

## Gestione dell'emergenza sanitaria, decisioni pubbliche ed esercizio dei diritti fondamentali

*Mariarita Romeo\**

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'individuazione del soggetto competente a decidere: i rapporti Stato-Regioni alla prova dell'emergenza sanitaria - 2.1 I principi di sussidiarietà e di leale collaborazione - 3. Decisioni pubbliche e bilanciamento dei diritti costituzionalmente garantiti tra principio di precauzione e principio di proporzionalità - 4. Il sindacato dell'autorità giurisdizionale sui provvedimenti emergenziali - 5. Considerazioni conclusive.*

### *1. Premessa.*

L'anno appena passato e quello ancora in corso hanno visto e vedono affrontare all'umanità una sfida che, forse, era ormai ritenuta anacronistica da parte delle generazioni nuove e meno nuove, soprattutto appartenenti ai Paesi più sviluppati, ovvero quella della lotta per la sopravvivenza.

Il rapido diffondersi a livello globale della pandemia, agli inizi del 2020, ci ha catapultati, nell'arco di pochi mesi, in uno scenario completamente diverso da quello ordinario al quale eravamo abituati e ci ha costretto a riconsiderare ed affrontare sotto una nuova luce la persona in tutta la sua fragilità.

Se Aristotele ha definito l'uomo come "animale sociale", per rappresentare la sua tendenza ad aggregarsi e vivere in comunità, la pandemia non ancora del tutto superata, soprattutto nel periodo di *lockdown* più rigido, da un lato ci ha impedito di soddisfare il nostro bisogno immediato e istintivo di socialità, anche privandoci dei gesti più semplici verso il prossimo; dall'altro, ci ha consentito di riscoprire una solidarietà più consapevole che ha valorizzato e concretizzato il significato di comunità, un po' sbiadito a causa dell'individualismo imperante.

In questo mutato contesto, anche il nostro ordinamento giuridico e l'insieme delle norme che lo compongono e regolano la civile convivenza, quale primaria espressione dell'essere umano non in quanto singolo, ma in rapporto con gli altri individui, sono stati duramente messi alla prova e hanno dovuto trovare il modo più adeguato di affrontare l'emergenza, al fine di regolamentare e dare ordine ad una situazione "*extra ordinem*".

Sebbene non siano mancati momenti di maggiore tensione istituzionale, soprattutto nei rapporti tra Stato e Regioni, è possibile affermare che il nostro ordinamento ed il nostro sistema di valori sancito a livello costituzionale - pur accusando qualche "scricchiolio" - hanno sostanzialmente retto agli attacchi provenienti dall'emergenza sanitaria ed alla temporanea compromissione dell'esercizio di diritti fondamentali della persona.

---

(\*) Esperto giuridico-amministrativo presso il Consiglio regionale della Calabria.

## 2. L'individuazione del soggetto competente a decidere: i rapporti Stato-Regioni alla prova dell'emergenza sanitaria.

L'emergenza sanitaria ha messo ancora più in evidenza, se solo ve ne fosse stato bisogno, gli aspetti irrisolti del rapporto tra Stato e Regioni, emersi a seguito della riforma del Titolo V del 2001 e, invero, acuiti proprio nell'ultimo anno precedente la pandemia, in seguito al dibattito accesosi sull'attuazione del regionalismo differenziato di cui all'art. 116 Cost.

L'eccezionalità della situazione determinatasi con la rapida diffusione del virus Covid-19, la necessità di intervenire con la massima urgenza per contrastare il contagio, lo scarso tempo a disposizione delle autorità competenti per intervenire in modo efficace, hanno favorito la gestione centralizzata dell'emergenza.

Tuttavia, è possibile affermare che gli strumenti, legislativi e amministrativi, di contrasto alla diffusione del Covid-19, perfezionatisi un pò alla volta nei lunghi mesi di questa pandemia, sono stati il risultato di una dialettica che ha visto il contributo di tutti gli attori coinvolti, ovvero istituzioni politiche, organi giurisdizionali e società civile.

La Corte costituzionale ha ricondotto la gestione della pandemia da Covid-19 nell'ambito della profilassi internazionale, materia appartenente alla competenza esclusiva dello Stato, secondo quanto previsto dalla lettera q) dell'art. 117, comma 2, Cost., ritenuta "*comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla*" (1).

Nella sentenza n. 37/2021, i giudici costituzionali hanno affermato che anche le autonomie regionali partecipano alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria in virtù delle competenze concorrenti loro attribuite in materia di tutela della salute e della protezione civile, riconoscendo il carattere fondamentale dell'apporto che l'organizzazione sanitaria regionale può assicurare per il comune obiettivo di contrasto alla pandemia. Precisamente, la Corte ha chiarito che spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma "*...nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica*".

Il contributo fornito dalle autonomie alla gestione dell'emergenza può variare a seconda del carattere locale, regionale o nazionale della stessa, imponendo l'intervento dello Stato quando essa assuma rilievo nazionale, ovvero,

---

(1) Si fa riferimento alla recente Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, recante "*Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza*". La decisione *de qua* è stata preceduta dall'ordinanza n. 4 del 2021, che ha disposto la sospensione dell'efficacia dell'intera legge regionale impugnata: si tratta della prima volta in cui la Corte costituzionale ha esercitato il potere di sospensione cautelare di una legge, previsto dall'art. 35 l. n. 87/1953, come modificato dalla l. n. 131/2003.

come nella fattispecie, ci si trovi a dover fronteggiare la diffusione globale di malattie altamente contagiose. Una tale evenienza radica la necessità di una disciplina unitaria di carattere nazionale, che sia idonea “*a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività*”.

Pur non entrando nel merito della questione, nella pronuncia in argomento la Corte costituzionale ha sostanzialmente riconosciuto la legittimità delle modalità di intervento scelte dal Governo al fine di gestire al meglio la pandemia. In particolare, la Consulta ha inquadrato l’azione di Governo in termini di “sequenza normativa e amministrativa”, articolatasi nell’adozione di decreti-legge, con i quali sono stati predeterminati gli ambiti materiali, le condizioni ed i limiti entro cui il Presidente del Consiglio ha potuto esercitare il suo potere emergenziale temporaneo tramite l’adozione di decreti, autorizzati dalla normativa primaria a derogare a fondamentali diritti dei cittadini e a modulare le misure restrittive a seconda dell’andamento mutevole della pandemia.

Ancora più di recente, il Consiglio di Stato ha anch’esso riconosciuto che “*il Governo ha correttamente costruito una nuova impalcatura giuridica fondata sull’art. 77 della Costituzione, mediante la quale - attivando lo schema comune «legge generale - atti attuativi dell’esecutivo» - ha predefinito al livello normativo primario, con un sufficiente livello di analisi, gli ambiti, le condizioni e i limiti del potere di disciplina emergenziale, attribuendo al vertice politico-amministrativo dell’esecutivo medesimo la competenza ad adottare decreti aventi la duplice natura, del regolamento - sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge - e delle ordinanze extra ordinem contingibili e urgenti - sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità*” (2).

Dunque, secondo le pronunce appena riportate, legittimamente lo Stato ha assunto su di sé la gestione dell’emergenza sanitaria in corso, lasciando alle Regioni un compito collaborativo-consultivo e di intervento limitato allo specifico ambito territoriale di riferimento, consentendo loro l’adozione, nelle more dei successivi D.P.C.M., di misure ulteriormente restrittive o, in un secondo momento dell’emergenza, anche ampliative (con l’art. 1, comma 16, d.l. n. 33 del 2020) e sempre operando sulla base dei criteri previsti dal Ministero della Salute e dagli stessi d.p.c.m.

### *2.1. I principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.*

Appare rilevante sottolineare che, nelle diverse decisioni che hanno dovuto dirimere controversie relative alla gestione della pandemia, le rispettive competenze di Stato e Regioni sono state individuate e bilanciate facendo ri-

---

(2) Così il parere Cons. St., Sez. I, 18 giugno 2021, n. 850.

corso a due principi di livello costituzionale: il principio di sussidiarietà ed il principio di leale collaborazione (3).

Infatti, quanto al primo, si è affermato che è il carattere globale dell'emergenza ad imporre, in applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., che l'individuazione delle misure precauzionali avvenga a livello amministrativo unitario. Si tratta della c.d. chiamata in sussidiarietà (in questo caso c.d. ascendente) (4): anche in materie di competenza concorrente (come, appunto, tutela della salute e protezione civile) o residuale, allo Stato è consentito attrarre a sé competenze amministrative non adeguatamente esercitabili a livello regionale o locale. All'avocazione della funzione amministrativa, tuttavia, deve accompagnarsi anche il potere di dettare norme che regolino l'esercizio delle competenze attratte, e ciò in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, ma anche nel rispetto dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Per operare in modo costituzionalmente legittimo, deve poi essere assicurato il coinvolgimento delle Regioni nel processo decisionale, prevedendo adeguate forme di collaborazione quali la previa stipulazione di intese (5).

Per questo motivo, l'art. 2 d.l. n. 19 del 2020 ha previsto espressamente che il Presidente del Consiglio dei ministri adotti i suoi decreti consultando preventivamente i Presidenti delle Regioni interessate, quando le misure riguardino solo una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui le stesse debbano applicarsi all'intero territorio nazionale (6).

Tali moduli partecipativi si impongono proprio in virtù del principio di leale collaborazione, ad un tempo regola di condotta che va a permeare di sé qualunque relazione tra Stato e Regioni e principio che presiede a dirimere ogni ipotesi di conflitto o di interferenza tra competenze statali e competenze regionali. Il suo fondamento costituzionale deve rinvenirsi nell'art. 5 della Costituzione, laddove la Repubblica, pur una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali, adeguando la sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

---

(3) V., in particolare, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841; 18 dicembre 2020, n. 2075 e n. 2077; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025; Tar Piemonte, Sez. I, 3 dicembre 2020, n. 580; Tar Lazio, Sez. III *quater*, 4 gennaio 2021, n. 35.

(4) Sul punto, è sufficiente citare Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303 e 22 luglio 2010, n. 278.

(5) Al riguardo, v. l'attenta ricostruzione di V. NERI, *Diritto amministrativo dell'emergenza: tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale e locale*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2020, pagg. 346-352; in particolare, per quanto riguarda la c.d. sentenza Mezzanotte, n. 303/2003, v. pp. 348-349 con nota 11.

(6) In questi termini v. A. SAITTA., F. SAITTA., F. PAGANO, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, 4 giugno 2020, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui "L'allocazione in capo allo Stato della gestione dell'emergenza sanitaria...e le correlate limitazioni al potere dei Presidenti di Regione di emanare ordinanze contingibili e urgenti è stata temperata, quale contropartita dell'erosione delle competenze amministrative in parola, attraverso la previsione della consultazione delle Regioni...", p. 30.

Soprattutto nelle fasi iniziali dell'emergenza sanitaria, le Regioni hanno lamentato uno scarso coinvolgimento da parte del Governo nella determinazione delle misure restrittive da adottare, in particolar modo censurando le modalità di applicazione delle restrizioni in tutto il territorio nazionale, malgrado il diverso grado di diffusione del contagio. E di certo, si può sostenere che la progressiva messa a fuoco dei provvedimenti adottati a livello statale, in ordine alla loro gradualità ed alla considerazione di molteplici parametri, non limitati al solo indice Rt, sia stata determinata anche dall'apporto critico fornito dalle Regioni, che - quali organi rappresentativi delle istanze delle loro comunità - sono riuscite, anche attraverso l'adozione di provvedimenti disallineati e "dirompenti" (7), a far valere punti di vista differenti.

Allora, se è possibile fare già una breve riflessione, è quella di affermare che l'esigenza di contrastare la diffusione del contagio - man mano che questo, partito solo da alcune Regioni del Nord, ha iniziato ad espandersi anche nell'Italia centrale e meridionale - ha riportato *in auge* quel principio dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, sancito anch'esso dall'art. 5 Cost., che proprio le polemiche in tema di mancata attuazione del regionalismo differenziato avevano decisamente appannato, mettendo in evidenza più gli aspetti che dividono, che quelli che uniscono, le pur diverse Regioni italiane (8).

Nel corso del 2019, quasi tutte le Regioni avevano rivolto istanza al Governo per ottenere maggiori forme di autonomia in ordine a tutte le materie di competenza concorrente, comprese quindi tutela della salute e protezione civile, ma anche istruzione ed ambiente.

Si tratta di ambiti di competenze estremamente delicati e rilevanti per l'esercizio di diritti fondamentali della persona (salute, lavoro, istruzione, ambiente salubre), che hanno visto scontrarsi anche pesantemente Stato e Regioni in tempo di pandemia.

Allora, incentivare un'autonomia indiscriminata delle Regioni rischia - in fase di prevenzione - di comportare un aumento esponenziale delle differenze tra i territori anche nel godimento dei livelli essenziali delle prestazioni, mentre *ex post* - ovvero quando una minaccia e un pericolo si sono già manifestati - di compromettere l'efficace unitarietà dell'azione di contrasto.

---

(7) Tra questi, rientra sicuramente l'ordinanza della Presidente della Regione Calabria n. 37 del 29 aprile 2020, che disponeva la ripresa dell'attività di ristorazione sul territorio regionale, non solo con consegna a domicilio e con asporto - secondo quanto già previsto dal Governo nel D.P.C.M. del 26 aprile 2020 - ma anche mediante servizio al tavolo all'aperto. Per una rassegna sulle ordinanze assunte in tempo di pandemia, v. L. LEO (2021), *L'ascesa delle ordinanze regionali ai tempi del Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021.

(8) In proposito, va ricordato che la richiesta delle Regioni ai fini dell'attribuzione di maggiori forme di autonomia, ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., può interessare tutte le materie rientranti nella competenza legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.) ed alcune materie appartenenti alla potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2), quali l'organizzazione della giustizia di pace, le norme generali sull'istruzione, la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Soprattutto in un'ottica di prevenzione, invece, sarebbe preferibile sollecitare, ancora di più, forme ordinarie di coordinamento e collaborazione tra le autonomie territoriali, onde scongiurare la possibilità di arrivare impreparati alla fase dell'emergenza, favorendo piuttosto un c.d. "regionalismo solidale" (9).

### *3. Decisioni pubbliche e bilanciamento dei diritti costituzionalmente garantiti tra principio di precauzione e principio di proporzionalità.*

Dopo aver individuato i soggetti istituzionali competenti a decidere, è possibile adesso concentrarsi sui contenuti dei provvedimenti adottati in tempo di emergenza sanitaria.

Con l'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, emanata ai sensi degli artt. 25, 26 e 27 del d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile), è stato costituito il Comitato tecnico-scientifico, con il compito di supportare il Governo dal punto di vista tecnico nell'individuazione delle misure di contrasto alla pandemia più adeguate.

Dunque, la generalità dei provvedimenti assunti in materia ha richiamato, a sostegno delle misure di contenimento imposte, studi e dati scientifici, oltre che statistici.

Com'è stato già sostenuto (10), trattandosi di provvedimenti notevolmente incidenti sull'esercizio delle libertà fondamentali degli individui, le autorità competenti - basandosi su pareri scientifici - hanno tentato di attribuire loro un grado apprezzabile di oggettività, al fine di "spoliticizzarli" e renderli maggiormente accettabili da parte dell'opinione pubblica.

In realtà, ogniqualvolta occorre operare un bilanciamento tra diritti costituzionalmente tutelati (ed in effetti, le misure di contenimento del contagio sono state adottate all'esito di un tale processo), la ponderazione dei valori coinvolti implica necessariamente una valutazione che, anche quando prende avvio da dati scientifici, non può non definirsi almeno in parte politica. Caratteristica che - come vedremo - influisce sul corrispondente sindacato giurisdizionale.

Orbene, i provvedimenti legislativi e i D.P.C.M. che ne sono seguiti, nonché le ordinanze regionali e sindacali talora intervenute per fronteggiare l'emergenza sanitaria, hanno fatto applicazione tanto del principio di precauzione, quanto di quello di proporzionalità (11).

---

(9) Al riguardo, sia consentito citare M. ROMEO (2019), *Regionalismo differenziato: in Calabria è stata approvata una risoluzione per promuovere un regionalismo "solidale"*, in *Diritti regionali*, n. 1/2019; sul regionalismo differenziato v., di recente, V.P. GROSSI, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un'analisi dei contenuti delle "bozze d'intesa"*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021.

(10) Cfr., in questi termini, l'editoriale di E. GROSSO, *Il ruolo dei dati nell'assunzione delle decisioni pubbliche: una grande questione costituzionale*, in *Il Piemonte delle autonomie*, n. 1/2021.

(11) Sul tema, v. l'interessante saggio di F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 183-220.

Com'è noto, il principio di precauzione, di derivazione comunitaria, affermatosi nell'ambito della disciplina della tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini, opera nei casi in cui non sia possibile stabilire con certezza l'esistenza o la portata di rischi per l'ambiente e per la salute pubblica, a causa del carattere non concludente degli studi scientifici condotti in materia, legittimando l'adozione in chiave preventiva di misure restrittive, al fine di impedire il verificarsi di danni potenziali.

In tutti i casi in cui non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, quindi, il principio in argomento esige che l'azione dei pubblici poteri si traduca in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (12).

La limitazione della sfera soggettiva dell'individuo, tuttavia, non può avvenire in modo indiscriminato, ma deve presentarsi adeguata e ragionevole rispetto al rischio che si intende prevenire.

È qui, allora, che soccorre il principio di proporzionalità, che subordina la legittimità delle misure limitative individuate al superamento di un test che si conduce in tre passaggi (i c.d. tre gradini): idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza).

L'idoneità valuta l'attitudine del mezzo impiegato a realizzare l'obiettivo pubblico perseguito; la necessarietà indica che per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, non sia disponibile nessun altro mezzo ugualmente efficace e che incida meno negativamente nella sfera giuridica del singolo; la proporzionalità in senso stretto, infine, richiede che la misura adottata dai pubblici poteri non sia mai tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e da risultargli quindi intollerabile (13).

In sintesi, applicare il principio di proporzionalità significa verificare la necessità della misura adottata dalla pubblica autorità e la sua idoneità a raggiungere l'obiettivo finale. In ogni caso, va poi preferita la misura più mite a disposizione, ovvero che sia in grado di soddisfare l'interesse pubblico senza sacrificare eccessivamente la posizione del singolo.

È l'ultimo gradino del test, quindi, a richiedere una valutazione comparativa tra i beni che vengono coinvolti dall'intervento pubblico, potenzialmente in conflitto tra loro.

Com'è stato affermato in dottrina (14), si tratta di un bilanciamento da

---

(12) In dottrina, si è soliti distinguere tra i principi di prevenzione e di precauzione proprio facendo leva sulla distinzione tra certezza e incertezza scientifica in ordine al verificarsi di danni futuri. Cfr. F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in L. GIANI - M. D'ORSOGNA - A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 49 ss.; S. GIULIETTI, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, *ibidem*, pp. 237 ss.

(13) In argomento v., per tutti, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, 31 gennaio 2020, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

operare in concreto e mai in astratto, considerando l'incisività dell'intervento nella sfera giuridica del singolo; il peso e l'urgenza dell'interesse generale che si intende perseguire e, da ultimo, il diritto individuale tutelato dall'ordinamento.

Principio di precauzione e principio di proporzionalità, quindi, camminando insieme, impongono che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si debba ricorrere a quella meno gravosa, di modo che gli inconvenienti causati non risultino eccessivi rispetto agli obiettivi perseguiti.

In questi termini si è orientata l'azione dei pubblici poteri in tempo di emergenza sanitaria.

Così, se da una parte è venuta in rilievo la tutela della salute come diritto del singolo e bene della collettività, dall'altra si è considerato l'esercizio di libertà e diritti individuali, come la libertà di circolazione e di aggregazione, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro e la libertà di impresa.

I decisori pubblici nei loro provvedimenti hanno tentato di trovare il punto di equilibrio ottimale, variabile a seconda dell'indice di propagazione del virus, che arrecasse il minor sacrificio possibile ai valori temporaneamente sacrificati (15).

A loro volta, i Tribunali amministrativi ai quali si sono rivolti singoli cittadini, associazioni o le stesse istituzioni, hanno dovuto verificare l'operazione di bilanciamento cristallizzata nei provvedimenti impugnati, al fine di sindacare la legittimità, la proporzionalità e l'adequatezza delle misure di contenimento censurate.

Così, vi sono state ordinanze regionali che hanno disposto misure ampliative, impuginate dal Governo, ordinanze regionali o sindacali che hanno imposto misure ulteriormente restrittive impuginate dai cittadini, provvedimenti del Governo contrastati o non rispettati da ordinanze sindacali (16).

Nelle relative pronunce giurisdizionali (17), si è di frequente fatto riferimento alla giurisprudenza costituzionale formata sulla vicenda giudiziaria relativa allo stabilimento Ilva di Taranto ed all'affermazione, contenuta nella celebre sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, secondo cui *"Tutti*

---

(14) In tal senso, cfr. D.U. GALETTA, cit., par. 2, dove si afferma altresì che il principio di proporzionalità implica il rapporto tra due grandezze ovvero tra due valori in contrapposizione, trovandosi pertanto in stretto legame con i diritti fondamentali.

(15) Per tale motivo, i provvedimenti adottati dal Governo sono stati continuamente soggetti a revisione in rapporto ai dati di diffusione del Covid-19 che venivano rilevati e comunicati dalle autorità regionali a quelle centrali, in modo che le misure restrittive venissero applicate per il tempo strettamente necessario.

(16) Oltre alla già citata ordinanza della Presidente della Regione Calabria n. 37/2020, cfr. le ordinanze del Presidente della Regione Puglia nn. 407 e 413 del 2020 e la n. 1/2021 (in materia di istruzione); nonché l'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, che dettava norme per il transito da e per la Sicilia.

(17) In tal senso, per tutte, v. Tar Calabria - Catanzaro, n. 2077/2020, cit.



*i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri... Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (18)*

In quel caso, è stato il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) a prevalere sul diritto alla salute (art. 32 Cost.), al fine di mantenere stabili i livelli occupazionali (19), mentre nelle fasi più acute dell'emergenza, il giudice amministrativo si è spesso pronunciato nel senso di riconoscere prevalenza alla tutela del diritto alla salute rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti, in particolare quando si è trattato di limitare la libertà di iniziativa economica (20). Solo nel momento in cui il rischio di contagio è sembrato, non tanto diminuire, ma almeno stabilizzarsi, le pubbliche autorità e lo stesso g.a. hanno ricominciato a considerare l'esercizio anche degli altri diritti, *in primis* quello all'istruzione (21).

D'altronde, come ha osservato autorevole dottrina, è connaturale ad un ordinamento democratico e pluralista come il nostro, il continuo aggiustamento e la costante modulazione dei principi e diritti costituzionali, senza pretese di assolutezza per nessuno, nella consapevolezza che l'unico valore "stabile" da proteggere è quello della dignità umana, che compendia in sé tutti gli altri (22).

È altrettanto logico, tuttavia, ritenere che la conservazione e la tutela di quel bene fondamentale che è la salute, costituisca il presupposto e la *condicio sine qua non* per il godimento di tutti gli altri diritti riconosciuti alla persona.

Dunque, non è certamente facile trovare un equilibrio tra principio di precauzione e principio di proporzionalità, dovendosi condividere la considerazione per cui "*... lo stato di emergenza condiziona il bilanciamento dei diritti ed interessi operato dal legislatore e dall'amministrazione, rendendo ragionevole, per la salvaguardia di quello più direttamente minacciato, la compressione di diritti e interessi in conflitto, a volte attingendo anche il loro nucleo essenziale" (23).*

(18) Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, punto 9.

(19) Fa applicazione del principio di precauzione anche l'ultima pronuncia sul caso Ilva, ovvero Cons. St., Sez. IV, 23 giugno 2021, n. 4802, in particolare punto XIII.11.1.

(20) Così, Tar Lazio, Sez. III *quater*, n. 35/2021, cit.

(21) Proprio sull'esercizio del diritto di istruzione vi è stato un "caso Puglia", sul quale v. M. TROISI, *Il diritto all'istruzione nelle ordinanze "creative" del Presidente della Regione Puglia in tempi di pandemia da Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 1/2021.

(22) Così, F. SCALIA, cit., p. 196, che, a sua volta, richiama G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 11-17.

(23) Così F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, cit., pag. 202.

#### 4. *Il sindacato dell'autorità giurisdizionale sui provvedimenti emergenziali.*

Come abbiamo visto, l'esame della fattispecie concreta, che l'applicazione del principio di proporzionalità richiede, può facilmente esondare in una valutazione nel merito delle misure individuate in via precauzionale dal decisore pubblico, finendo col divenire politica (24). Ciò in quanto la scelta del c.d. "rischio zero" può risultare non ottimale, tenuto conto che "... *non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano una risposta proporzionale al rischio potenziale*" (25).

Di conseguenza, dinanzi al manifestarsi di un rischio ed alle misure precauzionali adottate per farvi fronte, ci si è chiesti fino a che punto possa spingersi il sindacato del giudice amministrativo e, in particolare, se sussista la possibilità per quest'ultimo di sostituire la propria valutazione sulla proporzionalità in senso stretto a quella fatta dall'amministrazione.

Infatti, un tale tipo di verifica comporterebbe - come pure è stato rilevato (26) - l'attribuzione di un determinato peso specifico all'interesse pubblico perseguito in concreto dall'amministrazione, al fine di poterlo bilanciare col sacrificio che - sempre in concreto - viene imposto al privato per il suo perseguimento.

In fase di emergenza sanitaria, l'orientamento giurisprudenziale manifestato sul punto si è dimostrato piuttosto costante (27), laddove fin dalle prime decisioni adottate, è stato affermato che "*Non è compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e, dunque, stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi... In questa prospettiva, l'operato dell'Autorità giurisdizionale... è meramente tecnico, e finalizzato a verificare la conformità del provvedimento oggetto di attenzione al modello legale*" (28).

Il giudice amministrativo, in sostanza, applica alle fattispecie in rilievo un sindacato analogo a quello esercitato nei confronti dei provvedimenti amministrativi connotati da discrezionalità tecnica (29).

---

(24) Ancora F. SCALIA, cit., pp. 192-193 "*Il giudizio di proporzionalità si sostanzia in una valutazione che, se riguarda misure legislative, ha carattere politico: politica è la scelta delle finalità di interesse pubblico da perseguire; politica è la decisione circa le utilità che vanno privilegiate e i beni che vanno sacrificati nell'operazione di bilanciamento... Il carattere "politico" della scelta si riverbera anche sul relativo sindacato giurisdizionale, limitato alla manifesta inappropriatezza della misura adottata, sulla base di una valutazione ex ante*".

(25) V. Cons. St., Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

(26) Così D.U. GALETTA, cit., paragrafo 2.

(27) Tra le pronunce più articolate a livello motivazionale, malgrado si tratti di un decreto cautelare, v. Tar Piemonte, n. 580/2020, cit.

(28) Così Tar Calabria, Catanzaro, n. 841/2020, cit.

(29) Secondo la definizione data da R. CHIETTA, R. GIOVAGNOLI in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, p. 492, per discrezionalità tecnica si intende quel tipo di valutazione "*che viene*

Invero, il Consiglio di Stato, valutando di recente alcuni DPCM adottati in fase di emergenza, ha confermato la loro qualificazione come atti di alta amministrazione, caratterizzati da ampia discrezionalità, tramite i quali il Governo ha attuato “*le fondamentali scelte politiche e amministrative*” di gestione della crisi pandemica. Da tali peculiarità, ha tratto la conclusione che gli stessi sono sindacabili dal g.a. in sede di legittimità solo per “*carenze e/o errori gravi e manifesti e per evidenti illogicità, irrazionalità, sproporzione o irragionevolezza, restando precluso ogni sindacato che possa riguardare il merito e la condivisibilità delle decisioni adottate, né la loro opportunità e convenienza*” (30).

I giudici di Palazzo Spada, inoltre, precisato che i decreti del Presidente del Consiglio, quali atti a contenuto generale, sfuggono all’applicazione delle regole sulla motivazione degli atti, ai sensi dell’art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, hanno comunque rilevato che essi sono adeguatamente assistiti da una sufficiente istruttoria tecnico-scientifica, in virtù del principio di precauzione ed in funzione della migliore tutela della salute pubblica.

Se, dunque, le modalità decisionali adottate dal Governo in tempo di emergenza sono state sostanzialmente “promosse” dal giudice amministrativo (31), ciò, tuttavia, non ha impedito alcune critiche.

Proprio la natura ibrida riconosciuta dal Consiglio di Stato ai decreti del Presidente del Consiglio, a metà tra regolamento ed ordinanze contingibili ed urgenti, ha indotto taluni in dottrina a sostenere che la loro emanazione avrebbe richiesto uno sforzo motivazionale maggiore, soprattutto sotto il profilo dell’osservanza dei canoni di proporzionalità ed adeguatezza.

Si è infatti osservato che tali atti, rientranti comunque nella categoria dei provvedimenti amministrativi, pur contenendo prescrizioni ampiamente condivisibili “... *non rendono manifeste le ragioni che hanno orientato le singole scelte di gestione dell’emergenza sanitaria*” (32).

---

*posta in essere dall’amministrazione quando l’esame di fatti o situazioni deve essere effettuato mediante il ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico*”; in proposito, si pensi al dibattito sviluppatosi relativamente al sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti: cfr., *ex multis*, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2019, ad opera dell’Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(30) Così, Cons. St. n. 850/2021, cit.

(31) Sempre Cons. St. n. 850/2021 afferma che “*Il sistema dei decreti-legge adottati dal governo... lungi dal sovvertire il nostro sistema ordinamentale... ha dato ordine all’esercizio del potere emergenziale, altrimenti “libero” ed extra ordinem con i soli limiti della Costituzione, imbrigliandolo in una fitta rete di condizioni e limiti predefiniti dalla legge, assicurando in tal modo anche un adeguato (e necessario) controllo parlamentare*” (punto 6.11).

(32) In questi termini, V. NERI, *Diritto amministrativo dell’emergenza: tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale e locale*, cit., p. 352.

### 5. Considerazioni conclusive.

I dubbi sollevati al termine del paragrafo che precede ci consentono di compiere alcune riflessioni, anche di carattere più generale.

Affinchè una decisione pubblica possa definirsi davvero democratica, essa deve riuscire a compendiare in sé i molteplici contributi provenienti dal “basso”, quindi dai singoli individui e dagli enti esponenziali di interesse collettivi.

Ciò vale tanto di più quando si tratta di emanare un provvedimento legislativo, applicando quello che può definirsi un principio insito nella nostra Costituzione.

Infatti, tutti gli istituti partecipativi costituzionalmente previsti, quali petizioni (art. 50 Cost.), iniziativa legislativa popolare (art. 71, comma 2, Cost.), referendum abrogativo (art. 75 Cost.) e referendum consultivo (art. 132 Cost.), ecc..., sono stati configurati proprio al fine di garantire un contributo democratico effettivo, con il pluralismo di valori e prospettive che ne consegue. Le stesse audizioni nelle Commissioni parlamentari ed in quelle consiliari (per le leggi regionali), che solitamente caratterizzano il procedimento legislativo, contribuiscono ad assicurare trasparenza e partecipazione, anche tramite la formazione di gruppi di interesse.

Dunque, in generale, qualunque apporto che possa contribuire ad arricchire e migliorare i contenuti dell’azione amministrativa deve essere accolto con favore, compresi pareri, studi e dati tecnico-scientifici acquisiti nel corso dell’istruttoria procedimentale.

In questo senso, l’esperienza della pandemia ci offre notevoli spunti di riflessione.

*In primis*, ci si è resi conto che nessun dato, per quanto scientifico possa essere, può definirsi “oggettivo” e neutrale in modo assoluto, in quanto la sua semplice lettura implica già di per sé una sua interpretazione più o meno soggettiva; allo stesso modo, il dato tecnico viene ulteriormente manipolato per essere espresso nel provvedimento amministrativo e, quindi, comunicato all’esterno.

Dal canto suo, il giudice amministrativo, ha sì verificato che le determinazioni assunte in ordine alle misure di contenimento non presentassero aspetti di manifesta irragionevolezza o illogicità, con riguardo al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, ma - fino alle decisioni più recenti - ha ribadito la propria impossibilità di sostituirsi agli organismi tecnico-scientifici, anche internazionali, nella valutazione dei rischi connessi alla pandemia, basata su parametri altrettanto scientificamente individuati.

Ciò probabilmente è avvenuto proprio nel timore di cadere in valutazioni di natura politica, considerato, peraltro, che l’individuazione degli indicatori in base ai quali determinare le zone a più elevata emergenza, è stata una di quelle questioni che più ha acceso le polemiche tra Stato e Regioni. Infatti, lo

stesso giudice amministrativo ha riconosciuto che, alla base delle misure restrittive e preventive adottate, vi è una scelta connotata da discrezionalità non solo tecnico-scientifica, ma anche politico-amministrativa, andando le stesse ad incidere in modo assai invasivo sul normale esercizio di diritti fondamentali della persona.

Si è poi registrato senz'altro sia un problema di raccolta e comunicazione dei dati dal livello locale a quello regionale e poi centrale, sia un problema di trasparenza, conoscibilità e condivisibilità dei medesimi dati raccolti da parte dell'opinione pubblica, circostanze che il carattere emergenziale della situazione ha, ovviamente, fatto passare in secondo piano.

Come orientarsi, quindi, per il futuro?

Nel protrarsi dell'emergenza sanitaria, appare opportuno alimentare la rete di raccolta e comunicazione dei dati, che dal livello periferico va al livello centrale, rivelatasi *ex post* il punto debole nelle fasi iniziali di gestione della pandemia. Il policentrismo delle fonti da cui le informazioni provengono, infatti, se da un lato può generare confusione, dall'altro può anche favorire, soprattutto in fase preventiva e tramite un adeguato coordinamento, il naturale confronto tra le stesse informazioni acquisite, utile ad individuare la soluzione più efficace e - insieme - meno invasiva possibile.