LA NORMATIVA EMERGENZIALE E LA PANDEMIA DA COVID-19. QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE.

di Tiziana Cocoluto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo relativo alla gestione dell'emergenza. – 3. Brevi cenni alla disciplina emergenziale vigente in ambito europeo e in ambito internazionale. – 4. L'approccio "normativo" all'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia. – 5. La cornice normativa dell'emergenza da Covid-19 secondo il giudizio della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato.

1. Premessa. Nel corso del 2020, è accaduto un evento molto raro. Se è vero, infatti, che le pandemie influenzali prima o poi si verificano anche se in termini temporali del tutto imprevedibili, sul finire del 2019 è emerso in Cina un virus diverso da quello influenzale, un nuovo coronavirus.

Sebbene altri coronavirus, di origine animale, SARS-CoV e MERS-CoV, avessero causato epidemie umane, per la prima volta un coronavirus è stato in grado di determinare un evento pandemico protratto con milioni di casi e di decessi. Il virus SARS-CoV, causa della malattia SARS (Sindrome Respiratoria Acuta Grave - Severe Acute Respiratory Syndrome), aveva già fatto la sua comparsa nel 2002-2003 in Cina, causando focolai epidemici in Paesi dell'Estremo Oriente e a Toronto, ma era stato contenuto ed eradicato grazie a pronte misure quarantenarie¹.

Rispetto al virus SARS-CoV, il contenimento dell'attuale SARS-CoV-2, il virus che causa Covid-19, si è dimostrato di difficile attuazione per due ordini di motivi: 1) i casi di SARS erano in gran parte gravi e quindi facilmente identificabili, mentre il virus SARS-CoV-2 è causa più frequente di casi asintomatici o paucisintomatici; 2) il picco di contagiosità della SARS avveniva circa una settimana dopo la comparsa dei sintomi (quindi si faceva in tempo a isolare i pazienti prima che diventassero contagiosi), mentre per il virus SARS-CoV-2 coincide con la comparsa dei sintomi o addirittura li anticipa.

Inoltre, SARS-CoV-2 è un virus completamente diverso da quello dell'influenza, anche se il suo comportamento in termini di dinamica epidemica, potenzialità pandemiche, e conseguenze cliniche nei casi gravi ricorda quello delle influenze pandemiche, condividendo il tropismo per l'apparato respiratorio, anche se con una tendenza a un maggior interessamento delle basse vie respiratorie.

L'assenza di farmaci specifici o di vaccini disponibili e il conseguente impatto sulla tenuta del SSN hanno evidenziato nell'immediatezza la necessità del ricorso a misure di distanziamento sociale e/o quarantenarie finalizzate al contenimento prima, e alla mitigazione del contagio poi, con una progressiva estensione territoriale di rincorsa al virus stesso. Misure che incidono direttamente sulla libertà di circolazione, sul libero accesso ai luoghi di frequentazione sociale, sulle modalità di svolgimento delle attività lavorative, economiche e sociali, sui singoli comportamenti degli individui nella espressione dell'interazione con l'altro.

¹ *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu)*, 2021-2023, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 29 gennaio 2021, n. 23, 13.

La specificità del quadro epidemico e la gravità dell'effetto pandemico hanno dunque determinato l'insorgere di un quadro di emergenza sanitaria tale da richiedere l'impiego di strumenti giuridici emergenziali "contingenti e atipici", rendendo inevitabile l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario e urgente al fine di salvaguardare la salute "*come fondamentale diritto dell'individuo*" e, prima ancora, come "*interesse della collettività*".

L'art. 32 Cost. contempla il dialogo tra diritto individuale e interesse collettivo, postulando interventi limitativi finalizzati al giusto temperamento tra salute del singolo e salute pubblica.

Un contesto nell'ambito del quale il diritto alla tutela della salute esige limitazioni di altre libertà del singolo e della collettività è sicuramente quello che si caratterizza per la diffusione di malattie infettive: l'epidemia è un fatto emergenziale, empiricamente individuato e scientificamente provato, che, mettendo in pericolo la salute dei singoli e la sopravvivenza della comunità nel suo insieme, impone al decisore pubblico di individuare le soluzioni più idonee a neutralizzare o minimizzare i rischi anche attraverso la limitazione di distinti diritti e libertà fondamentali.

La possibilità di introdurre tali limitazioni per accadimenti legati alle esigenze di tutela della salute non discende solo dalla coesistente natura di "*interesse della collettività*" che lo riconduce nel novero dei diritti sociali ma anche dal principio fondamentale di solidarietà sociale evincibile dall'art. 2 Cost., in forza del quale ciascun consociato è tenuto a rinunciare a una quota dei diritti della propria sfera di libertà per esigenze superiori connesse alla comune appartenenza ad una comunità organizzata vieppiù quando sia messa in pericolo la sua stessa esistenza².

Tuttavia, limitazioni in tal senso possono ritenersi compatibili con le garanzie costituzionali dei diritti di libertà solo nella misura in cui siano strettamente necessarie a garantire il diritto fondamentale alla tutela della salute individuale e collettiva, nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, anche sub specie di adeguatezza della misura limitativa introdotta rispetto alla finalità di tutela.

È il principio di solidarietà sociale, prima ancora che la dimensione sociale e oggettiva del diritto alla tutela della salute, a giustificare le misure limitative delle libertà fondamentali e ciò anche in ragione del fatto che il diritto alla salute, pur non potendo, in alcun caso, assumere nei giudizi di bilanciamento dei valori costituzionali i connotati del c.d. diritto tiranno, rappresenta oggettivamente una vera e propria precondizione per il riconoscimento e per l'effettiva fruibilità dei diritti di libertà e, proprio in ragione della sua natura ambivalente di diritto fondamentale e, al contempo, di interesse della collettività, giustifica, in chiave solidaristica, nelle situazioni di emergenza sanitaria di conclamata gravità, la previsione di misure limitative di quei diritti, anche fondamentali, il cui pieno esercizio è incompatibile con le misure di prevenzione e di contrasto della

² Sul punto, C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinarie prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XIV, n. 1/2021, 82.

pandemia necessarie, secondo i più accreditati protocolli scientifici, alla tutela della salute individuale e collettiva.

Ne è scaturita un'intensa proliferazione normativa che ha scontato l'assenza di una specifica previsione costituzionale sull'emergenza e i limiti derivanti dall'impianto stesso del Codice della protezione civile, essenzialmente costruito per far fronte a eventi calamitosi, naturali o antropici, del tutto estranei alla peculiarità delle dinamiche epidemiologiche.

Ci si è chiesti, dunque, se, in circostanze eccezionali come quella derivante dalla pandemia da Covid-19, non sarebbe stato utile avere una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 78 Cost., che potesse offrire una copertura costituzionale a casi di emergenza "interna" strettamente collegati alla salute pubblica. Ma anche una legge ordinaria *ad hoc*, come esiste in Francia e in Germania e che, infatti, ha trovato applicazione in occasione del Covid-19³.

Invero, l'emergenza derivante dalla diffusione del virus Sars-Cov-2, sebbene abbia procurato effetti sociali ed economici devastanti, non è assimilabile, giuridicamente, allo "*stato di guerra*" previsto dall'art. 78 Cost., né se ne può ammettere un'applicazione analogica in condizioni di emergenza, in considerazione della specialità della medesima fattispecie.

Del resto, la scelta di prevedere una clausola generale esplicita sullo stato di emergenza, riferibile a ogni situazione emergenziale imprevedibile, diversa da eventi bellici, è stata espressamente scartata dai padri costituenti. La *ratio* di tale consapevole omissione può rintracciarsi nella volontà di evitare che, dalla dichiarazione dello "*stato di emergenza*", potesse derivare una compressione dei diritti fondamentali e quindi un'alterazione dell'assetto dei poteri, andando così a disattendere l'ordinamento costituzionale democratico.

Una clausola di emergenza, infatti, avrebbe potuto favorire svolte autoritarie. Così si spiega la formulazione dell'art. 78 Cost., limitata alla sola guerra, "*in cui coniugare la democraticità della decisione e la tempestività del connesso conferimento dei poteri, distaccandosi dall'impostazione autoritaria, che lasciava tutto al re*"⁴.

Lo "*stato di guerra*" costituisce, dunque, l'unica situazione "anomala" presa in considerazione dal Costituente: esso viene deliberato dal Parlamento che conferisce al Governo i "*poteri necessari*".

Con l'espressione "*poteri necessari*" il Costituente ha posto l'accento sulla puntuale correlazione tra l'evento bellico e l'estensione delle prerogative da trasferire al Governo: in tal modo, l'organo legislativo conferisce al Governo poteri all'interno di un perimetro ben definito, evitando la concentrazione di potestà e funzioni nelle mani dell'esecutivo, anche se ciò non esclude, in una situazione di estrema gravità, che quest'ultimo possa incidere sull'esercizio di libertà individuali. Ed infatti, nella seduta del 21 ottobre 1947, Meuccio Ruini affermava: "*Non direi pieni poteri; né poteri adeguati; "necessari" mi pare l'espressione migliore*".

³ P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XIII, 2020, 296.

⁴ A. CELOTTO, *Costituzione e coronavirus*, in *Il Diritto e l'eccezione*, Saggine, 2020, 47.

L'art. 78 Cost., peraltro, non ha mai trovato attuazione in oltre settant'anni di storia repubblicana: lo "*stato di guerra*" così inteso, di per sé, non annovera i casi frequenti di conflitti che, per il diritto internazionale, non possono considerarsi tali⁵.

In siffatto contesto, con il dilagare del virus Sars-Cov-2, l'Italia si è trovata ad affrontare un'emergenza sanitaria senza precedenti che richiedeva interventi immediati e urgenti a elevato impatto sociale che conducevano alla prima decisione del 31 gennaio 2020 di dichiarazione dello stato di emergenza e conseguenziale spostamento di alcune delle competenze esistenti dal Ministero della salute alla Presidenza del Consiglio dei ministri, cui veniva riservata una competenza specifica sia nell'organizzazione emergenziale nel reperimento di beni e strumenti funzionali a una gestione emergenziale dell'assistenza sanitaria, sia nella dinamica necessaria tra scienza e politica attraverso l'istituzione del Comitato tecnico scientifico, quale struttura consultiva incardinata presso il Dipartimento di protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Premesso che l'art. 47-*bis*, comma 2, del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, attribuisce al Ministero della salute le funzioni spettanti allo Stato, tra l'altro, in materia di tutela della salute umana, di coordinamento del sistema sanitario nazionale, nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti alla dignità della persona umana e alla salute, di fronte a una pandemia di carattere eccezionale quale quella da Covid-19 e all'assoluta complessità delle misure di contenimento da adottare, si è manifestata l'esigenza di adottare misure relative a ogni settore e, nel contempo, garantire un necessario coordinamento centrale che solo il Presidente del Consiglio dei ministri avrebbe potuto assicurare in ragione della sua posizione di garante dell'unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri (art. 95 Cost.).

In questo contesto, il tradizionale strumento dell'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, pur mantenendo un ruolo centrale nella gestione dell'emergenza, è apparso non sufficiente per la gestione complessiva della molteplicità di interessi e di settori incisi dall'emergenza sanitaria.

La scelta del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, quale strumento centrale di governo dell'emergenza sanitaria riflette, dunque, la posizione costituzionale del Presidente del Consiglio quale garante dell'unità di indirizzo dell'azione di governo e di bilanciamento dei molteplici interessi pubblici incisi dalle misure di prevenzione della diffusione del virus. Inoltre, l'unità di indirizzo è assicurata tenuto conto dei singoli interessi di settore, a cominciare da quello alla tutela della salute individuale e collettiva, tant'è che i d.p.c.m. sono stati adottati su proposta del Ministro della salute e sentiti i Ministri competenti.

La legittimità costituzionale degli stessi, nel quadro di una riserva di legge espressa dall'art. 16 Cost., secondo il quale "*ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce*

⁵ I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in Rivista AIC, n. 1/2021, 116 ss.

in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”, ha trovato conferma - come si vedrà meglio in prosieguo - nella sentenza n. 198 del 23 settembre 2021 della Corte Cost., che ne ha definito la natura di “*atti necessitati*” dalla previsione di rango primario, nello specifico dai dd.ll. 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19.

Il citato art. 16, quindi, demanda alla legge la determinazione, in via generale, di limitazioni - anche per motivi di sanità - alla libertà di circolare sul territorio nazionale, anche se, come visto, nessun articolo della Cost. è espressamente dedicato allo stato d’urgenza o allo stato di necessità. Ma, come osservato da autorevole dottrina, nonostante l’assenza di una previsione espressa, non occorrerebbe modificare la Costituzione per introdurre una clausola di emergenza, “*perché in fondo in Costituzione già ci sono strumenti adeguati a disciplinare anche un’emergenza sanitaria gravissima come il Coronavirus, applicando gli artt. 77 e 78 Cost. E anche utilizzando maggiormente un potere centrale di indirizzo e coordinamento rispetto agli enti locali, senza lasciare il cittadino allo sbando di un profluvio di ordinanze contraddittorie e intrecciate*”.⁶

2. Il quadro normativo relativo alla gestione dell’emergenza.

Nel dettaglio, nel nostro assetto costituzionale, la necessità di fronteggiare situazioni emergenziali attraverso l’esercizio di poteri straordinari può ricavarsi da alcune specifiche disposizioni, quali:⁷

- Part. 77, che riconosce al Governo, titolare della funzione amministrativa, il potere di adottare decreti-legge in situazioni straordinarie di necessità e di urgenza, derogando, in tal modo, al sistema delle fonti;
- Part. 78, che disciplina una situazione emergenziale specifica, ossia lo “*stato di guerra*”, prevedendo che siano le Camere a deliberarlo e a conferire al Governo i poteri necessari;
- Part. 120, che riconosce al Governo un potere *extra ordinem*, ossia quello di sostituirsi agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso, tra l’altro, di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali;
- Part. 126, che consente lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta in presenza, anche qui, di situazioni eccezionali.

Come visto, dunque, la Costituzione ammette che in situazioni eccezionali variamente descritte possano essere adottati provvedimenti straordinari.

A livello legislativo, invece, una delle norme più risalenti in materia di gestione dell’emergenza è rappresentata dall’art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), ai sensi del quale il Prefetto, in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare provvedimenti indispensabili per la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

⁶ A. CELOTTO, *cit.*

⁷ M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Ed. 2021-2022, 84 ss.

Per quanto qui di interesse, la l. 23 dicembre 1978, n. 833, recante “*Istituzione del Servizio sanitario nazionale*”, prevede, tra l’altro, all’art. 6, comma 1, lett. a) e b), che sono di competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti la profilassi internazionale, marittima, aerea e di frontiera, anche in materia veterinaria, la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizootie. Tali competenze sono state confermate dall’art. 112, comma 3, lett. g), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112⁸.

L’espressione diretta di tale competenza è l’art. 32 della citata l. n. 833 del 1978, laddove al comma 1, conferisce al Ministro della sanità il potere di “*emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni*”, e, al comma 3, trattando delle emergenze sanitarie in ambito locale, prevede che: “*Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale*”.

Al riguardo, vengono in rilievo anche le norme del T.U. sugli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), che attribuiscono il potere di ordinanza al sindaco sia in qualità di rappresentante della comunità locale, sia in qualità di ufficiale del Governo.

Ed invero, il comma 5 dell’art. 50 del citato d.lgs. n. 267 del 2000 così recita: “*In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all’urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell’ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l’adozione dei provvedimenti d’urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell’emergenza e dell’eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali*”.

Il successivo art. 54, invece, disciplina le attribuzioni del sindaco come ufficiale di Governo: con atto motivato, il sindaco può adottare “*provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare i gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana*”.

Sempre l’art. 54, al comma 6, prevede un potere di ordinanza specifico, relativo ai casi di emergenza connessi al traffico o all’inquinamento atmosferico o acustico o quando, a causa di circostanze straordinarie, si verificano particolari necessità dell’utenza o per motivi di sicurezza urbana: anche in questo caso viene riconosciuta al sindaco la possibilità di derogare alle norme di livello primario.

⁸ Recita l’art. 112, comma 3, del richiamato d.lgs. n. 112 del 1998: “3. Resta invariato il riparto di competenze tra Stato e regioni stabilito dalla vigente normativa in materia sanitaria per le funzioni concernenti: (...) g) la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizootie di dimensioni nazionali o internazionali; (...)”.

Siamo in presenza, dunque, di una serie di disposizioni normative di analogo tenore che, di fatto, vengono a sovrapporsi tra loro: ed invero, l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998, recante *“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali”*, reitera i contenuti delle norme fin qui richiamate (poteri di ordinanza speciali e competenze diffuse)⁹.

Non senza considerare che il potere di ordinanza previsto dall'art. 32 viene a sovrapporsi, altresì, a quello previsto dall'art. 261 del TU delle leggi in materia sanitaria (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265). La norma attribuisce al Ministro dell'interno il potere di *“emettere ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione dei servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa”*.

Quanto, invece, allo stato di emergenza in sé considerato, seppur - come detto - non è previsto espressamente dalla Cost., né assimilabile in via analogica allo stato di guerra, esso riceve una disciplina a livello di legge ordinaria, la cui prima regolamentazione si deve alla l. 24 febbraio 1992, n. 225, (istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile), successivamente revisionata dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile).

In particolare, l'art. 24 del citato d.lgs. n. 1 del 2018, prevede che il Consiglio dei ministri possa deliberare *“lo stato di emergenza di rilievo nazionale”* al verificarsi di determinati eventi che legittimano il potere di ordinanza di protezione civile, spettante al Presidente del Consiglio dei ministri, che lo può esercitare sia direttamente sia per il tramite del Capo dipartimento della Protezione civile, *“in deroga ad ogni disposizione vigente (...) e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea”*.

Nella specie, la deliberazione dello stato di emergenza nazionale di cui al citato art. 24 è giustificata da specifici eventi che devono presentare i requisiti previsti all'art. 7, comma 1, lett. c), del medesimo decreto; deve trattarsi, cioè, di *“emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24”*, senza un riferimento specifico alle emergenze di carattere sanitario.

La dichiarazione dello stato di emergenza fatta dal Governo a gennaio del 2020 a fronte del dilagare dell'epidemia da Covid-19 si fonda proprio su questa norma, che, come visto, conferisce al Presidente del Consiglio anche poteri di gestione dell'emergenza.

Ma la necessità di far fronte alla diffusione incontenibile del virus, anche sul territorio nazionale, ha reso inevitabile integrare immediatamente la legislazione sulla protezione civile: per questo, si è scelto di ricorrere alla decretazione di

⁹ L'art. 117 del d.lgs. 112/1998, rubricato *“Interventi d'urgenza”* così recita: *“1. In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1”*.

urgenza, che comunque è rimasta come eccezionale funzione legislativa utilizzabile dal Governo “*in casi straordinari di necessità e di urgenza*”.

3. Brevi cenni alla disciplina emergenziale vigente in ambito europeo e in ambito internazionale.

In ambito europeo, nel passaggio dal Trattato di Maastricht al Trattato di Amsterdam prima, e di Lisbona poi, la competenza dell'Unione in materia di tutela della salute pubblica ha subito modifiche in senso espansivo.

L'ampliamento di tale competenza non è stato sempre programmato e graduale, dal momento che eventi come la crisi della mucca pazza, i danni da sangue infetto, l'allarme SARS e quello relativo all'influenza A/H1N1 hanno evidenziato i limiti di efficacia degli interventi statali, contribuendo così a determinare la necessità di una più incisiva azione europea.

L'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che: “*L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere*”.

Ai sensi del paragrafo 6 dell'art. 168 TFUE, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare raccomandazioni per il perseguimento di tali fini.

In attuazione del paragrafo 5 dello stesso articolo¹⁰, è stata adottata la Decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE, che mira a sostenere la cooperazione e il coordinamento tra gli Stati membri per migliorare la prevenzione e il controllo della diffusione di gravi malattie umane oltre le frontiere degli Stati membri e per lottare contro altre gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, allo scopo di contribuire a un elevato livello di protezione della sanità pubblica nell'Unione.

Essa trova applicazione quando gli obiettivi di salute pubblica non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, data la dimensione transfrontaliera delle gravi minacce per la salute, e possono dunque essere conseguiti meglio a livello dell'Unione; quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea e soltanto per quanto necessario a conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità.

Gli Stati membri, quindi, hanno la responsabilità di gestire a livello nazionale le crisi che colpiscono la sanità pubblica. Tuttavia, se sono incoerenti tra

¹⁰ Il parag. 5 del citato art. 68 prevede che: “5. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e sentiti il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni, possono altresì adottare misure di incentivazione volte a tutelare e migliorare la salute umana ed in particolare a contrastare la gravi piogge transfrontaliere per la salute, misure in materia di monitoraggio, allerta precoce e lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e misure che hanno come obiettivo diretto la protezione della salute pubblica in relazione al tabacco e all'abuso di alcol, esclusa qualsiasi armonizzazione delle leggi e regolamenti degli Stati membri.”.

loro o se si basano su valutazioni del rischio divergenti, le misure adottate dai singoli Stati membri potrebbero minare i relativi interessi.

L'obiettivo di coordinare la risposta a livello dell'Unione dovrebbe essere, pertanto, teso a garantire, fra l'altro, che le misure adottate a livello nazionale siano proporzionate e limitate ai rischi per la sanità pubblica derivanti da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, senza che tali misure entrino in conflitto con i diritti e i doveri sanciti nel TFUE, quali quelli riguardanti la limitazione dei viaggi e del commercio (considerando 21).

In base all'art. 3 del TFUE, *“Gli Stati membri conservano il diritto di mantenere o introdurre disposizioni, procedure e misure supplementari per i loro regimi nazionali nei settori contemplati dalla presente decisione, comprese le disposizioni previste in accordi o convenzioni bilaterali o multilaterali, esistenti o futuri, a condizione che tali disposizioni, procedure e misure supplementari non compromettano l'applicazione della presente decisione”*.

È comunque previsto che lo Stato membro che intenda adottare misure di sanità pubblica per contrastare una grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero, prima di adottare tali misure, informi e consulti gli altri Stati membri e la Commissione in merito alla natura, allo scopo e all'entità delle misure, salvo che l'esigenza di proteggere la sanità pubblica sia talmente urgente da richiedere l'adozione immediata delle misure.

In caso di grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero nei confronti della quale le capacità di risposta nazionali si rivelino insufficienti, lo Stato membro interessato può anche richiedere l'assistenza di altri Stati membri attraverso il meccanismo di protezione civile comunitario istituito con la decisione 2007/779/CE, Euratom.

A livello internazionale, invece, assume particolare rilevanza il ruolo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che, tra i compiti principali assegnatigli nell'ambito della cooperazione internazionale nel settore della sanità, v'è quello di elaborare raccomandazioni per la lotta contro le malattie infettive e la gestione delle emergenze sanitarie globali. Lavora in stretta collaborazione con l'OMS, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC), organismo che ha lo scopo di rafforzare le difese dei paesi membri dell'Unione nei confronti delle malattie infettive.

Per fare solo un esempio, con la risoluzione WHA 41.28, del 13 maggio 1988, l'OMS si è prefissata l'obiettivo di eradicare il virus della poliomielite. Gli episodi di infezione da poliovirus (PV) registrati in Asia centrale e Africa centrale hanno accresciuto la preoccupazione per una possibile diffusione di focolai epidemici, anche in Paesi polio-free, favoriti dai viaggi internazionali e dai flussi immigratori; per tale motivo, l'OMS ha esortato i Paesi membri a redigere un Piano per la pronta risposta a una eventuale reintroduzione di poliovirus e/o epidemia di poliovirus da affiancare al Piano Nazionale per il mantenimento della Stato Polio-free. E l'Italia ha adottato tale Piano con accordo in sede di Conferenza Stato-regioni nel 2019.

Tra gli atti più significativi adottati dall'OMS, in materia, si menzionano le *“International Health Regulations”* del 1969, un insieme di regole e procedure concernenti la gestione della sanità globale, che gli Stati sono invitati a osservare

al fine di identificare le malattie infettive e di limitarne la diffusione attraverso apposite misure.

Nel 2007, le regole sono state riformate per estendere la loro attuazione a pandemie quali la SARS e le nuove forme di influenza.

L'OMS, in particolare, raccomanda a tutti i Paesi di mettere a punto un Piano Pandemico e di aggiornarlo costantemente seguendo le linee guida concordate.

Nel 2011, l'OMS ha adottato il PIP, *Pandemic influenza preparedness*, che ha, tra i suoi principali obiettivi, la condivisione dei virus dell'influenza che possono causare una pandemia e delle ricerche sugli stessi e l'accesso ai vaccini.

Un altro strumento importante è costituito dal Regolamento Sanitario Internazionale (2005), secondo il quale l'Assemblea Mondiale della Sanità ha l'autorità di adottare regolamenti concernenti richieste sanitarie o quarantenarie ed altre procedure studiate allo scopo di prevenire la diffusione internazionale delle malattie.

Il RSI è uno strumento giuridico che si prefigge di “*garantire la massima sicurezza contro la diffusione internazionale delle malattie, con la minima interferenza possibile sul commercio e sui movimenti internazionali, attraverso il rafforzamento della sorveglianza delle malattie infettive mirante ad identificare, ridurre o eliminare le loro fonti di infezione o fonti di contaminazione, il miglioramento dell'igiene aeroportuale e la prevenzione della disseminazione di vettori?*”.

La Commissione europea ha partecipato attivamente ai negoziati sul regolamento sanitario e ne sostiene l'attuazione.

Nel settembre 2015, la Commissione europea e l'ufficio regionale dell'OMS per l'Europa hanno rinnovato il loro impegno a lavorare insieme per assicurare migliori condizioni di salute in Europa.

A tal fine, si sono impegnati a mantenere e ampliare la cooperazione in materia di innovazione, sicurezza sanitaria, informazione sanitaria, disuguaglianze in ambito sanitario, sistemi sanitari e malattie croniche.

Nuova enfasi è stata data alla cooperazione intersettoriale per conseguire obiettivi di politica sanitaria e alle modalità pratiche per definire e attuare interventi di cooperazione.

La cooperazione avviene a 3 livelli geografici:

- con il quartier generale dell'OMS a Ginevra su questioni di interesse globale;
- con l'ufficio regionale dell'OMS per l'Europa (a Copenaghen) su temi europei;
- in vari Paesi del mondo (a livello di cooperazione nazionale).

I primissimi interventi adottati dal Ministero della salute si sono mossi proprio nel solco del RSI, con la previsione di controlli in sede frontaliera, come avvenuto con l'ordinanza del Ministro della salute 30 gennaio 2020 sul blocco voli dalla Cina.

4. L'approccio "normativo" all'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia.

Subito dopo l'emanazione dell'ordinanza del Ministero della salute 30 gennaio 2020 si è immediatamente proceduto ai sensi degli artt. 24 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018, ossia con la deliberazione del Consiglio dei ministri, che ha fissato la durata e l'estensione nazionale dello stato di emergenza, seguita da atti normativi primari e secondari e da ordinanze di protezione civile¹¹.

Il 5 febbraio 2020, con decreto del Capo Dipartimento della protezione civile n. 371, è stato istituito il Comitato tecnico scientifico (CTS) previsto dall'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, con funzioni di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus.

Nel monitoraggio costante dell'evoluzione epidemiologica si arrivava contestualmente ad adottare ordinanze del Ministro della salute d'intesa con i Presidenti delle Regioni, istitutive delle prime c.d. "zone rosse", e all'adozione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, con il quale sono state individuate misure di contenimento e gestione dell'epidemia (tra le quali il "*divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata*") da adottarsi con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, prevedendo, al contempo, la facoltà, per le "*autorità competenti*", di adottare ulteriori misure di contenimento, finalizzate a prevenire la diffusione del virus anche al di fuori dei casi già elencati.

La progressione normativa seguiva il mutamento e l'espansione del virus che richiedeva un tempestivo adeguamento, nell'"*an*" e nel "*quantum*" delle misure adottate che, superando gli ambiti di limitazione territoriale regionale, andavano ad assumere, per finalità di contenimento, un'estensione di tipo nazionale.

Con i primi interventi normativi in oggetto si è tentato di delineare un sistema integrato tra poteri dello Stato con interventi complementari e sussidiari rispetto all'emergenza pandemica, individuando a monte i presupposti di fatto e di diritto per l'adozione dei relativi provvedimenti di contenuto complesso e atipico ma finalizzati tutti alla tutela del diritto alla salute, nella doppia accezione individuale e collettiva di cui all'art. 32 Cost.

Secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 2, del citato d.l. n. 6 del 2020, le autorità competenti, secondo la normativa vigente, in attesa dell'emanazione dei predetti decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e nei casi di estrema necessità e urgenza, possono adottare misure di contenimento con ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica.

In attuazione del citato d.l. n. 6 del 2020, è stato emanato il d.p.c.m. 23 febbraio 2020, che ha previsto una serie di misure urgenti per far fronte alla rapidità del contagio nelle prime zone colpite dal coronavirus, nonché forme di sorveglianza domiciliare per coloro che avevano sostato o transitato in tali zone.

¹¹ Ai sensi dell'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1 del 2018, lo stato di emergenza non può superare i dodici mesi, essendo al più prorogabile per non più di ulteriori dodici mesi.

È con il d.p.c.m. 9 marzo 2020 che si sancisce il superamento della dimensione territoriale per passare a una gestione epidemiologica a livello nazionale: tutta l'Italia diventava zona protetta - analogamente a quanto già avvenuto per la Lombardia e per le altre quattordici province -, la circolazione era vietata, salvo che per comprovate esigenze lavorative, per necessità, motivi di salute o rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza, erano stati imposti *lockdown* e quarantena.

Con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, si è inteso limitare l'ambito operativo dei provvedimenti conseguenziali, tipizzando in norme di rango primario le misure potenzialmente applicabili su tutto il territorio nazionale o su parte di esso, per periodi predeterminati.

Tale decreto, pur confermando l'impianto del d.l. n. 6 del 2020, ne ha mutato varie disposizioni, abrogandolo quasi per intero.

Come si legge nel dossier del Servizio Studi del Senato, *“in relazione alla riserva di legge prevista dalle norme costituzionali per le limitazioni ad alcuni diritti di libertà (cfr. gli artt. 13, 14, 16, 17 e 41 Cost.), giustificate da altri interessi costituzionali (quale nel caso di specie la tutela della salute pubblica, di cui all'art. 32 Cost.)”*, il decreto contiene una elencazione di *“misure eventualmente applicabili per contrastare l'emergenza, nel cui ambito i singoli provvedimenti attuativi (adottati, ai sensi dell'articolo 2, con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) potranno individuare, a seconda del luogo e del momento di applicazione, quelle più opportune ed efficaci. Il decreto-legge disciplina anche le misure urgenti che possono essere adottate dalle regioni in relazione a specifiche situazioni di aggravamento, nonché le sanzioni applicabili per la violazione delle misure”*.

Ed infatti, l'art. 1, comma 2, del citato d.l. 19 del 2020, individua una serie di misure di contrasto e di emergenza epidemiologica (quali, ad esempio, le limitazioni agli spostamenti, le misure di quarantena, la chiusura dei attività commerciali, la sospensione di servizi educativi e scolastici, nonché di manifestazioni e spettacoli), da adottare con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri - sentito il Comitato tecnico scientifico - consentendo, in alcuni casi, alle autorità competenti, l'adozione di ulteriori misure rispetto a quelle previste dal decreto-legge medesimo.

Il legislatore ha poi previsto che, con ordinanza del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, in casi di estrema necessità e urgenza, *“nelle more”* dell'adozione dei predetti decreti e con efficacia limitata fino a tale momento, potessero essere adottate misure di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria (art. 2, comma 2).

Il citato d.l. n. 19 del 2020 predetermina il contenuto delle misure di contenimento adottate con successivi d.p.c.m., senza lasciare alle *“autorità competenti”* la possibilità di adottare misure di contenimento ulteriori e diverse da quelle contemplate dal decreto-legge medesimo.

Rimane fermo in capo al Ministro della salute il potere di ordinanza ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, che, proprio per la sua peculiarità di ambito di competenza, conserva un suo autonomo potere di intervento rispetto a situazioni non contemplate, urgenti e indifferibili, che mettono in pericolo il diritto alla salute: un potere che è stato di fatto esercitato con particolare riferimento alla

gestione differenziata degli ingressi da paesi esteri con situazioni epidemiche fuori controllo.

Viene comunque disciplinato anche il riparto di competenza Stato-Regioni-Comuni.

L'art. 3 del richiamato d.l. n. 19 del 2020 riconosce, infatti, un'autonoma competenza ad adottare ordinanze contingibili e urgenti anche ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci, ma soltanto al ricorrere di specifici presupposti e nel rispetto di alcune condizioni: le autorità non statali possono intervenire nelle more - afferma il legislatore - dell'adozione del d.p.c.m. e soltanto in presenza di specifiche situazioni sopravvenute e di un aggravamento del rischio, verificatisi nel territorio di competenza.

Le Regioni e i Comuni, quindi, possono intervenire solo negli ambiti di rispettiva competenza e, comunque, senza incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica sull'economia nazionale.

In tal modo, i poteri di ordinanza dei sindaci (così come quelli dei Presidenti delle Regioni) vengono circoscritti e limitati rispetto a quanto previsto dall'ordinamento in via generale, anche al fine di rafforzare il coordinamento in capo al Presidente del Consiglio dei ministri e di garantire l'adozione di misure tendenzialmente uniformi sul territorio, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

L'art. 18 del successivo d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ha restituito ai sindaci la pienezza dei poteri di ordinanza previsti dall'ordinamento vigente prima dell'introduzione dei limiti dettati in relazione all'emergenza da Covid-19, prevedendo l'abrogazione dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020.

Come si legge nella relazione illustrativa al d.l. n. 76 del 2020, la finalità della disposizione è quella di *“ripristinare pienamente i poteri extra ordinem attribuiti ai sindaci dall'art. 50 del Testo unico degli enti locali (TUEL), in modo che gli stessi possano adottare tutte le misure contingibili e urgenti eventualmente necessarie per evitare nuove situazioni di rischio per la salute e l'incolumità delle proprie comunità”*, ed *“essendo ora venuta meno la ratio sottesa alla norma”*, ne è stata disposta l'abrogazione.

In tal modo, dunque, sono venuti meno i richiamati limiti cui era sottoposto il potere di ordinanza sindacale nelle fasi cruciali di contrasto alla diffusione dell'epidemia, che invece, sono stati mantenuti con riguardo ai provvedimenti regionali (ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3, del d.l. n. 19)¹².

Si è, pertanto, determinata un'asimmetria tra il potere di ordinanza dei sindaci e il potere delle Regioni di adottare atti, incluse le ordinanze¹³. Ciò con particolare riferimento alla gestione delle emergenze nelle materie igiene e sanità pubblica e polizia veterinaria, di cui all'art. 32 della l. n. 833 del 1978, che - come detto - attribuisce ai sindaci e ai Presidenti di Regione poteri di ordinanza a seconda dell'estensione territoriale delle emergenze stesse.

Rispetto a tale organizzazione ordinamentale di risposta all'epidemia, il d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (interventivo in quella che, nel lessico corrente, è stata definita *“fase 2”* dell'emergenza epidemiologica), ha introdotto specifiche misure

¹² Dossier 6 settembre 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, D.L. 76/2020 – A.C. 2648, Servizio Studi Senato, in www.documenti.camera.it, 288.

¹³ M. FRATINI, *cit.*

inerenti, in particolare, alla libertà di circolazione (endo-regionale, iter-regionale, da e per l'estero), alla misura della quarantena nonché alle attività economiche, produttive e sociali, con attribuzione alle Regioni (e alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome) del compito di adottare protocolli e linee guida¹⁴.

Sempre con riferimento a tali attività, il legislatore ha riconosciuto alle regioni la facoltà di introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sulla base dell'andamento della situazione epidemiologica nel territorio, nelle more dell'adozione dei predetti decreti e con contestuale informazione nei confronti del Ministro della salute.

Proprio in considerazione dell'esigenza di adottare una politica di profilassi nazionale e internazionale omogenea e, contestualmente, di rispettare principi di proporzionalità e adeguatezza nell'adozione di misure limitative delle libertà di circolazione e aggregazione, si è costruito un sistema di intervento calibrato su base regionale direttamente collegato alla rilevazione di indicatori di rischio di circolazione del virus e di conseguente tenuta del SSN.

Il d.l. 9 novembre 2020, n. 149, ha quindi introdotto il meccanismo di "classificazione" delle Regioni a maggiore rischio epidemiologico con le conseguenti adozioni automatiche di specifici cataloghi di misure, ritenute adeguate e proporzionali rispetto al rischio rilevato.

In prima battuta, tale meccanismo è stato disciplinato dal d.p.c.m. 3 novembre 2020 e, successivamente, dal d.l. n. 149 del 2020, che, all'art. 30, mediante l'inserimento del comma 16-*bis* all'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020, lo ha, di fatto, legificato.

Si tratta di un meccanismo consistente nell'applicazione, con ordinanza del Ministro della salute, di specifiche misure di contenimento dell'epidemia nelle diverse Regioni italiane sulla base dell'andamento del contagio. Le varie zone di rischio sono state diversificate tra loro in relazione alla gravità delle misure adottate (cd. "zone gialle", "zone arancioni", "zone rosse").

Successivamente, con il d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, è stata introdotta la possibilità, in caso di evoluzione positiva della curva epidemiologica, di esentare le Regioni dall'applicazione di misure restrittive di contenimento dell'epidemia, fatta salva l'applicazione dei protocolli di sicurezza per lo svolgimento delle varie attività (cd. "zona bianca").

La denominazione delle zone, poi, è stata definitivamente consacrata in una norma di legge con il d.l. 23 febbraio 2021, n. 15, che ha introdotto, nel testo dell'articolo 1 del d.l. n. 33 del 2020, le denominazioni di "zona bianca", "zona gialla", "zona arancione" e "zona rossa" (comma 16-*septies*).

La *ratio* di tale meccanismo di classificazione delle Regioni è proprio quella di garantire un approccio comune alla scalabilità delle misure di mitigazione e di contenimento del virus SarS-CoV-2, in relazione all'andamento epidemiologico riscontrato in ciascun ambito regionale. Trattasi di un meccanismo coerente con il

¹⁴ Dossier 26 giugno 2020, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, D.L. 33/2020 – A.C. 2554, Servizio studi Senato, in www.documenti.camera.it.

documento di “Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale” (allegato 25 al d.p.c.m. 3 novembre 2020), il quale, in prossimità della stagione autunnale/invernale, aveva previsto una rimodulazione - in senso sia restrittivo che ampliativo (*escalation* e *de-escalation*) - delle misure di contenimento/mitigazione dell’epidemia, in base allo *scenario* ipotizzato e al *livello di rischio* rilevato in ciascuna Regione/Provincia autonoma.

Il procedimento attraverso il quale sono individuate le Regioni a maggiore rischio sanitario si articola in fasi distinte, che possono essere sintetizzate nel modo seguente:

1. i dati forniti dalle Regioni vengono acquisiti e monitorati settimanalmente dalla Cabina di regia (istituita con il d.m. 29 maggio 2020) che, sulla base dei criteri di cui al d.m. 30 aprile 2020 e in coerenza con il documento di “Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale”, procede ad una classificazione del livello di rischio per ciascuna Regione/Provincia autonoma, prendendo in considerazione i dati consolidati forniti dalle stesse regioni/province autonome e riferiti alla settimana precedente alla rilevazione;
2. la medesima Cabina di regia trasmette al Ministro della salute gli esiti del monitoraggio;
3. sui dati monitorati viene sentito, ove ritenuto necessario, il Comitato tecnico scientifico;
4. in merito agli esiti del monitoraggio il Ministro acquisisce preventivamente il sentito dei Presidenti delle Regioni interessate;
5. il Ministro della salute adotta un’ordinanza, con la quale, prendendo atto dei risultati del monitoraggio, come verificato dalla Cabina di regia e sentito il Comitato tecnico scientifico, sono individuate, in modo automatico, le Regioni alle quali si applicano le misure di contenimento del contagio.

Sul punto, è interessante un passaggio argomentativo del decreto n. 25 del 2 febbraio 2021 del T.a.r. Sardegna, nel quale il Collegio ha sottolineato il carattere dell’automatismo insito nel sistema di classificazione del rischio epidemiologico. Si legge, infatti, nel decreto che: “*per quanto riguarda la classificazione del rischio, [esso] è frutto dell’applicazione di numerosi criteri -- per lo più automatici o che comunque sono espressione di discrezionalità tecnica (che non può essere sindacata se non quando manifestamente illogica)-- elaborati con un algoritmo, che sono stati scelti per monitorare l’andamento dell’epidemia e riguardano diversi ambiti: la capacità di raccolta dati delle singole regioni, di testare i casi sospetti, la possibilità di garantire adeguate risorse per contact tracing, isolamento e quarantena nonché la tenuta dei servizi sanitari.*”

Tale meccanismo, unico nel panorama internazionale, ha consentito di modulare sul territorio le misure di cui al catalogo del d.l. n. 19 del 2020, evitando - se non per tempi e giornate limitate - *lockdown* generalizzati, garantendo una compartecipazione decisionale delle Regioni espressamente rappresentate all’interno della Cabina di Regia, deputata a convalidare i dati e gli indicatori elaborati sulla base del flusso dati regionale.

Tornando alla rassegna degli atti normativi più rilevanti nell'ambito della gestione dell'emergenza da Covid-19, merita particolare attenzione il d.p.c.m. 2 marzo 2021, il primo e l'ultimo decreto del Governo Draghi, la cui efficacia è stata prorogata dai decreti-legge successivi, che, di fatto, hanno legiferato le misure ivi contenute. In particolare, la politica di intervento adottata dal nuovo Governo Draghi, se, per un verso, ha mantenuto lo strumento del d.p.c.m., confermando l'impianto di cui al d.l. n. 19 del 2020, per altro verso, ha demandato al decreto-legge la definizione delle nuove misure di contenimento e contrasto alla pandemia da Covid-19, in un contesto di riapertura e di graduale ritorno all'ordinario, anche al fine di mantenere un sistema di *checks and balances* tra i poteri, che lo strumento del decreto-legge è certamente in grado di assicurare.

Da qui ne è seguita un'articolata sequenza di decreti-legge, tra i quali si annovera il d.l. 1° aprile 2021, n. 44, che ha introdotto l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgano la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socioassistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali.

La vaccinazione anti-Sars-Cov-2 costituisce, in tali casi, requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati.

L'obbligo di vaccinazione finora disposto per alcuni specifici settori lavorativi, è stato poi esteso con decreti-legge successivi (d.l. 6 agosto 2021, n. 111, d.l. 26 novembre 2021, n. 172 e d.l. 7 gennaio 2022, n. 1), ricomprendendo anche altre categorie, quali i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, il personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, coloro che abbiano più di cinquanta anni di età nonché il personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori (salve, in tutti i casi, le esenzioni per specifiche ragioni cliniche).

Con il successivo d.l. 22 aprile 2021, n. 52, è stato disciplinato il quadro delle misure da applicare (dal 1° maggio al 31 luglio 2021, termine allora previsto per la cessazione dello stato di emergenza) per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali.

Uno degli aspetti di maggior rilievo del d.l. n. 52, sta nel fatto che lo stesso contiene una disciplina legislativa di dettaglio delle misure di contenimento della diffusione del virus Sars-Cov-2 fino ad allora affidata ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Nel contempo, le misure di cui al d.p.c.m. 2 marzo 2021 sono state prorogate fino al 31 luglio 2021 (salvo quanto previsto dal decreto-legge medesimo), estendendo alla medesima data l'adottabilità delle misure emergenziali.

Si deve al citato d.l. n. 52 del 2021, inoltre, l'introduzione dell'istituto delle certificazioni verdi Covid-19, rilevante a vari fini, dagli spostamenti territoriali delle persone all'accesso a spettacoli, eventi sportivi e altro.

I certificati previsti attestano la sussistenza di una delle seguenti condizioni: vaccinazione anti-Sars-Cov-2; guarigione dalla malattia; effettuazione di un test molecolare o di un test antigenico rapido, con risultato negativo. Tali certificazioni

possono costituire condizione di accesso a eventi pubblici, attività di ristorazione, mezzi di trasporto, etc.

La finalità, dunque, è quella di consentire una più rapida ripresa degli spostamenti e delle attività sospese a causa della pandemia, anticipando, in sede nazionale, il cd. *green pass* già in corso di definizione in ambito europeo¹⁵.

Con il successivo d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 31 marzo 2022. Va notato che la proroga dello stato di emergenza al 31 marzo 2022, così come quella stabilita al 31 dicembre 2021 dal d.l. 23 luglio 2021, n. 105, è stata disposta direttamente dall'articolo 1 dello stesso d.l. (e non più da una delibera del Consiglio dei Ministri).

La proroga in esame è collegata a quella che estende al 31 marzo 2021 la possibilità di adottare provvedimenti di contenimento dell'emergenza all'interno della cornice normativa fissata dal d.l. n. 19 del 2020, con riferimento alla tipizzazione delle misure restrittive, e dal dl. n. 33 del 2020, con riferimento alla definizione delle specifiche aree del territorio nazionale su cui applicare tali misure, corrispondentemente a specifici parametri in base ai quali valutare l'evolversi dei dati epidemiologici.

In considerazione del complessivo trend epidemiologico in decrescita e tenuto conto della cessazione dello stato di emergenza al 31 marzo 2022, si è giunti così al d.l. 24 marzo 2022, n. 24, il quale prevede un regime caratterizzato da un graduale allentamento delle misure di contrasto alla diffusione del virus, al fine di consentire un progressivo rientro all'ordinario.

In questo sistema complesso di ripresa, è interessante richiamare l'art. 3 del d.l. n. 24 del 2022, il quale modifica, dal 1° aprile e fino al 31 dicembre 2022, la disciplina vigente con riferimento alle ordinanze del Ministro della salute in materia di ingressi sul territorio nazionale e per l'adozione di linee guida e protocolli connessi all'emergenza da Covid-19.

In particolare, a seguito della cessazione dello stato di emergenza e anche tenuto conto del venir meno dell'impianto normativo cristallizzato nei dd.ll. nn. 19 e 33 del 2020, è stato disciplinato il conferimento al Ministro della salute di uno specifico potere di ordinanza con riferimento all'adozione e all'aggiornamento di linee guida e protocolli connessi all'emergenza Covid-19, all'introduzione di limitazioni agli spostamenti da e per l'estero nonché all'imposizione di misure sanitarie in dipendenza dei medesimi spostamenti. La disposizione, inoltre, precisa che, in ogni caso, resta fermo il potere generale di ordinanza del Ministro della salute di cui dall'art. 32 della l. n. 833 del 1978, quale potere atipico previsto per fronteggiare le situazioni imprevedibili e urgenti in materia di tutela della salute.

Come si è avuto modo di constatare, dunque, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata caratterizzata, in una prima fase, da un "*doppio binario*" rappresentato, da una parte, dal potere d'ordinanza del Ministro della salute ai sensi del citato art. 32 della l. n. 833 del 1978 e, dall'altro, dal potere d'ordinanza in

¹⁵ Si veda, sul punto, il Regolamento UE 2021/953, che, insieme al Regolamento 2021/954 applicabile ai cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o residenti nel territorio dell'Unione, definiscono, a livello sovranazionale, un quadro di regole comuni – direttamente applicabile in tutti gli stati membri dell'Unione Europea – per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati COVID digitali. La data di entrata in vigore è prevista per il 1° luglio 2021.

materia di protezione civile, che il Codice radica nel Capo Dipartimento della protezione civile e nel Commissario eventualmente nominato.

Invero, i primissimi provvedimenti adottati durante l'emergenza sono rappresentati dalle ordinanze del Ministro della salute 25 gennaio 2020 (recante misure di sorveglianza attiva per gli individui rientrati dalle aree interessate dalla diffusione del virus e di potenziamento del reclutamento del personale sanitario destinato ad attività di controllo) e 30 gennaio 2020 (in tema di sospensione dei voli diretti per la Cina).

A soli sei giorni di distanza dalla prima ordinanza, nella seduta del 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri ha deliberato lo stato di emergenza per 6 mesi (fino al 31 luglio 2020), autorizzando il potere di emanare ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Ed infatti, tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020, sono state adottate una serie di ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri.

Per effetto dell'aggravarsi della diffusione del virus, e in ragione della difficoltà di fronteggiare un evento emergenziale completamente inedito e imprevedibile come quello determinato dall'infezione da Coronavirus mediante gli strumenti offerti dal sistema di protezione civile, il Consiglio dei ministri ha adottato un primo decreto-legge, emanato il giorno successivo, che ha stabilito il potere di dare attuazione ad una serie di misure per far fronte all'emergenza sanitaria *“attraverso uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri?”*.

Tale flusso di provvedimenti rivela una scelta del Governo, definita dei *“piccoli passi”*, che risulta coerente anche rispetto al proposito di calibrare ogni singola decisione alle indicazioni provenienti dal Comitato tecnico scientifico, istituito proprio al fine di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio le misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi, che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza¹⁶.

L'andamento di questi primi interventi normativi appare sintomatico di un vero e proprio cambiamento di approccio da parte del Governo: con l'aggravarsi di quella che sarebbe diventata una pandemia, si è passati da interventi incentrati sul sistema della protezione civile, a quelli sull'emergenza sanitaria, per poi passare a un meccanismo di decreti-legge accompagnati da una definizione di interventi puntuali tramite decreti del Presidente del Consiglio, per giungere, infine, allo strumento del decreto-legge, che individua, principalmente, specifiche misure di contenimento del contagio¹⁷.

Ed infatti, a seguito del d.p.c.m. 2 marzo 2021, la scelta è stata quella di una normazione diretta di rango primario adottata collegialmente in seno al Consiglio dei Ministri, pur residuando il potere di intervento di ordinanza del Ministro della salute e delle altre autorità competenti.

¹⁶ Così I. A. NICOTRA, cit.

¹⁷ G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da covid-19 e i rapporti tra decreto legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XIII, 2020, 352.

Questo approccio, dunque, conferma che lo stato di emergenza, o più correttamente il fenomeno emergenziale, va ricondotto nel perimetro costituzionale dei casi straordinari di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost.: “governo e gestione dell'emergenza, in assenza di una disposizione costituzionale dell'emergenza, si snodano tra fonte sulla produzione, fonti di produzione ed atti consequenziali di natura amministrativa”. Il ricorso a una legge materiale, piuttosto che ad una legge formale, frutto di una decisione politica che trova copertura e fondamento in Cost., è giustificato, ma limitatamente nel tempo, dall'esistenza di “casi straordinari di necessità ed urgenza”, come previsto, per l'appunto, dall'art. 77 Cost.¹⁸.

5. La cornice normativa dell'emergenza da Covid-19 secondo il giudizio della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato.

La Corte Costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulle ripercussioni dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nel sistema delle fonti del diritto (cfr. sentenza n. 198 del 23 settembre 2021).

Le questioni sono state sollevate dal Giudice di pace di Frosinone, nell'ambito di un giudizio di opposizione di un cittadino contro la sanzione amministrativa inflittagli per aver violato le misure di contenimento del virus, in particolare il divieto di uscire dalla propria abitazione e spostarsi nel territorio comunale senza giustificato motivo, sancito dal d.p.c.m. 22 marzo 2020.

Secondo il giudice *a quo*, la sanzione inflitta si fonderebbe su un'illegittima delega della funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da Covid-19 all'autorità di Governo, realizzata con l'adozione di meri atti amministrativi - i d.p.c.m. - in contrasto con il principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa e al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quale quella dello “*stato di guerra*” di cui all'art. 78 Cost.

Per tali ragioni, viene contestata la legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6 del 2020 e degli artt. 2, 3 e 4 del d.l. n. 19 del 2020 (entrambi convertiti in legge con modificazioni), da cui deriverebbe la suddetta alterazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa, in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost.

Secondo la Corte, il d.l. n. 19 del 2020 non ha dato luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., limitandosi ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste, come si evince anche rispetto a quella che ha dato origine alla sanzione amministrativa oggetto del giudizio *a quo*.

Data la funzione meramente attuativa di tali misure, il cui contenuto è stato preventivamente tipizzato dal d.l. n. 19 del 2020, esse possono accostarsi ad “atti necessitati” e si differenziano, dunque, dalle cc.dd. “ordinanze necessitate” disciplinate dal Codice di protezione civile, il cui contenuto, invece, risulta libero.

¹⁸ M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Rivista AIC, n. 1/2021, 405.

La Corte, quindi, conclude evidenziando come le misure in questione, proprio perché emesse in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, non comportino quella delega impropria di funzione legislativa al Governo che era stata erroneamente ipotizzata dal giudice *a quo*.

Già qualche mese prima, la Corte Costituzionale si era pronunciata per la prima volta sui principi che dovrebbero reggere il rapporto Stato-Regioni nel corso di una pandemia e, più nello specifico, sulla questione della competenza legislativa di Regioni e Province autonome ad adottare sistemi di contenimento e di prevenzione dell'emergenza epidemiologica difforni (in ipotesi anche totalmente) da quelli statali.

Il riferimento è alla sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, nella parte in cui prevedeva che le disposizioni di legge statale preordinate al contenimento della pandemia da Covid-19 non fossero immediatamente applicabili sul territorio valdostano, subordinandone, anzi, l'efficacia alla previa compatibilità con un regime normativo diverso e alternativo, asseritamente fondato su puntuali competenze costituzionali e statutarie.

In particolare, la Corte, in quella occasione, ha in primo luogo ricondotto il quadro delle misure di contrasto alla competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q), della Cost., evidenziando che, nell'affrontare l'epidemia da Covid-19, *“il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri?”*.

A giudizio del Collegio, *“la pandemia in corso”* aveva richiesto e richiedeva ancora *“interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.”*, mentre la legge impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, esponeva di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio potesse accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore e che tale aggravamento del rischio sarebbe stato idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia.

Nel merito, la Corte ha ribadito a chiare lettere quanto preliminarmente osservato nel giudizio cautelare, ossia che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade integralmente nell'anzidetta competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale, la quale sarebbe, infatti, *“comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”*.

Anche il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'assetto delle fonti nel sistema della normativa emergenziale da Covid-19. Si fa riferimento, in particolare, al parere n. 850 del 13 maggio 2021 reso nell'ambito del ricorso straordinario al

Presidente della Repubblica proposto da un ristoratore avverso un provvedimento questorile di chiusura della relativa attività per quindici giorni.

Il ricorrente, in quella sede, ha impugnato - tra l'altro - i d.p.c.m. 24 ottobre 2020 e 3 novembre 2020, contestandoli, in primo luogo, sul piano della legittimità costituzionale e, in secondo luogo, con riguardo alla misura - ivi prevista - avente ad oggetto il divieto di svolgere attività di ristorazione tra le ore 18:00 e le ore 5:00, trattandosi, a dire del ricorrente, di una violazione grave ed inammissibile del diritto al lavoro costituzionalmente garantito.

In quella sede, il Collegio - limitandosi ad esaminare esclusivamente i profili di costituzionalità del meccanismo normativo e amministrativo relativi alle limitazioni dei diritti al lavoro e alla libera iniziativa economica privata contestate dal ricorrente - ha osservato, con specifico riferimento al sistema delle fonti concepito nel contesto emergenziale della pandemia da Covid-19, che *“il ricorso ai decreti attuativi, operato dai precedenti decreti-legge (...), sia in sé coerente con il sistema delle fonti, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché in linea generale non è riservata alla norma primaria (ancorché contenuta nell'atto-fonte di necessità e urgenza) la disciplina di dettaglio e analitica delle fattispecie regolate (soccorrendo a tal fine, nella fisiologia della normazione, secondo uno schema gradualista delle fonti, la disciplina secondaria dell'esecutivo); in secondo luogo perché il decreto-legge, per quanto agile e di rapida approvazione parlamentare, non avrebbe consentito, nel sopra descritto contesto storico, la duttilità, l'adattabilità e la flessibilità necessarie ad aderire plasticamente alla continua mutevolezza delle condizioni oggettive di sviluppo e andamento della pandemia, notoriamente variabili e scarsamente prevedibili, con significative diversificazioni territoriali, tali da richiedere la capacità di provvedere – di mutare le disposizioni – anche nel breve arco di un mese (o, addirittura, di settimane), duttilità, adattabilità e flessibilità certamente assicurate in misura maggiore dallo strumento esecutivo del d.P.C.M.”*.

A giudizio del Collegio, quindi, l'attribuzione - operata dai dd.ll. n. 6 e 19 del 2020 - della competenza, a favore del Presidente del Consiglio dei ministri, a introdurre atti equivalenti nella sostanza alle ordinanze contingibili e urgenti, non configura una violazione della l. n. 833 del 1978 (nella specie, dell'art. 32, che attribuisce al Ministro della salute il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria), né della legislazione sulla protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018).

Pertanto, il Collegio ha ritenuto *“logico e ragionevole”* attribuire, per evidenti ragioni di speditezza e di semplificazione connesse alla specifica emergenza da pandemia, le funzioni di intervento urgente all'organo monocratico che, peraltro, quale capo del Governo, riassume e sintetizza in sé il ruolo e la responsabilità dell'intero esecutivo, ai sensi dell'art. 92 Cost., comma 1, secondo periodo (*“Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene la unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei Ministri”*).