

MARIA BALDARI

Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso il Dipartimento di  
Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università  
"Mediterranea" di Reggio Calabria  
*maria.baldari@univ.it*

## **POTERE E INCERTEZZA SCIENTIFICA AI TEMPI DEL COVID-19**

### **POWER AND SCIENTIFIC UNCERTAINTY DURING THE COVID-19 CRISIS**

#### SINTESI

Il *paper* si focalizza sul principio di precauzione come modalità di gestione di contesti emergenziali, compresa la pandemia da Covid-19. Si esamineranno dapprima i presupposti applicativi e le caratteristiche generali degli atti adottati in ossequio alla logica precauzionale. Successivamente si analizzeranno gli elementi ad esso riconducibili emersi nell'emergenza sanitaria attuale, dando atto di come tale gestione, sebbene formalmente rispettosa dell'assetto normativo ed istituzionale, si sia rivelata in concreto non del tutto soddisfacente. In particolare, si segnalerà il continuo rinvio da parte dell'organo esecutivo (peraltro monocratico) alle valutazioni del comitato tecnico-scientifico. Tale prassi, che denota una abdicazione del primo dal proprio ruolo di decisore politico, si inserisce nella più ampia tematica relativa alla crisi del parlamentarismo, per il cui superamento si auspica una cospicua riforma istituzionale. Inoltre sarà messo in evidenza come i provvedimenti emanati, allo scopo di contenere il contagio e dunque tutelare la salute pubblica, abbiano limitato in maniera eccessiva gli altri diritti fondamentali dei singoli; su questo fronte, l'indicazione è quella del recupero di una corretta operazione di bilanciamento.

#### ABSTRACT

The paper focuses on the precautionary principle as a way of managing emergency situations, including the Covid-19 pandemic. It first examines the conditions of application and the general characteristics of the Acts adopted in accordance with the precautionary logic. The essay then examines the elements attributable to this principle emerging in the current health emergency, noting how its management, while formally respecting the regulatory and institutional framework, has not in practice proved entirely satisfactory. In particular, it will highlight continuous remittal by the (moreover monocratic) executive power to assessment by a technical and scientific committee. This practice, which denotes a renunciation by the former of its role as a political decision-maker, is part of the wider issue of the crisis of parliamentarism, which it is hoped can be solved by large-scale reform. The paper also examines the extent to which the measures adopted to limit contagion and therefore protect public health are excessively restrictive of the other fundamental rights of individuals; on this front, what is required is the recovery of a correct balancing operation.

PAROLE CHIAVE: Emergenza – scienza – precauzione – salute – valutazioni tecniche – potere – bilanciamento – proporzionalità

KEYWORDS: Emergency – science – precaution – safety – technical evaluations – power – balance – proportionality

INDICE: 1. Premessa sulle norme emergenziali nel nostro ordinamento. – 2. Origine e fondamento del principio precauzionale. – 3. Potere e scienza. – 4. Caratteristiche generali del modello precauzionale. – 5. Gestione precauzionale dell'attuale emergenza sanitaria. – 6. Predominio delle valutazioni del CTS ed indebolimento del ruolo del Parlamento. – 7. Inadeguato bilanciamento dei diritti in conflitto. – 8. Note conclusive.

## **1. Premessa sulle norme emergenziali nel nostro ordinamento**

L'emergenza, nella misura in cui mette alla prova la tenuta dell'assetto istituzionale del Paese, determina da sempre l'interrogativo su quale debba essere la reazione da parte di ciascun ordinamento.

E, a fronte di una Costituzione come la nostra, priva di una formale regolazione di tale fenomeno, il dibattito circa il fondamento della normativa emergenziale non può che essere ulteriormente alimentato.

La tematica è tornata di estrema attualità a seguito della pandemia legata alla diffusione del virus SarS-CoV-2, nel cui contesto hanno ripreso a contrapporsi pressoché tutte le teorie.

A fronte della impossibilità di approfondire la questione nell'ambito del presente contributo, ci si limiterà in questa sede ad enucleare le varie posizioni registratesi sul punto<sup>1</sup>.

Un primo orientamento si fonda sull'idea secondo cui la necessità sia fonte autonoma del diritto, che legittima pieni poteri sia pure temporalmente limitati e rispettosi dei principi fondamentali<sup>2</sup>.

I fautori di questa tesi si dividono poi al loro interno tra coloro i quali ritengono che non occorra una norma specifica sulla necessità ed urgenza, in quanto queste resterebbero fonti comunque indispensabili del diritto; e quelli che invece auspicano una modifica della Costituzione mediante l'introduzione di una norma sull'emergenza.

Secondo un'opposta posizione, dal mancato riferimento espresso all'emergenza non dovrebbe trarsi la conclusione secondo cui il fenomeno in esame resti sconosciuto alla Carta Costituzionale; e ciò in quanto, a ben vedere,

<sup>1</sup> Sul tema si rinvia a C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, Giuffrè 1940; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 1992 p. 235; ID, *Diritto costituzionale*, 9<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, p. 251; G. MAZZARITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 886.

<sup>2</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 220: «La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate».

esisterebbero diverse norme dalle quali dedurre una regolamentazione, sia pure indiretta, della gestione di fasi emergenziali<sup>3</sup>.

In questo senso verrebbero in rilievo innanzitutto gli artt. 77 e 78 Cost: il primo riconosce un modello di emergenza “generale” che consente al Governo, in casi straordinari di necessità e di urgenza, di adottare provvedimenti provvisori con forza di legge; il secondo fonda una emergenza “speciale”, circoscritta allo stato di guerra<sup>4</sup>. L’art. 120, co. 2 consente inoltre al Governo di sostituirsi agli organi dei vari enti locali ove si assista al «*mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica*»; l’esercizio del potere sostitutivo deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Ancora, l’art. 126 Cost. prevede la possibilità di scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta, fra gli altri e per quanto qui d’interesse, «*per ragioni di sicurezza nazionale*»: una sorta di emergenza “costituzionale” che si manifesta quando questi organi compiano atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge.

Ma, quale che sia la giustificazione giuridica cui si voglia aderire, la storia insegna come durante le fasi di emergenza l’ordinamento abbia quasi sempre reagito con l’attribuzione di poteri straordinari al Governo, organo che, per organizzazione e modalità di funzionamento, meglio si presta ad assumere decisioni in tempi rapidi<sup>5</sup>.

Una conferma in questo senso può essere tratta, oltre che dalle menzionate disposizioni costituzionali, dalla normativa di rango primario, anch’essa volta ad attribuire un ruolo predominante a soggetti appartenenti, a vario titolo, al potere Esecutivo.

Ciò avviene in particolare attraverso lo strumento delle cd. ordinanze *extra ordinem*, con le quali il legislatore attribuisce una sorta di delega “in bianco”,

<sup>33</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 2020, fasc. 2, secondo il quale «*la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancor-ché implicito) della normazione extra ordinem, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria. È dunque assai dubbio che la diffusa sollecitazione a una revisione costituzionale che disciplini lo stato di emergenza meriti di essere raccolta: la Costituzione ha mostrato di saper reggere<sup>41</sup> e, una volta di più, se ci sono dei problemi non è di là che vengono*», così. Molto prima, F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 141.

<sup>4</sup> La differenza tra i due modelli risiede essenzialmente nella circostanza che nell’art. 77 Cost. risulta esaltata la capacità e la responsabilità autonoma del Governo nella gestione dei casi straordinari, con un controllo del Parlamento limitato alla fase successiva di conversione del d.l.; nell’art. 78 Cost. è invece ricalcato il modello di delega legislativa “atipica” in quanto l’azione del Governo è preceduta e indirizzata dalla previa decisione delle Camere dello stato di guerra e dal successivo provvedimento con cui si attribuiscono al Governo i poteri necessari.

<sup>5</sup> L’origine di tale potere sostitutivo ha radici lontane, risalenti all’inizio del secolo scorso ed in particolare al terremoto che nel 1908 colpì e distrusse le città di Reggio Calabria e Messina. Già in quell’occasione si evidenziò infatti la necessità di uno *jus singulare* che permettesse al governo di derogare ai principi legislativamente consolidati nell’ordinamento. Si v. SANTI ROMANO, *op. cit.*; V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro siculo*, in *Rivista di Diritto civile*, I, 1909, pp. 337 ss.

a seconda dei casi, al Prefetto, al Sindaco (in veste di rappresentante della comunità locale o quale ufficiale di Governo), al Ministro della Salute o al Capo della Protezione Civile<sup>6</sup>.

Com'è noto, si tratta di atti straordinari adottati da autorità amministrative in deroga alla normativa vigente, in situazioni nelle quali i poteri ordinari rischierebbero di rivelarsi inefficaci. Non a caso, le loro caratteristiche sono l'atipicità e la possibilità di derogare, sia pure in via temporanea, alle norme di legge, con i limiti rappresentati dal rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento, della riserva assoluta di legge nonché delle norme comunitarie<sup>7</sup>.

Una simile forma di gestione dell'emergenza si fonda su pericoli noti in quanto già verificatisi in passato: non esistono profili di incertezza, se non per quanto attiene all'imprevedibilità sotto il profilo temporale o all'entità delle possibili conseguenze.

In questo senso, testimoniano una sorta di fiducia nel futuro, sul presupposto secondo cui i pericoli indicati potrebbero ripresentarsi con le stesse modalità con cui si sono verificati in passato e, pertanto, sarebbero fronteggiabili con analoghi strumenti.

## **2. Origine e fondamento del principio precauzionale**

La tradizionale modalità di gestione dell'emergenza è stata affiancata, in tempi più recenti, da uno schema di derivazione comunitaria riconducibile al principio di precauzione<sup>8</sup>.

Il modello in esame si fonda sulla identificazione di effetti potenzialmente negativi provenienti da un fenomeno, un prodotto, o un procedimento e sancisce – facendo ricorso alle parole usate dalla Commissione Europea - «*la necessità di una valutazione seria e preventiva del rischio, in una situazione nella quale, una carente informazione, l'imprecisione o la non definitività dei dati scientifici disponibili, non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione*»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Si pensi, in questo senso, agli artt. 2 del r.d. 18/6/1931 n.773 (TULPS); 50, co. 5 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 54, co. 4 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (TULS); art. 25, d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione Civile). Sulla tematica si rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019.

<sup>7</sup> Dibattuto è il loro rapporto con il principio di legalità; sulla questione si rinvia a G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano 2007, 339; S. CASSESE, (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino 2010, 299 ss.

<sup>8</sup> Sugli effetti distorsivi del principio di precauzione, v. C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, 2010. Sempre in senso critico, v. L. PERFETTI, *Il Governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.

<sup>9</sup> Comunicazione della Commissione della Comunità europea, riguardante il "Principio di precauzione" del 2 febbraio 2000, in risposta alla risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999.

L'emergenza che qui viene in rilievo si caratterizza dunque per il persistere di una condizione di incertezza scientifica, attinente indifferentemente all'*an* o al *quomodo* del danno. Predomina, in altri termini, un sentimento di sfiducia verso il futuro fondato sul timore che possano verificarsi accadimenti fino ad ora mai avvenuti e rispetto ai quali non sussistono indicazioni univoche da parte del mondo scientifico.

In situazioni del genere, l'obiettivo diventa quello di gestire il rischio mediante l'adozione di specifiche misure volte ad evitare la verifica del danno o, anche, del pericolo effettivo.

Affinché questo avvenga, è necessario che l'intervento pubblico si collochi in una fase antecedente al danno governata, appunto, dal solo rischio<sup>10</sup>.

E ciò similmente a quanto accade nel diritto penale ove - in disparte le ipotesi di tentativo derivanti dalla combinazione delle fattispecie di parte speciale con l'art. 56 c.p. - il legislatore sente, talvolta, la necessità di anticipare la soglia di intervento penale dando luogo a specifiche figure di delitti cd. "a consumazione anticipata" che si perfezionano con la sola messa in pericolo del bene protetto.

Il parallelismo con il diritto penale è utile anche al fine di comprendere il criterio che consente di optare per la scelta di una simile strategia: così come in ambito penalistico il legislatore è mosso dalla necessità di fornire maggiore tutela a beni giuridici reputati di particolare importanza, allo stesso modo nella gestione dell'emergenza si giustifica un intervento anticipato dell'autorità pubblica con riguardo a materie per le quali l'ordinamento garantisce elevati *standards* di protezione.

Ed in effetti il principio in esame è stato nel tempo associato ad una forma di cautela contro possibili e rilevanti danni alla salute o all'ambiente, materie nelle quali il rischio collegato a determinate attività impone decisioni e scelte preliminari che coinvolgono spesso valutazioni di elevato contenuto scientifico.

Su quel rischio incide, in modo significativo, proprio l'incertezza scientifica sulle misure da adottare, tenendo conto dello stato della ricerca in quella data materia e in quel dato momento storico. La circostanza di non essere in grado di sapere se un qualche danno possa in futuro verificarsi o semplicemente, con quale consistenza, rappresenta il cuore della questione che legittima un intervento in via, appunto, precauzionale.

E questo è quello che sembra essere accaduto anche nell'attuale emergenza sanitaria, in relazione alla quale - nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio - si è fatto riferimento ai «rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili» a fronte dei quali si sarebbe reso necessario «realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione».

Il profilo di incertezza in questo caso risiederebbe non tanto nella trasmissibilità del virus, sulla quale fin da subito non si sono registrati dubbi, ma, piuttosto, nelle precise caratteristiche del virus stesso. Questo avrebbe legitti-

<sup>10</sup> Si v., in questo senso, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, 2006.

mato un intervento preventivo e la dichiarazione dello “Stato di emergenza”, in una fase in cui, a ben vedere, una emergenza vera e propria ancora non c’era<sup>11</sup>.

A questo punto, al fine di meglio comprendere come l’incertezza scientifica possa legittimare e rendere necessaria un’azione anticipata da parte delle autorità, con conseguente legittimità, perlomeno formale, degli atti normativi ed amministrativi emanati nell’attuale contesto emergenziale, è utile dare atto dell’importanza del ruolo rivestito dalla scienza nell’esercizio del potere.

### **3. Potere e scienza**

Potere e scienza si collocano, per natura, in posizione di insuperabile antagonismo.

Mentre il primo risulta indissolubilmente legato ad un contesto territoriale, la seconda trascende il luogo e possiede una vocazione universale; mentre il primo, avendo a che fare con l’uomo, procede in genere per accumulazioni progressive, la seconda muove per salti rivoluzionari.

Affinché i due concetti possano interferire è il potere a mutare caratteristiche slegandosi dal luogo che, in conseguenza dell’avvento della tecnica, perde il proprio carattere di rifugio sicuro. E ciò in controtendenza all’originario pensiero occidentale che invece aveva visto in esso la fonte dell’ordine e della sicurezza<sup>12</sup>.

Tralasciando gli equilibri che nel tempo hanno caratterizzato i rapporti tra potere e scienza che ci condurrebbero troppo lontano dall’oggetto del presente scritto<sup>13</sup>, ai nostri fini giova evidenziare come le interazioni tra i due concetti avvengano, da sempre, per il tramite del diritto.

Quest’ultimo rappresenta infatti un indispensabile *trait d’union* che, nel collegare le due tematiche, agisce tramite percorsi diversi.

*In primis* è possibile che la scienza fornisca dati direttamente utilizzabili nella costruzione di concetti giuridici: in casi del genere l’ordinamento fa propri

<sup>11</sup> È stato autorevolmente evidenziato infatti come, pur a fronte della sussistenza dei presupposti per agire in via precauzionale, riconosciuti dallo stesso Governo, quest’ultimo abbia agito poi con gli strumenti tipici dell’emergenza anticipando, di fatto, la situazione straordinaria ad una fase ancora ordinaria della vita dei cittadini. Cfr sul punto L. PERFETTI, *Il Governo cit.*, pp. 30 e ss.

<sup>12</sup> Volgendo lo sguardo alla letteratura greca, si v. ESIODO, *Teogonia*, I classici, ed. Foschi (Santarcangelo), 2020. Il poeta racconta di come il *cháos* originario, e la conseguente epoca di lotte e instabilità, siano stati superati grazie alle nozze di Zeus e Themis, quest’ultima simbolo di ordine non solo divino ma anche della *pólis*, e dunque del luogo. La tecnica, di contro, mediante il superamento del luogo, determina la dissoluzione dell’ordine e conduce nuovamente al *cháos*. Così M. LUCIANI, *Dal cháos all’ordine e ritorno*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2019, fasc. 2, pp. 349 e ss.

<sup>13</sup> Per una disamina approfondita della questione si rinvia, fra gli altri, a L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; M. CUNIBERTI, *Sull’organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016; N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, 2001.

i risultati fondati sulla rilevazione dei rapporti tra regole naturali in quanto «l'osservanza di codeste regole condiziona il raggiungimento degli scopi che esso assume come propri»<sup>14</sup>. Il diritto incorpora direttamente le regole tecniche che vengono elevate al rango di fonti normative; in questo caso la scienza interagisce, più che con la p.a., con lo stesso legislatore.

L'eventualità ormai è piuttosto diffusa, amplificatasi con l'intervento dello Stato in settori nuovi, ampiamente condizionati dalle conoscenze scientifiche.

Cionondimeno, lo strumento legislativo non si mostra del tutto adeguato a disciplinare questioni prettamente tecniche. È stato infatti evidenziato come l'incorporazione della regola tecnica nel testo normativo possa compromettere la libertà della scienza, ostacolare l'individuazione degli autori della regola stessa oltre che comportare un irrigidimento della tecnica in contrasto con la mutevolezza che caratterizza invece il sapere scientifico<sup>15</sup>.

Tant'è che, anche in ragione di queste criticità, si è diffuso uno schema alternativo di interazione tra potere e tecnica rappresentato dalla delega di compiti alla p.a.

Tale delega si effettua tramite il rinvio, da parte del testo normativo, alla tecnica: il legislatore, lungi dal disciplinare direttamente una data materia, si limita a demandare tale compito all'amministrazione la quale, comunque, risulta tenuta all'applicazione di regole di carattere scientifico.

In questi casi, la regola tecnica non appare trascritta o richiamata ma, generalmente, viene evocata solo indirettamente come necessaria per il raggiungimento di uno scopo preciso o per la ricostruzione di concetti indeterminati.

E, quando il criterio dell'azione amministrativa sia stato indicato dal diritto attraverso il riferimento alle regole tecniche «non resta alcuno spazio per una scelta soggettiva orientata da giudizi di valore, come quella che tipicamente si esprime nella determinazione discrezionale»<sup>16</sup>. Il vincolo di scopo si traduce dunque nella necessità giuridica di osservare le regole tecniche, con la conseguenza che qualsiasi scelta non conforme alla scienza sarebbe, per ciò stesso, contraria alla legge.

Ad ogni modo, qualsiasi forma di interazione tra potere e scienza presuppone che a monte il concetto stesso di regola tecnica sia strettamente legato al sapere scientifico e specialistico. Tale conclusione, all'apparenza scontata, rappresenta in realtà un risultato raggiunto solo all'esito di una graduale evoluzione<sup>17</sup>.

Inizialmente infatti il concetto di tecnica veniva utilizzato, in contrapposizione a quello di etica, per indicare tutto ciò che non è buono in sé ma è fun-

<sup>14</sup> Così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, fasc. 4, p. 388.

<sup>15</sup> Su tali problematiche si rinvia a M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987.

<sup>16</sup> F. LEDDA, *op. cit.*, p. 386.

<sup>17</sup> Sulla tematica si rinvia a A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, II, 1996, 253.

zionale al raggiungimento di un dato fine<sup>18</sup>. Così intese, le regole tecniche finivano per comprendere un insieme di disposizioni che si caratterizzavano per una determinata struttura logica, tra le quali rientravano anche le norme giuridiche.

Una simile ed ampia interpretazione fu affiancata in un secondo momento da una diversa accezione di carattere contenutistico, volta a qualificare come tecniche le regole che si basano su cognizioni e giudizi specialistici<sup>19</sup>.

Si tratta della concezione accolta nell'ambito del dibattito inerente alla cd. discrezionalità tecnica la quale, diversamente dalla discrezionalità *tout court*, implica l'osservanza di parametri che garantiscono un certo grado di oggettività all'apprezzamento. In questo senso, la nozione di regola tecnica veniva utilizzata in contrapposizione alle regole di opportunità, proprie del giudizio politico; ciononostante, non era ancora necessariamente associata all'applicazione di regole di carattere scientifico<sup>20</sup>.

Solo in una fase ancora successiva fu valorizzato l'aspetto della necessaria tecnicità scientifica delle regole oggetto di applicazione<sup>21</sup>: è questa la nozione cui si fa oggi riferimento in tema di discrezionalità tecnica, ancorata in tal modo ad un aspetto contenutistico specifico<sup>22</sup>.

In verità, non può sottacersi di come talvolta la specificità di tali norme tecniche risulti solo apparente. È stato infatti correttamente osservato come sia difficile procedere ad una precisa individuazione degli elementi dai quali desumere una specifica componente tecnica della norma<sup>23</sup>; tale indeterminatezza deriva, a sua volta, dalla difficoltà che si incontra nel fornire una definizione dello stesso "sapere scientifico"<sup>24</sup>.

Quel che è certo è che risulta ormai superata l'idea secondo cui solo le cd. "scienze esatte" siano riconducibili alla tecnica<sup>25</sup>.

Nondimeno, l'importanza delle regole tecniche potrebbe essere sminuita sulla base dell'assunto secondo cui qualsiasi scienza sia, per sua natura, provvi-

<sup>18</sup> Così F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano 2001; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008, 22 ss.

<sup>19</sup> Così A. PREDIERI, *op. cit.*, 256.

<sup>20</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Verona, 1995, 177.

<sup>21</sup> M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

<sup>22</sup> Sulla discrezionalità tecnica si rinvia a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica* (Nota a T.A.R. Lombardia, 12 maggio 1997, n. 586), in *Foro amm.*, 1997, 6, pp. 1727 ss.; ID, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica: nota a Cons.St., sez. 4., 9 aprile 1999 n. 601*; in *Foro amm.*, 2000, 2, pp.424 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, pp. 439-60 ss.; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, n. 2, 718 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, pp. 513 ss.

<sup>23</sup> Si v. in questo senso D. DE PRETIS, *op. cit.*, 184.

<sup>24</sup> Sulle concezioni di scienza che si sono susseguite nel tempo v. N. ABBAGNANO, voce *Scienza*, in N. ABBAGNANO-G. FORNERO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, 770 ss.

<sup>25</sup> Cfr. sul punto C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 195 e ss.

soria ed opinabile<sup>26</sup>. E ciò specie ove si consideri che il diritto non pretende di assurgere alla “verità assoluta” ma, al contrario, si accontenta della “validità scientifica” che possa essere riconosciuta ad una certa regola.

In questo senso, la validità scientifica di cui si discute è quella che deriva dal metodo scientifico sui cui si fonda una data disciplina e dal valore conoscitivo – inteso come capacità di produrre conoscenza, sia pure solo relativamente certa - che tale metodo può garantire<sup>27</sup>.

È in presenza di queste condizioni che può ritenersi esistente una posizione scientifica su una precisa questione, tale da giustificare l'incorporazione o il rinvio ad essa da parte del diritto. Ove, al contrario, manchi una chiara posizione da parte della comunità scientifica, a rigore, i due schemi non potrebbero operare.

Ed è proprio al fine di superare lo stallo che si creerebbe in situazione del genere che entra in gioco il principio di precauzione, il cui presupposto è rappresentato, come anticipato, dalla condizione di incertezza scientifica.

#### 4. Caratteristiche generali del modello precauzionale

La *ratio* del principio precauzionale - vale a dire l'anticipazione dell'intervento dell'autorità in attesa che la scienza faccia il suo corso - condiziona i provvedimenti che si fondano su questo modello sotto molteplici fronti.

Innanzitutto, le misure in esame determinano un *vulnus* al principio di legalità inteso in senso sostanziale, il quale richiederebbe la predeterminazione del contenuto del provvedimento da parte della legge.

Quest'ultima accezione è quella che garantisce meglio una tutela del cittadino contro possibili discriminazioni o abusi da parte del potere e rappresenta, non a caso, la regola nel diritto amministrativo.

Ciò non toglie tuttavia che esistano delle ipotesi eccezionali, tra le quali rientra anche il caso in esame, in cui il principio di legalità risulta indebolito e, al fine di soddisfare diverse esigenze anch'esse costituzionalmente tutelate, si attesa sulla soglia della legalità formale, intesa come mera autorizzazione da parte della legge.

Come contraltare a tale indebolimento sostanziale si registra un rafforzamento del profilo procedurale che, proprio al fine di compensare quel *deficit*,

<sup>26</sup> In questo senso, è d'obbligo il rinvio a K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, ed. Il Mulino, Bologna, 1972. Nei suoi scritti il filosofo argomentava infatti di come la nostra accettazione critica delle teorie scientifiche sia sempre provvisoria, stante il proposito di rivedere la teoria stessa nel caso in cui dovessimo riuscire a concepire un controllo che essa non è in grado di superare.

<sup>27</sup> La paternità del metodo scientifico (o metodo empirico) basata sull'esperienza, sulla raccolta di dati e lo svolgimento di esperimenti per la verifica di tesi scientifiche, è attribuita a Galilei; per una ricostruzione del pensiero del filosofo si rinvia a R. MONDOLFO, *Il pensiero di Galileo e i suoi rapporti con l'antichità e con il Rinascimento*, in *Figure e idee della filosofia del Rinascimento*, La Nuova Italia, Firenze, 1963-1970.

richiede la necessaria consultazione e l'obbligatorio coinvolgimento di tutti i soggetti, a vario livello, interessati.

Ancora, tratti che caratterizzano i provvedimenti emanati in via precauzionale sono la fisiologica temporaneità e l'estrema mutevolezza. Emanati *rebus sic stantibus*, presentano una efficacia temporale limitata, in quanto destinata a cessare col sopraggiungere di maggiori conoscenze in quel dato settore. La continua ricerca scientifica comporta inoltre una estrema dinamicità delle misure che si prestano ad essere modulate in maniera flessibile con l'evolversi dell'emergenza.

La legittimazione ad intervenire in una fase antecedente, dominata dal solo rischio, dà luogo inoltre ad una inversione del rapporto autorità-libertà con un intervento dello Stato che comprime i diritti dei singoli, talvolta anche costituzionalmente tutelati, sulla base del solo sospetto<sup>28</sup>.

La caratteristica del rischio incide anche sulle modalità di funzionamento del principio in esame.

Sotto tale profilo, occorre chiarire come le misure adottate, pur essendo volte a contrastare il rischio, non si prefiggano l'obiettivo – peraltro impossibile – di eliminarlo, ma, più limitatamente, di contenerlo.

Anche questa volta torna utile un parallelismo con un istituto penalistico, rappresentato dalle regole cautelari: così come quelle sono finalizzate a disciplinare attività dannose ma socialmente necessarie, prevedendone le modalità di svolgimento al fine di limitare i danni, allo stesso modo le misure dettate in ottemperanza al principio di precauzione sono volte solo a limitare le possibilità che il danno si verifichi, accettandone nel contempo il rischio.

Essenziale risulta allora l'individuazione della soglia di rischio consentito. Si tratta di una scelta demandata all'organo politico dotato di legittimazione democratica in quanto, venendo in gioco diritti suscettibili di entrare in conflitto tra loro, è necessaria una delicata operazione di bilanciamento da compiersi alla stregua dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

Una simile scelta politica può però essere compiuta solo a seguito della valutazione del rischio reale. Quest'ultima operazione spetta, stante la pluralità di interessi in gioco, ad un organo neutrale e indipendente, dotato di specifiche competenze tecniche idonee a consentire un giudizio quanto più possibile vicino alla realtà.

A conferma dell'aggravio procedimentale cui si faceva prima riferimento, si assiste, in altre parole, ad uno sdoppiamento tra la fase istruttoria, effettuata da un soggetto neutrale, e quella decisoria, compiuta da un soggetto politico. Le indicazioni del legislatore, non potendo attenersi al contenuto delle decisioni, si concentrano sulle modalità operative, con garanzie procedurali volte a compensare il *deficit* di legalità sostanziale.

Di tali amministrazioni neutrali e scientifiche è possibile individuare i tratti caratteristici che, in quanto ricorrenti nella totalità dei casi, rappresentano

<sup>28</sup> Tale binomio, in verità, nelle fasi di emergenza subisce una rimodulazione nella coppia solidarietà/ individualismo. Cfr. sul punto G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in questa rivista.

una sorta di comun denominatore: indipendenza<sup>29</sup>, competenza tecnico-scientifica dei componenti ed esercizio dei rispettivi compiti in modo funzionale a garantire la tutela dei diritti dei cittadini.

Per quanto attiene invece agli aspetti organizzativi e strutturali - relativi in particolare all'attribuzione di funzioni ad un unico soggetto o, viceversa, ad una pluralità di organi disseminati sul territorio nazionale - non esiste una disciplina unitaria in ragione della eterogeneità del fenomeno di cui si discute, sicché tali profili sono rimessi alle singole discipline di settore.

In via esemplificativa, si pensi ai Comitati etici appartenenti all'organizzazione sanitaria, chiamati a svolgere funzioni di valutazione etica, scientifica e metodologica degli studi clinici<sup>30</sup>. Il settore è particolarmente delicato: in esso l'incertezza scientifica è data dalla circostanza che si tratta di farmaci sperimentali, non ancora somministrati agli esseri umani e in relazione ai quali occorre verificare gli effetti clinici nonché individuare eventuali reazioni avverse.

In tale contesto, il compito del Comitato etico è quello di esprimere un parere prima dell'inizio di qualsiasi sperimentazione effettuando una valutazione che tenga conto, per quanto qui d'interesse, «dei rischi e degli inconvenienti prevedibili» i quali devono essere soppesati «rispetto al vantaggio per il soggetto incluso nella sperimentazione e per altri pazienti attuali e futuri»<sup>31</sup>.

In questo caso, tali organismi sono istituiti dall'organo di amministrazione delle strutture sanitarie, pubbliche o ad esse equiparate, nel cui ambito di competenza vengono eseguite le sperimentazioni cliniche dei medicinali; con la precisazione che le strutture sanitarie che ne siano prive eseguono sperimentazioni a seguito dell'approvazione di un altro comitato etico di riferimento.

La necessità di mantenere una simile rete territoriale di comitati è tuttavia allo stato dibattuta, a fronte dell'esigenza, da taluni avvertita, di provvedere all'accentramento delle funzioni in favore di un unico comitato etico nazionale<sup>32</sup>.

## 5. Gestione precauzionale dell'attuale emergenza sanitaria

Ricostruito in termini generali il modello precauzionale, è possibile a questo punto analizzare i profili ad esso riconducibili emersi nella gestione

<sup>29</sup> A sua volta deducibile dalla mancanza di subordinazione gerarchica, dal divieto di conflitto di interesse tra i votanti e di cointeresse del personale nei settori in cui operano.

<sup>30</sup> La materia è regolata dal d. lgs. 24 giugno 2003 n. 211 nonché dal d.m. salute 12 maggio 2006.

<sup>31</sup> art. 3, co. 1 lett. a) d.lgs. 211/2003.

<sup>32</sup> La questione peraltro è ritornata di estrema attualità proprio a seguito della normativa dettata per fronteggiare l'emergenza sanitaria che ha disposto, si pure in via provvisoria, l'accentramento in capo al Comitato etico dell'Istituto Spallanzani di talune funzioni svolte dalla rete dei Comitati etici territoriali. Sulla tematica, si rinvia a A. GIANNELLI, *Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?*, in *www.dirittodelleconomia.it*, 2020, 1, pp. 89-109.

dell'emergenza Covid-19, unitamente alle problematiche derivanti dalla sua applicazione.

A far data dalla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>33</sup>, sono stati emanati a livello nazionale una serie di decreti legge a loro volta seguiti e sviluppati da ulteriori decreti, ordinanze, circolari e direttive ministeriali, tra i quali predominano, per numerosità, i Dpcm riconducibili al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Stante l'impossibilità di ripercorrere in questa sede la totalità dei provvedimenti convulsamente succedutisi<sup>34</sup>, ci si limiterà a soffermarsi su due decreti-legge ritenuti esemplificativi dell'atteggiamento tenuto dall'Esecutivo oltre che del tentativo, da questi compiuto, di ricondurre le misure adottate nell'alveo della legittimità costituzionale.

Il primo intervento normativo in materia è rappresentato dal decreto-legge del 23 febbraio 2020 n. 6 recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13) con cui il Governo ha conferito un'ampia delega alle «*autorità competenti*», indicate dall'art. 3, ad «*adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione, epidemiologica*», fornendo altresì una elencazione, non tassativa, delle misure esperibili all'art. 1, co. 1. Le medesime autorità restavano comunque autorizzate ad adottare «*ulteriori misure [...] anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1*». (art. 2).

Le criticità evidenziate fin da subito da questo primo provvedimento sono state molteplici<sup>35</sup>.

Innanzitutto il d.l. 6/2020, diretto ad incidere sulle libertà e sui diritti fondamentali delle persone, era destinato ad entrare in contrasto con la riserva rafforzata di legge di cui dall'art. 16 Cost. Peraltro, pur rendendo possibile un controllo preventivo da parte del Presidente della Repubblica ed uno successivo delle Camere, appariva troppo debole per supportare misure così fortemente restrittive risolvendosi, in un'ultima analisi, in una sorta di una delega in bianco alle autorità competenti. Ancora, il medesimo d.l. era limitato alle sole zone "rosse" sicché, le misure successivamente adottate in relazione al resto del territorio nazionale risultavano prive di una base normativa.

A tali criticità lo stesso Governo tentò di porre rimedio con il decreto-legge del 25 marzo 2020 n. 19 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35)<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Deliberato dal Consiglio dei Ministri inizialmente fino al 31 luglio 2020; successivamente prorogato, dal d.l. 30 luglio 2020 n. 83, fino al 15 ottobre 2020; da ultimo ancora prorogato dal d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 fino al 31 gennaio 2021.

<sup>34</sup> L'insieme degli atti normativi ed amministrativi emanati è consultabile all'indirizzo [www.governo.it/it/coronavirus-normativa](http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa).

<sup>35</sup> Sul tema, si rinvia a G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>36</sup> Il d.l. 19/2020 provvedeva infatti ad abrogare il precedente d.l. 6/2020.

Il decreto *de quo*, nell'estendere le misure di contenimento all'intero territorio nazionale, riserva in via generale al Presidente del Consiglio dei Ministri, e in via eccezionale al Ministro della Salute e ai Presidenti delle Regioni, l'adozione delle misure volte ad arginare il contagio. Queste, diversamente dal precedente testo normativo, sono tassativamente elencate all'art. 1, co. 2.

Sotto tale fronte si coglie già un elemento tipico del modello precauzionale, vale a dire il *deficit* di legalità sostanziale: il d.l. si limita infatti ad autorizzare l'adozione delle misure necessarie a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19» (art. 1, co. 1); e, pur elencandole in maniera tassativa, ne rimette la scelta concreta alle autorità politiche indicate dagli artt. 2 e 3.

Il medesimo art. 1, co. 1 indica inoltre l'efficacia temporale massima delle misure, disponendo che queste siano adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte» fino al termine dello stato d'emergenza.

Questa previsione mette in luce la temporaneità e della mutevolezza degli atti, ulteriore elemento tipico della gestione precauzionale, nel cui contesto occorre spesso rivalutare l'opportunità delle misure alla luce degli eventuali dati scientifici sopravvenuti<sup>37</sup>.

Il d.l. 19/2020 introduce inoltre una forma di controllo parlamentare sull'operato del Governo prescrivendo da un lato, che i decreti presidenziali siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione; dall'altro, che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato riferiscano ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate (art. 2, co. 5).

A tale controllo dell'organo parlamentare si aggiunge poi il coinvolgimento delle Regioni posto che l'adozione dei DDpcm deve avvenire sentiti, oltre i ministri competenti per materia, anche «i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale» (art. 2, co. 1).

Anche in questo caso è possibile individuare un aspetto caratteristico del principio di precauzione: la rendicontazione al Parlamento e l'obbligo di sentire le Regioni sono disposizioni finalizzate ad assicurare la partecipazione al processo decisionale di tutti i soggetti a vario titolo interessati, e ciò attraverso un *iter* procedimentale rafforzato, necessario al fine di compensare il *vulnus* al principio di legalità.

Nel contempo, il d.l. 19/2020 prova a mettere ordine al sistema delle fonti. Alle Regioni viene consentito adottare misure ulteriormente restrittive solo «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, con efficacia limitata fino a tale momento» e comunque «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel

<sup>37</sup> Si pensi, con riferimento ai Dpcm successivi al d.l. 19/2020, ad es. al Dpcm 10 aprile 2020 che dettava misure efficaci dal 14 aprile al 3 maggio 2020 nonché al Dpcm 26 aprile le cui disposizioni si applicavano dal 4 al 17 maggio 2020.

*loro territorio o in una parte di esso»* (art. 3, co. 1). Ai Sindaci è invece preclusa l'adozione di misure in contrasto con quelle statali<sup>38</sup>.

La *ratio* di tale previsione si rinveniva nell'esigenza di ridurre l'enorme quantitativo di atti a vario livello adottati, causa di smarrimento e confusione nei cittadini.

In verità, tale ultima previsione non ha sortito gli effetti sperati, stante il continuo ed incessante proliferare, in particolare, di ordinanze regionali<sup>39</sup>. Queste ultime da un lato, contengono misure semplicemente "attuative" delle disposizioni dettate a livello centrale; dall'altro, prevedono misure ulteriori ed integrative, talvolta anche in contrasto con quelle nazionali<sup>40</sup>.

Nel complesso il modello di gestione precauzionale così delineato dal d.l. 19/2020 appare, perlomeno in astratto, senz'altro più equilibrato del precedente d.l. 6/2020.

Malgrado ciò, la gestione del rischio sembra essersi rivelata sul piano pratico non del tutto conforme al quadro normativo e giurisprudenziale, e ciò per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, sebbene formalmente sia stata rispettata la riserva di legge imposta dalla Carta Costituzionale - le tipologie di misure adottabili, si ribadisce, sono tutte individuate da un atto avente forza di legge -, di fatto la scelta tra le misure restrittive viene poi rimessa ad «*uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*» (art. 2, co. 1) i quali, a loro volta, rimandano alle valutazioni scientifiche del Comitato tecnico.

<sup>38</sup> Questo regime fu superato inizialmente dal Decreto Legge del 16 maggio 2020, n. 33 "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", con cui fu riconosciuta alle Regioni la possibilità di adottare anche misure ampliative, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri previsti dal Ministero della Salute e dai vari Dpcm. Successivamente il Decreto Legge del 7 ottobre 2020, n. 125 "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID-19, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020", nel prorogare lo stato d'emergenza al 31 gennaio 2021, modificava il precedente d.l. 33/2020 consentendo alle Regioni l'adozione di misure ampliative «*nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute*». Da ultimo, il Dpcm 24 ottobre attribuiva ai Sindaci la facoltà di chiudere al pubblico dopo le ore 21:00 «*le strade o piazze nei centri urbani dove si possono creare situazioni di assembramento*» (art. 1, co. 3).

<sup>39</sup> V. sul punto A. BARTOLINI, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it)

<sup>40</sup> Si v., fra tutte, ord. n. 37 del 29 aprile 2020 emanata dal Presidente della Regione Calabria la quale, al punto 6), prevedeva che, a far data dalla sua entrata in vigore, sul territorio regionale fosse consentita «*la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*» e ciò allorquando, sul resto del territorio nazionale la normativa contenuta nel Dpcm 26 aprile 2020 (allora in vigore) consentiva lo svolgimento di tali attività nelle sole modalità di consegna a domicilio e di asporto. L'ordinanza in esame veniva dichiarata illegittima dal T.A.R. Calabria che accoglieva tutti i motivi di censura sollevati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, vale a dire: carenza di potere, difetto di motivazione ed eccesso di potere dedotto dalla figura sintomatica della violazione del principio di leale collaborazione. Cfr. T.A.R. Calabria, sentenza, 9 maggio 2020, n. 841, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

Tale prassi, già di per sé poco rispettosa dell'assetto istituzionale vigente nel nostro ordinamento, solleva peraltro maggiori criticità laddove si consideri che i vari Ddpcm, con l'obiettivo di tutelare la salute collettiva, determinano significative limitazioni ad altri diritti individuali, ugualmente dotati di copertura costituzionale.

Le due tematiche da ultimo menzionate saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi seguenti nei quali si cercherà, al contempo, di fornire possibili spunti di riequilibrio del sistema.

## 6. Predominio delle valutazioni del CTS ed indebolimento del ruolo del Parlamento

La normativa emanata a livello nazionale per fronteggiare l'emergenza Covid-19 ha evidenziato un fenomeno in verità ormai da tempo in atto nel nostro ordinamento ma che, in questo contesto, si è manifestato in tutta la sua prorompentezza.

Si tratta della crisi del parlamentarismo che qui rileva nella misura in cui si intreccia con la questione inerente al corretto funzionamento del principio di precauzione, cui i provvedimenti emergenziali fanno capo.

Durante l'emergenza sanitaria, questo fenomeno si è dispiegato attraverso una sorta di *escalation* articolata in un triplice passaggio.

Il primo è rappresentato dall'intervento dell'Esecutivo in luogo del Parlamento, giustificato - lo si è detto - in ragione della situazione emergenziale che necessita interventi rapidi e tempestivi, non adottabili con il procedimento legislativo ordinario.

Ben più radicali appaiono i due *steps* successivi.

Nell'ordine, si assiste alla alterazione del normale funzionamento del Consiglio dei Ministri, dettata dalla recessione dell'organo collegiale, e al conseguente accentramento delle decisioni in capo all'organo monocratico. L'adozione delle concrete misure vigenti, unitamente alla loro efficacia temporale, avviene attraverso numerosi Ddpcm, atti emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri della cui natura si discute<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Nella controversia avente ad oggetto l'accesso agli atti del Comitato-tecnico scientifico, ove in via preliminare si rendeva necessario stabilire la natura giuridica dei DDPCM di cui i verbali tecnici rappresentano atti prodromici endoprocedimentali, il T.A.R. Lazio precisava «*Quanto ai DDPCM in argomento, va evidenziata la peculiare atipicità, che si connota da un lato per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposto*» (T.A.R. Lazio, sentenza, 22 luglio 2020, n. 8615 in *www.giustizia-amministrativa*). Nella medesima vicenda il Consiglio di Stato, intervenuto in sede cautelare, ribadiva che «*gli atti - compresi quelli endoprocedimentali - adottati durante il periodo della emergenza COVID-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordina-*

L'ultimo passaggio può essere colto ove ci si sposti dal piano formale a quello contenutistico: dall'analisi dei vari provvedimenti emerge come questi, spesso, siano frutto di uno sterile recepimento degli studi del Comitato tecnico scientifico<sup>42</sup>. Quasi tutti i Ddpcm richiamano infatti, in premessa, i verbali delle riunioni dell'organo tecnico, alla luce dei quali le misure adottate venivano repute adeguate e proporzionate<sup>43</sup>.

I verbali in esame rappresentano cioè la motivazione giuridica che giustifica le numerose limitazioni alle libertà fondamentali dei cittadini. Gli stessi, peraltro, sono stati costantemente richiamati dal Presidente del Consiglio nel corso delle numerose conferenze, e ciò proprio allo scopo di evidenziare come le gravi limitazioni alle libertà costituzionali nascessero da oggettive esigenze, valutate e accertate in sede scientifica e non meramente politica.

Tuttavia, un simile *modus agendi* denota una non corretta applicazione del principio di precauzione.

Questo modello di gestione emergenziale consta, come chiarito, di una fase neutrale di valutazione del rischio reale e di una politica di fissazione del rischio consentito. La prima viene compiuta dall'organo tecnico, rappresentato appunto dal CTS; la seconda dovrebbe essere svolta dal vertice politico-amministrativo.

Ma propria quest'ultima è carente nell'attuale contesto emergenziale, stante la prassi dei Ddpcm di affidarsi totalmente agli studi compiuti dall'organo tecnico, cui viene demandata, in ultima analisi, la decisione ammini-

---

*mentale 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. di Stato, decreto, 31 luglio 2020, n. 4574 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).*

<sup>42</sup> L'organo tecnico è stato nominato con l'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

<sup>43</sup> Si pensi in via esemplificativa al Dpcm 1 marzo 2020 che motivava le misure assunte facendo riferimento, in premessa, alle «*indicazioni formulate dal Comitato -scientifico di cui all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile in data febbraio 3 2020, n. 630 nelle sedute del 28 febbraio 2020 e 11 marzo 2020*»; parimenti, l'adozione del Dpcm 8 marzo veniva giustificata tenendo conto delle «*delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico scientifico di cui all'art.2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile in data 3 febbraio 2020, n.630, nelle sedute del 7marzo2020*»; ancora, il Dpcm 1 aprile «*visto il verbale n.39 del 30 marzo 2020 del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020 n.630*» prorogava fino al 13 aprile 2020 l'efficacia delle misure già adottate con i Ddpcm del 8, 9, 11 e 22 marzo 2020; l'ulteriore proroga delle misure restrittive fino al 3 maggio veniva disposta «*Visto il verbale n.49 del 9 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio2020, n.630*»; il dpcm 26 aprile 2020 che, pur segnando il passaggio alla cd. Fase 2, continuava a prevedere misure limitative delle libertà personali e ciò «*Visti i verbali n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*»; il Dpcm 17 maggio, nel disporre la graduale riapertura delle attività economiche e produttive continuava ad adottare una linea di tendenziale prudenza proprio «*Visti i verbali n. 64, 65, 66, 67, 68 e 69, di cui alle sedute del 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 11 maggio 2020 del comitato tecnico- scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni e integrazioni*».

strativa<sup>44</sup>. Non a caso, proprio a conferma del ruolo predominante rivestito dalle valutazioni tecnico scientifiche, taluni verbali richiamati dai Ddpcm<sup>45</sup> sono stati oggetto di un'istanza di accesso civico generalizzata ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 33/2013 cui è conseguito, all'indomani del diniego espresso da parte del Dipartimento della Protezione Civile -Presidenza del Consiglio dei Ministri, una sentenza del T.a.r. Lazio di condanna all'esibizione<sup>46</sup>.

È mancata, in altri termini, la fase di valutazione degli altri interessi, pubblici o privati, suscettibili di entrare in contrasto con quello pubblico ritenuto prevalente, e ciò in conseguenza della assolutizzazione del ruolo della tecnica realizzatosi, paradossalmente, proprio in una materia in cui la scienza manifesta tutti i propri limiti.

A ciò si aggiunga che, così operando, si è realizzata una significativa alterazione dell'assetto istituzionale dell'ordinamento, con una sempre maggiore emarginazione del ruolo del Parlamento<sup>47</sup>.

Quest'ultimo infatti nel corso dell'attuale emergenza ha visto la propria azione limitata alla conversione di scarni decreti legge, lasciando alla sola Corte Costituzionale il compito di valutare la legittimità di atti che, in ogni caso, una volta emanati divengono produttivi di effetti giuridici vincolanti, almeno sino al loro eventuale annullamento o superamento da parte di disposizioni successive.

L'utilizzo dei Ddpcm, ritenuto necessario al fine di consentire un intervento rapido e tempestivo, ha rappresentato un aggiramento della dialettica parlamentare e dunque un serio ostacolo al confronto tra maggioranze e minoranze.

Un simile assetto, in verità, rappresenta uno scenario ormai ricorrente negli ultimi anni, caratterizzati dal protagonismo del potere Esecutivo più volte manifestato attraverso il predominio dei decreti-legge, i maxi emendamenti e le varie apposizioni di fiducia.

A fronte di una situazione già così fortemente alterata, non ci si può allora sorprendere di come l'emergenza, che per natura funge da acceleratore e len-

<sup>44</sup> E ciò è stato possibile sulla base della previsione contenuta nell'art. 2, co. 1 del d.l. 19/2020 il quale dispone che «Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti [...] sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

<sup>45</sup> In dettaglio: i verbali delle sedute del 28 febbraio 2020 e del 1° marzo 2020; verbale della seduta del 7 marzo 2020; verbale della seduta n. 39 del 30 marzo 2020; verbale della seduta n. 49 del 9 aprile 2020.

<sup>46</sup> Cfr *supra* nota n. 41. Il T.A.R. Lazio, dopo avere escluso sia la natura di atti normativi sia quella di atti amministrativi generali dei Ddpcm, ordinava l'esibizione dei verbali in quanto «la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività».

<sup>47</sup> Sugli equilibri istituzionali si rinvia a M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163.

te di ingrandimento dei fenomeni in atto, abbia evidenziato e reso impellente la necessità di una riforma istituzionale.

In questo senso, l'opinione di chi scrive è che poco potrebbe cambiare solo in conseguenza della riforma costituzionale in materia di taglio dei parlamentari, definitivamente approvata all'esito del referendum tenutosi nelle date del 20 e 21 settembre 2020<sup>48</sup>.

Non si tratta infatti del numero dei componenti, ma delle loro funzioni e della istituzione nel suo complesso: è su questi piani che si rende necessaria con urgenza la ridefinizione del ruolo costituzionale del Parlamento e la rivitalizzazione della rappresentanza politica, che dovrebbero essere tutelati e garantiti anche in fasi così delicate per il Paese.

In generale, occorrerebbe ricostruire il tessuto democratico e riequilibrare il rapporto istituzionale tra governo e parlamento, intervenendo, innanzitutto, sulla legge elettorale (il cui adeguamento peraltro si rende necessario in conseguenza della citata riforma costituzionale), sui regolamenti parlamentari nonché sull'organizzazione dei lavori delle commissioni, tutte azioni necessarie al fine di rilanciare la funzionalità dell'istituzione parlamentare.

## **7. Inadeguato bilanciamento dei diritti in conflitto**

Un ulteriore aspetto di criticità evidenziato dai provvedimenti emergenziali è stato il non sempre adeguato ricorso alla tecnica del bilanciamento tra i diritti in conflitto.

Le misure adottate, con la dichiarata finalità di fronteggiare l'emergenza epidemiologica e proteggere la salute collettiva, hanno dato luogo alla limitazione, e in alcuni casi, all'azzeramento, di diritti fondamentali dell'individuo parimenti dotati di copertura costituzionale.

Si pensi innanzitutto alla libertà personale (art. 13 Cost.) sulla quale ha inciso fortemente la misura della "quarantena", disposta in relazione ai soggetti risultati positivi, a quelli che avessero avuto contatti stretti con casi confermati o che fossero provenienti da zone ritenute a rischio.

Durante il periodo di *lockdown* inoltre tutti gli individui hanno subito una forte compressione della libertà di circolazione e di soggiorno, a fronte del di-

<sup>48</sup> Tale riforma, com'è noto, modifica gli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione nei seguenti termini: la Camera dei deputati passa da 630 a 400 membri (nella circoscrizione estero gli eletti saranno 8, mentre oggi sono 12); il Senato della Repubblica scende da 315 a 200 membri (il numero di eletti nella circoscrizione estero da 6 a 4); il numero minimo di senatori per regione o provincia autonoma diminuisce da 7 a 3; il numero di senatori a vita nominati per meriti speciali viene fissato a 5 come numero massimo assoluto. Le modifiche avranno effetto dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere successiva alla data di entrata in vigore della legge costituzionale e, comunque, non prima che siano decorsi sessanta giorni. Sull'argomento, si rinvia a V. ONIDA- I. NICOTRA -A. MORELLI- L. TRUCCO, *Il referendum sulla riduzione dei parlamentari Tre ragioni per il SÌ e tre per il NO*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it); B. CARAVITA, *I possibili interventi istituzionali dopo il voto referendario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

vieta di lasciare il proprio domicilio se non per motivi di necessità, lavoro e salute, dichiarati mediante apposita autocertificazione.

Parimenti, la libertà di riunione garantita dall'art. 17 Cost. è stata pressoché annullata a fronte del fatto che la compresenza di persone nel medesimo luogo animate da un fine comune integra, nella totalità dei casi, un "assembramento", oggetto di plurimi divieti.

La sospensione di ogni manifestazione, evento o cerimonie anche di carattere religioso, unitamente alla limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto, hanno inoltre limitato fortemente la libertà di cui all'art. 19 Cost.

Oggetto di forti compressioni sono stati poi il diritto al lavoro e alla libertà d'iniziativa economica, alla giustizia, all'istruzione e allo sport.

Anzi, ove si aderisse alla tesi secondo cui le libertà e i diritti fondamentali sono tutti necessariamente sociali<sup>49</sup>, fondati in quanto tali sull'art. 2 Cost., parrebbe pure superfluo procedere ad una simile elencazione in quanto sarebbe lo stesso divieto di socialità a negare, in radice, tutti i diritti fondamentali.

La strategia seguita, in altre parole, sembrava deporre nel senso di consentire l'adozione di ogni forma di limitazione che si fosse mostrata idonea a contenere il contagio, finalità dichiarata nella totalità dei provvedimenti.

Ma, all'evidenza, una prassi di tal fatta si pone in contrasto con i criteri che dovrebbero orientare l'individuazione di misure precauzionali. Come accennato, nella scelta di queste ultime l'organo politico sarebbe tenuto ad una operazione di bilanciamento, da condurre alla stregua del canone di proporzionalità.

Anche in tal caso esemplificative e fortemente attuali sembrano le parole della Commissione Europea che, già nella Comunicazione del febbraio 2000 sul principio di precauzione, precisava come «i responsabili debbono costantemente affrontare il dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni, con l'esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per l'ambiente o per la salute»<sup>50</sup>.

E, nella medesima direzione sembra andare anche il legislatore nazionale il quale, nell'attuale contesto pandemico, dispone che le misure elencate siano adottate «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, co. 2 del d.l. 19/2020).

Al momento della effettiva scelta delle misure, una simile operazione è tuttavia mancata e di questo lo stesso potere esecutivo è sembrato consapevole.

Cionondimeno, giustificava le proprie scelte proprio in ragione della sussistenza di una situazione emergenziale, sulla base dell'idea secondo cui questa autorizzerebbe, di per sé, deroghe alla disciplina costituzionale e ai consolidati principi di interpretazione della stessa. E ciò a maggior ragione ove a venire in

<sup>49</sup> Cfr. L. PERFETTI, *Il Governo cit.*, p. 37.

<sup>50</sup> Cfr. *supra* nota n. 9

gioco siano il diritto alla salute e, per il suo tramite, il diritto alla vita, reputati “strumentali” rispetto a tutti gli altri diritti costituzionalmente tutelati<sup>51</sup>.

In verità, un simile approccio non appare convincente. La mancata previsione nell’ambito della nostra Costituzione di una specifica disciplina derogatoria per eventuali contesti emergenziali sembra essere frutto di una scelta consapevole e chiara nel senso di escludere “clausole di sospensione dei diritti fondamentali” attivabili in tempi eccezionali.

E ciò pare ancor più vero ove si rifletta sul periodo storico in cui la nostra Carta Costituzionale fu redatta: nel 1947 i padri costituenti avevano ben in mente lo scenario del secondo conflitto mondiale caratterizzato da povertà, guerre e rivoluzioni; tuttavia, pur nella consapevolezza della precarietà della condizione umana, non ritennero di introdurre clausole simili.

Da queste considerazioni dovrebbe piuttosto trarsi la conclusione secondo cui anche in contesti emergenziali gli strumenti devono essere rinvenuti all’interno dell’ordine costituzionale, che mai potrebbe essere oggetto di sospensione<sup>52</sup>.

In particolare, dovrebbe essere seguita la tradizionale giurisprudenza secondo cui tutti i diritti fondamentali si trovano in un rapporto di integrazione reciproca tale per cui non è possibile individuare taluni che abbiano la precedenza rispetto ad altri. Ove così non fosse, si darebbe luogo all’espansione illimitata di un diritto ai danni di altri, in un sistema in cui invece tutti risultano espressione della dignità della persona<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> In data 30 aprile 2020, riferendo alla Camera dei Deputati ai sensi dell’art. 2, co. 5, d.l.19/2020, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte si esprimeva nei seguenti termini: «Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto, le scelte per quanto “tragiche”, come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate».

<sup>52</sup> Particolarmente significative risultano le parole usate dal Presidente della Corte Costituzionale Marta Cartabia nella Relazione sull’attività della Corte 2019 ove si legge: «La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l’ordine costituzionale, ma ravvisando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti».

<sup>53</sup> Si v, tra le più recenti, sentenza Corte Cost. n. 85 del 2013 (Caso Ilva) nella quale la Consulta respinse la q.l.c. degli artt. 1 e 3 del d.l. 207/2012 sulla scorta delle seguenti argomentazioni «non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come «valori primari» [...] implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

## 8. Note conclusive

A conclusione delle considerazioni sinora svolte, appare comunque il caso di precisare come il principio di precauzione, se ben applicato, rappresenti uno strumento utile per la tutela di beni dotati di particolare rilevanza costituzionale e resti, pertanto, socialmente meritevole.

Cionondimeno i suoi tratti caratteristici, vale a dire la condizione di incertezza scientifica e l'anticipazione dell'intervento, lo rendono al contempo facile oggetto di strumentalizzazione.

È questo il profilo di criticità che si è cercato di mettere in evidenza in questa sede, ove ci si è concentrati sulle sue modalità di applicazione nell'ambito dell'epidemia da Covid-19.

Certo, si è consapevoli del carattere dirompente di tale ultimo fenomeno, rispetto al quale non solo il nostro Paese ma tutto il mondo si è trovato impreparato. Dinnanzi ad una situazione quasi inedita, e con risvolti tanto tragici in termini di vite umane, non si dubita che gli organi politici abbiano agito per il bene della collettività.

Tuttavia l'analisi giuridica della gestione emergenziale non può esimersi dall'evidenziare le numerose aporie emerse dall'operato del potere politico, le quali appaiono ancor più gravi ove si consideri che la sede naturale in cui il principio di precauzione è destinato ad operare è rappresentata proprio dalla originalità dei fenomeni.

Ciò che preoccupa, al di là delle contingenze del momento, è il rischio che un simile *modus agendi* possa rappresentare un pericoloso precedente da riproporre non solo nelle situazioni di futura emergenza ma, ancora peggio, in contesti ordinari e sia tale dunque da incidere in via definitiva sull'assetto istituzionale del nostro Paese.

In questo senso, si segnala come la gestione accentrata da parte dell'esecutivo, cui è conseguita la penalizzazione dell'organo parlamentare, abbia alterato in modo significativo la forma di governo parlamentare.

Inoltre, le incisive limitazioni imposte all'esercizio dei diritti di libertà hanno impattato su uno dei tratti caratteristici dello Stato di diritto<sup>54</sup>.

Ancora, ugualmente importante è stata l'incidenza sul sistema delle fonti: si è assistito alla esasperazione di una forma di atto, il Dpcm, fino ad ora poco utilizzato e dalla incerta natura<sup>55</sup>.

Quest'ultima tematica si lega infine a quella relativa alla inadeguatezza degli strumenti di tutela riconosciuti in capo al cittadino. Questi infatti, nei casi in cui reputasse illegittimamente lesa la propria sfera giuridica, e ove pure si prediligesse la natura amministrativa dei Ddpcm, si scontrerebbe comunque

<sup>54</sup> Cfr. sul punto L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>55</sup> Secondo il Consiglio di Stato, come accennato, si tratterebbe di atti eccezionali, non assimilabili né agli atti amministrativi generali né alle ordinanze contingibili ed urgenti. Cfr. *supra* nota n. 41.

## **PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*

con i limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica, cui gli atti in questione sono riconducibili.

Si tratta, all'evidenza, di aspetti che minano i tratti essenziali del nostro ordinamento e che, pertanto, non possono che destare preoccupazione.