

LUISS



Dipartimento
di Scienze Politiche

Cattedra di Federalismo, autonomie e sussidiarietà

Il rapporto tra Stato e Regioni durante la pandemia di Covid-19

Prof. Raffaele Bifulco

RELATORE

Prof.ssa Marta Simoncini

CORRELATORE

Emanuele Peconi, 640582

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

Introduzione

CAPITOLO 1

LA TUTELA DELLA SALUTE FRA COMPETENZE STATALI E REGIONALI

- 1.1 La tutela della salute nel sistema costituzionale italiano
- 1.2 Competenze regionali sulla tutela della salute: i tratti distintivi del nuovo modello costituzionale dopo la revisione del 2001
- 1.3 Le garanzie del principio unitario statale del settore sanitario
- 1.4 Il principio di sussidiarietà e di leale collaborazione
- 1.5 Il regionalismo differenziato e la tutela della salute

CAPITOLO 2

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA TRA STATO E REGIONI

- 2.1 Il diritto dell'emergenza nell'ordinamento nazionale italiano
- 2.2 La questione del riparto di competenze legislative nel diritto dell'emergenza
- 2.3 La gestione statale dell'emergenza: natura giuridica dei d.P.C.M.
- 2.4 Il potere di ordinanza: il ruolo delle regioni durante l'emergenza

CAPITOLO 3

LA GESTIONE STATALE E REGIONALE DELLA PANDEMIA DA COVID-19

- 3.1 L'effettivo riparto di competenze legislative durante la pandemia da Covid-19
- 3.2 La questione di legittimità costituzionale della L. Valle D'Aosta n. 11 del 2020 e la sentenza n. 37 del 2021 della Corte costituzionale.
- 3.2 La profilassi internazionale
- 3.4 Il c.d. assorbimento funzionale

Conclusioni

INTRODUZIONE

L'obiettivo che ho posto in questo elaborato di tesi è stato quello di ricostruire i rapporti tra lo Stato e le Regioni nella gestione normativa nella fase emergenziale durante la pandemia da Covid-19.

Una delle discussioni che ha tenuto maggiormente banco dall'inizio della vicenda pandemica in Italia è stata senza dubbio quella relativa ai rapporti tra Stato e Regioni, riguardo alle rispettive competenze nell'emanazione di provvedimenti atti a contrastare il contagio, e con la reciproca accusa di ingerenze indebite negli ambiti delle rispettive competenze. Da tale disputa è scaturita, dal punto di vista giuridico, una cascata di atti normativi ed amministrativi ad opera statale quanto regionale, di portata tale da renderne difficile la classificazione¹. Come facilmente prevedibile, in una molteplicità di provvedimenti emanati da organi istituzionali differenti e riguardanti le medesime materie, non sono mancati contrasti dal punto di vista normativo, contrasti talvolta scaturiti anche dalla differente appartenenza politica di alcuni Presidenti di Giunta regionale, sotto forma di opposizione alla linea politica del Governo. Una insoddisfacente cooperazione istituzionale che ha contribuito a sollevare dubbi in merito alla legittimità delle ordinanze dei Presidenti delle regioni, in ordine all'intreccio tra principio gerarchico e separazione delle competenze. La legittimazione al potere regionale di emanare ordinanze è riscontrabile anche all'interno del decreto-legge n. 6 del 2020, ma l'efficacia di tali ordinanze viene meno al momento dell'adozione di un Decreto del Presidente del Consiglio recante disposizioni concorrenti. Nonostante un quadro giuridico ben delineato, l'iperattivismo delle regioni durante la pandemia ha creato confusione e tensione a livello interistituzionale, costringendo il legislatore statale a tornare sulla questione con il decreto- legge n. 19 del 2020, chiarendo all'art.3 che le ordinanze regionali "possono essere emanate solo nelle more dell'adozione dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento. Pertanto, sono legittimate solo da specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso; possono introdurre misure ulteriormente restrittive" esclusivamente "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale".

Il presente lavoro è stato realizzato sulla base della rilevanza dell'argomento stesso in questo attuale periodo di crisi pandemica, in cui è stato difficile operare il giusto bilanciamento tra gli interessi

costituzionali coinvolti. Il presente elaborato è articolato in tre capitoli. Il primo capitolo è dedicato al diritto alla salute in tutte le sue sfaccettature: dal diritto alla salute inteso come diritto individuale e interesse della collettività al diritto alla salute inteso come diritto di libertà di cura, trattando, a tal proposito, argomenti giuridicamente importanti come la disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento e diritto al consenso informato. Il primo capitolo si propone, altresì, di focalizzarsi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V attuata nel 2001 che ha consolidato la tendenza – abbastanza diffusa in quegli anni- a riunificare tutte le materie attinenti alla sanità che le leggi ordinaria avevano precedentemente anticipato, consentendo alle regioni la regolamentazione di tutti gli aspetti che, in maniera diretta o indiretta, mirano a tutelare il bene salute. Il secondo capitolo del presente lavoro è, invece, incentrato sulla disciplina generale della gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato e Regioni, con particolare riferimento alla questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni nella gestione dell'emergenza, partendo dal carattere ambiguo della formulazione del decreto-legge del 23 febbraio 2020 rubricato "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*" che ha provocato uno scontro istituzionale tra il Governo centrale e i Presidenti delle Regioni: all'articolo 2 del suddetto decreto, infatti, si parla di "autorità competenti" con il potere di adottare altre misure oltre a quelle tassativamente indicate dall'articolo 1.

La disposizione in esame presenta carattere generico e non specifico, e questo ha generato il susseguirsi di una lunga serie di ordinanze *contingibili e urgenti* emanate dai Presidenti di Regione che, spesso, apportavano l'imposizione di misure sempre più limitative della libertà dei cittadini, risultando più rigide e in contrasto con quelle nazionali.

Con l'obiettivo di rimediare al clima di incertezza e alla crescente diffusione del Covid-19, il Governo emana il decreto-legge del 25 marzo 2020 n.19 il quale, oltre a fornire una definizione precisa delle possibili tipologie di restrizioni da attuare, tenta di fare chiarezza sui rapporti tra Stato e Regioni, questi ultimi disciplinati dall'articolo 117 della Costituzione.

L'interazione tra le due forme di governo avviene, in sostanza, mediante due forme di partecipazione dell'ente regionale alla gestione dell'emergenza.

Il terzo e ultimo capitolo riguarda, invece, l'effettiva gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 da parte dello Stato e delle Regioni, soffermandosi sulla sentenza n.37/2021 emessa dalla Corte Costituzionale sulla Legge Regionale della Valle d'Aosta n. 11/2020, dopo che, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ne ha promosso la questione di legittimità costituzionale.

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA SALUTE FRA COMPETENZE STATALI E REGIONALI

1.1 La tutela della salute nel sistema costituzionale italiano

Il diritto alla salute viene definito dalla Costituzione italiana quale diritto “*fondamentale*”² dell’individuo. Detta definizione è direttamente desumibile dal tenore letterale dell’articolo 32 della Costituzione stessa, il quale così recita: “*La Repubblica tutela la salute quale fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”³. E’ percepibile una certa complessità relativa al contenuto di tale diritto riconosciuto e garantito dalla Costituzione nei confronti di ciascun individuo: il benessere psico-fisico inteso in senso lato, attraverso il quale si identifica la salute, si concretizza nella tutela costituzionale dell’integrità psico-fisica e del diritto della c.d. “libertà di cura”, quest’ultimo consistente nel diritto ad essere curato e nel diritto a non essere curato.

Ai fini di una più agevole comprensione dell’argomento, si ritiene opportuno procedere con l’analisi del suddetto articolo a cominciare da un aspetto molto importante: secondo quanto emerge dal tenore letterale dell’articolo 32 della Costituzione, il diritto alla salute è concepito da quest’ultima sia quale interesse individuale sia quale interesse della collettività; pertanto, vige in capo allo Stato il dovere di astenersi da azioni potenzialmente lesive di tale diritto.

Il diritto alla salute è, dunque, un diritto “fondamentale” ma anche “proteiforme” in quanto garanzia di una molteplicità di situazioni soggettive alla luce delle varie disposizioni costituzionali⁴. Tra queste, per la sua particolare rilevanza, spicca anzitutto quella relativa alla tutela dell’integrità psico-fisica dell’individuo: questa era già stata prevista dal legislatore come “divieto di disposizione del proprio corpo” negli anni precedenti all’entrata in vigore della Costituzione italiana. Si tratta di norme che, dunque, miravano alla conservazione dell’integrità biologica dell’individuo, prevedendo le dovute sanzioni con l’obiettivo di prevenire e contrastare eventuali atti lesivi (anche solo potenzialmente) del bene “salute”. A titolo esemplificativo, si potrebbe far riferimento all’articolo 5

⁴ Si veda, ad es., l’art. 4: “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. [...]*”; oppure l’art. 5: “*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia e del decentramento.*”

del Codice civile rubricato “atti di disposizione del proprio corpo” o agli articoli 581 e 582 del Codice penale rubricati rispettivamente “percosse” e “lesioni”.

Con l’entrata in vigore della Costituzione, l’integrità psicofisica diviene una nuova “condizione” da garantire. Il rapporto tra salute e integrità psico-fisica ha generato un dibattito nel quale la dottrina appare divisa: una parte di essa ritiene che salute e integrità siano due concetti non sovrapponibili in quanto assolutamente convinta del fatto che una lesione del bene “salute” non generi necessariamente una lesione dell’integrità psico-fisica⁵; altra parte della dottrina si pone in una posizione di contrapposizione rispetto a questa teoria, ritenendo che la tutela psico-fisica rientri nella sfera della tutela generale della salute⁶. Si può, comunque, affermare con certezza che la salute è oggetto di interessi e diritti attribuibili all’uomo considerato nel suo complesso, e dunque nell’ambito della tutela fisica, sociale e psichica.

A questo punto, è interessante indagare sul significato del diritto della c.d. “libertà di cura”: cosa vuol dire, dunque, avere diritto alla libertà di cura? In linea generale, vuol dire avere diritto ad essere curato ma anche a non essere curato. Quest’ultimo significato potrebbe sembrare un po’ paradossale: se la Costituzione “*garantisce cure gratuite agli indigenti*”⁷, e quindi pone tutti i cittadini nelle condizioni di ricevere tutte le cure di cui hanno bisogno, che senso avrebbe non curarsi? In realtà, proprio perché la democrazia fornisce ai suoi cittadini la libertà di scelta, un individuo deve essere libero di scegliere sia di curarsi sia di non curarsi, e questa potrebbe essere ritenuta la massima espressione di libertà e democrazia alla luce della rilevanza giuridica del diritto alla salute e del diritto alla vita. A tal proposito, si parla più precisamente di “libertà della scelta terapeutica”: il diritto di scegliere di essere sottoposto o meno ad una determinata terapia appartiene, dunque, indistintamente a ciascun individuo che sia perfettamente capace di intendere e di volere, e si esplica in una sorta di “autodeterminazione” dell’individuo che, nonostante il mancato espresso richiamo all’interno della Costituzione, presenta una forte connessione con il secondo comma dello stesso articolo 32 della Costituzione: in tal modo si è resa possibile la risoluzione di molteplici problematiche giuridiche, tra cui il rifiuto di cure mediche per ragioni legate al credo religioso ritenuto ammissibile e legittimo a tutti gli effetti e sotto ogni punto di vista in quanto non è possibile, secondo quanto emerge dallo stesso secondo comma dell’art. 32 della Costituzione, imporre trattamenti sanitari lesivi della dignità e privi di qualsiasi giustificazione legata all’esigenza di tutelare la salute altrui. Inoltre, al fine di qualificare l’intervento medico come “legittimo” è necessario che il paziente venga correttamente informato dei rischi e degli scopi delle terapie alle quali si sottoporrà, nonché delle eventuali e ulteriori alternative possibili.

⁵ G. Gemma, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1977, pp.254 ss.

⁶ A. De Cupis, *Integrità fisica*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, pp. 1-2.

⁷ Art. 32, primo comma, Costituzione italiana, www.senato.it consultato il 22 dicembre 2021.

E' interessante, a questo punto, analizzare il secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, secondo il quale: *“Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*⁸. Si evince, dunque, che *“la salute individuale è preminente rispetto a quella collettiva”*⁹ che *“rende inaccettabile un sacrificio della prima se non in presenza di rischi per la salute della comunità in generale”*¹⁰; ne deriva che i trattamenti sanitari obbligatori non possono avere dei risvolti negativi su chi vi si sottopone e l'autodeterminazione dell'individuo appare, in tal caso, limitata dall'imposizione dei trattamenti sanitari obbligatori per soddisfare le esigenze altrui, in forza del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra i valori.

A tal proposito, è meritevole di particolare attenzione la questione relativa ai trattamenti sanitari obbligatori, soprattutto alla luce della rilevanza che essi hanno acquisito in questo particolare periodo storico.

Il “trattamento sanitario obbligatorio” (in acronimo “tso”) è stato definito dalla dottrina costituzionalistica come *“ogni attività di carattere diagnostico o terapeutico volta a prevenire o a curare una malattia, laddove si tratti di una misura resa obbligatoria da una legge”*¹¹. La dottrina ha interpretato il concetto di “trattamento sanitario” in senso lato: detto concetto comprenderebbe, dunque, i trattamenti sanitari in senso stretto (i quali possono essere definiti quali *“atti, diversi dagli accertamenti sanitari, che l'esercente una professione sanitaria compie su una persona allo scopo di tutelarne direttamente la salute”*¹²), consistenti, secondo Panunzio e Modugno *“in tutte quelle attività diagnostiche e terapeutiche rivolte a prevenire o a curare le malattie”*¹³.

⁸ Art. 32, secondo comma, Costituzione.

⁹ G. Buonanno, *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana*, www.diritto.it, 10 marzo 2021, consultato il 23 dicembre 2021.

¹⁰ Si veda la sentenza della C. Cost. 218\1994 dove si afferma l'importanza della tutela dell'altrui salute come elemento che giustifica la sottoposizione a trattamenti obbligatori.

¹¹ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017; A. Negroni *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista Aic*, n.4, 2017; A.M. Sandulli, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, 1978, p. 508; S.P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., pp. 900-901; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 30-31; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., pp. 52-53; L. Mezzetti, A. Zama, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., pp. 336 ss.; P. Perlingieri, P. Pisacane, Art. 32, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001, p. 207; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., pp. 172 ss.; E. Cavasino, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 5961.

¹² A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017; Cfr. M. Zagra, A. Argo, *Accertamento e trattamento sanitario obbligatorio*, in M. Zagra, A. Argo, B. Madea, P. Procaccianti, *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, Milano 2011, p. 231.

¹³ S. P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in cui l'autore osserva, altresì, come *“il progresso della scienza medica sotto l'aspetto farmacologico – anche per quanto riguarda l'utilizzazione di sostanze chimiche – ha fatto sì che la rilevanza del trattamento medico sotto il profilo della sua incidenza sull'organismo del paziente non dipende affatto dalla durata nel tempo del trattamento stesso, o dal grado – per così dire – di violenza esterna o di dolorosità”*, cit., pp. 900-901; F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, il quale nel definire i trattamenti sanitari obbligatori, si esprime in tal senso: *“tutte le attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o a curare le malattie, a nulla rilevando l'istantaneità, la durata, il grado di violenza esterna o la dolorosità, per ammettere o escludere dalla categoria generale e comprensiva, contemplata nell'art. 32 cpv. Cost., l'una o l'altra specie di trattamento (dalla*

Il diritto positivo comprende varie tipologie di trattamento, “per quanto gli unici grandi corpi normativi in cui a oggi siano previsti tali trattamenti siano quelli delle malattie mentali, con il tso per malattia mentale, peraltro l’unico rilevante esempio di tso coattivo previsto dall’ordinamento (disciplinato dalla legge 13 maggio 1978, n. 180 e dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833, che agli articoli 33, 34 e 35 detta disposizioni in materia di accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori) e delle vaccinazioni (la cui disciplina è stata di recente profondamente innovata dal decreto legge n. 73/2017, convertito dalla legge 31 luglio 2017, n. 119)”¹⁴.

Abbiamo appena detto che la salute, oggetto di tutela dell’articolo 32 della Costituzione, comprende e garantisce una molteplicità di situazioni soggettive che rendono possibile descriverlo come “diritto sociale” e diritto alla libertà”; precisamente, il diritto alla salute si riferisce al diritto di ciascun individuo a non subire comportamenti pregiudizievoli per la sua salute da parte di terzi e il diritto ad essere curato e a rifiutare le cure. E’ importante sottolineare che il diritto alla libertà di cura (inteso come diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, ad eccezione di quelli obbligatori, e come diritto di scegliere tra varie opzioni di cura) è fortemente legato al diritto alla salute, dal momento che “il profilo, per così dire, di libertà di cura, a meno di non configurarlo come situazione meramente astratta, è strettamente embricato con quello sociale-prestazionale, in quanto senza un apparato organizzativo che assicuri tali prestazioni (di cura, ma altresì di prevenzione e riabilitazione) la libertà stessa viene meno e la salute è compromessa o violata”¹⁵. Il diritto alla salute implica, altresì, la pretesa di ciascun individuo “a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio il bene salute”¹⁶.

La salute, però, non deve essere intesa semplicemente come l’assenza di malattia o di lesioni dell’integrità fisica, ma anche, come detto precedentemente, una condizione di benessere sia fisico sia mentale. Nell’esprimersi sul noto caso Englaro, la Corte di Cassazione ha evidenziato la nuova dimensione assunta dalla salute, quest’ultima “non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza”¹⁷.

semplice vaccinazione, o somministrazione di un medicinale, alla sottoposizione ad un controllo medico, da un’applicazione singola o saltuaria, a un trattamento prolungato, all’intervento chirurgico, ecc.)”, cit., pp. 303-304.

¹⁴ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017; L’autore precisa che la disciplina delle vaccinazioni è stata innovata dal decreto- legge 73/2017 e che i trattamenti sanitari obbligatori di cui agli articoli 87 e 89 del t.u. n. 1124/1965 devono ritenersi superati e inapplicabili.

¹⁵ R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 539.

¹⁶ Corte cost., sentenza n. 218/1994

¹⁷ Cassazione civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748

In definitiva, è opinione oramai largamente condivisa in dottrina che, secondo una lettura combinata di primo e secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, “*nell'imposizione (a opera di una legge) di un trattamento sanitario obbligatorio interesse dell'individuo alla salute e interesse della collettività alla salute debbano coesistere*”¹⁸: questo vuol dire che, quando la legge prevede un trattamento sanitario obbligatorio, non lo prevede mai solo nell'interesse dell'individuo, ma anche per salvaguardare la salute della collettività e per prevenire un eventuale danno su di essa. Questo perché l'articolo 32 della Costituzione intende, come detto precedentemente, il diritto alla salute quale interesse individuale e quale interesse della collettività. Pertanto, la tutela della salute individuale (intesa nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio non deve avere intaccare negativamente la salute di chi vi viene sottoposto) e la tutela della salute della collettività (intesa nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio si pone come obiettivo primario quello prevenire un pericolo o un danno per la salute della collettività) sono entrambe condizioni necessarie (anche se non sufficienti) a legittimare, sul piano costituzionale, la previsione *ex lege* di un trattamento sanitario obbligatorio¹⁹. Al riguardo è significativo il parere di Modugno, per il quale: “*Le sole limitazioni costituzionalmente consentite [al diritto alla salute dell'individuo] sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell'esercizio di quel diritto individuale [alla salute]. Così, sarà legittimo che i pubblici poteri, sempre però sulla base di una legge, obblighino gli individui a sottoporsi a determinati trattamenti sanitari a fini di tutela della salute collettiva (art. 32 cpv.), limitando o anche coartando il diritto individuale alla disponibilità del proprio corpo*”²⁰. Anche la Corte Costituzionale sembra essere dello stesso parere, la quale, in più occasioni, ha ribadito la legittimità dell'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori in caso di sussistenza della necessità di salvaguardia della salute individuale e della salute collettiva²¹.

¹⁸ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017

¹⁹ In tal senso L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 109 ss.; D. Vincenzi Amato, *Art. 32, 2° comma*, cit., pp. 172 ss.; A.M. Sandulli, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., p. 517; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., p. 782; F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., pp. 311 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 62 ss.; A. Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, pp. 3209 ss.; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., p. 93; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., p. 176; C. Tripodina, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, pp. 4069 ss.; L. Carlassare, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in www.costituzionalismo.it, 2009; B. Barbisan, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in www.astrid-online.it, 2009, pp. 8 ss.; V. Pugliese, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, in *Rivista penale*, 2009, pp. 31 ss.; A. D'Aloia, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 241 ss.; P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 154-155.

²⁰ F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., pp. 311-312.

²¹ Ad esempio, la sentenza n.307/1990 della Corte Costituzionale in cui si dice: “*la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a*

Dunque, l'imposizione *ex lege* di un trattamento sanitario obbligatorio è legittima solo se la sua obbligatorietà è finalizzata a impedire che la salute di un singolo individuo possa danneggiare la salute del resto della collettività, ma sempre a condizione che detto trattamento non danneggi la salute di chi vi si sottopone. Si tratta di una condizione molto importante che costituisce un limite costituzionale all'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori da parte della legge: qualora non vi sia un reale interesse collettivo alla salute – e, precisamente, qualora la scelta di non sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario non costituisca un potenziale danno e pericolo per la collettività – non sarà possibile ricorrere alla legge per imporre un trattamento sanitario obbligatorio in quanto detta legge sarebbe incostituzionale. Lo stesso ragionamento, in realtà, vale anche qualora un trattamento sanitario arrechi danno alla salute di chi vi si sottoponga: detto trattamento non potrà essere reso obbligatorio per legge in quanto quest'ultima risulterebbe incostituzionale. Al riguardo, è interessante il parere di Diana Vincenzi Amato, la quale afferma che l'interesse collettivo che legittima l'obbligo di curarsi è costituito da un “interesse che, nel contesto limitato alla salute in cui si muove l'art. 32, non può essere altro che quello della salute degli altri”²² e “non, si badi bene, l'interesse più generale e generico che la collettività, in astratto, ha alla salute e al benessere dei propri membri”²³.

Alla luce di quanto detto fin qui, si evince che, con riferimento alla tutela della salute ex articolo 32 della Costituzione, in virtù della situazione di libertà garantita da quest'ultima e in virtù del principio del *favor libertas* costituzionalmente garantito, ogni individuo è libero di scegliere se sottoporsi o meno ad una determinata cura ed è, altresì, libero di non effettuare alcuna scelta al riguardo e di rimanere estraneo alla medicina e alle sue pratiche: nessuna legge potrà, dunque, imporgli la sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario contro la sua volontà, ad eccezione delle ipotesi nelle quali la permanenza della situazione patologica non sia dannosa per la salute della collettività, quest'ultima da intendersi non solo come un generico interesse della collettività, ma anche e soprattutto quale “interesse della collettività direttamente rilevante nella sfera della tutela della salute, sfera in cui si deve collocare necessariamente, a norma di Costituzione, la materia dei trattamenti sanitari obbligatori”²⁴.

preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”; nello stesso senso anche le sentenze della Corte costituzionale nn. 218/1994; 258/1994; 118/1996; 27/1998; 107/2012.

²² D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2469.

²³ D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2469. Cfr. anche M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., pp. 781-782; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 386.

²⁴ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017; Cfr. L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 110-111; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost., cit.*, p. 9.

La legittimità costituzionale dell'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario potrebbe indurre a pensare che il nostro ordinamento preveda, in fondo, anche una sorta di dovere giuridico alla salute, quest'ultimo consistente nell'imposizione a un individuo a tutelare la propria salute attraverso il ricorso a trattamenti sanitari e, più in generale, rispettando determinate condotte, senza in alcun modo mettere in pericolo o danneggiare la salute della collettività²⁵. In realtà, è opinione largamente condivisa dalla dottrina maggioritaria negare l'esistenza della previsione, anche indiretta, di un dovere giuridico di tutela e cura della salute: dal momento il nostro ordinamento non prevede un dovere generale in capo agli individui di mantenere una buona condizione psico-fisica, né tanto meno esiste una sanzione in caso di violazione – in quanto, non esistendo un dovere da rispettare non avrebbe senso prevedere una sanzione –, *“ne consegue che il sacrificio della libertà individuale che un trattamento sanitario obbligatorio comporta sia accettabile e costituzionalmente legittimo solo in presenza di rischi per lo stato di salute dell'insieme degli altri consociati”*²⁶. Pertanto, deve ritenersi superata qualsiasi tesi che riconosca una qualche esistenza di un dovere alla salute, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 438/2008 che ha collocato nell'ambito dei principi costituzionali il diritto al consenso informato.

Il consenso informato è stato definito dalla Corte Costituzionale come *“quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico”*²⁷, la quale *“si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*²⁸.

A questo punto, parlando di consenso informato è inevitabile affrontare il discorso relativo alle “disposizioni anticipate di trattamento” (c.d. “DAT”) a cominciare dalla legge n.219/2017.

La legge n.219/2017 detta la disciplina relativa al consenso informato e ne regola il contenuto riconoscendo, in sostanza, il diritto di esprimere in anticipo le proprie volontà circa determinati trattamenti sanitari futuri mediante ricorso a disposizioni anticipate di trattamento (c.d. testamento biologico). L'oggetto di detta legge è costituito da profili che interessano anche la tutela della salute: rispetto ad essi, però, la competenza normativa regionale incontra ancora dei limiti, e questo è

²⁵ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in Rivista Forum di Quaderni Costituzionali, 1° novembre 2017; Cfr. G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Cisu, Roma, 1995, pp. 20 ss.

²⁶ A. Negroni, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in Rivista Forum di Quaderni Costituzionali, 1° novembre 2017; Cfr. M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., pp. 780 ss.; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, cit., pp. 536 ss.; D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., pp. 2466 ss.; G. Gemma, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in Rivista Aic, 2017.

²⁷ Corte Costit., sent. n. 438/2008

²⁸ Corte Costit., sent. n. 438/2008

confermato dalla giurisprudenza costituzionale che, attualmente, non ammette margini di manovra per i legislatori regionali, soprattutto con riferimento al consenso informato. La sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008 di cui sopra, ricostruisce il diritto di un individuo di prestare il proprio libero e informato consenso ai trattamenti terapeutici, il quale trova la sua matrice negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione. Il diritto al libero e informato consenso ai trattamenti sanitari terapeutici è definito dalla stessa Corte Costituzionale come un *“momento di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione”*²⁹.

La Corte Costituzionale, inoltre, afferma che il diritto al libero e informato consenso deve ritenersi il principio cardine in tema di tutela della salute e, in quanto tale, rientra nella sfera di competenze legislative dello Stato: pertanto, con sentenza 438/2008, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’articolo 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 rubricata *“Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti”*.

Detto orientamento è stato confermato l’anno successivo, con la sentenza n.253/2009 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge della Provincia autonoma di Trento del 6 maggio 2008 n.4 recante *“Disposizioni in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti”* in quanto difforme da quanto stabilito dal terzo comma dell’articolo 117 della Costituzione, il quale dice chiaramente che *“Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a (omissis) tutela della salute (omissis). Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”*³⁰.

Il discorso appare particolarmente accentuato, almeno negli esiti, con riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento. La Corte è, infatti, stata chiamata a deliberare sulla legittimità della legge regionale del Friuli- Venezia Giulia n.4/2015 recante “Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti” (modificata dalla legge regionale n. 16/2015) e, con sentenza n. 262/2016 ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale. In questa sede la Corte, nonostante abbia riconosciuto che le manifestazioni anticipate di volontà sui trattamenti possano qualificarsi

²⁹ Corte Costit., sent. n. 438/2008

³⁰ Art. 117, terzo comma, Costituzione da www.senato.it

come espressione della libertà di cura, ha dichiarato illegittima la legge in questione non tanto per l'invasione della legge regionale su una materia di competenza dello Stato, ma soprattutto per la violazione del secondo comma, lettera l) della Costituzione che riserva allo Stato l'ambito dell'ordinamento civile. La Corte, infatti, si esprime nel seguente modo: *“data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, ratio ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, disposta dalla Costituzione”*³¹.

Alla luce dell'inquadramento delle disposizioni anticipate di trattamento nell'ordinamento civile, si può osservare che le autonomie regionali sono prive di qualsiasi competenza normativa in materia, ad eccezione di alcuni compiti di mera esecuzione.

Un altro caso molto importante riguarda la legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Anche questa regolamentazione può essere ritenuta come rientrante nella sfera delle competenze dello Stato, in quanto può essere considerata come espressione dei principi fondamentali in tema di tutela della salute. Dal momento la legge in questione non ha determinato un vero e proprio contenzioso tra Stato e Regioni, la Corte Costituzionale non si è espressa sull'ambito di competenza dello Stato: infatti, la sentenza n.162/2014 dichiara l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa e riconosce esplicitamente il valore terapeutico delle tecniche di procreazione medicalmente assistita alla luce della considerazione dell'infertilità o della sterilità quale forma di “disabilità” e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita quali rimedi a tale forma di “disabilità”. Dunque, *“sarebbe difficile non considerare i diritti che tale legge pone, e la loro modulazione, non attinenti a principi fondamentali riguardanti la tutela della salute”*³². Ci si domanda, dunque, che ruolo abbiano le regioni in materia di procreazione medicalmente assistita: le regioni, in questo caso, hanno un ruolo di attuazione di quanto stabilito dalle leggi statali, nonché un ruolo esecutivo circa le conseguenti prestazioni che vengono erogate nelle strutture sanitarie pubbliche e private. L'articolo 10 della legge n. 40/2004 è considerato da autorevole dottrina *“il più significativo intervento di attuazione rimesso alla regolazione regionale”*³³: infatti, la norma in questione attribuisce alle Regioni il dovere di definizione delle norme delle apposite autorizzazioni alle strutture sanitarie pubbliche e private ai fini

³¹ Sentenza n. 262/2016 Corte Costit.

³² D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio costituzionale, Associazione italiana dei costituzionalisti, 29 gennaio 2018, Fasc. 1/2018.

³³ D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio costituzionale, Associazione italiana dei costituzionalisti, 29 gennaio 2018, Fasc. 1/2018.

del trattamento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e dunque anche del regime dei controlli dovuti. In realtà, c'è stato un tentativo di attribuire maggiore spazio alle Regioni con l'inclusione delle pratiche di procreazione medicalmente assistita nei livelli essenziali regionali: infatti, nel periodo precedente alla ridefinizione governativa dei LEA nazionali, i trattamenti di procreazione medicalmente assistita non erano previsti in essi. Ma questo non ha impedito alle Regioni di farsi carico del sostegno economico nei confronti dei propri cittadini intenzionati al ricorso alla procreazione omologa. Dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, le Regioni avevano manifestato la loro volontà di approfondire un impegno analogo anche rispetto ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nel documento con il quale la Conferenza delle Regioni, in data 25 settembre 2014, aveva provveduto alla definizione di una tariffa convenzionale unica che riguardava le prestazioni della procreazione medicalmente assistita eterologa, *“da utilizzare nelle regioni e per la relativa compensazione della mobilità interregionale”*³⁴. Nonostante ciò, le conseguenze concrete che ne derivarono sono state disomogenee e contenute a livello territoriale, perché solo alcune Regioni hanno dato seguito all'impegno assunto: questo risultato era abbastanza prevedibile, in quanto la maggior parte delle autonomie regionali sono soggette al piano di rientro della spesa in materia sanitaria e, per i vincoli che ne derivano, non si trovano nelle condizioni di destinare risorse ai trattamenti non previsti dai LEA nazionali. L'episodio dell'impegno regionale di offrire un sostegno economico alle coppie che decidono di ricorrere ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita ha dimostrato, ancora una volta, che gli spazi di autonomia regionale in materia devono sempre *“fare i conti con l'ineliminabile rilevanza unitaria della protezione del diritto alla salute – perfino rispetto a quelle scelte che prima facie sembrerebbero ricadere nella discrezionalità delle valutazioni (e delle diversificazioni) regionali”*³⁵. In questo caso, il riferimento è al caso del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 3297/2016, ha confermato quanto deliberato dal Tar Lombardia nella sentenza n. 2271/2015, con la quale erano state dichiarate illegittime le delibere con le quali la Giunta della Regione Lombardia aveva stabilito che le spese per la i trattamenti di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo dovevano essere coperte per intero dalle coppie interessate.

La sentenza n. 3297/2016 del Consiglio di Stato è significativa in quanto sottolinea un aspetto molto importante: la pronuncia in esame, infatti, ritiene che le norme sui trattamenti di procreazione medicalmente assistite debbano essere necessariamente qualificate come relative ad un trattamento

³⁴ Documento della Conferenza delle Regioni, *“Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa”*, del 25 settembre 2014.

³⁵ D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio costituzionale, Associazione italiana dei costituzionalisti, 29 gennaio 2018, Fasc. 1/2018.

terapeutico vero e proprio; pertanto, *“la Regione deve garantire ragionevolmente il medesimo trattamento a tutti i soggetti che versino nella stessa sostanziale situazione di bisogno, a tutela del nucleo irriducibile del diritto alla salute (art. 32 Cost.), quale diritto dell’individuo e interesse della collettività, o di altri costituzionalmente rilevanti – qui, in particolare, quelli di cui agli artt. 2, 3, 29 e 31 Cost. – e in applicazione, comunque, del superiore principio di eguaglianza sostanziale sancito dall’art. 3, comma secondo, Cost.”*³⁶. Dunque, nonostante la limitatezza delle risorse finanziarie, *“una domanda di prestazione sanitaria che si faccia portatrice di interessi sostanziali parimenti bisognosi di risposta”*³⁷ non può passare inosservata all’amministrazione regionale. Alla luce di queste colonne portanti della disciplina costituzionale, il Consiglio di Stato afferma la non rilevanza della mancata previsione della fecondazione eterologa nei LEA ai fini della legittimità della decisione della Regione Lombardia.

1.2 Competenze regionali sulla tutela della salute: i tratti distintivi del modello costituzionale dopo la revisione del 2001

Prima della riforma costituzionale del 2001, il Titolo V della Costituzione presentava delle caratteristiche per le quali poteva essere definito come *“il frutto del compromesso tra l’accesso regionalismo degli autori del Progetto e la posizione più cauta dell’Assemblea costituente”*³⁸. Alle Regioni erano attribuite funzioni legislative proprie e funzioni amministrative³⁹, ma le materie di competenza delle Regioni *“erano ritenute di scarso peso”*⁴⁰ a differenza dei controlli dello Stato come, ad esempio, il sistema delle leggi quadro o il controllo di legittimità sugli atti amministrativi regionali, che, invece, si ponevano in una posizione di prevalenza delle decisioni del Governo centrale rispetto a quelle locali.

³⁶ Sent. 3297/2016 Consiglio di Stato.

³⁷ Sent. 3297/2016 Consiglio di Stato.

³⁸ S. Marcazzan, *La riforma del Titolo V della Costituzione: il nuovo ruolo delle Regioni nei rapporti con lo Stato e l’Unione europea*, Collegio europeo di Bruges, Amministrazione in cammino, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2003, p.2.

³⁹ L’articolo 117 prima della riforma costituzionale del 2001, infatti, recava il seguente tenore letterare: *“La regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l’interesse nazionale e con quello di altre regioni: ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla regione; circoscrizioni comunali; polizia locale urbana e rurale; fiere e mercati; beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera; istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica; musei e biblioteche di enti locali; urbanistica; turismo ed industria alberghiera; tramvie e linee automobilistiche di interesse regionale; viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale; navigazione e porti lacuali; acque minerali e termali; cave e torbiere; caccia; pesca nelle acque interne; agricoltura e foreste; artigianato; altre materie indicate da leggi costituzionali. (2) Le leggi della repubblica possono demandare alla regione il potere di emanare norme per la loro attuazione”*. Fonte: Raffronto fra il nuovo testo del Titolo V, parte II della Costituzione (comprensivo delle modifiche introdotte dalle Leggi costituzionali n.1 del 1999 e n.3 del 2001) e il testo previgente (In neretto le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), www.consiglio.provincia.tn.it

⁴⁰ S. Marcazzan, op. cit., p. 3.

Dunque, il Titolo V della Costituzione era abbastanza ambiguo e di difficile interpretazione alla luce della vaghezza delle disposizioni in esso contenute, le quali hanno suscitato non poche perplessità sia in dottrina sia in giurisprudenza. Non sarebbe, pertanto, errato affermare che prima della revisione costituzionale del 2001, il Titolo V si prestasse ad una “doppia lettura”: da un lato, le norme costituzionali avrebbero offerto alle Regioni l’opportunità di qualificarsi come enti di governo che esercitano una propria autonomia politica attraverso il ricorso a leggi e atti generali di indirizzo; dall’altro, le norme costituzionali in questione relegavano alle Regioni il ruolo di enti di amministrazione soggetti, nelle proprie materie di competenza, alle leggi e alle direttive del Governo centrale.

Emergono, dunque, una serie di interrogativi e contraddizioni che portarono, già a partire dagli anni Ottanta, alla formulazione di proposte con l’obiettivo di ampliare l’autonomia politica delle Regioni nell’ottica di un processo di riforma costituzionale: tali proposte sono state analizzate dalla Prima Bicamerale e dalla Seconda Bicamerale che erano le due Commissioni parlamentari istituite nell’arco temporale compreso tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta per le riforme istituzionali. Alla Terza Bicamerale furono attribuiti compiti di portata più ampia rispetto a quelli attribuiti alla Prima e alla Seconda, nonostante la legge istitutiva non facesse alcun cenno ad un “*progetto organico di revisione costituzionale*”, ma parlasse di “*progetti di revisione della seconda parte della Costituzione*”, annacquandone almeno parzialmente la portata innovativa. Tuttavia, la legge n. 59/1997, nota come “legge Bassanini” è stata una vera svolta per “*la ristrutturazione territoriale «a Costituzione invariata», quale quella imposta al legislatore*”⁴¹.

Per quanto riguarda i rapporti tra Regioni, Stato e Unione europea, la Terza Bicamerale aveva elaborato un progetto di revisione costituzionale che proponeva la rivisitazione dell’intero sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, tentando di sancire formalmente il processo di integrazione comunitaria – che, a livello di interpretazione giurisprudenziale, trovava le sue basi solo nell’articolo 11 della Costituzione – mediante un “*Europa Artikle*”. A tal fine, si pensava alla realizzazione di un Titolo VI, rubricato “Partecipazione dell’Italia all’Unione europea”, nel quale all’articolo 114 sarebbe stato stabilito che “*L’Italia partecipa, in condizione di parità con gli altri Stati e nel rispetto dei principi supremi dell’ordinamento e dei diritti inviolabili della persona umana, al processo di integrazione europea*”. L’intenzione, dunque, era quella di “costituzionalizzare” l’appartenenza dell’Italia all’Unione europea, ferma restando l’esplicitazione dei cosiddetti contro-limiti alle limitazioni di sovranità. Tuttavia, il Titolo VI e le disposizioni dell’art. 114 non sono mai state realizzate, ma alla Commissione Bicamerale deve comunque riconoscersi il merito di aver

⁴¹ S. Marcazzan, op. cit., p. 4.

indirizzato il dibattito su questioni particolarmente rilevanti dal punto di vista giuridico e di aver contribuito alla definizione delle nuove previsioni costituzionali contenute nel Titolo V.

Con riferimento alle competenze regionali sulla tutela della salute, le prime forme di tutela della salute risalgono a strutture sanitarie che erano gestite dalla Chiesa cattolica fin dal tardo-rinascimento, in cui salute era ritenuta un problema di ordine pubblico. La prima riforma di sistema avvenne con la riforma Crispi attuata con legge n. 6972/1890, alla quale viene riconosciuto il merito di aver introdotto *“una nuova disciplina per le istituzioni di assistenza e beneficenza, con tratti tendenzialmente uniformi per quanto concerne la cura dei soggetti indigenti”*⁴²: le strutture, però, erano sempre private e i poteri pubblici non avevano alcun compito di tutela attiva della salute.

Successivamente, il R.D. n. 636/1907 e il R.D. n. 1265/1934 tentarono di istituire un sistema organico della normativa sanitaria. A distanza di pochi anni, il d.lgs. n. 417/1945 introduce la figura dell'Alto commissariato per l'igiene e la sanità pubblica, presso la Presidenza del Consiglio (e non presso il Ministero dell'Interno), al quale fu attribuito il ruolo di gestione e coordinamento delle funzioni statali in materia sanitaria⁴³. A ciò seguì l'istituzione del Ministero della sanità grazie alla legge n. 296/1958, al quale furono attribuite funzioni di controllo e vigilanza rispetto a soggetti pubblici e privati, nonché la cura dell'intera organizzazione decentrata dei servizi sanitari⁴⁴.

Un altro intervento normativo molto importante fu la riforma ospedaliera del 1968 attuata con legge n. 132/1968 (cd. “riforma Mariotti”), alla quale si deve l'istituzione degli enti ospedalieri, quali *“enti pubblici che istituzionalmente provvedono al ricovero ed alla cura degli infermi”*⁴⁵, con l'obiettivo di creare un unico soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie. Il primo comma dell'articolo 1 della legge 132/1968 stabilisce che *“l'assistenza ospedaliera pubblica è svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente dagli enti ospedalieri”*; pertanto, l'ente ospedaliero si configura quale erogatore universale delle prestazioni sanitarie sull'intero territorio nazionale, in capo al quale vige l'obbligo di erogazione delle prestazioni sanitarie nei confronti di ogni individuo che abbia bisogno di cure mediche urgenti. Si tratta di una scelta che si pone *“all'origine della nascita del servizio pubblico sanitario, di cui lo Stato si dà carico”*⁴⁶. Un aspetto interessante parte della riforma Mariotti è la previsione di vari strumenti di pianificazione, tra cui il Piano nazionale ospedaliero quinquennale elaborato dal Ministro della sanità in conformità alle direttive del programma economico nazionale, alle disposizioni contenute nella legge n. 132/1968 e a quelle della legge di programma: detto programma deve definire *“i criteri per l'impiego dei mezzi finanziari”* dello Stato, determinati con la

⁴² L. Cuocolo, A. Candido, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, www.forumcostituzionale.it (a cura di) S. Cassese, 23 settembre 2013, p. 1.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Articolo 2, primo comma, legge 132/1968

⁴⁶ L. Cuocolo, A. Candido, op. cit., p.2

legge di programma disponendo, a tal fine, *“la ripartizione regionale quantitativa e qualitativa dei posti-letto da istituire a spese dello Stato e definisce i criteri territoriali e qualitativi per l'utilizzazione del fondo nazionale ospedaliero”*⁴⁷.

Il percorso di riforma sanitaria di quel periodo avvenne in parallelo all'attuazione del regionalismo: negli anni Settanta, infatti, si assiste all'istituzione di Regioni a Statuto ordinario alle quali fu attribuita la competenza legislativa concorrente in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera. Merita particolare attenzione il d.P.R. n. 616/1977 che definisce espressamente la materia di *“assistenza sanitaria ed ospedaliera”* alla quale vengono ricondotte tutte le funzioni concernenti *“la promozione, il mantenimento ed il recupero dello stato di benessere fisico e psichico della popolazione”*. Significativa è stata la legge n. 833/1978, con la quale viene istituito il Servizio sanitario nazionale: si tratta di una legge-quadro che propone l'unificazione della disciplina della sanità in sostituzione di un sistema complesso ed eterogeneo e che dà attuazione materiale alle disposizioni costituzionali in materia dando vita, pertanto, ad un vero sistema sanitario che tutela indistintamente i cittadini e, a determinate condizioni, anche gli stranieri. Ci fu, dunque, un tentativo di esatta definizione del riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti territoriali minori, delineando un sistema articolato. Le principali competenze statali riguardavano la programmazione nazionale, di *“livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini, l'indirizzo e il coordinamento delle attività amministrative regionali e la quantificazione (a cadenza annuale, con l'approvazione della legge di bilancio) del fondo sanitario nazionale, destinato a finanziare il sistema”*⁴⁸. Alle Regioni furono attribuite importanti competenze legislative concernenti il funzionamento delle Unità Sanitarie Locali, quest'ultime costituenti il cuore della riforma sanitaria. Era, altresì, l'adozione da parte delle Regioni con legge regionale dei Piani sanitari volti alla rimozione degli squilibri esistenti nei servizi e nelle prestazioni del territorio regionale.

Nell'ottica della riforma, i Comuni erano il centro di gestione della sanità, tramite le Unità Sanitarie Locali che dovevano assolvere ai doveri impartiti dal Sistema sanitario nazionale e provvedere *“alla gestione unitaria della tutela della salute”*: l'amministrazione dell'Unità Sanitaria Locale spettava all'Assemblea generale, costituita dal Consiglio comunale, *“qualora l'estensione della Unità Sanitaria Locale non superasse quella del Comune, o comunque dai rappresentanti di più Comuni, qualora il territorio di riferimento della USL fosse ultracomunale”*⁴⁹. In realtà, l'ambiguità dell'Unità sanitaria locale, tra ente ed azienda, sarà la causa principale di nuove modifiche negli anni successivi. La legge n. 833/1978 prevedeva, altresì, sistemi di programmazione *“a cascata”* (il Piano sanitario nazionale e i Piani sanitari regionali) la cui attuazione, in realtà, si è rivelata difficoltosa: a conferma

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ L. Cuocolo, A. Candido, op. cit., p. 3

⁴⁹ Art. 15, terzo comma, della legge n. 833/1978

di ciò, si pensi al fatto che il primo Piano sanitario nazionale ha visto la luce solo 1993, esattamente quindici anni dopo l'istituzione del Sistema sanitario nazionale.

Con il primo comma dell'articolo 1, lettera d) della legge-delega n. 421/1992 si dava autorizzazione al Governo all'emanazione di una nuova disciplina dell'organizzazione delle Unità Sanitarie Locali e al completamento del riordino del Sistema sanitario nazionale, specificando la ripartizione dei compiti tra Stato e Regioni al primo comma dell'articolo 1, lettera c) della medesima legge-delega n. 421/1992. Il Governo, dunque, adotta il d.lgs. n. 502/1992, successivamente "corretto" dal decreto legislativo n. 517 del 1993, ponendo un focus sui seguenti aspetti: *"rilancio della programmazione sanitaria; livelli uniformi di assistenza; ripensamento del ruolo e dell'organizzazione della AUSL; scorporo di alcuni ospedali; responsabilizzazione finanziaria delle Regioni; meccanismi di partecipazione dei cittadini"*⁵⁰. L'articolo 1 del d.lgs. n. 502/1992 stabiliva che il Piano sanitario nazionale dovesse essere *"predisposto dal Governo, sentite le Commissioni parlamentari permanenti competenti per la materia"* e, al secondo comma dell'articolo 1 del d.lgs. n. 502/1992, era stabilito che dovesse essere *"adottato dal Governo entro il 31 luglio dell'ultimo anno di vigenza del Piano precedente"*, *"d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome"*⁵¹, confermando la natura del Piano sanitario nazionale di atto non legislativo sub-primario. Il d.lgs. n. 502/1992 prevedeva, altresì, che, oltre agli *"obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione e le linee generali di indirizzo del Servizio sanitario nazionale"*, il Piano sanitario nazionale dovesse prevedere anche *"i livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale"*, nel rispetto della programmazione socio-economica nazionale e *"in coerenza con l'entità del finanziamento assicurato al Servizio sanitario nazionale"*.

L'importanza del d.lgs. n. 502/1992 è da ricercarsi nella comparsa dei *"livelli essenziali di assistenza"* nella sanità italiana: questi, però, inizialmente non erano propriamente livelli essenziali "di assistenza" ma uniformi. Al d.lgs. n. 502/1992 va, altresì, riconosciuto il merito della creazione di un legame più stretto tra prestazioni sanitarie e vincoli di bilancio, con la previsione della coerenza dei livelli di assistenza rispetto ai fondi destinati al Sistema sanitario nazionale.

La riforma del 1992 si caratterizza principalmente per il ripensamento dell'organizzazione delle Unità sanitarie locali attraverso la regionalizzazione e l'aziendalizzazione del Servizio sanitario. A partire dal 1992 l'Unità sanitaria diviene Azienda (AUSL) qualificata *"come ente strumentale della Regione"*, e non più del Comune: spetta, pertanto, alle Regioni la definizione della disciplina riguardante i principali aspetti di funzionamento e di organizzazione delle AUSL, *"definendo il ridimensionamento del numero delle Unità sanitarie, cui corrisponde l'estensione dell'ambito"*

⁵⁰ L. Cuocolo, A. Candido, op. cit. p. 5

⁵¹ Art. 1, primo comma, del d.lgs. n. 502/1992

*territoriale di operatività delle medesime (ora tendenzialmente coincidente con il territorio della Provincia e non più con quello del Comune), l'articolazione delle Unità in Distretti, il finanziamento delle Unità ed i sistemi di controllo sulle medesime*⁵². La Regione, dunque, diviene protagonista dell'amministrazione sanitaria grazie anche all'introduzione di una nuova disciplina dell'ambito finanziario finalizzata a incentrare nella Regione le responsabilità relative alla spesa sanitaria, prevedendo agli articoli 12 e 13 del d.lgs. n. 502/1992 un Fondo sanitario nazionale - la cui definizione avviene con cadenza annuale mediante la legge finanziaria e la cui distribuzione tra le varie Regioni avviene sulla base di precisi "coefficienti parametrici" – e il cd. "autofinanziamento regionale".

Un altro aspetto molto importante della riforma sanitaria attuata con d.lgs. n. 502/1992 riguarda l'aziendalizzazione. All'AUSL, infatti, viene attribuita una personalità giuridica pubblica e un'autonomia in ambito amministrativo, contabile, patrimoniale, gestionale e tecnico, fermo restando il diritto-dovere di espressione del bisogno socio-sanitario delle comunità locali in capo agli organi rappresentativi: viene, dunque, eliminata la confusione tra l'ente strumentale e l'ente territoriale di riferimento. Con riferimento agli organi, la riforma attuata con d.lgs. n. 502/1992 prevede la gestione dell'Azienda da parte di una "triade" composta da un Direttore generale coadiuvato da un Direttore amministrativo e da un Direttore sanitario. La scelta del Direttore Generale spetta al Presidente della Giunta regionale tra gli iscritti in un elenco *ad hoc* con particolari qualificazioni tecniche. La scelta del Direttore sanitario e del Direttore amministrativo spetta, invece, al Direttore Generale.

Ma la AUSL non è l'unico soggetto competente all'erogazione delle prestazioni sanitarie, in quanto soggetto istituzionalmente tenuto alla garanzia dei livelli di assistenza ex articolo 1 d.lgs. n. 502/1992 nel proprio territorio, a prescindere dall'erogazione diretta o meno delle prestazioni. Questo per due ragioni. In primo luogo, con la riforma viene superato il precedente assetto che aveva inglobato nelle Unità sanitarie tutti gli enti ospedalieri che li aveva ridotti a meri presidi delle Unità Sanitarie Locali; la riforma del 1992, invece, prevede la costituzione, a determinate condizioni, degli ospedali in Aziende ospedaliere autonome e indipendenti dalle AUSL. In secondo luogo, le strutture sanitarie private acquistano maggior rilevanza in quanto possono erogare per conto del Sistema sanitario nazionale prestazioni sanitarie secondo il meccanismo dell'accreditamento istituzionale, che sembra richiamare i caratteri dell'*accréditation* francese: pertanto, soddisfacendo determinati requisiti qualitativi, la struttura privata può essere scelta dal paziente in alternativa alla struttura pubblica.

A questo punto, è interessante proseguire il discorso con le novità della riforma costituzionale del 2001 con riguardo alle competenze regionali sulla tutela della salute.

⁵² L.Cuocolo, A. Candido, op. cit., p. 5

Alla luce di quanto detto fin qui, si potrebbe dire che il regionalismo sanitario esisteva anche prima della riforma della seconda parte del Titolo V della Costituzione attuata con legge costituzionale n. 3/2001⁵³ costituendo, in tal modo, una sorta di anticipazione di quest'ultima.

Tuttavia, non si può negare che alla suddetta riforma debba essere riconosciuto il merito di aver consolidato e rafforzato *“quell’opzione regionale, in un quadro complessivo di distribuzione delle competenze tra enti territoriali che valorizzava l’autonomia senza escludere momenti di sintesi, di uniformità e di garanzia riconosciuti allo Stato (legislatore e non legislatore)”*⁵⁴. Alla legge costituzionale n.3/2001 deve essere, altresì, riconosciuto il merito di aver introdotto delle novità importanti nell’ambito della coordinata orizzontale del riparto della funzione legislativa nel settore della sanità; nonché novità entro l’ambito della coordinata verticale del medesimo e quelle poste a garanzia delle istanze unitarie e alla salvaguardia delle dinamiche di collaborazione tra Stato e regioni nella sanità.

Per quanto riguarda il primo aspetto delle novità introdotte dalla presente riforma, si ritiene opportuno, anzitutto, sottolineare che quest'ultima ha ampliato notevolmente la sfera di competenze legislative delle regioni: si può osservare, infatti, che l’originaria espressione *“assistenza sanitaria ed ospedaliera”* è stata sostituita dall’espressione *“tutela della salute”*, attualmente rientrante nelle materie di legislazione concorrente ex articolo 117, terzo comma, della Costituzione. E’ opinione oramai pacifica e consolidata nella giurisprudenza costituzionale⁵⁵ che si tratta di una materia di portata nettamente più ampia rispetto a quella prevista dal precedente assetto delle competenze, alla luce della sua estensione a tutti i profili potenzialmente incisivi sulla tutela della salute (intesa come diritto individuale e come interesse della collettività) anche in assenza di una valenza propriamente assistenziale.

La riforma costituzionale del 2001, dunque, ha consolidato la tendenza – abbastanza diffusa in quegli anni- a riunificare tutte le materie attinenti alla sanità che le leggi ordinaria avevano precedentemente anticipato, consentendo alle regioni la regolamentazione di tutti gli aspetti che, in maniera diretta o indiretta, mirano a tutelare il bene salute. A tal proposito, all’indomani della suddetta riforma, la dottrina ha voluto far notare come il carattere *“teleologico-funzionale”* del nuovo testo dell’articolo

⁵³ D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. 1/2018, 29 gennaio 2018, Associazione italiana dei costituzionalisti. Per un quadro ricostruttivo del regionalismo in sanità, Morana suggerisce nella nota 3 a pagina 3: R. Balduzzi, D. Servetti (a cura di), *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 49 ss., L. Cuocolo, A. Candido, *L’incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 23 settembre 2013.

⁵⁴ D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. 1/2018, 29 gennaio 2018, Associazione italiana dei costituzionalisti, p.3.

⁵⁵ A titolo esemplificativo si vedano: Corte cost., sentt. nn. 270/2005, 181/2006, 328/2006, 162/2007, 207/2010. Per una ricostruzione storica della materia si veda: D. Morana, *Tutela della salute*, in G. Guzzetta, F. S. Marini, D. Morana (a cura di), *Le materie di competenza regionale*. Commentario, Napoli, 2015, 583 ss.

117, terzo comma, della Costituzione altro non fosse che una conferma ulteriore “*dell’avvenuto rafforzamento della competenza legislativa regionale*”⁵⁶.

Da questo punto di vista, dunque, è indubbio che la riforma costituzionale del 2001 abbia garantito “*un’adeguata copertura costituzionale al favor, già espresso dal legislatore ordinario, nei confronti di un SSN immaginato come sistema di servizi sanitari regionali ai quali corrispondono distinti centri di produzione normativa*”⁵⁷.

A seguito dell’entrata in vigore della Costituzione, l’organizzazione del sistema di tutela della salute seguiva il modello dell’assicurazione sociale. Prima di entrare nel vivo dell’attuale Sistema sanitario nazionale, è stato ritenuto opportuno un breve excursus storico.

L’assistenza sanitaria nazionale affonda le sue radici nell’epoca fascista, durante la quale il regime aveva istituito un sistema di assicurazione pubblica che, tra le tutele per i lavoratori, prevedeva anche l’assistenza sanitaria. Successivamente, nel 1953 prende vita l’INPS (Istituto nazionale della previdenza sociale) e fino agli inizi degli anni Sessanta furono istituiti, per ogni categoria professionale e lavorativa, degli enti mutualistici ad hoc, generando, in tal modo, un insieme di realtà ben distinte tra loro. Dagli anni Cinquanta in poi, si face sempre più forte l’esigenza di una politica sanitaria nazionale, finchè nel 1958 venne istituito il Ministero della Sanità. L’arco di tempo compreso tra il 1972 e il 1977 è stato il panorama del trasferimento delle funzioni amministrative in capo alle Regioni e della liquidazione degli enti mutualistici. Precisamente, la legge n.833/1978 istituì il sistema a finanziamento pubblico attraverso la costituzione del Sistema sanitario nazionale: in tal modo, si volle sottolineare ed evidenziare l’importanza centrale del diritto alla salute quale diritto fondamentale Costituzionalmente riconosciuto. Infine, nel 1993 venne istituito l’INAIL (Istituto nazionale per le assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro), ulteriore segnale della centralità del diritto alla salute quale diritto fondamentale costituzionalmente riconosciuto e garantito, nonché l’importanza del lavoratore in qualità di persona umana.

La riforma del 1978 si distinse per il suo espresso richiamo ai “*principi della dignità e della libertà della persona umana, all’universalità dei destinatari, all’equità, all’uguaglianza nell’accesso ai servizi, alla completezza delle prestazioni intesa quale diritto ad accedere a tutti i servizi necessari alla tutela della propria salute in termini di promozione, al mantenimento e recupero della stessa*”⁵⁸.

Meritevole di particolare attenzione è l’articolo 1 della legge n.833/1978, il quale così recita: “*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività*

⁵⁶ R. Balduzzi, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, 67.

⁵⁷ D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. 1/2018, 29 gennaio 2018, Associazione italiana dei costituzionalisti, p.4.

⁵⁸ M.S. Bonomi, Caporedattore dell’Osservatorio di diritto sanitario, *Il diritto alla salute e il Sistema sanitario nazionale*, 30 luglio 2014, www.federalismi.it consultato il 27 dicembre 2021.

*mediante il Servizio Sanitario Nazionale costituito dal complesso delle funzioni, strutture, servizi ed attività destinate alla promozione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione*⁵⁹.

Detta disposizione mette in evidenza l'obiettivo al quale si ispirò la riforma del 1978, e cioè la delineazione di un sistema unitario che realizzasse politiche integrate idonee alla tutela della salute sotto vari punti di vista quali, ad esempio, l'informazione, la prevenzione, la diagnosi, le cure. Il sistema delineato dalla riforma del 1978 attribuisce allo Stato sia doveri di rilievo nazionale (come, ad esempio, il controllo dei prodotti farmaceutici, la determinazione degli indici di salubrità degli alimenti) sia funzioni di *“finanziamento, programmazione nazionale, fissazione di livelli uniformi di assistenza ed un potere di indirizzo e coordinamento nei confronti delle Regioni”*⁶⁰.

In realtà, nonostante l'attuazione dei piani regionali, la mancata adozione del Piano sanitario nazionale ha impedito il raggiungimento di quel *continuum* fondamentale per una garanzia di un governo uniforme e unitario del servizio nazionale: è stato proprio questo il “tallone di Achille” della riforma del 1978.

Dalla seconda metà degli anni Ottanta in poi, emerge una forte esigenza di modificare il modello organizzativo del Sistema sanitario nazionale. Il procedimento di riorganizzazione prende avvio con la legge-delega n.421/1992 in attuazione del d. lgs. n. 502/1992, successivamente in parte modificato dal d.lgs. 517/1993 e integrato con d. lgs. n. 229/1999: l'emanazione di quest'ultimo è avvenuta in attuazione della legge-delega 419/1998 con l'obiettivo di dare avvio ad un processo di razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, prevedendo, altresì, l'adozione di un testo unico per le materie attinenti all'organizzazione e al funzionamento del Servizio sanitario; detto testo unico, però, non è stato mai adottato.

Gli anni Novanta, invece, si sono caratterizzati per interventi finalizzati alla regionalizzazione e aziendalizzazione della sanità: detti interventi sono stati il frutto di una forte esigenza di modificare il modello vigente *“in qualsiasi amministrazione che attribuiva ai vertici politici la piena ed esclusiva competenza dell'esercizio dei poteri dell'ente attraverso atti di indirizzo, di indicazione degli obiettivi e delle finalità da perseguire, nonché di minuta gestione”*⁶¹.

Con riferimento alle materie di riorganizzazione dell'amministrazione generale, la legge n. 142/1990 e il d. lgs. 29/1993 hanno operato una distinzione a livello di competenze molto importante: le competenze c.d. “di indirizzo” spettanti ai vertici politici delle amministrazioni e le competenze c.d.

⁵⁹ Art. 1, legge n.833/1978 in LEGGE 23 dicembre 1978, n. 833 - Gazzetta Ufficiale, www.gazzettaufficiale.it consultato il 27 dicembre 2021.

⁶⁰ M.S. Bonomi, Caporedattore dell'Osservatorio di diritto sanitario, *Il diritto alla salute e il Sistema sanitario nazionale*, 30 luglio 2014, www.federalismi.it consultato il 27 dicembre 2021.

⁶¹ M.S. Bonomi, Caporedattore dell'Osservatorio di diritto sanitario, *Il diritto alla salute e il Sistema sanitario nazionale*, 30 luglio 2014, www.federalismi.it consultato il 27 dicembre 2021.

“di gestione amministrativa” spettanti agli organi della burocrazia, e dunque ai dirigenti che dal punto di vista tecnico-giuridico siano in grado di realizzare gli obiettivi posti dagli atti di indirizzo. Nell’ambito della riorganizzazione della sanità, questo ha generato *“la separazione della gestione dei servizi non solo dagli organi politici, ma anche dall’ente territoriale di riferimento cui competono esclusivamente poteri di governo e di indirizzo del sistema, mentre, l’erogazione dei servizi è attribuita a soggetti ad esso collegati, ma distinti in quanto dotati di propria personalità giuridica e di consistenti autonomie: le aziende sanitarie”*⁶².

Il d. lgs. 502/1992 e successive integrazioni ha dato maggior valore al ruolo delle Regioni, le quali sono diventate *“lo snodo territoriale”*⁶³ del Sistema sanitario nazionale che l’articolo 1 definisce *“complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni ed attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale”*⁶⁴.

1.3 Le garanzie del principio unitario statale del settore sanitario

La riforma costituzionale del 2001, nonostante abbia rafforzato la competenza legislativa regionale, non ha voluto escludere o marginalizzare il ruolo del legislatore statale: infatti, si può correttamente notare come la tutela della salute sia tutt’ora una materia di legislazione concorrente, dal momento che è compito dello Stato determinare i principi fondamentali ai quali le regioni devono attenersi nel dettare la disciplina specifica; ma se è vero che le esigenze di unità ed eguaglianza sostanziale incontrano un primo ostacolo nella tradizionale logica dei principi fondamentali, continuano ad esserci ancora alcuni problemi che erano presenti già nel rapporto principi-dettagli sancito dall’articolo 117 della Costituzione prima della riforma del 2001.

Lo Stato diviene, successivamente, l’unico depositario della clausola di “uniformità” ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex articolo 117, secondo comma, lettera m), nonché l’unico in grado di assicurare la loro effettività attraverso l’esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell’articolo 120, secondo comma, della Costituzione. Lo Stato mantiene, inoltre, il ruolo di co-legislatore nel contesto di una molteplicità di ambiti materiali che incontrano quello della tutela della salute e vi si intrecciano, rendendo arduo e quasi impossibile qualsiasi tentativo di separazione, distinzione o semplicemente di definizione dei confini delle competenze statali e regionali. La tutela della salute non può essere circoscritta solo entro la corrispondente voce del terzo comma dell’articolo

⁶² M.S. Bonomi, Caporedattore dell’Osservatorio di diritto sanitario, *Il diritto alla salute e il Sistema sanitario nazionale*, 30 luglio 2014, www.federalismi.it consultato il 27 dicembre 2021.

⁶³ A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, p. 98

⁶⁴ Art. 1 d.lgs. 229/1999 www.gazzettaufficiale.it consultato il 27 dicembre 2021.

117 della Costituzione, in quanto gli obblighi di tutela derivanti dall'art. 32 Cost. trovano la loro espressione e si sviluppano in vari titoli competenziali. Il sistema si completa considerando ulteriori disposizioni costituzionali altrettanto importanti tra le quali quella sul coordinamento della finanza pubblica rispetto alle esigenze di contenimento della spesa sanitaria.

Ai fini del presente elaborato, meritano particolare attenzione, a questo punto, i “Livelli essenziali nelle prestazioni” (LEP) e i “Livelli essenziali di assistenza sanitaria” (LEA).

I “Livelli essenziali di assistenza sanitaria” sono “un concetto elaborato dal legislatore”: i riferimenti sono rinvenibili nella disciplina legislativa riguardante l'istituzione e le riforme del servizio sanitario nazionale (si veda la legge n. 833 del 1978 e d.lgs. n. 502 del 1992 successivamente modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999) e nella disciplina di riordino dei servizi sociali (legge n. 328 del 2000). I LEA sanitari si possono definire come *“tipologie di assistenza, servizi, prestazioni sanitarie erogate nei campi di assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, distrettuale ed ospedaliera”*. In generale, sono obblighi di servizio pubblico a carico delle Regioni verso i destinatari dei servizi sanitari regionali. Si potrebbe dire che i LEA sono sostanzialmente quello che il legislatore ritiene necessario e sufficiente in un determinato periodo storico, per garantire effettivamente una tutela del diritto alla salute. Questo non significa che il legislatore possa “disporre del livello di effettività del diritto alla salute abbassando troppo il livello di tutela della salute sino ad intaccare il contenuto minimo essenziale (il nucleo duro) del diritto alla salute: in tal caso le scelte legislative sui LEA sarebbero incostituzionali per violazione dell'articolo 32 della Costituzione”. I LEP, al contrario, attualmente costituiscono una categoria appartenente al diritto costituzionale positivo.

Come accennato precedentemente, la riforma costituzionale del 2001 ha introdotto negli articoli 117, secondo comma, lett. m) e 120 secondo comma della Costituzione, l'espressione “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”. Vi è un espresso richiamo anche nella legge costituzionale n. 1/2012, nota come “riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio” che ha apportato delle modifiche agli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione e ha introdotto anche altre disposizioni costituzionali in tema di equilibrio di bilancio.

Altro richiamo lo si può trovare nella legge rinforzata n. 243/2012 contenente disposizioni di attuazione della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio. Le definizioni dei LEA sanitari riscontrabili nelle leggi ordinarie sono state riprese anche dalla giurisprudenza costituzionale per un più agevole inquadramento della nozione di LEP riguardo al diritto alla salute.

La giurisprudenza costituzionale, in particolare, riprende più volte il concetto di “standards”, e precisamente il concetto “di strumenti di tutela dell'uguale esercizio del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale e ammette che possano essere anche standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e di esito e quantitativi, anche specificativi dei LEP”. In altre parole, lo Stato “ha

competenze normative nella definizione dei LEP” e per la garanzia della tutela anche “attraverso l’esercizio dei poteri sostitutivi”. Al riguardo, rileva la sentenza n. 88/2003, in materia di Servizi per le tossicodipendenze (Ser.T), la quale “*individua le sfere di competenza rispettivamente statali e regionali, con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni, in relazione alla disciplina ministeriale dettata con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, del 14 giugno 2002*”⁶⁵. Con questa pronuncia, la Corte costituzionale palesa, con riferimenti chiari e completi, la preesistenza della categoria giuridica dei livelli essenziali rispetto alla definizione contenuta nel secondo comma lettera m) dell’articolo 117 della Costituzione, nella formulazione introdotta dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

Le Regioni, invece, sono competenti a livello legislativo nell’organizzazione dei servizi sanitari e nell’erogazione delle prestazioni e, di conseguenza, anche nell’erogazione dei LEP. E’ compito dello Stato, dunque, definire il finanziamento dei LEP; mentre le Regioni si occupano di finanziare i servizi sanitari regionali (SSR). Queste ultime, in sostanza, hanno la possibilità di prestazioni “oltre” i LEP solo qualora i servizi sanitari regionali riescano ad erogare i LEP in situazioni di equilibrio economico. Alla luce di quanto appena detto, si potrebbe affermare la sussistenza di una relazione da genus a species fra il concetto di LEP e quello di LEA: i LEA sanitari possono essere ascritti entro il quadro concettuale dei LEP.

Ci si domanda, a questo punto, quali problemi applicativi ha generato il riparto di competenze Stato-Regioni in tema di competenze incidenti sul diritto alla salute. Innanzitutto, certamente un elevato livello di conflittualità costituzionale e una difficoltà di definizione del contenuto dei LEP-LEA sanitari. La giurisprudenza costituzionale, chiamata a sindacare sulla costituzionalità di norme che prevedevano le procedure da seguire per definire i LEP/LEA sanitari, ha stabilito la necessità di rispettare il principio di legalità in senso sostanziale per la salvaguardia delle attribuzioni delle Regioni. Questo vuol dire che, in primo luogo, le scelte sui LEP/LEA devono essere definite almeno in linea di massima con lo strumento della legge; in secondo luogo, la legge ha il compito di stabilire le procedure e gli atti ai quali ricorrere per la specificazione dei LEP/LEA, e precisamente “il legislatore ha previsto che i LEP/LEA sanitari sono individuati con un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e sono possibili ulteriori specificazioni dei LEP/LEA con Decreto ministeriale (cfr. es. DM Salute n. 70 del 2015 sugli standards ospedalieri)” ; in terzo luogo, le Regioni, che poi avranno l’obbligo di erogazione dei LEP/LEA sanitari, proprio per questo motivo, devono essere coinvolte a priori nella definizione dei LEP in virtù delle negoziazioni attuate in sede di Conferenza Stato-Regioni: lo Stato, dunque, “deve raggiungere una Intesa con le Regioni e poi rispettare i

⁶⁵ A. Andronio, *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella recente giurisprudenza costituzionale*, www.osservatoriosullefonti.it, 2004, p. 182.

contenuti di questa intesa al momento dell'esercizio delle competenze normative sui LEP, trasferendo negli atti normativi i contenuti dell'Intesa". Precisamente, sono dotati di particolare rilevanza a livello sociale e giuridico i negoziati sul "Patto per la salute", triennale, riguardanti anche il finanziamento dei LEA e che poi vengono travasati in diversi atti normativi dello Stato. Questo perché l'esercizio delle competenze dello Stato sui LEP genera grossi limiti alle competenze regionali, soprattutto per le Regioni con Sistemi sanitari regionali che si trovano in una situazione di dissesto economico nell'erogazione dei LEP. Si tratta di casi in cui, infatti, alla Regione possono essere negati poteri normativi e amministrativi perché inidonea a garantire l'effettività ai LEP. L'autonomia regionale dipende, dunque, dalla capacità di erogazione dei LEP/LEA sanitari, in quanto il bilancio regionale è prevalentemente assorbito dalle spese per il sostegno del Sistema sanitario regionale. La difficoltà nel far fronte alle spese per l'erogazione dei LEP/LEA in sanità è uno dei principali motivi per cui soltanto "alcune Regioni italiane sono riuscite a proporre modelli di servizio sanitario progettati dalla comunità politica regionale". Il resto, invece, soprattutto le Regioni meridionali, non sono riuscite a realizzare un modello sanitario autonomo e, pertanto, sono state assoggettate a piani di rientro e a commissariamenti governativi per assicurare l'erogazione dei LEP

1.4 Il principio di sussidiarietà e di leale collaborazione

Il principio di sussidiarietà si definisce quale principio attinente ai rapporti tra i vari livelli territoriali di potere e implica che, da una parte, le funzioni pubbliche debbano essere svolte dal livello più vicino ai cittadini e, dall'altro, che tali funzioni vengano attratte dal livello territorialmente superiore solo qualora esso sia in grado di svolgerle meglio di quello di livello inferiore.

Il principio di sussidiarietà si è fatto conoscere dall'ordinamento giuridico italiano prima negli anni Novanta con le riforme Bassanini, e poi con la riforma del Titolo V attuata con legge costituzionale n. 3/2001 che lo ha consacrato definitivamente nell'articolo 118 della Costituzione che distingue, a sua volta, la sussidiarietà in senso verticale e la sussidiarietà in senso orizzontale. Con riferimento alla sussidiarietà in senso verticale, il primo comma dell'articolo 118 della Costituzione stabilisce che *"le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza"*. Al quarto comma dell'articolo 118 della Costituzione è, invece, definito il principio di sussidiarietà orizzontale che riguarda i rapporti tra lo Stato (quest'ultimo inteso come insieme dei pubblici poteri) e le formazioni sociali tutelate dalla Costituzione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2 della stessa.

Il principio di sussidiarietà affonda le sue radici nell'ordinamento comunitario, e precisamente nei trattati fondativi come modificati nel 1992 dal Trattato di Maastricht, oggi riformulato e presente nell'art. 5 TUE che definisce il riparto di competenze tra livello di governo sovranazionale e stati membri. In realtà, il richiamo al principio di sussidiarietà nell'ordinamento europeo ha origini ancora più remote, ma si afferma quale principio a carattere generale solo dopo il Trattato di Maastricht.

Il fatto che le radici del principio di sussidiarietà siano rinvenibili nell'ordinamento europeo non deve indurre a pensare e ritenere che detto principio sia stato semplicemente “recepto” o “replicato” dall'ordinamento giuridico italiano: la sua introduzione, infatti, ha determinato un notevole ampliamento della gamma dei principi costituzionali e generali dell'ordinamento implicandone la ricerca di un'interpretazione che ne garantisca una pacifica coesistenza con i valori già affermati. Inoltre, nell'ordinamento giuridico italiano “*il principio di sussidiarietà ha acquisito una dimensione orizzontale che si è aggiunta a quella verticale che è di derivazione più strettamente europea*”⁶⁶.

Il principio di sussidiarietà ha un'ampia valenza relazionale in quanto espressione di potenziali regole concernenti la convivenza ordinata di una pluralità di soggetti tra loro distinti. Il termine “sussidiarietà” deriva dal termine latino “*subsidium*” che vuol dire “aiutare”, “essere di rinforzo rispetto ad altri”. All'interno della stessa definizione, dunque, vi è il riferimento ad una relazione solidale e ha assunto una valenza giuridica solo con la riforma costituzionale del 2001, mentre prima era solo un concetto filosofico, religioso e politico⁶⁷. Dunque, la consacrazione del principio di sussidiarietà nell'articolo 118 della Costituzione ha aperto le porte all'introduzione di nuove potenziali regole che arbitrano il tratto pluralistico della democrazia italiana: effettivamente, si può correttamente affermare che “*sia il pluralismo istituzionale sia quello sociale conoscono un nuovo sistema di regole che permette loro di trovare nuovi strumenti di ordine*”⁶⁸. Il principio di sussidiarietà, che in virtù della corresponsabilità in capo a tutti i soggetti della Repubblica, si somma alle libertà costituzionali che presidiano la pluralità delle autonomie soggettive e la riserva di legge quale fonte della regolamentazione dei rapporti tra le autonomie⁶⁹.

La consacrazione del principio di sussidiarietà nella Costituzione ha creato dei problemi di convivenza con il principio di legalità in quanto, in assenza della previsione del primo, l'unica fonte ordinatoria del pluralismo era la legge. Al riguardo si sono create due posizioni.

Parte della dottrina ritiene che, da un lato, il principio di sussidiarietà possa qualificarsi come misura del principio di legalità o come un vincolo che pone dei limiti all'efficacia della regola sancita dal

⁶⁶ C. Pinelli, *L'ordinamento europeo e italiano*, in Magnani, C., a cura di, *Beni pubblici e servizi in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, 51), aggiungendo così nuove implicazioni.

⁶⁷ P. Massa, I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003.

⁶⁸ P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di democrazia pluralistica*, in Cervati, A.-Panunzio, S.-Ridola, P., a cura di, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, pp. 200-201.

⁶⁹ F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, pp. 76-80.

principio di legalità, in modo tale che, in caso di contrasto delle sfere di azione dei soggetti con il principio di sussidiarietà, il legislatore sarebbe limitato nella ridefinizione della legittimità delle medesime sfere di azione dei soggetti; dall'altro ritiene vero anche il contrario, e cioè che il principio di sussidiarietà deve vivere di norme la cui emanazione avviene nel rispetto e in conformità del principio di legalità e, di conseguenza, i limiti di quest'ultimo non possono essere ignorati dal principio di sussidiarietà. Il principio di sussidiarietà e il principio di legalità sono, pertanto, interdipendenti⁷⁰.

Il principio di sussidiarietà si rivela concorrenziale rispetto al principio di legalità e, pertanto, operante sempre nel momento in cui determinate relazioni intersoggettive non trovano la regola specifica nella legge. Al riguardo si è espresso il Consiglio di Stato, il quale ha affermato che se una relazione intersoggettiva non ha una regola legale di riferimento, *“il principio di sussidiarietà opera autonomamente, non fosse altro perché oggi principio di rango costituzionale”*⁷¹. Questa condizione di piena operatività del principio di sussidiarietà può essere sempre compresa se quel medesimo rapporto sarà assoggettato ad una disciplina proveniente da fonte legale, e questo non può che confermare e dimostrare che l'estensione di uno dei due principi dipende fortemente da quella dell'altro.

Con riferimento al principio di leale collaborazione, esso è definito quale principio in base al quale i vari livelli di governo devono cooperare fra loro perché, anche se esercitano funzioni diverse e hanno una struttura diversa, appartengono al medesimo ordinamento. Detto principio vale anche nei rapporti tra Unione europea e stati membri. Il principio leale collaborazione ha origine giurisprudenziale e di rango costituzionale: esso è stato definito e statuito dalla Corte costituzionale attraverso un percorso tortuoso caratteristico delle vicende del modello originario di regionalismo, fino all'emanazione della legge costituzionale n. 3/2001. La Corte costituzionale e la dottrina si sono occupate di ricercare la prima sostanziale formulazione del principio di leale collaborazione, ma i risultati non sono stati sempre univoci soprattutto a causa della lentezza e della *“scarsa omogeneità della giurisprudenza costituzionale”*⁷² e alla *“sovrapposizione, indotta sia dalla giurisprudenza sia dalla stessa dottrina, fra regionalismo cooperativo e principio di leale collaborazione”*⁷³.

Il processo evolutivo del modello cooperativo italiano ha proceduto lentamente e di pari passo a quello del principio di leale collaborazione. Nonostante la forte influenza della giurisprudenza, anche la dottrina ha giocato un ruolo importante nel processo di identificazione delle caratteristiche del regionalismo cooperativo italiano. Quello che potrebbe essere definibile come “principio

⁷⁰ S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 373 ss.

⁷¹ Cons. St., V, 6.10.2009, n. 6094.

⁷² A. Gratteri, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione*, 2003, p. 4.

⁷³ *Ibidem*.

cooperativo” consiste nell’interpretazione della Costituzione “*in modo da ricavarne un indirizzo di integrazione fra funzioni dello Stato e funzioni delle Regioni che si manifesta, sostanzialmente, attraverso la reciproca partecipazione alle funzioni dell’altro*”⁷⁴.

Fin dalla sua entrata in vigore, la Costituzione è perfettamente a conoscenza di strumenti che presuppongono una compartecipazione fra Stato e Regioni nell’esercizio delle loro funzioni amministrative e legislative. I soggetti territoriali che compongono lo Stato-ordinamento non vivono separatamente ma si integrano con lo Stato unitario e nello Stato unitario. Così come evidenziato dalla Corte costituzionale nelle sue prime pronunce, si tratta di strumenti adatti al contemperamento dei diversi interessi coinvolti; pertanto, è auspicabile il ricorso ad essi ogni qual volta sia necessario regolamentare il rapporto tra Stato e Regioni. Nonostante l’assenza di un’espressa previsione costituzionale, questo carattere di fondo della cooperazione fra Stato e Regioni è stato “*desunto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, e si esprime in diversi istituti giuridici ed in diverse regole che informano le relazioni fra lo Stato e le Regioni*”⁷⁵. Fra questi si palesa anche un altro principio costituzionale non scritto, e precisamente il principio di leale collaborazione che, “*insieme a tutti gli altri strumenti di compartecipazione, segnala la qualità del regionalismo accolto nella Carta costituzionale*”⁷⁶.

La dottrina rinviene le “prime tracce” della leale collaborazione, nella sentenza n. 219/1984 anche se in essa la Corte costituzionale semplicemente auspica che i rapporti fra Stato e Regioni si ispirino, a livello legislativo, al modello cooperativo. Nella sentenza n. 219/1984, il principio di leale collaborazione viene enunciato dalla Corte costituzione in maniera molto più dettagliata rispetto alle pronunce precedenti, anche se vengono ripresi alcuni spunti della sentenza n. 175/1976 sul rapporto tra modello cooperativo e principio di leale collaborazione. La sentenza n. 219/1984 costituisce un passaggio importante nell’affermazione del modello cooperativo; in essa, infatti, si legge l’auspicio “*che nell’applicazione della legge i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscano assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle norme costituzionali*”⁷⁷.

Successivamente, la sentenza n. 94/1985 precede la successiva enunciazione del principio di leale collaborazione tenuto distinto dal generico modello cooperativo, fornendo una prima approssimativa definizione del principio di leale collaborazione e ricercandone il possibile fondamento costituzionale.

⁷⁴ A. Gratteri, op. cit., p.5

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Corte costit., sentenza n. 219/1984

Una svolta importante si ha con la sentenza n. 359/1985, in quanto il principio di leale collaborazione inizia ad essere utilizzato in maniera sistematica dalla Corte costituzionale come strumento per dirimere le controversie che gli si presentano. Nelle sentenze n. 151/1986 e 153/1986 il principio di leale collaborazione si riferisce, in continuità con le sentenze n. 94/1985 e 359/1985, all'intreccio di competenze relative alla tutela del paesaggio derivante dall'articolo 9 della Costituzione. Considerato che l'interesse primario è la tutela del paesaggio, la costruzione logica della sentenza n. 94/1985 sembra non reggere. Il principio di leale collaborazione non si fonda più, riduttivamente, sull'articolo 9 della Costituzione, ma ha una sua esistenza vera e propria, autonoma e indipendente dall'articolo 9 della Costituzione che, in realtà, non fa altro che attribuirgli un rilievo particolare. Dunque, il principio di leale collaborazione esiste di per sé, e questo viene ribadito anche nelle sentenze successive finché, con sentenza n. 550/1990, il principio di leale collaborazione viene enunciato quale "principio costituzionale" e consacrato, successivamente, con la riforma del Titolo V della Costituzione.

Si potrebbe condividere la teoria per la quale la legge costituzionale n.3/2001 abbia dato luogo ad *"una Repubblica delle autonomie, articolata su diversi livelli di governo dotati di autonomia costituzionalmente garantita"*⁷⁸.

Tuttavia, non è corretto affermare che detta riforma abbia realizzato una totale equiparazione tra enti locali e tra enti locali e Stato in quanto, anche da quanto emerge dalla giurisprudenza costituzionale, l'adozione di una riforma costituzionale è consentita solo allo Stato e, inoltre, Comuni, città metropolitane e Province (ad esclusione di quelle autonome) sono prive di potestà legislativa⁷⁹.

Il nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione palesa chiaramente l'intenzione del legislatore di voler equiparare la legge statale e la legge regionale per quanto attinente ai limiti di cui si dispone al primo comma della norma in esame. Quest'ultima prescrive al secondo comma le materie di competenza esclusiva dello Stato⁸⁰, al terzo comma le materie di competenza concorrente tra Stato e

⁷⁸ F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, Cap. IX.

⁷⁹ Cfr. sent. 274/2003 Corte cost. in Corte Costituzionale, Sentenza n. 274/2003, In materia di personale regionale, www.federalismi.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸⁰ Art. 117, secondo comma, Costituzione: *"Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e*

Regioni⁸¹ e, infine, il quarto comma è dedicato alla disciplina di una competenza residuale delle Regioni per tutte le materie che non rientrino nell'ambito di applicazione della potestà legislativa dello Stato⁸².

La norma prevede, altresì, all'ottavo comma la possibilità in capo alle Regioni di esercitare le funzioni regionali in collaborazione o in comune, in forza di intese ratificate attraverso una legge regionale⁸³. Alla base della riforma costituzionale del 2001 vi era l'idea di *“garantire una maggiore efficienza ed effettività dell'azione dei pubblici poteri attraverso l'allocazione delle funzioni e, eventualmente, anche esercitando le competenze in forma associata con altri enti”*⁸⁴. Viene, dunque, applicato, in sostanza, il principio di sussidiarietà verticale il cui sviluppo ha origine da un'azione amministrativa efficiente, efficace, differenziata e adeguata. Detto principio è il frutto di una elaborazione della giurisprudenza costituzionale che permette di abbattere quelle rigide barriere di riparto tra competenze dell'articolo 117 della Costituzione, *“superando- laddove necessario per garantire l'unità e l'indivisibilità della Repubblica – la competenza regionale, fatto salvo un eventuale controllo di ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento statale da parte della Corte costituzionale”*⁸⁵.

Nell'ambito delle competenze concorrenti vi è un aspetto molto importante che merita particolare attenzione costituito, da un lato, dalla partecipazione delle Regioni alla formazione del diritto comunitario e, dall'altra, dal loro potere di attuare materialmente il diritto europeo. Il primo aspetto è quello che, attualmente, viene definito *“fase ascendente”* ed è una competenza che si realizza, a

informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali” da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸¹ Art. 117, terzo comma, Costituzione: *“Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”* da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸² Art. 117, quarto comma, Costituzione: *“Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”* da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸³ Art. 117, ottavo comma, Costituzione: *“La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni”* da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸⁴ *“Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in base all'articolo 117 Costituzione e i limiti alla potestà legislativa a seguito della riforma costituzionale del Titolo V”* in L'articolo 117 della Costituzione tra sussidiarietà e adattamento, 4 novembre 2020, www.dirittoconsenso.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸⁵ *“Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in base all'articolo 117 Costituzione e i limiti alla potestà legislativa a seguito della riforma costituzionale del Titolo V”* in L'articolo 117 della Costituzione tra sussidiarietà e adattamento, 4 novembre 2020, www.dirittoconsenso.it consultato il 23 dicembre 2021; Cfr. sent. 303/2003 Corte cost. da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

livello nazionale, mediante l'operato della Conferenza Stato-Regioni e, all'esterno, con la presenza di funzionari regionali all'interno delle istituzioni europee o mediante la Rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea. Con riferimento, invece, alla competenza di natura attuativa che, attualmente, è definita "fase discendente", le Regioni vi provvedono in forza di norme procedurali sancite dalla legge 128/1998 e mediante il Comitato delle Regioni la cui istituzione è da attribuire al Trattato di Lisbona.

La norma in esame presenta implicazioni costituzionali e internazionali meritevoli di particolare attenzione: al riguardo, è stato ritenuto opportuno, in detta sede, un breve cenno.

Il primo comma dell'articolo 117 della Costituzione reca il seguente tenore letterale: *"la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*⁸⁶. L'importanza giuridica di detta disposizione risiede nel fatto che essa sancisce una preminenza della Costituzione sulla legge ordinaria e cristallizza gli obblighi internazionali e di natura europea. Dal momento che l'articolo 10 della Costituzione prevede che l'Italia *"si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute"*⁸⁷, si può correttamente affermare che l'articolo 117 della Costituzione si riferisca esplicitamente agli obblighi derivanti dai trattati internazionali.

La Corte Costituzionale è stata per molti anni concentrata sulla questione della rilevanza dei trattati e degli obblighi comunitari sulla legislazione ordinaria. Nel 2007, la Corte Costituzionale, con le sentenze n. 348 e 349, ha riconosciuto una prevalenza formale degli obblighi internazionali tale che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 117 della Costituzione, una legge ordinaria difforme e contraria dai vincoli derivanti da un trattato possa essere dichiarata incostituzionale. La Corte, inoltre, impone al giudice comune di interpretare le norme interne in conformità delle disposizioni internazionali, nelle ipotesi in cui egli abbia dei dubbi circa la compatibilità tra una norma interna e una disposizione internazionale e con l'obiettivo di proporre un giudizio in via incidentale. Quanto appena affermato trova conferma nella sentenza n. 39/2008 della Corte Costituzionale che ammette il ricorso alla Consulta anche nelle ipotesi di legge di esecuzione posteriore.

E' opportuno tenere a mente, però, che il primo comma dell'articolo 117 della Costituzione impone, per prima cosa, che la norma interna sia conforme alla Costituzione. Dunque, alla luce dell'adozione dei trattati internazionali all'ordinamento giuridico interno attraverso l'ordine di esecuzione, la Consulta può verificare che questi siano conformi alla Costituzione; di conseguenza, se si verifica un contrasto tra una norma interna e un trattato internazionale e tra i due prevale quest'ultimo, qualora esso contenga norme pattizie contrarie alla Costituzione, si procederà ad una declaratoria di

⁸⁶ Art. 117, primo comma, Costituzione da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

⁸⁷ Art. 10, primo comma, Costituzione da www.senato.it consultato il 23 dicembre 2021.

incostituzionalità nei confronti di queste. In tal modo, è possibile comprendere la collocazione nella gerarchia delle fonti delle norme pattizie in uno spazio “interposto” (c.d. norme “interposte”) tra la Costituzione e la legge ordinaria: ciò avviene perché l’ordinamento giuridico italiano ammette e accoglie la c.d. “teoria dei controlimiti” che prevede l’inderogabilità dei principi dettati dalla Costituzione.

Ai sensi del primo comma dell’articolo 117 della Costituzione, il legislatore statale e regionale ha il dovere di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto europeo. La presente disposizione ha dato luogo ad un dibattito giurisprudenziale nel quale hanno avuto modo di confrontarsi la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell’Unione europea. La sentenza n. 284/2007 emessa dalla Corte costituzionale ribadisce e sottolinea la necessità di coerenza con l’ordinamento europeo ai sensi e per gli effetti dell’articolo 11 della Costituzione che, a sua volta, viene confermato nel nuovo articolo 117 della Costituzione: quanto appena detto, si traduce concretamente in un obbligo del giudice nazionale di procedere con un’interpretazione del diritto interno conforme a quanto prescritto dalle norme di diritto europeo e, qualora egli dovesse riscontrare un contrasto non sanabile in via ermeneutica, dovrà procedere con la disapplicazione del diritto interno a favore del diritto europeo, ad eccezione dei principi fondamentali della Costituzione italiana.

A questo punto, si ritiene opportuno affrontare la questione relativa al principio di leale collaborazione a seguito della riforma costituzionale del 2001.

Come accennato precedentemente, con la legge costituzionale n. 3/2001, si assiste ad un ampliamento delle zone di sovrapposizione tra competenze ed interessi. Ferma restando la permanenza delle competenze concorrenti, le materie individuate nel secondo e nel terzo comma dell’art. 117 della Costituzione perdono, come affermato da autorevole dottrina, di “*solidità amministrativa*”⁸⁸ e si “*smaterializzano*”⁸⁹ perché perdono quel legame con specifiche strutture o funzioni amministrative e non sono più state “*ri-materializzate attraverso decreti di trasferimento delle funzioni stesse*”⁹⁰.

Inoltre, alcune materie particolarmente importanti “esclusive” dello Stato sono state rilette come “materie trasversali” caratterizzate dal fatto di essere state programmate per interferire con competenze e interessi regionali. Si può correttamente notare, dunque, che all’aumentare dell’interferenza tra competenze, aumenta in maniera proporzionale anche l’esigenza di applicazione del principio di leale collaborazione. Una delle prime sentenze emanate in applicazione del nuovo Titolo V della Costituzione sottolineava la necessità di emanare i decreti amministrativi secondo le

⁸⁸ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robortobin.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁸⁹ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robortobin.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁹⁰ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robortobin.it consultato il 24 dicembre 2021.

procedure di leale collaborazione, nonostante si trattasse di materia esclusiva dello Stato⁹¹, ma non senza imporlo espressamente, limitandosi a *“negare che l’attribuzione costituzionale della potestà esclusiva consenta al Governo di procedere disattendendo la previsione di procedure di cooperazione previste dalla legislazione in vigore”*⁹².

Le esigenze di leale collaborazione sono state rafforzate ulteriormente anche dal rapporto di gerarchia tra Stato e Regioni che, con la riforma del 2001, è stato attenuato notevolmente; nonché dalla conseguente affermazione, già nell’articolo 114 della Costituzione, di una sorta di “parità” tra i diversi livelli di governo⁹³.

La Corte, dunque, rivolge la sua attenzione sul controllo circa la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e sul loro effettivo rispetto: questo non vuol dire che la questione relativa alla dimensione degli interessi (nazionali, regionali e locali) sia stata superata o accantonata, ma semplicemente è stata riassunta nei concetti di sussidiarietà e di adeguatezza. Questi ultimi rimandano ad una logica di tipo paritario rafforzativa dell’elemento della collaborazione: si può notare, infatti, l’opportuna associazione del principio di sussidiarietà a quello di leale collaborazione contenuta nel secondo comma dell’articolo 120 della Costituzione che offre il giusto spunto per spostare l’attenzione del giudice di legittimità delle leggi.

Dando per scontata l’incisione di ogni legge contestata su una molteplicità di interessi, pare la giurisprudenza costituzionale si sia *“ormai attestata su una piattaforma argomentativa che (...) si regge su una graduazione dei livelli di interferenza e dei livelli di intensità della leale*

⁹¹ Il riferimento è alla sentenza n. 88/2003 della Corte Costituzionale con riguardo ai LEA (Livelli essenziali di assistenza), la quale stabilisce che: *“L’inserimento nel secondo comma dell’art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull’esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori”* da www.forumcostituzionale.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁹² R. Bin, La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robertobin.it consultato il 24 dicembre 2021; si legge infatti nella sentenza n. 88/2003 della Corte Costituzionale con riguardo ai LEA (Livelli essenziali di assistenza): *“al di là di ogni valutazione di merito sul procedimento configurato e sulla stessa adeguatezza dei livelli essenziali in tal modo individuati, resta indubbio che in tutto il settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell’art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”* da www.forumcostituzionale.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁹³ Quanto appena detto trova conferma nella sentenza 31/2006 della Corte costituzionale per la quale: *“La via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi”* da www.cortecostituzionale.it consultato il 24 dicembre 2021.

*collaborazione*⁹⁴: si può notare, infatti, come da un lato si presentino dei casi in cui vi è una concreta possibilità che operi il criterio della c.d. “prevalenza”, e precisamente casi in cui si può determinare con esattezza quale interesse sia, appunto “prevalente” rispetto a tutti gli altri; d’altra parte, invece, trovano applicazione i diversi gradi del principio di leale collaborazione.

A titolo esemplificativo, al riguardo, è interessante la sentenza n.50/2005 con la quale la Corte, trattando la questione relativa alla delega al Governo centrale nell’ambito del lavoro, collega due principi: *“Questioni di legittimità costituzionale possono quindi anzitutto insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l’istruzione e formazione professionale, alle Regioni. In tali ipotesi può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l’adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (v. sent. 370/2003), qualora appaia evidente l’appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre”*⁹⁵.

Il criterio della prevalenza, però, come sostenuto da autorevole dottrina, potrebbe essere una giustificazione dell’emanazione “unilaterale” della legge, *“non anche che la legge assuma qualsiasi contenuto o che venga anche attuata unilateralmente”*⁹⁶.

Alla luce delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nel contenzioso Stato-regioni dopo la riforma del Titolo V del 2001, si è giunti alla conclusione che *“tanto più rigoroso è il self-restraint della Corte nel giudicare del livello degli interessi, tanto più è esteso e rigoroso il suo controllo sul rispetto della leale collaborazione”*⁹⁷: detto controllo viene esteso sia sull’intensità della collaborazione attuata sia sull’effettività di quest’ultima.

1.5 Il regionalismo differenziato e la tutela della salute

⁹⁴ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robertobin.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁹⁵ Sentenza n.50/2005, Corte costituzionale da www.cortecostituzionale.it consultato il 24 dicembre 2021.

⁹⁶ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robertobin.it consultato il 24 dicembre 2021: per confermare quanto sostenuto, l’autore porta ad esempio la sentenza 213/2006: *“L’analisi dell’intreccio delle competenze deve essere effettuata caso per caso, con riguardo alle concrete fattispecie normative, facendo applicazione del principio di prevalenza e del principio fondamentale di leale collaborazione, che si deve sostanziare in momenti di reciproco coinvolgimento istituzionale e di necessario coordinamento dei livelli di governo statale e regionale”*.

⁹⁷ R. Bin, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Roma, 12 marzo 2008, Relazione di Roberto Bin, da www.robertobin.it consultato il 24 dicembre 2021

Ai sensi e per gli effetti del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione, è prevista la possibilità di attribuzione di forme e di condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario (c.d. "regionalismo differenziato"), ferme restando le particolari forme di cui godono le Regioni a statuto speciale ai sensi e per gli effetti del primo comma dell'articolo 116 della Costituzione⁹⁸.

L'importanza della trattazione del regionalismo differenziato è rinvenibile principalmente nell'attuale crisi pandemica da Covid-19 che ha evidenziato *“alcune problematiche striscianti che affliggono – da ben prima che esplodesse l'emergenza virale – l'assetto dei rapporti Stato-Regioni, senz'altro uno dei luoghi più intricati del diritto costituzionale”*⁹⁹. Il conflitto tra il Governo centrale e alcuni Presidenti di Regione ha evidenziato alcune lacune e contraddizioni del regionalismo italiano. L'esigenza e la necessità di adottare soluzioni tempestive e unitarie o, almeno coordinate per affrontare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha fatto sì che gli studiosi tornassero a parlare di regionalismo differenziato e diritto alla salute, palesando la *“debolezza strutturale delle istituzioni della leale collaborazione, che finiscono spesso per risolversi in garanzie meramente procedurali più che sostanziali”*¹⁰⁰.

Il rapporto tra sanità e regionalismo è stato più volte definito come *“storicamente e giuridicamente complesso”*¹⁰¹ e la sua evoluzione ha messo in evidenza sia il carattere “speciale” della materia, il quale deriva dalle scelte delle istituzioni di attuare l'art. 32 della Costituzione effettuate con l'istituzione del Servizio sanitario nazionale e con le riforme di settore attuate successivamente, sia il suo carattere “pragmatico”, quest'ultimo rinvenibile *“nell'origine e definizione al suo interno di soluzioni concettuali e istituzionali (dal nucleo incompressibile dei diritti ai livelli essenziali delle prestazioni) centrali per il complessivo funzionamento dello Stato regionale”*¹⁰².

Da questo punto di vista, si rende opportuna un'attenta valutazione del “peso” che la materia sanitaria ha assunto all'interno del contesto del regionalismo differenziato, e precisamente sui bilanci regionali. Detto peso è espressione di un livello di regionalizzazione del comparto più avanzato rispetto a quello che potrebbe essere riscontrato in altri settori coinvolti nelle richieste di differenziazione che

⁹⁸ L'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario, www.camera.it

⁹⁹ L. Dell'Atti, *Tutela della salute e modelli differenziati di governance. Il regionalismo sanitario nella dialettica fra unità e autonomia*, AIC- Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Rivista 3/2020, 20 luglio 2020.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti, Riv. N. 2/2019, data pubblicazione 17 aprile 2019, consultato il 27 dicembre 2021; Cfr. A. Foglia, *Diritto alla salute, sistema sanitario e regionalismo differenziato*, De iustitia Rivista giuridica, 23 dicembre 2020, consultato il 27 dicembre 2021.

¹⁰² R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti, Riv. N. 2/2019, data pubblicazione 17 aprile 2019, consultato il 27 dicembre 2021; Cfr. A. Foglia, *Diritto alla salute, sistema sanitario e regionalismo differenziato*, De iustitia Rivista giuridica, 23 dicembre 2020, consultato il 27 dicembre 2021.

costituisce, tutt'ora, una indubbia scelta sistemica dal tempo della definizione del Sistema sanitario nazionale ex articolo 1 d. lgs. 502/1992 così come modificato nel 1999.

Dal momento che l'esigenza di avere maggiori risorse finanziarie a disposizione è, probabilmente, il principale motore di attivazione della clausola di differenziazione, nell'ambito sanitario vi è una forte coincidenza tra le richieste di autonomia e l'allentamento dei vincoli alla spesa, in quanto il flusso di risorse è già ad un alto livello e di conseguenza non si pone tanto il problema di acquisirne delle altre né tanto meno ci si pone il problema di elaborare un sistema di rapporti con lo Stato in cui prevalga la capacità delle Regioni di trattenere o di ottenere il trasferimento in loro favore di ulteriori risorse per le funzioni ad esse attribuite. Se il discorso si esaurisse solo fino a questo punto, paradossalmente si potrebbe affermare che nella sanità il regionalismo differenziato generi meno problemi che altrove in quanto determinerebbe spostamenti di competenza maggiormente considerevoli in altri settori e i bilanci regionali ne trarrebbero solo un guadagno più con le nuove materie che con la sanità. Pertanto, assodato che i bilanci sanitari delle Regioni che propongono l'attivazione della clausola godono di buona salute, sarebbe sufficiente trattenere alcuni limiti relativi al coordinamento della finanza pubblica e osservare attentamente i principi dettati dall'articolo 119 della Costituzione al fine di abbandonare l'idea di un regionalismo differenziato pregiudizievole dei conti pubblici e della solidarietà nazionale. In realtà, la presente analisi porterà a delle conclusioni più articolate.

L'esigenza di una concezione dei limiti di esercizio dell'autonomia regionale in ambito sanitario coerentemente con la relazione tra organizzazione dei servizi e la garanzia del diritto alla salute evidenzia l'apertura alla visione di una probabile decostruzione del modello di salute sul quale si basa il Sistema sanitario nazionale qualora la differenziazione dovesse incontrare dei vincoli finanziari invalicabili. Pertanto, si rende opportuna un'attenta riflessione su due aspetti importanti.

Il primo aspetto riguarda l'orizzonte della valutazione di ragionevolezza e proporzionalità della differenziazione. Al riguardo, *“se resta indefettibile un vaglio delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in relazione alla dimostrata capacità della Regione istante di dar buona prova d'esercizio della medesima nella situazione esistente, rivelandosi altrimenti immotivata e irragionevole la richiesta, ad esso potrebbe aggiungersi un esame puntuale dei margini di differenziazione che, de iure condito, la Regione potrebbe già praticare ed eventualmente non ha praticato”*¹⁰³. Questo secondo esame rappresenterebbe un interessante test di proporzionalità delle richieste di differenziazione costituendo, altresì, un utile accorgimento procedurale per giungere ad una indicazione degli oggetti, dei criteri e dei limiti della differenziazione medesima più precisa.

¹⁰³ R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti, Riv. N. 2/2019, data pubblicazione 17 aprile 2019, consultato il 27 dicembre 2021

Da qui emerge il secondo aspetto. In ambito sanitario, così anche come negli altri, la carenza più frequente nelle bozze d'intesa¹⁰⁴ è l'incerta e generica individuazione dei sopracitati criteri e limiti di esercizio della maggiore autonomia concessa. Se tra le prospettive di maggiore interesse dell'attuazione del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione vi è la possibilità di definire, oltre alle altre forme e condizioni di autonomia, anche confini esatti e meccanismi di collegamento tra competenze statali e regionali maggiormente efficaci, l'orientamento che emerge dalle trattative in corso si rivela inadeguato a detta esigenza e, *“ove l'ulteriore elaborazione delle bozze d'intesa non riservasse novità su questo fronte, spetterebbe al Parlamento rimediarevi”*¹⁰⁵.

Se, per quanto riguarda l'ambito sanitario, si è detto che l'obiettivo più importante di un sistema nazionale di tutela alla salute è la riduzione delle disuguaglianze territoriali e tra persone e, pertanto, la tenuta unitaria del sistema corrisponde ad un interesse inderogabile dalla procedura di differenziazione ex articolo 116, terzo comma, della Costituzione, la necessità di orientamento del regionalismo differenziato alla valorizzazione delle più alte espressioni dell'autonomia a favore di tutta la collettività nazionale coinvolta (e non soltanto della collettività locale) riguarda tutti i settori materiali interessati e impone la preclusione di percorsi di sviluppo che potrebbero accentuare le disparità del territorio, questi ultimi contrari alla coesione economico-sociale tutelata anche dai trattati europei.

In tal senso, l'esigenza di garanzia di una partecipazione attiva da parte delle Camere¹⁰⁶ al processo di emanazione di una legge rinforzata non deve essere intesa come una mera opportunità di compensazione del ruolo preminente del Governo e dell'organo esecutivo del governo regionale nella progettazione dell'intesa, deve essere concepita, piuttosto, come la soluzione più adatta dal punto di vista costituzionale alla natura delle ponderazioni di interessi delle quali ne è espressione la legge: il Parlamento, dunque, deve avere una visione d'insieme in quanto spetta alla legge nazionale il dovere di assicurare i motivi dell'unità, proprio perché questi ultimi determinano la necessità, propria di uno Stato delle autonomie, di andare oltre una generalizzata sovrapposizione tra uniformità e unità e, quindi, di operare una distinzione tra gli spazi dell'autonomia e quelli dell'unità nazionale.

¹⁰⁴ Per Bozza di intesa deve intendersi la procedura per la stipula di un'intesa con lo Stato; pertanto, in questo caso, ci si riferisce alle procedure preliminari alla stipula di un'intesa tra Stato e Regioni in ambito sanitario.

¹⁰⁵ R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti, Riv. N. 2/2019, data pubblicazione 17 aprile 2019, consultato il 27 dicembre 2021

¹⁰⁶ Nel senso che le Camere non devono limitarsi semplicemente ad approvare o non approvare la legge oppure ad apportare modifiche solo ai profili “esterni” alla legge”.

CAPITOLO II

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA

TRA STATO E REGIONI

2.1 Il diritto dell'emergenza nell'ordinamento nazionale italiano

Quando si parla di “emergenza” con riferimento all'attuale pandemia da Covid-19 in Italia, è certamente inevitabile il riferimento alla Costituzione. Tuttavia, la nostra Carta costituzionale non contiene disposizioni in merito all'emergenza sanitaria: pertanto lo stato di emergenza sanitaria è stato deliberato in forza dal d.lgs 1/2018 (Codice di Protezione Civile), la cui prima regolamentazione si deve alla legge 225/1992, istitutiva del Servizio nazionale della Protezione Civile. Nondimeno ciò non significa che la Costituzione sia indifferente a situazioni emergenziali, perché alcuni diritti possono essere limitati: infatti la Costituzione contiene diverse disposizioni che prevedono la possibilità di limitare alcune libertà, come quella di circolazione e soggiorno dell'individuo “*per motivi di sanità o sicurezza*”¹⁰⁷ con garanzia di riserva di legge e purché dette misure siano frutto di decisioni prese dai rappresentanti del popolo nell'interesse e per la tutela dell'individuo e della collettività.

La Costituzione prevede, altresì, la possibilità di limitazione della libertà di domicilio per “*gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e incolumità pubblica*”¹⁰⁸; nonché la possibilità di imporre il divieto di svolgimento di riunioni in luoghi aperti al pubblico “*per comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica*”¹⁰⁹.

Con riferimento all'autonomia decisionale di Regioni, Province e Comuni, la Costituzione prevede che essa possa essere limitata e sostituita dal potere decisionale del Governo “*in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*”¹¹⁰, purché una legge definisca “*le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione*”¹¹¹.

Dunque, la legge si pone a garanzia delle restrizioni della libertà e dell'autonomia dell'individuo, qualora sopraggiunga l'opportunità e la necessità di queste ultime nelle ipotesi di pericolo per la salute, incolumità e sicurezza pubblica. E ancora, a garanzia delle restrizioni della libertà e

¹⁰⁷ Art. 16, primo comma, Costituzione.

¹⁰⁸ Art. 14, terzo comma, Costituzione.

¹⁰⁹ Art. 17, terzo comma, Costituzione.

¹¹⁰ Art. 120, secondo comma, Costituzione.

¹¹¹ Art. 120, secondo comma, Costituzione.

dell'autonomia dell'individuo si pone lo strumento del decreto-legge ex articolo 77 della Costituzione, un atto avente forza di legge emanato dal Governo, sotto sua responsabilità, “*in casi straordinari di necessità e urgenza*”¹¹²: si tratta di un atto che deve essere sottoposto al controllo preventivo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione e, successivamente, deve essere sottoposto al controllo del Parlamento in sede di conversione in legge entro sessanta giorni; può, inoltre, essere sottoposto a controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale.

Il nostro stato attuale è stato definito dall'Italia stessa, ma anche dalle varie istituzioni politiche nel mondo, come uno stato “di guerra”; ma l'articolo 78 della Costituzione dice chiaramente che spetta alle Camere il dovere di deliberare “*lo stato di guerra*”¹¹³ e “*conferire al Governo i poteri necessari*”¹¹⁴.

L'articolo 78 della Costituzione disciplina una situazione particolarmente rilevante: la deliberazione dello stato

di guerra. Preliminarmente bisogna dire che la deliberazione dello stato di guerra non coincide con la dichiarazione dello stato di guerra, competenza, questa, di esclusiva attribuzione del Presidente della Repubblica. La deliberazione dello stato di guerra riguarda, esclusivamente, le misure che l'Italia dovrebbe

prendere in caso di aggressione da parte di uno Stato o di forze esterne, e non di eventuali aggressioni da parte

dell'Italia, vietate dall'Articolo 11 della Costituzione. Questo articolo, dalla entrata in vigore della Costituzione sino ad oggi, non è mai stato utilizzato.

Non sarebbe, dunque, errato affermare che la nostra Costituzione “costituzionalizza” l'emergenza in quanto, sostanzialmente, non prevede uno “stato di emergenza” come, invece, la costituzione di Weimar¹¹⁵ o la Costituzione francese¹¹⁶. Il Consiglio dei Ministri ha deliberato e proclamato lo “stato di emergenza” il 31 gennaio 2020, ma di ciò non è riscontrabile alcuna espressa previsione all'interno della nostra Costituzione, nonostante alcuni parlamentari abbiano proposto l'inserimento all'interno della Costituzione lo “stato di emergenza nazionale” prevedendo, altresì, una procedura straordinaria di adozione dei provvedimenti necessari. La nostra Costituzione si limita semplicemente a prevedere

¹¹² Art. 77 Costituzione.

¹¹³ Art. 78 Costituzione.

¹¹⁴ Art. 78 Costituzione.

¹¹⁵ Il cui articolo 48 prevedeva: “Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”.

¹¹⁶ La quale prevede all'articolo 16 che “Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale”.

che, nelle ipotesi di emergenza, *“il Parlamento e la legge devono più che mai conservare la loro centralità e primazia, restando il punto di tenuta del sistema”*¹¹⁷.

Relativamente allo stato di emergenza, non può non essere menzionato il d.lgs 1/2018, emanato dal governo in attuazione della legge delega n. 30/2017. Esso costituisce il nuovo Codice della Protezione Civile e interviene in un ambito di legislazione concorrente (art.117 Cost.). Precisamente, il nuovo Codice esplica le finalità, la composizione del servizio nazionale della Protezione Civile e le attività di riferimento. Per queste ultime si intendono tutte le azioni finalizzate a tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o dall'attività dell'uomo. Il d.lgs 1/2018 in particolare chiarisce la differenziazione tra la linea politica e quella amministrativa e operativa ai differenti livelli di governo territoriale, migliora la definizione della catena di comando e di controllo in emergenza in funzione delle diverse tipologie di emergenze e definisce le attività di pianificazione volte a individuare a livello territoriale gli ambiti ottimali che garantiscano l'effettività delle funzioni di protezione civile. Per quanto concerne lo svolgimento delle attività di protezione civile, gli eventi emergenziali ai sensi dell'art.7 del d.lgs 1/2018 si distinguono in tre tipologie. Per gli eventi di “tipo A” ci si riferisce alle emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; gli eventi di “tipo B” hanno ad oggetto emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; infine gli eventi di “tipo C” comprendono emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo.

Nell'ordinamento italiano l'emergenza si configura quale *“presupposto facoltizzante l'adozione di atti o comportamenti ritenuti legittimi o leciti in presenza di una situazione eccezionale”*¹¹⁸. Si tratta di un fenomeno che si pone in linea trasversale rispetto all'ordinamento, in quanto riferibile, sul piano costituzionale alla decretazione di urgenza ex articolo 77 della Costituzione; sul piano penale alla giustificazione della c.d. *“necessitas non habet legem”* ex articolo 54 del Codice penale; infine, sul piano civile, è riferibile alla previsione di cui all'art. 2045 del Codice civile.

¹¹⁷ Cit. C. Tripodina, *“La Costituzione al tempo del Coronavirus”*, 2020.

¹¹⁸ S. Pignataro, *Le ordinanze contingibili ed urgenti di pertinenza dei Sindaci: principali criticità di uno strumento dai connotati incerti e dalle discusse implicazioni*, in *Giust. Amm.*, 11/2003, p. 4

Nell'ambito del diritto amministrativo l'adozione di più categorie di atti diversi tra loro è possibile grazie all'elemento della *necessità*¹¹⁹. La dottrina distingue gli atti c.d. "necessitati" dagli atti c.d. "contingibili e urgenti": i primi ricomprendono tutti i provvedimenti adottati esclusivamente in casi di pericolo individuati a monte dalla norma attributiva; i secondi, invece, costituiscono una deroga ai principi tipici che disciplinano l'attività amministrativa. Precisamente, questi ultimi, si configurano quali atti dotati di un'elevata connotazione di atipicità necessari a fronteggiare situazioni imprevedibili a carattere straordinario ed eccezionale. L'assenza di una prefigurazione del contenuto si giustifica in virtù della "*finalità tipica del potere speciale di questi atti, che è quella di consentire alla pubblica amministrazione di far fronte rapidamente ad evenienze per le quali non è possibile dettare una disciplina preventiva dettagliata*"¹²⁰.

I principi cardine che disciplinano l'azione amministrativa con riferimento ai contesti di emergenza sono il principio di precauzione e di proporzionalità ex articolo 1 della legge 241/1990.

Il principio di proporzionalità impone il rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi raggiunti e i mezzi impiegati: in altri termini, i mezzi impiegati nel perseguimento degli obiettivi devono essere proporzionali a questi ultimi. Detto principio, dunque, pone dei limiti agli effetti che potrebbero ripercuotersi nella sfera giuridica dei destinatari di un provvedimento: pertanto, l'amministrazione si attiva operando un bilanciamento tra gli interessi in gioco, in modo tale che la composizione di questi sia proporzionata e in equilibrio.

Il principio di precauzione, invece, per quanto riguarda la tutela ambientale e la gestione dei rischi, secondo la Commissione europea, ha assunto una "*valenza generale*"¹²¹. La dottrina lo ha definito come "*una caratteristica della p.a., un modo di essere della stessa, una vocazione, un'aspirazione, se non addirittura una clausola generale che consente al diritto amministrativo di respirare, e di adattarsi alle complesse evoluzioni sociali*"¹²².

Con riferimento al profilo emergenziale e alla tutela della salute, non tutti condividono la sua generale applicazione. Infatti, seguendo questa impostazione, il principio di precauzione ha come presupposto il rischio; invece, l'emergenza presuppone il verificarsi di una situazione che in alcun modo poteva essere prevista (una situazione, appunto, eccezionale e straordinaria). Si evince, dunque, che il principio di precauzione ha una funzione principalmente di prevenzione e, dunque, non sarebbe attuabile nel corso dell'emergenza. In questo modo, però, i principi generali potrebbero essere sospesi durante il periodo di emergenza, rischiando la trasformazione dell'azione amministrativa in puro arbitrio; il che non è assolutamente ammissibile all'interno di uno Stato di diritto. La conseguenza è

¹¹⁹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 703

¹²⁰ A. Romano Tassone, *La normativa secondaria*, in L. Mazarroli, G. Percicu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco., F. G. Scoca, (a cura di), p. 194

¹²¹ Comunicazione della Commissione europea n. 1/2000

¹²² M. Santise, *Coordinate ermeneutiche Diritto amministrativo*, 2021, Giappichelli Editore, p. 80.

che *“la pubblica amministrazione deve tener conto dei principi generali che regolano la sua azione anche, e soprattutto nelle fasi emergenziali e, in particolare, il principio di precauzione risulta il più adeguato a gestire il rischio e che pacificamente si rivolge non solo alla p.a., ma anche al legislatore”*¹²³.

E' importante, altresì, sottolineare che valutare il rischio è una decisione tecnica che può essere qualificata come obiettiva solo se condivisa e confermata da un ragionevole e significativo numero di pareri scientifici. Detta obiettività non è sinonimo di certezza assoluta, ma sulla base di essa *“il rischio deve essere probabile e non solo meramente possibile”*¹²⁴.

Sulla base di detti presupposti, la misura più idonea alla situazione è oggetto di una scelta politica che, in quanto tale, deve presentare i caratteri dell'adeguatezza e della proporzionalità.

Il ricorso al principio di precauzione è, altresì, consentito ai fini della definizione delle tecniche di gestione del rischio.

Quando si tratta di sanità e salute, qualsiasi decisione amministrativa si basa su valutazioni tecnico-scientifiche: queste ultime devono essere complete e devono necessariamente determinare il livello di incertezza scientifica in modo tale che la Pubblica Amministrazione abbia la possibilità di scegliere e decidere in maniera del tutto consapevole.

E ancora, trattando del principio di precauzione in ambito di gestione del rischio, la Commissione europea ha individuato le modalità di attuazione delle relative misure; queste ultime devono essere *“proporzionali rispetto al livello di protezione scelto; non discriminatorie; coerenti con le misure analoghe adottate; basate su un esame puntuale di vantaggi e oneri dell'azione (o dell'eventuale inazione); soggette a revisione alla luce di nuovi dati scientifici; in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una completa valutazione del rischio”*¹²⁵.

Vi è, dunque, un nesso tra il grado di conoscenza scientifica posseduta e l'adozione delle misure; pertanto, in caso di subentro di nuovi dati scientifici, le misure devono essere rivalutate alla luce delle considerazioni della comunità tecnico-scientifica. Pertanto, alla luce di quanto detto fin qui, i principi di proporzionalità, adeguatezza e precauzione, se considerati nel loro complesso, richiedono puntualmente una ricerca di equilibrio tra i vari interessi in gioco e consentono al giudice di verificare se effettivamente è stato raggiunto un bilanciamento o meno tra l'attività della Pubblica amministrazione e i limiti imposti al cittadino.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha dato luogo ad un dibattito avente ad oggetto la presenza o l'assenza di strumenti idonei a farvi fronte e la loro compatibilità con lo Stato di diritto. Le misure

¹²³ C. Cost. sent. n. 240/2017

¹²⁴ F. De Leonardis, *L'azione amministrativa*, in ROMANO A., (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2016, p.92

¹²⁵ Comunicazione della Commissione europea n. 1/2000

attuato durante il 2020 da parte del Consiglio dei Ministri hanno fortemente privato la libertà di circolazione dei cittadini, tant'è vero che ci si è a lungo interrogati sulla legittimità di dette misure. A questo punto, dunque, si rende opportuno proseguire il discorso con un'analisi relativa agli strumenti di emergenza previsti dal nostro ordinamento giuridico e alle modalità attraverso le quali essi sono stati adattati a questa particolare situazione; successivamente, si tratterà della loro compatibilità con il nostro sistema costituzionale.

E' importante, adesso, prestare attenzione al concetto di "emergenza": essa altro non è che un evento straordinario ed imprevedibile al quale segue una serie di eventi che, a sua volta, determina l'instaurazione di uno "stato di eccezione" (il c.d. "regime di emergenza"). Detto contesto crea i presupposti e le condizioni per i quali è necessario valutare se abrogare la normativa vigente o meno, al fine di fronteggiare e superare l'evento straordinario. L'evento che crea lo stato di emergenza è *"una situazione di fatto, caratterizzata dal verificarsi in un determinato tempo, di durata temporanea, per la mancanza di una previsione circa il suo verificarsi nell'attuale ordinamento giuridico, e per la sua capacità di danneggiare interessi legalmente garantiti"*¹²⁶.

L'elemento dell'imprevedibilità, caratteristico dell'emergenza, mette in risalto l'inadeguatezza della normativa vigente in quel momento, e questa è la ragione per la quale sorge l'esigenza e la necessità dell'elaborazione di una sorta di "valvole di sfogo" in grado di fornire strumenti in grado di adattarsi a situazioni straordinarie.

Gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico per contrastare l'emergenza sono numerosi e percorrono i diversi livelli dell'amministrazione: tra questi, merita particolare attenzione per la sua rilevanza a livello giuridico il decreto-legge che, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 77 della Costituzione, attribuisce al Governo il potere di adottare provvedimenti a carattere temporaneo in situazioni di necessità e urgenza.

Nonostante la sua derivazione governativa, il decreto-legge riesce comunque a mantenere un sistema di controllo in grado di garantire un equilibrio tra i poteri dello Stato: infatti, *"il Presidente della Repubblica, in sede di emanazione, ne verifica la conformità costituzionale"*¹²⁷ e il Parlamento lo trasforma *"in legge entro sessanta giorni"*¹²⁸; pertanto, il rispetto del principio di democraticità è garantito in virtù dello spostamento a monte del dibattito politico circa le misure attuate.

Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 16 della Costituzione, *"per motivi di sanità o di sicurezza"*¹²⁹ è possibile imporre misure che limitano la libertà di circolazione delle persone e il decreto-legge sembra

¹²⁶ G. Marazzitta, "Emergenza costituzionale e crisi economica, in pratica", 48, 2017

¹²⁷ Art. 87 Costituzione

¹²⁸ Art. 77 Costituzione

¹²⁹ Art. 16 Costituzione

essere lo strumento più adatto a far fronte a situazioni di emergenza che coinvolgono l'intero territorio nazionale, così come nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Le situazioni di emergenza sanitaria a livello nazionale, come quella attuale, abbisognano di un piano di azione congiunto e unitario, nel senso che bisogna mettere in atto un piano le cui misure abbiano validità su tutto il territorio nazionale. Nel caso in questione, secondo la Costituzione, il Governo può esercitare poteri sostitutivi nelle ipotesi di “*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*”¹³⁰ in conformità e nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione. L'articolo 120 della Costituzione consente, pertanto, “*uno spostamento dei poteri costituzionali tra Stato, Regioni e autonomie locali al verificarsi di eventi che necessitano di misure urgenti ed immediate*”¹³¹.

E ancora, con riguardo al diritto dell'emergenza, sono dotate di particolare rilevanza le ordinanze c.c. “*contingibili ed urgenti*” emanate dai Sindaci ai sensi e per gli effetti dell'articolo 54, quarto comma, d. lgs. 267/2000: la norma attribuisce alla figura del Sindaco il potere di emanazione di ordinanze libere, contingibili e urgenti; l'articolo 50 del medesimo decreto, invece, prevede una competenza specifica in capo al Sindaco “*in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale*”¹³². Nel caso di specie, l'azione del sindaco si configura come azione del “*rappresentante della comunità locale*” che ha la facoltà di adottare atti indifferibili. Detti provvedimenti costituiscono l'*extrema ratio* in quanto “*operano solo nei casi in cui non sia possibile intervenire con altre misure previste dall'ordinamento*”¹³³. Potendo dare una definizione di ordinanze contingibili e urgenti, esse sono dei provvedimenti a contenuto “*atipico*” che il Sindaco, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitato ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina di rango primario ma sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento, ivi compresi i principi generali del diritto dell'Unione Europea. In particolare, rientrano nei poteri extra ordinem del sindaco. In riferimento al significato della contingibilità e urgenza bisogna precisare che il carattere della contingibilità indica un fatto imprevedibile, eccezionale o straordinario che mette in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica, rispetto al quale i mezzi giuridici ordinari appaiono inadeguati ad eliminarli. Mentre per il carattere

¹³⁰ Art. 120, secondo comma, Costituzione

¹³¹ Caravita B., “*L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggere la Costituzione italiana*”, in *federalismi.it*, 6, 2020

¹³² Art. 50, d. lgs. 267/2000

¹³³ V. Cons. Stato, Sez. V, sent. 30 marzo 1993, n. 443, in *Foro amm.*, 1993, 464 T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. 13 febbraio 1995, n. 97, in *I T.A.R.*, 1995, I, 1598; T.A.R. Piemonte, Sez. I, sent. 15 gennaio 1998, n. 12, in *I T.A.R.*, 1998, I, 892; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 24 marzo 2006, n. 1537, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Marche, Sez. I, sent. 4 febbraio 2003, n. 26, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, sent. 2 aprile 2001, n. 1904, in *Cons. Stato*, 2001, I, 884; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, sent. 3 maggio 2006, n. 3905, in *Foro amm.* TAR, 2006, 1792; Cons. Stato, Sez. V, sent. 4 febbraio 1998, n. 125, in *Cons. Stato*, 1998, I, 226; Cons. Stato, Sez. V, sent. 16 febbraio 2010, n. 868, in *www.giustizia-amministrativa.it*. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, sent. 10 dicembre 2012, n. 2266, in *www.giustizia-amministrativa.it*

dell'urgenza si indica la presenza di un pericolo imminente che deve essere fronteggiato immediatamente.

La Corte costituzionale ritiene che il concetto di urgenza faccia riferimento ad una condizione “*anomala e grave*” ma anche “*temporanea*”¹³⁴: ne deriva che i provvedimenti *extra ordinem* devono necessariamente riferirsi ad una “*concreta situazione di fatto, con adeguamento alla dimensione spaziale e temporale*”¹³⁵. Le norme che attribuiscono la facoltà di adozione di detti provvedimenti implicano delle limitazioni attinenti o alla “materia” o al “fine” data l'impossibilità di disciplinare il contenuto alla luce dell'imprevedibilità delle situazioni da affrontare.

Le misure in esame, dunque, rispondono perfettamente al principio di legalità, in primo luogo per l'adeguatezza di queste agli interessi pubblici primari come, ad esempio, il diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della Costituzione; in secondo luogo, per l'attuazione dei principi di precauzione, di proporzionalità e di buon andamento ai sensi e per gli effetti dell'articolo 97 della Costituzione.

L'attuale crisi pandemica ha aperto anche un dibattito circa il ruolo assunto dal Parlamento in questo periodo storico di crisi pandemica da Covid-19.

Durante i primi mesi di lockdown nazionale, il Parlamento è stato definito “*il grande assente nel tempo del Coronavirus*”¹³⁶ perché la fonte normativa principale non era la legge ordinaria emanata secondo il procedimento legislativo ai sensi dell'articolo 70 e seguenti della Costituzione, bensì il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri: esso è una fonte secondaria e viene emesso dal Presidente del Consiglio dei Ministri (organo individuale e non collegiale) previo ascolto di pareri politici e tecnici; detto strumento è indipendente dai controlli preventivi e successivi degli altri poteri. Il primo di questi è stato il decreto-legge del 23 febbraio 2020, al quale va riconosciuto il merito di aver trasferito alle “*autorità competenti*” il potere di “*adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*”¹³⁷: per “*misure di contenimento*” si intendono sia quelle portate a titolo di esempio dallo stesso decreto, sia quelle misure funzionali alla prevenzione della diffusione del Covid-19, tenendo sempre presente che l'adozione di queste possa avvenire mediante Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Si potrebbe dire che, tutto sommato, si tratti di una “delega in bianco” di pieni poteri del Presidente del Consiglio che ha sollevato numerosi dubbi sulla sua legittimità costituzionale, “*non tanto sotto il*

¹³⁴ Corte cost., sent. 1° febbraio 1982, n. 15, in *Giur. cost.*, 1982, 85.

¹³⁵ Corte cost., sent. 28 maggio 1987, n. 201, in *Giur. cost.*, 1987, 1501.

¹³⁶ Cit. M. Ainis, “*L'emergenza e la legge. Il bisticcio del potere*” in “*La Repubblica*”, 2020.

¹³⁷ Vedi decreto-legge 23 febbraio 2020.

profilo dei contenuti delle misure restrittive e della loro necessità, quanto sotto il profilo della fonte che le dispone”¹³⁸.

Infine, si può condividere la tesi per la quale il Parlamento si sia “*auto-dimezzato a scopo profilattico*”¹³⁹ in questo periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19, soprattutto durante i primi mesi del 2020, in quanto ha subito una riduzione dei suoi ranghi. Al fine di garantire il funzionamento minimo del Parlamento ed evitare i contagi del virus tra i parlamentari stessi, si è deciso che per determinate votazioni venisse ugualmente garantito in aula il numero legale richiesto per la ratifica delle decisioni del Governo: e, dunque, 161 senatori e 350 deputati. Sono state adottate delle precauzioni ben precise: le votazioni hanno avuto luogo per scaglioni, è stato imposto ai parlamentari il mantenimento della distanza di un metro e la misurazione a questi della temperatura corporea prima dell’ingresso in Parlamento. In realtà, si era aperto anche un dibattito sulla possibilità di adottare, almeno solo temporaneamente, un sistema di votazione online per i parlamentari, ma questo contrasterebbe nettamente con l’articolo 61 della Costituzione che sancisce il “principio della continuità del Parlamento e dell’attività legislativa”.

*“Nello stato d’emergenza, la democrazia rappresentativa costituisce un bene primario, un servizio essenziale che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario nazionale”*¹⁴⁰; dunque, i parlamentari si sono ritrovati a lottare (e lo sono ancora) su un fronte comune insieme ai medici e al personale sanitario.

2.2 La questione del riparto di competenze legislative nel diritto dell’emergenza

Il carattere ambiguo della formulazione del decreto-legge del 23 febbraio 2020 rubricato “*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19*” ha provocato uno scontro istituzionale tra il Governo centrale e i Presidenti delle Regioni: all’articolo 2 del suddetto decreto, infatti, si parla di “autorità competenti” con il potere di adottare altre misure oltre a quelle tassativamente indicate dall’articolo 1.

La disposizione in esame presenta carattere generico e non specifico, e questo ha generato il susseguirsi di una lunga serie di ordinanze *contingibili e urgenti* emanate dai Presidenti di Regione che, spesso, apportavano l’imposizione di misure sempre più limitative della libertà dei cittadini, risultando più rigide e in contrasto con quelle nazionali.

¹³⁸ Cit. C. Tripodina, “*La Costituzione al tempo del Coronavirus*”, 2020. Nello stesso senso: B. Caravita, *L’Italia ai tempi del Coronavirus*, cit.; M. Cavino, *Covid-19*, cit.; F. Clementi, *Quando l’emergenza restringe le libertà*, cit.; M. Olivetti, *Coronavirus*, cit.

¹³⁹ Cit. F. Ceccarelli, “*E di fronte all’avanzata del contagio le Camere alzano bandiera bianca*”, in “*la Repubblica*”, 10 marzo 2020

¹⁴⁰ Cit. C. Tripodina, “*La Costituzione al tempo del Coronavirus*”, 2020.

Con l'obiettivo di rimediare al clima di incertezza e alla crescente diffusione del Covid-19, il Governo emana il decreto-legge del 25 marzo 2020 n.19 il quale, oltre a fornire una definizione precisa delle possibili tipologie di restrizioni da attuare, tenta di fare chiarezza sui rapporti tra Stato e Regioni, questi ultimi disciplinati dall'articolo 117 della Costituzione.

L'interazione tra le due forme di governo avviene, in sostanza, mediante due forme di partecipazione dell'ente regionale alla gestione dell'emergenza. L'articolo 2 del decreto-legge del 23 febbraio 2020 prescrive che le misure di cui all'articolo 1 del medesimo decreto devono essere adottate con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, quest'ultimo emanato previo parere dei Presidenti delle Regioni qualora sia interessata una determinata Regione; altrimenti, se l'intervento interessa l'intero territorio nazionale, l'emanazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri deve avvenire dopo aver sentito il parere del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Ai medesimi soggetti è attribuito il potere di proporre l'adozione di detti provvedimenti. Il primo comma dell'articolo 3 del decreto-legge del 23 febbraio 2020, invece, consente alle Regioni l'imposizione di misure ulteriormente restrittive solo qualora sussistano *“specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso”*¹⁴¹.

Effettivamente non potrebbe essere diverso da così perché, se da una parte è certo che la gestione dell'emergenza debba avvenire a livello nazionale per garantire una contro la pandemia in maniera unitaria e omogenea, dall'altra parte non bisogna dimenticare che la situazione pandemica ha dei risvolti diversi sui vari territori regionali, ed è esattamente ciò che è avvenuto. La conseguenza è un quadro complesso all'interno del quale è necessario e opportuno attribuire la giusta importanza alle istanze centrali di unità e omogeneità e alle singole istanze locali.

In tal senso, non convince del tutto la forma scelta dal Governo relativa al coinvolgimento delle Regioni nel procedimento amministrativo volto ad individuare le misure di contenimento del contagio: il decreto-legge n.19, infatti, individua una modalità riconducibile alla forma del “parere obbligatorio” che potrebbe essere di ostacolo all'effettività di un confronto tra i livelli di governo interessati.

Seguendo un ragionamento *“a contrario”*, invece, imponendo forme di raccordo maggiormente penetranti, si otterrebbero degli effetti controproducenti perché occorrerebbe molto più tempo per concludere il procedimento, e questo è certamente da evitare alla luce di una situazione emergenziale che richiede tempistiche di intervento rapide e tempestive.

Emerge, dunque, una certa complessità dell'intreccio sviluppatosi all'interno dei rapporti tra Stato e Regioni, e questo avrebbe dovuto spingere il Governo centrale a valutare più attentamente gli

¹⁴¹ Art 3, primo comma, decreto-legge 25 marzo 2020, n.19.

strumenti di raccordo da adottare, soprattutto dal punto di vista della “leale collaborazione” tra i vari livelli istituzionali.

Un recente orientamento della giurisprudenza costituzionale ritiene che l’attuazione materiale del principio di leale collaborazione ex articolo 120 della Costituzione non sia limitata solo ai casi espressamente individuati dalla norma, “*ma trova espressione nell’esercizio di tutte quelle competenze e funzioni che interessano diversi livelli di governo, e nel quale trovano parziale sovrapposizione le rispettive sfere di autonomia*”¹⁴². Detto principio è, altresì, una “garanzia reciproca” per gli enti coinvolti, affinché non vengano prevaricate unilateralmente le competenze di tali soggetti.

Il principio di “leale collaborazione” è rivolto ad esigenze sistematiche che trovano perfetto adattamento all’attuale emergenza sanitaria da Covid-19: per questa ragione, dunque, non si possono ignorare le richieste provenienti dalle Regioni maggiormente danneggiate dalla pandemia, né tanto meno possono passare inascoltate le richieste delle Regioni il cui sistema sanitario non è in grado di assicurare le giuste cure a tutti i contagiati.

Il fatto che i Presidenti delle Regioni non possono procedere con l’emanazione di ordinanze *contingibili e urgenti* in deroga ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, non significa che dette ordinanze non debbano avere la giusta considerazione nelle decisioni assunte dal Governo centrale: questo perché è necessaria l’individuazione delle misure più appropriate per fronteggiare la specifica situazione di un determinato territorio, sempre nel rispetto delle esigenze di omogeneità e unitarietà subordinate all’azione di contenimento del contagio.

Pertanto, in quest’ottica, la previsione di una sorta di mero parere “obbligatorio” del Presidente della Regione potrebbe rivelarsi incapace di assicurare una tutela delle istanze locali tale da auspicare la previsione da parte del Decreto di una modalità di consultazione (come, ad esempio, l’accordo o l’intesa) votati al raggiungimento del consenso delle Regioni.

Tra le varie polemiche rivolte alle ordinanze regionali che imponevano ai cittadini limitazioni delle libertà sempre più rigide a confronto di quelle imposte dal Governo centrale attraverso i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, il decreto-legge 19/2020 ha introdotto una disciplina *ad hoc* indicando precisamente le condizioni di legittimità dell’esercizio del potere regionale.

Il primo e il terzo comma dell’articolo 3 di suddetto decreto chiariscono il carattere “residuale” del potere delle Regioni, e precisamente è stabilito che esso possa essere esercitato esclusivamente nelle more dell’adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e sempre nel rispetto e in

¹⁴² A. Poggi, “*Corte Costituzionale e principio di “lealtà” nella collaborazione tra Stato e Regioni per l’esercizio delle funzioni*”, in *Federalismi.it*, 2017.

conformità delle misure imposte dallo Stato ed entro i limiti di cui al primo comma del medesimo decreto 19/2020.

I Presidenti di Regioni possono, altresì, adottare provvedimenti a norma del primo comma dell'articolo 3 di suddetto decreto entro il proprio territorio regionale o in parte di esso, purché sussistano “*specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento*”¹⁴³ del rischio sanitario rispetto al grado di allerta nazionale. Infine, l'intervento della Regione è consentito solo nelle materie di propria competenza e a condizione che esso non intacchi le attività produttive e quelle rilevanti per l'economia nazionale.

Pertanto, è possibile affermare che alle Regioni è stata sostanzialmente attribuita una competenza relativa alla gestione delle emergenze entro il proprio territorio all'interno di un contesto di emergenza nazionale: parte della dottrina ha utilizzato l'espressione “emergenze nelle emergenze” con riferimento, in particolar modo, a tutti gli eventi locali che mettono in subbuglio la salute e la vita dei cittadini e la cui gravità sia tale da non permettere l'attesa dell'adozione e dell'attuazione di apposite misure nazionali.

Relativamente al potere di ordinanza e all'emergenza sanitaria in questione, non può non essere menzionato l'articolo 32 della legge n.833/1978, il quale afferma che “*il Ministro della 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 o a parte di esso comprendente più regioni*”.

Per far fronte a dette situazioni, il terzo comma dell'articolo 32 della legge n. 833/1978 attribuisce al Presidente della Regione il potere di ordinanza *extra-ordinem* che costituisce l'unico mezzo idoneo posto a garanzia di una tutela tempestiva della salute pubblica. Il potere di ordinanza *extra-ordinem* consente l'emanazione di queste ordinanze, in materie di igiene e sanità pubblica, da parte del “*(...) presidente della giunta regionale o dal sindaco(...) con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale.*”¹⁴⁴ Infatti, secondo autorevole parere della giurisprudenza amministrativa, i caratteri di “*contingibilità e urgenza*” sono ravvisabili esclusivamente in un tale contesto come giustificazione della compressione delle libertà dei cittadini. Al contrario, questi presupposti non sussisterebbero con l'intervento di un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri volto a regolare la medesima fattispecie.

Nonostante il decreto-legge 19/2020 abbia messo in atto un'azione volta a dirimere i conflitti del rapporto tra Stato e Regioni nella gestione dell'attuale emergenza epidemiologica, se si vuole

¹⁴³ Articolo 3, primo comma, Decreto-legge 19/2020.

¹⁴⁴ Art. 32, comma 3, L. 833/1978.

sconfiggere definitivamente il Covid-19, nemico comune a Stato e Regioni, occorre necessariamente un'effettiva ed efficace leale collaborazione tra le amministrazioni coinvolte.

Emerge, dunque, l'esigenza un giusto equilibrio tra le prerogative dello Stato, in qualità di ente preposto alla gestione generale dell'emergenza, e quelle delle Regioni, in qualità di enti territoriali che giorno per giorno vivono più "da vicino" le esigenze dei loro cittadini.

2.3 La gestione statale dell'emergenza: natura giuridica dei D.P.C.M.

La data del 31 gennaio 2020 ha costituito l'inizio di un'ininterrotta decretazione "di urgenza": da questa discendono i D.P.C.M. e le ordinanze del Ministero della Salute a livello centrale e le c.d. ordinanze "*extra ordinem*" a livello regionale e locale.

Queste ultime sono atti dell'autorità amministrativa, la cui applicazione è basata sui presupposti della necessità e dell'urgenza con l'obiettivo di fronteggiare una situazione di grave e imminente pericolo per la comunità. La caratteristica principale di questa particolare tipologia di atti amministrativi risiede nel fatto che essi sono "*suscettibili di derogare alle fonti di rango primario, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, nonché di quelli di derivazione unionale e internazionale*"¹⁴⁵. Sono provvedimenti indubbiamente legittimi ma "atipici", nel senso che il loro contenuto non può essere predeterminato "*a priori*" dalla legge: è proprio questo il motivo che ha indotto la dottrina a definire tali provvedimenti quali "*ordinanze libere*", perché rispondono ad un principio di legittimità in senso "*debole*"¹⁴⁶, in quanto il loro contenuto varia in base al contesto sul quale intervenire. Vi è, altresì, una parte della dottrina per la quale le ordinanze "*extra ordinem*" sarebbero configurabili all'interno di un contesto di legalità non statico ma "*dinamico*", in ragione della loro capacità di reazione attraverso misure adatte alla specifica situazione concretamente in atto e di ottemperanza agli scopi imposti dalle norme di rango primario¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cit. PADOVANI Vittoria, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, iusinitinere.it, 2020 riferito a F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 305, estratto da www.pa.leggiditalia.it.

¹⁴⁶ Cfr. MORBIDELLI Giuseppe, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pag. 33 ss.

¹⁴⁷ Cfr. PADOVANI Vittoria, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, iusinitinere.it, 2020 riferito a G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 249 e ss.; per la giurisprudenza cfr. Corte Cost., 7-20 ottobre 1983, n. 319, in www.cortecostituzionale.it.

L'adozione delle ordinanze “*extra ordinem*” è, inoltre, prevista da altre fonti in situazioni di emergenza: basti pensare al T.U. “*delle leggi di pubblica sicurezza*” del 18 giugno 1973 n. 773, il quale, all'articolo 2, attribuisce al Prefetto il potere di adozione di provvedimenti atti a garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Vi è anche l'art. 117 del decreto legislativo 112/1998 recante il seguente tenore letterale: “*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. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali*”¹⁴⁸.

E', altresì, rilevante il d.lgs. 267/2000 che, agli articoli 50 e 54, commi 4 e 4bis, attribuisce al sindaco il potere di adozione di ordinanze di carattere “urgente” per far fronte a eventuali rischi imminenti per l'incolumità pubblica, siano essi di natura sanitaria o altra.

La natura giuridica dei D.P.C.M è stata peraltro rilevata con la sentenza n. 198/2021, nella quale la Corte costituzionale ha respinto una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la normativa emergenziale con cui il Governo ha gestito la fase iniziale della pandemia. In particolare, il Giudice di Pace di Frosinone dubitava della conformità a costituzione degli artt. 1, 2 e 3 del D.L. n. 6/2020 e 1, 2 e 4 del D.L. n. 19/2020, tutti in relazione agli artt. 76 e 77 Cost., nella misura in cui – secondo il rimettente – la disciplina in essi contenuta avrebbe “sostanzialmente” delegato la funzione legislativa al Presidente del Consiglio – esercitata per il tramite dei noti d.P.C.m. – e, pertanto, violato il principio costituzionale di tassatività delle fonti di produzione normativa primaria. Dal punto di vista della natura giuridica, il Giudice delle leggi ha fissato la natura di atto amministrativo dei d.P.C.m., definendoli “espressione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale. Ed è proprio l'alternatività del “modello di regolazione” previsto dal D.L. n. 19/2020, rispetto a quello stabilito dal D.lgs. n. 1/2018 che viene impiegata dalla Corte come ulteriore conferma dell'impossibilità di ‘sistemare’ i d.P.C.m. nel più ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza (c.d. ordinanze libere o necessitate): più che a quest'ultime, le misure urgenti di contenimento previste dal D.L. cit., secondo la Corte, possono essere accostate alla categoria degli “atti necessitati”, in quanto “emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto. E' opinione ormai pacifica della dottrina e della giurisprudenza di merito che tra gli elementi costitutivi e i presupposti di applicazione di detti provvedimenti (contingibilità e urgenza), vi sia anche la precisa indicazione del limite temporale di efficacia: è, infatti, consentito l'utilizzo e

¹⁴⁸ Art. 117 d. lgs. 112/1998 da PADOVANI Vittoria, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, iusinitinere.it, 2020.

l'attuazione di strumenti "*extra ordinem*" solo temporaneamente, in quanto essi, nell'espletamento delle loro funzioni e nel perseguimento degli obiettivi fissati dalle leggi ordinarie, comprimono diritti e interessi personali, costituzionalmente garantiti, con strumenti diversi (atipici) rispetto a quelli "tipici" indicati dalla legge¹⁴⁹.

I presupposti e gli elementi costitutivi dei provvedimenti "*extra ordinem*" palesano l'ispirazione di questi ultimi al principio di precauzione e ai suoi "corollari" di "proporzionalità" e "ragionevolezza". Relativamente alla necessità del carattere temporaneo della normativa di emergenza, è significativa la sentenza emessa dalla Corte Costituzionale, ancor prima che sopraggiungesse l'attuale emergenza pandemica che stiamo vivendo. Si sta parlando della sentenza numero 115/2011, per la quale: "[...] *Questa Corte ha infatti precisato, con giurisprudenza costante e consolidata, che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se temporalmente delimitate*"¹⁵⁰.

E ancora, la sentenza emessa dal T.A.R. di Venezia (Veneto), sezione III[^], del 24 luglio 2019, n. 872 per la quale: "*Il presupposto indefettibile per l'adozione di siffatte ordinanze sindacali è la necessità di intervenire urgentemente con misure eccezionali di carattere provvisorio e a condizione della temporaneità dei loro effetti*"¹⁵¹.

Dunque, alla luce di dette sentenze, è palese l'importanza del presupposto del limite temporale di tali provvedimenti.

Non bisogna dimenticare, altresì, che ci si trova in uno Stato di diritto, e in quanto tale sussistono dei limiti in capo all'autorità "sovrana", anche nelle situazioni di emergenza, di qualsiasi natura esse siano. In tal caso, la necessità del carattere "temporaneo" della disciplina di emergenza deriva innanzitutto dalla "temporaneità" dell'emergenza stessa: dunque, si parte dal presupposto che si tratti di una situazione "eccezionale" che, a prescindere dal *quantum* della sua durata, avrà una fine, come qualsiasi altro fenomeno. In altri termini, l'emergenza non durerà per sempre.

Pertanto, con riferimento ai provvedimenti emanati durante un'emergenza, si può parlare una "*legalità di periodi eccezionali*"¹⁵²: nonostante la necessità e l'urgenza della situazione "vestano i panni" della legge, restano vigenti alcuni limiti da rispettare previsti dai c.d. "principi generali" dell'ordinamento giuridico, per i quali le misure da intraprendere devono essere caratterizzate da

¹⁴⁹ *ex multis* T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II[^], 21/08/2017, n. 1304, in senso conforme: T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V[^], 08/09/2017, n. 4324, TAR Piemonte, sez. II[^], n. 996 del 2015, T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. III[^], 29/06/2017, n. 606, T.A.R. Genova, (Liguria), sez. I[^], 27/01/2016, n. 82, TAR Piemonte, sez. II[^], n. 996 del 2015 consultabili in www.dejure.it.

¹⁵⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 115/2011 da iusinitinere.it e www.pa.leggiditalia.it.

¹⁵¹ T.A.R. di Venezia (Veneto), sezione III[^], del 24 luglio 2019, n. 872 da www.dejure.it.

¹⁵² Cfr. CERQUOZZI Flaviana, "Stato d'emergenza" e Costituzione", data di pubblicazione 26/03/2020, aggiornato al 09/04/2021; da iusinitinere.it

generalità e astrattezza, devono avere carattere temporaneo e irretroattivo, devono essere muniti di valida motivazione e proporzionali allo scopo prefissato.

E', altresì, necessario il carattere della temporaneità della disciplina di emergenza in quanto, come affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza 115/2011, i provvedimenti emanati in casi di necessità e urgenza (che nel nostro ordinamento sono i decreti-legge e i D.P.C.M.) derogano alla normativa primaria e comportano la compressione di diritti personali costituzionalmente tutelati. Infatti, come sottolineato in precedenza, nel quadro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, tutti i diritti fondamentali della costituzione (sanciti dagli articoli 13, 16, 17, 18, 24, 33 e 34 della Costituzione dei quali si è parlato nei paragrafi precedenti) vengono subordinati al diritto alla salute in quanto strettamente legato all'incondizionato, inviolabile e inderogabile (anche in caso di emergenza) diritto alla vita sancito dall'articolo 3 della Costituzione, dall'articolo 2 CEDU e dall'articolo 6 del Patto.

Dunque, proprio per questi motivi, è opinione largamente condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina che la normativa di emergenza è legittima solo se temporanea e se sussistono i presupposti di necessità e urgenza.

La necessità di un'efficacia limitata nel tempo delle ordinanze "*extra ordinem*" è rilevante ai fini di una corretta definizione delle stesse e, precisamente, al fine di una corretta collocazione nel sistema delle fonti del diritto.

Pertanto, alla luce delle caratteristiche delle ordinanze "*extra ordinem*" di cui si è fatto cenno precedentemente, è legittimo chiedersi in che modo esse si qualificano nel sistema delle fonti, e in particolare se possono essere considerati atti normativo-regolamentari o atti amministrativi "*tout court*". La giustificazione alla base di tale quesito risiede nel fatto che i provvedimenti di urgenza sono astrattamente rivolti ad una generalità di soggetti: il loro contenuto può essere definito "innovativo", nel senso che vanno ad incidere sulle posizioni dei singoli e possono derogare alle fonti di rango superiore.

La risposta al quesito deve essere necessariamente preceduta dalla distinzione teorica tra regolamento e atto amministrativo generale.

Il regolamento è una fonte "tipica" di secondo grado, la quale è giustificata dall'articolo 1 delle disposizioni preliminari al codice civile e dall'articolo 17 della legge 400 del 1988. E' un atto dell'autorità amministrativa che, in virtù dei principi di legalità e preferenza della legge, è subordinato alle fonti primarie. Precisamente, si tratta di un atto formalmente amministrativo e sostanzialmente normativo: la potestà affidata all'amministrazione attraverso l'emanazione di regolamenti comporta

infatti la produzione di norme generali e astratte, costitutive dell'ordinamento, che vanno quindi ad incidere sui rapporti giuridici nel corso del tempo¹⁵³.

L'atto amministrativo generale, invece, occupa una posizione speculare rispetto al regolamento: esso è un atto normativo nella forma, ma amministrativo nella sostanza. Esso si limita semplicemente a dare attuazione concreta a quanto disposto dalle fonti primarie e secondarie, senza porre alcuna disciplina generale e astratta e senza innovare l'ordinamento.

Alla luce di tale distinzione e di tali caratteristiche, i provvedimenti “*extra ordinem*” potrebbero essere individuati nella categoria degli atti regolamentari perché, anche se per un tempo limitato, essi introducono prescrizioni di carattere generale e astratto con possibilità di deroga alle disposizioni di legge. In realtà, la giurisprudenza non è d'accordo con questa teoria e afferma che, trattandosi di provvedimenti con efficacia limitata nel tempo, le ordinanze “*extra ordinem*” non possono incidere in senso innovativo e permanente nell'ordinamento¹⁵⁴.

Pertanto, le ordinanze “*extra ordinem*” si presentano quali atti amministrativi generali con delle previsioni ad hoc, riferite, cioè, a singolari situazioni concrete in senso derogatorio e solo per un periodo di tempo limitato.

In conclusione, per quanto riguarda il dubbio relativo alla natura giuridica delle ordinanze urgenti e contingibili, si può correttamente affermare, alla luce di questa analisi, che esse non hanno una portata regolamentare. Inoltre, il carattere temporaneo del loro utilizzo fa sì che esse siano qualificate, formalmente e sostanzialmente, come atti amministrativi generali.

In generale, inoltre, si ritiene che “*in un ordinamento costituito ispirato al principio di primazia della legge, di tipicità e normatività e ordine gerarchico, tutto ciò che vi deroga non può essere destinato a permanere*”¹⁵⁵. Per questo motivo e per i motivi sopra esposti, è assolutamente necessario e fondamentale il carattere temporaneo della disciplina di emergenza.

2.4 Il potere di ordinanza e il ruolo delle regioni durante l'emergenza

¹⁵³ Cfr. PADOVANI Vittoria, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, iusinitinere.it, 2020 riferito *ex multis* T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II[^], 02/03/2012, n. 2156 laddove afferma: “*Gli atti di natura regolamentare, in quanto espressione della potestà attribuita all'Amministrazione di incidere, integrandola ed arricchendola, su una precedente disciplina legislativa, innovano l'ordinamento giuridico con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza, a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali che sono espressione di una semplice potestà amministrativa di natura gestionale e sono rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati.*”; in senso conforme anche un più recente Cons. di Stato, sez. III[^], 11 dicembre 2019, sent. n. 8435, estratti da www.dejure.it.

¹⁵⁴ sul punto *ex multis* Cons. di Stato, sez. IV[^], 11/12/2013, n. 5973, laddove afferma che: “*Le cd. Ordinanze extra ordinem non hanno carattere di fonti primarie dell'ordinamento giuridico, attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell'ordinamento medesimo, né l'eventuale attribuzione ad esse della qualifica di atti di alta amministrazione le sottrae al sindacato giurisdizionale, dato che tali atti sono pacificamente sindacabili dal giudice amministrativo.*”, in www.dejure.it.

¹⁵⁵ Cit. PADOVANI Vittoria, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, iusinitinere.it, 2020.

Il principio di legalità impone la tipicità, in circostanze ordinarie, dei poteri amministrativi. Pertanto, la legge identifica il potere amministrativo e ne individua l'amministrazione competente, il contenuto dell'atto di esercizio, gli effetti e i presupposti di attuazione.

Esistono anche delle norme che - come si è visto precedentemente in riferimento alle ordinanze urgenti e contingibili - in materie di pubblica sicurezza e protezione civile, attribuiscono poteri non tipizzati per fronteggiare eventi straordinari la cui previsione a priori è impossibile. Tali ordinanze sono provvedimenti "atipici" perché i loro effetti non sono predeterminati dalla legge, in quanto quest'ultima si limita ad individuare l'autorità amministrativa competente che nell'esercizio di tali poteri, per far fronte ad una situazione di necessità, attua dei provvedimenti che esplicano effetti diversi in ordine a situazioni soggettive indeterminate. In questo caso, la materia di intervento può essere totalmente o parzialmente determinata, oppure generica. Il contenuto delle misure, invece, resta indefinito: l'individuazione dei poteri contingibili e urgenti dipende dallo scopo che essi devono perseguire, indicato più o meno genericamente, ma il loro contenuto è atipico, cioè non tipizzato dalla legge ed è per questo che sono definite, come detto nel paragrafo precedente, "ordinanze libere".

Nell'ambito degli enti pubblici coinvolti nella gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, la figura del Sindaco gioca un ruolo di rilevante importanza ma, al tempo stesso, controverso.

Gli articoli 50¹⁵⁶ e 54¹⁵⁷ del TUEL conferiscono al Sindaco il potere di adozione di ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni espressamente individuate che incidono in maniera diretta sulla libertà di circolazione dei cittadini. Ai fini della loro legittimità, queste devono essere validamente motivate, conformi ai principi generali dell'ordinamento, con efficacia limitata nel tempo e con uno scopo ben preciso.

¹⁵⁶ Così recita l'art. 50, comma 5, 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*" da www.diritto.it

¹⁵⁷ Così recita l'art. 54, comma 4, TUEL: "*Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*" da www.diritto.it

Dunque, l'atipicità di tali strumenti risiede nel fatto che il loro contenuto non può essere determinato a monte dalla legge perché hanno il solo scopo di contrastare fenomeni che non possono essere previsti a priori.

Come spiegato precedentemente, sono definite ordinanze “*extra ordinem*” per la loro capacità di deroga dell'ordinamento giuridico, al solo scopo di permettere all'Autorità di fronteggiare situazioni straordinarie e urgenti che, altrimenti, non sarebbero fronteggiabili con il ricorso ai soli poteri ordinari.

Dunque, se da un lato il contenuto delle ordinanze “*extra ordinem*” deve essere necessariamente libero in virtù della loro funzione, dall'altro tale potere deve necessariamente avere un fondamento (almeno in termini finalistici) nella legge statale. In caso contrario, l'utilizzo delle ordinanze “*extra ordinem*” comprometterebbe il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa. Pertanto, il conferimento del potere di adottare tali ordinanze in capo al Sindaco deve trovare la sua giustificazione nella legge, che deve individuare il fine per il quale il potere stesso viene conferito.

Si può correttamente constatare che tali disposizioni individuano, anche se in termini ampi, i settori oggetto di un possibile intervento delle ordinanze sindacali e l'obiettivo da perseguire. Nello specifico, la legge prevede l'attuazione materiale di un potere “*extra ordinem*” conferito al Sindaco, in qualità di rappresentante della comunità locale, “*per far fronte ai casi di emergenza sanitaria o igienica a carattere esclusivamente locale*”¹⁵⁸ ovvero, “*quale ufficiale del Governo, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*”¹⁵⁹.

Entro tali termini, dunque, il potere di ordinanza “*extra ordinem*” è legittimo in qualità di strumento “atipico” al quale ricorrere in casi emergenza. Il nostro ordinamento giuridico, inoltre, pone dei confini di legittimità di tali provvedimenti. Pertanto, le ordinanze “*extra ordinem*” sono legittime se conformi ai principi generali dell'ordinamento e quindi conformi ai precetti costituzionali, in particolare a quelli riferiti a materie coperte da riserva assoluta di legge, ma anche a tutti gli altri principi generali dell'ordinamento non deducibili da norme costituzionali.

La giurisprudenza amministrativa ha anche enunciato l'ormai consolidato principio per il quale “*l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti postula “la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento*”¹⁶⁰. Alla luce di tale principio di comprendono

¹⁵⁸ Cfr. art. 50, comma 5, TUEL da www.diritto.it

¹⁵⁹ Cfr. art. 54, comma 4, TUEL da www.diritto.it

¹⁶⁰ *Ex multis* T.A.R. Calabria, sentenza n. 489, 30 luglio 2019; T.A.R. Lombardia – Milano, sentenza n. 1238, 5 giugno 2017; nello stesso senso T.A.R. Abruzzo – Pescara, sentenza n. 290, 28 novembre 2019, T.A.R. Campania – Napoli, sentenza n. 5199, 4 novembre 2019.

chiaramente i concetti di urgenza e contingibilità che il legislatore ha individuato quali presupposti alla base del potere del Sindaco di adozione di provvedimenti atti a comprimere le libertà dei cittadini mediante l'imposizione o la regolamentazione o il divieto di alcuni comportamenti.

Precisamente, l'urgenza si caratterizza *“dall'impossibilità di differire nel tempo l'intervento dell'Autorità al fine di scongiurare l'ipotesi di un danno incombente”*¹⁶¹. La contingibilità, invece, mette in risalto *“la natura residuale dell'ordinanza sindacale, il cui ricorso si rende necessario al verificarsi di situazioni non altrimenti disciplinate dall'ordinamento giuridico”*¹⁶².

L'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19 e la rapidità attraverso la quale si diffonde il virus sono elementi costitutivi di un elevato grado di urgenza per il quale devono essere preposte misure idonee a contrastare il fenomeno.

Tuttavia, se da un lato non si può negare l'impossibilità di differire nel tempo l'intervento pubblico, allo stesso modo non può ritenersi sussistente il requisito della necessità dell'esercizio del potere *“extra ordinem”* del Sindaco nei termini sopra indicati.

La dichiarazione dello “stato di emergenza” del 31 gennaio 2020 con decreto-legge 6/2020 rubricato *“Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19”*, il Governo ha conferito al Presidente del Consiglio dei Ministri, il potere di emanare appositi decreti contenenti le misure volte a tutelare la popolazione.

Successivamente, con l'articolo 35 del decreto-legge 9/2020 sono state dichiarate inefficaci le ordinanze sindacali contingibili e urgenti atte a far fronte all'emergenza epidemiologica da Covid-19 in quanto difformi e contrastanti rispetto alle misure statali nelle more adottate.

Infine, il Governo ha ritenuto nuovamente opportuno l'intervento attraverso la decretazione d'urgenza, imponendo misure maggiormente restrittive a seconda dell'andamento dell'epidemia, tenendo conto dei contagi e della situazione nei sistemi sanitari locali.

Successivamente, il decreto-legge 19/2020 ha vietato ai Sindaci di utilizzare le ordinanze contingibili e urgenti con lo scopo di fronteggiare l'emergenza attraverso misure difformi rispetto a quelle legislativamente imposte. Pertanto, sono ritenute illegittime tutte quelle ordinanze contingibili e urgenti emanate dai Sindaci che impongono misure di contenimento del contagio più restrittive di quelle adottate dai vari atti normativi emanati.

Tale divieto, però, appare superfluo in quanto, alla luce dei principi fino ad ora enunciati, non è sussiste la condizione di contingibilità dell'intervento sindacale. Questo presuppone l'assenza di altri

¹⁶¹ T.A.R. Lazio – Roma, sentenza n. 13831, 3 dicembre 2019 da www.diritto.it

¹⁶² T.A.R. Lazio – Roma, sentenza n. 13831, 3 dicembre 2019 da www.diritto.it

rimedi espressamente previsti dall'ordinamento: infatti, l'atipicità dell'ordinanza “*extra ordinem*” risiede nel fine della stessa di regolare e fronteggiare un fenomeno che non poteva essere previsto a priori dal legislatore in quanto straordinario e imprevedibile.

Nel caso in esame relativo all'attuale emergenza pandemica da Covid-19, invece, nonostante la rapida diffusione del virus sia stata determinante nell'aggravamento della situazione, lo Stato è stato in grado di rispondere prontamente attraverso l'adozione dei rimedi legislativi necessari alla gestione dell'emergenza epidemiologica, impedendo in tal modo di adottare a livello locale provvedimenti amministrativi derogatori. D'altronde, una simile evenienza sarebbe di pregiudizio ai caratteri di omogeneità e di unità delle azioni necessarie al contrasto al Covid-19 poste in essere dallo Stato, generando un clima di caos tra la popolazione e rischiando di vanificare tutti i sacrifici e gli sforzi effettuati a causa di un mancato coordinamento tra i livelli istituzionali.

In tale contesto, piuttosto che arrogarsi le competenze spettanti ad altre Autorità più idonee a tutelare gli interessi giuridici in gioco in ragione dell'estensione geografica dell'emergenza, l'attività istituzionale dei Sindaci dovrebbe essere diretta a implementare l'effettiva applicazione della strategia d'azione individuata dall'amministrazione centrale dello Stato, mediante l'adozione di provvedimenti che, in ossequio alle misure generali, siano in grado di tenere conto delle peculiarità delle comunità dagli stessi rappresentate.

Dunque, come affermato nel paragrafo precedente, le ordinanze emanate ai sensi del decreto-legge 19/2020 hanno natura di atti amministrativi generali e, in quanto tali, sono impugnabili innanzi al Giudice amministrativo: quest'ultimo procederà ad emettere sentenza di annullamento delle stesse qualora vi siano vizi di incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere. A tal proposito si deve menzionare la sentenza numero 4 del 1977 emessa dalla Corte Costituzionale, per la quale le ordinanze necessitate “*sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*”¹⁶³.

Fermo restando, certamente, il potere di attivazione del controllo di costituzionalità delle norme primarie attributive del potere di ordinanza.

Durante la fase emergenziale, il Governo ha utilizzato il ricorso al giudice amministrativo per impugnare le ordinanze regionali ritenute dall'esecutivo nazionale gravemente lesive

¹⁶³ Sentenza 4/1977 della Corte Costituzionale da www.dejure.it; www.cortecostituzionale.it.

dell'ordinamento nazionale. A tal proposito, parte della dottrina¹⁶⁴, ha ipotizzato che il Governo, in alternativa, avrebbe potuto procedere con l'annullamento straordinario delle ordinanze regionali ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, l. 400/1988. La sentenza 229/1989 della Corte Costituzionale aveva escluso l'estensione del potere di annullamento straordinario agli atti amministrativi straordinari ma, successivamente, la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 e i nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa hanno portato a prendere in considerazione la possibilità che, ad oggi, la risposta della Consulta potrebbe essere diversa a seguito della costituzionalizzazione delle norme sul potere sostitutivo e, in particolare, in virtù del secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione.

Invero, si ritiene che l'annullamento straordinario e il potere sostitutivo siano difficilmente omologabili, in quanto i poteri sostitutivi sono esercitabili sul presupposto dell'attivazione di un procedimento all'interno del quale viene coinvolto l'ente territoriale e nel quale opera il principio di leale collaborazione; dunque, restano dubbi circa l'applicabilità del potere tutorio rispetto ad atti amministrativi regionali.

Alternativamente al ricorso giurisdizionale, il Governo avrebbe potuto agire innanzi alla Corte Costituzionale in sede di conflitto intersoggettivo (l'articolo 40 della legge 87/1953 permette anche la tutela cautelare), ma l'adozione di un provvedimento cautelare da parte del Giudice amministrativo è molto più rapida rispetto alle tempistiche del Palazzo della Consulta.

In un'ottica sostanziale, invece, se da un lato si presentano in qualità di disposizioni integrative/attuative dei decreti-legge legittimanti alla stregua dei regolamenti, dall'altro la forza derogatoria della legislazione vigente (e di alcune norme costituzionali) e il carattere temporaneo sono elementi costitutivi tipici delle ordinanze contingibili.

Il testo del decreto-legge 19/2020 precisava palesemente che i provvedimenti emanati dai Presidenti di Regione volti al contrasto dell'epidemia dovevano essere "ulteriormente restrittivi" ma, mentre i dati relativi all'andamento della pandemia stessa miglioravano (anche grazie all'imposizione di un rigido lockdown durato ben due mesi) e si iniziava già a pensare ad una eventuale ripresa delle attività commerciali e al ritorno della libertà di circolazione delle persone, alcune regioni hanno deciso di prescindere dalle decisioni del Comitato Tecnico Scientifico e del Governo e consentire la ripresa delle attività. A titolo esemplificativo, si pensi al Veneto che con ordinanza del 27 aprile 2020 numero 43 permetteva *"lo spostamento individuale per attività motoria e attività all'aria aperta, anche con*

¹⁶⁴ Come sostenuto, tra gli altri, dall'amministrativista ANTONIO BARTOLINI, intervistato da F. RUGGIERO sul sito Giustiziainsieme.it (23.4.2020).

*bicicletta o altro mezzo, in tutto il territorio comunale*¹⁶⁵ e alcune misure derogatorie alla normativa statale, anche se di limitato impatto. Alcune di queste ordinanze hanno provocato contenzioso amministrativo, ma il caso più eclatante ha riguardato l'ordinanza del 29 aprile 2020 numero 37 del Presidente della Regione Calabria. Tale ordinanza prevedeva che, a decorrere dalla data di emanazione della stessa, in tutta la Regione Calabria era *“consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all’aperto”*. Dopo il vano tentativo di diffida di detta ordinanza da parte del Ministro per gli affari esteri, il Governo decide di ricorrere al Tar della Calabria: quest'ultimo si esprime con sentenza 841/2020 in accoglimento del ricorso da parte del Governo annullando, così, l'ordinanza nella parte impugnata. L'illegittimità di detta ordinanza è pronunciata da un lato per incompetenza assoluta, in quanto *“alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall’art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati”*, dall'altro perché sprovvista di adeguata istruttoria (eccesso di potere) e per violazione del principio di leale collaborazione (eccesso di potere).

Il ritorno ad una situazione di (quasi) normalità dal punto di vista epidemiologico si ha con il d.l. n. 33 del 16 maggio 2020, convertito in legge n. 74 del 14 luglio 2020, il quale ha posto fine al primo lockdown ferrato. Il testo normativo modifica, senza abrogare, il decreto-legge 19/2020, mantenendo in vigore il divieto di espatrio con finalità turistica o di assembramento e coinvolge le Regioni a duplice titolo: ai sensi dell'articolo 1, comma 14, le Regioni devono approvare i protocolli o le linee guida impartite alle imprese per la ripresa della propria attività produttiva, prevedendo che i protocolli e le linee guida nazionali debbano applicarsi solo in assenza di tali provvedimenti regionali; l'articolo 1, comma 16, impone alle Regioni il monitoraggio, con cadenza giornaliera, dell'andamento dell'epidemia nei propri territori e, di conseguenza, delle condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale e, sulla base di tale monitoraggio, *“nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2”*.

Tali disposizioni conferiscono un valore rilevante sia alle competenze regionali in materie economiche sia al principio di leale collaborazione: in tal modo, si valorizza anche il tentativo di sviluppare una forma più matura del sistema regionale.

Inoltre, la clausola che permette alle Regioni di derogare rispetto ai D.P.C.M., senza l'obbligo di informare del Ministro della salute, in senso estensivo o restrittivo, ha costituito una discontinuità

¹⁶⁵ Articolo 1, ordinanza 43 del 27 aprile 2020 da www.dejure.it e www.diritto.it.

rispetto al decreto-legge 19/2020 aprendo, dunque, la strada a differenziazioni e asimmetrie tra regioni, di non facile comprensione per i cittadini e per gli imprenditori.

CAPITOLO III

LA GESTIONE STATALE E REGIONALE DELLA PANDEMIA DA COVID-19

3.1 L'effettivo riparto di competenze legislative durante la pandemia da Covid-19.

A fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, i livelli governo si sono attivati utilizzando tutti gli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento giuridico italiano al fine di contenere la diffusione del virus. La conseguenza è stata *“un vero e proprio profluvio normativo, nel tentativo di fronteggiare la scarsa predicibilità degli andamenti dell'infezione e di portare avanti un approccio gradualistico nell'adozione delle misure sempre più restrittive”*¹⁶⁶. La politica si è trovata con *“le spalle al muro”*, costretta ad adottare decisioni importanti, *“alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo”*¹⁶⁷.

In quest'ottica, la data del 25 gennaio 2020 è molto importante, in quanto si assiste all'adozione della prima ordinanza contingibile e urgente da parte del Ministro della Salute, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 32 della legge n. 833/1978: l'ordinanza in questione è stata adottata per potenziare i controlli sanitari nei confronti dei passeggeri provenienti con volo diretto dalle aree interessate dai primi focolai virali e per potenziare, altresì, il reclutamento del personale sanitario¹⁶⁸. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della sanità ha riconosciuto ufficialmente l'epidemia da Covid-19 quale *“emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale”*¹⁶⁹. Il giorno successivo (31 gennaio 2020) il Consiglio dei Ministri ha proclamato stato di emergenza ai sensi del Codice della Protezione Civile.

Il 3 febbraio 2020 si assiste all'adozione della prima ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile finalizzata al coordinamento degli interventi necessari al soccorso e all'assistenza nei confronti della popolazione coinvolta nell'emergenza e affinché venisse garantito, altresì, il

¹⁶⁶ C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, 4

¹⁶⁷ A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, Forum *“La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali”*, 4 aprile 2020, p. 519.

¹⁶⁸ Cfr. Spanicciati F., *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo, Il sistema delle fonti*, *Giornale di diritto amministrativo* 3/2020; pluris cedam.utetgiuridica.it, pp. 305 ss.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

funzionamento dei servizi pubblici e la disposizione dell'istituzione del Comitato tecnico-scientifico¹⁷⁰.

Il 23 febbraio 2020 si assiste all'adozione da parte del Governo al primo decreto-legge, recante “*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*” e alla contestuale adozione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri del suo primo Decreto recante “*disposizioni attuative*” di quest'ultimo.

Dall'andamento di questi primi interventi normativi nel primo periodo di pandemia da Covid-19 si evince “*vero e proprio cambiamento di approccio da parte del Governo*”¹⁷¹. Nonostante, ad oggi, si siano susseguiti numerosi atti di questa tipologia, con un conseguente dibattito giurisprudenziale soprattutto sulla legittimità di vari decreti legge alla luce dei vari casi di abuso di questi ultimi, l'aggravamento dell'epidemia da Covid-19 ha determinato una prima fase nella quale sono stati attuati interventi normativi focalizzati sul sistema della protezione civile, una seconda fase in cui detti interventi hanno spostato l'attenzione sull'emergenza sanitaria e, infine, una terza fase in cui si è attivato un meccanismo di emanazione di decreti-legge “*accompagnati da una definizione di interventi puntuali tramite decreti del Presidente del Consiglio*”¹⁷² con l'obiettivo di prevenire e contenere i contagi da Covid-19, alla luce del grave rischio di collasso del Sistema Sanitario Nazionale italiano.

A differenza di altre Costituzioni come, ad esempio, quella di Weimar¹⁷³, la nostra Carta costituzionale non prevede espressamente uno “*stato di emergenza*”: infatti, sono varie le disposizioni costituzionali che prevedono la possibilità di imporre limitazioni alla libertà personale dei cittadini “*per motivi di sanità o sicurezza*” con garanzia di riserva di legge e purché dette tali restrizioni siano decise democraticamente dai rappresentanti dei cittadini. Inoltre, al terzo comma dell'articolo 14 della Costituzione è prevista la possibilità di imporre dei limiti alla libertà di domicilio per “*gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e incolumità pubblica*”. E ancora, il terzo comma dell'articolo 17 della Costituzione sancisce il divieto delle riunioni in luoghi aperti al pubblico “*per comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica*”.

Con riferimento, invece, all'autonomia decisionale di regioni, province e comuni, il secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione prevede la limitazione di detta autonomia e la sua contestuale sostituzione da parte del potere decisionale del Governo “*in caso di pericolo grave per l'incolumità*

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ G. Mobilio, op. cit., p. 352.

¹⁷² C. Pinelli, op. cit., p. 6.

¹⁷³ Il cui articolo 48 prevedeva: “Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”.

e la sicurezza pubblica” , ferma restando la definizione da parte di una legge ordinaria circa *“le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione”* .

La legge, quindi, si fa garante delle restrizioni della libertà e dell'autonomia dell'individuo qualora esse si rendano opportune e necessarie in tutte quelle ipotesi in cui sussista un pericolo, anche solo potenziale, della salute, dell'incolumità e della sicurezza pubblica.

L'articolo 77 della Costituzione definisce il decreto-legge quale atto avente forza di legge emanato dal Governo, sotto sua responsabilità, *“in casi straordinari di necessità e urgenza”* : il decreto-legge deve, dunque, essere sottoposto ad un controllo preventivo effettuato dal Presidente della Repubblica al momento dell'emanazione e, in un secondo momento, al controllo del Parlamento in sede di conversione in legge entro il termine di sessanta giorni ed essere, altresì, oggetto di giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, così come lo sono stati i decreti-legge di cui nei capitoli precedenti.

Alla luce di quanto premesso, è opportuno proseguire il discorso, al fine della presente tesi, indagando sull'uso che è stato fatto dello strumento del decreto-legge per far fronte all'epidemia da Covid-19, e precisamente sull'adeguatezza o meno del decreto-legge per soddisfare le esigenze politiche degli organi di governo, sulla possibilità del decreto legge - nell'ambito della gestione di emergenze particolarmente gravi come quella attuale - di essere soppiantato o meno da altre fonti, nonché sulla necessità o meno di accantonare i criteri formali che strutturano gli ordinamenti giuridici, assieme agli strumenti normativi codificati, *“per inoltrarci sul terreno incerto della fattualità e della necessità come fonte del diritto”*¹⁷⁴.

A tal fine, seguirà un'analisi relativa alla prassi dei decreti-legge emanati per far fronte alla pandemia da Covid-19 a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza (31 gennaio 2020), con particolare riferimento alle misure di contenimento e gestione dell'emergenza stessa. L'analisi verterà, precisamente, sulle problematiche connesse ai rapporti tra decreti-legge e altre fonti al fine di palesare l'influenza diretta delle dinamiche tra fonti del diritto sugli equilibri dei poteri costituzionali, sulle esigenze di tutela delle libertà fondamentali, sulle articolazioni del nostro sistema territoriale¹⁷⁵.

Il rispetto dei requisiti di *“straordinaria necessità e urgenza”* è sempre stata questione problematica e complessa: parte della dottrina parla di abuso *“patologico”*¹⁷⁶ dei decreti-legge, altri parlano di una

¹⁷⁴ A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 49 ss.

¹⁷⁵ Sul punto: A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 1986, pp. 271 ss.; U. De siervo, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, XIII ss.; A. Simoncini, *Dalla prassi in materia di fonti nuove gravi “torsioni” della forma di governo e della forma di stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011.

¹⁷⁶ A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1997.

riconduzione di tale fenomeno “all’aspettativa fisiologica che gli organi di governo rispondano in maniera sempre più rapida alle domande e istanze sociali”¹⁷⁷.

L’esempio più adatto di situazione in cui ricorrere alla decretazione d’urgenza nell’ottica di conformità oggettiva¹⁷⁸ rispetto a quanto previsto dall’articolo 77 della Costituzione è, sicuramente, la calamità naturale, dunque un evento straordinario e, in quanto tale, imprevedibile. L’attuale epidemia da Covid-19 ha dimostrato non solo l’esistenza di emergenze “*meramente strumentali a logiche politiche ed emergenze reali*”¹⁷⁹, ma anche l’esistenza di diverse situazioni emergenziali provocate da altrettante diverse catastrofi naturali. E ancora, le modalità attraverso le quali è stata affrontata l’epidemia da Covid-19, al contrario di quanto si è detto per lungo tempo¹⁸⁰, per quanto possano essere flessibili i principi costituzionali nei casi di emergenza, sembrerebbero aver “*dato adito a ulteriori e significativi scostamenti dal modello costituzionale*”¹⁸¹.

Per comprendere meglio questi scostamenti torna utile, in primo luogo, una riflessione “*sulle distanze dai singoli requisiti posti dalla Costituzione alla decretazione d’urgenza*”¹⁸², in modo tale da avere delle basi per poter formulare un giudizio complessivo. Non sussisterebbero particolari problematiche legate al requisito della “straordinarietà” del caso da affrontare, sia nel suo significato letterale di situazione “*imprevedibile ed eccezionale*”, sia in senso lato¹⁸³. Allo stesso modo, nemmeno il requisito della “necessità” presenta particolari problematiche, e dunque anche questo requisito, così come quello della “straordinarietà” può dirsi integrato dalla decretazione d’urgenza emanata durante il periodo della pandemia da Covid-19.

Numerose problematiche sono sorte in riferimento al requisito dell’urgenza che, per prassi, è inteso come riferibile “*al provvedere e non al provvedimento*”¹⁸⁴, o comunque inteso come riferibile “*all’intero provvedimento e non alle sue singole componenti*”¹⁸⁵. In particolare, questo periodo storico si è caratterizzato da alcuni decreti-legge annunciati alcuni mesi prima dalla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, “*allo scopo di venire incontro alle richieste sociali*”¹⁸⁶: si pensi,

¹⁷⁷ E. Longo., *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 262.

¹⁷⁸ Sul punto, si veda G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, Torino, 1988, 177.

¹⁷⁹ G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020.

¹⁸⁰ Cfr. C. Pinelli., op. cit., p. 2; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., pp. 119 ss.; A. Vernata., *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *BioLaw Journal*, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 13 marzo 2020, 4.

¹⁸¹ G. Mobilio, op. cit., p. 358; Cfr. Spanicciati F., op. cit., pp. 311 ss.

¹⁸² G. Mobilio, op. cit., p. 358.

¹⁸³ Si veda, ad esempio, M. Luciani., *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo da-vanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163. L’autore concepisce il requisito della straordinarietà quale “necessità che il decreto-legge non sia uno strumento ordinario di normazione primaria”.

¹⁸⁴ C. Esposito, *Decreto-legge*, cit., 844 s., nota 46.

¹⁸⁵ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 243.

¹⁸⁶ G. Mobilio, op. cit., p. 355.

ad esempio, al decreto-legge n.34/2020, annunciato il 19 maggio 2020, ma qualificato “in fase di incubazione” come “decreto Aprile”¹⁸⁷. Ma se si guarda al requisito dell’urgenza nel senso di “auto-applicabilità” scaturente dal suo sviluppo concettuale, così come spiegato già dal terzo comma dell’articolo 15 della legge n. 400/1988, sarebbe più facile comprendere alcune forzature che sono state fatte nell’adozione di alcuni decreti-legge.

E’, oramai, opinione pacifica e consolidata nella giurisprudenza costituzionale, che la Carta costituzionale “*non postula inderogabilmente un’immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge*”¹⁸⁸: non è affatto raro, infatti, che i decreti-legge contengano un rinvio ad altre fonti con funzioni di attuazione, influenzando, però, in maniera significativa i rapporti tra organi costituzionali e certezza del diritto¹⁸⁹. Tuttavia, durante la pandemia da Covid-19, soprattutto nei primi mesi, questo fenomeno si è manifestato in maniera molto più accentuata, al punto da far sì che il rinvio ad altri atti divenisse quasi la stessa ragion d’essere dei decreti-legge introduttivi delle misure di contenimento e gestione dell’epidemia da Covid-19.

Oltre al requisito dell’urgenza, anche il requisito dell’omogeneità del decreto-legge non è stato sempre rispettato. La Corte ha più volte ribadito che l’intervento di un decreto-legge è ammesso all’interno di una pluralità di ambiti materiali attraverso atti eterogenei, a condizione che siano “*indirizzati all’unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare*”¹⁹⁰. Con riguardo ai decreti-legge adottati durante l’emergenza epidemiologica da Covid-19, tuttavia, ci si stupisce dell’ampiezza e della portata delle misure restrittive che sono state imposte per contenere i contagi da Covid-19 e gestire l’emergenza: si assiste, infatti, alla limitazione di un ampio ventaglio di libertà fondamentali (si pensi ai decreti 6/2020 e 19/2020) e all’intromissione in vari ambiti materiali (si pensi ai decreti 18/2020 e 34/2020).

In generale, si può dire che attraverso la decretazione d’urgenza adottata nell’anno 2020 si è creato una sorta di “*microsistema delle fonti*”¹⁹¹ che, altro non è che la conseguenza di dinamiche proprie nelle quali “*i decreti-legge non si limitano ad essere le fonti di produzione contenenti misure per affrontare l’emergenza, ma vere e proprie fonti sulla produzione di altri atti giuridici di varia natura attraverso cui affrontare l’emergenza*”¹⁹². Si tratta di una tipologia di atti normativi (decreti e ordinanze) già esistenti nell’ordinamento in cui spesso vi è un esplicito richiamo alle rispettive fonti

¹⁸⁷ S. Cassese, *Le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della sera*, 14 maggio 2020

¹⁸⁸ C. cost., sent. n. 97/2019, 3.3.2 cons. dir.; sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.

¹⁸⁹ C. cost., sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.; sent. n. 22 del 2012, 3.3 cons. dir.

¹⁹⁰ C. cost., sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.; sent. n. 22 del 2012, 3.3 cons. dir. Con ordinanza 72/2015, la Corte Costituzionale ha anche specificato che “i presupposti costituzionali per la decretazione d’urgenza riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo”.

¹⁹¹ A. Ruggeri, *Neo-regionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in D. Dominici, G. Falzea, G. Moschella (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004, 225 ss.

¹⁹² G. Mobilio, op. cit. pp.360 ss.; Cfr. F. Spanicchiati, op. cit., pp. 311 ss.

istitutive; tuttavia, la dottrina individua alcune caratteristiche di questi atti che rendono difficoltosa la riconduzione degli stessi alle categorie di atti già esistenti nell'ordinamento giuridico italiano: *“le modalità attraverso le quali avviene questo richiamo, la scarsa cautela con cui si individua il fondamento normativo di questi atti, la latitudine con cui se ne traccia l'ambito di intervento, la mancanza di indicazioni chiare circa il rapporto con i poteri normativi già costituiti, e conseguentemente i contenuti concretamente assunti da questi atti”*¹⁹³. Pertanto, si aderisce alla tesi per la quale, in tal modo, *“il decreto-legge si sia allontanato ancora di più dal senso sottostante alle coordinate costituzionali, già messe a dura prova dalla variegata prassi che ha caratterizzato la storia repubblicana”*¹⁹⁴. Di conseguenza, non è difficile immaginare che gli effetti prodotti piano della forma di Stato e di governo lasceranno traccia anche negli anni successivi alla fine dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

I primi mesi di emergenza di pandemia sono stati caratterizzati dall'emanazione di vari Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dei quali, i primi vengono richiamati dal primo comma dell'articolo 3 del decreto-legge n. 6/2020 e dal primo comma dell'articolo 2 del decreto-legge 19/2020, finalizzati all'adozione di misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

La decretazione d'urgenza in esame, e precisamente i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha seguito delle procedure “ad hoc” come, ad esempio, il parere del Comitato tecnico scientifico che ne precede l'adozione. Ma ciò che colpisce maggiormente è che, da un punto di vista sostanziale, non è mai accaduto che i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri imponessero delle limitazioni così rigide e severe nei confronti della libertà personale dei cittadini: si pensi, ad esempio, ai limiti imposti alla libertà di circolazione, al diritto di riunione per motivi religiosi e di culto; nonché all'obbligo di quarantena fiduciaria in caso di esito positivo ai tamponi. Ci si domanda, dunque, fino a che punto tali misure siano così “legittime” per contrastare l'emergenza in atto; pertanto, non è affatto semplice considerare tali decreti come *“espressione del ruolo costituzionalmente delineato di direzione politica e coordinamento del Presidente del Consiglio, pur nelle diverse forme che questo può assumere”*¹⁹⁵. Inoltre, se da un lato le misure imposte dai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri si sono rivelate severe e, in alcuni casi, anche troppo stringenti, dall'altro, a livello locale, si è assistito ad ordinanze che imponevano misure restrittive ancora più rigide rispetto a quelle statali previste dai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (si pensi al caso delle ordinanze emanate dal Presidente della regione Campania).

¹⁹³ G. Mobilio, *Ibidem*.

¹⁹⁴ E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 460; A. Simoncini, *Le funzioni del decreto-legge*. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano, 2003

¹⁹⁵ M. Cuniberti, L'organizzazione del governo tra tecnica e politica, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 58

Il decreto-legge n.6/2020 faceva espresso richiamo al “*potere di ordinanza che i Presidenti di Regione possono esercitare ai sensi dell’articolo 32 della legge n. 833/1978, specificando la possibilità di adottare tali atti solamente nelle more dell’adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e in casi di estrema necessità e urgenza*”¹⁹⁶. E’ bene ricordare che la legge 833/1978 ammette tali ordinanze solo in materie “*igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria*”. Tuttavia, alla luce della vastità delle discipline richiamate e dello scarso coordinamento tra i livelli di governo, è legittimo domandarsi se, e in che modo, le ordinanze regionali possono derogare alle leggi statali e fino a che punto ciò è consentito. Per entrare nel vivo di questo clima di incertezza, si pensi ad esempio all’episodio in cui l’allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte fu costretto a interrompere una conferenza stampa tenuta dal Presidente della Regione Marche, chiedendo che le misure preannunciate da quest’ultimo venissero immediatamente sospese.

Questo dimostra che, in realtà, esistono dei limiti riguardo alla possibilità di deroga degli atti territoriali alla normativa statale.

La riforma costituzionale del 2001, dunque, ha consolidato la tendenza – abbastanza diffusa in quegli anni- a riunificare tutte le materie attinenti alla sanità che le leggi ordinaria avevano precedentemente anticipato, consentendo alle regioni la regolamentazione di tutti gli aspetti che, in maniera diretta o indiretta, mirano a tutelare il bene salute. A tal proposito, all’indomani della suddetta riforma, la dottrina ha voluto far notare come il carattere “teleologico-funzionale” del nuovo testo dell’articolo 117, terzo comma, della Costituzione altro non fosse che una conferma ulteriore “*dell’avvenuto rafforzamento della competenza legislativa regionale*”¹⁹⁷.

Da questo punto di vista, dunque, è indubbio che la riforma costituzionale del 2001 abbia garantito “*un’adeguata copertura costituzionale al favor, già espresso dal legislatore ordinario, nei confronti di un SSN immaginato come sistema di servizi sanitari regionali ai quali corrispondono distinti centri di produzione normativa*”¹⁹⁸.

D’altra parte, però, la riforma costituzionale del 2001, nonostante abbia rafforzato la competenza legislativa regionale, non ha voluto escludere o marginalizzare il ruolo del legislatore statale: infatti, si può correttamente notare come la tutela della salute sia tutt’ora una materia di legislazione concorrente, dal momento che è compito dello Stato determinare i principi fondamentali ai quali le regioni devono attenersi nel dettare la disciplina specifica; ma se è vero che le esigenze di unità ed eguaglianza sostanziale incontrano un primo ostacolo nella tradizionale logica dei principi

¹⁹⁶ R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in Diritti regionali, Forum “*La gestione dell’emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*”, 23 aprile 2020, p. 672.

¹⁹⁷ R. Balduzzi, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, p. 67.

¹⁹⁸ D. Morana, op. cit., p.4.

fondamentali, continuano ad esserci ancora alcuni problemi che erano presenti già nel rapporto principi-dettagli sancito dall'articolo 117 della Costituzione prima della riforma del 2001.

Lo Stato diviene, successivamente, l'unico depositario della clausola di "uniformità" ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex articolo 117, secondo comma, lettera m), nonché l'unico in grado di assicurare la loro effettività attraverso l'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione. Lo Stato mantiene, inoltre, il ruolo di co-legislatore nel contesto di una molteplicità di ambiti materiali che incontrano quello della tutela della salute e vi si intrecciano, rendendo arduo e quasi impossibile qualsiasi tentativo di separazione, distinzione o semplicemente di definizione dei confini delle competenze statali e regionali.

La tutela della salute non può essere circoscritta solo entro la corrispondente voce del terzo comma dell'articolo 117 della Costituzione, in quanto gli obblighi di tutela derivanti dall'art. 32 Cost. trovano la loro espressione e si sviluppano in vari titoli di competenza. Il sistema si completa considerando ulteriori disposizioni costituzionali altrettanto importanti tra le quali quella sul coordinamento della finanza pubblica rispetto alle esigenze di contenimento della spesa sanitaria.

Tornando al discorso sulla deroga degli atti territoriali alla normativa statale, il decreto-legge 19/2020 ha abrogato le previsioni del decreto-legge n.6/2020 cercando di dare una risposta concreta ai dubbi di cui sopra. Il primo comma dell'articolo 3 del decreto-legge 19/2020 prevede che "le Regioni possono introdurre misure ulteriormente restrittive" nell'ambito di quelle individuate dal medesimo decreto-legge, precisando che le ordinanze regionali devono essere adottate esclusivamente "*in specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*" e che questo potere deve essere esercitato "*esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*" e "*con efficacia limitata fino a tale momento*".

Il decreto-legge 19/2020, dunque, ha introdotto delle disposizioni con l'obiettivo di definire più chiaramente i poteri di ordinanza regionale, ma resta ancora spazio per alcune incertezze. Basti pensare, ad esempio, al secondo comma dell'articolo 2 del decreto-legge 19/2020 convertito in legge 35/2020 che dispone nel modo che segue: "*Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*". Anche in questo caso, così come decreto-legge 6/2020 è stata utilizzata nuovamente l'espressione "*nelle more*". Ci si chiede, dunque, quanti significati potrà assumere questa espressione in detto contesto: potrebbe essere intesa, ad esempio, nel senso che la nuova disciplina nazionale adottata con lo strumento del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri interessi "*l'intero*

settore nel quale la Regione ha provveduto ad adottare proprie misure affinché si determini l'inefficacia sopravvenuta di queste ultime"¹⁹⁹; oppure potrebbe, altresì, essere interpretata nel senso che "le successive previsioni governative prevalgono soltanto su quelle regionali che si pongano in contrasto diretto con esse"²⁰⁰; e ancora, si potrebbe intendere "che non debba verificarsi una sovrapposizione nei campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando le Regioni libere di intervenire solo in quelli lasciati scoperti e in presenza di specifiche esigenze locali"²⁰¹; e ancora, la disposizione potrebbe essere intesa nel senso che "i Presidenti di Regione rimangano liberi di emanare ordinanze anche dopo l'intervento statale, perché si sarebbe comunque nelle more di possibili ulteriori Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in corso di adozione"²⁰²; oppure nel senso che "che il periodo di mora terminerà soltanto quando un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recherà misure contrastanti con quelle regionali, le quali potranno invece disporre misure più restrittive"²⁰³.

Il Tar di Milano si è espresso con decreto 23 aprile 2020, n. 634 sulla questione relativa alla consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per le categorie merceologiche (quest'ultime non contemplate nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020) e ha riconosciuto che "le Regioni non possano disporre misure meno restrittive di quelle fissate con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri"; pertanto, secondo il Tar di Milano le Regioni sarebbero legittimate a imporre misure anche più restrittive di quelle imposte dai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri qualora ve ne fosse la necessità. Effettivamente, l'opinione del Tar di Milano potrebbe essere condivisibile, soprattutto in una situazione di pandemia come quella attuale che ha avuto ripercussioni diverse che variano da territorio a territorio; di conseguenza, ogni Sindaco o Presidente di Regione conosce meglio le esigenze del proprio territorio rispetto al Presidente del Consiglio dei Ministri, proprio perché ha l'opportunità di viverle in prima persona e, quindi, adotta le misure che ritiene più adatte a fronteggiare la situazione di emergenza. Pertanto, l'adozione di misure restrittive più severe rispetto a quelle nazionali è giustificata da una situazione territoriale particolarmente grave e, per questo motivo, secondo il Tar di Milano, dette misure devono ritenersi legittime.

Ai sensi del terzo comma dell'articolo 2 del decreto-legge 19/2020, fanno eccezione "gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze" emanati ai sensi del decreto-legge

¹⁹⁹ G. Mobilio, op. cit., p. 361

²⁰⁰ A. Morelli, op. cit., p. 525.

²⁰¹ M. Luciani, op. cit., 134.

²⁰² F. Cintiolfi, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, 1 – 6 aprile 2020, 14.

²⁰³ G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni*. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19, in *Diritti regionali*, Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali, 21 marzo 2020, p. 363.

6/2020, e questo contribuisce a creare maggiore confusione nella normativa vigente. Nonostante il tentativo del decreto-legge 19/2020 di circoscrivere il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione, dunque, continuano ad esserci contrasti giuridicamente rilevanti tra i vari livelli di governo, cosa che, invece, non è accaduta in Germania, dove le autorità statali e le autorità federali si sono distinte positivamente per aver assunto un atteggiamento fortemente collaborativo ricorrendo in maniera sistematica, nonostante la pandemia da Covid-19, alla Conferenza Intergovernativa (Bund-Länder-Konferenz). In Italia, invece, i conflitti tra i livelli di governo sono stati molteplici: basti pensare, ad esempio, all'ordinanza emessa dal Presidente della Regione Toscana n. 46 del 29 aprile 2020 stroncata sul nascere dal Governo e, di conseguenza, revocata dalla Regione stessa; e ancora, si pensi all'ordinanza emessa dal Presidente della Regione Calabria n. 37 il 29 aprile 2020 con la quale si autorizzava l'esercizio dell'attività di ristorazione all'aperto con servizio al tavolo, impugnata dal Governo e dichiarata illegittima dal Tar di Catanzaro con sentenza n. 841 emessa in data 9 maggio 2020.

Si potrebbe dire, dunque, che durante l'emergenza da Covid-19, la decretazione d'urgenza è stata il motore che ha attivato un meccanismo per il quale si sono succeduti (e continuano a succedersi) numerosi atti giuridici il cui contenuto resta dubbio; così come sono dubbi i loro limiti e la loro esatta collocazione tra i vari livelli di governo. Si ritiene che, oltre alla "*torsione che ha subito l'istituto della decretazione d'urgenza in sé*"²⁰⁴, questi aspetti appaiono maggiormente rilevanti se rapportati e contestualizzati nell'ambito delle restrizioni ai diritti fondamentali imposte da tali atti e delle relative implicazioni.

Si è dibattuto a lungo sulla natura giuridica dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ma, ai fini della presente tesi, rileva una questione molto importante: è davvero possibile e legittimo che i decreti-legge attribuiscono ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di incidere in maniera tanto significativa su così tanti diritti di rilevanza costituzionale?

Per rispondere a questa domanda, si prenda ad esempio la questione della quarantena e la questione della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva. Si tratta di due questioni che hanno dato luogo a un dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza: da un lato, si collocano i sostenitori dell'illegittimità dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri per limitazione della libertà personale, i quali ritengono che sia opportuno e necessario attenersi alle garanzie poste dall'articolo 13 della Costituzione, e dunque la riserva di legge e la riserva di giurisdizione²⁰⁵; dall'altro lato, invece, si colloca una maggioranza che ritiene che, certamente, le misure introdotte dai Decreti del presidente del Consiglio dei Ministri siano limitative della libertà personale, ma non si possa parlare

²⁰⁴G. Mobilio., op. cit., p. 365.

²⁰⁵ Di questa posizione della dottrina ne parlano M. Luciani, op. cit., 126; C. Tripodina, op. cit., 81.

di illegittimità di tali atti in quanto “rispettosi della riserva di legge relativa disposta dall’articolo 16 della Costituzione”²⁰⁶.

Sono varie le teorie che si sono sviluppate sui confini entro i quali la libertà di circolazione dovrebbe poter operare, senza intaccare troppo la libertà personale, se non a determinate condizioni e secondo specifiche modalità, già previste dalla Costituzione. Anzitutto, si ritiene opportuna e necessaria una valutazione concreta relativa alla forma e alle modalità attraverso le quali viene limitata la libertà personale. Se si qualificasse la quarantena come una limitazione della libertà di circolazione, i controlli e le sanzioni previste assumerebbero un carattere coercitivo al punto che *“l’obbligo di permanenza domiciliare imposto in via generalizzata potrebbe trascinare in una limitazione della libertà personale del singolo individuo integrando, così, un atto coercitivo”*²⁰⁷.

Al riguardo, ricostruire il quadro giuridico della questione è abbastanza complesso, in quanto detta ricostruzione dovrebbe avvenire analizzando una pluralità di atti giuridici e le diverse interpretazioni che ne sono state date dalle Pubbliche Amministrazioni²⁰⁸; pertanto, non sarebbe un’impresa semplice sviluppare un ragionamento su un livello così astratto e generalizzato. Si consideri anche che *“anche l’idea di un cordone sanitario esteso all’intero Paese sembra estranea alla ratio dell’articolo 16, di sicuro circoscritta a vincoli riguardanti esclusivamente talune, ben definite porzioni del territorio nazionale”*²⁰⁹.

I dubbi sulla legittimità delle misure imposte con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri non riguardano solo il piano delle garanzie da rispettare nell’imposizione di restrizioni alle libertà fondamentali, ma riguardano anche il sistema delle fonti.

L’adozione di misure di contenimento e gestione avviene, infatti, operando bilanciamento tra il diritto alla salute – sancito e previsto dall’articolo 32 della Costituzione quale interesse della collettività e diritto individuale – da un lato, e il resto delle libertà costituzionali dall’altro. Secondo la giurisprudenza, il diritto alla salute prevale su tutti gli altri, in quanto strettamente connesso al diritto alla vita che, da quanto si evince dall’articolo 3 della Costituzione è incondizionato, inderogabile ed indisponibile; pertanto, è stato ritenuto opportuno, al fine di salvaguardare la salute e la vita dei cittadini, imporre limitazioni alla libertà di circolazione (come il divieto di spostamento tra comuni durante la fase 1), alla libertà di riunione (come il divieto di assembramento), anche per motivi religiosi (pertanto, sono state sospese anche le manifestazioni a carattere religioso), alle libertà

²⁰⁶ M. Luciani, op. cit., 127

²⁰⁷ G. Mobilio, op. cit., p. 366.

²⁰⁸ A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., p. 347.

²⁰⁹ A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., p. 207.

economiche e al diritto al lavoro (in quanto è stata ordinata la chiusura di attività commerciali²¹⁰ “*non di prima necessità*”), derogando, dunque, alle normativa di rango primario vigente in quel momento. Si assiste, dunque, ad una situazione talmente tanto critica da chiedersi quale sia il reale fondamento e la natura giuridica di tali atti limitativi di dette libertà costituzionali.

Dal momento che la Costituzione non prevede espressamente uno “stato di emergenza costituzionale”, il fondamento di questi atti è rinvenibile “*nei tradizionali principi del primum vivere e della salus rei publicae, positivizzati, seppur implicitamente, in una serie principi costituzionali*”²¹¹. Dunque, alla luce di quanto appena affermato, sarebbe legittima una deroga temporanea principi e previsioni di rango costituzionale, purché ciò avvenga sempre “*nel rispetto dei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità*”²¹². In realtà, senza le necessarie norme di competenza e di procedura, “*questi principi necessiterebbero di una intermediazione da parte di norme di rango primario, individuate nei principi generali contenuti nel Codice della protezione civile, di cui al d.lgs. n. 1/2018, nonché nei decreti-legge qui oggetto di analisi*”²¹³.

E ancora, come giustificazione della capacità di derogare alla normativa di rango primario vigente, ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri emanati durante la pandemia “*è stata riconosciuta natura di ordinanze extra ordinem, con il conseguente onere del rispetto dei canoni (proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza) fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza, nonché dalla prassi vigente*”²¹⁴. La giustificazione dell’incidenza sulle libertà costituzionali, infine, è avvenuta sulla base di una ricostruzione del rapporto tra Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e fonti primarie per la quale non sarebbero i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ad imporre le misure restrittive di cui sopra, ma i decreti-legge alla base della loro adozione: pertanto, “*sarebbe la normativa di rango primario a descrivere i presupposti dell’intervento, a disporre le forme di limitazione e a stabilire le sanzioni*”²¹⁵, ovviamente “*nel pieno rispetto del principio di legalità*”²¹⁶;

²¹⁰ A tal proposito, infatti, rileva Emergenza Covid-19 e CIG: la circolare del Ministero del lavoro n. 8/20 contro il D.L. n. 18/20, plusplus24diritto.ilsole24ore.com;

²¹¹ M. Luciani, op. cit., p. 113

²¹² R. Cherchi, A. Defenu, op. cit., 665

²¹³ M. Luciani, op. cit., p. 123.

²¹⁴ E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 18 marzo 2020, pp. 3 ss.; F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia* (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020), cit., pp. 5 ss.; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*. Editoriale, in Federalismi.it, 6, 2020, 18 marzo 2020, VII; M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 16 marzo 2020, p. 3.

²¹⁵ Bignami M., *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit.

²¹⁶ E.C. Raffiotta, op. cit., p. 5

sarebbe compito, invece, degli atti amministrativi “*commisurare l'estensione di tale limitazioni, in funzione di mera attuazione ed esecuzione*”²¹⁷.

Quest'ultima ricostruzione è stata condivisa da parte della giurisprudenza amministrativa: si pensi, ad esempio al TAR di Catanzaro che con sentenza n. 841 del 9 maggio 2020 ha affermato che “*è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione*”; si evince, dunque, un certo “conforto” nei confronti della ricostruzione appena esposta per il suo “*pregio di salvaguardare l'assetto delle fonti stabilito in Costituzione*”.²¹⁸ Queste prospettazioni, però, non sono esenti da problematiche.

In primo luogo, ci sono ancora dei lati “oscuri” a causa dei quali non è possibile giustificare con certezza l'incisività dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri mediante una interpretazione sistematica che ricollega un complesso di principi costituzionali fondamentali, ma di ampia portata, ad un insieme di ulteriori principi generali sanciti dalla disciplina sul sistema della protezione civile, i quali sono dotati di una propria organicità, e la disciplina adottata attraverso lo strumento dei decreti-legge, che probabilmente hanno dato vita ad un nuovo sistema che, forse, oltrepassa il limite di legittimità costituzionale.

La ricostruzione interpretativa appare ancora più complessa se si considera che i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in questione sono atipici al punto tale “*da non essere riconducibili ad alcun modello normativo previgente*”²¹⁹.

E ancora, non è possibile riconoscere con certezza ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri una valenza “*meramente esecutiva*” o “*attuativa*”, in quanto anche questo aspetto suscita delle perplessità al riguardo.

Non solo se ci si riferisce alle disposizioni abrogate relative a “*ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza*” ex articolo 2 del decreto-legge n. 6/2020, ma anche a quei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri attinenti alle misure indicate nell'articolo 1 del decreto-legge n. 19/2020: questo è dimostrato dall'ampiezza attraverso la quale “*l'atto avente forza di legge formula tali misure, la produzione normativa a livello regionale che ha tentato di insinuarsi tra le sue maglie, la varietà di contenuti che i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri hanno concretamente assunto – e non poteva essere diversamente, a fronte dell'esigenza di modulare le misure di contenimento in relazione all'andamento epidemiologico*”²²⁰. Sembra dunque, che i decreti-

²¹⁷ R. Di Maria, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto “di principio”*, in *Diritti regionali, Forum “La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali”*, 30 marzo 2020, 511

²¹⁸ R. Cherchi, A. Defenu, op. cit., p. 655.

²¹⁹ G. Mobilio, op. cit., p. 368

²²⁰ G. Mobilio, op. cit., p. 369

legge abbiano semplicemente dato un'autorizzazione formale ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri a scegliere se, in che modo e in che misura limitare le libertà e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Anche in un contesto di emergenza come quello attuale, *“il risultato è stato quello di svilire quella valenza democratica della riserva di legge posta a presidio degli equilibri tra poteri costituzionali”*²²¹.

Dunque, si potrebbe aderire alla tesi della dottrina per la quale *“nell'uso della decretazione d'urgenza per affrontare l'emergenza epidemiologica vi siano state significative distorsioni”*²²².

Oltre ai decreti-legge adottati, anche i decreti-legge che non sono mai stati adottati meriterebbero la medesima attenzione dei primi e anch'essi suscitano qualche dubbio e perplessità. Con questo ragionamento si intende chiarire che *“l'interrogativo che nasce riguarda i motivi per cui le misure limitative di così tante libertà costituzionali siano stati adottate con Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, e non direttamente con decreto-legge”*²²³.

Una prima risposta potrebbe essere quella per la quale, in una fase di questo tipo vi sia la necessità di ricorrere *“ad uno strumento persino più agile della decretazione d'urgenza”*²²⁴, visto che le *“necessità di contrasto variano di giorno in giorno e a seconda dei territori ed essendo lo stesso Parlamento in difficoltà di svolgere regolarmente le sue funzioni”*²²⁵. Il fatto che l'adozione di questi atti passi per un organo monocratico e non al vaglio di un organo collegiale *“in cui trovano espressione diverse anime politiche”*²²⁶ è sicuramente garanzia di tempi brevi e celeri.

Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è anche *“una forma di decisione che consente di integrare il momento della decisione politica (e amministrativa) con ulteriori apporti tecnico-scientifici, attraverso la consultazione di organismi tecnici”*²²⁷.

Dunque, questa scelta è certamente frutto di *“una logica di accentramento e di speditezza”*²²⁸, ma deriva anche dal fatto che *“la normativa di settore sulla protezione civile e la sanità viene giudicata inadeguata ad affrontare emergenze di questa portata”*²²⁹. Non vi è, però, alcuna certezza sul fatto che si tratti di ragioni sufficienti o meno, soprattutto se si effettua una comparazione tra benefici e spese sostenute.

Prestando attenzione solo sull'elemento quantitativo, si osserva che *“tra il 23 febbraio e il 30 maggio si siano susseguiti 13 Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e 17 sedute del Consiglio dei*

²²¹ L. Carlassare, Legalità (principio di), in Enc. giur., XVIII, 1990, p. 5, e S. Fois, Legalità (principio di), in Enc. dir., XXIII, 1973, p. 663

²²² G. Mobilio, op. cit., p.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ A. Ruggeri, op. cit., p. 212

²²⁵ E. C. Raffiotta, op. cit., p. 1

²²⁶ G. Mobilio, op. cit., p. 370

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ C. Pinelli, op. cit., p. 6

²²⁹ *Ibidem*.

*Ministri (durante le quali, va ricordato, sono stati adottati i 14 decreti-legge)*²³⁰. Sorgerebbe spontaneo chiedersi, dunque, per quale motivo l'organo collegiale “*non avrebbe potuto deliberare direttamente anche sulle misure di contenimento e gestione – al netto delle diverse procedure istruttorie che precedono le decisioni del Consiglio dei Ministri, ma che nella prassi possono subire una frequente compressione*”²³¹. Allo stesso modo, ci si potrebbe interrogare sulle ragioni per le quali neanche le decisioni del Consiglio dei Ministri “*possano aprirsi all’apporto di organismi tecnici, sempre in fase di istruttoria*”²³².

L'opinione più diffusa è quella per la quale il Consiglio dei Ministri è un luogo in cui ogni giorno vengono affrontate numerosissime questioni, tra l'altro ognuna diversa dall'altra con vari problemi di varia natura; ma è anche un luogo “*che rischia di essere troppo esposta ai conflitti politici che scaturiscono in seno alla coalizione di maggioranza*”²³³.

L'ipotesi per la quale “*il Governo avrebbe potuto provvedere direttamente con atto avente forza di legge*”²³⁴ non è così forzata e assurda; al contrario, ciò avrebbe contribuito ad evitare di “*svuotare di significato il decreto-legge*”²³⁵, a rispettare il principio di legalità, a garantire più aderenza a “*quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare*”²³⁶. Si consideri anche che è proprio il decreto-legge l'atto giuridico sul quale “*la dottrina si è interrogata a lungo sulla possibilità che fosse abilitata o meno a derogare la Costituzione e sospendere le garanzie a presidio delle libertà in situazioni di pericolo per l'intero ordinamento o di emergenza assoluta*”²³⁷; quest'ultimo caso, tra l'altro, potrebbe ricomprendere anche l'emergenza epidemiologica da Covid-19, “*la cui gravità, però, non può comunque portare ad accedere all'ipotesi sopra prospettata*”²³⁸.

Viceversa, l'utilizzo dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ha avuto conseguenze su due piani. Da un lato, l'“*alterazione degli equilibri infra-governativi e di collegialità interna al Governo*”²³⁹. Avendo la possibilità di scegliere la fonte con la quale intervenire, il Governo ha dato vita ad una procedura ad hoc di adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri per la quale deve esserci, innanzitutto, “*una proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro*

²³⁰ G. Mobilio, op. cit, p.371 Da precisare che l'autore, nella nota 98, specifica che questi dati sono stati ricavati dal sito istituzionale del Governo.

²³¹ G. Sgueo, *Lo scontro tra regola e prassi nelle riunioni del Consiglio dei Ministri*, in Giorn. dir. amm., 2015, p. 159

²³² G. Mobilio, op. cit, p. 372

²³³ G. Mobilio, CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali, Editore scientifica, Napoli, 2018, cit.,p. 222.

²³⁴ A. Vernata, op. cit., p. 5.

²³⁵ F. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 4.

²³⁶ Cavino, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in Federali-smi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 9.

²³⁷ C. Esposito, Decreto-legge, cit., 835, nota 14.

²³⁸ G. Mobilio, op. cit, p. 372.

²³⁹ G. Silvestri, Covid-19 e Costituzione, cit., 2020.

dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni, a seconda dell'ambito territoriale interessato dalle misure”²⁴⁰. Si può notare fin da subito che vengono coinvolti sostanzialmente gran parte degli esponenti del Governo: dal punto di vista giuridico, questo ampio coinvolgimento degli esponenti del Governo si configurerebbe come un tentativo di trovare un'alternativa alla collegialità del Consiglio dei Ministri, al fine di evitare un rafforzamento sproporzionato della posizione ricoperta dal Presidente del Consiglio nella presa di decisione di un calibro così importante. Dunque, questa ricerca ad un'alternativa alla collegialità del Consiglio dei Ministri è un'esigenza che, ad oggi, è sempre più forte e ha portato alla proliferazione di organi differenziati come i comitati interministeriali. Tuttavia, “*se il bilanciamento da operare nella scelta di qualsiasi forma di collegialità alternativa è quello, tra l'altro, di assicurare il coordinamento funzionale tra centri di decisione e di non concentrare eccessivamente nelle mani di un esponente o un'amministrazione il potere decisionale*”²⁴¹, è comprensibile come la procedura di adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri si riveli insoddisfacente anche alla luce di una capacità di coordinamento inefficiente. A livello politico, inoltre, la procedura in questione assume le sembianze di un tentativo di “*ovviare alle difficoltà nei rapporti in seno alla maggioranza di governo, al costo però di determinare una sovraesposizione del titolare della carica di Presidente del Consiglio, responsabile di aver dato vita agli ultimi due Governi in un contesto di forte crisi istituzionale e di debolezza del sistema politico-partitico*”²⁴².

Dall'altro lato, però, la scelta del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è notevolmente influente anche “*sulle dinamiche dei rapporti tra organi costituzionali e nelle garanzie di cui essi si fanno portatori*”²⁴³. Ne è derivato principalmente l'effetto “*di esautorare il Parlamento dalle sue funzioni di controllo esercitate con la conversione dei decreti-legge*”²⁴⁴; anche se sarebbe stata più opportuna un'attenta valutazione delle conseguenze “*della mancata conversione di previsioni che avrebbero potuto disporre direttamente misure di contenimento, più di quanto effettivamente accaduto a seguito delle abrogazioni verificatesi nella successione dei decreti-legge adottati*”²⁴⁵.

²⁴⁰ G. Silvestri, op. cit.

²⁴¹ Mobilio G., op. cit., p. 213.

²⁴² B. Caravita, op. cit., p. 6; Cfr. A. Morelli (a cura di), Dal contratto di governo alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

²⁴³ A. Ruggeri, op. cit., p. 209; M. Cavino, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, cit., 8 s.; F. Torre, La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus, cit., p. 4.

²⁴⁴ Mobilio G., op. cit., p. 214

²⁴⁵ F. Petrini, Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale, in Nomos, 1, 2020, p. 4.

3.2 La questione di legittimità costituzionale della L. Valle D'Aosta n. 11 del 2020 e la sentenza n. 37 del 2021 della Corte costituzionale.

La legge regionale valdostana n.11/2020 avente ad oggetto le “misure di contenimento della diffusione del virus nelle attività economiche e sociali della Val d'Aosta” acconsentiva lo svolgimento di varie attività economiche, a condizione che venissero rispettati i protocolli di sicurezza dei quali una parte adottabili dal Presidente della Regione e una parte dal Presidente della Giunta²⁴⁶. Per questo motivo contrastava con il regime vigente a livello nazionale come delineato nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 dicembre 2020: precisamente, la legge valdostana n. 11/2020 acconsentiva allo svolgimento di alcune attività che, al contrario, la normativa statale poteva precludere in assoluto a causa dell'aumento dei contagi da Covid-19 e del crescente numero di morti e ricoverati in terapia intensiva per Covid-19²⁴⁷. Pertanto, non solo vi era un insanabile contrasto con la normativa statale, ma la legge valdostana n.11/2020 ostacolava l'immediata applicabilità delle misure statali sul territorio della regione²⁴⁸.

La legge valdostana n. 11 del 2020 è stata sottoposta al giudizio di legittimità della Corte Costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità con sentenza n. 37/2021: precisamente, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli articoli 1 e 2, e i primi tre commi dell'articolo 4 della legge regionale valdostana n.11/2020. La legge in esame è stata emanata “*in un contesto politico-istituzionale estremamente fragile*”²⁴⁹ a causa degli squilibri derivanti dalla crisi pandemica da Covid-19, ma non solo: infatti, al tempo dell'emanazione della Legge Valle D'Aosta n. 11 del 2020 la Giunta regionale valdostana consisteva in una maggioranza consiliare composita scaturita da un'alleanza venutasi a creare con l'elezione per il rinnovo del Consiglio regionale avvenuta nel mese di settembre dell'anno 2020. Infatti, dal momento che la lista di maggioranza relativa “*Lega Salvini Vallée d'Aoste*” non aveva raggiunto la copertura del numero di seggi sufficiente alla nomina del Presidente della Regione e della Giunta regionale, essi “*sono stati eletti dal Consiglio della Valle, ai sensi degli artt. 2 e 4 della legge statutaria n. 21/2007, a seguito di un accordo post-elettorale tra tre liste autonomiste (“Unione Valdôtaine”, “Alliance Valdôtaine, Stella Alpina, Italia Viva”, “Vallée d'Aoste Unie”) e un'altra di stampo socialdemocratico (“Progetto civico progressista”)*”²⁵⁰.

A distanza di pochi giorni dalla nascita della nuova Giunta, l'opposizione avanzava la prima proposta di legge della legislatura finalizzata all'adozione delle “*disposizioni nazionali relative alla gestione*

²⁴⁶ M. Ferrari, La Corte costituzionale si è pronunciata sui DPCM?, www.altalex.it, 24 marzo 2021.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ G. Boggero, In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”, Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html, Forum di Quaderni Costituzionali, 3/2021, Rassegna ISSN 2281-2113, p.104.

²⁵⁰ *Ibidem*.

dell'emergenza determinata dal COVID-19 al territorio valdostano ed alle sue specificità". La proposta si articolava in quattro articoli, la cui relazione illustrativa conteneva in allegato il testo della legge provinciale 4/2020 dell'AltoAdige/Südtirol²⁵¹. L'obiettivo era quello di creare una disciplina circa "la libertà di movimento dei cittadini, le attività economiche e le relazioni sociali, compatibilmente con le misure di contrasto alla diffusione del virus"²⁵², nonché esortare la Giunta regionale a imitare l'esempio alto-atesino per "sottrarre le ordinanze contingibili e urgenti del Presidente della Regione al regime restrittivo previsto dalla legislazione statale e basarne, invece, la relativa legittimità direttamente, anche se non integralmente, nella legge regionale"²⁵³.

Pertanto, in virtù di una sorta di "favor libertatis" estraneo alla legislazione nazionale vigente in quel periodo, è stato emanato l'articolo 1 di detta proposta, il quale sanciva il principio generale per il quale si concedeva lo svolgimento di qualsiasi attività economica e sociale in conformità dei protocolli emanati dalla Regione, ad eccezione delle misure più (o meno) restrittive imposte dal Presidente della Regione con ordinanza. All'art. 2 era, invece, prevista l'istituzione di una commissione di esperti ai quali attribuire funzioni consultive e di supporto agli organi regionali durante il procedimento di emanazione e adozione delle misure. Agli articoli 3 e 4 era prevista, infine, una clausola di invarianza finanziaria e la dichiarazione d'urgenza della legge²⁵⁴. La proposta di legge è stata esaminata dalla IV e dalla V Commissione consiliare dello "Sviluppo economico e servizi sociali" e, a seguito della nomina dei due relatori (dei quali uno appartenente al gruppo di minoranza proponente e l'altro appartenente al gruppo di maggioranza più numeroso), si sono svolte diverse audizioni alle quali hanno alcuni funzionari dell'Amministrazione regionale e, ad un certo punto, i due relatori hanno presentato alcuni emendamenti alla proposta originaria approvati poco dopo dalla Commissione²⁵⁵. Precisamente, le modifiche apportate consistevano nell'anteporre alle disposizioni analizzate un nuovo art. 1 introduttivo che avrebbe attribuito alla legge il compito di disciplinare "la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 sul territorio regionale" e di introdurre "misure per la pianificazione della fase di ripresa e di rilancio dei settori maggiormente colpiti dall'epidemia" per regolamentare le riaperture in vista del turismo invernale che a breve avrebbe interessato tutto il territorio nazionale. Fu prevista anche l'introduzione di due nuovi articoli: l'articolo 4 che attribuiva "poteri di coordinamento degli interventi al Presidente della Regione" e l'articolo 5 che prevedeva un impegno in capo alla Giunta alla predisposizione di un piano di rilancio economico. Al riguardo, la Commissione si è mostrata divisa e, invece di respingere il testo,

²⁵¹ Vedi F. Palermo, *La pandemia delle fonti*, in *L'Adige*, 28 ottobre 2020,

²⁵² G. Boggero, *op. cit.*, p.104.

²⁵³ *Ibidem.*

²⁵⁴ *Ibidem.*

²⁵⁵ *Ibidem.*

quest'ultimo è stato approvato; pertanto, la legge valdostana in esame è entrata ufficialmente in vigore il 12 dicembre 2020 configurandosi quale frutto *“frutto di quell'«assemblearismo» esasperato di cui soffre da tempo la forma di governo valdostana”*²⁵⁶. Il Presidente della Giunta regionale non ha tardato ad emanare la sua prima ordinanza: infatti, con ordinanza n. 552/2020, ai sensi e per gli effetti del ventiquattresimo comma dell'articolo 2 e del primo comma dell'articolo 4, egli ha introdotto un complesso di disposizioni che risultava in contrasto con i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e le ordinanze del Ministero della Salute, ma senza derogarvi.

Per tutta risposta, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministero della salute, avvalendosi dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, hanno proceduto proponendo ricorso e istanza di sospensione cautelare innanzi al T.A.R. Valle d'Aosta contro le disposizioni dell'ordinanza 552/2020 emessa dal Presidente della Giunta regionale della Valle d'Aosta in materia di ristorazione, somministrazione di alimenti e bevande e attività ricettive, in quanto ritenute in contrasto con le allora disposizioni più restrittive imposte a livello nazionale dallo Stato. Tuttavia, il Presidente del T.A.R., rigettò la richiesta di sospensione cautelare con decreto 41/2020 ritenendo che, per motivi di stabilità e certezza di diritto, non sussistevano i requisiti per sospendere un provvedimento che sarebbe divenuto inefficace qualche giorno dopo, osservando, altresì, che l'ordinanza in questione era perfettamente conforme ad una legge regionale non ancora impugnata innanzi alla Corte costituzionale che *“prevedeva un trattamento più favorevole rispetto a quello successivamente disposto dall'ordinanza (art. 2, co. 13), sicché, in caso di sospensione di quest'ultima, l'effetto, del tutto controintuitivo, sarebbe stata l'applicazione di una misura ancor meno restrittiva rispetto a quella prevista dal d.P.C.M. allora in vigore”*²⁵⁷. Dunque, il Governo decide di presentare un'istanza *“per un rimedio cautelare in grado di sospendere l'intera legge regionale alternativamente nell'ambito di un conflitto di attribuzioni tra enti ovvero, in maniera assai più pregnante, nell'ambito del giudizio in via principale di fronte alla Corte costituzionale”*²⁵⁸; pertanto, il Governo deposita e notifica il ricorso in via principale con il quale il Presidente del Consiglio dei Ministri chiede la sospensione cautelare della legge valdostana n. 11/2020. L'istanza viene accolta dalla Corte Costituzionale con ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4 e, di conseguenza, viene sospesa l'intera legge regionale impugnata. Dal momento che si stavano creando i presupposti per una possibile pronuncia di accoglimento dell'istanza anche nel merito, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro della Salute decidono di rinunciare *“alla sospensiva dell'ordinanza n. 552/2020 nel giudizio di fronte*

²⁵⁶ A. Mastropaolo, Ieri, oggi, domani: quale autonomia per la Valle d'Aosta?, in *Federalismi.it*, n. 11/2018, p. 18; L. Trucco, Le interrelazioni tra il sistema elettorale e la forma di governo, pp. 105-106.

²⁵⁷ G. Boggero, *op. cit.*, p. 107.

²⁵⁸ A. Lo Calzo, La “parsimonia cautelare” della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica (Osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021), in *Osservatorio AIC*, n. 3/2021, p. 6..

al T.A.R. Valle d'Aosta (ord. 18 gennaio 2021, n. 3), benché, dopo la sospensione della legge, potessero, in realtà, insistere per ottenere la sospensione anche degli atti esecutivi adottati precedentemente all'istanza"²⁵⁹.

Nel caso de quo questa possibilità poteva configurarsi solo in astratto: infatti, dal momento che l'ordinanza aveva oramai prodotto i suoi effetti, il Tribunale non aveva altra scelta se non dichiarare l'improcedibilità del ricorso "per sopravvenuta carenza di interesse ad agire da parte dei ricorrenti"²⁶⁰. Intanto, però, per questioni politiche legate agli accadimenti dell'ultimo periodo del Governo Conte Bis, il Ministro per gli Affari regionali e per le Autonomie annunciavano la loro intenzione di chiedere al Consiglio dei Ministri di rinunciare al ricorso dinanzi alla Corte costituzionale in cambio dell'impegno assunto dal Presidente della Regione a "non esercitare più i poteri di ordinanza in deroga, qualora essi avessero comportato l'adozione di disposizioni ancor meno restrittive di quelle statali ovvero alla promessa da parte del medesimo di avviare l'iter di modifica della legge de qua"²⁶¹. Con il deposito dell'atto di rinuncia, infatti, la Corte Costituzionale non sarebbe stata legittimata a pronunciarsi sul merito e a delineare esattamente gli spazi di autonomia legislativa regionale nel corso della pandemia. In realtà, le condizioni per le quali il Presidente del Consiglio dei Ministri avrebbe dovuto rinunciare al ricorso non si sono verificate e la Corte Costituzionale ha avuto l'opportunità di esprimersi chiarendo alcune questioni ancora ambigue riguardo alla politica di contrasto e prevenzione dei contagi da Covid-19.

3.3. La profilassi internazionale

In adesione alla tesi semplificatoria dell'Avvocatura dello Stato, la Corte Costituzionale annulla la legge della Valle D'Aosta n. 11/. 2020.

Alla luce dell'omogeneità delle disposizioni della legge regionale della Valle D'Aosta n. 11/. 2020 e della loro funzionalità ad una disciplina di un regime alternativo di gestione dell'emergenza epidemiologica, l'Avvocatura di Stato ha censurato l'intero testo della legge regionale sulla base della considerazione per la quale, in una situazione di emergenza epidemiologica come quella attuale da Covid-19, le Regioni e le Province autonome devono "inderogabilmente attenersi alle disposizioni dettate dallo Stato in materia di profilassi internazionale"²⁶² ai sensi e per gli effetti del secondo comma, lettera q) dell'articolo 117 della Costituzione; e precisamente, alla luce di una forte esigenza di una gestione unitaria dell'emergenza, tale vincolo deve essere necessariamente imposto alle Regioni "anche laddove fossero effettivamente interessate loro singole competenze, essendo detti enti

²⁵⁹ G. Boggero, op. cit., p.p. 108-109.

²⁶⁰ Ordinanza 23 aprile 2021, n. 24

²⁶¹ ANSA, Covid: Boccia, proporrò ritiro impugnativa legge anti Dpcm Vda, 19 gennaio 2021.

²⁶² G. Boggero, op. cit. p. 110.

*inidonei a operare le valutazioni di tipo sanitario ed economico necessarie a calibrare i provvedimenti di contenimento del contagio*²⁶³.

Dal momento che la normativa statale offre già alle Regioni le opportune sedi di partecipazione adeguate alla definizione delle misure, le differenze di attuazione di queste ultime a livello territoriale *“costituirebbero pur sempre l’esito di una regia complessiva e unitaria di matrice statale, come tale preordinata a garantire che i provvedimenti regionali, aventi natura meramente amministrativa e una funzione puramente sussidiario-integrativa, siano adottati non soltanto in ossequio al principio di leale collaborazione, ma senza contraddizione con le disposizioni statali”*²⁶⁴. L’Avvocatura generale ritiene che, un titolo di legittimazione per esercitare la potestà legislativa regionale non è previsto in alcun modo dalla Costituzione e non sarebbe rinvenibile nemmeno nello Statuto speciale; dunque, la legge in questione avrebbe provocato un eccesso di competenze in capo alla Regione con una conseguente invasione dell’ambito delle competenze esclusive dello Stato, prescindendo, altresì, dalla necessaria collaborazione interistituzionale con il Governo centrale. Nonostante questi profili fossero considerati “assorbenti”, l’Avvocatura generale censurava, altresì, alcune disposizioni contenute nell’articolo 2 della legge valdostana 11/2020 per aspetti sostanziali.

La Corte costituzionale aveva sposato le tesi di parte ricorrente già quando era stata chiamata a pronunciarsi sull’istanza di sospensione²⁶⁵, facendo notare che l’attuale pandemia da Covid-19 continuasse a richiedere *“interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.”*²⁶⁶; invece, la legge impugnata, in sovrapposizione con la normativa statale, *“nell’esercizio della predetta competenza esclusiva, [esponeva] di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio [potesse] accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore [...]”*²⁶⁷ e che questo *“aggravamento del rischio [sarebbe stato] idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l’interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia”*²⁶⁸. Nonostante l’ordinanza lasciasse aperta l’ipotesi di *“diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione, la sentenza ha poi offerto di tale inciso un’interpretazione riduttiva, ma coerente rispetto alle prospettazioni di parte ricorrente”*²⁶⁹. Nel merito, la Corte ha ribadito chiaramente quanto rilevato in sede di giudizio cautelare, e cioè che

²⁶³ *Ibidem.*

²⁶⁴ *Ibidem.*

²⁶⁵ Cfr. E. Rossi, Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio, in Osservatorio AIC, n. 2/2021; E. Lamarque, Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4), in Giustizia Insieme, 26 gennaio 2021.

²⁶⁶ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, www.cortecostituzionale.it

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ *Ibidem.*

²⁶⁹ G. Boggero, *op. cit.* p. 111.

la materia di cui dispone la legge regionale oggetto di giudizio di legittimità rientra nella sfera delle competenze esclusive dello Stato a titolo di profilassi internazionale che è *“comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”*²⁷⁰. Alla luce del presente quadro, il Collegio ha fatto notare che con la dichiarazione dello stato di emergenza a causa della pandemia da Covid-19 da parte dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), l’emergenza in questione ha assunto rilevanza a livello mondiale: si è resa, pertanto, necessaria l’adozione norme di profilassi a garanzia dell’uniformità *“nell’attuazione nazionale dei programmi elaborati a livello internazionale e sovranazionale; del resto, la cura degli interessi legati alla profilassi internazionale sarebbe già stata in passato legislativamente qualificata come connessa all’adozione di misure più generali di profilassi contro le malattie infettive e, con la legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, i due ambiti sarebbero, pertanto, stati succintamente riassunti nell’etichetta profilassi internazionale”*²⁷¹. Tra l’altro, questa materia non avrebbe nemmeno i caratteri della trasversalità rivelandosi, dunque, inidonea a imporsi su materie di competenza concorrente delle Regioni²⁷², avendo, al contrario, un oggetto chiaro e determinabile che coincide con *“la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche”*²⁷³.

Secondo la Corte, è necessario che le misure imposte a questi scopi debbano essere uniformi sul territorio nazionale per preservare e garantire *“l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del diritto alla salute e l’interesse della collettività”*²⁷⁴: infatti, ogni decisione in tale materia ha *“un effetto a cascata sulla trasmissibilità internazionale della malattia e omettere di dispiegare le misure necessarie al contenimento del contagio ovvero accogliere la tesi del frazionamento delle attribuzioni su base regionale e locale significherebbe consentire che il virus «dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali”*²⁷⁵. Per questi motivi, nonostante non sia possibile ammettere l’estraneità delle autonomie regionali e locali alla gestione delle emergenze sanitarie, è necessario che Regioni, province e comuni si inseriscano *“armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale”* e, nelle ipotesi di delega alle Regioni di svolgere funzioni amministrative in tema di profilassi, la legge statale deve *“imporre criteri vincolanti di azione e modalità di conseguimento di obiettivi”*²⁷⁶. Un simile riparto sarebbe riscontrabile nelle stesse leggi ordinarie dello Stato (dalla Legge istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale alle norme più recenti del Codice della Protezione Civile), e precisamente nel potere dello Stato e degli enti locali di adottare ordinanze contingibili e

²⁷⁰ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 7 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁷¹ G. Boggero, *op. cit.* p. 111.

²⁷² *Ibidem.*

²⁷³ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 7 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁷⁴ G. Boggero, *op. cit.* p. 111.

²⁷⁵ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 7.1. “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁷⁶ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 7.2. “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

urgenti secondo la natura della crisi. Con riferimento al complesso normativo dell'emergenza, la Corte lo ha semplicemente giudicato quale ipotesi di attuazione materiale del disegno costituzionale astrattamente prefigurato; senonché, il modello prescelto dal legislatore nell'ambito della sua discrezionalità riserva certamente un ambito entro il quale possono intervenire gli enti locali, ma sempre con il limite di assicurazione *“in via interinale che non sorgano vuoti di tutela rispetto a circostanze sopravvenute non ancora prese in considerazione dall'amministrazione statale (...) e con il divieto di tutte le Regioni, anche quelle ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal legislatore statale”*²⁷⁷.

Tale divieto, in realtà, sarebbe stato violato dalla Regione Valle d'Aosta attraverso l'approvazione della Legge 11/2020, prevedendo quest'ultima una surroga della disciplina prevista a livello statale e imponendone un'altra alternativa e del tutto autonoma rispetto a quella statale. Al riguardo, la Corte afferma che *“la violazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato è dipesa non dall'effettivo contrasto tra singole misure di contenimento statali e regionali, ma dalla sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dallo Stato”*²⁷⁸. La Regione della Valle d'Aosta, dunque, deve ritenersi estranea rispetto a questa sfera di attribuzione indipendentemente dall'atteggiamento concreto delle misure restrittive adottate (o che avrebbero potuto essere adottate) con tale legge.

La legge 11/2020 non può essere definita neanche conforme a quanto stabilito dallo Statuto di autonomia della Regione in materia di ripartizione delle competenze, e al riguardo la Corte ha ribadito che non ci può essere *“alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale che non [fosse] stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale”*²⁷⁹. Infine, la Corte ha ritenuto opportuno precisare che, contrariamente a quanto affermato e sostenuto dalla parte ricorrente, non è illegittimo l'intero testo normativo ma solo una parte di esso²⁸⁰.

In linea generale si può affermare che la sentenza della Corte Costituzionale n. 37/2021 *“chiude il cerchio in ordine alla conflittualità tra Stato e Regioni sul ruolo di entrambi nella lotta alla pandemia”*²⁸¹ che aveva dato luogo ad *“una sorta di cortocircuito nei rapporti centro-periferia senza particolari forme di concertazione o strumenti di coordinamento [...]”*²⁸² che, in ogni caso, avrebbero avuto la loro importanza nel rapportare i provvedimenti alle specifiche realtà territoriali in considerazione dell'andamento dei contagi.

²⁷⁷ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punti 12.1. e 9.1 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁷⁸ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 10 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁷⁹ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 12 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁸⁰ Corte Costituzionale, ordinanza n.4/2021, punto 16 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

²⁸¹ M. Mandato, Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021, 4 dicembre 2021.

²⁸² E. Longo, Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19, in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale, 2020, 386.

La Corte Costituzionale ha rigettato la trasversalità della materia e, di conseguenza, ha negato l'applicazione e l'applicabilità del principio di leale collaborazione perché ha ritenuto che la legge valdostana n. 11/2020 abbia determinato un'invasione della competenza esclusiva dello Stato nella profilassi internazionale da parte della stessa Valle d'Aosta, con conseguente pregiudizio dell'interesse pubblico e dei diritti delle persone ai sensi e per gli effetti del secondo comma, lettera q) dell'articolo 117 della Costituzione. E' oramai pacifico nella giurisprudenza costituzionale che, secondo quanto previsto dalla Costituzione stessa, il settore in esame rientri nella sfera di competenze esclusive dello Stato. La Costituzione, infatti, assegna allo Stato la competenza legislativa in tale settore e lo confermano anche gli articoli 6 e 7 della legge 833/1978 ai sensi dei quali la profilassi internazionale e la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali si renda necessaria l'imposizione dell'obbligo di vaccinazione o di misure quarantenarie, sono di competenza dello Stato. La profilassi internazionale comprende ogni misura funzionale e strumentale al contrasto e alla prevenzione dell'epidemia e riguarda le norme che garantiscono *“uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale”*²⁸³.

La rapidità della diffusione del Covid-19, ha fatto sì che diventasse una vera e propria epidemia che, in quanto tale, deve considerarsi *“internazionale”*. Pertanto, è indubbia la materia della profilassi internazionale. La Consulta ha rilevato, altresì che, alla luce della rapidità della diffusione di tale malattia, si rende necessaria e opportuna una disciplina unitaria nazionale tale da preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e l'interesse della collettività.

3.4 Il c.d. assorbimento funzionale

La sentenza n. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale avalla un *“assorbimento funzionale”* della gestione della pandemia nella potestà legislativa esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale, ad eccezione dei poteri di ordinanza in deroga di Regioni e Province autonome

La sentenza porta alla luce, innanzitutto, due interrogativi importanti che riguardano l'estensione della potestà legislativa statale a titolo di profilassi internazionale: in primo luogo, si rende opportuno interrogarsi sulla possibilità di detta materia di esaurimento di ogni profilo riguardante la prevenzione e il contenimento di un contagio epidemico e, di conseguenza, sulla correttezza nella ricostruzione dei confini della competenza statale rispetto a quella regionale; in secondo luogo, indipendentemente dalla correttezza del riparto di competenze, è opportuno verificare quali siano le conseguenze di un

²⁸³ Corte Cost. sentenze 5/2018; 270/2016, 173/2014, 406/2005 e 12/2004 in M. Ferrari, op. cit.

simile inquadramento dal punto di vista operativo della gestione della pandemia, nonché rispetto al regime normativo vigente²⁸⁴.

Con riferimento al primo interrogativo, il c.d. “assorbimento funzionale” è conseguenza dell’*“asserita ottimalità del livello statale (e alla sub-ottimalità della leale collaborazione) nella gestione della pandemia”*²⁸⁵.

La Corte procede, innanzitutto, con un inquadramento della disciplina legislativa valdostana entro la materia della profilassi internazionale, annoverata entro la competenza esclusiva dello Stato ai sensi del secondo comma, lett. q) dell’articolo 117 della Costituzione, accogliendo, dunque, la tesi della parte ricorrente, che, a sua volta, aveva riproposto una teoria sostenuta inizialmente da parte della dottrina²⁸⁶ fatta, poi, propria dal parere del Consiglio di Stato sul cd. *“caso del Comune di Messina”*²⁸⁷ e, infine, approfondita dal T.A.R. Calabria nella sentenza n. 841/2020 per il quale *“i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, recanti limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, avrebbero trovato legittimazione in un decreto-legge vertente, appunto, nella materia de qua”*²⁸⁸; ma bisogna tenere a mente che, sulla base di questa pronuncia del T.A.R. Calabria, la competenza legislativa dello Stato sarebbe dovuta essere rinvenibile anche nel terzo comma dell’articolo 117 della Costituzione a titolo di tutela della salute e protezione civile, sempre entro i limiti dei principi fondamentali della materia sanciti dalla Costituzione. Quindi, alla luce di quanto affermato e sostenuto, la Regione Calabria non può ritenersi carente di competenza in via assoluta.

Nella sentenza in esame, invece, la Corte individua soltanto un titolo di legittimazione statale, in tal modo operando un inedito assorbimento funzionale²⁸⁹ di qualsiasi disposizione di legge volta a prevenire e contrastare la diffusione del Covid-19. Questa operazione potrebbe, in realtà, rivelarsi *“uguale e contraria a quella della Regione resistente in giudizio, dal momento che avalla una rivendicazione di esclusività e separatezza dello Stato dalle autonomie che, per la sua carica radicale, è idonea a obliterare ogni profilo di leale collaborazione”*²⁹⁰.

²⁸⁴ G. Boggero, op. cit., p. 113.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ L. Dell’Atti, G. Naglieri, Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionale nel governo dell’emergenza da Covid-19, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, R. Balduzzi, Ci voleva l’emergenza Covid-19 per scoprire che cos’è il Servizio Sanitario Nazionale?, in *Amministrazione in cammino*, 10 aprile 2020, disponibile all’indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it e S. Cassese, Coronavirus: il dovere di essere chiari, in *Il Corriere della Sera*, 23 marzo 2020.

²⁸⁷ Cons. St., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735 - Pres. Torsello, Est. Carpentieri.

²⁸⁸ T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841 - Pres. Tallaro, Est. Pennetti

²⁸⁹ D. Morana, Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, p. 17; C. Merlano, Il riparto di competenze tra Stato e Regioni al tempo della pandemia secondo la Corte costituzionale: il “caso” Valle d’Aosta, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3/2020, p. 11.

²⁹⁰ G. Boggero, op. cit., p. 114.

L' "assorbimento funzionale" di cui si parla, sarebbe giustificato dalla Corte partendo dal presupposto che *"la dimensione internazionale del rischio e le ricadute delle scelte di contrasto alla diffusione del contagio per gli interessi della comunità internazionale non potessero essere apprezzate che dallo Stato, l'unico soggetto, del resto, su cui incombe la responsabilità per l'attuazione di programmi elaborati in tale ordinamento"*²⁹¹. In altri termini, l'intenzione della Corte sarebbe stata quella di tutelare la Repubblica dall'insorgere di una possibile responsabilità internazionale e assicurare la salvaguardia dell'esercizio dello Stato del proprio "potere estero" in un contesto di prevalenza di attività cooperazione transnazionale²⁹². L'obiettivo sarebbe stato, quindi, la preservazione della capacità della repubblica di negoziare e collaborare in maniera più agevole con altri Stati, soprattutto in un contesto di organizzazioni internazionali come l'Organizzazione Mondiale della Sanità, contro le possibili *"difficoltà che ne sarebbero derivate da un esercizio scoordinato delle competenze legislative di Regioni e Province autonome"*²⁹³. Questa impostazione con carattere internazionale sembra richiamare quella adottata dalla Corte con la sentenza n. 5/2018 e con la sentenza n. 186/2019, in cui, in realtà, le norme censurate riguardanti l'obbligo vaccinale, erano effettivamente idonee a garantire uniformità attuativa a specifici programmi di profilassi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità: questi programmi, però, nel caso in esame, non sono stati menzionati dalla Corte in quanto ritenuti non abbastanza specifici rispetto a quelli che avevano costituito le basi per le precedenti pronunce (la sentenza n. 5/2018 e la sentenza n. 186/2019 della Corte Costituzionale). Pertanto, nella sentenza n. 37/2021 della Corte Costituzionale ha una rilevanza maggiore *"l'altra declinazione del rilievo internazionale della profilassi, ossia quella implicante una serie di attività di cooperazione con altri Stati che non potrebbero essere lasciate all'autonomia di Regioni e Province autonome"*²⁹⁴, pena *"il rischio di una maggiore trasmissibilità del contagio"*²⁹⁵.

In realtà, accantonando per un attimo questa interpretazione, una impostazione di stampo internazionale come quella di cui sopra, è utile alla Corte come strumento retorico per giustificare l'"assorbimento funzionale" delle competenze regionali nella lotta dello Stato contro il Covid-19, rispetto alla quale *"essa ha, in realtà, già individuato a priori proprio in quello statale «il livello di governo adeguato» per l'adozione delle misure di contenimento del contagio, nella convinzione che, in assenza di uniformità normativa su tutto il territorio nazionale, si potessero creare le condizioni*

²⁹¹ *Ibidem.*

²⁹² *Ibidem.*

²⁹³ R. Nigro, La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, la quale insiste sull'aspetto della «credibilità» e dell'«affidabilità» dello Stato nel

rapporto con altri Stati quando affronta una qualsiasi questione di rilievo internazionale, a prescindere che vi siano obblighi vincolanti o mere raccomandazioni. Contra: L. Cuocolo, F. Gallarati, La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale, in *Corti Supreme & Salute*, n. 3/2021, p. 11.

²⁹⁴ G. Boggero, op. cit., p. 115.

²⁹⁵ D. Morana, Ma è davvero tutta profilassi internazionale?, cit., p. 15.

*per una maggiore trasmissibilità della malattia al di qua e persino al di là delle frontiere*²⁹⁶. Quindi, nel discorso impostato dalla Corte, non è tanto il rilievo internazionale dell'attività di profilassi, quanto invece è la rilevanza e il carattere internazionale dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 a richiedere direzione e una strategia unitaria sul piano legislativo interno.

La Corte, dunque, individua il livello di governo ottimale e ricollega, poi, a tale ambito territoriale l'attribuzione della materia idonea a sostenerne la legittimazione: quindi, se la scelta dell'etichetta competenziale era finalizzata a dare una copertura prima di tutto logica e poi giuridica alla ragione della sentenza – e cioè che lo Stato fosse il livello di governo più adatto alla gestione di una pandemia – essa poteva ricadere solo su una materia di competenza esclusiva dello Stato quale, appunto, la profilassi internazionale. In realtà, il ragionamento seguito dalla Corte appare solo “circolare” e privo di logica e di giuridicità, *“in quanto le premesse dell'inferenza sull'adeguatezza del livello di governo statale derivano dalle sue conseguenze e viceversa”*²⁹⁷: l'adeguatezza del livello di governo statale, infatti, trova la sua giustificazione sulla base delle conseguenze di tale statuizione, e dunque a partire dall'attribuzione allo Stato della competenza in materia di profilassi internazionale ai sensi del secondo comma, lettera q) dell'articolo 117 della Costituzione; invece, la scelta della materia è rinvenibile, a sua volta, nell'assioma per il quale è lo Stato ad essere l'ente più idoneo ad adottare misure di contenimento del contagio e non la Regione o, addirittura, gli enti locali.

Successivamente, la Corte Costituzionale ha dovuto anche giustificare la circostanza per la quale ogni profilo di gestione di una crisi pandemica è legittimata dalla sola profilassi internazionale: al riguardo, la Corte ha fatto leva su una serie di casi precedenti (nessuno dei quali, però, realmente conferente²⁹⁸) il Collegio e ha ricostruito il perimetro della materia in base al cd. “criterio del parallelismo delle funzioni amministrative”. Rispetto all'impiego di tale tecnica, emerge la necessità e il bisogno di *“un doppio ordine di osservazioni critiche, una di metodo e l'altra di merito”*²⁹⁹.

Con riferimento al metodo, *“non sembra che simile tecnica possa ancora dirsi adeguata, ammesso che mai lo sia stata”*³⁰⁰, a verificare la solidità e la compattezza di una materia di competenza esclusiva dello Stato. La riforma del Titolo V del 2001 ha fatto sì che le funzioni amministrative divenissero oggetto di conferimento agli enti costitutivi della Repubblica secondo i criteri stabiliti dal primo comma dell'articolo 118 della Costituzione, a prescindere dalla circostanza che lo Stato o la Regione conservi la potestà legislativa. Certamente, il riparto delle funzioni non è stato oggetto di

²⁹⁶ G. Boggero, op. cit., p. 116.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ G. Menegus, Osservazioni sulla prima sospensione cautelare, cit., p. 104; M. Mezzanotte, Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni negli stati emergenziali, cit., pp. 332-333; D. Morana, Ma è davvero tutta profilassi internazionale?, cit., pp. 12-13.

²⁹⁹ G. Boggero, op. cit. p. 117.

³⁰⁰ F. Cuocolo, Interrogativi sul criterio di individuazione delle materie legislative regionali, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 1/1965, pp. 899-900.

alcuna particolare modifica neanche dopo il d.lgs. n. 112/1998, ma una tale circostanza potrebbe essere un chiaro segnale della tesi opposta a quella della Corte. Il d.lgs. n. 112/1998 è stata la prima occasione di deroga al principio del parallelismo a Costituzione invariata. Pertanto, anche per questo motivo, con la riforma costituzionale del 2001, tutte le funzioni “*medio tempore*” trasferite o delegate dallo Stato alle Regioni in materia sanitaria, compresa la profilassi di malattie infettive e diffuse, hanno contribuito in maniera significativa all’istituzione dello spazio di autonomia legislativa regionale a titolo di tutela della salute e non certo l’ambito di intervento legislativo dello Stato³⁰¹.

Nella sentenza n. 37/2021, invece, emerge un tentativo da parte della Corte di ricavare da un piano principalmente amministrativo (già abbastanza debole) la legittimazione dello Stato all’esercizio della propria potestà legislativa; poi, la condizione per la quale “*il principio del parallelismo sia tutt’ora operante nelle Regioni a Statuto speciale rileva solo nella misura in cui sia già stato accertato che la Regione resistente non disponga di alcun titolo di legittimazione per esercitare la propria potestà legislativa*”³⁰² (e quindi non è possibile l’esercizio di una funzione amministrativa), ma detta questione, poteva essere risolta diversamente.

Con riferimento al merito, infatti, la Corte fa rientrare nell’etichetta della “profilassi internazionale” anche la prevenzione di malattie infettive e diffuse per le quali siano previste misure di quarantena e tutti gli interventi finalizzati al contrasto e alla repressione dell’epidemia stessa; “*materie, in realtà, altre e agevolmente separabili dalla prima, tanto è vero che la stessa legge istitutiva del S.S.N. – e prima di essa anche l’art. 30 lett. a) del d.P.R. n. 616/1977 – mentre manteneva in capo allo Stato le funzioni amministrative inerenti alla profilassi internazionale, conferiva la delega alle Regioni delle funzioni inerenti alla profilassi generale e agli interventi contro le epidemie, secondo un riparto rimasto invariato anche a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 112/1998 (art. 112, co. 3, lett. g)*”³⁰³. In questo caso, la Corte si è limitata a sostenere lo stretto legame tra profilassi generale, interventi contro le epidemie e profilassi internazionale al punto tale da essere ricomprese insieme nella “sineddoche” di cui al secondo comma, lettera q) dell’articolo 117 della Costituzione. Fermo restando, però, che l’articolo 113 del d.lgs n. 112/1998 prevede inequivocabilmente che le funzioni di prevenzione di malattie infettive e diffuse devono essere, in generale, ascritte alla tutela della salute umana. La profilassi internazionale si definisce, dunque, quale specie del genere “tutela della salute umana” e, così come previsto dall’articolo 126 del d.lgs. n. 112/1998, autorizza e legittima

³⁰¹ A. Poggi, G. Sobrino, La Corte, di fronte all’emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021), in Osservatorio AIC, n. 3/2021, pp. 15-16.

³⁰² Corte Costituzionale, sentenza 37/2021, Punto 12 “Considerato in diritto”, www.cortecostituzionale.it

³⁰³ G. Boggero, op. cit., p. 118.

l'esercizio di "controlli igienico-sanitari e veterinari – marittimi, aerei e di frontiera – nei confronti di persone o animali che facciano ingresso sul territorio nazionale dall'estero"³⁰⁴.

E ancora, all'interno del novero della profilassi potrebbe quantomeno includersi l'attività di controllo o sorveglianza di epidemie o epizozie di dimensioni nazionali e internazionali: in realtà, nonostante l'esercizio di tali funzioni sia attribuito allo Stato ai sensi e per gli effetti del terzo comma, lettera g) dell'articolo 112 del d.lgs. n. 112/1998, queste, da sole, non giustificherebbero l'adozione di tutte le misure di contenimento e prevenzione dell'epidemia, ma solo alcune di esse. La riforma costituzionale del Titolo V del 2001 ha, dunque, attribuito in via generale la tutela della salute (comprendendo anche le misure di profilassi generale) alla competenza concorrente tra Stato e Regioni e, in via speciale, l'aspetto inerente alla profilassi internazionale alla competenza esclusiva dello Stato³⁰⁵. Infine, è interessante osservare come la legge regionale valdostana impugnata non si sovrappone, in realtà, ad alcuna misura adottata dallo Stato a titolo di profilassi internazionale, ma fa salve "(...) le disposizioni in materia di ingresso in Italia e per i transiti e i soggiorni di breve durata in Italia (...)"³⁰⁶ per le quali "si applicano le norme statali emergenziali in vigore"³⁰⁷.

Dunque, alla luce di quanto esposto fin qui, la Corte avrebbe potuto precisare che, almeno in situazioni di pandemia, la profilassi internazionale assume i connotati di "materia trasversale", così come "altre etichette ritenute idonee ad investire tutte le materie, anche quelle di potestà concorrente o residuale delle Regioni, in ordine alle quali spettano allo Stato le determinazioni circa la meritevolezza di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale"³⁰⁸. E' vero anche, però, che una simile qualificazione avrebbe imposto il riconoscimento di una inesistenza sostanziale di un difetto assoluto di competenza regionale e dell'esistenza semplicemente di un limite al suo esercizio in una situazione particolare come quella dell'epidemia. Dunque, parte della dottrina ritiene che "la Corte avrebbe dovuto ammettere l'esistenza di altri titoli di legittimazione interessati dal governo della pandemia, innanzitutto in materia di tutela della salute, oltreché di protezione civile e istruzione, come tali posti in capo alle Regioni, tra cui anche quella resistente, sulla base del proprio Statuto speciale (art. 3, lett. l) St. VdA), nonché sulla base della cd. clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001"³⁰⁹. Tale inquadramento, invece, viene in un primo momento rifiutato³¹⁰, in un secondo momento viene accolto in maniera implicita³¹¹ e poi

³⁰⁴ Art. 126, D. lgs. 122/1998.

³⁰⁵ G. Boggero, op. cit., p. 118.

³⁰⁶ Art. 2, terzo comma, Legge regionale 11/2020 Valle d'Aosta.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ G. Menegus, Osservazioni sulla prima sospensione cautelare, cit., p. 106; D. Morana, op. cit., pp. 14-15

³⁰⁹ G. Boggero, op. cit. p. 119.

³¹⁰ Corte Costituzionale, sentenza 37/2021, punto 7 "Considerato in diritto", www.cortecostituzionale.it

³¹¹ Corte Costituzionale, sentenza 37/2021, punto 7.2. "Considerato in diritto", www.cortecostituzionale.it

implicitamente accolto; senonché, dal riconoscimento dell'insieme di ambiti di competenza³¹², la Corte non procedere con un'analisi specifica delle materie effettivamente interessate nella legge impugnata e si assiste ad una mancata applicazione del c.d. "principio della prevalenza" in favore dello Stato quale giustificazione della declaratoria di incostituzionalità della legge regionale e ad un mancato accertamento dell'assenza di un ricorso ad adeguati strumenti di raccordo tra Stato e Regioni, *"non tanto rispetto all'esercizio della funzione legislativa, quanto piuttosto con riguardo all'adozione dei provvedimenti attuativi di carattere regolamentare"*³¹³. In realtà, innanzi alla palese circostanza per la quale anche le Regioni e le Province autonome *"operino ai fini di igiene e profilassi"*, la Corte ritiene comunque che da tali competenze derivino *"effetti indiretti e marginali"*³¹⁴; pertanto fa, così, *"discendere il puro e semplice esercizio della potestà esclusiva in materia di profilassi internazionale"*³¹⁵. Ragionando diversamente, del resto, sarebbe emerso il problema di un'interferenza dello Stato, attraverso l'adozione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o di ordinanze del Ministero della Salute, negli ambiti riservati alla potestà regolamentare delle Regioni ai sensi e per gli effetti del sesto comma dell'articolo 117 della Costituzione, e questo avrebbe reso opportuno l'accoglimento delle *"eccezioni di parte resistente in ordine all'asserita incostituzionalità della catena di decreti-legge che avevano attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero al Ministro della Salute poteri sostanzialmente regolamentari in materie di competenza concorrente e residuale delle Regioni e delle Province autonome"*³¹⁶. Analogamente, le radici dell'attribuzione della competenza allo Stato non vengono identificate con *"una chiamata in sussidiarietà, ossia alla sussistenza di comprovate ragioni unitarie che giustificano l'attrazione allo Stato di talune funzioni amministrative normalmente attribuite alle Regioni e, per il loro tramite, anche della potestà legislativa"*³¹⁷. Anche in questo caso, così come per la "trasversalità" della materia, la dottrina ritiene che *"la Corte avrebbe dovuto riconoscere la fondatezza della deduzione della resistente circa la sussistenza di titoli di legittimazione regionali e concluderne che l'esercizio della competenza esclusiva o, quantomeno, dei poteri da essa derivanti, rappresentasse una deroga agli ordinari criteri di riparto previsti dalla Costituzione; deroga che, per non essere dichiarata costituzionalmente illegittima, avrebbe, tuttavia, richiesto anche una esplicita motivazione e la*

³¹² Corte Costituzionale, sentenza 37/2021, punto 8 "Considerato in diritto", www.cortecostituzionale.it

³¹³ A. Ambrosi, La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sentenza n. 251 del 2016, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 2/2021, p. 69.

³¹⁴ Corte Costituzionale, sentenza 37/2021, punto 11 "Considerato in diritto", www.cortecostituzionale.it

³¹⁵ G. Boggero, op. cit., p. 120.

³¹⁶ G. Menegus, op. cit., p. 107.

³¹⁷ G. Boggero, op. cit., p. 120.

*garanzia di adeguate forme di coinvolgimento di Regioni e Province autonome da parte dello Stato*³¹⁸.

La negazione di qualsiasi titolo di legittimazione in capo alla Regione è indice della volontà della Corte di riorientare, molto probabilmente, esclusivamente in favore dello Stato “*quella operazione di liquefazione dei limiti della competenza esclusiva che, per anni, la propria giurisprudenza aveva contribuito ad alimentare anche in una prospettiva regionalista, ossia consentendo ai legislatori delle Regioni di partecipare, in regime di sostanziale concorrenza, alla elaborazione delle politiche pubbliche*”³¹⁹.

³¹⁸ G. Boggero, op. cit., p.120; Cfr. E. Benelli, I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2007, pp. 32-35.

³¹⁹ G. Boggero, op. cit., p.121.

BIBLIOGRAFIA

- Acconci P., L'organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria COVID-19, in Rivista DPCE online, 7 luglio 2020
- Alexy R., Teoria dei diritti fondamentali, il Mulino, Bologna, 2012
- Algotino A., I possibili confini del dovere alla salute, in Giurisprudenza costituzionale, 1996
- Ainis M., "L'emergenza e la legge. Il bisticcio del potere" in "La Repubblica", 2020
- Atripaldi M., Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza, in Rivista Federalismi.it, 15 novembre 2017
- Balduzzi R., Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento ed indebolimento, Società Editrice il Mulino, 2017
- Balduzzi R., Cittadinanza, Corti e Salute, Giuffrè Editore, 2007
- Balduzzi R.- Di Gaspare G. (a cura di), Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V, Giuffrè Editore, Milano, 2002
- Balduzzi R., Titolo V e tutela della salute, in Quad. reg., 2002
- Barbareschi S., Boldi G., Chirulli P., D'Andrea P., Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, in Rivista Federalismi.it, 2014
- Barbera A., I principi costituzionali della libertà personale, Vol. 56, Milano, Giuffrè, 1971.
- Barbera A., Giupponi T. F. (a cura di), La prassi degli organi costituzionali, Bononia University Press, Bologna, 2008
- Bascherini G., La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità, in Rivista di Diritto pubblico, Il Mulino, 2018
- Barbisan B., La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana, in www.astrid-online.it, 2009
- Belletti M., La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2020
- Bergo M., I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio, in Rivista Aic, n.2, 2017
- Bignami, Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus, cit.
- Boggero G., Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19, in Diritti regionali, Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali, 21 marzo 2020

Bonomi M., Il diritto alla salute e il Sistema sanitario nazionale, in Rivista Federalismi.it, 30 luglio 2014

Brancati B., L'integrazione tra scienza e diritto, in relazione all'ammissione ai trattamenti di terapia intensiva durante l'emergenza Covid-19, in Rivista DPCE online, n.3, 2020

Calvano R., Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato, Ediesse Editore, 2019

Calvano R., L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze, in Rivista Costituzionalismo.it, fascicolo n.3, 2020

Caravita B., L'Italia ai tempi del Coronavirus, Federalismi.it, 2020.

Caravita B., La disciplina costituzionale della salute

Carboni G., Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale, in Rivista Federalismi.it, 1° aprile 2020

Cardone A., La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Giappichelli, Torino, 2011

Carlassare L., Legalità (principio di), in Enc. giur., XVIII, 1990, 5, e S. FOIS, Legalità (principio di), in Enc. dir., XXIII, 1973

Carlassare L., L'art. 32 della Costituzione e il suo significato

Carlassare L., La Costituzione, la libertà, la vita, in www.costituzionalismo.it, 2009

Cartabia M., I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, in Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta, Roma, 24-26 ottobre 2013

Cartabia M., La giurisprudenza costituzionale relativa all'art.32, secondo comma, della Costituzione italiana, in Rivista Forum di Quaderni Costituzionali, volume n.32, fascicolo n.2, 2012

Cassese S., Le ombre sui tempi (e i modi), in Corriere della sera, 14 maggio 2020

Cavasino E., Perché costruire il diritto alla salute come diritto a prestazione rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del contenuto minimo essenziale, in Gruppo di Pisa, dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale, 3 settembre 2021

Cavasino E., Trattamenti sanitari obbligatori

Cavino M., Covid-19: Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, Federalismi.it, 2020

Ceccarelli F., "E di fronte all'avanzata del contagio le Camere alzano bandiera bianca", in "la Repubblica", 10 marzo 2020

Cecchetti M., Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza, in Rivista Aic, n.4, 5 ottobre 2020

Celotto A., L'«abuso» del decreto-legge, CEDAM, Padova, 1997.

Cerquozzi F., “Stato d'emergenza” e Costituzione”, data di pubblicazione 26/03/2020, aggiornato al 09/04/2021; da iusinitinere.it

Cheli E., Potere regolamentare e struttura costituzionale, Milano, Giuffrè, 1967

Cherchi R., Deffenu A., Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni, in Diritti regionali, Forum “La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali”, 23 aprile 2020

Chieffi L., Trattamenti immunitari e rispetto della persona, in Rivista il Mulino, n.4, dicembre 1997

Cintioli F., Sul regime del lockdown in Italia, in Federalismi.it, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, 1 – 6 aprile 2020

Cuniberti M., L'organizzazione del governo tra tecnica e politica, in G. GRASSO (a cura di), Il Governo tra tecnica e politica, Editoriale scientifica, Napoli, 2016

Coduti D., La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di stato e forma di governo, in Rivista Aic, n.3, 2018 Conchita N., Articolo 32 della Costituzione: diritto o dovere alla salute?, in Rivista Diritto.it, 26 marzo 2014

Cordini G., Crisi dello stato sociale e tutela della salute: ultima sfida per l'Unione Europea?, in Rivista il Mulino, fascicolo n.2, aprile-giugno 2020

Covolo S., Il difficile bilanciamento tra la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e gli altri diritti inviolabili, ai tempi dell'emergenza coronavirus. Soltanto il parlamento può essere garante contro l'arbitrio del potere esecutivo, in Rivista Diritto.it, 3 aprile 2020

Cuttaia F., La nuova normativa sulla prevenzione vaccinale introdotta dal d.l. 7 giugno 2017, n. 73, in Rivista Amministrazione in cammino, 21 agosto 2017

Dal Canto F. e Rossi E., Corte costituzionale e sistema istituzionale, atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Giappichelli, 2011

De Cupis A., Integrità fisica, in Enc. Giur., XVII, Roma, 1989

De Nes M., Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?, in BioLaw Journal, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 16 marzo 2020, 3.

De Siervo U., Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale, in ID. (a cura di), Osservatorio sulle fonti 1998, Giappichelli, Torino, 1999

De Tullio M., Il mito dell'emergenza e le garanzie costituzionali, in Rivista Aic, n.3, 2020

Della Vecchia M., Il diritto al lavoro. Dimensione costituzionale e capovolgimento socioeconomico, Tesi di Laurea, Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza, febbraio 2020

De Vergottini G., Profili costituzionali della gestione delle emergenze, in Rass. Parl., 2001

Di Maria R., Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto “di principio”, in *Diritti regionali*, Forum “La gestione dell’emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali”, 30 marzo 2020

Esposito C., Decreto-legge, in *Enc. dir.*, XI, 1962

Furlan F., Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19, *Federalismi.it*, 2020

Gemma G., Sterilizzazione e diritti di libertà, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1977

Grisolia M. C., Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Il Mulino, Bologna, 1992

Labriola S., voce Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in *Enc. dir.*, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, 281

Liberali B., Prima il dovere e poi il diritto: alla ricerca degli ossimori costituzionali nella cura dei figli, in Gruppo di Pisa, dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale, 22 dicembre 2018

Longo E., La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione, Giappichelli, Torino, 2017

Longo E., Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19, in *Federalismi.it*, 2020

Lombardi G., Doveri pubblici (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 2002

Luciani M., Salute: I) Diritto alla salute (Diritto costituzionale), in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991

Luciani M., Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale, in *Rivista Aic*, n. 3, 2016

Luciani M., Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza, *Rivista AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020

Luciani M., Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo da-vanti alla Corte costituzionale, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011

Marchese C., Diritti sociali e vincoli di bilancio, in Servizio studi Corte costituzionale, marzo 2015

Mazzitelli A., Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie, in *Rivista Federalismi.it*, 15 novembre 2017

Mezzetti L., Zama A., Trattamenti sanitari obbligatori

Mobilio G., La decretazione d’urgenza alla prova delle vere emergenze. L’epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti., *Osservatorio sulle fonti*, 4 luglio 2020

Modugno F.P., Sospensione della prescrizione e Covid-19: spunti per un “*commodus discessus*” nel rispetto dell’art. 25, co. 2, Cost., in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2020

Modugno F., Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione

Morana D., Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie, in *Rivista Diritto e salute*, n.3, 2018

Morana D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè Editore, 2002

Morana D., La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi, *Osservatorio costituzionale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, 29 gennaio 2018, Fasc. 1/2018.

Morana D., Tutela della salute, in Guzzetta G., Marini F.S., Morana D. (a cura di), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, 2015

Morbidelli G., Delle ordinanze libere a natura normativa, in *Diritto amministrativo*, 2016.

Morelli A., Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in *Diritti regionali*, Forum “La gestione dell’emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali”, 4 aprile 2020

Morelli A. (a cura di), *Dal contratto di governo alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018

Morrone A., Minni F., Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in *Rivista Aic*, n.3, 2013

Negroni A., Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, n.2, 2020

Negroni A., Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio, in *Rivista Aic*, n.4, 2017

Negroni A., Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva, in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017

Pace A., Libertà personale (dir.cost.), in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.

Padovani V., La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti, *iusinitinere.it*, 2020

Paladin L., *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996

Panunzio S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*

Papa A., La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione, in *Rivista Federalismi.it*, 14 settembre 2018

Pedullà L., Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sentenza n.5 del 2018 della Corte Cost.), in *Rivista Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 settembre 2018

Pelagatti G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Cisu, Roma, 1995

Perlingieri P., *Commento alla Costituzione italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001

Petrini F., Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d’urgenza e Costituzione in senso materiale, in *Nomos*, 1, 2020

Pezzini B., Il diritto alla salute: profili costituzionali

Pinelli C., Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana, in *Dir. Pubbl.*, 2009

Pinelli C., Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020

Pizzorusso A., Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo, in *Quad. cost.*, 2, 1986

Poggi A., "Corte Costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni", in *Federalismi.it*, 2017

Plutino M., Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche, in *Rivista Dirittifondamentali.it*, fascicolo n.1, 4 febbraio 2017

Pugliese V., Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica, in *Rivista penale*, 2009

Raffiotta E. C., Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus, www.biodiritto.org, 2020

Razzano G., L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, 2010

Razzano G., Riflessioni a margine delle raccomandazioni Siaarti per l'emergenza COVID-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita, in *Rivista Aic*, n.3, 2020

Riverso R., L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà, in *Rivista Questione Giustizia di Magistratura Democratica*, 18 gennaio 2021

Rodotà S., Zatti P. (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C. M., Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011

Romboli R., L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano, in *Consulta online*, 2020

Ruggeri A., I «fondamenti» della potestà regolamentare del Governo, in *Dir. soc.*, n. 1/1991

Ruggeri A., Neo-regionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali, in *Dominici D., Falzea G., Moschella G. (a cura di), Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004

Ruggeri A., Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, in *Consulta-online*, 1, 2020, 6 aprile 2020

Sala G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993

Sandulli A. M., *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, 1978

Sgueo G., Lo scontro tra regola e prassi nelle riunioni del Consiglio dei Ministri, in *Giorn. dir. amm.*, 2015

Silvestri G., Covid-19 e Costituzione, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020

Simoncini A., Dalla prassi in materia di fonti nuove gravi “torsioni” della forma di governo e della forma di stato, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011

Simoncini A., *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d’urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003

Spanicciati F., Covid-19 e l’emersione di un sistema amministrativo parallelo, *Il sistema delle fonti*, *Giornale di diritto amministrativo* 3/2020; pluriscadam.utetgiuridica.it

Torre F., *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, www.biodiritto.org, 2020

Trabucco D., Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale, *Nomos*, *Le attualità del diritto*, *Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, febbraio 2020.

Tripodina C., A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008

Tripodina C., *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo*, 2020

Vernata A., *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica*, www.biodiritto.org, 2020.

Vincenzi Amato D., in *Commentario della Costituzione* (a cura di) Giuseppe Branca, *Rapporti etico-sociali*, artt. 29-34, Bologna, Zanichelli, 1976

Emergenza Covid-19 e CIG: la circolare del Ministero del lavoro n. 8/20 contro il D.L. n. 18/20, plusplus24diritto.ilsole24ore.com;

Violini L., I doveri inderogabili di solidarietà: ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale, in Balduzzi R.- Calvino M.- Grosso E.- Luther J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2017

Verzano M., *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *Rivista Federalismi.it*, 24 febbraio 2021

Vettori N., *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Rivista Diritto Pubblico*, fascicolo, n.1, 2018

Zagra M., Argo A., Madea B., Procaccianti P., *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, Milano 2011, p. 231.

Zagrebelsky G., *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, Torino, 1988

SITOGRAFIA

www.cortecostituzionale.it

www.senato.it

www.diritto.it

www.federalismi.it

www.robertobin.it

www.giustizia-amministrativa.it

www.gazzettaufficiale.it

CONCLUSIONE

Il lavoro di tesi che ho intrapreso si è focalizzato sul rapporto, molto intricato anche dopo la riforma del Titolo V del 2001 che ha modificato il testo dell'art.117 della Costituzione, tra Stato e Regioni nella disciplina della fase emergenziale durante la pandemia di Covid-19. In questo scenario di crisi epidemiologica da Covid-19, si è assistito a numerosi ricorsi aventi ad oggetto le ordinanze Regionali e comunali, ma anche i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

I dubbi sulla legittimità delle misure imposte con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri non hanno riguardato solo il piano delle garanzie da rispettare nell'imposizione di restrizioni alle libertà fondamentali, ma anche il sistema delle fonti.

La pandemia da Covid-19 ha causato alcuni conflitti istituzionali tra Stato e Regioni a proposito della competenza dei Governi regionali ad adottare misure per contrastare l'emergenza pandemica. Il punto focale nella lunga e perdurante situazione di conflitto sulle attribuzioni e le competenze tra Stato e Regioni è rinvenibile nella sentenza n. 37/2021 della Corte Costituzionale a seguito dell'impugnazione da parte del Governo della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11/2020 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 di emergenza".

La sentenza è importante per due motivi. Il primo motivo è rappresentato dalla circostanza che il Giudice delle leggi, per la prima volta, con l'ordinanza 4/2021 ha esercitato il potere di sospensione cautelare ex legge n. 87/1953, con il quale ha sospeso l'efficacia delle norme impugnate. Il secondo motivo è relativo al fatto che dalla lettura e dall'analisi della pronuncia, la Consulta ha messo la parola fine in ordine alla questione della titolarità a adottare provvedimenti specifici atti a gestire e contrastare un'emergenza sanitaria a livello internazionale.

La legge regionale n. 11/2020 imponeva specifiche norme per prevenire e contrastare l'emergenza epidemiologica all'interno del territorio valdostano, vincolando l'esercizio di tutte le attività produttive e commerciali nonché "le libertà di movimento dei cittadini" e le "relazioni sociali" al rispetto delle misure di sicurezza. Il cuore della legge è rappresentato dall'articolo 2, il quale individuava un insieme di attività che, pur lecite ed ammesse, avrebbero dovuto essere esplicitate conformemente agli standard diretti a evitare la diffusione dei contagi da Covid-19, derogando alle

misure di prevenzione e contrasto alla pandemia stabilite uniformemente a livello centrale. Veniva, inoltre, specificamente disciplinato il potere del Presidente della Giunta regionale di adottare ordinanze attraverso le quali si sarebbero potute sospendere le attività di cui sopra e autorizzare, derogando alle disposizioni statali, eventi pubblici. I successivi articoli indicavano i soggetti e le modalità atte a contrastare l'emergenza epidemiologica.

Con la suddetta ordinanza n. 4 del 2021 la Consulta ha valutato positivamente la sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus bonis iuris*. Relativamente al primo assunto, secondo i Giudici costituzionali la concomitanza di una normativa regionale meno rigorosa rispetto a quella statale avrebbe potuto pregiudicare gravemente i diritti dei cittadini, in particolar modo quello alla salute, e aumentare il rischio di innalzamento dei contagi. Il *fumus bonis iuris*, invece, è stato riscontrato nella necessità che la gestione della pandemia globale implichi l'adozione di misure che ricadono nella cd. profilassi internazionale la quale, ai sensi dell'art. 117 Cost., rientra tra le materie su cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva. L'ordinanza n. 4/2021 ha anticipato nei contenuti la sentenza n. 37/2021 con cui la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale. Il Giudice delle leggi ha riconosciuto fondate le questioni di legittimità sollevate nei confronti della legge regionale riconducendo la titolarità della competenza a legiferare in via esclusiva in materia sanitaria alla profilassi internazionale. Relativamente a ciò, la Consulta ne ha ricostruito anche l'ambito oggettivo, ovvero qualsiasi misura atta a contrastare o prevenire una pandemia sanitaria tale da "assorbire ogni profilo di disciplina" con la conseguenza per la quale le relative norme impongano un'attuazione uniforme sull'intero territorio nazionale di "programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale". La Corte, pertanto, ritiene che "ragioni logiche, prima che giuridiche" impongano una disciplina e un'azione unitaria in virtù della quale si possa tutelare il diritto alla salute nella proiezione dell'eguaglianza e dell'interesse collettivo evitando il rischio che le normative emanate a livello sub-statale pregiudichino la capacità di contenere la malattia a livello nazionale e internazionale. A fronte di queste considerazioni, la Corte costituzionale, accogliendo le questioni di legittimità costituzionale, ha confermato che, alla luce dell'art. 117, lett. q) Cost., lo Stato ha competenza esclusiva nella cura degli interessi rilevanti nel corso di una pandemia globale in ragione dell'intensità della sua diffusione.

Abstract

The aim of this thesis was to reconstruct the relations between the State and the Regions in the regulatory management of the emergency phase of the Covid-19 pandemic.

and the Regions in the regulatory management during the emergency phase of the Covid-19 pandemic. One of the discussions that has held the greatest attention since the beginning of the pandemic in Italy has undoubtedly been the debate on the relationship between the State and the Regions, with regard to their respective competences in the issuing of measures aimed at preventing the spread of the pandemic. In the issuing of measures to combat the contagion, and with the mutual accusation of undue interference in the spheres of their respective competences.

undue interference in their respective areas of competence. As the research work was contextualised in a particular period of global pandemic, the importance of the emergency management in place and in particular between two public bodies, namely the State and the Regions, emerged. My aim was to understand how competences were distributed between the State and the Regions in the regulatory field. The 'chain of regulation', with which the national regional legislators have tried to manage the emergency, has led to a progressive conflict in the relations between the central territorial administrations, due to the 'standardisation' assumed by the Government throughout the national territory of the same measures provided for the most affected regions. This is precisely the broad power of the legislature that the doctrine has to question the legitimacy or otherwise of dpcm that have compressed a number of fundamental freedoms from the reservation of the law. In this regard, some have tended to adopt an attitude aimed at justifying the proliferation of administrative acts by the state while others have adopted a more critical attitude. The collaborative behaviour of the legislator has produced an 'impression', because with both the old and the new collaboration takes place in a weak manner where the state merely listens to the President of the Region or the Conference of Regions and Autonomous Provinces, being able to ignore what is stated there. For this reason too, as indicated above, it would have been appropriate to require the dpcm to state the reasons for its decision, since it is an administrative act. The State's behaviour has not been in the spirit of loyal cooperation, as is also evident from the subsequent restrictions placed on the exercise of regional power, by not employing instruments to prevent possible conflicts. Commentators almost unanimously tend to state that the purpose of these measures was to ensure collaborative management of the emergency.

From a normative point of view, the fundamental principles that have orbited the relationship between the State and the Regions in the normative management of the emergency at the level of constitutional sources are Article 32 of the text, which places the right to health as a collective interest of which the individual dimension must not be sacrificed too much to the collective dimension. Article 117, paragraph 3 of the Constitution, which includes the right to health among the matters subject to concurrent legislation between the State and the Regions. The summary and closing rules are those of Article 120, paragraph 2 of the Constitution, which replaces the power of the Government, characterising its conditions.

With regard to ordinary sources, on the other hand, Article 32 of Law no. 833/1978 establishing the National Health Service, and Article 117 of Legislative Decree no. 117/1998, which allocate between the Ministry of Health, the Mayors and the Presidents of the Regional Councils the competence to issue contingent and urgent ordinances on matters of hygiene and public health respectively on the national and regional (and municipal) territory, are relevant.

The legislative framework is completed by Legislative Decree No. 1/2018, which regulates the Civil Protection Code by regulating the role and powers of the Prime Minister in adopting protection orders on public health matters, including through the involvement of regional governments.

In the context of the management of the emergency, three phases can be identified that saw different possibilities for intervention by the State and the Regions, and a different configuration of their relations. In the first phase, the emergency was tackled, at the state level, through the adoption of two decree-laws, aimed at restricting freedoms, to the point of introducing lockdown throughout the national territory: the decree-law 23 February 2020, no. 6 and the decree-law 25 March 2020, no. 19. These two decrees reveal the Government's desire to play a strong and unified role in managing the emergency, through the instrument of Prime Ministerial Decrees (DPCM), providing for measures aimed at closing activities and restricting freedoms throughout the country in a generalised manner. Decree-Law no. 6/2020 regulated the role of the regions and in the adoption of emergency measures and mutual relations. On the one hand, the decree provided that measures to contain the emergency and be adopted by the President of the Council of Ministers with one or more decrees, after consultation with the regions.

The decree authorised the Presidents of the Regions and the Mayors to issue, even in the emergency phase, ordinances on health matters, on the basis of the pre-existing legislation (examined above). However, the decree provided rather strict limits to this power of ordinance: it could only be exercised until the adoption of decrees by the President of the Council of Ministers and only in cases of 'extreme

necessity and urgency'. These limitations on the power of regional and municipal ordinances were intended to prevent the decrees of the President of the Council of Ministers from being overwhelmed by a series of ordinances of the Regions and Municipalities. However, the decree in question left the Regions and Municipalities the discretion to adopt, in a generic way, 'further measures', at local level, without any prior control or obligation to cooperate with the State. As a result, in the period following Decree No. 6/2020, many contingent and urgent ordinances were adopted by the Presidents of the Regions and Mayors.

Decree-Law no. 19/2020 further strengthened the role of the Government in the management of the emergency and better defined the structure of relations between the State and the Regions. With regard to governmental powers, the President of the Council of Ministers has been confirmed as having the power to adopt decrees containing measures to contain the spread of the virus after consulting the Presidents of the Regions or the President of the Conference of Regions and Autonomous Provinces, depending on the territory concerned. As regards the possibility of regional intervention, however, the decree has limited its scope by setting stricter limits on the power of the Regions to issue ordinances. However, not even Decree-Law No. 19/2020, like the previous one, precisely defined the conditions and limits for the adoption of regional measures and possible forms of preventive cooperation with the State. For this reason, the Regions have continued to adopt ordinances, introducing, in many cases, additional limitations to those provided for at State level, considering, some Regional Presidents, the measures contained in the governmental measures to be inadequate and insufficient.

With the start of the so-called 'phase 2', with a view to easing the emergency measures, the State legislation has outlined a different structure of the relations between the State and the Regions to face the pandemic, more markedly based on cooperation. Decree-Law no. 33 of 16 May 2020 provided that, from 18 May to 31 July 2020, state, regional or municipal decrees and ordinances could regulate the movement of people and the way in which economic, productive and social activities could be carried out. In this framework, the Regions were given greater powers to monitor the epidemic and the possibility to adopt appropriate measures accordingly. On the one hand, the Regions have been called upon to monitor the epidemiological situation in their territories on a daily basis and to communicate the relevant data to the Ministry of Health, the Istituto Superiore di Sanità and the technical-scientific Committee set up at the Department of Civil Protection. On the other hand, Decree No 33 of 2020 gave the Regions the possibility, in relation to the trend of the epidemiological situation in their territories, and pending the adoption of the decrees of the President of the Council

of Ministers, to introduce derogatory, widening or restrictive measures with respect to those laid down at state level.

The third phase of pandemic management started in November 2020, coinciding with the increase in Covid cases.

With the adoption of the Prime Ministerial Decree of 3 November 2020, a national model of emergency management has been adopted: national rules have been dictated to be applied throughout the country, which can be divided into areas of different colours (yellow, orange and red), corresponding to different levels of criticality in the Regions and for which increasing restrictions are envisaged in relation to risk. The risk zones are determined on the basis of data provided by the Regions on the basis of the so-called R_t index (i.e. the contagiousness index) and other risk factors (21 factors, including, for example, the occupancy rate of intensive care units). The involvement of the Regions in the adoption of the Prime Minister's decrees is ensured through their participation in the decisions of the Cabina di Regia and through the procedural process of hearing the President of the Conference of the Regions. The Prime Ministerial Decree of 14 January 2021 also introduced the possibility of providing for a 'white zone' - in addition to those already identified (yellow, orange and red) - in which, in the face of a sharp drop in the number of infections and a low risk, almost all activities may be resumed and the restrictive measures adopted to combat the coronavirus no longer apply. In the white zone too, however, ad hoc restrictive measures can be adopted, again by Prime Ministerial Decree, in connection with epidemiologically relevant activities.

In order to deal with the pandemic, the State adopted a model of centralisation of powers accompanied by weak cooperation between the Government and the Regions in managing the emergency. It made use of its exclusive competence in the areas of 'public order and security' and 'international prophylaxis', which allowed it to intervene in the event of a real health emergency and danger to citizens. Consequently, the emergency decrees left the Regions with a residual role, allowing them to intervene only in the cases and within the limits expressly provided for. In this regard, although we believe that the state regulations could have given the regions more scope for intervention, both because of their competence in health matters and because the spread of the virus occurred in different ways in the various regional territories, it nevertheless seems reasonable to have a unitary management of the emergency throughout the country, in view of the need and urgency for the State to act.

In this context, the Constitutional Court has also legitimised a centralised and unitary management of the emergency.

Valle d'Aosta's regional law no. 11 /2020, which allowed certain activities to be carried out, in contrast with national provisions, affirmed the unlawfulness of the regional legislation in that it infringed the exclusive competence of the State in matters of international prophylaxis. On this occasion, the Court clarified that international prophylaxis includes "all measures designed to combat and prevent pandemics" and concerns the rules that guarantee "uniformity also in the implementation, at national level, of programmes drawn up at international and supranational level". It is therefore emphasised that it is impossible for the Regions, including those with special autonomy, to interfere legislatively with the rules laid down by the competent State legislator. Therefore, the Regions, according to the Court, cannot introduce legislative measures if not provided for by a State law. The State, therefore, is entitled to impose on the regions a unitary management of the pandemic, including with regard to the implementation of the vaccine plan.

By judgment No 37/2021, the Constitutional Court has declared the constitutional illegitimacy of the law of the Valle d'Aosta Region no. 11 of 9 December 2020. The judgment raises, first of all, a series of questions concerning the extension of the State's legislative power in respect of international prophylaxis. First of all it is necessary, in fact, to ask whether such a subject-matter can really encompass every aspect of the prevention and containment of international prophylaxis. concerning the prevention and containment of an epidemic contagion and, therefore, whether the reconstruction of the boundaries of State competence in relation to regional competence is correct.

Functional absorption' results from the alleged optimality of the state level (and the suboptimality of loyal cooperation) in managing the pandemic.

The Court places the legislation of the Valle d'Aosta within the sphere of international international prophylaxis, which is the exclusive competence of the State pursuant to Article 117(2)(q) of the Italian Constitution.

The Constitutional Court offers an eminently circular justification for this "functional absorption", based on aspects that are "logical, before and after the fact," as it puts it.

This "functional absorption" is justified on the basis of "logical, rather than legal" aspects, linked to the exceptional and extraordinary nature of the global phenomenon.

It starts, in fact, from the assumption that the international dimension of the risk

the international dimension of the risk and the consequences of the choices made to combat the spread of contagion for the interests of the international community could not be appreciated.

the interests of the international community could only be appreciated by the State,

the only entity, moreover, responsible for implementing programmes drawn up in that system.
programmes drawn up in that order.

The Court intended to protect the Republic from possible international liability and, at the same time, safeguard liability and, at the same time, to safeguard the State's ability to exercise its in the exercise of its 'foreign power' in a context dominated by activities of increasing transnational transnational cooperation. In other words, the objective would have been to preserve its ability to negotiate and cooperate more easily with other states, especially in the framework of international organisations such as the WHO.

The peremptory nature with which the Court affirms the

"The exhaustiveness with which the Court affirms the 'absorbing' nature of the State's competence in matters of international prophylaxis appears to be fully (and perhaps excessively) in line with the State's point of view. In other words, the jurisprudential endorsement of the complete exclusion of the regional regulatory role, at this juncture, also seems to be dictated by reasons of emergency, like those underlying the state legislation, and only partially restores the complexity (or, if you like, the problematic nature) of the constitutional structure in terms of distribution of competences. However, it cannot be ruled out that, after these initial responses aimed at closing ranks,

the Court itself may in the near future feel the need to adopt reconstructive approaches to these questions. in the near future the Court itself may feel the need to adopt, with regard to these questions, reconstructive approaches which place greater emphasis on the necessary of the values of unity and autonomy: a balance which, moreover, cannot be dispensed with without the need for a new legal framework, which, moreover, cannot be renounced without simultaneously renouncing the regionalist choice made at constitutional level. regionalist choice made at constitutional level.

In this way, international prophylaxis becomes a sort of pass par tout, a 'bazooka' in the hands of the central power capable of 'sweeping away', in the event of epidemics of global dimensions, any obstacle put in the way of regional autonomy in the pursuit of the objective of containing the contagion.

Only time will tell if we are in the presence of a new category of exclusive competences or if it was an isolated episode due to the exceptional crisis situation that the country is going through.

However, what is certain is that, from today, the Court has an additional arrow in its bow. as of today, the Court has an extra arrow in its bow.

