiste in un regime giuridico d'eccezione, così come ha carattere d'eccezione il potere ad esso pertinente. (...) Lo stato d'eccezione riflette le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento cui si riferisce, di cui, cioè, costituisce eccezione. Perciò esso non è mai assoluto, ma sempre relativo (...) E quindi il potere d'eccezione può essere sovrano, ma anche delimitato, senza con ciò perdere la sua natura giuridica di eccezione che permane comunque e ovunque si manifesti*»; Morelli G. *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 292 ss.; Schmitt C., *Le categorie del «politico»*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 39.

sufficienti e idonee a gestire le circostanze eccezionali verificatesi; se diversamente la Costituzione imponesse divieti e limiti all'attivazione di tali poteri straordinari, lo stato di necessità si configurerebbe come una crisi o una rottura costituzionale.

Ebbene, mentre la crisi costituzionale mette in dubbio e pregiudica l'ordine esistente, lo *stato di emergenza* nasce da situazioni di necessità ed urgenza e mira alla conservazione dell'ordine esistente<sup>15</sup>.

Lo stato di emergenza costituisce un fatto *interno* all'ordinamento costituzionale e le misure disposte per far fronte ai pericoli ad esso connessi rientrano nel quadro dell'ordinamento giuridico in quanto provenienti da soggetti riconosciuti e legittimati direttamente dalla Costituzione; gli interventi di gestione dell'emergenza non incidono sulla vigenza delle ordinarie regole di procedura e competenza, ma sulla loro efficacia, che è destinata a rimanere sospesa soltanto temporaneamente.

Il **potere d'emergenza** deve essere concepito al solo scopo del superamento della situazione emergenziale.

Il rischio di un eventuale abuso di tale potere è limitato dalla doverosa conformità (sindacabile in sede giurisdizionale) ai requisiti giuridici della *adeguatezza* e della *ragionevolezza* delle misure rispetto al caso concreto, oltre che dalla loro *provvisorietà*; tali misure sono contemplate dagli ordinamenti, che dunque ammettono espressamente deroghe al normale funzionamento dei poteri e al loro esercizio.

Lo stato di emergenza va inevitabilmente ad incidere su *diritti e libertà fondamentali* dei singoli e della collettività, perciò è essenziale conciliare le diverse esigenze inserendo aperture nel sistema debitamente disciplinate per evitare che il potere pubblico sfoci in un potere arbitrario e non controllato.

---

<sup>15</sup> Sulla funzione «evoltrice» dello stato di necessità Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano* cit., p. 78: «per crisi costituzionale si intende una condizione nella quale è posto in questione un determinato assetto - valori ed organizzazione conseguente - dell'esercizio del dominio politico, dunque, un processo di trasformazione il cui risultato è un nuovo ordine costituzionale. In definitiva la crisi costituzionale è un processo di mutamento della Costituzione»; Tarozzi A. *Stato di emergenza*, Milano, Angeli, 1983, p. 7; De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 272 ss., Romano S. *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Milano Giuffrè, 1950, vol. I, pp. 107.

Le situazioni emergenziali sono affidate dalle norme costituzionali alla dialettica tra i poteri dello Stato in attuazione di un sotteso principio di *pluralismo necessario*: la centralità del potere esecutivo al quale è rimessa la gestione dell'emergenza risulta mitigata dalla partecipazione di altri poteri e organi istituzionali.

Le attività di valutazione e prevenzione dei rischi e la conseguente gestione delle emergenze rientrano nei compiti propri dello Stato in quanto funzionali ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei consociati; «è evidente che il perseguimento di molti diritti politici e sociali passa per l'attività di riduzione e di controllo dei rischi e delle emergenze».<sup>16</sup>

La sola scelta di ricorrere ai poteri straordinari deve essere fondata sull'effettiva e pregnante necessità di tutelare i diritti fondamentali delle persone.

Considerando anche le Costituzioni di altri Paesi, si incontrano due diversi modelli di regolazione dei poteri d'emergenza.

In Francia, Germania e Spagna esiste un modello «rigido», che contempla ampi e definiti poteri e si basa sulla tipizzazione e sulla differenziazione delle emergenze; in Italia e negli Stati Uniti si ha, invece, un modello di regolazione cd. «debole» che definisce soltanto alcuni casi estremi come la dichiarazione di guerra e attribuisce poteri molto generici al Governo nei casi di necessità ed urgenza.

Si osserva, tuttavia, che «l'esplicita definizione costituzionale dei poteri d'emergenza non è necessaria per affrontare gli eventi straordinari perché l'emergenza si impone al di là della norma anzi ne prescinde»<sup>17</sup>; è la necessità a plasmare il potere che serve per far fronte alla situazione concreta così come si presenta nella realtà dei fatti (*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*).

È interessante notare come grande parte della dottrina si esprima nel senso che la necessità costituisca non solo condizione essenziale per l'adozione di atti emergenziali, bensì anche una autonoma ed

---

<sup>16</sup> Fioritto A. op. cit.;

<sup>17</sup> Fioritto A. op. cit.

ulteriore fonte del diritto<sup>18</sup>.

La necessità intesa come fonte di produzione del diritto diventa il fondamento giuridico per la creazione di un ordinamento eccezionale al ricorrere delle situazioni di emergenza, le quali consentono di derogare l'ordinario assetto di competenze tra organi statali, potendo lo Stato attribuirsi competenze di altri organi o delegarle ad altri soggetti (commissari straordinari).

Altri autori, invece, escludono che la «necessità» possa essere concepita come fonte di produzione del diritto, qualificandola come fonte sulla produzione, «*la quale cioè si limita a legittimare alcuni soggetti a porre delle norme con propri atti*»<sup>19</sup>.

Si osserva che il potere d'emergenza sembra dare vita a ipotesi in cui l'attività amministrativa perde il carattere di attività *esecutiva* per diventare una attività *creativa*, attraverso una normazione particolare e occasionale creata dalla stessa Autorità amministrativa; in questo senso può parlarsi di una vera e propria creazione del diritto, in apparente deroga al principio di legalità, il quale “*non sarebbe invocabile in materie dove l'urgenza e la necessità impongono poteri suppletivi nei confronti di carenze o di lacune dell'ordinamento*”<sup>20</sup>.

L'amministrazione dell'emergenza si realizza prevalentemente attraverso atti di natura tecnica, ma le decisioni riguardo i tempi e le modalità dell'intervento sono atti politici perché adottati da organi politici, così come gli atti di nomina dei responsabili delle strutture ordinarie (di Protezione civile) e straordinarie (i commissari).

Occorre tuttavia considerare come l'esistenza di elementi tecnico-scientifici propria dei contesti emergenziali condizioni considerevolmente la sfera della discrezionalità amministrativa già a partire dalla fase di verifica dei presupposti richiesti per l'attivazione dei poteri d'emergenza: l'accertamento

---

<sup>18</sup> Romano S. op. cit.; Fioritto A. cit.; Luciani M. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, Rivista AIC, 10 aprile 2020; Cardone A., *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge, osservatorio sulle fonti.it*, fasc. 2/2012; Traversa A. *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916; Mortati C. *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1969, I, pp. 306 ss.

<sup>19</sup> Andronio A. *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 17.

<sup>20</sup> Galateria I *Provvedimenti amministrativi di urgenza*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 9: “*Il potere di ordinanza sembrerebbe dar vita a un'ipotesi in cui «l'attività amministrativa perde rispetto al regolamento del conflitto di interessi (norma materiale) il carattere di attività esecutiva per assumere quello di attività dispositiva o creativa», cioè «mediante una normazione particolare, originaria, diretta, occasionale posta dallo stesso amministratore».*”; Bartolomei F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 117; come citati da Fioritto A. cit.

di un rischio sanitario o tecnologico si basa sull'esame empirico dei fatti così come si presentano, e si forma sulla base di valutazioni tecniche e conoscenze scientifiche tutt'altro che discrezionali.

In conclusione, va sottolineato che anche in ipotesi di necessità, continua ad operare il principio di riserva di legge, il quale assicura che i poteri dell'amministrazione abbiano un fondamento legislativo (anche se la norma di conferimento del potere d'emergenza non include tutti gli elementi di regolazione del binomio *autorità/libertà*<sup>21</sup>, da definirsi alla luce delle norme e dei principi che l'ordinamento giuridico pone alla base dei rapporti tra diritti soggettivi e poteri autoritativi).

In base all'art. 113 della Costituzione, la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata rispetto agli atti d'emergenza.

Il controllo sulla amministrazione dell'emergenza, come avremo modo di vedere più avanti, comprende la verifica sia dei presupposti sia dell'esercizio dei poteri straordinari.

## **2. Inquadramento dell'assetto normativo emergenziale COVID-19**

La Costituzione italiana non contempla lo *stato di emergenza*, ma soltanto lo *stato di guerra* (l'**art.78** statuisce: «*Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari*»), il quale implica una sospensione dell'ordine costituzionale e una compressione di diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

Bensì lo stato di emergenza non sia espressamente previsto dalla Carta costituzionale, la relativa dichiarazione si inserisce nell'ambito dei principi costituzionali che fungono da fondamento legittimante e parametro di riferimento della normazione emergenziale composta di atti normativi primari, ma anche di atti sub-primari a volte derogatori dei primi alla luce del principio della temporaneità delle loro disposizioni.

La **fonte primaria** che disciplina le situazioni di emergenza va individuata nel **d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1** (Codice della Protezione civile), il quale riconosce in capo al Presidente del Consiglio dei ministri

---

<sup>21</sup> Fioritto A. op. cit.

la qualifica di «*autorità nazionale di protezione civile*» e gli attribuisce la «*titolarità delle politiche in materia*» (art. 3, comma 1, lett. a).

Oltre ad attività di previsione e prevenzione dei rischi, il Codice definisce e disciplina la gestione dell'emergenza in un «*insieme integrato e coordinato, di misure e interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza delle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti*» (art. 2, comma 6).

La protezione civile non è un compito assegnato a una singola amministrazione, ma è una funzione attribuita a un sistema complesso: il Servizio Nazionale della Protezione Civile, istituito con la legge 24 febbraio 1992, n. 225.

Fanno parte del **Servizio nazionale della Protezione civile**, il Presidente del Consiglio dei ministri, i Presidenti delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano (in base alla potestà legislative attribuite limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni), i Sindaci e i Sindaci metropolitani limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni.

Il Codice affida al Presidente del Consiglio dei ministri «*i poteri di ordinanza in materia di protezione civile*», generalmente «*per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile*», a meno che «*sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24*», vale a dire con la deliberazione dello stato di emergenza (art. 5, comma 1).

Il Presidente del Consiglio dei ministri «*determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale*» (art. 5, comma 2) e adotta atti di indirizzo «*per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori*» (art. 5, comma 2, da leggere in combinato disposto con l'art. 15, da esso richiamato).

La tipologia degli eventi emergenziali di Protezione civile risulta elencata nell'art. 7, comma 1, che, in particolare, alla lettera c), definisce emergenze di rilievo nazionale quelle «*connesse ad eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24*».

Tale ultima disposizione - in vigore dal 27 febbraio 2020 - prevede che la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale venga pronunciata dal Consiglio dei ministri, a seguito di una valutazione definitiva svolta dal Dipartimento della Protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e le Province autonome interessate e che, ai sensi del successivo art. 25, «*per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale, si provveda mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

Le citate disposizioni sono infatti, quelle richiamate nella delibera adottata dal Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, dichiarativa dello *stato di emergenza nazionale* in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili; tale richiamo ha consentito agli interpreti di assimilare detto provvedimento alle ordinanze di protezione civile, adottabili «*in deroga ad ogni disposizione vigente*».

Riguardo ai **decreti del Presidente del Consiglio dei ministri**, principali provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza, alcuni Autori<sup>22</sup> hanno sostenuto che ad essi vada riconosciuta natura di **atti normativi** (non regolamentari) e che debbano essere posti su un piano diverso rispetto alle ordinanze in materia sanitaria contemplate dall'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 («*Il Ministro della*

---

<sup>22</sup> Simonelli M. A., *Il Covid e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*; la costituzione.info, 28 marzo 2020: «*Dato che i DPCM finora adottati non assumono la forma di regolamenti ex art. 17 L. 400/88, anche il Presidente della Repubblica viene estromesso dal procedimento di formazione di questi atti, che hanno natura amministrativa*»; Cruciani M. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*. Rivista AIC. 10 aprile 2020.

sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale [...] Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio [...]»), nonché rispetto alle ordinanze sindacali di cui agli artt. 50 T.U.E.L. e 117 d.lgs. n. 112/98, ed anche alle stesse ordinanze di protezione civile di cui all'art. 25 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 («Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»).

I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sarebbero atti normativi e pertanto non richiederebbero una motivazione analitica.<sup>23</sup>

Secondo altra parte della dottrina<sup>24</sup>, invece, ai **decreti del Presidente del Consiglio dei ministri** deve riconoscersi **natura amministrativa non normativa**, in quanto assimilabili a ordinanze *extra ordinem* prive di carattere innovativo (proprio delle fonti normative), certamente non suscettibili di abrogare la disciplina di rango primario anche se derogatorie della stessa per l'eccezionalità del potere attribuito e la sua essenziale limitazione temporale.

Le ordinanze contingibili e urgenti lasciano ampio spazio alla discrezionalità dell'autorità pubblica

---

<sup>23</sup> Clarich M., *Un dpcm pasticciato fra raccomandazioni non vincolanti e indennizzi incerti*, in milanofinanza.it, 27 ottobre 2020. «Misure drastiche erano inevitabili e del resto non siamo l'unico paese ad averle prese in queste settimane. Ma per valutare la loro razionalità e coerenza, sarebbe utile sapere in base a quali dati tecnico scientifici e quali analisi economiche esse siano state decise. I dpcm citano nelle premesse i verbali del Comitato tecnico scientifico che però non sono ancora pubblicati. Inoltre, i dpcm sono atti sostanzialmente normativi e non richiedono una motivazione analitica. Eppure il d.l. 19/2020 prevede che i dpcm devono rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità, ma senza un minimo di informazioni non è possibile verificare (neppure da parte di un giudice) se essi sono stati rispettati. (...) La cosiddetta «accettabilità» delle decisioni pubbliche è garantita dalla trasparenza piena (con poche eccezioni), piuttosto che dall'approccio, a tratti paternalistico, del «fidatevi di noi».

<sup>24</sup> Sorrentino P., *Emergenza, salus publica e Costituzione*, Capitolo XXV, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.): «A differenza dei regolamenti governativi in senso stretto – che seguono un procedimento di emanazione cosiddetto “aggravato” in quanto emanati con Decreto del presidente della Repubblica (D.P.R.), previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il parere del Consiglio di Stato (obbligatorio ma non vincolante) e sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale – i decreti ministeriali o i dPCM subiscono, invece, un procedimento meno gravoso e molto più semplificato essendo meri atti amministrativi e non fonti normative».

competente.

Tale discrezionalità da un lato è lecita in quanto necessaria alla regolazione non predeterminabile *ex lege* del contesto emergenziale, dall'altro comporta deroghe considerevoli sia al principio di legalità dell'azione amministrativa sia al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, per cui è evidente l'esigenza di una motivazione adeguata che ne giustifichi pienamente l'adozione.

Diversi dalle ordinanze contingibili e urgenti sono gli atti necessitati, in cui è il legislatore ad effettuare il giudizio di valore dell'interesse primario, generalmente rimesso agli apprezzamenti dell'autorità amministrativa; pertanto tali atti non richiedono una rigida motivazione, essendo sufficiente dimostrare l'esistenza della situazione di necessità<sup>25</sup>.

Gli atti necessitati, pur essendo atti di natura eccezionale, hanno un oggetto predeterminato e attuano fattispecie astratte contemplate dalla legge; diversamente, le ordinanze di necessità ed urgenza non hanno contenuto predeterminato bensì aperto e atipico.

Tuttavia, considerato che l'art. 25, comma 1, del Codice della Protezione civile stabilisce che le ordinanze di protezione civile siano adottate *«per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale»*, si è anche posto il problema <sup>26</sup> se tali ordinanze possano da sole individuare le misure e gli interventi necessari oppure debbano limitarsi all'attuazione – anzi, al solo *«coordinamento»* dell'attuazione – di interventi disposti da diversa fonte (la quale non può che essere di rango legislativo).

Sembra affermarsi l'esistenza di una duplice legittimazione dei decreti ministeriali, rinvenibile sia

---

<sup>25</sup> Giannini M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950: *«E' provvedimento necessitato quel provvedimento che ha come presupposto una situazione di urgenza e che, in corrispondenza al principio di legalità, deve essere disciplinato dal legislatore in tutti i suoi elementi più importanti. Normalmente quando il legislatore affida all'amministrazione il potere di emettere un provvedimento amministrativo, le dà discrezionalità in ordine alla determinazione dei motivi. In genere lo schema è configurato come segue: il legislatore indica un certo motivo di interesse pubblico come motivo primario di quel provvedimento amministrativo, e affida all'autorità competente ad emettere il provvedimento il compito di accertare in fatto se e in quale misura il motivo si presenti. (...) Negli atti necessitati noi abbiamo questo: che il legislatore compie esso stesso direttamente quel giudizio di valutazione dell'interesse primario e degli interessi secondari che normalmente spetterebbe all'autorità amministrativa»*.

<sup>26</sup> Sorrentino P., *Emergenza, salus publica e Costituzione*, Capitolo XXV, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.): *«La formulazione dell'incipit dell'art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile non è delle più chiare, ivi stabilendosi soltanto che le ordinanze di protezione civile sono adottate "per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale". Legittimo, allora, domandarsi se le ordinanze siano chiamate esse stesse a identificare gli interventi necessari oppure debbano limitarsi all'attuazione – anzi, all'ancor meno penetrante "coordinamento" dell'attuazione – di interventi disposti da altra fonte (la quale, a questo punto, non potrebbe che essere il decreto-legge)»*.

nel **Codice della Protezione civile**, che conferisce il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio, sia direttamente nei **decreti legge** di cui i D.P.C.M. sono attuativi.

Nonostante nel nostro ordinamento non esista un diritto costituzionale dell'emergenza, può senza dubbio affermarsi che la Costituzione rappresenti il principale fondamento legittimante di qualsivoglia normazione *extra ordinem* (quindi anche di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie), sebbene tale legittimazione operi per il tramite di una fonte primaria.

Tali fonti *extra ordinem*, in realtà, non produrrebbero l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in considerazione della limitatezza dello *spatium temporis* della loro applicazione.

Il pericolo connesso a un uso eccessivo o improprio delle ordinanze contingibili e urgenti non consiste soltanto nella arbitraria limitazione di diritti e libertà fondamentali da parte dell'Autorità amministrativa, quanto soprattutto nell'alterazione delle dinamiche procedurali di formazione delle decisioni pubbliche.

Le norme del diritto emergenziale sospendono, per un periodo di tempo determinato, l'efficacia di una o più norme anteriori e - per quel periodo - pongono una disciplina diversa, non producendo, tuttavia, gli effetti della deroga in senso proprio (la quale, per la sua natura definitiva, costituisce una forma di abrogazione parziale)<sup>27</sup>.

L'obbligo di motivazione delle ordinanze di protezione civile, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa formatasi sul punto<sup>28</sup>, è espressamente stabilito dall'art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile (*«ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate»*).

In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che, pur nella puntuale disciplina di legge, le ordinanze di protezione civile sono collocabili *«nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e*

---

<sup>27</sup> Sorrentino P., *Emergenza, salus publica e Costituzione*, Capitolo XXV, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.).

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726.

*urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce»<sup>29</sup>.*

La necessità di una pregnante motivazione fa sì che tali provvedimenti - i quali si inseriscono a pieno titolo nel *genus* delle ordinanze contingibili e urgenti (e quindi si caratterizzano, in via generale, per un'atipicità contenutistica lecita in quanto indispensabile a dare la necessaria flessibilità delle scelte che la pubblica amministrazione è chiamata a compiere nella gestione di situazioni eccezionali) - debbano rispondere a parametri di legittimità, ragionevolezza e adeguatezza in ordine alle misure da adottare nel caso concreto, pur non essendo vincolati ad una definizione contenutistica del provvedimento.

Come vedremo in seguito, dall'esame del testo dei D.P.C.M. e delle ordinanze che formano la base normativa dell'attuale stato di emergenza, risulta che la motivazione che giustifica l'adozione delle misure disposte in ciascuno di essi, si forma tutt'al più alla stregua dei dati messi a disposizione dalla comunità scientifica scelta dal Governo, e di quanto emerso dalle attività di analisi, studio e consulenza condotte da organismi tecnici istituiti a tale specifico fine.

Ne è un chiaro esempio il decreto-legge n. 19/2020 il quale all'art. 1 stabilisce i presupposti e il contenuto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri quali atti amministrativi scelti per la gestione dell'emergenza, individuando da un lato la finalità di questi ultimi nel contenimento e nel contrasto dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19 e definendo, dall'altro, le diverse tipologie di misure adottabili (dal divieto di allontanarsi dalla propria abitazione, alla chiusura delle scuole e delle università).

È stata rilevata<sup>30</sup> l'affinità che lega i D.P.C.M. sia alle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 5

---

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

<sup>30</sup> Cestaro L., *Il diritto dell'emergenza e il potere di ordinanza conteso tra livello statale, regionale e comunale nell'oblio del principio di leale collaborazione*, Capitolo XXVI, *Diritto e Covid* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.): «I decreti del presidente del Consiglio dei

del d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1 (Codice della Protezione civile), sia alle ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria di cui all'art. 32 della L. 23 dicembre 1978 n. 833 (istituzione del servizio sanitario nazionale); anche tali norme - come il decreto legge n. 19/2020 - contemplano il potere di ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Tale potere «non è vincolato a uno specifico contenuto facendo riferimento le norme a un contenuto provvedimentale atipico modulato in base all'esigenza da tutelare»<sup>31</sup>.

Il contenuto ampio, ma determinato dei D.P.C.M., vale, tuttavia a differenziarli dalle ordinanze “libere” di cui alla L. 23 dicembre 1978 n. 833.

Si è così affermato che «I D.P.C.M. sono atti amministrativi, ascrivibili agli atti necessitati - e in particolare alle ordinanze di necessità - che si caratterizzano quali provvedimenti amministrativi “nominati” ossia collegati a dei presupposti di necessità individuati dalla legge e caratterizzati da un contenuto in tutto o in parte predeterminato»<sup>32</sup>; non possono però essere paragonati ad atti di normazione secondaria, perché non sono idonei ad innovare l'ordinamento.

Si crea un costante meccanismo di delega agli atti amministrativi; i decreti-legge non contemplano soltanto la tipologia della misura adottabile, ma anche il contenuto positivo o negativo del provvedimento, rimettendo ai D.P.C.M. e alle ordinanze regionali eventuali integrazioni, deroghe o modulazioni in vista delle concrete esigenze connesse all'andamento del contagio.

Ne consegue che la sempre maggiore definizione del contenuto degli atti amministrativi (dapprima con d.l. n. 19/2020, poi con d.l. n. 33/2020) permette di affermare la conformità dell'impianto normativo emergenziale al principio di legalità sostanziale.

Definita la natura dei principali atti emergenziali, si pone ora il problema di determinare i limiti che concorrono a circoscrivere l'area di compatibilità del potere d'emergenza rispetto ai principi e alle

---

*ministri appena descritti sono affini alle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 5 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione civile) e alle ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria di cui all'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 (istituzione del servizio sanitario nazionale); tali norme attribuiscono - non diversamente da quanto accade con il d.l. n. 19/2020 - al presidente del Consiglio dei ministri il relativo potere di ordinanza».*

<sup>31</sup> Cestaro L., op. cit.

<sup>32</sup> Cestaro L., op. cit.

regole dell'ordinamento<sup>33</sup>, vista l'esigenza di garantire la conformità dell'intero quadro emergenziale al principio di legalità non solo in senso formale, ma anche sostanziale, dovendo a tal fine la legge determinare non solo il conferimento ma anche, per quanto possibile, la disciplina del potere amministrativo<sup>34</sup>.

Dunque, può dirsi che l'amministrazione dell'emergenza si attua in gran parte mediante la protezione civile la quale, in contesti eccezionali, svolge una funzione propriamente statale di coordinamento centralizzato delle Regioni e degli enti locali dando vita ad un sistema policentrico caratterizzato dal coinvolgimento simultaneo dell'amministrazione centrale e delle amministrazioni periferiche, sebbene a carattere piramidale e fortemente politicizzato.

---

<sup>33</sup> Corte Cost., n. 26/1961: *“Se la legge - nella specie: il citato art. 2 - conferisce all'Autorità amministrativa un determinato potere, sottoponendolo a determinate condizioni, quali l'urgenza e la necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, l'eventuale illegittimità del provvedimento, per il così detto "errore di interpretazione" o eccesso di potere, non costituisce vizio di illegittimità della norma, ma vizio del provvedimento, il cui accertamento è compito del giudice ordinario o speciale. Questi, se nella specie sottoposta al suo esame, riscontra non sussistere gli elementi della necessità o dell'urgenza o del pericolo per l'ordine pubblico - che, soli, giustificano l'emanazione del provvedimento ex art. 2 - non ha che da disapplicare l'ordinanza nel caso specifico. Ma ciò nulla ha che vedere con la legittimità del potere conferito al Prefetto dal citato art. 2, quando realmente sussistano gli estremi dell'urgenza, della necessità o del pericolo per l'ordine pubblico. Il ricorso all'interpretazione autentica - si fa notare - è necessario solo quando il significato dell'atto da interpretare appaia equivoco. Ora, tale significato non può riscontrarsi nella motivazione della citata sentenza della Corte costituzionale perché in essa è chiaramente detto che l'art. 2 delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, inteso nel senso che il Prefetto ha il potere di emanare ordinanze limitate nel tempo e nello spazio, in relazione a particolari situazioni di necessità e di urgenza, adeguatamente motivate e pubblicate, e aventi contenuto conforme ai principi, è costituzionalmente legittimo. Ed in dottrina non si è mai dubitato della certezza di questi principi, tutt'al più della difficoltà della loro applicazione in alcuni casi concreti. Difficoltà, questa, che non costituisce motivo di eccessiva preoccupazione, sol che si consideri che al giudice ordinario - come si è detto - è pur sempre demandata la valutazione della legittimità dell'atto prefettizio in relazione al contenuto dell'art. 2 delle leggi di pubblica sicurezza.”*

<sup>34</sup> La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dall'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione «, anche» prima delle parole «contingibili e urgenti». La norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti - pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti - viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115.

## CAPITOLO II

### LE FONTI E I SOGGETTI DELL'EMERGENZA COVID-19

#### **1. La dichiarazione di emergenza sanitaria di rilievo internazionale: l'Organizzazione Mondiale della Sanità**

In data 30 gennaio 2020, il Direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), agenzia specializzata dell'ONU preposta alla definizione della politica sanitaria a livello globale, ha dichiarato, come previsto dal **Regolamento Sanitario Internazionale**, la PHEIC (*Public Health Emergency of International Concern*), uno stato di emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale, in ragione della notevole diffusione del nuovo coronavirus (2019-nCoV).

Tale dichiarazione ha dato il via al dispiegarsi di un impianto normativo dedicato all'emergenza Covid il quale, a partire dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza nazionale per 6 mesi, si è fondato e si fonda principalmente sul binomio decreti legge – D.P.C.M. attuativi, nel cui ambito vengono ad inserirsi le disposizioni emanate dai singoli Ministri e le Ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci.

Nei testi dei decreti legge e dei relativi D.P.C.M., tra le principali fonti di riferimento poste alla base della adozione di misure di contenimento del virus, vi sono la deliberazione di emergenza sanitaria internazionale dell'OMS e i dati ad essa notificati dalle autorità nazionali coinvolte, e da essa tempestivamente riportati e pubblicati, al passo della progressiva evoluzione della situazione epidemiologica.

Considerando il ruolo dell'OMS, quale soggetto istituzionalmente coinvolto nella gestione di emergenze sanitarie di rilievo internazionale, emerge che il suo dichiarato obiettivo primario è quello di assicurare una copertura sanitaria universale, di proteggere miliardi di persone dalle emergenze sanitarie e di fornire a tutte le popolazioni il più alto livello possibile di salute, intesa come *«benessere fisico, mentale e sociale»* e non semplicemente come *«assenza di malattie o infermità»* (Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità, firmata a Nuova York il 22 luglio 1946).

A tal fine, l'OMS finalizza le sue risorse all'assistenza sanitaria di base allo scopo di potenziare

l'accesso a servizi essenziali di qualità; migliora l'accesso ai medicinali essenziali e ai prodotti sanitari; sostiene la partecipazione delle persone alle politiche sanitarie nazionali, anche attraverso misure di monitoraggio, attività di informazione e comunicazione di dati.

Le azioni dell'OMS consistono nel prepararsi all'emergenza tramite l'identificazione, la prevenzione, l'attenuazione e la gestione dei rischi; e la predisposizione degli strumenti necessari al fine di gestire i focolai di pandemie, individuando le situazioni più critiche ed intervenendo inviando gli aiuti sanitari essenziali.

L'OMS, inoltre, finanzia la ricerca medica degli Stati che ne fanno parte, svolge attività di coordinamento, fornisce assistenza tecnica e sostegno sanitario emergenziale in caso di calamità.

L'attività dell'Organizzazione è esercitata dall'Assemblea mondiale della sanità, dal Consiglio esecutivo e dal Segretariato (art. 9 Cost. OMS); l'Assemblea è formata dai delegati degli Stati Membri.

L'OMS e gli Stati membri comunicano periodicamente e ogni Stato Membro è tenuto a presentare annualmente un rapporto sulle misure prese per l'esecuzione delle raccomandazioni formulate dall'Organizzazione e per l'osservanza delle convenzioni, degli accordi e dei regolamenti, nonché a fornire rapporti statistici ed epidemiologici e riferire circa i provvedimenti adottati concernenti la sanità pubblicati nello Stato (leggi, regolamenti, rapporti ufficiali e statistiche importanti: art. 62 Cost. OMS).

La partecipazione economica di ogni Stato Membro (oggi in totale 194) avviene attraverso contributi predefiniti calcolati proporzionalmente in base alla popolazione ed alla ricchezza del Paese oltre che in versamenti volontari.

In casi di particolare rischio per il sistema sanitario globale, la Costituzione dell'OMS legittima interventi sulle politiche nazionali degli Stati membri, conferendo all'Organizzazione il potere di adottare direttive vincolanti e, nei casi più gravi, di inviare agli Stati soccorsi sanitari, con i mezzi idonei e necessari predisposti a tal fine.

Considerata la natura potenzialmente invasiva delle azioni dell'OMS sul funzionamento dei singoli

ordinamenti interni, lo Statuto dell'OMS contempla le c.d. *fasi di allerta* come parametri di riferimento nella valutazione del grado di pericolo sanitario e di individuazione delle azioni da adottare nel caso concreto.

È previsto un protocollo che classifica sei distinte fasi di allerta sanitaria, descrivendole singolarmente e facendo corrispondere ad ognuna di esse una serie di misure e azioni da porre in essere.

Con la deliberazione dell'11 marzo 2020, visto l'incremento dei contagi su scala globale, l'OMS ha ufficialmente dichiarato la fase di allerta n. 6 (*Periodo Pandemico* in cui il virus si trasmette in tutta la popolazione ed è perciò necessario adottare contromisure al fine di minimizzare l'impatto della pandemia).

### **1.1. Atti dell'OMS**

In base all'art. 19 dello Statuto, l'Assemblea della sanità può approvare **convenzioni** od **accordi** concernenti qualsiasi questione di competenza dell'Organizzazione e ogni Stato Membro **s'impegna** a prendere, nel termine di diciotto mesi dall'approvazione d'una convenzione o di un accordo da parte dell'Assemblea della sanità, le misure relative all'accettazione di tale convenzione od accordo (art. 20).

L'Assemblea della sanità è autorizzata ad emanare i **regolamenti** concernenti le misure sanitarie e di quarantena destinate ad impedire la propagazione delle malattie da un paese all'altro (art. 21) e tali regolamenti entrano in vigore, per tutti gli Stati Membri, quando la loro approvazione da parte dell'Assemblea della sanità sia stata debitamente comunicata; sono eccettuati solo quegli Stati che, nei termini prescritti nella comunicazione, dichiarano di non accettarli, oppure formulano riserve in merito (art. 24).

Tra gli atti dell'OMS emanati a prescindere dal raggiungimento di una determinata fase di allerta, assumono rilievo le **Linee guida, le Guide Tecniche, e i Programmi**, previsti per la gestione di particolari situazioni di rischio sanitario in una o più parti del mondo (es. Programma speciale di ricerca e formazione nell'ambito delle malattie tropicali o TDR, Programma speciale per la ricerca,

lo sviluppo e la formazione nel campo della riproduzione umana).

Come rilevato in dottrina, «l'Oms ha il potere di adottare regolamenti di carattere generale, come fece nel 2005 per via della Sars. Non ha il potere di obbligare il singolo Stato ad adottare misure particolari, ma le misure di carattere generale vanno rispettate nell'autonomia della strategia di resistenza che è diversa da Paese a Paese. Tale regolamento ha maglie larghe e non copre tutti i casi che si possono verificare, lasciando liberi gli Stati di adottare modalità concrete, e non ha potere di intervenire».<sup>35</sup>

Circa la possibilità per l'OMS di adottare contromisure in risposta alle violazioni commesse da Stati membri o da altre organizzazioni internazionali, è opportuno richiamare l'art. 22 del documento delle Nazioni Unite, «Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali», in base al quale le organizzazioni internazionali non possono adottare contromisure per violazioni delle regole dell'organizzazione, nei confronti degli Stati membri o di altre organizzazioni internazionali, salvi i casi in cui: a) l'adozione di dette contromisure risponda a esigenze sostanziali e procedurali espressamente previste da norme di diritto internazionale; b) le contromisure in questione non si pongano in contrasto con nessuna altra legge dell'organizzazione; c) non vi sia altro mezzo per indurre gli stati membri o le organizzazioni al rispetto delle obbligazioni concernenti la cessazione della violazione e la conseguente riparazione.

Lo stesso documento, al paragrafo 3, prevede che «le contromisure non possono essere prese da un'organizzazione internazionale contro uno Stato membro o un'altra organizzazione internazionale in risposta ad una violazione di un obbligo internazionale secondo le regole dell'organizzazione, a meno che tali contromisure non siano previste da quelle stesse regole».

Tuttavia, il potere di porre fine a violazioni commesse dagli Stati o da altre organizzazioni internazionali risulta subordinato alla dimostrazione, da parte dell'OMS, della qualifica di *soggetto leso*.

---

<sup>35</sup> De Sena Pasquale, citato in Cattolica News, *Coronavirus, ruolo e limiti dell'OMS* di Piccolo A., Cattolica News, 13 marzo 2020.

Si considera *lesione* la violazione anche solo di una delle norme contenute negli accordi di collaborazione stipulati con altre organizzazioni internazionali, nonché nei casi in cui ad essere stati disattesi siano obblighi *erga omnes*, proprio come quelli concernenti la tutela della salute.<sup>36</sup>

L'OMS, pertanto, può agire nei confronti di Stati membri e organizzazioni internazionali esigendo il rispetto dei relativi obblighi, ma non ha il potere di irrogare sanzioni.

Come emerge dall'art. 5 della Risoluzione di Cracovia del 2005, se si verifica una violazione grave e ampiamente riconosciuta di un obbligo *erga omnes*, tutti gli Stati a cui l'obbligo è rivolto dovranno adoperarsi per eliminare la violazione con mezzi legali e saranno autorizzati ad adottare contromisure non forzose alle stesse condizioni di quelle che si applicano allo Stato particolarmente colpito dalla violazione.

Da notare però che il ricorso a tali misure, oltre ad essere potenzialmente in conflitto con alcune norme generali di diritto internazionale, contrasta anche con l'art. 2 del Regolamento Sanitario internazionale, il quale impedisce «*unnecessary interference with international traffic and trade*».

In tale contesto, la “forza” dell'OMS consiste nel poter imporre agli Stati membri l'adozione delle misure utili a prevenire la propagazione di malattie pericolose al fine di garantire un'adeguata tutela della salute a livello internazionale.

Considerato che questa «*attività para-normativa*»<sup>37</sup> dell'OMS, si attua nei regolamenti (ex art. 21 Cost. OMS) vincolanti per gli Stati membri (art. 22), non si può negare che anche i regolamenti siano da considerare «*regole dell'organizzazione*»<sup>38</sup>.

## **1.2. OMS e Emergenze sanitarie globali**

Per far fronte alle emergenze sanitarie, l'OMS conta vaste risorse tecniche, reti e partner operativi per una migliore preparazione possibile, per iniziative di prevenzione e rilevazione.

---

<sup>36</sup> Acconci P., *Tutela della salute e diritto internazionale*, CEDAM Editore, 2011.

<sup>37</sup> Oddenino A., *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, p. 129, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

<sup>38</sup> Spagnolo A., *Contromisure dell'Oms come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, SIDIBlog, 5 maggio 2016.

Alcune delle reti e dei partner fondamentali per il lavoro di WHE (*World Health Emergencies*) includono:

- *Global Outbreak Alert and Response Network (GOARN)*: una rete di oltre 250 istituti tecnici che rispondono alle emergenze sanitarie attraverso il dispiegamento di personale e risorse a favore dei paesi colpiti attraverso la condivisione di competenza e conoscenza tecnica;
- *Global Health Cluster*: una rete di oltre 900 partner che forniscono supporto tecnico e operativo alle autorità nazionali per le risposte sanitarie alle crisi sanitarie e umanitarie.

Le organizzazioni e gli Stati membri sono aiutati attraverso il rafforzamento dei loro sistemi sanitari grazie al dispiegamento di squadre mediche di emergenza (EMT).

Svolge un ruolo di rilievo il Comitato d'emergenza dell'OMS il quale fornisce consulenza in materia di salute pubblica, suggerisce raccomandazioni formali temporanee e formula pareri su ciò che, a seconda dei casi, dovrebbe essere raccomandato agli Stati membri per quanto riguarda le eventuali misure da adottare in risposta all'emergenza.

Grazie a questa organizzazione capillare, il Comitato - avuta notizia dalle autorità nazionali cinesi di diversi casi di pneumonia (dal 31 dicembre 2019 al 3 gennaio 2020) seguita dalle informazioni fornite dalla Commissione Nazionale Cinese della Salute circa un possibile focolaio virale (11 e il 12 gennaio 2020) – ha provveduto a diffondere immediatamente la notizia dell'epidemia a tutti i paesi divulgando la sequenza genetica del nuovo coronavirus come condivisa dalla Cina per lo sviluppo di specifici kit diagnostici.

Risulta, quindi, che il Sistema di gestione degli incidenti (*incident management system*) dell'OMS, già a partire dal 2 gennaio 2020, sia stato attivato su tre diversi livelli (Ufficio nazionale, Ufficio regionale e Quartier generale), al fine di aggiornare continuamente la vigilanza per l'individuazione dei casi di infezione umana da CoV19 e assumere conseguenti orientamenti, seppur provvisori, per le diagnosi di laboratorio, per la gestione clinica, la prevenzione e la cura.

Nonostante siano state attivate reti di ricercatori e altri esperti dell'OMS per coordinare su scala globale la ricerca epidemiologica, la modellizzazione, la diagnostica, le modalità per identificare e

gestire la malattia, al 23 gennaio 2020 le cause del virus erano ancora sconosciute e non percepita la potenziale diffusione e gravità dello stesso.

Come si legge in un primo *report* del Comitato di Emergenza, i membri dello stesso Comitato, riunitosi nelle date del 22 e 23 gennaio 2020, esprimevano opinioni divergenti circa la gravità dell'epidemia, tanto che la maggioranza di essi riteneva che la diffusione del virus non rappresentasse una USPP e cioè «*uno straordinario evento idoneo a costituire un rischio per la salute pubblica di altri Stati attraverso la diffusione internazionale della malattia, tale da richiedere una risposta internazionale coordinata*», come definita dal RSI.

Solo il 30 gennaio 2020, il Direttore generale dell'OMS dichiara la *Public Health Emergency of International Concern*, ritenendone sussistenti i relativi presupposti.

Di tale dichiarazione viene dato atto nel decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 ove, per la prima volta, si dichiara che l'Organizzazione mondiale della sanità ha riconosciuto l'epidemia da COVID-19 come emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale sul presupposto dell'evolversi della situazione epidemiologica, del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e dell'incremento dei casi e dei decessi notificati all'Organizzazione mondiale della Sanità.

### **1.3. OMS e Informazione**

Ciò che si riscontra dalle notizie rese disponibili dall'Organizzazione mondiale della sanità è che la stessa ha, senza dubbio, svolto una fondamentale funzione informativa circa la diffusione del virus riportando in modo dettagliato: il numero di casi, gli aggiornamenti relativi all'andamento del contagio nel mondo, le notizie rivelate dalle autorità nazionali riguardo l'identità del virus, le cause ipotizzate, le modalità di trasmissione, i sintomi comuni.

Trattasi di informazioni indispensabili per consentire all'OMS stessa di prevedere misure minime di prevenzione e di farne oggetto delle Raccomandazioni e di specifiche Guide Tecniche finalizzate a prevenire situazioni particolarmente a rischio perché più esposte alla formazione di assembramenti e contatti fisici tra più persone, in luoghi chiusi.

I *reports* aggiornati dell'OMS sono risultati disponibili sull'*Health Emergency Dashboard*.

L'*Health Emergency Dashboard* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è una piattaforma che mira a condividere informazioni su eventi ed emergenze di salute pubblica; gli eventi visualizzati rappresentano una sorta di “sottoinsieme” rispetto a quelli segnalati attraverso i canali ufficiali come previsto dal **Regolamento Sanitario Internazionale** (IHR 2005).

Inoltre, l'OMS in collaborazione con la **Wikimedia Foundation** ha esteso l'accesso ad informazioni riguardanti il COVID-19 su Wikipedia, così da consentire a chiunque, in qualunque parte del mondo, di accedere a informazioni, grafici, video e altri materiali multimediali disponibili gratuitamente.

L'OMS svolge e sta svolgendo, dunque, un ruolo attivo per prevenire ogni forma di «*misinformazione*» o «*infodemia*» determinata da una sovrabbondanza di informazioni e rapida diffusione di notizie, immagini e video fuorvianti o falsi (termine che può inoltre indicare il carattere patologico di un certo modo di informarsi soprattutto facendo affidamento ai mass media, e a tutto ciò che circola sui *social*); la possibilità di sconfiggere l'epidemia passa anche attraverso una informazione trasparente, basata su fonti realistiche e regolarmente aggiornate su Wikipedia a garanzia e salvaguardia del generale diritto di accesso ai dati sanitari essenziali.

Tale concetto è stato espresso con chiarezza dall'amministratore delegato della Wikimedia Foundation, sig.ra Katherine Maher la quale ha affermato che la conoscenza dei dati sanitari è fondamentale soprattutto «*in tempi di crisi sanitarie globali, quando le informazioni possono avere conseguenze che cambiano la vita. Tutte le istituzioni, dai governi alle agenzie sanitarie internazionali, dagli enti scientifici a Wikipedia, devono fare la propria parte per garantire a tutti un accesso equo e affidabile alla conoscenza della salute pubblica, indipendentemente da dove si vive o dalla lingua che si parla*».

Con l'evoluzione delle informazioni sulla trasmissione e l'epidemiologia del virus, compito dell'OMS è anche quello di fornire ai governi, alle comunità e ai cittadini di tutto il mondo guide essenziali e raccomandazioni per la salute pubblica, con l'intento di colmare, per quanto possibile, le ingenti quanto inevitabili asimmetrie informative presenti nei rapporti tra autorità pubbliche (o soggetti

privati) e singoli individui.

## **2. Organismi di supporto e consulenza**

Nello stato di emergenza, l'adozione della strategia politica più giusta ed efficace è rimessa a chi ha la responsabilità di governo: il decisore pubblico è chiamato a compiere delle scelte bilanciando e contemperando una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti, ugualmente meritevoli di tutela. L'attenta valutazione di tutti gli interessi in gioco implica, pertanto, un previo, continuo e costante contraddittorio con il mondo del sapere tecnico - scientifico, quale parte integrante del processo decisionale.

Per queste ragioni, considerata la seria emergenza sanitaria che il nostro Paese sta affrontando, sembra quanto meno indispensabile soffermarsi sulla *«fondamentale importanza che l'instaurazione di un dialogo con la comunità scientifica per l'assunzione di decisioni pubbliche implicanti valutazioni tecnico scientifiche ha ai fini della tutela dei diritti fondamentali coinvolti»*.<sup>39</sup>

Sono molteplici i soggetti, pubblici e privati, che, in termini di sapere scientifico, di informazioni e quali portatori di interessi particolari o collettivi, hanno contribuito e contribuiscono alla definizione della linea di *governance* dell'emergenza da nuovo Coronavirus (2019- nCoV).

### **2.1. Il Comitato tecnico scientifico: i verbali**

Il Comitato tecnico scientifico rappresenta un organismo di supporto all'attività amministrativa del Capo del Dipartimento della protezione civile.

In tale qualità, ha svolto e svolge un ruolo di rilievo nell'ambito degli interventi urgenti di protezione civile correlati all'emergenza relativa al rischio sanitario di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

Il Comitato Tecnico Scientifico - disciplinato con Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione

---

<sup>39</sup> Del Corona L., *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*. BioDiritto, 18 marzo 2020.

civile 3 febbraio 2020, n. 630 e istituito con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020 – assomma tra le proprie funzioni e competenze quelle di consulenza nonché di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus: *«Per fronteggiare l'emergenza derivante dagli eventi citati in premessa, il Capo del Dipartimento della protezione civile assicura il coordinamento degli interventi necessari, avvalendosi 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, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»* (art. 1 ord. n. 630 cit.).

In forza dell'art. 2, comma 1, della medesima ordinanza (*«Per la realizzazione degli interventi di cui alla presente ordinanza, il Capo del Dipartimento della protezione civile si avvale di un Comitato tecnico scientifico, istituito con proprio provvedimento»*), il Capo Dipartimento della Protezione civile ha istituito con proprio decreto (n. 371 del 5 febbraio 2020) il Comitato tecnico scientifico che risulta composto da:

- Coordinatore dell'Ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di Coordinatore del Comitato;
- Segretario Generale del Ministero della salute;
- Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute;
- Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute;
- Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani";
- Presidente dell'Istituto superiore di sanità;
- Componente designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome;
- Rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile.

Il Comitato, ai sensi dell'art. 3 del decreto n. 371 cit., risulta inoltre integrato «*dal Direttore dell'Ufficio V della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute e dal Coordinatore del Servizio risorse sanitarie dell'Ufficio I del Dipartimento della protezione civile in qualità di segretario del Comitato*» e, comunque «*in casi particolari, a discrezione del Capo del Dipartimento della protezione civile ovvero su proposta del Coordinatore del Comitato o dei componenti dello stesso*» può prevedere la partecipazione alle proprie riunioni di esperti qualificati del settore, «*tenuto conto delle specifiche esigenze*».

Il primo verbale del Comitato tecnico scientifico che viene menzionato nei provvedimenti del Governo, è quello della seduta del **7 febbraio 2020**, ed è destinato in particolare ai dirigenti degli Istituti scolastici e prevede che costoro, nel caso in cui vengano a conoscenza della presenza di uno studente rientrato di recente dalle zone della Cina interessate dal contagio, debbano subito informare il Dipartimento di Prevenzione della ASL di riferimento.

Il successivo verbale del **21 febbraio 2020** suggerisce l'adozione di un'ordinanza del Ministro della Salute che preveda la quarantena per chi ha avuto contatti stretti con positivi negli ultimi 14 giorni, l'isolamento domiciliare per 14 giorni per chi torna dalle zone a rischio della Cina, il coinvolgimento dei Dipartimenti di prevenzione delle ASL competenti per territorio nella gestione della sorveglianza sanitaria e, infine, la chiusura delle scuole.

Diverso contenuto reca il verbale del successivo **27 febbraio** con cui il CTS fornisce informazioni relative alla disponibilità di Istituti Zooprofilattici Sperimentali per il supporto diagnostico in relazione all'emergenza Covid-19, in quanto dotati di strutture di contenimento biologico e comprovata capacità analitica nell'impiego continuativo e significativo delle tecniche diagnostiche applicabili anche in condizioni di emergenza.

In considerazione delle indagini svolte dai ricercatori dell'OMS circa le cause del virus, che in un primo momento si assumevano essere di origine animale, il Comitato ha previsto la possibilità di introdurre divieti e tracciamenti degli spostamenti di animali ed ha contestualmente invitato l'Istituto superiore della Sanità ad aggiornare periodicamente la propria banca dati.

Riveste particolare rilievo il verbale del Comitato dell' **1 marzo 2020** in quanto contiene la proposta di estendere le misure restrittive, assunte dal Governo limitatamente ad alcune Regioni, all'intero territorio nazionale, così come poi effettivamente disposto con D.P.C.M. del 4 marzo 2020.

L'importanza e l'incidenza delle proposte del Comitato Tecnico - recepite nei provvedimenti del Presidente del Consiglio – trovano ampio riscontro nel successivo verbale del **5 marzo** laddove, su segnalazione del Ministro della salute, preso atto della confusione e dello sconcerto determinati nell'opinione pubblica dalla diffusione del contenuto degli atti del CTS, si propone la secretazione dei verbali del Comitato a garanzia della riservatezza delle notizie e informazioni scientifiche in base alle quali vengono assunti i pareri e le proposte nonché le successive decisioni e scelte a livello politico - amministrativo.

Come vedremo in seguito, la questione della secretazione dei verbali del CTS ha formato oggetto di un giudizio di accesso innanzi al T.A.R. Lazio conclusosi con l'ostensione spontanea degli stessi da parte del Governo.

Il sistema di monitoraggio attivato nel Paese consente di modulare le azioni di prevenzione e di controllo sulla base della circolazione del virus e del suo impatto sulla salute pubblica.

Il Verbale del **25 marzo 2020** recepisce la relazione del direttore del Centro Nazionale Sangue (dott. Limbruno); il CTS raccomanda di lavorare in collaborazione con il Centro Nazionale Sangue per la realizzazione di un protocollo di utilizzo del plasma per il trattamento clinico di categorie selezionate di pazienti Covid-19: la Direzione Generale per la Prevenzione sanitaria del Ministero della Salute si avvale a tal fine del supporto del Centro Nazionale Sangue, quale organo tecnico.

Altro organo di cui si recepiscono le relazioni è il Consiglio Superiore della Sanità (CSS).

Per il calcolo a breve termine del numero di casi e del fabbisogno di terapie intensive, viene presentato il metodo della «*renewal equation*» [Wallinga et al., 2007], che stima il numero di casi previsti in un territorio sulla base del numero di riproduzione effettivo, del numero di casi osservati nei giorni precedenti e della distribuzione stimata del tempo di generazione.

Questo metodo non può tuttavia essere utilizzato per predizioni a lungo termine.

Per quanto attiene alla **bibliografia** annessa ai verbali del CTS, dunque le fonti documentali (*references*) cui si è fatto riferimento nel corso dell'emergenza e che hanno contribuito a formare i pareri e le raccomandazioni del CTS, si rinvengono molti dei piani strategici e delle linee guida adottati a livello internazionale (dall'OMS) ed europeo (dal Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie), alcuni dei piani adoperati nello specifico da altri Stati dell'UE, nonché numerosi testi di letteratura scientifica, sia estera che italiana.

Tra questi<sup>40</sup> si segnalano le relazioni e le linee guida di sanità pubblica del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, i piani strategici di preparazione alla gestione della influenza pandemica del Dipartimento della salute del Governo inglese, i corrispondenti piani presentati dal Governo spagnolo e dal Segretariato generale per la difesa e la sicurezza nazionale del Governo francese, oltre a tutti i piani, le raccomandazioni e i protocolli di indagine formulati dall'Organizzazione mondiale della sanità.

Tantissimi sono anche i testi della **letteratura scientifica**<sup>41</sup> cui si rinvia; tanto da poter affermare che, nell'ambito del processo di formazione della decisione amministrativa in condizioni di incertezza, assumono un ruolo significativo se non determinante anche le **decisioni tecniche**.

---

<sup>40</sup> *Gestione della salute pubblica delle persone che hanno avuto contatti con nuovi casi di coronavirus nell'Unione europea 2020* del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, aggiornato al 30 gennaio 2020; il *Piano strategico di preparazione alla gestione della influenza pandemica del Dipartimento della salute* del Governo inglese, aggiornato al 10 novembre 2011; il *Piano di prevenzione e risposta all'influenza pandemica* del Segretariato generale per la difesa e la sicurezza nazionale del Governo francese; il *Protocollo di indagine sulla trasmissione domestica del nuovo coronavirus (2019- nCoV)* dell'Organizzazione mondiale della sanità aggiornato, al 25 gennaio 2020; il *Protocollo per l'infezione da nuovo coronavirus (2019-ncov)* dell'Organizzazione mondiale della sanità; il *Piano di implementazione e gestione del tracciamento dei contatti per la malattia da virus Ebola 2015* dell'Organizzazione mondiale della sanità; le *Linee guida di sanità pubblica per la preparazione e la risposta a livello comunitario alla sindrome respiratoria acuta grave (SARS)* del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie; la *Procedura di azione contro i casi di infezione da parte del nuovo coronavirus (SARSCoV-2)* del Governo spagnolo; il *Piano per la preparazione alle emergenze sanitarie per i casi importati di malattie infettive ad alto rischio 2019* del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, aggiornato al 22 ottobre 2019.

<sup>41</sup> *Modalità di gestione integrata nel Dipartimento di Prevenzione di un focolaio epidemico da Covid-19 in un grande stabilimento di lavorazione delle carni in Provincia di Bari*. EP, G. Di Leone et al.; Stoecklin SB, Rolland P, Silue Y, Mailles A, Campese C, Simondon A, et al. *First cases of coronavirus disease 2019 (COVID-19) in France: surveillance, investigations and control measures*; Keeling MJ, Hollingsworth TD, Read JM. *The Efficacy of Contact Tracing for the Containment of the 2019 Novel Coronavirus (COVID-19)*; Hellewell J, Abbott S, Gimma A, Bosse NI, Jarvis CI, Russell TW, et al. *Feasibility of controlling 2019-nCoV outbreaks by isolation of cases and contacts*; Wallinga J, Lipsitch M. *How generation intervals shape the relationship between growth rates and reproductive numbers*. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2007; Cereda D, Tirani M, et al. *Epidemiological analysis of the first two weeks of the outbreak of COVID-19 in the Lombardy Region, Italy*. *Submitted NEJM*(12/03/2020); Prem K, Liu Y, Russell TW, et al. *The effect of control strategies to reduce social mixing on outcomes of the COVID-19 epidemic in Wuhan, China: a modelling study*. *Lancet Public Health*. 25 marzo 2020; Petrucci N, De Feo C. *Lung protective ventilation strategy for the acute respiratory distress syndrome*, *Cochrane Database*; Grasselli G, Zangrillo A, Zanella A, et al. *Baseline characteristics and outcomes of 1591 patients infected with SARS-CoV-2 admitted to ICUs of the Lombardy Region, Italy*; Bellani G, Laffey JG, Pham T, et al. *Noninvasive ventilation of patients with Acute Respiratory Distress Syndrome; Insights from the LUNG SAFE Study*. *Respir Crit Care*; Grasselli G, Greco M, Zanella A, et al. *Risk factors associated with mortality among patients with COVID-19 in Intensive Care Units in Lombardy, Italy*.

In altri termini, oltre alle basi dell'**evidenza scientifica**, a monte della scelta politica si pongono le scelte tecniche di selezione delle fonti e dei materiali cui fare affidamento per le analisi e gli studi necessari per l'elaborazione di quei pareri destinati ad essere la bussola della politica di governo e di gestione dell'emergenza nazionale.

Le decisioni hanno via via riguardato non più e non soltanto quali misure adottare e in che modo disporle, ma anche come gestire l'intero quadro generale messo in crisi dal virus, dovendo pertanto avere riguardo simultaneamente a più contesti diversi, valutando le indagini e gli studi del settore sanitario insieme a quelli svolti in ambito economico, lavorativo e sociale.

Attraverso il ricorso a diverse fonti scientifiche i verbali del CTS presentano proposte di prevenzione e protezione che si fondano su criteri di valutazione del rischio elaborati dallo stesso Comitato.

Dall'esame dei successivi verbali emerge che l'organo tecnico oltre a formulare pareri e fornire raccomandazioni al Governo in base alle fonti esterne e all'analisi dei dati dell'andamento epidemiologico, propone anche modelli di risposta al rischio epidemiologico da seguire nei casi sospetti e prevede una *task force* sanitaria.

Da subito è stata messa in evidenza la necessità di verificare con precisione i dati relativi alla capacità delle strutture sanitarie locali, in termini di posti letto disponibili per malattie infettive, rianimazione e altri dati relativi ad attrezzature, *staff* e quanto necessario per elaborare più ipotesi di una potenziale evoluzione della situazione epidemiologica, essendo a tal fine fornita dalla Direzione Generale della Programmazione Sanitaria la mappatura dell'offerta ospedaliera sul territorio nazionale, distinta per disciplina, tipologia di struttura e distribuzione regionale.

Si menziona sempre il persistere dell'allarme segnalato dall'OMS, avvalorato dall'analisi dei dati epidemiologici a disposizione della comunità scientifica, sulla base dei quali vengono elaborate delle simulazioni per prevedere il livello di diffusione del virus.

Dai verbali emerge, ancora, che il lavoro del CTS procede in modo da proporre un piano operativo di preparazione e risposta ai diversi scenari di possibile sviluppo dell'epidemia da 2019nCoV, mettendo a disposizione delle autorità competenti ipotesi precauzionali di aggiornamento delle misure adottate.

Per l'elaborazione di piani strategici di gestione dell'eventuale scenario pandemico sul territorio nazionale viene inoltre costituito un gruppo di esperti a supporto del CTS con il compito di effettuare una ricognizione dei mezzi, delle strutture e dello *staff* ad oggi disponibile presso il Servizio Sanitario Nazionale.

Il Comitato ha ritenuto, inoltre, necessaria l'attivazione di un modello di cooperazione interregionale coordinato a livello nazionale, di modo che le Regioni individuino opportune soluzioni organizzative, nonché predispongano un piano di emergenza per la gestione dei pazienti critici affetti da COVID-19, per garantire idonei livelli di trattamento attraverso un adeguato numero di posti letto in terapia intensiva.

Su richiesta delle Regioni, si ritiene che le misure di contenimento possano essere applicate anche all'ambito provinciale, laddove vi sia presenza di focolai a trasmissione locale.

La raccolta sistematica, l'analisi e l'interpretazione dei dati della sorveglianza epidemiologica in corso rappresentano elementi fondamentali per la pianificazione, l'implementazione, la valutazione e la revisione degli Interventi Sanitari e dei concreti modelli organizzativi.

## **2.2. Il Comitato scientifico permanente**

Diverso dal Comitato tecnico scientifico è il Comitato scientifico permanente che fa parte del Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (CCM).

Il CCM è stato istituito con decreto-legge 29 marzo 2004, n. 81 (recante interventi urgenti per fronteggiare situazioni di pericolo per la salute pubblica, convertito con modificazioni nella legge del 26 maggio 2004, n. 138) e regolamentato con Decreto del Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali in data 18 settembre 2008.

Trattasi prevalentemente di un organismo di programmazione e coordinamento tra il Ministero della Salute e le Regioni per le attività di sorveglianza e prevenzione; lo stesso agisce *«in coordinamento con le strutture regionali attraverso convenzioni con l'Istituto superiore di sanità, l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro, gli Istituti zooprofilattici sperimentali, le Università, gli*

*Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico e con altre strutture di assistenza e di ricerca pubbliche e private, nonché con gli organi di sanità militare».*

Seppur lo stesso operi «con modalità e in base a programmi annuali approvati con decreto del Ministro della Salute» (svolgendo attività di programmazione della prevenzione, di valutazione delle performance sanitarie, di aggiornamento e di formazione del personale funzionale, di collegamento con altre realtà istituzionali e con altre realtà analoghe europee e internazionali, di analisi dei rischi per la salute, di verifica con le Regioni dei piani di sorveglianza e di prevenzione attiva e di diffusione delle informazioni), ciò nondimeno è deputato a dare risposte tempestive alle emergenze di salute pubblica legate prevalentemente alle malattie infettive e diffuse e al bioterrorismo.

Di rilievo, per quanto di interesse, l'attività di supporto al Ministero della Salute soprattutto per quanto riguarda l'analisi del quadro epidemiologico, l'identificazione e valutazione dei rischi per la salute umana derivanti da agenti infettivi, lo studio delle condizioni ambientali e dei fattori comportamentali, l'individuazione delle misure di prevenzione e dei percorsi di continuità assistenziale nonché l'integrazione sociosanitaria, e la verifica dell'attuazione dei piani nazionali di sorveglianza e di prevenzione.

Il CCM - incardinato all'interno della direzione generale della Prevenzione sanitaria del Ministero della Salute – svolge, dunque, una funzione di raccordo tra potere amministrativo centrale e quello delle Regioni attraverso incontri, progetti coordinati con i rappresentanti regionali e la costante consultazione degli organi identificati dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni, tra cui il Coordinamento interregionale della prevenzione.

Nel suo ambito è stato istituito un Comitato scientifico permanente costituito da dieci esperti (cinque designati dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali o dal Sottosegretario delegato e cinque nominati dalla Conferenza Assessori alla sanità delle Regioni e dal Direttore generale della prevenzione Sanitaria/Direttore operativo del CCM) e il suo compito è quello di esprimere parere sulla proposta del programma annuale di attività del CCM, esaminare e approvare i progetti predisposti dal direttore operativo di attuazione del programma annuale di attività, valutandone i

contenuti, i metodi, le scelte nonché la congruenza finanziaria.

Dunque mentre il Comitato Tecnico Scientifico di Protezione civile opera sull'emergenza, il Comitato Scientifico permanente presso il CCM svolge una attività prevalentemente programmatica.

Altro Comitato tecnico è quello delle Regioni (CTR) - istituito con Determina della Commissione Nazionale per la Formazione Continua, presieduta dal Ministro della Salute, il quale opera come organismo di supporto nell'armonizzazione del sistema nazionale Educazione Continua Medicina e dei sistemi regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano per le determinazioni di carattere programmatico, normativo e prescrittivo che hanno ricadute sugli enti accreditati regionali e provinciali.

### **2.3. Il Comitato Economico Sociale**

Con il D.P.C.M. del 10 aprile 2020, è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, un Comitato di esperti in materia economica e sociale, con il compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica COVID-19, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi e relazionali, che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza.

Il Comitato opera in coordinamento con il Comitato tecnico scientifico di cui all'art. 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020.

Il Comitato in esame è presieduto dal dott. Vittorio Colao, dirigente d'azienda, ed è composto prevalentemente da professori emeriti di Psicologia sociale, Statistica economica, Statistica sociale e Sociologia economica, da Riccardo Cristadoro, Consigliere economico del Presidente del Consiglio, direttore del Dipartimento economia e statistica della Banca d'Italia, da Filomena Maggino, Consigliera del Presidente del Consiglio per il benessere equo e sostenibile e la statistica, da Mariana Mazzuccato, Consigliera economica del Presidente del Consiglio.

Sono altresì membri di diritto del Comitato, il Commissario straordinario del Governo per

l'attuazione ed il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento ed il contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID – 19, dr. Domenico Arcuri e il Capo del dipartimento della Protezione civile, dr. Angelo Borrelli.

In data 24 aprile 2020, il Comitato di esperti in materia economica e sociale (istituito con D.P.C.M. del 10 aprile 2020) ha presentato il suo primo Rapporto («Ripartire in Sicurezza»), contenente sia un modello decisionale da seguire nella valutazione della ripresa delle attività produttive nel mese di maggio, sia specifiche raccomandazioni sui diversi aspetti di cui tenere conto nel processo decisionale, prevedendo obiettivi e iniziative per il rilancio post crisi.

Le proposte sono state preparate attraverso un'attività di consultazione e confronto con esponenti del mondo economico e sociale, nonché con rappresentanti della Commissione europea e di numerosi Ministeri.

Tra gli obiettivi principali delle iniziative presentate dal Comitato, emerge quello di accelerare lo sviluppo del Paese e di migliorarne la crescita in termini di sostenibilità economica, sociale e ambientale, in conformità con l'Agenda 2030 e con i piani di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, oltre alla dichiarata esigenza di creare un Paese con maggiore capacità di resistere a eventuali futuri *shock* di sistema, al fine di diminuire il più possibile il rischio di un crollo strutturale dei fattori primari dello sviluppo (capitale economico, capitale umano, capitale sociale e capitale naturale).

Il Comitato ha proposto una riforma della fiscalità nella politica economica del rilancio a sostegno della politica industriale del Paese e una riforma del *welfare*, per quanto attiene al sistema degli incentivi e degli ammortizzatori sociali, in modo da promuoverne l'equità e superare l'obsoleto approccio categoriale e non universalistico a cui è tuttora ispirato, tra l'altro in disaccordo con le raccomandazioni degli esperti del settore e delle organizzazioni internazionali.

Interessante notare infine come il Comitato faccia leva sulla necessità di garantire sempre la trasparenza nella Pubblica Amministrazione, indispensabile al fine di rendere effettiva la competitività e la crescita del paese, in un quadro generale in cui si auspicano interventi di semplificazione e seri investimenti in tecnologia e risorse umane.

## **2.4. La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome**

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (inizialmente denominata «Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome») si costituisce a Pomezia il 15-16 gennaio del 1981, dando luogo ad un organismo di coordinamento politico fra i Presidenti delle Giunte Regionali e delle Province autonome.

Gli obiettivi iniziali della Conferenza sono legati ad esigenze di coordinamento ed il riferimento è ad analoghe esperienze straniere, con lo sguardo rivolto soprattutto ai sistemi dei paesi federali: l'Associazione Nazionale dei Governatori (USA) e la Conferenza dei Ministri Presidenti (Germania). Le esigenze che hanno portato alla nascita della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome possono essere ricondotte a quattro grandi priorità:

- il miglioramento del raccordo e del confronto con lo Stato Centrale attraverso l'elaborazione di documenti condivisi da tutto il «sistema dei Governi regionali»;
- l'instaurazione di un confronto permanente interregionale per favorire il diffondersi delle «*best practices*»;
- la necessità di rappresentare in modo costante all'esterno e nelle relazioni istituzionali il “sistema dei Governi regionali”;
- sottolineare il ruolo dell'istituzione Regione nella costruzione dell'Unione Europea.

Sono componenti della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome i 20 Presidenti delle regioni italiane e i 2 Presidenti delle Province autonome (Trento e Bolzano).

Sede di coordinamento e di confronto dei Presidenti delle Regioni, la Conferenza ha indubbiamente visto accrescere il proprio ruolo con l'istituzione della Conferenza Stato-Regioni (1983) e della Conferenza Unificata, sede congiunta della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali (1997).

Da allora la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome è la sede ufficiale della interlocuzione istituzionale interregionale.

È in questa sede, infatti, che sono predisposti i documenti che poi - nella loro veste definitiva - sono

presentati e illustrati al Governo nelle riunioni della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Unificata.

A sua volta la Conferenza Stato-Regioni è il luogo del raccordo fra la politica del Governo e quella delle Regioni; istituita con il D.P.C.M. del 12 ottobre 1983, è stata istituzionalizzata con la legge n. 400/1988, la quale le ha conferito funzioni di carattere informativo, di consultazione e raccordo in relazione agli indirizzi di politica generale suscettibili di incidere nelle materie di competenze regionali; in particolare, la Conferenza esprime il proprio parere non vincolante sugli schemi di atti normativi proposti dal Governo nelle materie di competenza regionale e sui disegni di legge finanziaria e della cosiddetta legge comunitaria, e partecipa all'adozione di intese e accordi tra lo Stato gli enti territoriali nelle materie di interesse comune.

La Conferenza Stato-Regioni è, dunque, la sede dove il Governo acquisisce l'avviso delle Regioni sui più importanti atti amministrativi e normativi di interesse regionale e persegue l'obiettivo di realizzare la leale collaborazione tra Amministrazioni (centrale e regionali).

Periodicamente si riunisce in una apposita sessione per la trattazione di tutti gli aspetti della politica europea che sono anche di interesse regionale e provinciale.

La Conferenza delle Regioni ha ridefinito la propria organizzazione con una determinazione, assunta il 9 giugno 2005, che ha istituito le Commissioni di lavoro (in precedenza la Conferenza, al suo interno, era organizzata in cinque aree di lavoro: I Affari Istituzionali, generali e finanziari; II Affari Comunitari ed internazionali; III Assetto del Territorio, Tutela dell'Ambiente, Cultura; IV Servizi sanitari, Affari sociali, Istruzione; V Attività produttive e sviluppo).

La Conferenza (nella stessa seduta del 9 giugno 2005) ha adottato un Regolamento per organizzare e disciplinare i propri lavori (in precedenza i lavori si svolgevano in base ad una prassi consolidata) e in data 16 giugno del 2005 ha approvato le linee interpretative del Regolamento.

Da ultimo, in data 3 novembre 2020 la Conferenza Stato-Regioni ha sancito un Accordo quadro tra il Governo, le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano in materia di finanza pubblica per assicurare le risorse necessarie per l'espletamento delle rispettive funzioni

istituzionali per l'anno 2021 in conseguenza della perdita di entrate connesse all'emergenza COVID-19.

Con il decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281, in considerazione del rafforzamento delle autonomie locali avvenuto con legge 15 marzo 1997 n. 59, sono stati introdotti due nuovi organismi al fine di ampliare gli strumenti di raccordo tra i vari diversi livelli di potere: la Conferenza Stato - città ed autonomie locali (organo di raccordo tra lo Stato e le autonomie locali) presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e un organo risultante dall'unione della Conferenza Stato-Regioni con la Conferenza Stato-città e autonomie locali la quale ha assunto la denominazione di **Conferenza unificata**.

Quest'ultima, disciplinata dal citato d.lgs. n. 281/1997, quanto a composizione, compiti e modalità organizzative ed operative, opera al fine di favorire la cooperazione tra l'attività dello Stato e il sistema delle autonomie, esamina le materie e i compiti di comune interesse ed è competente in tutti casi in cui Regioni, Province, Comuni e Comunità montane, ovvero la Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali sono chiamate ad esprimersi su un medesimo oggetto.

In particolare, la Conferenza Unificata consente alle Regioni, alle Province, ai Comuni ed alle Comunità montane di partecipare alle scelte del Governo, nelle materie di comune interesse e approfondisce le questioni politico-amministrative più rilevanti per il sistema delle Autonomie.

I rapporti con il Parlamento sono garantiti dallo svolgimento di audizioni parlamentari di delegazioni della Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle Province.

Le convocazioni di tali audizioni sono decise dalla Presidenza della commissione Parlamentare di intesa con l'Ufficio rapporti con il Parlamento della Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

### **3. Decreti-legge e D.P.C.M.**

Come già precisato, l'assetto normativo rilevante ai fini del presente elaborato, è costituito dal binomio decreti-legge e D.P.C.M. attuativi.

Il primo decreto-legge (**23 febbraio 2020 n. 6**), convertito in **l. 5 marzo 2020, n. 13**, riveste

particolare rilevanza in quanto segna l'inizio di una normazione emergenziale che prende l'avvio dalla dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della Sanità del 30 gennaio 2020 circa la sussistenza di una emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, e dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale da parte del Governo italiano, a partire dal 31 gennaio 2020, fino al 31 luglio 2020.

Con il predetto decreto si manifesta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per affrontare l'emergenza epidemiologica da COVID-19; «con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» devono essere adottate misure di contrasto al virus tenuto conto del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e dell'incremento dei casi e dei decessi notificati all'Organizzazione mondiale della Sanità.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto legge in esame, le autorità competenti, dunque, oltre a dover assumere «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», possono adottare anche altre specifiche misure indicate dal secondo comma dello stesso articolo, tra cui, per esempio, il divieto di allontanamento dalle zone in cui si è manifestato un focolaio infettivo o il divieto di accesso all'area interessata; la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura che comportino assembramenti, dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole, dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di ogni ordine e grado; la chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; la chiusura o la limitazione dell'attività degli uffici pubblici.

L'art. 2 prevede, inoltre, che le «autorità competenti» possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1, qualora siano ritenute utili per arginare la diffusione virale.

Le misure devono essere adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle

Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.

Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ove esistano casi di estrema necessità ed urgenza, possono essere adottate ordinanze contingibili e urgenti dal Ministro della Salute, ai sensi dell'art. 32 della L. 23 dicembre 1978, n. 833, nonché ordinanze sindacali ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e dell'art. 50 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Si affida poi al Prefetto, tenuto ad informare preventivamente il Ministro dell'interno, il compito di assicurare l'esecuzione delle disposizioni restrittive avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali.

Per far fronte agli oneri derivanti dalla gestione dello stato di emergenza sanitaria, lo stanziamento sul Fondo per le emergenze nazionali previsto dall'art. 44 del Codice della protezione civile è incrementato di 20 milioni di euro per l'anno 2020.

Ai fini dell'immediata attuazione delle disposizioni recate dal decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze è inoltre autorizzato ad apportare con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Con decreto del 23 febbraio 2020, in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13), il Presidente del Consiglio dei ministri – preso atto delle ordinanze del Ministro della salute d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia e della Regione del Veneto del 21 e 22 febbraio 2020 e ravvisata la necessità di intervenire ai sensi dell'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 - ha disposto l'adozione di misure urgenti di contenimento del contagio in alcuni Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto, essendo queste le prime regioni italiane in cui il virus ha iniziato a diffondersi.

Nel preambolo del successivo D.P.C.M. (dell'8/03/2020), anch'esso attuativo del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, si formulano rinnovate valutazioni in ordine alla necessità di *«procedere a una rimodulazione delle aree nonché individuare ulteriori misure a carattere nazionale»*; le dimensioni

sovrannazionali assunte dal fenomeno epidemico e, quindi, l'interessamento di più ambiti sul territorio nazionale rendono improcrastinabile dare uniformità all'attuazione dei programmi di profilassi elaborati in sede internazionale ed europea<sup>42</sup>, tenendo a tal fine conto anche delle **indicazioni formulate dal Comitato tecnico scientifico**.

Come emerge dai vari D.P.C.M. (tra cui quello del 4 marzo 2020), gli interventi del Governo per contenere il propagarsi del rischio epidemiologico hanno interessato dapprima le Regioni della Lombardia e del Veneto, poi sono state estese alle Province espressamente individuate (nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia) e infine hanno trovato applicazione all'intero territorio nazionale.

Aumenta sempre più la necessità di un coinvolgimento diretto dei rappresentanti delle Regioni nella scelta delle misure più idonee a contenere il contagio e i Governatori assumono proprie ordinanze a volte risultate in contrasto con le direttive nazionali all'esito di un contenzioso di cui si darà cenno successivamente.

Altro provvedimento di particolare importanza è il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 (convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35), il quale abroga il d.l. n. 6/2020, fatti salvi gli artt. 3, comma 6 bis, e 4, e richiama espressamente l'art. 16 della Costituzione laddove consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie.

Il d.l. in esame introduce diverse novità, tra cui la *flessibilità applicativa* degli interventi di contenimento e gestione del virus, stabilendo che tali misure (una o più, tra quelle sopra menzionate) possano essere adottate per periodi predeterminati, ognuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più di una volta fino al 31 luglio 2020, termine di scadenza dello stato di emergenza (dichiarato, come già evidenziato, con delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020), prevedendo inoltre la possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in

---

<sup>42</sup> Dall'OMS e dal ECDC (Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie).

diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus.

Altra novità è costituita dal fatto che i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, oltre ad essere adottati, come di norma, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, sentiti i Presidenti delle regioni interessate, o il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, possono ora essere altresì adottati *direttamente su proposta dei Presidenti delle regioni interessate*, o del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

Si aggiunge che, per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i D.P.C.M. sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico.

Il decreto-legge n. 19/2020 ha previsto una *depenalizzazione* dell'inosservanza degli obblighi imposti dalle misure adottate, prima punita ai sensi dell'art. 650 c.p., ora assoggettata a sanzione amministrativa corrispondente al pagamento di una somma da euro 400,00 a euro 3.000,00.

Ancora, il suddetto d.l. sembra limitare la competenza dei Sindaci ad adottare – nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – misure di contenimento dell'epidemia, non menzionando più né l'art. **117 del d.lgs. n. 112/1998** (il quale statuisce che «*In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale [...] 2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1*») né l'**art 50, comma 5, del TUEL** («*In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale*»).

Tuttavia, continua a menzionarsi l'**art. 32 L. 23 dicembre 1978, n. 833**, il quale fa riferimento oltre al Presidente della giunta regionale, anche al Sindaco, in quanto autorità legittimata all'adozione di

ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria.

Tra le misure disposte con d.l. n. 19/2020, trovano evidenza la restrizione alla libertà di circolazione delle persone (espressa nel divieto 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 o da motivi di salute), la possibilità di imporre la *«quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva»* e, infine, la *«permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva»* per gli *«individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità»*.

Si prevede che le ordinanze adottate dal Ministro della salute abbiano *«efficacia limitata»*, temporalmente, fino al sopravvenire di ulteriori D.P.C.M.; e che debbano essere emanate dichiaratamente in armonia con i *«principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte»*, ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale<sup>43</sup>, in particolare *«secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»*

Il decreto-legge n. 19/2020 (diversamente da quanto previsto dal precedente d.l. n. 6/2020, riferito a realtà prettamente locali) conferisce fondamento giuridico alle limitazioni imposte a livello nazionale e tipicizza le misure restrittive di diritti e libertà, ritenute necessarie per evitare il diffondersi dei contagi; ciò forma una sorta di perimetro degli interventi che possono essere adottati dal Governo o, in caso di necessità ed urgenza, dalle Regioni (sempre, però, nel rispetto dei *«principi di proporzionalità e adeguatezza al rischio»* di diffusione del virus).

Il decreto in esame, dunque, sembra creare un presidio di legittimità delle restrizioni e limitazioni che incidono sulle libertà fondamentali dell'individuo, *in primis* quella (l'unica) espressamente menzionata nel preambolo, della libertà di circolazione ex art. 16 Cost.

---

<sup>43</sup> Corte Cost., n. 127/1995: *«Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»*.

Altre novità sono state introdotte dal **D.P.C.M. 26 aprile 2020**, il quale ha dato il via ad un graduale allentamento delle restrizioni in vista della cd. Fase 2, a partire dal 4 maggio 2020.

Vengono previste la possibilità di visitare i propri «*congiunti*» senza spostarsi, però, tra Regioni e la riapertura di parchi e giardini pubblici, lasciando ai sindaci il potere di disporre la temporanea chiusura di specifiche aree nell'ipotesi in cui non sia possibile rispettare il divieto di assembramento.

Rimane l'obbligo all'uso della mascherina nei luoghi chiusi accessibili al pubblico (come mezzi di trasporto pubblico ed esercizi commerciali), nonché alla permanenza nella propria abitazione per tutti i soggetti che presentino sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (superiore ai 37,5 gradi).

È consentita l'attività motoria e sportiva, individualmente, anche lontano da casa, sono ammesse celebrazioni funebri, con un numero di partecipanti massimo fissato in 15 persone, è consentita la ristorazione da asporto per bar, ristoranti e simili.

Previsioni specifiche sono dedicate al progressivo ripristino delle attività produttive e industriali, nel rispetto delle regole vigenti in materia di sicurezza sul lavoro.

Il **D.P.C.M. 26 aprile 2020** attribuisce, inoltre, alle Regioni il compito di monitorare, con cadenza giornaliera, al fine di garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche produttive e sociali, l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a ciò, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale.

I dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle Regioni al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al Comitato tecnico-scientifico.

Si prevede una classificazione aggiornata del rischio per ciascuna Regione/P.A. con cadenza almeno settimanale e il Ministero della salute assume il ruolo di soggetto preposto alla raccolta delle informazioni necessarie alla classificazione del livello di rischio di trasmissione di SARS-CoV-2 (decreto del Ministro della Salute 30 aprile 2020).

In tale contesto, si interviene sul piano sanitario e si dispongono il potenziamento e la riorganizzazione della rete ospedaliera, di quella assistenziale e dell'attività di sorveglianza attiva con stanziamento complessivamente, per il solo 2020, di oltre 3 miliardi e 200 milioni di euro.

Si incrementa di 1,5 miliardi di euro, per il 2020, il Fondo per le emergenze nazionali (FEN), destinandone un miliardo all'ulteriore finanziamento degli interventi di competenza del commissario straordinario per l'emergenza sanitaria da COVID-19.

Nel D.P.C.M. del **17/05/2020**, dato atto che il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ha espresso il proprio parere condizionato alla necessità che le linee guida condivise dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome siano richiamate nelle premesse e allegate al provvedimento come base dello stesso, si fa, invece, espresso riferimento alle Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e Province autonome del 16 maggio ed al parere del Presidente della predetta Conferenza.

Vengono, quindi, definite le misure di contenimento del contagio su tutto il territorio nazionale (art. 1), le misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza di attività produttive, industriali e commerciali (art. 2), le misure di informazione e prevenzione per l'intero territorio nazionale (art. 3) e le disposizioni in materia di ingresso in Italia (art. 4) e in materia di spostamenti da e per l'estero (art. 6).

Nello specifico, a decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli artt. 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, fatta salva la possibilità che le stesse possano essere reintrodotte e reiterate con riferimento a specifiche aree del territorio nazionale in ragione di un aggravamento della situazione epidemiologica.

Di rilievo anche il **decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020**, con cui il Consiglio dei Ministri autorizza lo svolgimento di una indagine di sieroprevalenza sul SARS-COV-2 condotta dal Ministero della salute e dall'ISTAT con trattamento dei dati personali, anche genetici e relativi alla salute, a fini statistici e scientifici nell'interesse pubblico, ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, lettere g) e j), e dell'art. 89 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, nonché dell'art. 2-sexies, comma 2, lettera cc) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; il trattamento dei dati sensibili risulta giustificato dalla necessità ed urgenza di disporre di studi epidemiologici e di

statistiche affidabili e complete sullo stato immunitario della popolazione, indispensabili per garantire una maggiore protezione collettiva dall'emergenza sanitaria.

L'**11 giugno 2020** il Presidente del Consiglio firma un altro decreto con il quale si consente la ripresa di ulteriori attività, come per esempio quelle di centri sociali, culturali, centri benessere e termali, attività ludiche all'aperto, spettacoli teatrali e cinematografiche con le dovute precauzioni.

Nei primi sei mesi del 2020, dunque, l'azione del Governo si concentra sull'adozione di misure restrittive, prevedendo anche misure di sostegno dell'economia e di riavvio dei servizi educativi e scolastici nonché quelli connessi ai trasporti pubblici.

In ragione di un nuovo aumento dei casi di Covid-19 durante il periodo estivo, lo stato di emergenza viene prorogato ancora fino al 31 gennaio 2021 (Delibere del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 e del 7 ottobre 2020) e si rende necessaria l'adozione di misure per fronteggiare quella che viene definita la seconda ondata del contagio.

Con il decreto-legge n. 125 del 7 ottobre 2020, poi convertito, con modificazioni, in l. 27 novembre 2020 n. 159, sono adottate misure urgenti connesse alla proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 finalizzate alla continuità operativa del sistema di allerta epidemiologica.

Viene, pertanto, data attuazione alla delibera dell'Unione europea n. 739/2020 del 3 giugno 2020 la quale, modificando l'allegato III della direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, inserisce la SARS – Cov -2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo.

Con il provvedimento in esame si prende atto della persistenza e crescita della diffusione del virus e si modificano varie disposizioni contenute nei precedenti decreti legge (n. 19/2020, n. 33/2020 e n. 83 /2020) ed in particolare la previsione contenuta nell'art. 1, comma 16, del d.l. n. 33/2020 laddove si dispone che *«le parole ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo art. 2»* siano sostituite dalle seguenti: *«restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo art. 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della*

*salute, anche ampliative».*

In sostanza viene a rafforzarsi l'esigenza di un rapporto collaborativo tra l'autorità centrale e locale e la possibilità di rendere meno pressanti le limitazioni adottate al fine di limitare il contagio da Covid viene ancorata all'applicazione di specifici criteri.

Le prescrizioni contenute nel decreto-legge n. 125 cit. risultano, infatti, maggiormente incisive rispetto alle precedenti in quanto inerenti sia condotte individuali che lo svolgimento di attività economiche, formative, religiose, sportive e ricreative già in precedenza delineate; vengono, inoltre, prorogati i termini di cui all'art. 1, commi 9 e 10, del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104 recante misure urgenti per il sistema e il rilancio dell'economia.

Con successivo D.P.C.M. del 13 ottobre 2020, vengono date ulteriori disposizioni circa l'obbligo di mantenere la distanza di sicurezza interpersonale, sull'uso della mascherina e sulle sue caratteristiche, sull'accesso a parchi e luoghi destinati allo svolgimento di attività ludiche per i ragazzi e di fatto, nel tentativo di contemperare interessi economici di varie categorie di lavoratori, si allargano le maglie delle precedenti disposizioni quanto allo svolgimento di manifestazioni pubbliche, attività di sale giochi, spettacoli aperti al pubblico in sale teatri, sale da concerto mantenendo comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilabili, all'aperto e al chiuso.

Tali disposizioni vengono, in ogni caso, assunte tenendo conto: a) delle Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid 19 in materia di trasporto pubblico; b) delle Linee guida per il trasporto scolastico sulle quali la Conferenza unificata aveva espresso parere nella seduta del 31 agosto 2020; c) delle Linee guida per la riapertura delle attività economiche produttive e ricreative come aggiornate nella Conferenza delle regioni e delle province autonome in data 8 ottobre 2020 e, soprattutto, in ragione d) del parere del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020 n. 630 esplicitato nei verbali nn. 106, 107, 108, 109 e 110 del settembre 2020 nonché nei verbali nn. 111, 112, 114 e 116 dell'ottobre 2020.

Integrano le misure di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale già adottate i DPCM

del 18 ottobre 2020 e del 24 ottobre 2020 i quali, con disposizioni via via più restrittive, intervengono con divieti nello svolgimento di sagre, fiere di comunità ma, soprattutto, con riferimento alle attività didattiche ed educative, responsabilizzando le autorità regionali, locali o sanitarie ad assumere iniziative per la riapertura delle scuole imponendo oneri di informazione nei confronti del Ministero dell'istruzione a cui vanno evidenziate situazioni critiche di particolare rischio.

Si cerca, quindi, di garantire la proporzionalità e l'adeguatezza delle misure adottate alla situazione epidemiologica e ciò anche e soprattutto attraverso lo svolgimento periodico di riunioni di coordinamento regionale e locale lasciando alle autorità regionali, locali o sanitarie la gestione delle situazioni critiche.

In particolare, il D.P.C.M. del 24 ottobre 2020 ribadisce la necessità dello svolgimento periodico delle riunioni di coordinamento regionale locale previste nel Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le istituzioni del sistema nazionale di istruzione per l'anno scolastico 2020 -2021 (cosiddetto piano scuola), documento adottato con decreto ministeriale 26 giugno 2020, n. 39, condiviso e approvato da Regioni ed enti locali, con parere reso dalla Conferenza unificata nella seduta del 26 giugno 2020 ai sensi dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 281 del 1997.

Il D.P.C.M. stabilisce che *«in presenza di un particolare aggravamento della situazione epidemiologica e al fine di contenere la diffusione dell'infezione da Covid 19, sentito il Presidente delle regioni o delle regioni interessate»*, tutta una serie di attività che presuppongono il venir meno del distanziamento sociale vengano sospese (viaggi d'istruzione, iniziative di scambio gemellaggio, visite guidate uscite didattiche) e che, comunque, vengano adottate misure che consentano, in sicurezza, lo svolgimento di attività produttive attraverso modalità di lavoro agile, al proprio domicilio e a distanza, con incentivazione di ferie, congedi retribuiti; vengono adottate, altresì, ulteriori limitazioni agli spostamenti da e per l'estero prevedendo sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario di coloro i quali hanno ingresso nel territorio nazionale.

Molteplici le disposizioni che riguardano ambiti differenti e che vanno dalla sanificazione dei luoghi di lavoro a forme di ammortizzatori sociali, dalla regolamentazione per la graduale ripresa delle

celebrazioni liturgiche (protocollo con la Conferenza episcopale italiana) all'adozione di Linee guida per la riapertura delle attività economiche, produttive e ricreative.

Con il decreto-legge del 28 ottobre 2020 n. 137 (conv. L. 18 dicembre 2020, n. 176), vengono, quindi, assunte ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, a sostegno dei lavoratori, delle imprese, del sistema giustizia e sicurezza.

Il decreto, denominato anche «decreto ristori», prende atto della straordinaria necessità ed urgenza di introdurre pregnanti misure a sostegno dei settori più direttamente interessati dalle misure restrittive adottate con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2020.

Il sostegno alle imprese e all'economia avviene, dunque, con interventi in vari settori e prevede contributi a fondo perduto da destinare agli operatori IVA, la creazione di un fondo per il sostegno di associazioni e società sportive nonché l'adozione di misure a favore degli operatori turistici e della cultura, dell'export e del sistema delle fiere internazionali, delle imprese appartenenti alle filiere agricole della pesca e dell'acquacoltura.

Il d.l., inoltre, dispone, altresì, la sospensione delle procedure esecutive immobiliari sulla prima casa, la previsione di un credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili ad uso non abitativo e affitto d'azienda, la cancellazione della seconda rata IMU, nonché agevolazioni per i datori di lavoro con sospensione dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione.

Vengono stabilite nuove quantificazioni del già previsto reddito di emergenza introdotto dal decreto legge 14 agosto 2020 n. 104 e l'erogazione di indennità per i lavoratori stagionali del turismo e di contributi al fine di assicurare tutela produttiva e occupazionale in settori colpiti dalle restrizioni.

Con il D.P.C.M. 3 novembre 2020 avviene un cambiamento di strategia del Governo quanto al contenimento della diffusione dell'epidemia.

Vengono previsti tre possibili scenari di diffusione del contagio secondo una pluralità di criteri oggettivi già individuati nel decreto del Ministero della salute del 30 aprile 2020 per l'individuazione e definizione del grado di rischio sanitario.

Con tale decreto, si prende atto, infatti, che le misure di contenimento adottate nella prima fase di sviluppo dell'epidemia hanno consentito una notevole riduzione dei contagi con conseguente alleggerimento della risposta assistenziale a carico del servizio sanitario, ma che le stesse hanno avuto un forte impatto sull'economia e sul sociale, non sostenibile nel medio-lungo periodo.

Con il D.P.C.M. si evidenzia la necessità, da un lato, di allentare gradualmente tali misure al fine di consentire una progressiva ripresa economica e sociale e dall'altro di rafforzare il sistema di accertamento diagnostico, monitoraggio e sorveglianza della circolazione del virus individuando i regimi applicabili alle diverse Regioni secondo e in applicazione dei criteri indicati dal D.M. 30 aprile 2020.

Si sono individuate, quindi, secondo l'andamento decrescente dell'incidenza delle misure, le c.d. *zone rosse* (art. 3, scenario di massima gravità-livello di rischio alto), la c.d. *zona arancione* (art. 2, scenario di elevata gravità-livello di rischio alto) e la c.d. *zona gialla* (art. 1 - misure di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale), cui vanno applicate restrizioni e limitazioni più rigide laddove maggiore è la diffusione del virus correlata alla capacità assistenziale del sistema sanitario.

L'avvicinarsi del periodo natalizio caratterizzato da una elevata mobilità sia da e per i paesi esteri che tra una Regione all'altra del paese ha, poi, indotto, il Governo ad adottare dapprima il decreto legge 2 dicembre 2020 n. 158 e infine il decreto legge 18 dicembre 2020 n. 172.

Con il primo decreto legge è stato disposto che *«dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021 è vietato, nell'ambito del territorio nazionale, ogni spostamento in entrata e in uscita tra i territori di diverse regioni o provincia autonoma, e nelle giornate del 25 del 26 dicembre 2020 e del 1 gennaio 2021 è vietato altresì ogni spostamento tra comuni, salvi gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»*.

Le disposizioni contenute nel citato decreto (e nei d.d.l.l. n. 19/2020 e n. 33 /2020) sono state attuate con il D.P.C.M. del 3 dicembre 2020 il quale ribadisce il divieto di qualsiasi spostamento nella fascia oraria compresa tra le ore 22 e le ore 5 se non per motivi di lavoro, salute o necessità e la permanenza delle restrizioni legati al colore della zona interessata per quanto riguarda shopping e ristorazione.

Il decreto - chiarite le nozioni di residenza, domicilio e abitazione - definisce la possibilità di spostamento verso le seconde case o per dare assistenza a parenti non autosufficienti o per turismo all'interno del territorio nazionale, tenuto conto della validità delle distinzioni tra zone (rossa, arancione e gialla) e le diverse limitazioni ad esse collegate.

Quanto al citato decreto-legge n. 172, questo ha introdotto, a sua volta, misure ulteriori e più stringenti per il periodo delle festività natalizie con applicazione del regime della zona rossa (art. 3 D.P.C.M. 3 novembre 2020) a tutto il territorio nazionale per i giorni tradizionalmente più interessati da maggiori spostamenti (giorni festivi e prefestivi compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021) fissando il regime della cosiddetta zona arancione (art. 2 D.P.C.M. 3 novembre 2020) per i giorni 28, 29, 30 del 2020 e 4 gennaio 2021 e prevedendo, altresì, quanto a sostegni di carattere economico, un contributo a fondo perduto da destinare all'attività dei servizi di ristorazione maggiormente incisi dalle misure restrittive.

#### **4. Ordinanze regionali**

Come finora rilevato, la situazione emergenziale sta interessando l'intero territorio nazionale, sono molteplici i soggetti coinvolti a vario titolo nella gestione dell'emergenza sanitaria, e diversi sono i provvedimenti che hanno concorso a delineare la politica decisionale in condizioni di eccezionalità ed incertezza nel nostro Paese.

È stata evidenziata l'importanza del ruolo assunto a livello internazionale dall'Organizzazione mondiale della Sanità e, a livello nazionale, dal Governo, con l'adozione di decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio nonché di ordinanze dei singoli Ministri, assunti con il supporto e la consulenza di organismi tecnici.

Assumono, inoltre, particolare rilievo, a livello locale, le ordinanze dei governatori delle Regioni e quelle dei Sindaci.

Così come la gestione urgente di situazioni eccezionali non può essere rimessa all'ordinaria attività parlamentare, richiedendo al contrario interventi rapidi, mirati e concreti, ai Presidenti delle Regioni

e ai Sindaci è conferito il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, necessarie per l'adeguamento delle misure anti-virus alle particolari esigenze territoriali.

Ciò ha reso inevitabile il verificarsi, in alcuni casi, di uno **scontro istituzionale** tra Stato e Regioni e tra Regioni e Comuni, quali soggetti preposti al compimento di provvedimenti decisionali sulla cui legittimità il Giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi.

Una delle problematiche principali in materia di riparto di competenze attiene, nello specifico, all'esercizio delle funzioni amministrative che si esprimono a livello centrale nei D.P.C.M. e a livello regionale e locale nelle ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci.

Tenuto conto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza cui è ispirato l'esercizio delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost., viene in rilievo non solo l'esigenza che l'adozione della decisione amministrativa competa all'autorità pubblica più vicina alla specifica realtà locale, in ragione e a seconda del diverso grado di intensità e di diffusione del virus nelle singole Regioni o nei singoli Comuni, ma anche la necessità di garantire l'uniformità degli interventi emergenziali assunti su diversi livelli.

Come evidenziato più volte dalla Corte Costituzionale, l'applicazione del principio di sussidiarietà in chiave «stato centrico»<sup>44</sup> diviene strumento per la realizzazione dell'unità nazionale, seppur nel rispetto delle autonomie.

Dottrina<sup>45</sup> e giurisprudenza<sup>46</sup> ritengono prevalente garantire l'unitarietà della gestione di una emergenza – la quale coinvolge tutte le Regioni - non solo a garanzia del generale diritto alla salute ma anche e soprattutto in relazione a tematiche di ordine pubblico e a interventi per lo sviluppo economico, concludendo a favore di una generale riduzione delle competenze legislative regionali.

Si tende, infatti, a prediligere l'omogeneità delle misure da adottare, a meno che non sia strettamente

---

<sup>44</sup> Corte Costituzionale, sentenza 22 novembre 2016, n. 244 in materia di legislazione esclusiva (tutela dell'ambiente); sentenza 14 luglio 2006, n. 284, in materia di legislazione concorrente (tutela della salute e protezione civile).

<sup>45</sup> M. Olivetti, *Le misure di contenimento del Coronavirus tra Stato e Regioni*, il Quotidiano Giuridico, 10 aprile 2020; F. Severa, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in BioLaw Journal, fasc. 2, 28 marzo 2020, ISSN 2284-4503; Monaciluni A., *Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus*, Calamus iuris, 23 marzo 2020.

<sup>46</sup> Corte Cost. sentenza, 18 gennaio 2018, n. 5.

necessario procedere diversamente, in considerazione di particolari caratteristiche territoriali, organizzative e demografiche.

Risultano, a tal fine, pregnanti **il principio di uguaglianza**, che prescrive di trattare ugualmente situazioni analoghe e diversamente situazioni dissimili, e **il principio di leale collaborazione** il quale, a sua volta, impone l'intesa tra Stato, Regioni ed enti locali nell'esercizio delle rispettive funzioni amministrative.

L'esigenza di un continuo raccordo tra amministrazioni emerge chiaramente, in ambito sanitario, come già visto, dal tenore letterale dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 il quale affida il potere di *«emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni»* non solo al Ministro della salute, ma anche al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco sia pur *«con efficacia estesa rispettivamente alla Regione o a parte del suo territorio comprendente più Comuni e al territorio comunale»*.

Anche in materia di protezione civile, la necessità di unitarietà viene riaffermata laddove i Presidenti delle Regioni e i Sindaci, quali Autorità di protezione civile, devono agire *«secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (e), garantiscono l'unitarietà dell'ordinamento esercitando, in relazione ai rispettivi ambiti di governo, le funzioni di indirizzo politico in materia di protezione civile»* (art. 3, comma 1, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della protezione civile).

In tal senso, anche il Presidente del Consiglio, nell'individuare le politiche di protezione civile, deve operare *«per la promozione e il coordinamento delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni»* (art. 5 d.lgs. n. 1/2018).

La ripartizione delle competenze risultante dal Codice di Protezione civile, vede una netta predominanza statale nella gestione delle emergenze, predominanza dichiarata legittima dalla Consulta, in quanto riconducibile a *«una funzione temporanea, che si origina e si elide in ragione,*

*rispettivamente, dell'insorgere e del cessare della situazione di emergenza»; la Regione non resta assolutamente estranea, richiedendosi che «nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, essa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica»<sup>47</sup>.*

L'applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, in uno con il principio di eguaglianza, impone alle Regioni e ai Comuni di non inasprire o attenuare le misure statali stabilite dai D.P.C.M., sulla sola base dei diversi **pareri politici** dei propri vertici istituzionali.

Per quanto si sia in presenza di atti amministrativi connotati da ampi e legittimi margini di discrezionalità, il bilanciamento di interessi operato a livello regionale non potrà mai prevalere su quello effettuato a livello nazionale, a meno che la legge non lo consenta espressamente; Regioni e Comuni potranno discostarsi dall'indirizzo politico amministrativo definito a livello nazionale solo ove lo richiedano diverse condizioni territoriali, in virtù di una coesione istituzionale ispirata ai principi di eguaglianza e di leale collaborazione.

Di particolare interesse, in questo senso, la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. III/Quater, 2 ottobre 2020, n. 10048, recante annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione Lazio del 17 aprile 2020, n. Z00030, con la quale era stato imposto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale stagionale per tutte le persone al di sopra dei 65 anni di età (pena il divieto di frequentare luoghi di facile assembramento come centri sociali e case di riposo), nonché per tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale (pena il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro).

*Ratio* dell'intervento regionale era quella di favorire le c.d. "diagnosi differenziali", in modo da poter distinguere i sintomi dell'influenza stagionale (che non dovrebbero sorgere proprio per via della predetta vaccinazione obbligatoria) da quelli da Covid-19, con conseguente riduzione del carico e della tensione sulle strutture regionali sanitarie.

---

<sup>47</sup> Corte Cost., sentenza 21 gennaio 2016, n. 8.

Il Giudice amministrativo, tuttavia, accoglieva il primo motivo di ricorso, con il quale era stata eccepita l'incompetenza della Regione ad imporre un obbligo vaccinale, sul presupposto che la legislazione emergenziale Covid-19 autorizza le Regioni ad introdurre misure più restrittive rispetto a quelle stabilite dallo Stato, ma soltanto nei più specifici limiti stabiliti dal legislatore statale stesso (es. limitazione circolazione persone, chiusura strade, interventi su eventi e manifestazioni culturali, sportive e religiose, trasporti, servizi scolastici e presenza negli uffici pubblici, regolazione di attività commerciali, imprenditoriali e professionali): aree e materie tra cui, senza dubbio non è annoverabile la tematica delle vaccinazioni obbligatorie, con ciò esercitando una prerogativa riservata alla competenza esclusiva dello Stato già riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 5 del 2018).

Le valutazioni, al riguardo, sono riservate all'Amministrazione centrale potendosi verificare, altrimenti, che la decisione regionale dia luogo ad una alterazione, e quindi una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale di principio.

Il T.A.R. ha ritenuto che l'individuazione del «*punto di equilibrio*», quale frutto di una operazione di bilanciamento complessa ed articolata tra libertà del singolo e tutela della salute individuale e collettiva (operazione condotta anche sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili a quel momento), spetti allo Stato non potendo essere delegata alle Regioni né da queste ultime derogata sia *in melius*, sia in senso più restrittivo.

È stato osservato<sup>48</sup> che, nella maggior parte dei casi in cui le Regioni hanno introdotto dei regimi differenziati quanto a misure anti Covid, ciò non sia riconducibile alle peculiarità del contagio nei singoli territori, quanto piuttosto alla *volontà politica* di differenziarsi dal Governo sul contenuto dei provvedimenti, in violazione dei principi sanciti dall'art. 118 Cost. e di quello di leale collaborazione.

La regola generale per cui il livello minimo di tutela sia fissato sulla base delle valutazioni di rango

---

<sup>48</sup> Cestaro L., *Il diritto dell'emergenza e il potere di ordinanza conteso tra livello statale, regionale e comunale nell'oblio del principio di leale collaborazione*, Capitolo XXVI, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.); Betzu-P M. Ciarlo, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2, 22marzo 2020, ISSN 2284-4503; Cestaro L., *Poteri statali, regionali e comunali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*, in *Calamus iuris*, La penna del diritto, La rivista, [www.calamusiusuris.org](http://www.calamusiusuris.org), anno1, n. 5, aprile 2020.

statale, tuttavia, se rigidamente applicata, potrebbe risultare non del tutto coerente né con i principi di cui all'art.118 Cost., né tantomeno con quello di proporzionalità (a sua volta espressione del principio di eguaglianza); a situazioni diverse dovrebbero, infatti, corrispondere soluzioni diverse.

Contrariamente, il meccanismo di intesa attuato tra Stato e Regioni, per il tramite del Presidente della Conferenza delle Regioni e dei Presidenti delle Regioni interessate, rispetta e attua pienamente il principio di leale collaborazione.

Nel quadro normativo emergenziale, il potere di ordinanza delle Regioni è stato disciplinato dal **d.l. n. 6/2020**, il quale all'art. 3, comma 1, ha previsto che tale potere possa essere esercitato *«nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»*, e *«nei soli casi di necessità ed urgenza»*, e che, in ogni caso, le ordinanze regionali – espressione di uno spazio di autonomia in capo alle autorità locali - perdessero efficacia in caso di omessa comunicazione al Ministro della salute entro 24 ore dalla loro adozione.

Anche il **d.l. 25 marzo 2020, n. 19**, agli artt. 2 e 3, ha, da un lato, attribuito al Ministro della salute il potere di adottare ordinanze (*«nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute»* - art. 2) e dall'altro ha disposto che i Presidenti delle Regioni, oltre a poter emanare ordinanze *«nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»*, possano *«introdurre misure ulteriormente restrittive»* rispetto a quelle adottate con 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»* (art. 3, comma 1), nonché proporre l'adozione di nuovi D.P.C.M.; si prevede inoltre il divieto, per i Sindaci, di adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti contrastanti con le misure statali, o eccedenti i limiti fissati dal richiamato art. 3, comma 1.

Tuttavia, diversamente dal precedente, il decreto-legge in esame non fissa un termine di efficacia delle ordinanze emanate *«nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei*

*ministri*», le quali pertanto restano in vigore fino alla eventuale se non incerta adozione di futuri D.P.C.M.

Questa indeterminata parentesi di tempo ha visto negli ultimi mesi il susseguirsi caotico di provvedimenti regionali e sindacali non sempre rispondenti ai presupposti indicati dall'art. 3 del d.l. n. 19/2020, rilevandosi nella maggior parte dei casi, la insussistenza di reali «*situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario*», e per questo sospesi o annullati dal Giudice amministrativo, come si avrà modo di approfondire in seguito.

Con il **decreto-legge 16 maggio 2020 n. 33** le Regioni sono autorizzate ad adottare, nel quadro della disciplina statale, sempre nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., misure ampliative, restrittive e derogatorie, purché connesse all' «*andamento della situazione epidemiologica*» da accertare localmente secondo criteri stabiliti a livello centrale (decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020), e informando tempestivamente il Ministro della Salute.

Tra le **attività** espressamente contemplate nel decreto-legge, alcune sembrano essere **riservate alla competenza statale** quali: gli spostamenti tra Regioni (consentiti a partire dal 3 giugno e soggetti a ulteriori limitazioni solo con D.P.C.M.) e verso l'estero; le manifestazioni pubbliche (ammesse solo nel rispetto delle modalità stabilite con D.P.C.M.); le riunioni (da svolgersi nel rispetto della distanza interpersonale di almeno 1 m e secondo le modalità attuative specificate nel D.P.C.M.); le cerimonie religiose (da svolgersi secondo i protocolli sottoscritti dal Governo con le diverse confessioni religiose nel rispetto delle loro modalità attuative determinate dal D.P.C.M.); le attività didattiche e formative.

Per altre attività, invece, è prevista la **possibilità di integrazione da parte delle ordinanze regionali**: con riferimento alla efficacia delle misure limitative della circolazione all'interno della Regione, per esempio, si prevede la possibilità di reiterare tali misure, mantenendo l'operatività delle restrizioni previste dal D.P.C.M.

Ma è soprattutto nella disciplina delle attività economiche, produttive e sociali che si registra un maggiore e più ampio coinvolgimento delle Regioni, prevedendo che tali attività debbano svolgersi

secondo protocolli e linee guida definiti a livello regionale (o indicati dalla Conferenza delle Regioni) nel rispetto dei principi fissati dagli omologhi atti nazionali: i protocolli e linee guida statali assumono una competenza residuale e cedevole poiché troveranno applicazione nel caso in cui le Regioni non ne emanino di propri.

La previsione di ulteriori limitazioni ad opera delle ordinanze regionali (sia pur «*nelle more dell'adozione di successivi D.P.C.M.*») si accompagna all'obbligo per le Regioni di monitorare con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e di testare, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale.

In conclusione, confrontando il testo dei decreti-legge in esame, emerge che le più recenti disposizioni legislative ampliano notevolmente i poteri regionali specialmente per quanto riguarda la regolamentazione delle attività economiche, produttive e sociali, potendo le Regioni disciplinarle con propri protocolli e linee guida (pur nel rispetto dei principi stabiliti da analoghi atti statali), oltre che adottare tanto misure ampliative quanto restrittive, sempre nelle more dell'adozione di nuovi D.P.C.M.

Risulta, altresì, ulteriormente definita la sfera del coinvolgimento regionale.

Nello specifico, le Regioni possono: 1) stabilire una data diversa dal 15 giugno 2020 per l'accesso dei bambini e dei ragazzi alle aree destinate ad attività ludiche o ricreative (art. 1 lett. c); 2) prevedere una data diversa dal 25 maggio 2020 per l'apertura delle palestre, delle piscine e di circoli sportivi e regolarne l'attività mediante propri indirizzi operativi (art. 1 lett. f); 3) stabilire una data diversa dal 14 giugno per la ripresa delle attività di teatri, sale da concerto e cinema (art. 1 lett. m); 4) adottare protocolli o linee guida per garantire la sicura fruizione dei musei e degli altri istituti culturali (art. 1 lett. p); 5) introdurre deroghe all'apertura generalizzata (previo accertamento di compatibilità dell'apertura con la specifica situazione epidemiologica); 6) adottare, in generale, protocolli e linee guida per prevenire il rischio del contagio (art. 1, lett. ee), gg), mm).

Dunque, dall'esame della normativa emergenziale emerge come inizialmente il legislatore statale abbia inteso limitare i poteri regionali, anche oltre quanto consentirebbe la pura applicazione del

principio di sussidiarietà (arginando l'adozione di misure di maggiore apertura rispetto a quelle nazionali), e come, via via, le Regioni abbiano esercitato ampiamente il proprio potere di ordinanza interinale, introducendo regimi distinti da quello nazionale sulla base non solo di diverse situazioni di fatto dei propri territori, ma anche sulla base di **diverse opinioni politiche**.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla disposizione contenuta nel D.P.C.M. del 10 aprile 2020 che consentiva l'attività motoria in prossimità della propria abitazione purché nel rispetto della distanza di almeno 1 metro da ogni altra persona.

Ebbene, al riguardo, la Regione Sicilia, con ordinanza «a integrazione» del D.P.C.M., adottata in data 11 aprile 2020, vietava ogni attività motoria all'aperto; anche la Campania, con ordinanza del 12 aprile 2020, confermava la propria precedente ordinanza n. 23 del 25 marzo che vietava ogni attività motoria all'aperto; l'Emilia-Romagna con decreto presidenziale n. 61 del 10 aprile 2020, vietava ogni spostamento a piedi non motivato da ragioni di necessità (lavoro, salute), mentre la Regione Toscana fissava la misura minima del distanziamento sociale, applicabile anche all'attività motoria, in 1,8 metri.

In questo periodo di particolare emergenza, il Governo ha esercitato il potere straordinario di annullare gli atti dei Comuni riconosciutogli dall'art.138 del d.lgs. n. 267/2000.

L'annullamento in questione, non esercitabile nei confronti degli atti delle Regioni<sup>49</sup>, ha natura di atto di alta amministrazione ed è uno strumento straordinario per eliminare dal mondo giuridico atti che, non semplicemente illegittimi, realizzino *«una lesione concreta e attuale all'unitarietà dell'ordinamento nazionale»*.

Il Governo ha fatto ricorso a tale strumento in relazione all'ordinanza del Sindaco del Comune di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, con cui è stato imposto a tutti coloro che intendessero recarsi in Sicilia attraverso il porto di Messina di registrarsi sul sito del Comune e di attendere il nulla osta da rilasciarsi da parte dello stesso ente locale.

---

<sup>49</sup> Corte Cost., 21 aprile 1989, n. 229.

Tale ordinanza è stata annullata con decreto del Presidente della Repubblica del 9 aprile 2020 sulla base dello specifico parere espresso sul punto dal Consiglio di Stato<sup>50</sup>, nel quale vengono formulate rilevanti considerazioni di ordine generale sul riparto di competenze, in questa fase emergenziale, riferibili anche alle Regioni.

Il Consiglio di Stato, nel richiamare le attribuzioni statali esclusive in materia di ordine e sicurezza nonché di profilassi internazionale (art. 117, lett. q, Cost.), ha riaffermato la necessità, ascrivibile ai principi di cui all'articolo 118 Cost., che vi sia *«una gestione unitaria della crisi per evitare interventi regionali o locali che possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi, ma anche di limitare le libertà costituzionali»*.

È stata stigmatizzata l'impossibilità per le Regioni e le autonomie locali di incidere sulla disciplina di attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale ed è stata rammentata la necessità che le misure ulteriormente restrittive siano adottate nelle more dell'adozione dei D.P.C.M. solo in relazione a *«specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso che sole avrebbero potuto legittimare l'adozione»*.

L'esigenza di dare unitarietà alla gestione dell'emergenza comporta che eventuali diversificazioni debbano essere considerate legittime solo se giustificate da specifiche situazioni locali non soltanto enunciate, ma debitamente dimostrate.

La necessità di un coordinamento e di una definizione delle competenze amministrative investe, soprattutto, l'ambito sanitario interessato, ora, da situazioni di emergenza; la *«tutela della salute»*,

---

<sup>50</sup> Cons. Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735: *«la giurisprudenza è pacifica nell'ammettere la perdurante vigenza, con riguardo agli enti locali, delle norme ora richiamate, pur dopo la riforma del titolo V della Costituzione introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001, in quanto compatibile con le prerogative riconosciute agli enti locali dal nuovo Titolo V, se applicate nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato (si vedano, tra gli altri, i pareri di questa Sezione n. 1588 del 2010, n. 1675 del 2009, n. 1796 del 2008, n. 1707 del 2007, n. 1481 del 2006, n. 9771 del 2005, n. 1313 del 2003).*

*Tale orientamento merita in questa sede di essere senz'altro confermato, con l'ulteriore considerazione che la perdurante attualità e rilevanza di tale istituto, in un quadro di razionale equilibrio tra i poteri dello Stato e tra questi e le autonomie territoriali, è resa particolarmente evidente a fronte di fenomeni di dimensione globale quali l'attuale emergenza sanitaria da pandemia che affligge il Paese, dinanzi ai quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, pur nel pluralismo autonomistico che caratterizza la Repubblica, costituisce la precondizione dell'ordine e della razionalità del sistema, in relazione ai fondamentali principi di solidarietà e di uguaglianza, formale e sostanziale, che ne rappresentano le basi fondative generali»*.

contemplata dall'art. 117 Cost., rientra tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni, materie nelle quali la legge dello Stato può sempre definire i principi fondamentali della disciplina, riservandosi all'Amministrazione centrale il compito di preservare il raggiungimento dei livelli essenziali delle prestazioni sull'intero territorio nazionale (artt. 117, comma 2, lett. m), e 120, comma 2, Cost.).

L'attività amministrativa in questo campo presenta una intrinseca complessità soprattutto in momenti di crisi, come quello dato dall'emergenza epidemiologica in atto, in quanto si trova a dover coniugare le fondamentali esigenze di erogare le prestazioni richieste dal fabbisogno sanitario e quelle di gestire una emergenza sanitaria senza eguali anche sotto il profilo dell'impiego di ingenti risorse finanziarie. Può la situazione di incertezza scientifica giustificare deroghe alle ordinarie norme di attribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo?

Di particolare interesse, in questo senso, la già citata sentenza della Corte Costituzionale<sup>51</sup>, in cui si ribadisce la necessità che, in situazioni di incertezza, le stime e gli apprezzamenti effettuati dalle pubbliche amministrazioni (centrali e locali) siano fondate su comprovate conoscenze scientifiche, messe a disposizione dagli organismi tecnici competenti nel corso di una adeguata e completa fase istruttoria precedente la decisione.

La Corte, nel caso di specie, conclude che *«spettano allo Stato le determinazioni che rispondono a esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale»*, e che eventuali regimi differenziati di tutela sono illegittimi ove siano stati arbitrariamente disposti (cioè in assenza di un'adeguata istruttoria preliminare); in linea di principio le Regioni sono autorizzate a decidere le proprie misure cautelative ove dimostrino l'esistenza di elementi tali da giustificare una diversificazione dei livelli precauzionali (o valori soglia) fissati a livello statale.

Sembra dunque che la ripartizione delle attribuzioni Stato-Regioni resti inalterata; le competenze dello Stato non sono derogate o devolute, per ragioni di incertezza tecnico-scientifica, alle Regioni,

---

<sup>51</sup> Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282.

le quali potranno adottare misure diverse o fissare autonomamente livelli di rischio purché questi siano ragionevoli, in quanto connessi alle singole realtà locali, oltre che rispondenti alla prioritaria esigenza di tutelare tempestivamente beni costituzionalmente protetti, quali la salute pubblica e/o l'ambiente (*«Le pubbliche amministrazioni hanno i requisiti di indipendenza e democraticità necessari per svolgere il compito di verificare e di controllare che gli standards fissati a livello statale o superstatale vengano rispettati»<sup>52</sup>; «Se il diritto parte dalle cose, alle cose esso ritorna [...], ciò significa che i legami tra i due mondi devono restare garantiti e che garantita deve essere la comunicazione tra cose naturali e cose giuridiche»<sup>53</sup>).*

---

<sup>52</sup> De Leonardis F. *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>53</sup> Tallacchini M.C. *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in *Ambiente e diritto*, 1999.

## CAPITOLO III

### LA TUTELA GIURISDIZIONALE IN STATO DI EMERGENZA

#### 1. Diritti fondamentali e giurisdizione del Giudice amministrativo

Al fine di meglio inquadrare la problematica della discrezionalità politico-amministrativa e della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni pubbliche emergenziali, occorre svolgere alcune considerazioni preliminari in ordine alla giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di *diritti fondamentali*.

I diritti fondamentali sono ampiamente riconosciuti sul piano europeo dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana (diritto alla vita, all'integrità della persona, alla proibizione della tortura e della schiavitù), di libertà (in tutte le sue espressioni, dal rispetto alla vita privata alla protezione dei dati personali, dalla libertà di pensiero, d'informazione e di riunione al diritto all'istruzione, dalla libertà di impresa al diritto di proprietà, dal diritto di asilo alla protezione in caso di allontanamento o di espulsione), di uguaglianza e non discriminazione (per ragioni di razza, religione, disabilità, sesso, con la solenne affermazione di assoluta parità tra uomini e donne in tutti i settori della vita e del lavoro), di solidarietà (tra cui spiccano i diritti che devono essere riconosciuti ai lavoratori in tutte le fasi del rapporto di lavoro ed inoltre a tutti i cittadini nella sicurezza sociale e nella protezione della salute e nella tutela dell'ambiente), di cittadinanza (diritto ad una buona amministrazione e diritto di accesso), di giustizia (diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, presunzione di innocenza e diritto di difesa, principio di legalità e di proporzionalità, diritto a non essere giudicato o sanzionato due volte per lo stesso reato) e si basa sui principi di democrazia e dello Stato di diritto.

Fino a un recente passato, nel nostro sistema di tutela giurisdizionale gli unici giudici ai quali si riconosceva la cognizione dei diritti fondamentali erano quelli ordinari (e costituzionali).

I diritti fondamentali erano configurati come diritti soggettivi assoluti (rientranti nell'ambito dei diritti c.d. inviolabili), *impermeabili* all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione e quindi

sottratti alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

Il punto più alto di tale impostazione si rinviene nella sentenza della Corte di Cassazione 9 marzo 1979, n. 1436 in materia di localizzazioni di centrali nucleari, con la quale si statuì che vi erano dei diritti soggettivi assoluti (nello specifico caso, il diritto alla salute), non suscettibili di essere compressi e affievoliti dal potere dell'Autorità pubblica.

Successivamente, tuttavia, nella consapevolezza che il Giudice amministrativo potesse offrire adeguate forme di tutela (analoghe a quelle del giudice civile), si iniziò ad affermare che i diritti fondamentali a contatto con il potere pubblico, in talune circostanze, si comprimevano degradando a interesse legittimo, con conseguente attribuzione della materia alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>54</sup>.

Il punto di svolta si attua nel 2007, con la sentenza della Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, la quale ha messo in luce come l'esercizio della funzione amministrativa spesso coinvolga direttamente uno o più diritti fondamentali e che la salvaguardia degli stessi debba ritenersi prevalente rispetto a qualsivoglia intervento autoritativo da parte delle Amministrazioni.

Il Giudice delle leggi ha riconosciuto, per la prima volta, in maniera esplicita e formale, la giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di diritti fondamentali, *«non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. ... Legittimamente, pertanto, possono essere riconosciuti esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico*

---

<sup>54</sup> I momenti fondamentali di tale mutamento sono da individuare nella storica sentenza della Cassazione, SS.UU., n. 500 del 1999 che riconosce la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo (individuando però nel giudice ordinario il giudice dotato di giurisdizione sulle relative domande); nella legge n. 205 del 2000, che invece attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande concernenti il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo; nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, che affermano, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, che il giudice amministrativo è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

*da parte della pubblica amministrazione».*

È stata così recepita, come è stato osservato, la pregnante e urgente necessità di assicurare ai diritti fondamentali una *«tutela giurisdizionale multilivello piena ed effettiva»*<sup>55</sup>.

L'elaborazione giurisprudenziale sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di diritti fondamentali trova il suo sbocco normativo nel 2010, con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante approvazione del codice del processo amministrativo.

L'art. 55, comma 2, c.p.a., nel prevedere che la concessione o il diniego della misura cautelare non possa essere subordinata a cauzione *«quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale»*, evidentemente presuppone l'esistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in tale materia.

Inoltre, l'art. 133, lett. p), c.p.a., stabilisce espressamente che rientrano nelle materie di *giurisdizione esclusiva «le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati»*.

Il legislatore dunque ha definitivamente riconosciuto e codificato la possibilità che il Giudice amministrativo possa avere giurisdizione su tale categoria di diritti.

Nella fase storica attuale (come la recente esperienza derivante dall'attuazione delle decisioni pubbliche emergenziali ha confermato), è inimmaginabile un esercizio dei poteri amministrativi che non si imbatta, direttamente o indirettamente - a volte entrando in rotta di collisione - con uno di tali diritti.

---

<sup>55</sup> Nocelli M. *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, 20 gennaio 2018.

Di conseguenza, è intuibile il *ruolo centrale* assunto dal Giudice amministrativo, quale Giudice naturale della funzione pubblica, nelle dinamiche concernenti la risoluzione dei conflitti tra il pubblico potere e i diritti fondamentali dei cittadini.

In conclusione, il Giudice amministrativo, sia nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva, sia nell'ambito dell'ordinaria giurisdizione generale di legittimità, allorché l'esercizio del potere pubblico si imbatta in uno o più diritti fondamentali, può conoscere e sindacare l'esercizio del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, verificando che l'esercizio di tale potere non comprometta la tutela di tali diritti, *«secondo la tecnica del bilanciamento, in virtù di una «gerarchia mobile dei valori», alla luce della quale ciò che conta è la libertà dell'individuo non come monade, ma nella società in cui vive e pertanto in un contesto di solidarietà e di uguaglianza»*.<sup>56</sup>

*«La giurisprudenza amministrativa è continuamente, quotidianamente, chiamata a sindacare la ragionevolezza di quei provvedimenti amministrativi che, nella difficile ponderazione di interessi in gioco, realizzano in concreto, da un lato, questo bilanciamento dei valori costituzionali e, dall'altro, la selezione tra le diverse esigenze rappresentate dai vari protagonisti e, talvolta, antagonisti dell'ordinamento»*<sup>57</sup>.

Anche la Suprema Corte ha infine affermato che la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ricomprende anche la tutela dei diritti e, di conseguenza, anche dei diritti cd. fondamentali tutelati dalla Costituzione, pur se la relativa lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, che sia però espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti autoritativi della P.A.<sup>58</sup>

I diritti fondamentali – tra cui il diritto alla salute, che peraltro è l'unico tra i diritti inviolabili ad

---

<sup>56</sup> Cass., sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18297; Cass. civ., sez I, 1 agosto 2013, n. 18443: «nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di “gerarchia mobile”, dovendo il giudice procedere di volta in volta, e in considerazione dello specifico *thema decidendum*, all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificare o ridurre il valore contenutistico»; Caianiello V., *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, 1989, 577 ss. Sull'inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto assoluto, nel senso di «senza limiti», v. parere Cons. St. 26 settembre 2017, n. 1614. In tema di vaccinazione obbligatoria, laddove si ribadisce che la salute non è solo oggetto di un diritto fondamentale, ma anche di un interesse collettivo e che in tale prospettiva essa ha anche un fondamento solidaristico. In questo senso Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268.

<sup>57</sup> Nocelli M., cit.

<sup>58</sup> Cass. Civ., SS.UU., 5 marzo 2010, n. 5290.

essere espressamente definito *fondamentale* dall'art. 32 Cost. - possono essere incisi da limitazioni o restrizioni che, tuttavia, non possono in alcun modo pregiudicarne il nucleo irriducibile.

### **1.1. Sindacabilità delle decisioni emergenziali**

È interessante dunque osservare che, nella gestione amministrativa dell'emergenza epidemiologica in corso, la **valutazione della proporzionalità della misura adottata assume estrema rilevanza, in quanto tale valutazione**, rimessa alla **discrezionalità** delle autorità competenti, è finalizzata ad assicurare un **bene pubblico** e cioè a fornire una adeguata tutela alla *salus rei publicae* nel rispetto di altri beni e interessi tutelati dall'ordinamento.

Se quindi l'Autorità amministrativa esercita il proprio potere nei limiti determinati dal dovere di perseguire il fine pubblico (limite interno) e in quelli posti dalla norma di conferimento del potere e dai principi generali dell'azione amministrativa (art. 1 L. n. 241/1990 - limiti esterni), può, tuttavia, ritenersi che l'attività amministrativa «eccezionale», come quella in esame, sia suscettibile di assumere una stretta **connotazione politica** come espressione di un potere non interamente vincolato, dunque in parte libero.

Le Autorità amministrative competenti sono libere di compiere le scelte ritenute più adeguate ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico primario (la tutela della salute pubblica), richiedendosi a tal fine valutazioni comparative confluenti in un necessario connubio tra scienza e politica ove l'alto grado di contingenza e imprevedibilità richiede un ampio spazio di adattabilità delle misure disposte. Come è stato autorevolmente affermato<sup>59</sup>, *«La scienza si propone di conoscere, la politica di scegliere; la politica è per definizione libera di darsi i suoi fini e tutti i cittadini sono liberi di associarsi per determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Cosa può tenere insieme scienza tecnica e politica nella libertà? La cultura. Cultura e coltura hanno la medesima radice; la cultura bonifica la società perché non cada in mano ad apprendisti stregoni così come la coltura bonifica i*

---

<sup>59</sup> Zagrebelsky G. *Perché scienza e politica devono essere libere*, La Repubblica, 14 novembre 2020.

*terreni per impedirne l'invasione delle erbacce».*

Se è senza dubbio arduo sostenere la generale sindacabilità da parte dell'Autorità giudiziaria delle scelte che hanno definito la politica di governo nella gestione di una emergenza sanitaria, d'altra parte ci si chiede se tali scelte possano essere sindacate ove risultino concretamente lesive di interessi diretti e attuali o addirittura di diritti dei singoli individui.

I decreti legge, rientrando nel novero degli atti legislativi, sono sindacabili innanzi alla Corte Costituzionale quando presentino profili di illegittimità costituzionale (in via incidentale, quando la questione sia rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti in sede di un giudizio ordinario e ritenuta dal giudice rilevante e non manifestamente infondata; in via principale, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato o tra lo Stato e le Regioni).

I D.P.C.M., in quanto estrinsecazione di una potestà pubblica amministrativa (non politica), sono invece soggetti alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo e sono sottoposti alle regole impugnatorie ordinarie proprie del processo amministrativo, nel senso che possono essere impugnati autonomamente (*ex se*<sup>60</sup>) laddove contengano disposizioni immediatamente e concretamente lesive delle situazioni giuridiche soggettive di soggetti pubblici o privati, mentre, laddove contengano prescrizioni a carattere generale e quindi necessitino dell'emanazione di un atto applicativo, sono impugnabili - quali atti presupposti - in sede di impugnazione dell'atto applicativo ritenuto concretamente lesivo.

Anche se emanato da un organo politico (Presidenza del Consiglio dei Ministri), il D.P.C.M. ha contenuto amministrativo e, dunque, non è un atto emanato nell'esercizio della funzione politica del Governo.

Non è un atto politico, perché quest'ultimo è un atto «libero nei fini», mentre il D.P.C.M., pur espressione dell'esercizio di un potere più o meno ampiamente discrezionale della Pubblica Amministrazione, postula l'assunzione, nei limiti della legge, di valutazioni e apprezzamenti di

---

<sup>60</sup> Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, tredicesima edizione. Jovene Editore, Napoli, 1982.

opportunità o inopportunità (anche sulla base di valutazioni di ordine tecnico-scientifico), che devono essere improntati ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, coerenza con il fine pubblico imposto dalla norma attributiva del potere.

Il difetto di istruttoria e di motivazione, l'illogicità, la contraddittorietà della decisione amministrativa, la disparità di trattamento, l'incoerenza, l'ingiustizia grave e manifesta, il mancato rispetto del criterio di ragionevolezza, quale espressione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), sono figure sintomatiche del vizio di legittimità dell'**eccesso di potere** dell'atto amministrativo, sindacabile dinnanzi al Giudice amministrativo al pari del vizio di **violazione di legge**, configurabile laddove l'atto in concreto emanato si sia discostato dai limiti imposti direttamente dalla fonte di rango primario che ne abbia previsto il relativo potere.

Il vizio di violazione di legge è peraltro riscontrabile anche nelle ipotesi in cui l'atto adottato non abbia osservato i principi di *buon andamento* e di *imparzialità* della P.A. (principi generali dell'ordinamento che trovano espresso riconoscimento nella norma di cui all'art. 97 Cost.), nonché i principi di *adeguatezza* e di *proporzionalità* delle misure disposte (richiamati specificamente dai decreti legge n. 19/2020 e n. 33/2020, in piena sintonia con la previsione contenuta nell'art. 118, comma 1, Cost., circa il riparto delle funzioni amministrative in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e *adeguatezza*).

Il Giudice amministrativo ha, dunque, il potere di sindacare la **legittimità** degli atti amministrativi, verificandone la conformità ai corrispondenti modelli legali e quindi la loro coerenza e ragionevolezza, il loro essere o meno espressione di un «*cattivo esercizio del potere*»<sup>61</sup>.

## **1.2. La sentenza del T.A.R Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841**

La prima decisione del Giudice amministrativo sulla legittimità delle ordinanze regionali emergenziali, si è avuta con la sentenza del T.A.R Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, con la

---

<sup>61</sup> Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Mulino Editore, Bologna, 2019.

quale è stato accolto il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri contro la Regione Calabria avverso l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37 (emanata ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833), in relazione al suo punto 6, nel quale era stato disposto che, a partire dalla data di adozione dell'ordinanza medesima, sul territorio della Regione Calabria, è «*consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*» (in contrasto con la normativa statale di cui al D.P.C.M. del 26 aprile 2020, che aveva disposto la sospensione delle attività dei servizi di ristorazione, escludendo quindi la ristorazione con servizio al tavolo).

La sentenza è di particolare interesse perché viene per la prima volta affrontata da un organo giurisdizionale la tematica della compatibilità con la Costituzione dell'impianto normativo (D.P.C.M. – ordinanze di autorità amministrative centrali e periferiche) delineato dai decreti legge dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, in relazione alla compressione o limitazione dei diritti fondamentali per atto amministrativo, in violazione delle riserve di legge all'uopo poste dalle norme costituzionali.

Inoltre, in quanto introduce nell'argomento il principio di precauzione.

Procedendo con ordine, si deve rilevare che il Collegio ha preliminarmente risolto, in senso positivo, la questione della giurisdizione, in considerazione della natura del provvedimento impugnato (di ordinanza contingibile e urgente in materia di igiene e sanità, nel quadro della disciplina dettata dall'art. 32 l. n. 833 del 1978) e del potere amministrativo in concreto esercitato («*sul quale il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica, cioè il giudice amministrativo*»), escludendo che nella specie fosse configurabile una controversia di carattere costituzionale (inerente cioè un conflitto di attribuzione Stato-Regione).

A tale riguardo, ha richiamato la giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui non basta che nella materia in questione vengano in gioco competenze e attribuzioni previste dalla Costituzione, perché la controversia assuma un tono costituzionale.

La natura costituzionale delle competenze, infatti, così come il potere discrezionale che ne connota i

relativi atti di esercizio, non esclude la sindacabilità nelle ordinarie sedi giurisdizionali degli stessi atti, quando essi trovano un limite *«nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo»*<sup>62</sup>.

Ha inoltre riconosciuto la legittimazione ad agire della Presidenza del consiglio dei ministri, la quale *«costituisce il fulcro del necessario coordinamento dell'attività amministrativa posta in essere dallo Stato e dalle Autonomie di cui la Repubblica si compone, cosicché è logica conseguenza ritenere che ad essa sia assegnato dall'ordinamento anche il potere di agire giudizialmente, in alternativa all'esercizio delle funzioni di controllo e sostitutive previsti dalla Costituzione, laddove l'esercizio dei poteri amministrativi avvenga in maniera disarmonica o addirittura antitetica»*.

Ha quindi ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale del decreto legge n. 19 del 2020 (sulla cui base era stato emanato il D.P.C.M. 26 aprile 2020) rispetto all'art. 41 Cost. (riguardante la libertà di iniziativa economica privata), osservando che tale norma costituzionale non prevede alcuna riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica, *«sicché tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa»* (soprattutto *«nell'attuale situazione di emergenza sanitaria»*).

Tuttavia, il T.A.R. è andato anche oltre lo specifico ambito della controversia sottoposta alla sua cognizione (limitato alle attività di somministrazione al pubblico di cibi e bevande) ed ha affermato che, in generale (richiamando la sentenza della Corte costituzionale 1 ottobre 2003, n. 303), il potere dell'Autorità centrale nell'attuale contesto pandemico deriva direttamente dall'applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Costituzione (in base al quale deve ritenersi giustificata e consentita, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, che l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario).

Nel merito, dopo avere rilevato che il D.P.C.M. 26 aprile 2020, non è un atto a carattere normativo,

---

<sup>62</sup> Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81; Corte cost. 29 ottobre 2019, n. 224.

bensì un atto amministrativo generale, ha ritenuto sussistente il vizio di violazione di legge per contrasto dell'ordinanza impugnata con i limiti posti all'esercizio del potere regionale dall'art. 3 del d. l. n. 19/2020, ed ha censurato il provvedimento regionale per inadeguatezza della motivazione (escludendo, nel contempo, che sia compito del giudice amministrativo «*stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi*»).

L'adozione di misure ampliative in presenza di un modesto valore di propagazione del virus nella Regione Calabria risulta, in ogni caso, illegittima laddove non tiene conto di altri elementi «*quali l'efficienza e la capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate*».

È stata affermata, nel caso di specie, la violazione del **principio di precauzione** «*per cui ogni qualvolta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa*», l'attività amministrativa deve orientarsi «*a una prevenzione anticipata dei rischi medesimi rispetto a quanto sarebbe richiesto dalle conoscenze scientifiche del momento*».

Il T.A.R. Calabria ha evidenziato l'importanza della motivazione nelle ordinanze regionali in materia sanitaria in quanto il provvedimento deve dar conto di tutti gli elementi idonei a differenziare la situazione locale rispetto a quella nazionale e deve rispettare, nel procedimento che porta alla sua emanazione, il **principio di leale collaborazione con i poteri statuali**.

L'ordinanza regionale, viceversa, è stata emanata senza alcuna «*forma di intesa, di consultazione o anche solo di informazione nei confronti del Governo*», circostanza che rappresenta un «*elemento sintomatico*» dell'ulteriore vizio dell'atto di **eccesso di potere**.

Altro caso che merita di essere segnalato (che peraltro non è sfociato in una pronuncia giurisdizionale) è quello dell'annullamento prefettizio dell'ordinanza del 23 febbraio 2020 con cui i sindaci di alcuni comuni dell'isola d'Ischia avevano vietato fino al 9 marzo 2020 lo sbarco di cittadini provenienti dalla Cina e dalle Regioni maggiormente colpite (Lombardia e Veneto), sul presupposto motivazionale «*della presenza di un'unica struttura ospedaliera che serve l'intera isola e che non*

*potrebbe essere in alcun caso sostituita da altro presidio nemmeno temporaneo in caso di necessità».*

Il Prefetto di Napoli, con propria ordinanza, ha annullato l'ordinanza sindacale poiché «*sproporzionata ultronea e ingiustificatamente restrittiva nei confronti di una vasta fascia della popolazione nazionale*», oltre che «*non in linea con le misure sinora adottate dal governo*», affermando inoltre che l'ordinanza era stata adottata in difetto di potere, poiché emessa lo stesso giorno (23 febbraio 2020) e quindi prima dell'effettiva entrata in vigore del D.P.C.M. del 23 febbraio 2020 n. 6.

Al riguardo, è stato tuttavia osservato<sup>63</sup> che l'ordinanza prefettizia non ha tenuto probabilmente conto del fatto che l'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 6/2020 «*faceva salvi*» i poteri già consolidati in capo agli enti locali di emanare le ordinanze di necessità ed urgenza sanitarie (cd. ordinanze libere, di cui all'art. 32 L. n. 833/1978, all'art. 117 d.lgs. n. 122/1998 e all'art. 50 del T.U.E.L.) e che, pertanto, il potere esercitato dal Comune non era del tutto privo di fondamento legislativo.

Inoltre, l'ordinanza prefettizia si presentava scarsamente persuasiva quanto a motivazione dato che le misure precauzionali adottate dai sindaci dell'isola ben potevano ritenersi giustificate dalla proporzionalità alla peculiare situazione locale rappresentata dall'esistenza di un'unica struttura ospedaliera e dal rilevante flusso turistico proveniente dalle zone più colpite dal virus.

### **1.3. La sentenza del TAR Piemonte, Sez. I, 12 dicembre 2020, n. 834**

Altro principio che assume particolare rilievo è il **principio di precauzione**, di matrice europea.

Tale principio implica che le decisioni per la gestione dei rischi, proprio come nel caso dei provvedimenti dell'emergenza sanitaria da Covid-19, debbano trovare fondamento, e quindi non possano prescindere, da valutazioni e dati tecnico - scientifici.

Come evidenziato dal T.A.R. Piemonte, Sez. I, con la sentenza 12 dicembre 2020, n. 834, il principio di precauzione trova la sua iniziale formulazione normativa in materia di protezione ambientale,

---

<sup>63</sup> Cestaro L. op. cit.

dapprima in dichiarazioni internazionali non vincolanti (Dichiarazione di Rio, adottata a seguito della Conferenza sull'ambiente e sullo sviluppo delle Nazioni Unite, principio n. 15, «*In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire un motivo per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale*»), e successivamente nell'art. 191, comma 2, del TFUE («*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela [...] essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva*»).

Tale principio trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento con l'art. 301 del Codice dell'ambiente laddove lo stesso dispone: «*1. In applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. 2. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*».

Accanto a concetti e nozioni di «prevedibilità ed evitabilità degli eventi dannosi» di estrazione civilistica e penalistica, quello riferibile alla «precauzione» attiene al diverso ambito della gestione dei rischi – e quindi del verificarsi di potenziali danni - il cui determinismo eziologico sia ancora ignoto o incerto.

La precauzione si presenta, quindi, come un criterio - definito dalla giurisprudenza come «*criterio di politica del diritto*» (in tal senso, T.A.R. Piemonte n. 834/2020 cit.) - di cui sia il legislatore, che l'amministratore devono tener conto qualora si trovino ad assumere decisioni finalizzate ad anticipare misure di tutela nei settori dove il rischio sia ritenuto di maggior impatto e non sopportabile.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha osservato: «*il c.d. principio di precauzione*», di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), «*impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi; l'attuazione del principio di precauzione*

*comporta dunque 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* (Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655).

Il principio di precauzione si realizza quando la valutazione/decisione amministrativa non può, a pena di illegittimità della decisione finale, prescindere dalla conoscenza scientifica.

Con la richiamata sentenza del T.A.R. Piemonte del 12 dicembre 2020, n. 834, è stato respinto, in quanto ritenuto infondato nel merito, in applicazione del principio di precauzione, il ricorso di alcuni genitori di alunni del secondo e terzo anno delle scuole medie, i quali avevano chiesto l'annullamento del Decreto n. 132 del 28 novembre 2020 del Presidente della Regione Piemonte emanato ai sensi dell'art. 32, comma 3 della legge 21 dicembre 1978, n. 833 (con il quale era stata sospesa temporaneamente, per il mese di dicembre, l'attività didattica in presenza e sostituita dalla didattica digitale a distanza, sul presupposto dell'esistenza di un maggiore rischio nei periodi prefestivi in termini di aumento dei contagi).

Secondo i ricorrenti, la Regione avrebbe fatto un cattivo uso del proprio potere in materia e avrebbe - oltrepassando i limiti della propria discrezionalità - mal bilanciato i contrapposti interessi di rango costituzionale e cioè il diritto alla salute presidiato dall'art. 32 Cost. e il diritto all'istruzione di cui all'art. 34 Cost.; l'Amministrazione non avrebbe logicamente e sufficientemente motivato la propria scelta facendo riferimento, soltanto, a dati e pareri circa la correlazione certa tra l'introduzione della didattica a distanza e il contenimento dei contagi.

Il Giudice amministrativo ha, viceversa, ritenuto che l'applicazione di una misura più restrittiva rispetto al diverso regime più favorevole dettato dall'Autorità di governo centrale fosse stato ampiamente motivato dalla Regione con riferimento al grave andamento della situazione epidemiologica nel territorio piemontese (*«un indicatore Rt puntuale pari a 0,89 con classificazione complessiva di rischio moderata con probabilità alta di progressione a rischio alto»*), comprovato sulla base di obiettive rilevazioni scientifiche da parte degli appositi organismi sanitari.

La Regione – ad avviso del Collegio – ha quindi legittimamente esercitato un potere che l'ordinamento le attribuisce in via generale in materia di igiene e sanità pubblica (quello di ordinanza ex art. 32 legge n. 833/1978) e lo ha fatto in conformità agli spazi di derogabilità ammessi dalle fonti statali per le misure contenitive di maggior rigore (art. 1, comma 16, D.L. 33/2020 e art. 3 D.L. n. 19/2020).

Considerato che, secondo la migliore scienza ed esperienza attualmente correnti, non si ha una legge scientifica di copertura – né universale, né statistica - che possa stabilire la dinamica di propagazione del contagio negli ambienti scolastici, è stato rilevato che il ragguardevole novero di pareri provenienti da esponenti scientifici di diversa estrazione sanitario-amministrativa (parere del 27 novembre 2020 del Responsabile vicario del Settore prevenzione e Veterinaria, parere del 27 novembre 2020 del Gruppo di lavoro epidemiologi, parere del Gruppo di lavoro per il miglioramento dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria sul territorio piemontese) ha consentito una *«preliminare valutazione scientifica obiettiva»*.

Tale canone ermeneutico ricavato dall'art. 301 del Codice dell'ambiente e applicativo in via analogica del *«prudente governo del principio di precauzione»* fa sì che la scelta, indubbiamente discrezionale della Regione, pur non necessitata da condizioni di contesto generale, non possa essere considerata irragionevole o illogica, in quanto ancorata al principio di precauzione corroborato dai pareri scientifico-sanitari strettamente connessi alle condizioni del contesto regionale in cui si è iscritta la misura contestata.

Il T.A.R. ha, inoltre, evidenziato, in vista di una successiva declassificazione del livello di rischio della Regione, che *«sarà onere dell'Autorità regionale valutare l'adeguatezza delle future misure in tema di modalità di svolgimento della didattica nelle scuole secondarie di primo grado **alla luce della prudente applicazione del principio di precauzione** al mutato contesto, assicurando sempre la prescritta *«preliminare valutazione scientifica obiettiva»* e limitando la compressione del diritto all'istruzione entro i limiti strettamente necessari per assicurare l'alto livello di protezione della salute: in altre parole, la declassificazione del livello di rischio della Regione comporterà un onere*

*motivazionale aggravato per il mantenimento di misure derogatorie in pejus, specie in materia di didattica scolastica ove il regime di default previsto dal nuovo D.P.C.M. 3 dicembre 2020 sancisce che «L'attività didattica ed educativa per i servizi educativi per l'infanzia, per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione continua a svolgersi integralmente in presenza» e aggiunge, altresì, che «a decorrere dal 7 gennaio 2021, al 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni [i.e. istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado] sia garantita l'attività didattica in presenza».*

## **2. Principio di trasparenza e diritto di accesso come diritti fondamentali**

Il **principio di trasparenza** è uno dei principi cardine cui deve essere ispirato il procedimento amministrativo; esso funge da presidio di democraticità delle istituzioni, rafforzando la fiducia che i consociati ripongono nelle Autorità.

Espressione di tale principio è l'esercizio del **diritto di accesso**, quale strumento di conoscenza e di partecipazione del singolo cittadino alla formazione delle decisioni amministrative e alla vita politica del Paese.

Trasparenza e diritto di accesso sono nozioni che si affermano e si consolidano dapprima nel diritto europeo.

Il punto di partenza è rappresentato dalla Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, con cui la Commissione si impegnava ad assumere tutte le misure idonee ad assicurare l'accesso del pubblico alle informazioni in possesso delle istituzioni.

Sulla base di tale impegno programmatico, i due principi vengono formalmente riconosciuti e recepiti nella normativa europea con il trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, che nel modificare il trattato sull'Unione Europea ed i trattati che istituiscono le comunità europee, ha affermato che: *«Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le **decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile** e il più vicino possibile ai cittadini»* (art. 1 trattato sull'Unione Europea); *«1. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi*

*persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha **il diritto di accedere** ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3» (Articolo 255, ex articolo 191 A, del trattato che istituisce la Comunità europea).*

Successivamente, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 7 dicembre 2000), il diritto di accesso viene configurato come un diritto fondamentale dell'individuo, strettamente correlato al diritto ad una buona amministrazione, tuttavia non più limitato ai documenti «del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione» (come previsto dal trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997), ma esteso ai documenti «delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione». (art. 41: «*Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*»; e art. 42: «*Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto*»).

Poiché la carta di Nizza non aveva lo stesso valore giuridico dei Trattati, il riconoscimento del diritto di accesso come diritto *universale* (esteso a tutti i documenti in possesso delle istituzioni europee) ancora non poteva ritenersi compiuto.

La definitiva consacrazione, in ambito europeo, della configurazione dell'accesso come diritto fondamentale, riguardante qualsiasi settore di attività (politica, amministrativa ed economica) si attua con il **Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea di Lisbona del 13 dicembre 2007** (Articolo 15, ex articolo 255 del TCE: «*1. Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile. 2. Il Parlamento europeo si riunisce in seduta pubblica, così come il Consiglio allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo. 3. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il **diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi***

*dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma. La Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al presente paragrafo soltanto allorché esercitano funzioni amministrative. Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma»).*

Nell'ordinamento italiano, la *trasparenza* e *l'accesso* vengono configurati come *principi generali dell'attività amministrativa* solo nel 2005, con la legge 11 febbraio 2005, n. 15 (recante modifiche ed integrazioni alla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990).

L'accesso ai documenti amministrativi, in particolare, è definito come «*principio generale dell'attività amministrativa (necessario) al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza*» e consiste nel «*diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi*» (cd. accesso «documentale» o anche «non procedimentale»), purché sussista un «*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*» (artt. 22 e ss., L. n. 241/1990).

La legge n. 241/1990 prevede anche un altro tipo di accesso, il cd. «accesso procedimentale» (art. 10), riservato ai soggetti che partecipano a un determinato procedimento amministrativo e consistente nel «*diritto di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24*»; nonché «*di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*».

La disciplina della trasparenza – così come la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso - è stata notevolmente ampliata con l'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 (cd. decreto «trasparenza»), il quale ha introdotto (art. 5, comma 1) la fattispecie dell'**accesso civico** (cd. «*semplice*»), consistente nel **diritto** di *chiunque* di richiedere, indipendentemente da un proprio interesse soggettivo (come nella configurazione dell'art. 22 L. n. 241/1990), documenti e dati per i quali sussista in capo alle pubbliche amministrazioni un obbligo di pubblicazione, laddove la pubblicazione sia stata omessa.

Successivamente, con il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, è stata introdotta nell'impianto normativo del decreto trasparenza (art. 5, comma 2), una ulteriore figura di accesso civico (cd. «generalizzato» o universale), consistente nel **diritto** di *chiunque* di richiedere, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, *ulteriori* rispetto a quelli per i quali esiste obbligo di pubblicazione (nel rispetto dei limiti degli interessi giuridicamente rilevanti indicati nel successivo art. 5/bis).

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 515 del 24 febbraio 2016 (reso sulle modifiche normative da apportare al decreto legislativo n. 33 del 2013), ha evidenziato che *«il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine della Pubblica Amministrazione trasparente come una casa di vetro»*.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, ha rimarcato che il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della Pubblica Amministrazione, sul modello del F.O.I.A. (*Freedom Of Informatio Act*), risponde a principi di pubblicità e trasparenza riferiti non solo, quale principio democratico, a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento della Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, tale diritto, come evidenziato dalla citata pronuncia della Corte Costituzionale, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenze 20 maggio 2003, nelle

cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk* e altri, e 9 novembre 2010, nelle cause riunite C-92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*), deve essere bilanciato e contemperato con quello relativo alla protezione dei dati personali, non potendo travolgere il diritto fondamentale alla riservatezza delle persone fisiche («*dovendo sempre essere rispettato il **principio di proporzionalità**, definito cardine della tutela dei dati personali, per cui deroghe e limitazioni alla protezione dei dati personali devono operare nei limiti dello **stretto necessario**»).*

L'art. 5 bis d.lgs. n. 33/2013 (inserito dal d.lgs. n. 97/2016), ha previsto i limiti all'accesso civico generalizzato.

Tali limiti si distinguono in *relativi* (commi 1 e 2), in quanto presuppongono una *valutazione discrezionale* dell'amministrazione volta ad evitare che dall'esercizio del diritto di accesso generalizzato possa derivare un *pregiudizio concreto* ad uno degli interessi (pubblici o privati) ivi indicati (sicurezza nazionale, politica finanziaria ed economica, ecc.; protezione dati personali, interessi commerciali, ecc.); ed in *assoluti* (comma 3), in quanto la valutazione è stata predeterminata in senso negativo direttamente dal legislatore ed in presenza dei quali il diritto di accesso generalizzato è quindi escluso (segreto di Stato ed altri casi previsti dalla legge).

Nelle ipotesi di limiti *relativi*, la doverosa operazione di bilanciamento tra beni e interessi contrapposti è rimessa all'Autorità amministrativa cui è richiesto l'accesso, la quale dovrà, ove decida di rigettare la domanda del privato, fornire una adeguata motivazione.

A tal riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che dovranno formare oggetto di tale bilanciamento gli interessi per i quali «*non sussista a monte nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti*».<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, secondo cui le due diverse forme di accesso civico, «*semplice*» e «*generalizzato*», di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5 d.lgs. n. 33/2013 concorrono con quella «documentale» di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990, per cui la P.A. deve esaminare l'istanza del privato nel suo complesso, «*nel suo anelito ostensivo*», evitando inutili formalismi. Con tale pronuncia, l'Adunanza plenaria ha affermato l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure di gara ed in particolare all'esecuzione dei contratti pubblici.

Tuttavia esistono ipotesi di esclusione dell'accesso o casi in cui il legislatore ha già ritenuto *ex ante* prevalenti certi interessi; in questo caso «*la Pubblica Amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da una attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione*»<sup>65</sup>.

Oramai, la trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione: l'art. 29, comma 2-bis, L. n. 241/1990 evidenzia l'obbligo per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.

## **2.1. Trasparenza e accesso sugli atti dell'emergenza sanitaria**

La problematica che sorge nell'ambito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, riguarda la possibilità di accedere alle informazioni sanitarie, tenuto conto della eccezionalità e della urgenza della richiesta, posta dall'esigenza di tutelare in tempi rapidi il fondamentale diritto alla salute («*L'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso*»<sup>66</sup>).

Il protagonista della prima vicenda che interessa esaminare in questa sede è il Codacons il quale, nel marzo del 2020, si rivolgeva al Presidente del Consiglio, al capo della Protezione Civile e al Presidente dell'Istituto Superiore della Sanità per ottenere informazioni circa il numero dei deceduti in ospedale e quello dei deceduti in casa, i posti disponibili nei reparti di terapia intensiva su tutto il

---

<sup>65</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 10/2020 cit., secondo cui il bilanciamento è ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla legge n. 241/1990, «*dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti*», rispetto all'accesso generalizzato, «*dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità, ma più esteso*».

<sup>66</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020 cit., secondo cui il diritto di accesso è «*precondizione*» per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale.

territorio nazionale, la percentuale di soggetti positivi in rapporto ai tamponi effettuati ogni giorno e infine la possibilità di trasferimento attraverso la cosiddetta Cross, la centrale remota per le operazioni di soccorso.

Il Codacons impugnava innanzi al T.A.R. Lazio, con richiesta di tutela cautelare anche monocratica, i bollettini della Protezione civile del 25 e del 26 marzo 2020, deducendo l'esistenza di precisi obblighi giuridici informativi e di tutela della salute pubblica, denunciando la violazione dell'art. 32 Cost. e della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, chiedendo che fosse ordinata l'ostensione di dette informazioni ai sensi dell'art. 31, comma 3, del c.p.a, posto che si trattava di attività amministrativa vincolata (*«Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»*).

Il T.A.R. Lazio (Sez. I/Quater), con decreto presidenziale n. 2346 in data 1 aprile 2020, respingeva l'istanza di misure cautelari monocratiche, sul presupposto che gli atti impugnati (comunicati e conferenze stampa, a mezzo dei quali si estrinseca l'attività informativa del Dipartimento della protezione civile) non hanno alcuna valenza provvedimentoale (fermo restando, tuttavia, come precisato nello stesso decreto, che *«la trasparenza rimane ovviamente valore centrale anche con riguardo al tema comunicazione, da parte delle autorità competenti, di dati e informazioni relative alla emergenza sanitaria in atto, che infatti appaiono di indubbia rilevanza e di inequivoco interesse pubblico»*).

Il Consiglio di Stato (Sez. III), con decreto presidenziale n. 1841 dell'8 aprile 2020, pur riconoscendo l'importanza di acquisire le informazioni richieste al fine di dare maggiore consapevolezza ai cittadini circa la situazione sanitaria e la gestione politica della relativa emergenza, respingeva l'appello proposto dal Codacons avverso il suddetto decreto del T.A.R. Lazio, ribadendo la non impugnabilità dei bollettini pubblicati dalla Protezione civile, sul presupposto che tale mezzo di informazione non potesse considerarsi espressione di un potere autoritativo pubblico, in quanto diverso da un atto

adottato dall'amministrazione a seguito di un ordinario procedimento amministrativo e perciò inidoneo ad incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche dei destinatari.

Tuttavia, il giudice d'appello affermava la possibilità di far valere il diritto di informazione in sede di azione di accertamento *ex art. 116 c.p.a.*, in materia di accesso ai documenti amministrativi.<sup>67</sup>

La seconda vicenda concernente una richiesta di accesso civico generalizzato, proposta ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs n. 33/2013, agli atti dell'emergenza sanitaria, conclusasi diversamente dalla precedente, è quella che inizia su ricorso della Fondazione Luigi Einaudi per l'ostensione dei verbali del Comitato tecnico scientifico.

La Fondazione proponeva ricorso *ex art. 116 c.p.a.* innanzi al T.A.R. Lazio contro il rifiuto della Presidenza del Consiglio dei ministri di pubblicare i documenti relativi alle riunioni del CTS.

Il ricorso veniva accolto con sentenza (Sez. I/Quater) n. 8615 del 22/7/2020, con la quale si osservava che *«la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività»*.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri proponeva appello con richiesta di sospensione monocratica, sulla quale il Consiglio di Stato si pronunciava con decreto del Presidente della Sezione Terza, n. 4574 del 31 luglio 2020, accogliendo la richiesta di sospensione fino alla data della camera di consiglio (fissata per il 10 settembre 2020), ma esclusivamente per lasciare impregiudicata la questione di merito, da decidere nel contraddittorio di tutte le parti nella necessaria sede collegiale.

---

<sup>67</sup> Come si legge nel citato decreto monocratico d'appello, *«l'azione annullatoria non potrebbe piegarsi ad una finalità certamente meritevole ma estranea a detto strumento, cioè quella di disporre in tempo reale di un quadro informativo più completo rispetto a quello quotidianamente offerto dai comunicati stampa della Protezione Civile; quest'ultima peraltro, non può che auspicare fortemente questo Giudice, avrà certamente modo di considerare, con ogni mezzo possibile compatibile con modalità e tempi dell'emergenza, anche tali auspicati elementi conoscitivi, al fine di valutarli per ciò che è il reale, primario interesse generale odierno: il contrasto e la riduzione del contagio e l'adozione delle terapie necessarie»*.

Tuttavia, nel decreto in questione veniva chiaramente affermata la necessità dell'ostensione dei verbali del CTS, con motivazione che conviene riportare:

*«Rilevato che, i verbali di cui si è chiesta l'ostensione hanno – nel quadro della cennata eccezionalità e specialità normativa e amministrativa – il carattere di atti procedurali tecnici prodromici alla adozione di D.P.C.M. volti a fronteggiare la pandemia, in particolare:*

*1) detti verbali hanno costituito il presupposto per l'adozione di misure volte a comprimere fortemente diritti individuali dei cittadini, costituzionalmente tutelati ma non contengono elementi o dati che la stessa appellante abbia motivatamente indicato come segreti;*

*2) le valutazioni tecnico-scientifiche si riferiscono a periodi temporali pressoché del tutto superati e la stessa Amministrazione, riservandosi una volontaria ostensione, fa comprendere di non ritenere in esse insiti elementi di speciale segretezza da opporre agli stessi cittadini, che le forti riduzioni di libertà hanno accettato in nome di una emergenza sanitaria i cui aspetti proprio quei verbali elaborano;*

*3) non si comprende, proprio per la assoluta eccezionalità di tali atti, rispetto alle categorie tradizionali invocate in senso opposto dalle due parti, perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa – ribattezzata “freedom of information act” sul modello americano – prevede come regola l'accesso civico e come eccezione – tra cui questi atti atipici non possono essere inclusi né per analogia né per integrazione postuma della norma – la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che, trattandosi di eccezione alla regola, devono essere interpretate restrittivamente; è stato peraltro chiarito che le norme sull'accesso civico generalizzato e quelle sull'accesso documentale vanno congiuntamente considerate come complesso regolatore che non restringe ma globalmente amplia la trasparenza e quindi il diritto di partecipazione del cittadino».*

Alla luce di tale decreto (la cui motivazione rendeva probabilmente scontato l'esito finale della causa), la Presidenza del Consiglio decide di porre fine alla vicenda – dai rischiosi risvolti anche mediatici – rinunciando all'appello e rendendo nelle more della camera di consiglio accessibili tutti i

verbali, pubblicandoli – con alcuni *omissis* - sul sito della Protezione Civile (e così determinando la cessazione della materia del contendere, poi pronunciata dal Consiglio di Stato, Sez. III, con la sentenza n. 5426 dell'11 settembre 2020).

Mentre è destinato a restare nell'ombra quanto visibilmente omissis dal testo di alcuni dei verbali pubblicati, le vicende esaminate pongono in luce le non poche criticità che investono le dinamiche di svolgimento del complesso e multiforme processo decisionale e le conseguenti responsabilità – da morale a giuridica - connesse alle scelte di gestione sanitaria, politica e amministrativa del Paese.

In materia di diritto di accesso, dunque, si osservano<sup>68</sup> le grandi difficoltà del sistema nel garantire un pieno diritto all'informazione, al punto che un'esigenza di trasparenza in tempi celeri come quella richiesta dalla situazione di emergenza da Covid-19, non sembra tutt'oggi poter essere adeguatamente soddisfatta.

Tuttavia, la trasparenza è un diritto fondamentale irrinunciabile.

Come chiarito dal Consiglio di Stato nell'ambito del citato parere n. 515/2016, *«la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una «casa di vetro», nell'ambito di una visione più ampia dei **diritti fondamentali** sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri. In sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa»*.

Possiamo concludere l'argomento affermando che la “trasparenza” nei rapporti tra il pubblico potere ed il cittadino è alla base della formazione dell'opinione pubblica e di ogni sistema democratico.

La Pubblica Amministrazione e la Politica non devono avere timore di mostrare all'esterno i propri processi decisionali: la partecipazione, il confronto, il dialogo, la condivisione, rappresentano il fulcro

---

<sup>68</sup> Corrado A., *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, Capitolo XXVIII, *Diritto e Covid* (a cura di Santise M. e Chiesi G. A.).

di ogni società civile e democratica, nella quale la distanza tra governanti e governati si riduce sempre di più ed il cittadino ha il diritto di controllare e di esigere (al pari dell'Autorità pubblica) il pieno rispetto delle regole, nella consapevolezza di potere sempre fare affidamento su un Giudice terzo ed imparziale.

### **3. Il Principio di precauzione nelle decisioni pubbliche**

Il principio di precauzione si afferma innanzitutto come principio cardine del diritto dell'Unione europea (art. 191, comma 2. T.F.U.E.: «*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva*»).

Viene definito dalla giurisprudenza come «*principio generale del diritto comunitario in ragione del quale si fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*»<sup>69</sup>.

Rappresenta un principio «regolatore» dinamico, connesso con l'evoluzione della scienza e della tecnologia, strettamente collegato con la nozione di rischio, «*che deriva dalla tecnica e dall'economia e che pertanto ad esse direttamente riconduce evidenziando secondo criteri paradigmatici e formali il rilievo che le valutazioni tecnico-scientifiche assumono nella complessità globale dell'interpretazione della realtà materiale e dunque le nuove frontiere del potere di apprezzamento discrezionale degli apparati politico-amministrativi deputati a governare settori sensibili dell'ordinamento*»<sup>70</sup>.

Il principio in esame richiede, dunque, che l'Autorità pubblica competente assuma indispensabili valutazioni preliminari circa l'opportunità e/o necessità di adottare una misura in base ad un rischio che potrebbe essere puramente ipotetico oppure di assumere una decisione anche se il rischio in

---

<sup>69</sup> Tribunale CE, Seconda Sezione ampliata, 26 novembre 2002, in cause riunite T-74/00 e altre, Artegodan, punto 184.

<sup>70</sup> Ferrara R. *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2002. 258.

questione non sia stato provato con assoluta certezza.

Diversamente dalle decisioni che rientrano nell'ordinario esercizio del potere amministrativo, strettamente vincolato alle norme del diritto positivo e che perciò si fondano su principi di proporzionalità e di prevenzione, quelle adottate in situazioni di incertezza presuppongono inevitabilmente che i doverosi apprezzamenti ricadano nel quadro più o meno ampio della discrezionalità amministrativa, non potendo essere compiutamente supportati né dalla legge né dalla scienza.

L'amministrazione dei rischi si impernia, perciò, sul principio di precauzione che deve applicarsi ogni qual volta sussistano dubbi tecnici o scientifici sull'effettivo grado di pericolosità di attività pubbliche o private che ricadono nella sfera di controllo e/o gestione di una Pubblica Amministrazione.

In quella che è stata definita come «*società del rischio*»<sup>71</sup> – caratterizzata cioè dalla complessità e dalla rapidità delle trasformazioni, in cui l'amministrazione è chiamata sempre più spesso ad assumere provvedimenti decisionali nell'ambito di attività potenzialmente lesive di uno o più interessi collettivi, o in contesti connotati da particolare incertezza tecnico-scientifica circa i presupposti richiesti per l'adozione delle relative decisioni - la responsabilità per la tutela dell'interesse generale tende, da un lato, a disperdersi e a frazionarsi in capo a una pluralità di soggetti decisori, dall'altro coinvolge l'intera società civile in quanto la cura di un bene pubblico primario (come la salute o l'ambiente) esige una sempre maggiore consapevolezza individuale, impegno e azioni comuni e compartecipazione della collettività, anche al fine di «*bilanciare lo spostamento del baricentro decisionale verso una possibile deriva tecnocratica*»<sup>72</sup>.

Molte norme di diritto internazionale ed europeo contribuiscono a far luce sulla vitale importanza della responsabilizzazione dei cittadini, richiedendosi un vero e proprio «dovere di attivarsi» da parte di costoro in vista dell'interesse collettivo, posto che senza il loro coinvolgimento e contributo risulterebbe ancor più ardua se non inefficace qualsivoglia attività di cura e di salvaguardia del bene

---

<sup>71</sup> Beck U. *La società del rischio Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, 14.

<sup>72</sup> De Leonardis F. *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

pubblico.

L'amministrazione di rischio reclama una *co-amministrazione*, una conoscenza e una gestione condivisa dei rischi, un'interazione strategica tra istituzioni, cittadini e imprese che superi l'obsoleta concezione in senso verticale e unilaterale del rapporto tra pubblico e privato, orientando la collettività verso una amministrazione diffusa e ispirata all'umano senso di solidarietà sociale.

In materia ambientale, il diritto internazionale e quello europeo promuovono fortemente la partecipazione del pubblico al processo decisionale; anche il nostro ordinamento, con la legge n. 241/1990, ha recepito l'impostazione garantistica dei principi di comunicazione e di partecipazione al procedimento amministrativo, tanto che, si osserva, potrebbe in questo senso parlarsi di nuove forme di democrazia.<sup>73</sup>

*«Le odierne sfide ambientali impongono di guardare oltre l'approccio strettamente normativo e di assumere una strategia su più fronti capace di indurre i necessari cambiamenti dei nostri modelli di produzione e consumo».*<sup>74</sup>

### **3.1 Il Principio di precauzione in materia ambientale**

Il principio di precauzione inizia ad affermarsi nell'ambito del diritto ambientale internazionale e numerose sono le disposizioni dalle quali ne emerge la nozione e la portata.

Già con la Convenzione sulla protezione del Mar Baltico del 1974, si disponeva espressamente che gli Stati devono intervenire per la tutela dell'ambiente adottando un approccio cautelativo senza aspettare la piena prova degli effetti negativi di una determinata attività. Oltre che con la Convenzione sull'inquinamento marino, anche nella dichiarazione conclusiva della Conferenza internazionale sulla protezione del mare del Nord del 1987 si impone *«l'assunzione di una strategia di precauzione al fine di proteggere il mare del Nord dai potenziali effetti dannosi delle sostanze più pericolose».*

Dunque, si riconosce la regola per cui l'amministrazione è tenuta ad intervenire non solo in presenza

---

<sup>73</sup> De Leonardis F. op. cit.

<sup>74</sup> Giannini M.S., *sesto programma di azione per l'ambiente*.

di effetti nocivi certi ma anche ove vi sia soltanto un probabile danno all'ambiente o un rischio non accertato.

Numerosi, tuttavia, sono anche i limiti alla piena applicazione del principio di precauzione.

Il primo limite è rinvenibile nel testo della Carta Mondiale della Natura del 1982 laddove si dispone che l'adozione della misura precauzionale debba essere preceduta da un esame esaustivo volto al bilanciamento tra benefici previsti e danni potenziali.

Altro limite si riscontra nella Dichiarazione di Rio del 1992 in cui si legge, al principio 15, che *«al fine di tutelare l'ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità delle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi o irreversibili, la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere adottata come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale»*; l'approccio cautelativo e l'applicazione del principio di precauzione è subordinato, ai fini della tutela dell'ambiente, alla sussistenza di minacce di danni che siano qualificati come *«gravi o irreversibili»*.

Un terzo limite è ravvisato nella provvisorietà delle misure di cautela e dalla necessità di garantirne un controllo periodico da parte delle autorità amministrative in quanto tali misure - assunte alla stregua di dati scientifici validi al momento della loro adozione - sono suscettibili, per l'evolversi della situazione di fatto, di mutamenti che postulano una diversa determinazione dell'autorità competente.

Si è osservato come nel corso degli anni anche l'ordinamento della Organizzazione mondiale per il commercio abbia ostacolato una interpretazione potenzialmente estensiva del principio di precauzione, privilegiando il principio della piena e libera circolazione delle merci; sono molti infatti i casi<sup>75</sup> in cui gli organi giurisdizionali della W.T.O. hanno dichiarato l'illegittimità di misure precauzionali disposte a tutela della salute e dell'ambiente, sostenendo l'assoluta prevalenza della libertà di scambi commerciali e della libera iniziativa economica.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> (caso «sigarette thailandesi», caso «tonno/delfini I», caso «tonno/delfini II», caso «benzina americana»).

<sup>76</sup> De Leonardis F. *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; Venturini G. *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2000; Adinolfi G. *L'organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e*

Importanti prospettive di evoluzione e di innalzamento del livello di tutela del bene giuridico «ambiente» derivano dal diritto comunitario ambientale, in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea la quale, per la prima volta nel caso delle «bottiglie danesi»<sup>77</sup>, ha affermato che l'ambiente costituisce «un'esigenza imperativa» in grado di limitare la libertà di circolazione delle merci; così come nel caso sulle «buste non biodegradabili»<sup>78</sup> la Corte dichiarava legittima una misura precauzionale limitativa della libertà di circolazione delle merci, in quanto comprovata dall'esigenza di salvaguardare l'ambiente.

Inoltre, statuendo che «tutte le volte che sussistono delle incertezze sullo stato attuale della ricerca scientifica, spetta agli Stati Membri, in mancanza di armonizzazione, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute e della vita delle persone, pur tenendo conto delle esigenze della libera circolazione delle merci», la giurisprudenza europea sembra evidenziare come la connotazione politica delle decisioni precauzionali debba aver come riferimento unitario la tutela dell'ambiente o della salute pur riconoscendo e legittimando l'esistenza di regimi normativi differenziati.

Altra importante decisione della Corte di Giustizia è quella del caso dei «rifiuti valloni»<sup>79</sup>, in cui oltre a ribadire che l'ambiente è un'esigenza imperativa tale da implicare deroghe alla libertà di circolazione, si introduce il bilanciamento di interessi come principio fondante le decisioni amministrative concernenti interessi ambientali.

Nel caso dei «gamberi d'acqua dolce»<sup>80</sup>, i Giudici comunitari applicano per la prima volta il c.d. **test di proporzionalità** degli interessi alla libertà di circolazione rispetto a quello generale di salvaguardia dell'ambiente a cui viene, così, dato pieno riconoscimento tanto da affermarne la prevalenza in ragione del superamento dei test di necessità e di proporzionalità richiesti dalla preliminare

---

normativi, Padova, Cedam, 2001; Leanza U. *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 242-269.

<sup>77</sup> Corte Giust., 20 settembre 1988, C-302/1986, *Commissione c/Danimarca*, in *Racc.*, 4607.

<sup>78</sup> Corte Giust., 13 luglio 1989, C-380/87, *Enichem/Cinisello Balsamo*, in *Racc.*, I-2491.

<sup>79</sup> Corte Giust., 9 luglio 1992, C-2/90, *Commissione/Belgio*, in *Racc.*, I-4431.

<sup>80</sup> Corte Giust., 13 aprile 1994, C-131/93, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, I-3303.

operazione di bilanciamento.

Nell'individuare i principi basilari della politica ambientale, va richiamato senz'altro l'art. 191 TFUE par. 2 in base al quale *«la politica della comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela [...]; essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni cagionati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»»*.

La disposizione è di particolare importanza in quanto non solo riconosce quali valori generali la precauzione, la prevenzione e l'assunzione di responsabilità di chi cagiona danni all'ambiente, ma agisce come vincolo per le decisioni amministrative precauzionali sotto il profilo procedimentale.

Il Paragrafo 3 dell'art. 191 TFUE individua chiaramente i criteri comunitari di legittimità dell'azione amministrativa in situazione di incertezza tecnico-scientifica, prevedendo che *«nel disporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili; delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione od all'assenza di azione; dello sviluppo socioeconomico della Comunità nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni»*.

La decisione amministrativa precauzionale, quindi, non è una decisione libera, ma è vincolata alla doverosa **preliminare valutazione** circa i quattro profili indicati dall'art. 191 par. 3 TFUE, cioè sarà indispensabile: a) esaminare i dati tecnici e scientifici disponibili al momento della decisione; b) tenere conto delle condizioni dei luoghi destinatari del provvedimento amministrativo; c) effettuare una attenta analisi costi-benefici e, infine; d) avere riguardo allo sviluppo delle singole regioni all'interno della Comunità.

Anche l'art. 11 TFUE pone un importante principio; la norma, infatti, segna il passaggio da uno schema gerarchico - in cui certi interessi sono, a priori, sovraordinati rispetto ad altri - al cd. **principio di integrazione** secondo cui il bilanciamento di tutti gli interessi in gioco deve essere operato prima della formazione della decisione finale la quale deve sempre considerare la componente ambientale come interesse da tutelare in modo che le misure adottate non rechino danno dell'ambiente.

Con la sentenza *National Farmer Union*<sup>81</sup> la Corte di giustizia ha, ancora una volta, riaffermato l'importanza della valutazione dei presupposti di fatto e la necessità che il procedimento precauzionale sia sostenuto da una attenta e compiuta istruttoria.

Giova rammentare che, nel caso di specie, la Commissione europea aveva deciso di vietare le esportazioni di carni bovine dal Regno Unito verso tutti i paesi, basandosi sul parere espresso dal proprio organo tecnico il quale sosteneva il possibile nesso causale tra malattia dei bovini e malattia dell'uomo (cd. caso della «mucca pazza»).

Ebbene, seppure al momento dell'adozione della misura non vi fosse alcuna certezza tecnico-scientifica circa la relazione causale tra il consumo di carne bovina infetta e l'insorgere della malattia mortale per l'uomo (si assumeva per questo che la misura fosse stata adottata sulla base di *«prove scientifiche insufficienti, non conclusive o incerte»* e in assenza di specifici riscontri positivi in ordine al relativo nesso di causalità), il Giudice comunitario ha ritenuto legittima la misura adottata in quanto proporzionata all'esigenza di tutelare la salute dell'uomo sulla scorta di adeguati pareri tecnici respingendo la tesi secondo cui la tutela della salute sarebbe stata assicurata anche con l'adozione di provvedimenti meno restrittivi.

L'importanza di garantire la tutela di beni come la salute e l'ambiente più dei contrapposti interessi economici emerge anche dalla comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 la quale, pur esprimendo una concezione moderata del principio di precauzione, ne riconosce l'applicazione in tutti i casi in cui *«le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto»*.

Se inizialmente la giurisprudenza comunitaria ha accolto una nozione di precauzione ancora molto generica, slegata e carente sotto il profilo dell'analisi preliminare degli effetti di un rischio potenziale,

---

<sup>81</sup> Corte Giust., 5 maggio 1998 (C-157/96).

successivamente ha riconosciuto una sorta di presunzione relativa di legittimità della decisione amministrativa precauzionale, sottraendola al test di proporzionalità e postulando una inversione dell'onere della prova a favore dello Stato che l'ha adottata (superando l'impostazione precedente seguita dalla Corte per cui lo Stato doveva provare la proporzionalità della misura).

*«Se, da una parte, il giudice comunitario sembra ridurre lo spazio di discrezionalità della decisione amministrativa in presenza dei presupposti tecnico scientifici incerti, dall'altra, riconosce all'amministrazione, paradossalmente, un potere che fuoriesce dai tradizionali limiti della tipicità amministrativa»<sup>82</sup>.*

### **3.2. Il Procedimento precauzionale**

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha statuito l'importante principio per cui a monte dell'approccio precauzionale adottato dalle Amministrazioni deve porsi un procedimento ragionevole in cui siano sentiti i pareri delle autorità competenti coinvolte, in maniera congrua e adeguata<sup>83</sup>.

È stato, al riguardo, precisato che l'applicazione del principio di precauzione non necessita dell'unanimità dei pareri espressi in un organo tecnico collegiale, ma che esiste il dovere per l'organo tecnico di prendere in considerazione anche i nuovi dati scientifici sulla base dei quali eventualmente riformulare le valutazioni che devono legittimare l'adozione della misura precauzionale.

Assume ancora particolare rilievo, nel quadro della giurisprudenza comunitaria relativa al principio di precauzione, il c.d. caso Pfizer Animal Health SA<sup>84</sup> in cui la Corte di Giustizia europea chiarisce la differenza tra la nozione di **rischio** e quella di **pericolo**.

Il rischio esprimerebbe la probabilità del verificarsi di effetti nocivi, mentre il concetto di pericolo si riferirebbe alla mera possibilità di verifica dell'effetto temuto; una decisione precauzionale non può essere adottata sulla base di un mero pericolo, ma dev'essere preceduta da *«una preliminare valutazione scientifica dei rischi, dovendo verificare attentamente anche le fonti di valutazione di*

---

<sup>82</sup> De Leonardis F. *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>83</sup> Corte Giust., caso *Greenpeace France*, 21 marzo 2000, C-6/99.

<sup>84</sup> Trib. CE, Sez. III, 11 settembre 2002, T-13/99 *Pfizer animal SA/Consiglio* in *Racc.*, 2002 II-3305.

*probabilità del rischio in questione».*

Solo il rischio e non il pericolo giustifica l'adozione di una misura preventiva la quale peraltro dovrà essere fondata su indizi seri e non su rischi puramente ipotetici.

Come si evince dalle pronunce del Giudice comunitario, gli aspetti fondamentali per la valutazione della misura precauzionale sono la vincolatività del parere tecnico e la proporzionalità della misura, l'onere della prova, l'elemento dell'incertezza scientifica e l'adeguatezza dell'istruttoria.

L'Amministrazione è vincolata al parere tecnico, non può prescindere o discostarsi eccessivamente dallo stesso e, nel caso in cui non intenda conformarsi, è obbligata a fornire un'adeguata motivazione in termini scientifici almeno equivalenti al parere disatteso.

Nel caso *Artegoda*<sup>85</sup>, viene messa in risalto la necessità che la decisione precauzionale sia adottata previo espletamento di un'attenta analisi costi-benefici, richiedendosi all'Amministrazione la prova della sussistenza dei presupposti scientifici indispensabili corroborati a loro volta da idonea documentazione; nel caso di specie il Giudice comunitario ha affermato espressamente che *«il principio di precauzione rappresenta il corollario del principio di preminenza delle esigenze connesse alla tutela della salute sugli interessi economici e che tale principio potrebbe, addirittura, imporsi sul principio di certezza del diritto».*

Sulla scorta di tale decisione la dottrina ha sottolineato che *«l'inclusione dell'analisi costi-benefici nell'area della legittimità amministrativa sembra dunque consentire un avanzamento del sindacato giurisdizionale: essendo il giudice obbligato a ripercorrere l'iter logico seguito dall'autorità decidente alla luce del principio di ragionevolezza, il sindacato su valutazioni dell'amministrazione caratterizzate da profili di opinabilità viene ad atteggiarsi, conseguentemente, come un sindacato 'a metà' tra l'estrinseco e l'intrinseco, essendosi il Tribunale preoccupato di circoscrivere gli spazi di discrezionalità politica dell'autorità incaricata dell'esecuzione del diritto comunitario»*<sup>86</sup>.

Ebbene, nei casi di incertezza tecnico-scientifica, appare complicato definire chiaramente i confini

---

<sup>85</sup> Trib. CE, 26 novembre 2002, T-74/00.

<sup>86</sup> De Leonardis F. op. cit.

che delimitano l'area delle valutazioni dell'Amministrazione rispetto a quelli che definiscono il sindacato dell'Autorità giudiziaria.

Il sindacato giurisdizionale del Giudice amministrativo su un provvedimento c.d. precauzionale deve tener conto degli apprezzamenti operati dall'Autorità amministrativa nell'esercizio del suo potere discrezionale e deve appurare la ragionevolezza e non arbitrarietà della decisione esaminando l'intero svolgersi del procedimento decisionale che ha portato ad adottare la decisione finale.

Il procedimento decisionale deve essere innanzitutto accessibile; deve potersi individuare e conoscere tutta la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria e, in forza delle fondamentali esigenze di trasparenza dell'attività pubblica, dev'essere fornita una motivazione completa e adeguata, tale da consentire al giudice di valutare le singole scelte compiute dall'amministrazione anche durante le fasi preliminari del procedimento, in cui sono sempre coinvolti più soggetti.

Nella motivazione l'Amministrazione deve dare conto delle ipotesi sviluppate, delle eventuali misure alternative prese in considerazione, dei vantaggi e gli svantaggi di ognuna di esse, e l'*iter* logico-argomentativo seguito per ogni scelta.

Il principio di precauzione si è affermato nei diversi e numerosi settori del diritto ambientale (si pensi all'inquinamento dell'aria, dell'acqua, della fauna e della flora, oltre che alla materia dei rifiuti, ricorrendo in molteplici disposizioni legislative, in termini di valutazione dell'impatto ambientale, di prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento, di valutazioni dei piani e dei programmi sull'ambiente, di restrizioni dell'uso di determinate sostanze chimiche e di classificazione delle sostanze pericolose).

Il principio in esame (che opera tuttavia anche in altri settori, quali quello della legislazione alimentare, di salute umana, di organismi geneticamente modificati, di sicurezza dei consumatori, nonché di sicurezza dell'ambiente di lavoro) ha trovato sempre maggiore applicazione laddove le decisioni amministrative devono essere adottate, per necessità e urgenza, in assenza di una certezza scientifica.

Tale principio si è consolidato nei vari ordinamenti nazionali assumendo connotati diversi e ambiti

di applicazione più o meno estesi; come osservato,<sup>87</sup> sia la giurisprudenza tedesca sia la giurisprudenza francese, pur ricorrendo al principio di precauzione come vero e proprio parametro di legittimità della decisione amministrativa, hanno riconosciuto all’Autorità amministrativa un ampio margine di apprezzamento nella scelta delle misure precauzionali tendendo a limitare il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica e lasciando grande spazio alla valutazione amministrativa degli indizi scientifici.

In particolare, nell’ordinamento francese il principio di precauzione è stato utilizzato come criterio di riferimento nell’esame della legalità delle misure di polizia amministrativa ed ha assunto sempre maggiore importanza nella fase istruttoria del procedimento amministrativo essendo richiesto all’amministrazione di fare affidamento sui dati scientifici indispensabili per decidere.

Nell’ordinamento italiano il principio di precauzione si è fatto strada soprattutto grazie alla giurisprudenza, non solo amministrativa, ma anche della Corte Costituzionale; i principi costituzionali contenuti nell’art. 9, comma 2, Cost. («la Repubblica» promuove la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico), hanno trovato applicazione in tutta una serie di disposizioni normative a tutela dell’ambiente (in particolare nella legge di delega ambientale, nella legge-quadro sull’inquinamento elettromagnetico, nel decreto legislativo che attua la direttiva comunitaria sulla commercializzazione di prodotti sementieri e in altri testi normativi adottati perlopiù in attuazione del diritto internazionale) ed hanno consentito la enucleazione del principio di precauzione espresso in numerose pronunce giurisdizionali.

Ne forma un esempio la decisione del Tribunale di Roma del 1 novembre 2002 che, in tema di limitazioni delle emissioni elettromagnetiche, ha affermato *«il margine di incertezza che esiste nella comunità scientifica internazionale [...] non è sufficiente per negare tutela a chi lamenta il rischio di una lesione della propria salute, in quanto nel nostro ordinamento esiste un generale principio di precauzione in virtù del quale sono vietate sia le attività certamente dannose sia quelle probabilmente*

---

<sup>87</sup> De Leonardis F. op. cit.

*dannose sia quelle eventualmente dannose»<sup>88</sup>*

Infine, il principio di precauzione è stato implicitamente recepito in Italia nel 2005, con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha integrato la legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990), prevedendo all'art. 1 che l'azione amministrativa è retta (oltre che «*dai principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza*»), anche «*dai principi dell'ordinamento comunitario*», includendo così il principio di precauzione tra i principi generali della attività amministrativa.

La positivizzazione del principio di precauzione nel nostro ordinamento avviene con il decreto legislativo 30 aprile 2006 n. 152 (codice dell'ambiente), il cui art. 301 così recita: «*in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente deve essere assicurato un alto livello di protezione. 2. L'applicazione del principio di cui al comma uno concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*».

Secondo la giurisprudenza, con tale disposizione «*è stato accolto nell'ordinamento nazionale uno schema regolatorio che si affianca a quello canonico della prevedibilità ed inevitabilità degli eventi dannosi alla base delle fattispecie colpose, di estrazione civilistica e finalistica, e improntato su schemi primitivi causali noti; la logica della precauzione attiene, invece, alla sfera della gestione dei rischi - ossia di potenziali danni - il cui determinismo eziologico è ancora ignoto o incerto di tal che la precauzione si attegga a **critero di politica del diritto** che orienta il decisore verso forme di anticipazione della tutela nei settori dove il rischio non è ritenuto sopportabile*».<sup>89</sup>

Si esprime in tali termini anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha osservato al riguardo: «*il cd. principio di precauzione, di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi; l'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza*

---

<sup>88</sup> Trib. Roma, 1 novembre 2002 in Resp. civ. e prev., 2003,206.

<sup>89</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 12 dicembre 2020, n. 834.

*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».*<sup>90</sup>

In conclusione si può affermare che il principio di precauzione, in contesti in cui domina l'incertezza tecnico scientifica, fornisce parametri di giudizio, implicando un ampliamento della logica della funzione amministrativa per giustificare l'adozione di misure adottate anche quando non sia certa la pericolosità del fattore che le ha determinate.

Tuttavia, come si desume dall'art. 191 par. 3, del TFUE e dall'art. 301 Cod. Ambiente, la concreta e corretta attuazione del principio di precauzione non può fondarsi su una aprioristica affermazione di rischio del tutto priva di evidenze scientifiche; occorre una doverosa preliminare valutazione circa i dati tecnici e scientifici disponibili al momento della decisione, nonché delle condizioni reali dei luoghi interessati dal provvedimento amministrativo.

#### **4. Legittimità delle decisioni pubbliche in condizioni di incertezza**

Tra le principali problematiche concernenti il tema della assunzione delle decisioni pubbliche in assenza di parametri legislativamente predefiniti, va sottolineata la necessità di rideterminare la sfera di operatività del principio di legalità in senso sostanziale considerato che, in situazione di incertezza scientifica, la legge non può rappresentare il solo parametro di riferimento per giudicare l'azione amministrativa e la valutazione del fatto concreto assume un ruolo sempre più importante nel giudizio di legittimità del relativo procedimento decisionale.

La decisione amministrativa deve trovare il suo legittimo fondamento nei dati scientifici disponibili e nella ragionevolezza delle misure disposte in forza di tali dati, così il conseguente sindacato sulla decisione va effettuato in relazione al collegamento esistente tra dato normativo e dato fattuale, posto che in situazioni di incertezza non è più soltanto la norma a giustificare l'azione (e la scelta) amministrativa, quanto piuttosto la realtà dei fatti e l'analisi delle circostanze concrete, nel quadro e

---

<sup>90</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

nei limiti posti dai principi che guidano il decisore pubblico verso le soluzioni più consone, in termini di proporzionalità, ragionevolezza e precauzione, fungendo da criteri metodologici e procedurali.

La decisione amministrativa in condizioni di incertezza non prevedibili e dunque non predeterminabili dal legislatore, nel nostro caso la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 tramite atti amministrativi, sembra condurre ad una apparente crisi della legalità formale e dello Stato di diritto in ragione dell'includibile quanto necessario ampliamento della flessibilità dello spazio di manovra lasciato all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni di cura dell'interesse pubblico.

Escluso che possa ritenersi giustificata e legittima l'omissione, da parte del potere amministrativo, di decisioni necessitate da urgenze sanitarie e/o ambientali in attesa di una (futura e ipotetica) certezza scientifica, vanno affrontate le tematiche concernenti i limiti e i contenuti della discrezionalità amministrativa e la collocazione dell'incertezza tecnico-scientifica all'interno del giudizio di legittimità delle decisioni amministrative.

È chiaro che in un contesto caratterizzato dall'incertezza, i parametri normativi contenenti misure standardizzate sono di difficile applicazione in quanto le misure precauzionali da adottare dovranno essere adeguate al contesto emergenziale e dunque studiate appositamente per essere commisurate al grado di rischio probabilisticamente accertato.

L'attività di valutazione del rischio intesa come *«la stima del grado di probabilità che un determinato prodotto o processo provochi effetti nocivi sulla salute umana e della gravità di tali potenziali effetti»<sup>91</sup>*, costituisce una fase procedimentale necessaria per l'adozione di misure precauzionali ragionevoli e la ragionevolezza assume valore pregnante e centrale nella valutazione della legittimità della scelta amministrativa.

Valutazione del rischio, ma anche gestione del rischio, significa obbligo per l'amministrazione di operare un esame preliminare sia sui possibili danni, sia sui possibili vantaggi dell'azione o

---

<sup>91</sup> Trib. CE, Sez. III, 11 settembre 2002, T-13/99 *Pfizer animal SA/Consiglio* in *Racc.*, 2002 II-3305.

dell'inazione amministrativa («prefigurazione delle conseguenze»), così l'analisi costi-benefici funge da parametro di legittimità della misura adottata.

Nella sentenza Pfizer, il Giudice comunitario ha distinto, in maniera chiara, la fase della valutazione del rischio da quella della gestione del rischio: la prima è definita come *«procedura sistematica che integra la valutazione scientifica dei pericoli e della loro probabilità di verificarsi in un determinato contesto»*, la seconda come *«la valutazione dei provvedimenti che consentono di ridurre il rischio a un livello accettabile»*.

Nel caso di specie la Corte ha evidenziato che mentre la valutazione del rischio ha natura prettamente scientifica, la gestione del rischio si caratterizza necessariamente per la sua politicità in quanto la prima risponde all'esigenza che la scienza sia integrata nella politica, la seconda preserva l'autonomia della politica rispetto al sapere scientifico.

Tuttavia nessuno dei due momenti può essere considerato come fase politica in senso stretto, posto che in ogni stadio del processo decisionale le scelte dell'amministrazione devono operare entro parametri di ragionevolezza, coerenza e congruità; nella comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione si afferma che *«qualunque decisione deve essere preceduta da un esame di tutti i dati scientifici disponibili e da una valutazione quanto più possibile obiettiva e completa del rischio [...], decidere di ricorrere al principio di precauzione non significa che le misure siano fondate su base arbitraria o discriminatoria»*.

Mentre per accertare la legittimità di una decisione amministrativa assunta nell'esercizio di un potere vincolato occorrerà verificarne la conformità alle norme di legge applicabili, in situazioni di incertezza non predeterminabili dal legislatore, il potere amministrativo sarà, dunque, necessariamente discrezionale e sarà il principio di precauzione a legittimare l'adozione di una decisione in assenza di presupposti tecnico scientifici certi.

Tuttavia, come affermato dalla dottrina *«l'obbligo di accertare preliminarmente tutti i dati disponibili, di continuare le verifiche anche a seguito dell'adozione della misura di cautela e di comunicare efficacemente il rischio consente di affermare la compatibilità del principio di*

*precauzione con il principio di legalità».*<sup>92</sup>

Risulta evidente che la documentazione tecnica acquisita nel procedimento amplia l'ambito del sindacato di ragionevolezza che si realizza giocoforza attraverso il controllo sulla motivazione e che si fonda, di fatto, sulla «*ragionevolezza dei rischi paventati*».

#### **4.1. Sindacabilità della discrezionalità tecnica**

Nel nostro ordinamento, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche fu ritenuto per molto tempo precluso ove comportasse la sostituzione della valutazione effettuata dall'amministrazione con quella operata dall'autorità giudiziaria.

È a partire dal 1999 che, a seguito di una fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), si intensifica il sindacato sulle valutazioni tecniche, il quale non è più soltanto estrinseco e formale, ma si spinge a giudicare, sul piano sostanziale, attraverso l'accesso diretto al fatto posto a fondamento della decisione amministrativa, l'*attendibilità* e la *correttezza* del criterio tecnico utilizzato, potendo a tal fine il giudice avvalersi dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio (poi introdotta espressamente nel processo amministrativo con la legge n. 205/2000 e quindi definitivamente riconosciuta come ordinario mezzo di prova e di accertamento del fatto dall'art. 63 del codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

Laddove, peraltro, il potere amministrativo in concreto esercitato sia caratterizzato, in base alla legge, da **ampi** margini di discrezionalità (come nel caso delle valutazioni delle prove d'esame di un pubblico concorso, o delle offerte tecniche degli operatori economici in una procedura di gara di appalto di opere pubbliche), il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche è limitato al caso in cui siano rilevati vizi di **manifesta** illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, travisamento dei fatti<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> De Leonardis F. op. cit.

<sup>93</sup> cfr., rispettivamente, Cons. St., sez. VI, 21/09/2020, n. 5528 e Cons. St., sez. V, 19/10/2020, n. 6306.

Con riferimento alle Autorità indipendenti, la giurisprudenza afferma che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche è sempre esercitabile, in applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, anche con un controllo diretto sui presupposti di fatto posti a fondamento di tali valutazioni, ma si arresta in presenza di apprezzamenti che presentano un **oggettivo margine di opinabilità**, nel qual caso il Giudice amministrativo può soltanto accertare che il provvedimento non sia esorbitante rispetto a tali margini<sup>94</sup>.

Tali principi (con riferimento all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) sono stati recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il cui articolo 7, comma 1, testualmente recita: «[...] *Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima* [...]».

#### **4.2. Il sindacato giurisdizionale sull’attività amministrativa in condizioni di incertezza: i decreti del Giudice amministrativo sulla “didattica a distanza” (cd. d.a.d.)**

Secondo consolidato orientamento dottrinale, quando l’amministrazione è chiamata a decidere in condizioni di incertezza, i limiti della discrezionalità tecnica - basata su un giudizio certo, fondato su criteri tecnico scientifici e caratterizzata dall’assenza di elementi volitivi - si confondono e si coniugano con quelli della discrezionalità amministrativa in cui, viceversa, l’elemento volitivo (e quindi le valutazioni e gli apprezzamenti effettuati dalla P.A. competente) assume un ruolo centrale<sup>95</sup>. La commistione tra giudizio tecnico e tipologia di scelta fa sì che l’atto amministrativo possa risultare affetto da illegittimità sotto il profilo dell’eccesso di potere amministrativo e che il giudice, chiamato a valutare la ragionevolezza dell’operato della P.A., debba stabilire i confini dell’una e dell’altra tipologia di discrezionalità ripercorrendo l’*iter* logico e argomentativo su cui la decisione si è fondata

---

<sup>94</sup> Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733.

<sup>95</sup> De Leonardis F. op. cit.

e verificando se la scelta operata dall'amministratore, tra le varie possibili, abbia temperato in maniera ragionevole ed appropriata gli interessi contrapposti.

Dunque, la valutazione della logicità e coerenza della scelta diventa particolarmente complessa qualora il giudice debba sindacare un provvedimento amministrativo, e la scelta sottostante, sulla scorta di elementi conoscitivi incerti e su dati tecnici non univoci.

Mentre la certezza del sapere scientifico elide o, quantomeno, limita l'elemento volitivo e consente all'amministrazione di agire autonomamente rispetto al potere politico, non altrettanto si verifica quando l'amministrazione è chiamata ad agire in situazioni di incertezza e di rischio (soprattutto per la salute dei cittadini) e quando la decisione amministrativa debba operare un temperamento di interessi; stabilire quale sia e in che misura debbano essere temperati gli interessi in gioco comporta che la decisione amministrativa si connoti come una scelta «politica» e che – al fine di evitare un eccesso di potere amministrativo – sia necessario individuare criteri di bilanciamento istituzionale che definiscano l'ambito amministrativo rispetto a quello politico.

Anche il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa in un sistema di incertezza del sapere scientifico, quindi, muta di peso e rilevanza: se i dati scientifici sono certi il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa che su questi si fonda sarà basato sulla evidenza dei fatti e dei dati esteriori con un margine inferiore di sindacabilità dell'agire amministrativo; se invece gli elementi di conoscenza scientifica sono incerti, il giudice dovrà espandere il proprio sindacato per valutare concretamente se la scelta amministrativa sia ragionevole, non tanto in relazione a inesistenti parametri oggettivi, quanto sotto il profilo di una corretta, avveduta e sostenibile compressione delle situazioni oggetto di tutela.

Ciò determina che il principio di precauzione cui fa riferimento la Commissione europea non possa trovare applicazione nell'ipotesi di sindacato della decisione amministrativa adottata su presupposti tecnico scientifici **certi**, in quanto ciò limiterebbe il controllo del giudice sulla decisione amministrativa confinandolo nei circoscritti limiti dell'errore manifesto e dello sviamento di potere.

Trova invece applicazione nel sistema dell'**incertezza** laddove la verifica dell'*iter* logico seguito

dall'amministrazione non è più sufficiente per assicurare la tutela degli interessi, anche collettivi, incisi dalla decisione amministrativa.

In un sistema di incertezza tecnico-scientifica, l'Autorità giudiziaria non potrà limitarsi ad un mero controllo formale sull'attività decisionale della pubblica amministrazione, bensì dovrà effettuare un controllo sostanziale volto a verificare se sia stato o meno rispettato il principio di ragionevolezza, così che «*la conformità del potere amministrativo alle regole intrinseche del suo esercizio, diviene fondamentale e indispensabile*»<sup>96</sup>.

In contesti eccezionali, la conformità dell'operato amministrativo al dato normativo positivo, quale parametro del sindacato giurisdizionale, lascia spazio ad una diversa valutazione e cioè a quella sulla «*conformità alle regole intrinseche della funzione*»<sup>97</sup> ed alla proporzionalità della decisione rispetto alla situazione di fatto.

In varie occasioni, si è avuto modo di notare, che il Giudice amministrativo ha sospeso una decisione precauzionale non tanto perché l'amministrazione avesse violato precisi parametri normativi, quanto piuttosto perché l'aveva adottata sulla base di un rischio ipotetico non sostenuto da evidenze scientifiche o da analisi realistiche anche in termini probabilistici.

Nell'esplicarsi del sindacato giurisdizionale, quindi, il giudizio sull'effettività del rischio comporta anche una valutazione comparata dei costi e dei benefici su cui le decisioni assunte nell'esercizio del potere amministrativo incidono.

L'indeterminatezza dei presupposti tecnico scientifici se da un lato si traduce in «*una maggiore indeterminatezza normativa*», dall'altro consente che il riferimento obiettivo al dato fattuale e all'«*amministrazione del fatto*» concretizzi il «*punto di partenza per la giuridicizzazione dell'azione*» e consenta di eliminare «*ogni dubbio di arbitrarietà*» rendendo l'amministrazione maggiormente responsabile del suo operato continuamente rapportabile alle conseguenze o ai risultati ottenuti<sup>98</sup>.

Alla maggiore *responsabilizzazione* della P.A. che deriva dalla «*globalizzazione del rischio*» si

---

<sup>96</sup> De Leonardis F. op. cit.

<sup>97</sup> De Leonardis F. op. cit.

<sup>98</sup> De Leonardis F. op. cit.

accompagna anche la *«necessità di rivedere il criterio dell'interesse individuale come unico fattore di legittimazione alla giurisdizione»*, per muoversi *«verso un diritto amministrativo in cui l'interesse tutelabile tende sempre più ad essere superindividuale, solidaristico e bilanciato»*, in cui possono individuarsi nuove posizioni di tutela sganciate *«dallo stretto collegamento con l'utilità individuale della pronuncia non tanto perché l'interesse che viene considerazione sia pubblico o generale, quanto perché la tutela della persona è necessariamente intrecciata nella dimensione relazionale con quella delle altre»*.<sup>99</sup>

Al riguardo, meritano di essere segnalati i decreti presidenziali di alcuni T.A.R. (e del Consiglio di Stato), con i quali sono state recentemente accolte le domande cautelari monocratiche proposte nell'ambito di ricorsi concernenti la legittimità di ordinanze regionali che disponevano, in contrasto con le previsioni dei D.P.C.M. di riferimento, la sospensione dell'attività didattica in presenza.

Con tali decreti si è affermato che: le Regioni hanno certamente la possibilità di emanare misure più restrittive rispetto alle disposizioni statali, ma tale deroga *in peius* deve comunque basarsi su una attenta e rigorosa istruttoria procedimentale, anche correlata al livello di rischio individuato per le stesse Regioni (T.A.R. Calabria, Sez. I, d.p. 23 novembre 2020, n. 609); occorre dar conto della rilevanza del diritto alla istruzione con conseguente onere di motivazione sulla base di dati scientifici evidenzianti il collegamento tra focolai attivi sul territorio e impatto dell'attività scolastica in presenza (C.d.S., Sez. III, d.p. 11/1/2021, n. 17); la Regione non può, in maniera generalizzata, modificare l'assetto organizzativo dell'attività scolastica, alterando il quadro delle misure calibrate nel D.P.C.M. per effetto di un diverso apprezzamento dei parametri di rischio epidemiologico e delle misure di contenimento necessarie e sufficienti per fronteggiare la situazione quale risulta compendiata nei diversi "scenari" rappresentati e determinati dall'Autorità governativa centrale (T.A.R. Basilicata, d.p. 24/11/2020, n. 272); a fronte di un rischio solo ipotetico di formazione di assembramenti, la Regione non può vietare radicalmente la didattica in presenza, dovendo invece intervenire su siffatto

---

<sup>99</sup> De Leonardis F. op. cit.

ipotizzato fenomeno (T.A.R. Lombardia, Sez. I, d.p. 13/1/2021, n. 32); le ordinanze regionali devono fare riferimento a dati o indici specificatamente e univocamente attinenti al settore della scuola (T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 15/1/2021, n. 30); la facoltà giuridica di discostarsi dalle misure statali, che fonda i consentiti poteri *extra ordinem* sulla «*necessitas*», non può prescindere dall'acquisizione di dati attuali, pertinenti e rilevanti, sotto il profilo della “quantificazione” del contagio e dell'idoneità delle misure individuate, tenuto conto della già prevista, a livello centrale, flessibilità delle stesse al verificato mutamento delle condizioni fattuali, progressivamente e continuamente monitorate (T.A.R. Campania, Sez. V, d.p. 20/1/2021, n. 142).

#### **4.3. Centralità del ruolo dello Stato nell'emergenza sanitaria**

Alla luce di quanto emerge dalla giurisprudenza che si sta formando in *subiecta* materia, si può affermare che il bilanciamento tra le esigenze imposte dalla necessaria tutela dei diversi interessi coinvolti di pari rango costituzionale (nei casi esaminati, il diritto alla salute e quello all'istruzione) spetta, sulla base della legge, all'Autorità amministrativa statale e che, una volta che tale valutazione di comparazione sia stata in concreto esercitata, attraverso lo strumento dei D.P.C.M., le Autorità regionali (e comunali) non possono adottare, nell'esercizio dei poteri straordinari loro riconosciuti dall'ordinamento, misure più restrittive se non sulla base di motivate ed ineludibili evidenze scientifiche, riferite ad un particolare ambito territoriale o ad uno specifico settore di attività.<sup>100</sup>

La «precauzione» è stata già consumata «a monte», nei D.P.C.M., con le valutazioni prese sulla base dei pareri del CTS con riferimento all'intero territorio nazionale (e, con la suddivisione in fasce di colore corrispondenti a diversi livelli di rischio, anche ai territori delle singole Regioni) e non può quindi essere addotta «a valle», aprioristicamente e senza alcun obiettivo riscontro di aggravamento del rischio epidemiologico, a giustificazione di diverse valutazioni in ambito locale.

Il sindacato giurisdizionale è esteso alla verifica delle condizioni di esercizio del potere discrezionale

---

<sup>100</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, d.p. 8 febbraio 2021, n. 34.

e alle modalità di esercizio dello stesso al fine di valutare la sussistenza dei requisiti di ragionevolezza, proporzionalità e coerenza delle scelte (i quali costituiscono parametri del sindacato giurisdizionale e vanno verificati sulla base dell'istruttoria svolta a monte dal provvedimento emergenziale emanato, che deve dare conto di tutti i predetti elementi o quantomeno farli emergere dagli atti).

Occorre esaminare la compatibilità giuridica delle misure oggetto di impugnazione, attraverso una valutazione delle competenze degli organi amministrativi, l'idoneità e la proporzionalità delle misure adottate.

A fronte di un quadro normativo e fattuale in continua evoluzione e dell'esigenza di tutela del diritto collettivo e individuale alla salute, la concreta possibilità di intervento ulteriore su base sub-statale (regionale o comunale) resta confinata alle ipotesi, appunto residuali, di necessità, ravvisabili nei casi in cui circostanze, non previste e non prevedibili, impongano l'improcrastinabile adozione di misure straordinarie finalizzate a fronteggiare idoneamente, con carattere di ineludibilità, situazioni di emergenza-urgenza.

Il Giudice amministrativo fonda le proprie argomentazioni avuto riguardo all'istruttoria compiuta dall'Autorità amministrativa in sede di formazione del provvedimento: l'importanza che assume l'esame della fase istruttoria in sede di giudizio risulta dal fatto che la relativa analisi costi/benefici costituisce vera e propria parte integrante del sindacato sulle ordinanze contingibili e urgenti.

La configurazione operata dalla giurisprudenza amministrativa sulla centralità del ruolo dello Stato nell'emergenza sanitaria ha trovato, recentemente, l'avallo della Corte Costituzionale.

Con l'ordinanza n. 4/2021 del 14 gennaio 2021, pronunciata in sede cautelare nell'ambito del ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dallo Stato contro la Regione Valle d'Aosta avverso la legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11 (recante Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), la Corte Costituzionale ha accolto l'istanza di sospensione, evidenziando che *«la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera*

*q), Cost.» e che «la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore e che le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia».*

## Conclusioni

La decisione amministrativa in condizioni di incertezza non prevedibili e non predeterminabili dal legislatore, come nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, sembra aprire uno scenario di apparente **crisi della legalità** e dello **Stato di diritto** in ragione dell'ineludibile quanto necessario ampliamento dello spazio di manovra lasciato all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni di cura dell'interesse pubblico.

Ne consegue l'esigenza di rideterminare la sfera di operatività del principio di legalità in senso sostanziale considerato che, in situazione di incertezza scientifica, la legge non può rappresentare il solo parametro di riferimento per giudicare l'azione amministrativa.

L'urgenza e la necessità di tutelare il bene della salute pubblica assurgono ad elementi fondanti della valutazione amministrativa, legittimando il potere che serve per far fronte alla situazione concreta così come si presenta nella realtà dei fatti (*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*).

La necessità intesa come autonoma ed ulteriore fonte di diritto diventa il fondamento giuridico per la creazione di un ordinamento eccezionale che non incide sulla vigenza delle ordinarie regole di procedura e di competenza, ma solo sulla loro efficacia, che è destinata a rimanere sospesa soltanto temporaneamente.

L'incertezza tecnico-scientifica (sulle caratteristiche del virus, sul suo grado di contagiosità e letalità, sul nesso eziologico tra lo svolgimento di determinate attività umane e l'incremento dei contagi, ecc.), indotta dall'assoluta novità del fenomeno, impone che alla formazione delle decisioni pubbliche prendano parte organismi di supporto all'attività amministrativa, preposti alla elaborazione dei necessari pareri tecnici, destinati a orientare la politica di governo e di gestione dell'emergenza.

Dunque, oltre alle basi dell'evidenza scientifica, a monte della scelta politico-amministrativa si pongono le scelte tecniche di selezione delle fonti e dei dati cui fare affidamento per le analisi preliminari che la pubblica amministrazione è chiamata ad effettuare nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Il connubio tra scienza e politica fa sì che le conseguenti valutazioni comparative debbano tener conto

dell'alto grado di contingenza e imprevedibilità degli eventi e che le misure disposte presentino un ampio spazio di adattabilità.

Così la discrezionalità amministrativa dell'emergenza connotata da una libertà di scelta tipica dell'attività politica, tende a fondersi con una discrezionalità tecnica dell'amministrazione, nella scelta dei dati da assumere quale fondamento logico delle decisioni da adottare.

Da qui, l'esigenza di individuare i criteri di bilanciamento istituzionale che delimitino il campo amministrativo da quello strettamente politico.

Sulla scia della fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), si intensifica il sindacato sulle valutazioni tecniche, il quale non è più soltanto estrinseco e formale, ma si spinge a verificare, sul piano sostanziale, attraverso l'accesso diretto al fatto posto a fondamento della decisione amministrativa, l'attendibilità e la correttezza del criterio tecnico utilizzato, potendo a tal fine il giudice avvalersi dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio (introdotta espressamente nel processo amministrativo con la legge n. 205/2000 e quindi definitivamente riconosciuta come ordinario mezzo di prova e di accertamento del fatto dall'art. 63 c.p.a.).

La decisione amministrativa deve trovare il suo legittimo fondamento nei dati scientifici disponibili ai quali è vincolata e il conseguente sindacato sulla decisione va effettuato in relazione al collegamento esistente tra dato normativo e dato fattuale, posto che non è più soltanto la norma a giustificare l'azione e la scelta amministrativa, quanto piuttosto la realtà dei fatti e l'analisi delle circostanze concrete, nel quadro ed entro i limiti posti dai principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza, pertinenza e precauzione, che guidano il decisore pubblico verso le soluzioni più giuste ed opportune, fungendo da criteri metodologici e procedurali.

Nello specifico assume estrema importanza il principio di precauzione che, in contesti in cui domina l'incertezza tecnico-scientifica, fornisce parametri di giudizio, implicando un ampliamento della logica della funzione amministrativa per giustificare l'adozione di misure adottate anche quando non sia certa la pericolosità del fattore che le ha determinate.

Come si desume dall'art. 191, par. 3, del T.F.U.E. e dall'art. 301 Cod. Ambiente, la precauzione si atteggia a criterio di politica del diritto che orienta il decisore verso forme di anticipazione della tutela nei settori dove il rischio non è ritenuto sopportabile.

La concreta attuazione del principio di precauzione non può fondarsi su un'aprioristica affermazione di rischio del tutto priva di evidenze scientifiche.

La valutazione amministrativa non può, a pena di illegittimità della decisione finale, prescindere dalle preliminari valutazioni circa i dati tecnici e scientifici disponibili al momento della decisione, nonché dalle obiettive condizioni dei territori sui quali andrà ad incidere il provvedimento amministrativo.

Nell'attuale contesto pandemico, il potere dell'Autorità centrale deriva direttamente, sul piano legislativo, dalla configurazione della profilassi internazionale come materia di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera q), Cost. e, sul piano amministrativo, dall'applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost., in base al quale deve ritenersi giustificato e consentito che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario.

Il bilanciamento tra le esigenze imposte dalla necessaria tutela dei diversi interessi coinvolti di pari rango costituzionale spetta, sulla base della legge, all'Autorità amministrativa statale e le Autorità regionali (e comunali) non possono adottare, nell'esercizio dei poteri straordinari loro riconosciuti dall'ordinamento, misure più restrittive se non sulla base di motivate ed ineludibili evidenze scientifiche, riferite ad un particolare ambito territoriale o ad uno specifico settore di attività.

In conclusione, le attività di prevenzione e gestione dei rischi rientrano nei compiti propri dello Stato in quanto funzionali ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei consociati.

L'emergenza, pur dando luogo a una disciplina straordinaria, risulta già inserita in un apparato di garanzie (sostanziali e procedurali) che la rendono legittima; e la maggior parte delle limitazioni deriva direttamente dalla Costituzione, la quale sancisce i principi inviolabili dell'ordinamento che impediscono di sospendere o derogare la loro attuazione.

A differenza della crisi costituzionale, che mette in discussione e pregiudica fortemente l'ordine

esistente, lo stato di emergenza mira alla conservazione dell'ordine esistente; costituisce un fatto interno all'ordinamento costituzionale e le misure disposte per far fronte ai pericoli ad esso connessi rientrano nel quadro dell'ordinamento giuridico in quanto provenienti da soggetti riconosciuti e legittimati direttamente dalla nostra Costituzione.

Lo stato di emergenza non si è tramutato in uno stato di eccezione, il quale comporta una soppressione generalizzata di gran parte dei diritti e libertà fondamentali dell'uomo.

Il corpus normativo emergenziale non ha prodotto un'alterazione del normale assetto costituzionale delle gerarchie e delle competenze proprie dello Stato di diritto.

Il Parlamento non è stato esautorato delle proprie prerogative costituzionali, nella misura in cui ha sempre potuto, come previsto dalla Costituzione, approvare gli atti del Governo mediante la conversione dei decreti legge con i quali sono state disposte le misure di contenimento del contagio.

Dunque continua ad operare il principio di riserva di legge, il quale assicura che i poteri dell'amministrazione abbiano un fondamento legislativo, anche se la norma di conferimento del potere d'emergenza non include tutti gli elementi di regolazione del binomio autorità/libertà, da definirsi alla luce delle norme e dei principi che l'ordinamento giuridico pone alla base dei rapporti tra diritti soggettivi e poteri autoritativi.

Non solo, ma l'impalcatura istituzionale apprestata per fronteggiare la crisi, delineata dai decreti-legge, dai D.P.C.M. e, a cascata, dalle ordinanze delle varie autorità amministrative centrali e periferiche, dimostra che il potere decisionale non è stato riservato alla competenza esclusiva di un unico organo, ma è stato distribuito tra vari soggetti pubblici, in attuazione di un necessario pluralismo istituzionale, espressione dei principi democratici di partecipazione, condivisione e trasparenza.

Nessuno degli atti amministrativi emergenziali si sottrae al controllo giurisdizionale, a partire dalla stessa deliberazione dello stato di emergenza, la quale è sindacabile posto che i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria (il codice di protezione civile), con la conseguenza che la loro sussistenza può essere certamente accertata dal giudice amministrativo.

Infine, la tutela giurisdizionale non è mai stata compressa o limitata, ma anzi rappresenta, anche

nell'attuale grave situazione, il più saldo presidio di democraticità e di garanzia dei diritti fondamentali del cittadino nei confronti della gestione amministrativa dell'emergenza.

In questo contesto, è emerso il ruolo centrale - nel sistema delle garanzie e degli equilibri istituzionali - del Giudice amministrativo, quale giudice naturale della funzione pubblica.

Il Giudice amministrativo, con un sistema processuale divenuto totalmente "telematico" sin dal 2017 (ed attualmente caratterizzato, in base alla normativa emergenziale, dalla possibilità di definire le cause anche sulla base degli atti depositati, ferma restando sempre la possibilità per le parti di chiedere la discussione orale mediante collegamento da remoto) ha continuato a fornire adeguata e tempestiva risposta alle istanze di tutela dei cittadini anche nel pieno di un evento epocale come quello determinato dalla pandemia ancora in atto.

Possiamo concludere riportando alcuni significativi passaggi del discorso svolto dal Presidente del Consiglio di Stato il 2 febbraio 2021 in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2021: *«Il giudice amministrativo non è né un'arma che talvolta sento brandire da un'istituzione contro un'altra, né, all'opposto, qualcosa da abolire: è la garanzia del corretto bilanciamento tra diritti individuali e collettivi ed è colui che è chiamato a supplire al fallimento della leale cooperazione tra istituzioni. L'incertezza nelle scelte politiche non può essere scaricata sull'amministrazione e sulla giurisdizione; l'inefficienza della macchina burocratica e l'illegittimo esercizio del potere pubblico non possono essere tollerati nemmeno in situazioni emergenziali e quindi men che mai in una fase di ricostruzione; il delicato equilibrio tra scienza e diritto non può condurre a una sorta di insindacabilità di decisioni scientifiche, comunque assoggettate alla verifica anche delle condizioni poste dalla legge: affinché la discrezionalità tecnica non trasmodi in arbitrio specialistico».*

## Bibliografia

### Dottrina:

- Acconci P., *Tutela della salute e diritto internazionale*, CEDAM Editore, 2011.
- Andronio A. *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Beck U. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000,
- Bignami M. *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020.
- Bignami M. *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, *Questione Giustizia*, 2/2020.
- Cassese S. *Le basi del diritto amministrativo*, VI edizione, Garzanti, 2000.
- Cestaro Luca, *Il diritto dell'emergenza e il potere di ordinanza conteso tra livello statale, regionale e comunale nell'oblio del principio di leale collaborazione*, Capitolo XXVI, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.).
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Mulino Editore, Bologna, 2019.
- Clarich M., *Un dpcm pasticciato fra raccomandazioni non vincolanti e indennizzi incerti*, [www.milanofinanza.it](http://www.milanofinanza.it), 27 ottobre 2020.
- Corrado A., *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, Capitolo XXVIII, *Diritto e Covid* (a cura di Santise M. e Chiesi G. A.).
- Cruciali M. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *Rivista AIC*, 10 aprile 2020.
- De Leonardis F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Del Corona L., *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, *BioDiritto*, 18 marzo 2020.
- Fioritto A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Giannini M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950.
- Guizzi S. G. *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2/2020.
- Patroni Griffi F. *Tutela dei diritti e organizzazione della giustizia nell'emergenza*, intervento al Webinar organizzato dalla Corte di cassazione, 28 ottobre 2020.
- Luciani M. *Avvisi ai naviganti del mar pandemico*, *Questione Giustizia*, 8 agosto 2020.

- Luciani M. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, Rivista AIC, 10 aprile 2020.
- Midiri M. *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*, 4 maggio 2020.
- Monacilioni A., *Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus*, Calamus iuris, 23 marzo 2020.
- Nocelli M. *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, Intervento all'inaugurazione del master di diritto privato europeo diretto dal Prof. Alpa, 20 gennaio 2018.
- Oddenino A., *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, p. 129, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- Olivetti M., *Le misure di contenimento del Coronavirus tra Stato e Regioni*, il Quotidiano Giuridico, 10 aprile 2020.
- Piccolo A., *Coronavirus, ruolo e limiti dell'Oms*, Cattolica News, 13 marzo 2020.
- Police A. *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.
- Raiola I., *Il regionalismo cooperativo alla prova dell'emergenza sanitaria*, Consiglio di Stato; Ufficio studi, massimario e formazione.
- Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, tredicesima edizione. Jovene Editore, Napoli, 1982.
- Santise M. *Principio di precauzione e tecniche di gestione del rischio: lockdown o ripartenza?* Capitolo XXIV, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.).
- Severa F., *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2, 28 marzo 2020, ISSN 2284-4503.
- Simonelli M. A., *Il Covid e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, *la costituzione.info*, 28 marzo 2020.
- Sorrentino P., *Emergenza, salus publica e Costituzione*, Capitolo XXV, *Diritto e Covid-19* (a cura di Chiesi G.A.-Santise M.).
- Spagnolo A., *Contromisure dell'Oms come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, *SIDIBlog*, 5 maggio 2016.
- Tallacchini M.C. *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in *Ambiente e diritto*, 1999.
- Torchia L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su "Decisioni amministrative e processi deliberativi", Bergamo 5-7 ottobre 2017.
- Travi A. *La decisione amministrativa*, in *Dig. pubb.*, IV, 1990.
- Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

-Zagrebel'sky G. *Perché scienza e politica devono essere libere*, La Repubblica, 14 novembre 2020.

www.governo.it

www.oms.org

## **Giurisprudenza**

### **a) Corte costituzionale**

-Corte cost., sentenza 21 aprile 1989, n. 229.

-Corte cost., sentenza n. 127 del 1995.

-Corte cost., n. 204 del 2004.

-Corte cost., n. 191 del 2006.

-Corte cost., sentenza 14 luglio 2006, n. 284.

-Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

-Corte cost., sentenza 22 novembre 2016, n. 244.

-Corte cost., sentenza, 18 gennaio 2018, n. 5.

-Corte cost., sentenza 21 gennaio 2016, n. 8.

### **b) Consiglio di Stato**

-Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

-Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726.

-Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726.

-Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733.

-Consiglio di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655

-Consiglio di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

- Consiglio di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

- Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 2 aprile 2020, n.10.

-Consiglio di Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735.

-Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 10/2020.

-Consiglio di Stato, Sez. III, d.p. 11/1/2021, n. 17.

**c) T.A.R.**

-T.A.R. Calabria 9 maggio 2020, n. 841.

-T.A.R. Lazio, Sez. III/Quater, 2 ottobre 2020, n. 10048

-TAR Calabria, Sez. I, d.p. 23 novembre 2020, n. 609.

-T.A.R. Basilicata, d.p. 24/11/2020, n. 272.

-T.A.R. Piemonte 12 dicembre 2020, n. 834.

-T.A.R. Lombardia, Sez. I, d.p. 13/1/2021, n. 32.

-T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 15/1/2021, n. 30.

-T.A.R. Campania, Sez. V, d.p. 20/1/2021, n. 142.

-T.A.R. Campania, Salerno, d.p. 8 febbraio 2021, n. 34.

**c) Cassazione**

-Corte di Cassazione 9 marzo 1979, n. 1436.

-Corte di Cassazione, SS.UU., 22 luglio 1999 n. 500.

-Corte di Cassazione, SS.UU., 5 marzo 2010, n. 5290.

-Corte di Cassazione SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013.

**d) Corte di giustizia dell'Unione europea**

-Corte Giust., 5 maggio 1998 (C-157/96).

-Trib. CE, Sez. III, 11 settembre 2002.

-T-13/99 Pfizer animal SA/Consiglio in Racc., 2002 II-3305.

-Corte Giust., caso Greenpeace France, 21 marzo 2000, C-6/99.

**Norme**

-Statuto OMS.

- D.lgs. 2/01/2018, n. 1 (Codice protezione Civile).

- D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito in legge dall'art. 1, comma 1, L. 5 marzo 2020, n.

13).

- D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (non convertito: abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 24 aprile 2020, n. 27, a decorrere dal 30 aprile 2020).

- D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (non convertito: abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 24 aprile 2020, n. 27, a decorrere dal 30 aprile 2020).

- D.L. 9 marzo 2020, n. 14 (non convertito: abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 24 aprile 2020, n. 27 a decorrere dal 30/4/2020).

- D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 aprile 2020, n. 27).

- D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (Convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 22 maggio 2020, n. 35).

- D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 5 giugno 2020, n. 40).

- D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 25 giugno 2020, n. 70).

- D.L. 10 maggio 2020, n. 30 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 2 luglio 2020, n. 72).

- D.L. 16 maggio 2020, n. 33 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 14 luglio 2020, n. 74).

- D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 luglio 2020, n. 77).

- D.L. 16 giugno 2020, n. 52, abrogato dall'1, comma 2, L. 17 luglio 2020, n. 77, a decorrere dal 19 luglio 2020.

- D.L. 30 luglio 2020, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 25 settembre 2020, n. 124.

- D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 13 ottobre 2020, n. 126.
- D.L. 8 settembre 2020, n. 111 (abrogato dall'1, comma 2, L. 13 ottobre 2020, n. 126, a decorrere dal 14 ottobre 2020).
- D.L. 7 ottobre 2020, n. 125 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 27 novembre 2020, n. 159).
- D.L. 23 novembre 2020, n. 154 (abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 18 dicembre 2020, n. 176, a decorrere dal 25 dicembre 2020).
- D.L. 30 novembre 2020, n. 157 (abrogato dall'art. 1, comma 2, 18 dicembre 2020, n. 176, a decorrere dal 25 dicembre 2020).
- D.L. 2 dicembre 2020, n. 158 (abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 29 gennaio 2021, n. 6, a decorrere dal 31 gennaio 2021).
- D.L. 18 dicembre 2020, n. 172 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 29 gennaio 2021, n. 6).
- D.L. 5 gennaio 2021, n. 1.
- D.L. 14 gennaio 2021, n. 2.
- D.P.C.M. 23 febbraio 2020.
- D.P.C.M 4 marzo 2020.
- D.P.C.M 8 marzo 2020.
- D.P.C.M 10 aprile 2020.
- D.P.C.M 26 aprile 2020.
- D.P.C.M 17 maggio 2020.
- D.P.C.M 11 giugno 2020.
- D.P.C.M 13 ottobre 2020.
- D.P.C.M 24 ottobre 2020.

-D.P.C.M 3 novembre 2020.

-D.P.C.M 3 dicembre 2020.