



Il potere di ordinanza nella pandemia

di **BERNARDO GIORGIO MATTARELLA E GIULIO RIVELLINI***

SOMMARIO: **1.** INTRODUZIONE. - **2.** IL QUADRO NORMATIVO. - **3.** I CARATTERI DEL POTERE DI ORDINANZA. - **4.** IL RIPARTO “VERTICALE” DELLE FUNZIONI. - **5.** IL RIPARTO “ORIZZONTALE” DELLE FUNZIONI. - **6.** L’EVOLUZIONE IN FRANCIA, SPAGNA E GERMANIA. - **7.** IL GIOCO DI INTERESSI. - **8.** IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE. - **9.** CONCLUSIONI

1. Introduzione. Oggetto di questo scritto sono le ordinanze di emergenza delle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento all’evoluzione che il relativo potere ha subito nella legislazione relativa alla pandemia di covid-19.

La pandemia, imponendo di affrontare situazioni nuove e imprevedute, ha costituito un potente fattore di sviluppo di soluzioni innovative e di verifica della tenuta del diritto vigente. Questi sviluppi sono di grande interesse sia sotto il profilo costituzionalistico, inerente alle fonti del diritto e alla tutela costituzionale dei diritti, sia sotto il profilo amministrativistico, inerente all’evoluzione delle connesse funzioni amministrative e al controllo sul loro svolgimento. Questo scritto è dedicato al secondo profilo.

Per quanto riguarda le funzioni amministrative, la pandemia ha inevitabilmente richiesto l’adozione di soluzioni innovative. Si è assistito alla nascita di nuove attribuzioni e nuovi poteri amministrativi, come quelli relative al controllo sugli spostamenti e sulle attività dei cittadini e all’individuazione degli esercizi commerciali cui era imposta la chiusura o che da essa potevano essere esonerati. In questo scritto ci si sofferma, in particolare, sull’evoluzione del potere di adottare provvedimenti di urgenza per far fronte a situazioni eccezionali.

Dopo qualche breve considerazione sull'evoluzione del quadro normativo in materia di gestione delle emergenze, ci si soffermerà su alcuni aspetti del potere di ordinanza, che ne illustrano l'evoluzione indotta dalla pandemia: i caratteri del potere, con riferimento ai presupposti per il suo esercizio e alle misure introdotte; il riparto del potere di ordinanza, sia tra Stato ed enti territoriali, sia tra le diverse amministrazioni statali; le dinamiche degli interessi pubblici e privati coinvolti dalle ordinanze e della tutela dei relativi diritti. Tali aspetti verranno peraltro comparati con quanto accaduto in Francia, Spagna e Germania, per osservare le soluzioni individuate in questi ordinamenti. Saranno proposte infine alcune sintetiche conclusioni sulla tutela giurisdizionale contro le ordinanze.

2. Il quadro normativo. La pandemia ha posto i pubblici poteri dinanzi a condizioni eccezionali, come forse mai era accaduto nel recente passato. Un'emergenza senza precedenti per dimensioni, estesa su scala globale e dall'andamento imprevedibile, costituisce ovviamente un evento estremamente difficile da gestire. Ne deriva, tra l'altro, che ogni valutazione o critica dev'essere caratterizzata dalla comprensione delle difficoltà poste da queste condizioni e da una certa indulgenza nei confronti del legislatore e del governo, che si sono trovati a fronteggiare una situazione inedita, essendo imprevedibili gli effetti delle proprie decisioni e ignoti quelli delle decisioni prese nei giorni precedenti, con l'esigenza di continue correzioni di rotta.

È dunque ben comprensibile che il governo abbia ritenuto di dover adottare vari decreti-legge, con i quali si è cercato, da un lato, di tutelare la salute e, dall'altro lato, di limitare gli effetti economici delle chiusure e di promuovere la ripresa. Previsioni legislative erano necessarie, in particolare, per fornire la necessaria copertura legislativa ai nuovi poteri, spesso di natura restrittiva, attribuiti alle pubbliche amministrazioni. Il quadro normativo e gli apparati amministrativi per la gestione delle emergenze, di cui si era munita l'Italia prima dello scoppio della pandemia, si sono rivelati inadeguati in

questo frangente. Non sono mancati i poteri per far fronte alla pandemia, ma sono apparsi talvolta insufficienti i meccanismi di coordinamento fra i vari livelli di governo.

In altri termini, la nostra Protezione civile è un'eccellenza mondiale, ma è costruita per gestire emergenze relativamente brevi e localizzate, non per gestire emergenze prolungate di dimensione nazionale. In effetti, il problema dello stress dei nostri apparati normativi e amministrativi e della loro idoneità a gestire le emergenze si pone periodicamente, come dimostrato dalla vicenda dei terremoti. In Italia, purtroppo, con una certa frequenza si verifica un grave terremoto, che rende necessario il ricorso a un decreto-legge: segno che la nostra disciplina ordinaria dell'emergenza non sempre consente di gestire emergenze gravi. A maggior ragione, dunque, non è sorprendente che un'emergenza come la pandemia abbia richiesto una serie di misure straordinarie e di interventi legislativi.

Dal punto di vista normativo, dunque, la più vistosa caratteristica che il potere di ordinanza ha assunto nel periodo della pandemia è data dalla presenza di previsioni legislative ad hoc. Spesso il legislatore è intervenuto in deroga al quadro normativo vigente, senza modificare le disposizioni già previste dall'ordinamento, per lo più adottando decreti-legge, che inevitabilmente hanno fatto uso di concetti imprecisi e lasciato ampi margini di discrezionalità. Dopo una prima fase, in cui è stato attribuito alle amministrazioni pubbliche il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»¹, in una seconda fase le restrizioni sono state progressivamente tipizzate, andando a circoscrivere con maggiore precisione i poteri del governo e degli enti territoriali ².

¹ Art. 1, co. 1, decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6.

² Il fenomeno è descritto anche da M. GNES, *La risposta italiana all'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2021, p. 277 e ss.

3. I caratteri del potere di ordinanza. Le ordinanze di necessità ed urgenza appartengono ad una categoria eterogenea di provvedimenti disciplinati da varie disposizioni dell'ordinamento. Si possono richiamare i «provvedimenti indispensabili» adottati dal prefetto per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica³; le ordinanze del Ministro della salute⁴ e quelle dei presidenti regionali nelle medesime materie⁵; quelle del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di protezione civile⁶; quelle dei sindaci⁷. La pandemia ha visto aggiungersi alla lista anche i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di volta in volta disciplinati da vari decreti legge. Nonostante alcune differenze, che riguardano per esempio il riparto delle competenze e gli interessi coinvolti, tali provvedimenti sono comunque riconducibili ad una categoria unitaria, identificata da due elementi: i presupposti e le misure particolari che si possono adottare.

Storicamente, il potere di ordinanza ha sempre sollevato due questioni, nella letteratura scientifica e in giurisprudenza. Da un lato, è stata a lungo dibattuta – e in parte lo è tutt'ora – la natura giuridica delle ordinanze emergenziali. Vi è stato chi le ha ricondotte alla categoria degli atti amministrativi generali e chi invece le ha annoverate fra gli atti normativi⁸. Per altro verso, è stata più volte sottolineata la difficoltà di conciliare il contenuto «libero» delle ordinanze con il principio di legalità inteso in senso sostanziale⁹.

³ Art. 2, regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

⁴ Art. 32, co. 1, legge n. 833 del 1978.

⁵ Art. 32, co. 3, legge n. 833 del 1978.

⁶ Art. 25, decreto legislativo n. 1 del 2018.

⁷ Art. 50, co. 5, decreto legislativo n. 267 del 2000.

⁸ Si v., per es., V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffré, 1959, *ad vocem*; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nov. dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1961, *ad vocem*; U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, *ad vocem*; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffré, 1970, p. 577 e ss., F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffré, 1980, *ad vocem*; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, Treccani, 1990, *ad vocem*; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 1-2, 2016, p. 33 e ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, Bologna, Bononia University Press, 2019. In generale, la giurisprudenza è ormai prevalentemente orientata a negare la natura normativa dei poteri di ordinanza, tanto a livello primario quanto a livello secondario.

⁹ Si v., per es., M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur.compl.cass.civ.*, XXVII, 1948, p. 388 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffré, 1990, soprattutto per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2005, p. 641 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2007, p. 345 e ss.; M. RAMAJOLI, *Potere*

Sotto questi profili la pandemia non ha determinato sviluppi rilevanti, essendo rimasti immutati i principi fondamentali in materia. I presupposti generali dei poteri di ordinanza esercitati da diverse autorità nel periodo della pandemia, infatti, sono rimasti quelli consolidati, derivanti dalla Costituzione, a volte esplicitati nelle norme e comunque affermati dalla giurisprudenza¹⁰. I poteri di ordinanza devono essere attribuiti da un atto avente forza di legge, che deve determinarne altresì le condizioni per l'esercizio, quantomeno nei loro elementi essenziali, pena la violazione del contenuto minimo del principio di legalità. Le ordinanze sono ammesse per fronteggiare un pericolo imminente e irreparabile per la pubblica incolumità¹¹. La loro emanazione costituisce un'*extrema ratio*, limitata cioè ai casi in cui l'ordinamento non contempri altri strumenti idonei. Questi principi non sono stati messi in discussione né dalla legislazione dell'emergenza, né dalla giurisprudenza del periodo della pandemia.

Non sono stati revocati in dubbio nemmeno i principi fondamentali relativi al contenuto delle ordinanze¹²: la provvisorietà delle misure adottate, l'esigenza di rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, in particolare il principio di proporzionalità delle misure adottate rispetto al problema da affrontare, nonché l'impossibilità di incidere su materie coperte da riserva assoluta di legge. Peraltro, il contenuto delle ordinanze per fronteggiare la pandemia è variato nel corso del tempo. Inizialmente, nel d.l. n. 6 del 2020, i provvedimenti erano a contenuto c.d. «libero». Successivamente, a partire cioè dal d.l. n. 19 del 2020, le misure sono state tipizzate e sono state tassativamente elencate a livello legislativo, con il risultato di dare piena copertura ai d.P.C.M. adottati successivamente.

Molte delle misure introdotte con le ordinanze, tuttavia, sono diverse da quelle conosciute o frequenti in precedenza: essendo diverse la dimensione e la natura del problema, non potevano che essere diverse le soluzioni. Alcune di esse sono

di ordinanza e Stato di diritto, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 735 e ss.

¹⁰ Si v. per es., di recente, Cons. St., sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474.

¹¹ Non essendo di converso ammissibile il ricorso a tali poteri nei casi di urgenza autoindotta, ossia quando la situazione di pericolo era nota da tempo. Così Cons. St., sez. V., 29 maggio 2019, n. 3580.

¹² Già elencati da Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, e in seguito ribaditi e precisati dalla giurisprudenza costituzionale successiva.

state particolarmente invasive e hanno inciso su diritti di rango costituzionale. Basti pensare alle forti limitazioni agli spostamenti nel territorio nazionale, a obblighi di fare come quello di indossare le mascherine, alle chiusure totali o parziali di intere categorie di attività commerciali, nonché delle scuole. Tutte misure che, tanto più se diversificate tra regioni (come avvenuto con la suddivisione delle stesse in «categorie di rischio»), risultano giustificate se proporzionate allo scopo da raggiungere. Ulteriori nuove misure si sono rivelate necessarie per gestire le complesse attività legate alla campagna di vaccinazione.

La divisione del territorio nazionale in zone caratterizzate da divieti e obblighi differenziati è di per sé una misura originale, che ha comportato l'applicazione di un algoritmo per la classificazione delle varie zone: forse è il primo caso in cui misure di emergenza vengono applicate sulla base di un simile meccanismo. Si tratta, peraltro, di un meccanismo piuttosto trasparente, in quanto basato su ventuno criteri definiti da un decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020, nonché di un apprezzabile modo per limitare la discrezionalità e collegare le misure a dati scientificamente significativi.

Un ulteriore, interessante aspetto peculiare, in ordine ai caratteri del potere di ordinanza nella pandemia, è che le misure adottate erano non semplicemente provvisorie, ma anche molto instabili, oggetto di continuo adattamento, in relazione all'andamento della pandemia. Si potrebbe dire che i pubblici poteri, di fronte a un evento non episodico e circoscritto (come per esempio un terremoto), ma di lunga durata e dall'andamento imprevedibile, come una pandemia, sono come un medico che deve curare non un'infezione, ma una malattia che ha un decorso lungo e, quindi, richiede un continuo aggiustamento della terapia e del dosaggio dei farmaci.

4. Il riparto “verticale” delle funzioni. Un secondo aspetto rilevante è quello del riparto delle funzioni, cioè dell'allocazione del potere emergenziale tra le diverse amministrazioni. Ci si può chiedere se la pandemia abbia determinato modifiche nel riparto. Il problema va affrontato sia in termini verticali, cioè con

riferimento ai rapporti tra i diversi enti territoriali, sia in termini orizzontali, cioè con riferimento ai rapporti tra le diverse amministrazioni statali, preposte alla tutela di interessi diversi.

Il primo aspetto coinvolge evidentemente i principi relativi al riparto delle funzioni amministrative, di cui all'articolo 118 della Costituzione: principi – non è inutile ricordarlo – diversi da quelli relativi al riparto della potestà legislativa, di cui all'articolo 117 Cost. Si tratta di una precisazione importante per valutare i limiti entro i quali è corretto il richiamo, che si è fatto frequentemente negli ultimi mesi, alla competenza dello Stato in materia di «profilassi internazionale», che è una delle materie che l'articolo 117 Cost. attribuisce alla potestà legislativa esclusiva statale. Questa circostanza può giustificare le misure legislative statali¹³, ma ha poco a che fare con il riparto delle funzioni amministrative e, quindi, dei poteri di attuazione, inclusi i poteri di ordinanza.

I problemi inerenti al riparto delle funzioni amministrative, invece, vanno ovviamente risolti applicando i principi dell'articolo 118 Cost. Una ragionevole applicazione di questi principi, e in particolare di quello di sussidiarietà, conduce comunque al riconoscimento di ampi poteri alle amministrazioni statali se si considerano – tra l'altro – la dimensione della pandemia, i rischi di contagio tra le diverse aree geografiche, la necessità di fornire assistenza agli enti territoriali in difficoltà, il necessario coinvolgimento delle forze dell'ordine nell'implementazione dei divieti e le complesse attività volte alla fornitura e alla distribuzione dei vaccini, che hanno richiesto anche il coinvolgimento delle forze armate.

L'allocazione dei poteri di ordinanza tra le autorità dei diversi livelli di governo è operata da previsioni legislative sia di portata alquanto generale, come quelle contenute nel testo unico degli enti locali, sia relative a specifici settori: per quanto qui specificamente rileva, quelli della sanità e della protezione civile. La legislazione precedente alla pandemia attribuisce i poteri di ordinanza in ragione dell'estensione della crisi da affrontare e della natura degli interessi coinvolti: a

¹³ Come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 37 del 2021.

livello nazionale, vi sono le ordinanze del Ministro della salute¹⁴ e quelle del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di protezione civile¹⁵; a livello regionale, quelle dei presidenti delle giunte regionali nelle stesse materie di competenza del Ministro della salute¹⁶; a livello locale, le ordinanze contingibili e urgenti dei sindaci per ragioni di salute pubblica¹⁷.

Rispetto a queste previsioni, la pandemia ha prodotto un certo effetto di accentramento, rafforzando i poteri delle amministrazioni statali. Si tratta di un accentramento in parte richiesto o tacitamente accettato dalle stesse amministrazioni regionali e locali, soprattutto quando si è trattato di assumere decisioni restrittive in ordine alla libertà di movimento e allo svolgimento di attività economiche: sindaci e presidenti di regione, pur reclamando occasionalmente maggiore autonomia, hanno lasciato volentieri alle autorità centrali la responsabilità di queste decisioni. Non sono mancati, peraltro, contrasti tra centro e periferia, che hanno dato luogo anche a contenzioso dinanzi al giudice amministrativo¹⁸, il quale si è trovato in qualche caso a svolgere un inedito ruolo di arbitro dei conflitti tra Stato e autonomie territoriali¹⁹.

L'effetto di accentramento deriva dalle previsioni dei vari decreti-legge che si sono succeduti nel periodo della pandemia, a partire dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e soprattutto dal decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. In base alle loro previsioni, le regioni potevano emanare ordinanze emergenziali solo in presenza di fatti sopravvenuti e, comunque, nelle more dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Inoltre, le ordinanze regionali non potevano incidere sulle attività produttive di interesse strategico e nazionale. Ai

¹⁴ Art. 32, co. 1, legge n. 833 del 1978.

¹⁵ Art. 25, decreto legislativo n. 1 del 2018.

¹⁶ Art. 32, co. 3, legge n. 833 del 1978.

¹⁷ Art. 50, co. 5, decreto legislativo n. 267 del 2000.

¹⁸ Per una rassegna delle principali decisioni in materia, G. BUTTARELLI, M. MAZZARELLA, A. PALLADINO, M. C. POLLICINO, C. RAMOTTI e A. RENZI, *Covid-19: i rapporti tra Stato e regioni, i contratti pubblici e le restrizioni all'esercizio di attività economiche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2021, p. 386 e ss.

¹⁹ L'evoluzione dei rapporti fra Stato e regioni è descritta da G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e «abuso» delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali*, in *Federalismi.it*, 17, 2021.

comuni era vietato di adottare una disciplina in contrasto con quella statale o più restrittiva di essa.

Con il decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 c'è stato un apparente allentamento del controllo centrale, con l'instaurazione di un modello nel quale le regioni riacquistavano parzialmente l'esercizio del potere di ordinanza, mentre allo Stato competeva un coordinamento generale in base a parametri epidemiologici prestabiliti. Per ciascuna regione, le misure di contenimento del contagio dipendevano dall'andamento dell'epidemia. Il monitoraggio sul punto era affidato alle regioni stesse, le quali dovevano effettuare le loro rilevazioni in base ai ventuno parametri descritti nel citato decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020. Nel caso di riduzione dei contagi, alle regioni era anche permesso «introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive» rispetto a quelle previste dallo Stato.

A seguito dell'improvviso acuirsi della pandemia, tuttavia, vi è stato un nuovo accentramento del potere di gestione dell'emergenza in capo allo Stato. Con il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, infatti, le regioni sono state private della possibilità di adottare misure ampliative. Inoltre, ogni misura regionale, anche se più restrittiva di quelle previste a livello statale, è stata ammessa solo nei limiti del vigente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e comunque d'intesa con il Ministro della salute²⁰.

Oltre al fenomeno appena descritto, va sottolineato un aspetto peculiare della disciplina: i decreti-legge che hanno attribuito o rimodulato tali poteri hanno di fatto tipizzato il contenuto delle ordinanze. Ciò si è verificato a livello tanto statale quanto locale. Il decreto-legge n. 19 del 2020 ha infatti stilato l'elenco delle restrizioni che potevano essere imposte dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri²¹. Analogamente, a livello regionale e locale, le ordinanze potevano intervenire imponendo soltanto quelle restrizioni presenti nell'elenco²². Questo

²⁰ Si v., per es., T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 5 marzo 2021, n. 334.

²¹ Art. 1, co. 2, d.l. n. 19 del 2020.

²² Art. 3, d.l. n. 19 del 2020.

meccanismo ha mitigato il carattere «libero» altrimenti riconosciuto di regola alle ordinanze *extra ordinem*²³.

Si può notare, qui, un altro elemento di originalità di questa disciplina: le norme statali, nel definire i poteri delle regioni e dei comuni, hanno adottato un approccio più rigoroso per le misure ampliative che per quelle restrittive. In altri termini, a differenza di quanto avviene normalmente in attuazione del principio di legalità, per le autonomie territoriali è stato più facile limitare le libertà dei cittadini che ampliarle²⁴. Le misure ampliative, infatti, implicano un allentamento del livello di tutela del diritto alla salute: per garantire maggiormente questo diritto, le norme statali hanno previsto cautele e controlli maggiori per simili misure rispetto a quelle che, ampliando le libertà dei cittadini, avrebbero aggravato la minaccia per la loro salute.

5. Il riparto “orizzontale” delle funzioni. L’accentramento, però, non è si è avuto solo sul piano verticale, ma anche su quello orizzontale, vale a dire nei rapporti tra le amministrazioni dello Stato. I poteri si sono spostati dalla “periferia” del Governo verso il “centro” di esso, cioè dai singoli ministri verso il Presidente del Consiglio e, in misura minore, il Ministro della salute.

Il tipo di atto, in cui si è manifestato in modo evidente questo accentramento, è il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, al quale si è fatto un massiccio ricorso e al quale i cittadini si sono abituati a fare riferimento. Esso ha sollevato problemi di natura costituzionale, che sono estranei al tema di questo scritto²⁵.

²³ È utile richiamare qui la dicotomia fra «atti necessitati» e «ordinanze necessitate», in base alla quale «i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni», così Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 4. In dottrina, M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 388 e ss.

²⁴ Ciò ha dato adito ad un cospicuo contenzioso amministrativo, come descritto da F. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 26, 2020.

²⁵ Ma su cui si possono richiamare le riflessioni di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 109 e ss.

La natura di questi decreti, a volte ricondotti a ordinanze di protezione civile, è stata dibattuta a lungo: in particolare, si è discusso della loro natura normativa. Il problema si è posto in un primo momento dinanzi al giudice amministrativo a fronte di una richiesta di accesso ai relativi documenti preparatori: il Tribunale amministrativo regionale del Lazio²⁶ ha escluso tale natura e, quindi, che fosse applicabile l'eccezione all'accesso, relativa all'attività diretta all'emanazione di atti normativi o amministrativi generali²⁷. Si trattava di una soluzione piuttosto discutibile: si può discutere della natura normativa di questi decreti, i quali sembrano in effetti porre norme giuridiche, ma è difficile dubitare della loro natura generale, trattandosi di atti rivolti a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico²⁸. In ogni caso, l'episodio ha mostrato l'inattualità della citata esclusione del diritto d'accesso, che andrebbe eliminata.²⁹

In una successiva pronuncia, il Consiglio di Stato ha ribadito le proprie difficoltà nel trovare la giusta collocazione per tali decreti. In una vicenda sorta da una sanzione amministrativa irrogata in applicazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, il Consiglio di Stato ha affermato che tali decreti sono atti aventi una 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

²⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 22 luglio 2020, n. 8615.

²⁷ Art. 24, co. 1, lett. c), legge n. 241 del 1990.

²⁸ Al riguardo, G. DELLEDONNE e C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 2020, p. 761 e, più ampiamente, L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 73 ss. Il Consiglio di Stato, interpellato sulla medesima vicenda, ha poi precisato che «gli atti [...] adottati durante il periodo della emergenza COVID-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordinamentale italiano, tanto da ritenersi impossibile [...] applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali "atti amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti", pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali», Cons. St., sez. III, 31 luglio 2021, n. 4574.

²⁹ Si tratta di una questione estranea al tema di questo scritto, ma si può rapidamente notare che l'esclusione dell'accesso ai documenti inerenti alla preparazione di atti normativi è coerente con la sottrazione degli atti normativi a importanti previsioni della legge sul procedimento (difetto più generale, che andrebbe a sua volta separato), ma sempre meno coerente con l'affermazione del principio della trasparenza amministrativa.

giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità»³⁰.

Da ultimo, la Corte costituzionale è infine intervenuta sulla questione, giungendo ad una soluzione diversa e, ovviamente, particolarmente autorevole. La natura «tipizzata» delle misure adottabili ha infatti indotto la Consulta ad inquadrare i d.P.C.M. nella categoria degli «atti necessitati», da tenere ben distinta da quella delle «ordinanze *extra ordinem*»³¹.

Lo stesso effetto di accentramento – riscontrabile a livello statale - si è verificato anche a livello locale, dove, come avviene spesso nelle situazioni di emergenza, si è avuta una certa concentrazione di funzioni straordinarie in capo ai prefetti. Soprattutto nei primi giorni della pandemia, quando il riparto delle funzioni fra Stato ed enti locali non era ancora ben definito, i prefetti hanno giocato un ruolo fondamentale. Su tutti, è emblematico l'annullamento d'ufficio con cui il prefetto di Napoli ha caducato un'ordinanza del sindaco del Comune di Ischia, emanata ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 267 del 2000, che aveva interdetto l'accesso all'isola³².

Oltre a ciò, per sfruttare la loro funzione di coordinamento³³, ai prefetti sono stati attribuiti, per esempio, il compito di individuare gli esercizi commerciali che potevano rimanere aperti e quello di coordinare le amministrazioni statali e quelle locali per adeguare gli orari delle scuole e il potenziamento del trasporto pubblico locale, in relazione alla riapertura delle scuole.

La valorizzazione del ruolo dei prefetti non è certo nuova né sorprendente: il prefetto è normalmente, al livello locale, l'organo residuale, al quale ci si rivolge per lo svolgimento di funzioni non attribuite ad altri organi e per la gestione delle

³⁰ Cons. St., Sez. I, 13 aprile 2021, n. 850.

³¹ Corte cost., sentenza 22 ottobre 2021, n. 198. La soluzione della Corte non è comunque andata esente da critiche, sulle quali, per es., M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, in *federalismi.it.*, 25, 2021, p. 81 e ss.

³² In generale, sul potere di annullamento prefettizio, M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del sindaco quale ufficiale del governo*, in *Gior.dir.amm.*, 1, 2009, p. 44 e ss.

³³ Il 2 marzo 2020 il Ministero dell'interno ha diramato una circolare indirizzata ai prefetti, disponendo «l'attivazione dei centri di coordinamento soccorsi, dei centri operativi misti e dei centri operativi comunali, rispettivamente nel caso di estensione provinciale, intercomunale o comunale dell'emergenza».

emergenze³⁴. In ordine all'allocazione orizzontale dei poteri, vanno piuttosto segnalati altri due fenomeni alquanto evidenti.

Il primo è l'accentuazione dell'importanza di organi tecnici, che a volte hanno assunto di fatto un ruolo decisionale piuttosto che consultivo: ne sono stata una manifestazione evidente, per esempio, certe dichiarazioni e interviste di componenti del Comitato Tecnico Scientifico del Dipartimento della Protezione civile, che si esprimevano come se dovessero illustrare decisioni prese piuttosto che pareri resi e – distorcendo evidentemente il proprio ruolo – si esprimevano sul bilanciamento di interessi, piuttosto che su questioni tecniche. Anche questo fenomeno si è replicato al livello periferico, con l'esaltazione, per esempio, del ruolo dei direttori sanitari dei principali ospedali nella definizione delle decisioni regionali.

Il secondo è il ruolo preminente assunto, nell'ambito del governo, dal Ministro della salute. È vero, infatti, che alcune decisioni, che sarebbero state di sua competenza in base alle regole ordinarie prima descritte, sono state attribuite dalle norme di questo periodo al Presidente del Consiglio. A partire dal decreto-legge n. 19 del 2020, in particolare, il Ministro della salute ha potuto emanare ordinanze emergenziali solo «nelle more» dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio. Tuttavia, esso ha avuto indubbiamente un ruolo di primo piano nella definizione delle misure emergenziali: basti pensare che il Ministero della salute ha sempre conservato il potere di proposta sui d.P.C.M. Inoltre, le norme gli hanno attribuito poteri importanti, come quello di «classificazione» delle Regioni in base all'andamento dell'epidemia.

6. L'evoluzione in Francia, Spagna e Germania. L'evoluzione dei poteri di ordinanza durante la pandemia non si è avuta soltanto nel nostro ordinamento, ma costituisce piuttosto una tendenza riscontrabile anche in altri sistemi. Limitando lo sguardo all'Europa continentale, è utile analizzare l'evoluzione

³⁴ Sui poteri di ordinanza prefettizia, anche durante la pandemia, G. TROMBETTA, *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura "realista" dentro i principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 22, 2021, p. 72 e ss.

amministrativa dei poteri emergenziali in Francia, Spagna e Germania, dove sono stati fronteggiati problemi analoghi a quelli italiani.

Di regola, già prima della pandemia, anche tali ordinamenti contemplavano poteri amministrativi esercitabili al ricorrere di situazioni emergenziali imprevedibili. Tuttavia, non tutti avevano attribuito alle amministrazioni il potere di emanare provvedimenti «liberi» nel contenuto, così come previsto invece in Italia. In Francia già esistevano le *ordonnances* e, soprattutto a livello locale, gli *arrêtés* emanati dai sindaci, che assomigliavano alle ordinanze contingibili e urgenti italiane. In Spagna, tale funzione veniva assolta dai *reglamentos de necesidad*, previsti dalla legislazione ordinaria. In Germania, invece, mancava una categoria analoga a quella italiana delle ordinanze contingibili ed urgenti a contenuto c.d. «libero»³⁵. Nei vari paesi, le pubbliche amministrazioni hanno gestito la prima fase della pandemia esercitando i poteri loro attribuiti normalmente dai rispettivi ordinamenti. A partire dal mese di marzo del 2020, con l'acuirsi della pandemia, sono state invece adottate misure più drastiche, sulla falsariga di quanto accaduto in Italia.

Un primo elemento di comparazione riguarda l'evoluzione del quadro normativo. Si è detto che l'Italia ha emanato una legislazione *ad hoc*, non coordinata e spesso derogatoria rispetto a quella ordinaria di protezione civile, per ragioni in parte comprensibili.

Per similitudine si può citare il caso della Spagna, la quale ha sostanzialmente accantonato la legislazione ordinaria in materia di protezione civile³⁶ e di sicurezza nazionale³⁷, preferendo invece attivare i poteri straordinari previsti dall'art. 116 della *Constitución Española*, come precisati dalla *Ley Orgánica 4/1981*, del 1° giugno 1981. Con il *Real Decreto 463/2020* del 14 marzo è stato dichiarato l'*estado de alarma* e sono state individuate le autorità competenti a gestire la crisi, elencando le misure restrittive valide su tutto il territorio

³⁵ Per un approfondimento su tali spunti comparatistici, prima della pandemia, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, *op.cit.*, p. 142 e ss.

³⁶ *Ley 17/2015*, del 9 luglio, *del Sistema Nacional de Protección Civil*.

³⁷ *Ley 36/2015*, del 28 settembre, *de Seguridad Nacional*

nazionale³⁸. Al di là dei risvolti di natura costituzionale³⁹, va sottolineato che, così facendo, la Spagna ha riprodotto una situazione analoga a quella verificatasi in Italia, in cui la normativa originariamente concepita per gestire le situazioni di emergenza è stata per lo più accantonata.

Sul lato opposto si collocano invece le esperienze di Francia e Germania. La prima è infatti intervenuta con la *loi n° 2020-290* del 23 marzo 2020, modificando il previgente *Code de la santé publique* del 1953 e aggiungendo un nuovo capo dedicato proprio alle misure per far fronte alla pandemia⁴⁰. In questo caso è stato possibile apprezzare i vantaggi derivanti dalla codificazione à *droit constant*, la quale ha reso sicuramente più agevole il coordinamento legislativo. Analogamente, la Germania è intervenuta sul tessuto normativo previgente, modificando la legge sulla prevenzione dalle infezioni (*Infektionsschutzgesetz - IfSG*)⁴¹ e conferendo alle autorità competenti gli ulteriori poteri necessari per fronteggiare la pandemia.

Un secondo elemento di comparazione riguarda il riparto verticale delle funzioni amministrative per la gestione della pandemia. Anche se il quadro costituzionale varia fra i diversi Stati presi in considerazione, sono comunque rinvenibili alcune linee di tendenza comuni. Da questo punto di vista ci sono stati ordinamenti che, proprio come l'Italia, hanno accentrato a livello statale l'esercizio dei poteri di ordinanza. Tale fenomeno si è verificato prevalentemente in Francia e in Spagna, seppur con modalità e tempistiche differenti.

In Francia, nei primi giorni della pandemia, i sindaci hanno esercitato i poteri emergenziali attribuiti dal *Code général des collectivités territoriales* e il Ministro della sanità ha emanato alcuni *arrêtés* in base all'art. L3131-1 del *Code de la santé publique*. Con l'entrata in vigore della legge sull'urgenza sanitaria del 23

³⁸ Previste agli artt. 7 e ss. del *Real Decreto 463/2020*.

³⁹ L'art. 116 della *Constitución Española* prevede infatti tre regimi straordinari per far fronte alle emergenze: l'*estado de alarma*, l'*estado de excepción* e l'*estado de sitio*. Il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza 14 luglio 2021, n. 148, ha dichiarato l'incostituzionalità delle misure restrittive previste dal *Real Decreto 463/2020*, poiché adottate in forza dell'*estado de alarma* invece che sulla base dell'*estado de excepción*.

⁴⁰ Contenute negli articoli L3131-12 e ss. In letteratura, O. GOHIN, *L'état d'urgence sanitaire*, in *Rev.fr.dr.adm*, 2020, 604.

⁴¹ *Infektionsschutzgesetz*, del 20 luglio 2000 (*BGBI. I S. 1045*).

marzo, le competenze prima diffuse sono state concentrate prevalentemente in capo al Primo Ministro, il quale ha potuto imporre tramite *décrets réglementaires* le restrizioni ai diritti fondamentali elencate all'art. L3131-15 del *Code de la santé publique*. Da tale accentramento è derivato un contrasto fra le prerogative dei sindaci e quelle delle autorità statali. Il *Conseil d'État*, intervenuto sull'argomento, ha dato prevalenza ai poteri speciali dello Stato in materia, chiarendo che gli *arrêtés* dei sindaci erano ammessi soltanto se indispensabili e comunque se compatibili con le misure stabilite a livello statale⁴².

In Spagna, il *Real Decreto 463/2020* ha prodotto effetti analoghi. La legislazione antecedente adottata dalle *comunidades autónomas* spagnole in conformità ai rispettivi statuti prevedeva vari poteri di ordinanza emergenziali. La dichiarazione dell'*estado de alarma* ha concentrato in capo al governo nazionale tali prerogative⁴³. Soltanto nella fase di allentamento delle misure (c.d. *desescalada*) alcune funzioni sono state restituite alle autonomie locali: prima attraverso meccanismi di *cogobernanza*, in cui i presidenti delle autonomie hanno riacquisito la facoltà di proporre misure di allentamento⁴⁴; poi attraverso il modello della codecisione, in cui le misure venivano adottate mediante accordi fra Stato e *comunidades autónomas*⁴⁵.

Il paradigma dell'avocazione dei poteri di ordinanza non ha invece attecchito in Germania, dove l'impianto federalista ha imposto un approccio meno unilaterale e più condiviso nell'esercizio dei poteri emergenziali. La legge federale del 27 marzo 2020 ha modificato l'*Infektionsschutzgesetz*, prevedendo ulteriori poteri restrittivi da esercitare tramite regolamenti (*Rechtsverordnungen*) o atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügung*), che assomigliavano agli atti necessitati costituiti dai d.P.C.M. in Italia. Tuttavia, tali interventi non hanno modificato il riparto delle competenze in materia, tant'è che i poteri emergenziali

⁴² *Conseil d'État*, 17 aprile 2020, n. 440057.

⁴³ L'art. 4, *Real Decreto 463/2020*, prevedeva quale unica autorità delegata il governo nazionale.

⁴⁴ Il sistema è stato istituito con l'ordinanza del Ministero della salute dell'8 maggio 2020, la quale ha appunto attribuito alle autonomie locali il potere di proporre modifiche al regime restrittivo, ma la decisione finale restava sempre in mano al governo statale.

⁴⁵ *Real Decreto 514/2020* dell'8 maggio 2020, che oltre a prorogare l'*estado de alarma* ha anche previsto il meccanismo degli *acuerdos*.

sono stati usati essenzialmente a livello dei *Länder*⁴⁶. Già dal 16 marzo 2020, per coordinare le azioni, il governo federale ha concordato con i *Länder* delle linee guida comuni per garantire un'applicazione uniforme delle misure⁴⁷. Analogamente, anche nella successiva fase di allentamento delle misure, il coordinamento è stato raggiunto attraverso la stipula di accordi fra il governo federale e quello dei *Länder*⁴⁸.

Infine, merita brevi cenni la questione del riparto orizzontale dei poteri emergenziali. Si è visto che in Italia, a livello locale, hanno assunto preminenza i prefetti, mentre a livello statale ha acquistato più poteri il Ministero della salute. Fenomeni analoghi si sono verificati anche negli altri ordinamenti presi in considerazione. In Francia, i prefetti hanno esercitato i poteri emergenziali a livello decentrato e il Ministro della sanità ha assunto un ruolo analogo a quello italiano⁴⁹. In Spagna, il Ministero della salute è stato indicato fra le autorità delegate ad attuare le restrizioni previste dall'*estado de alarma* e, in una fase successiva, ha assunto anche le competenze prima attribuite ai ministeri dell'interno, della difesa e dei trasporti⁵⁰. In Germania, le autorità competenti sono state individuate in base alla legislazione di ciascun *Land*, sicché la preminenza degli apparati sanitari si è configurata in modo differenziato sul territorio nazionale⁵¹.

Nel complesso, dalla comparazione fra i diversi ordinamenti esaminati emerge che le risposte alla crisi pandemica sono state differenti, perché differenti sono i contesti istituzionali di riferimento. Vi sono stati ordinamenti in cui ha prevalso la spinta all'accentramento delle competenze, tanto sul piano verticale

⁴⁶ La § 32 dell'*Infektionsschutzgesetz* ha previsto che fossero infatti i governi dei *Länder* ad adottare le misure restrittive richieste dalla pandemia.

⁴⁷ Si veda le *Linee guida per la lotta all'epidemia da coronavirus*, del 16 marzo 2020, consultabili al link <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> (ultimo accesso 12/6/2022).

⁴⁸ Per una descrizione più approfondita dei meccanismi di coordinamento durante la pandemia, J. SAURER, *Patterns of cooperative administrative federalism in the German response to covid-19*, in *Administrative Law Review*, 73, 2021, p. 139 e ss.

⁴⁹ Sul riparto delle funzioni fra *Premier Ministre* e *Ministre chargé de la santé*, si v., per es., J.M. PONTIER, *La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif*, in *Act.jur.dr.adm.*, 2020, p. 1692 e ss.

⁵⁰ Art. 6, *Real Decreto 537/2020*, del 22 maggio 2020.

⁵¹ La § 2, n. 14, dell'*Infektionsschutzgesetz* demanda alla legislazione di ciascun *Land* l'individuazione dell'autorità delegata ad esercitare i poteri previsti dalla legge.

quanto su quello orizzontale. È anche capitato, però, che molti dei poteri continuassero ad essere esercitati a livello decentrato, sfruttando ove possibile i vari meccanismi di coordinamento previsti. L'esperienza pratica ha dimostrato, soprattutto, che assetti istituzionali fortemente decentrati possono reagire diversamente alle situazioni di crisi⁵².

7. Il gioco di interessi. In Italia, i poteri attribuiti al Ministro della salute e il ruolo assunto dagli organi tecnici sono indici del peso che i diversi interessi, pubblici e privati, hanno assunto nella legislazione connessa alla pandemia. A molti degli interessi in gioco corrispondono diritti, spesso oggetto di tutela costituzionale. Le relative dinamiche possono essere descritte esaminando la giurisprudenza relativa ai vari provvedimenti di urgenza, che ha spesso dovuto bilanciare interessi e diritti contrapposti.

Al centro di queste dinamiche vi è stato, per ovvie ragioni, il diritto alla salute, la cui tutela si è imposta nella legislazione e nella giurisprudenza, determinando inevitabili sacrifici per altri diritti. Questa prevalenza e questi sacrifici sono stati spesso giustificati dalla giurisprudenza facendo riferimento alla natura temporanea delle misure restrittive: le chiusure di scuole ed esercizi commerciali, per esempio, sono state ritenute legittime in quanto di durata limitata. Nel complesso, comunque, la giurisprudenza non ha mancato di controllare che, per adottare quelle misure, l'amministrazione avesse svolto un'istruttoria adeguata e un ragionevole bilanciamento di interessi.

Tutto ciò può essere verificato esaminando il modo in cui la giurisprudenza ha bilanciato l'interesse alla tutela della salute con gli altri interessi coinvolti.

In primo luogo, si può considerare il bilanciamento tra il diritto alla salute e la libertà di circolazione, corredata di una robusta tutela costituzionale, che tuttavia non esclude limitazioni per motivi di sanità o di sicurezza. Conformemente alla

⁵² È emblematico in tal senso il raffronto fra Italia e Germania: la prima ha reagito alla pandemia accentrando i poteri, la seconda ha mantenuto (anche in ragione di vincoli costituzionali più stringenti) il proprio assetto federale. Per ulteriori spunti di approfondimento, A. GOLIA, L. HERING, C. MOSER, T. SPARKS, *Constitutions and Contagion – European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2021, 1, 147, specialmente laddove si approfondisce il tema del riparto verticale dei poteri (p. 204 e ss.).

previsione costituzionale, sono state introdotte limitazioni, anche piuttosto forti, ma necessarie in relazione alla gravità della situazione sanitaria. La giurisprudenza ha comunque individuato limiti alla possibilità di sacrificare questa libertà, in particolare annullando l'ordinanza del Presidente della Regione Sardegna che obbligava chi volesse accedere all'isola a svolgere un test diagnostico nelle quarantotto ore precedenti: il giudice amministrativo ha ritenuto la misura illegittima, poiché evidentemente sproporzionata e comunque esorbitante rispetto alle attribuzioni dei presidenti di regione nella gestione della pandemia⁵³.

In secondo luogo, i limiti alla circolazione delle persone hanno inevitabilmente avuto un impatto sulla disciplina dell'immigrazione. La limitazione agli sbarchi decisa a livello governativo, rispettosa del canone di proporzionalità, non ha prestato il fianco a particolari censure. È stato giudicato illegittimo, invece, il provvedimento del Presidente della Regione Sicilia, il quale aveva negato l'accesso dei migranti all'isola e aveva obbligato lo sgombero dei centri di accoglienza situati sul territorio regionale. Il giudice amministrativo, anche questa volta in composizione monocratica in sede cautelare, oltre a rilevare un difetto di istruttoria, non essendo stata dimostrata una correlazione tra il fenomeno dell'immigrazione e l'aumento dei contagi, ha affermato il difetto di attribuzione del Presidente della Regione, il quale ha inteso intervenire nell'esercizio di funzioni che, a seguito dello scoppio della pandemia, sono state attratte in capo allo Stato⁵⁴.

Le misure di tutela della salute, poi, hanno ovviamente inciso in modo pesante sulla libertà di iniziativa economica, con gravi conseguenze sulla redditività e sulla stessa sopravvivenza di molte imprese. Nel complesso, la giurisprudenza ha ritenuto legittime queste restrizioni: non solo quelle dettate dal governo al livello nazionale, ma anche quelle adottate da enti territoriali.

Per quanto riguarda le misure adottate dal governo, si può richiamare la decisione di chiudere le attività di sale giochi, sale scommesse, sale bingo e

⁵³ T.A.R. Sardegna, sez. I, 17 settembre 2020, n. 344.

⁵⁴ T.A.R. Sicilia, Palermo, 27 agosto 2020, n. 842.

casinò, anche se svolte all'interno di locali adibiti ad attività differente⁵⁵. In questo caso, anche a fronte di un'istruttoria tecnico-scientifica carente, il Consiglio di Stato ha invocato la «natura prioritaria della precauzione per la salute pubblica» per respingere la domanda di tutela cautelare⁵⁶.

A livello locale, un caso interessante è invece quello relativo alla scelta della Regione Lazio di non concedere a soggetti privati la possibilità di effettuare tamponi diagnostici: il Consiglio di Stato ha affermato che l'interesse della parte privata «ha carattere recessivo rispetto alla necessità di precauzione» che ne aveva determinato l'esclusione, connessa alla gestione dei flussi informativi, e ha altresì tenuto conto dei possibili oneri finanziari in capo al Servizio sanitario nazionale⁵⁷. L'incidenza sulla libertà di iniziativa economica, poi, si è tradotta anche nella possibilità di imporre per via amministrativa un inusuale obbligo di *facere*, quello di svolgere le attività non oggetto di sospensione, necessarie per la pubblica utilità⁵⁸.

Anche la libertà religiosa è risultata complessivamente recessiva rispetto alle esigenze di tutela della salute. Probabilmente vi è stata, soprattutto nella fase iniziale, qualche restrizione sproporzionata, che non è stata peraltro portata all'attenzione della giurisprudenza. Quest'ultima ha comunque affermato la prevalenza del diritto alla salute nel caso dell'ordinanza del Sindaco di Santa Giustina, con la quale veniva disposta la chiusura dei cimiteri: il giudice amministrativo in composizione monocratica, in sede cautelare, ha ritenuto non sproporzionata la decisione del Sindaco⁵⁹.

La tutela del diritto alla salute, dunque, ha imposto limitazioni agli altri diritti, ma occorre precisare che l'oggetto di tutela non è stata l'aspettativa dei singoli a ottenere una prestazione sanitaria, bensì l'interesse generale alla «salute pubblica». Ciò si è palesato proprio laddove i due profili, entrambi riconducibili al diritto alla salute, si sono trovati in contrapposizione, come nel caso della

⁵⁵ Art. 1, co. 10, lett. l), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 14 gennaio 2021.

⁵⁶ Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2021, n. 884.

⁵⁷ Cons. St., sez. III, 26 giugno 2020, n. 3769.

⁵⁸ Art. 1, co. 3, d.l. n. 19 del 2020.

⁵⁹ T.A.R. Veneto, Venezia, 21 aprile 2020, n. 205.

razionalizzazione delle prestazioni sanitarie offerte dal Servizio sanitario nazionale⁶⁰, per un periodo limitate a quelle strettamente urgenti, e in quello, già citato, dei tamponi svolti soltanto dalla rete del Servizio sanitario laziale. In un caso che ha conquistato l'attenzione dei mezzi di informazione, la tutela della salute della popolazione insediata su un certo territorio si è scontrata con le strategie nazionali di tutela della salute oltre che, ancora una volta, con la libertà di circolazione: è il caso dell'ordinanza del Sindaco di Messina volta a limitare l'accesso all'isola ai cittadini provenienti dal continente via mare, oggetto di annullamento straordinario governativo, sulla base di un parere del Consiglio di Stato redatto in tempi estremamente rapidi⁶¹.

Il diritto che ha dimostrato maggiore capacità di resistenza, a fronte di quello alla salute, è il diritto allo studio. Ciò non può sorprendere, dato che l'argomento della temporaneità delle misure limitative aveva qui una presa minore: anche un breve periodo di sospensione dell'attività didattica in presenza può comportare danni rilevanti per l'apprendimento dello studente. Non che la giurisprudenza non abbia riconosciuto la possibilità di chiusura delle scuole anche per via della diffusione della pandemia, talvolta affermando semplicemente la prevalenza del diritto alla salute sul diritto allo studio⁶². Tuttavia i giudici sono stati tendenzialmente piuttosto attenti nel verificare che le amministrazioni avessero svolto un'adeguata istruttoria e che la chiusura delle scuole fosse giustificata da dati attendibili relativi alla diffusione della pandemia, alla possibilità di contenere i contagi nelle scuole e ai sistemi di trasporto. Questo esame ha condotto a pronunce diversificate, in relazione alle diverse situazioni.

Interessante, in particolare, la vicenda della Campania. In una prima fase i giudici amministrativi hanno dato ragione al Presidente della Regione, che aveva

⁶⁰ Come nel caso di T.A.R. Molise, sez. I, 9 maggio 2020, n. 104.

⁶¹ Cons. St., sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735.

⁶² Arrivando persino a qualificare come «assolutamente recessiva» la posizione giuridica soggettiva di chi chiedeva la riapertura dei servizi educativi dell'infanzia, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decreto 9 marzo 2021, n. 120. Analogamente, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, decreto 6 novembre 2020, n. 695, relativo peraltro a un'ordinanza i cui effetti sono stati sospesi, lo stesso giorno, da T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680. A un paio di mesi di distanza, l'istanza di sospensione di un nuovo provvedimento di chiusura delle scuole è stata rigettata da T.A.R. Puglia, 12 gennaio 2021, n. 4.

deciso di chiudere le scuole di ogni ordine e grado prima ancora che la Regione diventasse «zona rossa». Il Tribunale amministrativo regionale e, in appello, il Consiglio di Stato, in entrambi i casi in composizione monocratica, hanno respinto l'istanza cautelare dei ricorrenti, ordinando tuttavia un'integrazione dell'istruttoria posta a base del provvedimento per poterne vagliare approfonditamente i presupposti tecnico-scientifici⁶³. A distanza di un paio di mesi, tuttavia, il Tribunale amministrativo regionale, sempre in composizione monocratica, ha accolto l'istanza cautelare contro una nuova ordinanza del Presidente della Regione che disponeva la chiusura delle scuole, affermando l'obbligo della Regione di conformarsi alle previsioni del vigente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁶⁴.

Anche in altre regioni i giudici amministrativi, sempre in sede cautelare, hanno reputato fondate le censure formulate contro le ordinanze regionali che disponevano la chiusura delle scuole: in un caso ravvisando un difetto di istruttoria⁶⁵, in un altro ordinando all'amministrazione regionale un riesame proprio per colmare un analogo difetto⁶⁶; in un altro ancora censurando diversi profili di eccesso di potere e l'indebita compressione del diritto allo studio⁶⁷.

8. Il controllo giurisdizionale. L'esame della giurisprudenza suggerisce qualche sintetica osservazione sulle modalità del controllo giurisdizionale su provvedimenti peculiari e delicati, come i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e le ordinanze di necessità e di urgenza adottate per fare fronte alla pandemia. Il peculiare gioco di interessi e misure di tutela, che ha visto al centro il diritto alla salute e le conseguenti misure restrittive, ha fatto sì che i giudici amministrativi dovessero pronunciarsi non solo su provvedimenti limitativi delle libertà degli individui, ma anche su provvedimenti volti a favorire l'esercizio di quelle libertà, a costo di una minore tutela del diritto alla salute. Nel complesso,

⁶³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decreti 9 novembre 2020, nn. 2025, 2026 e 2027; Cons. St., sez. III, decreti 10 novembre 2020, nn. 6453 e 6454.

⁶⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decreto 22 gennaio 2021, n.153.

⁶⁵ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, decreto 23 novembre 2020, n. 609.

⁶⁶ T.A.R. Basilicata, sez. I, decreto 24 novembre 2020, n. 272.

⁶⁷ T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 30.

questa giurisprudenza offre una buona prova di efficacia della giurisdizione amministrativa, sia in termini sostanziali, sia in termini processuali⁶⁸.

In termini sostanziali, la giurisprudenza si è dimostrata sensibile alle ragioni della tutela della salute, ma non ha rinunciato a svolgere un controllo sul modo in cui le amministrazioni hanno formato le loro decisioni. Questo controllo, a sua volta, ha riguardato sia profili sostanziali, con l'applicazione del principio di proporzionalità, sia profili procedimentali, con la verifica dell'adeguatezza dell'istruttoria.

Il sindacato giurisdizionale è apparso particolarmente penetrante nei casi in cui venivano in gioco diritti sociali, come quello allo studio. Qui i giudici sono stati attenti a non sfociare nel merito amministrativo⁶⁹, ma allo stesso tempo hanno inasprito il loro controllo sull'istruttoria amministrativa, spesso comminando provvedimenti propulsivi (*remand*) all'amministrazione per obbligarla ad approfondire le valutazioni tecniche e a rivedere le proprie scelte⁷⁰.

Il fattore tempo ha inciso notevolmente sulle valutazioni dei giudici: sia nel senso che essi hanno spesso tenuto conto, come già rilevato, della durata limitata delle misure restrittive, sia nel senso che la rapida evoluzione dell'epidemia ha influenzato le loro decisioni. In un caso, il giudice ha respinto l'istanza cautelare osservando che le misure adottate «appaiono oggi ancor più

⁶⁸ Si v., per es., A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, in *federalismi.it*, paper del 12 gennaio 2022.

⁶⁹ Sul limite del merito amministrativo, fra i tanti, Cons. St., sez. III, decreto 3 marzo 2021, n. 1034; Cons. St., sez. III, decreto 11 marzo 2021, n. 1234; Cons. St., sez. III, decreto 20 marzo 2021, n. 1448, il quale ribadito che «la valutazione di selettività tra diversi territori comunali della stessa provincia o regione, ai fini della sospensione del servizio scolastico in presenza, rientra nella responsabilità piena ed esclusiva, a tutti gli effetti, della autorità di governo territoriale, certamente non surrogabile da valutazioni selettive del giudice, e sindacabile in sede giurisdizionale solo sulla base della manifesta irragionevolezza e incongruità rispetto ai dati scientifici a supporto».

⁷⁰ Si può citare il caso deciso da Cons. St., sez. III, decreto 10 novembre 2020, n. 6453, che ha ordinato alla Regione Campania di depositare in giudizio gli atti relativi all'istruttoria tecnica che aveva giustificato la chiusura della didattica in presenza per la scuola dell'infanzia e i connessi servizi educativi, nonché per la scuola primaria e secondaria di primo grado, fino al 14 novembre 2020. Ancora, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I., ordinanza 26 marzo 2021, n. 1946, che ha disposto una misura analoga in relazione ai d.P.C.M. 14 gennaio 2021 e 9 marzo 2021, ordinando all'amministrazione di riesaminare i propri provvedimenti. La decisione è stata confermata dal Cons. St., sez. III, 1° aprile 2021, n. 1776, che ha peraltro chiarito il fatto che «l'obbligo di riesame non significa, né così potrebbe essere, sostituzione del Giudice alle scelte di governo nel periodo di pandemia, che restano interamente nella responsabilità degli Organi competenti».

opportune alla luce dell'incremento di contagiati da coronavirus registrato nel Molise nella giornata di ieri»⁷¹.

Dal punto di vista processuale, ciò che è stato messo alla prova è stata la capacità della giustizia amministrativa di fornire tutela in tempi molto rapidi. Nella relazione sull'attività della giustizia amministrativa per l'anno 2020, il Presidente del Consiglio di Stato ha affermato che «[i] tempi della pandemia saranno ricordati come i tempi della tutela immediata». Le misure introdotte con le ordinanze erano inevitabilmente di applicazione pressoché immediata e di durata molto limitata, normalmente a poche settimane. Non a caso, gran parte della giurisprudenza citata nelle pagine che precedono è costituita da provvedimenti adottati in fase cautelare, in gran parte decreti monocratici adottati dal presidente della sezione, sulla base di una procedura di estrema urgenza, non essendovi neanche il tempo di aspettare la prima della camera di consiglio utile. Si è perfino verificato più volte l'appello al Presidente del Consiglio di Stato, a sua volta deciso dal presidente della sezione, avverso il decreto del presidente del tribunale amministrativo regionale⁷²: una possibilità che la giurisprudenza ammette in via del tutto eccezionale, quando il decreto impugnato, anche in ragione dei tempi di produzione degli effetti del provvedimento impugnato, ha un contenuto sostanzialmente decisorio⁷³. In questi casi, la giurisprudenza ha elaborato la categoria dei «decreti meramente apparenti»⁷⁴.

Ciò ha consentito di accordare tutela in pochissimi giorni: si pensi al caso menzionato relativo alla prima ordinanza di chiusura delle scuole in Campania, adottata il 5 novembre 2020, per la quale il decreto del Tribunale amministrativo regionale è stato pronunciato il 9 novembre e quello del Consiglio di Stato il giorno successivo. Ciò dimostra la capacità della giustizia amministrativa di

⁷¹ T.A.R. Molise, 9 maggio 2020, n. 104.

⁷² Cons. St., sez. III, decreto 27 novembre 2020, n. 6795; Cons. St., sez. III, decreto 11 gennaio 2021, n. 18. La genesi e lo sviluppo del fenomeno sono descritti da M. CECILI, *L'appello avverso il decreto cautelare monocratico ex art. 56 c.p.a.: una lettura costituzionalmente orientata a garanzia del principio di effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2021, p. 859 e ss.

⁷³ Al riguardo, Cons. giust. amm., decreto 25 gennaio 2021, n. 61.

⁷⁴ Cons. St., sez. III, decreto 11 marzo 2021, n. 1234.

adeguarsi alle esigenze di estrema celerità, ma a un prezzo: quello della cognizione sommaria e, spesso, della composizione monocratica.

Per quanto concerne il primo aspetto, non bisogna dimenticare i limiti della cognizione in fase cautelare, dei quali peraltro il giudice amministrativo mostra di essere consapevole: in qualche caso, come quello dello studente i cui genitori lamentavano il difetto di ossigenazione a causa dell'uso della mascherina, pur riconoscendo il *fumus boni juris* nell'istanza cautelare, il collegio ha preferito rinviare la decisione alla fase di merito⁷⁵.

Venendo poi al secondo aspetto, relativo alla composizione monocratica, va detto che essa non costituisce di regola un grosso problema. Può rappresentarlo se si verifica un accentramento eccessivo di potere decisionale in capo alla medesima persona fisica titolare dell'organo. Questo è avvenuto, durante la pandemia, attraverso il meccanismo dell'appellabilità dei decreti monocratici. Ad essere investito dei gravami è stato sempre il Presidente della terza sezione del Consiglio di Stato, che ha deciso una cospicua mole di impugnazioni provenienti dalle diverse regioni del territorio nazionale.

In definitiva, però, si può essere soddisfatti della prova di efficienza data dalla giustizia amministrativa, ma bisogna sperare che di simili prove non ci sia spesso bisogno e che le procedure eccezionali, usate in molti dei casi descritti, siano riservate a casi di eccezionale urgenza.

9. Conclusioni. L'analisi svolta permette, nel complesso, di dare un giudizio positivo sull'evoluzione del potere di ordinanza durante la pandemia. Di fronte a un'emergenza inedita, per velocità e dimensioni, come quella di covid-19, le pubbliche amministrazioni hanno saputo reagire in modo rapido, senza rinnegare i principi dello Stato di diritto e oltrepassando raramente i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Peraltro, anche quando ciò è accaduto, la giustizia amministrativa ha saputo approntare i rimedi necessari per fornire risposte efficaci ai privati. Lo studio dei poteri emergenziali durante la pandemia

⁷⁵ T.A.R. Lazio, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 7468.

ha però messo in luce anche alcune criticità, soprattutto sul versante amministrativo, che è bene riassumere brevemente.

Un primo aspetto problematico ha riguardato l'evoluzione del quadro normativo relativo ai poteri di ordinanza. L'Italia ha infatti adottato diversi decreti-legge per conferire un'adeguata copertura legislativa alle misure da prendere. In particolare, dopo una prima fase in cui i d.P.C.M. avevano un contenuto praticamente libero, i successivi interventi legislativi hanno progressivamente tipizzato le restrizioni che potevano essere imposte. I poteri di ordinanza per far fronte alla pandemia sono stati quindi progressivamente «normalizzati», secondo un paradigma ricorrente nell'evoluzione dei poteri di ordinanza, riscontrabile anche in altri periodi storici⁷⁶.

Tuttavia, gli interventi legislativi sono sembrati disorganici, spesso frenetici. Non è stato possibile cioè ricostruire un quadro normativo unitario, che permettesse una sistematizzazione dei poteri per far fronte alla pandemia. Da questo punto di vista, la comparazione con gli ordinamenti stranieri risulta istruttiva. Se è vero che anche in Francia, Spagna e Germania sono stati adottati provvedimenti legislativi *ad hoc*, è anche vero che non sempre si è proceduto come in Italia. Francia e Germania sono state in grado di assicurare maggiore organicità agli interventi, modificando codici o leggi di settore antecedenti.

Questi problemi di adattamento sono pienamente comprensibili considerando la rapidità nell'aumento dei contagi. Tuttavia, con l'auspicabile cessazione del periodo emergenziale, sarebbe opportuno consolidare la normativa che si è stratificata e farla confluire nelle varie discipline di settore. Si potrebbe valutare la possibilità di emendare il decreto legislativo n. 1 del 2018 oppure sfruttare le disposizioni contenute nella legge n. 833 del 1978. In proposito, si potrebbe valorizzare quanto chiarito dalla Corte costituzionale, secondo cui la potestà

⁷⁶ Tale fenomeno è descritto in modo approfondito da A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 209 e ss., il quale individua quattro linee di tendenza: (i) l'emersione del carattere paranormativo delle ordinanze, attraverso la loro proroga reiterata; (ii) la tipizzazione del contenuto delle ordinanze; (iii) l'indicazione delle norme da derogare attraverso ordinanza; (iv) la procedimentalizzazione del potere di ordinanza. Durante la pandemia tali tendenze sono emerse, seppur con diverse intensità.

legislativa in materia spetta allo Stato in forza della competenza esclusiva sulla «profilassi internazionale».

Un secondo aspetto problematico ha riguardato il coordinamento amministrativo. L'esercizio dei poteri di ordinanza a tutti i livelli di governo avrebbe richiesto un coordinamento efficace fra lo Stato e le autonomie. Il decreto legislativo n. 1 del 2018, astrattamente, prevede degli apparati *ad hoc* per il coordinamento nell'ambito del sistema di Protezione civile. Nella pratica, però, tale funzione è apparsa inadeguata e la cooperazione amministrativa si è spesso tradotta in una esasperazione dei vincoli di sovraordinazione⁷⁷. Così facendo, lo Stato ha avocato a sé i poteri di ordinanza e le autonomie sono risultate spesso esautorate. Tale meccanismo, tuttavia, non ha prodotto un eccessivo contenzioso, anche perché le singole regioni, nei momenti più critici, sono sembrate favorevoli a cedere i propri spazi di autonomia per permettere l'adozione di restrizioni uniformi su tutto il territorio nazionale.

Questa inadeguatezza non si è verificata solo in Italia. Il *Conseil d'État*, in Francia, ha sottolineato l'importanza di «définir, en amont des crises, des modalités de coordination qui permettent, tout en respectant l'autonomie de chaque collectivité garantie par l'organisation décentralisée de la République, l'union de l'ensemble des acteurs publics autour des orientations stratégiques fixées par l'État et l'agilité d'action des collectivités qui peuvent mettre en œuvre des moyens opérationnels et qui, en outre, sont en mesure d'assurer les liens de proximité, d'écoute, de pédagogie et de confiance avec les populations»⁷⁸. Sotto questo profilo, la funzione di coordinamento è parsa più efficace in quegli ordinamenti federali come la Germania.

Infine, merita brevi cenni il rapporto fra poteri di ordinanza e tutela giurisdizionale. Si è visto come la risposta dei giudici amministrativi sia stata complessivamente soddisfacente. La tutela giurisdizionale è sembrata però più efficace quando si è concentrata sulla garanzia dei diritti di libertà, mentre lo è

⁷⁷ Sul rapporto fra coordinamento e sovraordinazione, V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc.dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, *ad vocem*.

⁷⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Les états d'urgence: la démocratie sous contraintes*, Parigi, La documentation Française, 2021, p. 162.

apparsa meno quando ha dovuto bilanciare la tutela della salute pubblica con i diritti sociali. Tale differenza potrebbe essere giustificata dal fatto che i secondi necessitano sempre di un'intermediazione delle pubbliche amministrazioni, che spesso compiono delle scelte riconducibili al merito amministrativo, le quali dunque risultano insindacabili dal giudice. In risposta, la giurisprudenza ha approfondito il proprio sindacato sull'istruttoria, adottando diverse volte dei provvedimenti interlocutori.