

VIVIANA DI CAPUA

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

*viviana.dicapua@unina.it*

## **LA REGOLAZIONE DEL RISCHIO DI EMERGENZA E LA REGOLAZIONE DEL «PANICO DEL RISCHIO» NELLA PANDEMIA COVID-19**

### **EMERGENCY RISK REGULATION AND «RISK PANIC» REGULATION IN THE COVID-19 PANDEMIC**

#### SINTESI

Il contributo si propone di indagare il ruolo del principio di precauzione nell'adozione delle misure di mitigazione e risposta all'emergenza epidemiologica da Covid-19, a livello nazionale e locale, soffermandosi in particolare sulla strategia di gestione della crisi predisposta dalla Regione Campania durante le varie fasi.

Il sistema normativo costruito dal Governo per contenere la diffusione del contagio sul territorio nazionale ha riconosciuto un potere d'intervento alle autorità regionali e locali con la finalità di contrastare tempestivamente le eventuali criticità emerse nei rispettivi ambiti, concretizzatosi nell'emanazione di una pluralità di ordinanze contingibili ed urgenti che hanno ulteriormente limitato diritti e libertà fondamentali. Il potere è stato in concreto esercitato sulla base di un rischio di contagio che, però, in assenza di parametri certi, univoci e uniformi, si è tradotto sovente nell'adozione di misure irragionevoli, non adeguate e non proporzionate. La conseguenza è che, in alcuni casi, le misure regionali di contenimento hanno imposto limitazioni più severe in aree del Paese dove il rischio di contagio era inferiore rispetto ad altre.

A tal fine, l'itinerario argomentativo muoverà da una concisa disamina del fondamento teorico e delle modalità di applicazione del principio di precauzione, per poi passare all'analisi del quadro normativo imbastito dal Governo per la gestione della crisi, dei presupposti e del potere d'intervento delle autorità regionali e locali, e terminerà con un *focus* sulla Regione Campania, nella quale la regolazione del rischio di emergenza si è trasformato in governo del «*panico del rischio*», dando luogo a provvedimenti, ancorchè precari, fortemente lesivi di diritti e di libertà fondamentali.

#### ABSTRACT

The article argues the role of the precautionary principle in adopting administrative measures to mitigate and response to the health emergency Covid-19 at the national and local level, by focusing on the Campania Region.

The Government regulatory system for mitigating the spread of the virus on the national territory has recognised the power of intervention of the regional and local authorities to promptly manage any problems that have emerged in their respective territories, by issuing ordinances which restrict fundamental rights and freedoms.

However, the power exercised based on the health risk – but in absence of certain parameters – has often resulted in adopting the unreasonable, inadequate and not proportionate measures.

The consequence is that, in some cases, the containment measures imposed stricter restrictions in the areas of the country where the health risk was lower.

In doing so, the article starts from a brief analysis of the theoretical structure and method of precautionary principle, and then it moves on the considerations of the regulatory framework set up by the Government for the management of the emergency.

Later on, it argues the administrative power of regional and local authorities to deal with the emergency, by focusing on the Campania Region, in which the emergency risk regulation becomes the regulation of the «*risk panic*», establishing strong measures that jeopardise fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Principio di precauzione; rischio; emergenza epidemiologica da Covid-19; autorità regionali e locali; diritti e libertà fondamentali.

KEYWORDS: Precautionary principle; risk management; health emergency; regional and local powers; Covid-19 and fundamental rights.

INDICE: 1. Paura, rischio, emergenza. Il principio di precauzione tra *risk regulation* ed *emergency risk regulation*. – 2. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e il ruolo del principio di precauzione nella predisposizione del sistema normativo e amministrativo di gestione. – 3. Le “incursioni” delle autorità regionali e locali ammesse dalla normativa emergenziale nazionale. – 4. Oltre i confini della precauzione: il «*panico del rischio*» nella Regione Campania. – 5. Riflessioni finali.

## **1. Paura, rischio, emergenza. Il principio di precauzione tra *risk regulation* ed *emergency risk regulation*.**

Nella sua opera *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il costituzionalista nordamericano Cass R. Sunstein scriveva che: «*Quando è eccessiva, la paura collettiva può determinare restrizioni della libertà illegittime*»<sup>1</sup>. Questa affermazione è utile per cogliere sin da subito alcuni postulati che costituiranno la premessa necessaria all'indagine svolta nelle pagine che seguono, e cioè, che i regimi democratici ben funzionanti sono permeabili ai sentimenti collettivi, che le decisioni pubbliche sono spesso la conseguenza, anche indiretta, delle paure dei consociati e che, infine, quando queste divengono eccessive possono addi-

Ringrazio sinceramente Ilde Forgiione e Donato Vese per i suggerimenti ricevuti, l'affettuoso supporto e il tempo che hanno voluto dedicarmi nel discutere ogni mio dubbio, ogni mia incertezza su tema che mi ha sin da subito coinvolta e appassionata. Sono altresì grata a Filippo Borriello per la preziosa discussione. Rimango naturalmente l'unica responsabile per errori ed omissioni.

<sup>1</sup> *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, trad. it. a cura di U. Izzo, Bologna, il Mulino, 2010, p. 303.

rittura offuscare la ragionevolezza che dovrebbe ispirare e orientare il meccanismo di formazione della volontà del decisore.

Un conto però è asserire che la gestione delle paure collettive connesse al rischio di eventi dannosi rientri tra i compiti istituzionali dei decisori pubblici, un altro è invece spingersi sino al punto di ammettere che questi ne siano interamente condizionati. Un governo democratico è sì sensibile all'opinione pubblica<sup>2</sup>, e quindi ai rischi che, di volta in volta, possono apparire più probabili, ma è anche tenuto alla selezione di quelli che appaiono bisognosi di una gestione cautelativa. L'attenzione delle istituzioni può dirigersi infatti solo verso alcuni tipi di rischi che, per l'elevata probabilità di verifica, l'entità del danno che da essi deriva a beni o interessi particolarmente rilevanti per l'ordinamento e l'impossibilità (o estrema difficoltà) di ripararne gli effetti, richiedono la predisposizione di un sistema di cautele che sia idoneo a prevenirli interamente o perlomeno a mitigarne le conseguenze negative. La nota comunicazione interpretativa della Commissione europea, pubblicata nel 2000 e considerata, allo stato attuale, il documento più autorevole sulle modalità di utilizzazione del principio di precauzione, attribuisce, del resto, ai decisori pubblici il dovere di prendere in considerazione i *timori* della popolazione derivanti dai rischi ritenuti socialmente inaccettabili, e di adottare misure preventive per eliminarli o, perlomeno, ricondurli ad un livello minimo accettabile<sup>3</sup>.

Emerge quindi con estremo nitore che la precauzione è il *principio-pilota* per la gestione dei rischi (*risk regulation*) che possono minare la sicurezza collettiva, l'unico che consente ai governi di valutarli, facendosi carico dell'incertezza scientifica che ad essi inevitabilmente si associa, e di predisporre opportune cautele che possano offrire adeguate garanzie di salvaguardia<sup>4</sup>. Ricondurre un

<sup>2</sup> Profilo colto da A. SEN, *Sviluppo sostenibile e responsabilità*, in *il Mulino*, 2020, 4, p. 554 ss., spec. p. 558, con riguardo all'efficienza delle «democrazie caratterizzate da un sistema mediatico libero ed energico e da regolari elezioni multipartitiche [...] nel prevenire il verificarsi delle carestie». Infatti, «a fronte di un sistema politico democratico ben funzionante e di un sistema mediatico libero e privo di censura, nonché di partiti di opposizione desiderosi di far gravare sul governo l'incapacità di prevenire la fame, il governo avverte una enorme pressione, che lo induce ad adottare misure rapide ed efficaci ogni qualvolta si delinea la minaccia di una carestia».

<sup>3</sup> Commissione europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final, in <https://eur-lex.europa.eu>, emanata su invito del Consiglio europeo (risoluzione del 13 aprile 1999), in GU C 206 del 21 luglio 1999, spec. p. 7.

<sup>4</sup> La letteratura scientifica internazionale sul principio di precauzione è assai vasta; senza pretesa di esaustività, D. FREESTONE, E. HEY, *Origins and Development of the Precautionary Principle*, in ID. (edit by), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, Kluwer Law International, 1993, p. 3 ss.; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002; A. VERMEULE, *Precautionary Principles in Constitutional Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 4, 1, p. 181 ss.; ID., *Introduction: Political Risk and Public Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 4, 1, p. 1 ss.

Con riguardo alla dottrina italiana, si vedano gli studi monografici di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008; nonché, tra i tanti, i contributi di F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 2006, 21; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, p. 14 ss.; M. RENNA, *Le misure ammi-*

rischio ad un livello ritenuto socialmente accettabile non significa tuttavia azzerare del tutto la probabilità di verifica dell'evento dannoso, ma solo allestire un procedimento aperto, trasparente e partecipato, nell'ambito del quale valutare la tipologia, l'entità del rischio e dell'eventuale danno, vagliare le diverse alternative perseguibili e, qualora si scelga di intervenire, adottare misure di regolazione proporzionali, non discriminatorie, coerenti con quelle predisposte in precedenza, basate sull'analisi costi/benefici e soggette a continua revisione alla luce dei nuovi dati scientifici<sup>5</sup>.

La strategia di analisi del rischio è, nell'era contemporanea, profondamente condizionata dal ruolo dei mezzi e dei processi di comunicazione, cui è riconosciuta la capacità sia di captare l'attenzione della collettività sull'emersione di nuovi rischi, sia di influire sull'opinione pubblica e, conseguentemente, di esigere una risposta effettiva da parte delle istituzioni<sup>6</sup>. È evidente quindi che l'operazione di individuazione (e di selezione) dei rischi da gestire risenta di pressioni, per così dire, esterne alla sfera prettamente istituzionale; pressioni che risultano inevitabilmente amplificate dalla libertà e dalla disponibilità dell'informazione pubblica. La diversa percezione dei rischi da parte della collettività, influenzata anche dal ruolo dei media, è alla base delle differenze riscontrate su scala internazionale nelle strategie politiche di selezione, valutazione e gestione dei rischi. Si consideri, a tal fine, uno studio comparativo condotto sul modo in cui il rischio associato al terrorismo e alla SARS è stato percepito negli Usa e in Canada: i nordamericani hanno attribuito al primo un grado di salienza decisamente maggiore rispetto al secondo; al contrario, la percezione dei canadesi era esattamente opposta<sup>7</sup>. Il fenomeno, noto come «*cascate della disponibilità*»<sup>8</sup>, serve per spiegare che le interazioni sociali, alimentate da un sistema mediatico libero e privo di censura, condizionano in maniera

---

*nistrative di "enforcement" del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 1, p. 61 ss.; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Giustamm.it*; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità*, in *Dir. ec.*, 2016, 2, p. 411 ss.; C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2474 ss.; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 3, p. 1075 ss.; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 6, p. 1673 ss.; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 172 ss.

<sup>5</sup> COM(2000) 1 final, cit., p. 3 ss.

<sup>6</sup> Il fenomeno è ampiamente descritto da C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 125 ss., il quale, anche attraverso un'ampia casistica, arriva a dimostrare che, quando i *mass media* mettono a fuoco alcuni rischi, «*le persone si trasmettono vicendevolmente le loro paure e preoccupazioni, la diffusa ondata di paura e preoccupazione a sua volta alimenta l'attenzione dei media e la spirale continua fino a quando la gente non decide che è tempo di passare a un'altra preoccupazione [...]*» (p. 130).

<sup>7</sup> N. FEIGENSON, D. BAILIS, W. KLEIN, *Perceptions of Terrorism and Disease Risks: A Cross-National Comparison*, in *Missouri Law Review*, 2004, 69, 4, p. 991 ss., disponibile all'indirizzo <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss4/6>.

<sup>8</sup> C.R. SUNSTEIN, T. KURAN, *Availability Cascades and Risk Regulation*, in *Stanford Law Review*, 1999, 51, p. 683 ss.

preponderante la percezione dei rischi da parte della collettività<sup>9</sup>, finendo inevitabilmente per captare l'attenzione dei politici, chiamati a riportare entro un livello ritenuto socialmente accettabile un rischio (percepito come) inaccettabile. La scelta della tipologia e la modulazione dell'intensità delle misure di regolazione nel caso concreto risentono, in larga parte, del livello di rischio percepito dalla collettività e dall'opinione pubblica, capaci di far pressione sulle istituzioni. Sebbene il governo dell'incertezza che la gestione di un rischio presuppone comporti un necessario ricorso alle conoscenze tecnico-scientifiche per stabilire la probabilità del suo verificarsi, l'entità del danno ad esso conseguente e le misure più efficaci per prevenirlo, rientra tuttavia nella responsabilità esclusiva del decisore pubblico definire le soglie di contenimento del rischio stesso, vale a dire la sua accettabilità giuridica, dato convenzionale derivante dal confronto e dal bilanciamento con gli altri valori in gioco<sup>10</sup>.

Si discute tuttavia se la flessibilità della scelta della soglia di delimitazione (operata dal legislatore o dall'amministrazione) sia riconducibile ad un'attività politica<sup>11</sup>, ovvero di indirizzo politico-amministrativo<sup>12</sup>, ovvero ancora di natura prettamente amministrativa<sup>13</sup>, con importanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale e sui poteri del giudice. In ogni caso, il ruolo della scienza e della tecnica rimane circoscritto alla costruzione della premessa necessaria per la definizione della modalità concreta di gestione, attraverso la scelta di misure ispirate ai canoni della proporzionalità, necessità, adeguatezza e coerenza; la finalità principale della precauzione è infatti fornire parametri di giudizio nei contesti dominati dall'incertezza, considerata la necessità di addivenire comunque ad una decisione<sup>14</sup>.

Il fattore di attivazione del principio è costituito da un rischio di origine naturale o derivante da un'attività antropica; tuttavia, l'assenza di definizioni

<sup>9</sup> Si veda, sul punto, H.-P. KOHLER, R. BEHRMAN, S. COTTS WATKINS, *Social Networks and HIV/AIDS Risk Perceptions*, in *Demography*, February 2007 44, 1, p. 1 ss., disponibile all'indirizzo [http://repository.upenn.edu/parc\\_pubs/1](http://repository.upenn.edu/parc_pubs/1). Lo studio, condotto presso le popolazioni rurali del Kenya e del Malawi, ha riscontrato che la percezione del rischio di aver contratto il virus dell'HIV/AIDS, è strettamente connessa a dibattiti che sono spesso alimentati dall'osservare o dal venire a conoscenza di un caso di una persona che si è ammalata o è morta di HIV/AIDS. Le persone, in teoria, conoscono le modalità di contagio e di prevenzione, ma sono scarsamente consapevoli dell'opportunità e dell'efficacia derivante dal cambiamento delle proprie abitudini sessuali, come raccomandato dagli esperti. Le percezioni del rischio di contagio da HIV/AIDS sono in larga misura il riflesso del funzionamento di reti sociali, laddove notevoli modifiche nelle credenze e nei comportamenti sono indotte dal fatto che si interagisca con persone che manifestano un elevato livello di preoccupazione nei confronti del problema.

<sup>10</sup> S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, ESI, 2019, p. 387 ss., p. 391-392.

<sup>11</sup> B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 194 ss., p. 199.

<sup>12</sup> S. COGNETTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>13</sup> M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in AIPDA, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 140 ss., spec. p. 152.

<sup>14</sup> In questi termini, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 196.

legislative univoche ha creato non poche incertezze ermeneutiche sull'esatta perimetrazione della nozione, tenendo peraltro conto della stretta contiguità con quelle di emergenza e di pericolo. Per quanto d'interesse in questa sede, il rischio può essere definito come la possibilità di subire un danno derivante da circostanze più o meno prevedibili, mentre l'emergenza si presenta come una situazione imprevista che, normalmente, non è esplicitamente regolata dal diritto vivente e che, pertanto, deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema di valori riconosciuti dall'ordinamento<sup>15</sup>. Si ritiene che il ricorso alla precauzione fallisca in contesti emergenziali, quando la risposta delle istituzioni si traduce nell'esercizio di poteri straordinari miranti a ripristinare l'ordine turbato. In realtà, esiste una metodologia di regolazione (*emergency risk regulation*) che, combinando l'approccio della regolazione del rischio (*risk regulation*) con la possibilità di ricorrere a misure straordinarie, può essere applicata nell'immediatezza di un evento catastrofico (ad esempio, eruzione vulcanica, attacco terroristico, pandemia, esplosione nucleare, ecc.) per mitigarne l'impatto<sup>16</sup>. Più in particolare, se la nozione di rischio indica un peculiare, stato intermedio tra la sicurezza e la distruzione<sup>17</sup>, nel rischio di emergenza l'equilibrio tra le due si inclina chiaramente verso quest'ultima<sup>18</sup>. La regolazione del rischio di emergenza opera nella prima delle due fasi del ciclo di un evento catastrofico: mitigazione e risposta all'emergenza. In linea di principio, gli sforzi di mitigazione tendono a ridurre il potenziale impatto di una catastrofe immediatamente prima che essa si verifichi, mentre la risposta tende a fare ciò subito dopo. Nella pratica, tuttavia, la distinzione tra le due fasi non è sempre così netta: quando sono chiamati ad agire sotto la minaccia di una pandemia, i governi devono al contempo mitigare e rispondere alla stessa in una situazione imprevista (emergenza) e di forte impatto. La regolazione del rischio di emergenza opera, in particolare, nella fase iniziale della diffusione della malattia, quando la minaccia di una catastrofe imminente oscura il contesto normativo con l'emergenza<sup>19</sup>. Questa metodologia è essenziale per approntare una strategia amministrativa efficace per affrontare una pandemia poiché, grazie ad un monitoraggio continuo, una valutazione del rischio condotta sulla base di parametri univoci e uniformi e l'adozione di misure di gestione proporzionate, consente di ridurre gli effetti negativi dell'emergenza e, al contempo, l'uso di poteri straordinari<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra i concetti di rischio e di emergenza, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 12.

<sup>16</sup> Sulla nozione, sulle caratteristiche, sull'ambito e sulle modalità di applicazione della *emergency risk regulation*, A. Alemanno (edited by), *Governing Disasters. The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

<sup>17</sup> U. BECK, *World Risk Society*, Cambridge, Polity, 1999, p. 135.

<sup>18</sup> A. ALEMANNNO, *Introduction*, in Id. (edited by), *Governing Disasters*, cit., p. xix ss., p. xxi.

<sup>19</sup> A. ALEMANNNO, *op. cit.*, p. xii.

<sup>20</sup> D. VESE, *Managing the Pandemic. The Italian Strategy for Fighting Covid-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers*, in *Eur. J. Risk Reg.*, September 2020, 11, 3, p. 1 ss., p. 7, disponibile all'indirizzo <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk->

La pandemia costituisce una catastrofe nella misura in cui causa una forte perdita di vite umane; l'emergenza si verifica quando i servizi sanitari non sono più in grado di assorbire e curare i malati; la regolazione del rischio di emergenza comprende, dunque, da un lato misure che incrementino, sotto il profilo dell'organizzazione, della formazione del personale e delle risorse strumentali (numero di posti letto in terapia intensiva e ordinaria, ventilatori, ossigeno, ecc.), la capacità del sistema sanitario, e dall'altro, misure di protezione che diminuiscano le occasioni di contagio nella popolazione. Attraverso il monitoraggio dello "stato di stress" cui è sottoposto il sistema sanitario, le autorità competenti possono decidere se e quali misure precauzionali disporre per rallentare la diffusione del virus, tenendo in considerazione i dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione e valutando, di volta in volta, il relativo impatto sulla curva epidemica.

Non è un caso che delle prime applicazioni del principio di precauzione sia stata fatta risalire all'epidemia di colera diffusasi verso la fine dell'Ottocento a Saint James, un noto quartiere di Londra. In quella circostanza, il ricorso all'approccio precauzionale, che si concretizzò nella decisione delle autorità di chiudere una pompa di acqua su Broad Street dando seguito alla provvidenziale intuizione di un fisico dell'epoca, permise di salvare centinaia di vite umane<sup>21</sup>. L'episodio rivela con estrema chiarezza che la decisione amministrativa, pur appoggiandosi alle conoscenze tecnico-scientifiche, non ne rimane tuttavia interamente vincolata: aderire all'allora dominante "teoria del miasma", che intravedeva nell'"aria nociva" la modalità di contagio del colera, avrebbe significato segregare tutta la popolazione nelle abitazioni, con enorme sacrificio delle libertà individuali. Inoltre, mostra l'efficacia di tale approccio in contesti di incertezza scientifica, quali appunto quelli delle epidemie e pandemie.

---

*regulation/article/managing-the-pandemic-the-italian-strategy-for-fighting-covid19-and-the-challenge-of-sharing-administrative-powers/BC9649C9AB8321C3AF807CD5D8F295E2.*

<sup>21</sup> Nell'agosto del 1854, a Londra, scoppiò una violenta epidemia di colera nel noto quartiere di Saint James che iniziò a mietere centinaia di vittime, costringendo le autorità sanitarie ad intervenire nel tentativo di contenere il contagio. Poiché un fisico dell'epoca, il dottor John Snow, aveva ipotizzato che il diffondersi della malattia potesse dipendere dal consumo dell'acqua proveniente da una determinata fonte, l'Amministrazione decise di vietare il ricorso a quel punto di approvvigionamento. I casi di colera iniziarono quasi subito a diminuire e ben presto si riuscì a debellare la malattia. In realtà, la decisione amministrativa avrebbe dovuto considerarsi illegittima in base alle conoscenze scientifiche dell'epoca, poiché, secondo gli studi del Royal College of Physicians, la propagazione del colera avveniva per via aerea (solo nel 1884, infatti, lo studioso Koch avrebbe scoperto che la malattia si trasmette attraverso l'acqua tramite il vibrione) ma essa venne adottata, appunto per mera cautela, e consentì di salvare molte vite umane. Il caso è citato da P. HARREMOËS, D. GEE, M. MACGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE, C.M.P. VAZ, *The precautionary principle in the 20<sup>th</sup> Century. Late lessons from early warnings*, London, Earthscan, 2002, p. 5, e ripreso da F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 3, sub nota 7, nonché, più di recente, nel contributo *Tra precauzione e ragionevolezza*, cit., 2006, 21, p. 1-2.

\* \* \*

Queste brevi considerazioni sono utili per delineare alcune direttrici lungo le quali si snoderà l'analisi sul ruolo del principio di precauzione nella "costruzione" dell'intricato sistema normativo e amministrativo di gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19<sup>22</sup>, e precisamente: *i*) l'impatto della *percezione* del rischio ai fini dell'adozione delle misure di regolazione (*soft e hard law*) nelle varie fasi; *ii*) le conseguenze derivanti dall'assenza iniziale di una *preparedness*<sup>23</sup> per la gestione delle emergenze sanitarie di particolare gravità, predisposta peraltro solo sul finire della "fase uno"; *iii*) il rapporto tra potere e scienza nella definizione delle modalità d'intervento; *iv*) la difficoltà di coniugare la dimensione nazionale dell'emergenza con la differente concentrazione territoriale del contagio in un contesto ordinamentale che prevede l'allocazione della competenza legislativa in materia di sanità in capo alle Regioni; *v*) le modalità con cui i poteri d'ordinanza in materia di emergenze sanitarie sono stati concretamente esercitati dalle autorità regionali, assumendo quale osservatorio privilegiato la strategia predisposta dalla Regione Campania, che si è distinta rispetto alle altre per l'intensità delle misure di contenimento del contagio adottate nelle diverse fasi, con conseguente sovrapposizione rispetto ai provvedimenti governativi.

## **2. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e il ruolo del principio di precauzione nella predisposizione del sistema normativo e amministrativo di gestione.**

L'esordio della pandemia Covid-19 e la violenza con cui ha investito il tessuto economico, politico e sociale<sup>24</sup> possono considerarsi ormai fatti noti<sup>25</sup>. L'elevata velocità di propagazione del virus, la mancanza di adeguate cono-

<sup>22</sup> Come indicato nella circolare del Ministro della Salute del 22 febbraio 2020, n. 5443, la malattia è definita «*COVID-19*» (dove «*CO*» sta per corona, «*VI*» per virus, «*D*» per disease e «*19*» indica l'anno in cui si è manifestata), mentre il virus, che era stato provvisoriamente denominato «*nuovo Coronavirus*», è stato denominato ufficialmente e definitivamente, dall'International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV), l'11 febbraio 2020, quale «*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*» (sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2), abbreviato in «*SARS-CoV-2*».

<sup>23</sup> Definita come «*the knowledge and capacities developed by government, professional response and recovery organizations, communities and individuals to effectively anticipate, respond to, and recover from the impacts of likely, imminent or current crisis*» (European Centre for Disease Prevention and Control, *HEPSA - health emergency preparedness self-assessment tool – user guide*, Stockholm, ECDC, 2018, p. IV).

<sup>24</sup> Definisce la pandemia Covid-19 «*un tornado*», G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... ap-palti a sorte*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 5 maggio 2020, 4.

<sup>25</sup> Per una ricostruzione puntuale degli avvenimenti e della sequenza di atti nazionali con cui sono state adottate le misure di contenimento durante la "fase uno" dell'emergenza, si rinvia al contributo di M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 3, p. 282 ss.

scienze scientifiche sulle modalità di trasmissione, la complessità e la lunghezza delle terapie richieste per curare la malattia e l'assenza di un vaccino, possono considerarsi le principali cause della sofferenza del sistema sanitario nazionale<sup>26</sup> e, conseguentemente, della predisposizione di misure di contenimento incidenti su diritti e libertà fondamentali progressivamente crescenti per intensità, tipologia e densità. Il virus SARS-CoV-2 ha trovato le istituzioni nazionali del tutto impreparate, probabilmente perché fino a quel momento la *percezione* del rischio di un'emergenza epidemiologica era piuttosto bassa e l'opinione pubblica attribuiva a rischi di altro tipo un grado di salienza maggiore<sup>27</sup>.

La scarsa attenzione al rischio epidemiologico può, del resto, facilmente risaltare dal fatto che l'ultimo aggiornamento del Piano pandemia influenzale risalisse al 2006<sup>28</sup>. Il documento è stato utilizzato per contrastare l'influenza suina da virus A/H1N1 nel 2009, in seguito al progressivo innalzamento del livello di sorveglianza da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che tuttavia arrivò in Europa in forma più lieve, rendendo praticamente fallimentari e inutili le campagne di immunizzazione<sup>29</sup>. Questo spiega perché il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC) abbia stimato, all'inizio dell'epidemia in Cina, il rischio di introduzione dell'infezione in Europa attraverso casi importati dalle zone infette di livello moderato, come riferisce la circolare del Ministro della Salute del 22 gennaio 2020<sup>30</sup>, che può essere considerata come il primo atto nazionale nel quale si dà conto dell'esistenza di una nuova malattia diffusiva dall'eziologia ignota e dal decorso anomalo, e si avviano le prime misure di profilassi. La sensibilità dell'opinione pubblica europea e nazionale al rischio pandemico era piuttosto bassa nel momento in cui l'epidemia da Covid-19 aveva fatto il suo esordio a Whuan, diffondendosi poi in altri paesi limitrofi, anche a causa delle false in-

<sup>26</sup> Aggravata, per altro, da i numerosi tagli alla spesa pubblica registrati negli ultimi anni: per un'analisi dei dati, D. AFFINITO, *Coronavirus in Italia: i tagli al Servizio sanitario nazionale, chi li ha fatti e perché*, in *Corriere della Sera*, 31 marzo 2020).

<sup>27</sup> Si pensi, soprattutto, al rischio sismico, reso saliente nella penisola dalla frequenza e dall'intensità dei terremoti verificatesi in tempi recenti (di cui l'ultimo avvenuto nell'isola di Ischia il 21 agosto 2017, di magnitudo 4.0 (Md), con due vittime, secondo i dati del sito istituzionale della Protezione Civile).

<sup>28</sup> Il Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale (noto nella prassi come Piano pandemia influenzale) è stato redatto sulla base delle indicazioni emanate nel 2005 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e ha sostituito, nel 2006, il precedente Piano italiano multifase per una pandemia influenzale, risalente al 2002. Il documento rappresenta il principale riferimento su cui devono essere predisposti i piani operativi nazionali, nonché le linee-guida nazionali per le ulteriori azioni da parte del Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (Ccm), organo responsabile del coordinamento tra il Ministero della Salute e le Regioni per le attività di sorveglianza, prevenzione e risposta tempestiva alle emergenze. Si prevede un'articolazione in fasi della gestione di una pandemia influenzale, prevedendo per ogni fase e livello gli obiettivi da raggiungere e le azioni da intraprendere. Inoltre, si individuano quali soggetti competenti: il Ministero della Salute, le Regioni, il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (Ccm) e l'InfluNet. Sul punto, M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., spec. p. 287.

<sup>29</sup> Ancora M. GNES, *op. ult. cit.*, p. 288.

<sup>30</sup> Recante «*Polmonite da nuovo coronavirus (2019 - nCoV) in Cina*».

formazioni provenienti dal governo cinese sui sintomi e sul decorso della malattia, dalle quali era emersa una similitudine con la sindrome influenzale<sup>31</sup>. Non sorprende dunque che la risposta delle istituzioni italiane, in presenza di un rischio di contagio considerato di livello moderato e in assenza di pressioni provenienti dall'opinione pubblica, si sia concretizzata nell'emanazione di atti di *soft law*, non vincolanti, costituiti perlopiù da circolari, recanti indicazioni operative per il monitoraggio dello stato di salute dei passeggeri di voli provenienti dalla Cina (ad esempio, compilazione della c.d. *passenger locator card*)<sup>32</sup>, le prime definizioni di caso per la segnalazione, distinguendo, in particolare, tra caso sospetto, probabile e confermato<sup>33</sup>.

Solo dopo che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato, il 30 gennaio 2020, l'epidemia da Covid-19, dapprima, una «*Public Health Emergency of International Concern*» (PHEIC)<sup>34</sup> e, poco dopo, alla luce dei suoi livelli di gravità e diffusione in tutto il mondo, una pandemia<sup>35</sup>, il rischio epidemiologico ha assunto un grado di salienza progressivamente crescente. Il giorno successivo, il 31 gennaio, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, ha deliberato, inizialmente per la durata di sei mesi, lo stato di emergenza «*in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*», ai sensi della normativa di protezione civile, attribuendo al Capo del Dipartimento della protezione civile il potere di emanare

<sup>31</sup> Si vedano le dure osservazioni di G. DE MINICO, *Coronavirus e fragilità dell'uomo forte*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 febbraio 2020, la quale rileva che «*il presidente cinese Xi Jinping, nascondendo il pericolo sotto un velo di bugie, ha dato prova della fragilità di un potere autocratico, verticistico e opaco, che, pur di non ammettere l'incapacità dinanzi all'evento imprevisto e straordinario, ha scelto il silenzio. Solo l'evidenza dei fatti lo ha costretto a parlare, ma lo ha fatto il meno possibile, minimizzando il rischio di contagio*».

<sup>32</sup> Circolare del Ministro della Salute del 24 gennaio 2020, n. 2265, recante «*2019 - nCov - indicazioni operative per il monitoraggio dello stato di salute dei passeggeri su voli provenienti dalla Cina*».

<sup>33</sup> La definizione di «*caso sospetto*», «*caso probabile*» e «*caso confermato*», introdotta dalla circolare del Ministro della Salute del 27 gennaio 2020, n. 2302, recante «*Polmonite da nuovo coronavirus (2019 - nCoV)*» e più volte modificata nel corso dell'emergenza da atti di tenore analogo, si è rivelata una questione di primarietà assoluta per la gestione della pandemia, soprattutto se si considera che, perlomeno durante la «fase uno» sono stati effettuati tamponi solo su «*caso sospetto*», qualificati come tale dal Ministro della Salute in attuazione delle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e del Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle malattie (ECDC).

<sup>34</sup> WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, Geneva, Switzerland, 30 January 2020 (disponibile all'indirizzo [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-healthregulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-healthregulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))). L'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale (PHEIC) è stata definita nel Regolamento Sanitario Internazionale (RSI) del 2005 come un evento straordinario che possa: i) costituire un rischio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie; ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata.

<sup>35</sup> Si veda WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 March 2020 (disponibile all'indirizzo <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>).

ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>36</sup>.

L'individuazione del “paziente uno” nell'ospedale di Codogno, in Provincia di Lodi, il primo italiano ufficialmente contagiato dal virus SARS-CoV-2, nella notte tra il 20 e il 21 febbraio, insieme alla rapida diffusione del contagio in Lombardia, in Veneto, in Emilia-Romagna, in Piemonte e nel Lazio nei giorni successivi, ha segnato l'inizio effettivo dell'epidemia sul territorio nazionale e, al contempo, dato avvio alla costruzione di un complesso sistema normativo e amministrativo di gestione con la finalità di contenere il contagio e alleggerire la pressione sul sistema sanitario, in grave sofferenza a causa dell'elevato numero dei malati. Le misure di *soft law* sono state ben presto supportate da misure di regolazione di *hard law* (decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri) che, per attuare il distanziamento sociale, unica forma di prevenzione e contenimento del contagio in mancanza dei dispositivi di protezione individuale (c.d. mascherine), hanno imposto il sacrificio di alcuni dei più importanti diritti e libertà fondamentali<sup>37</sup>.

La strategia di analisi del rischio epidemiologico, in assenza di una pianificazione, è stata tuttavia notevolmente semplificata sotto il profilo comunicativo: innanzitutto, l'individuazione delle “fasi” della gestione emergenziale ha costituito l'esito di un'operazione empirica, condotta perlopiù dai *mass media* e recepita solo in seguito a livello istituzionale. Si è infatti scelto di riunire sotto la denominazione di “fase uno” il periodo, caratterizzato dall'adozione di misure fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali, compreso tra la deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 e l'inizio della “fase due”, il 4 maggio 2020, contrassegnata da un progressivo allentamento di tali misure e da una lenta ripresa delle attività commerciali, subordinatamente all'adozione di specifiche misure di igiene.

Solo con l'allegato 10 del d.p.cm. 26 aprile 2020, che ha dato avvio alla “fase due”, è stata delineata una *mappatura* della strategia di gestione del rischio epidemiologico, attraverso l'articolazione in fasi dell'emergenza e la codificazione dei criteri per il monitoraggio del rischio sanitario funzionali al mantenimento o al passaggio da una fase all'altra. Sono state così previste cinque fasi complessive: la fase 1 (*lock-down*), la fase 2A (transizione iniziale), la fase 2B (transizione avanzata), la fase 3 (ripristino) e la fase 4 (preparazione). L'allegato 10 ha poi individuato una serie di criteri la cui sussistenza (parziale o totale) o assenza, accertata attraverso una verifica periodica, avrebbe determinato, rispettivamente, il mantenimento o il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente<sup>38</sup>. Nonostante alcuni criteri siano connotati da un tas-

<sup>36</sup> Cfr. art. 7, comma 1, lett. c), e art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1/2018.

<sup>37</sup> Per tutti, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 531 ss.

<sup>38</sup> Ad esempio, la transizione alla Fase 2B è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di *readiness*; abilità di testare tempestivamente tutti i casi sospetti; possibilità di garantire adeguate risorse per il *contact tracing*, l'isolamento e la quarantena.

so elevato di genericità (è il caso delle attività di c.d. *readiness*) e altri suggeriscono l'utilizzo di strumenti in corso di sperimentazione (il c.d. *contact tracing*)<sup>39</sup>, è tuttavia apprezzabile lo sforzo dell'esecutivo di inquadrare l'emergenza nell'ambito di una strategia di gestione del rischio, di introiettare l'evento dannoso all'interno del sistema giuridico ordinario, consentendo così «*la gestione di situazioni eccezionali con uno strumentario non extra ordinem, che estraneo ai tradizionali circuiti di garanzia e controllo lascia certamente spazio a un suo utilizzo strumentale e in certi casi "deviato"*»<sup>40</sup>. Il ritardo con cui è stata compiuta questa operazione ha causato un disallineamento tra comunicazione mediatica e istituzionale, da un lato, e testi normativi, dall'altro: ad esempio, si è comunemente affermato che la "fase tre" fosse stata avviata dal d.p.c.m 11 giugno 2020, contrariamente a quanto stabilito dall'allegato 10, che al contrario ne individua il presupposto essenziale nell'esistenza di un vaccino efficace e sicuro, allo stato attuale non ancora disponibile.

Tali criteri sono stati, da ultimo, richiamati dalla circolare del Ministro della Salute 11 agosto 2020, contenente il documento «*Elementi di preparazione e risposta a COVID-19 nella stagione autunno-invernale*», predisposto dall'Istituto Superiore di Sanità in collaborazione con il Ministro della Salute e il Coordinamento delle Regioni e delle Province autonome che, sulla base dei punti di forza e delle criticità riscontrate nelle prime fasi dell'epidemia, ha lo scopo di fornire indicazioni per fronteggiare un eventuale aumento dei casi durante il periodo autunnale e invernale. Sono previsti quattro possibili scenari connessi all'andamento della curva epidemiologica<sup>41</sup> e alla capacità del sistema sanitario di gestire i malati, cui corrisponde l'adozione da parte delle autorità competenti di misure di contenimento di intensità progressivamente crescente, sulla base del modello seguito nei mesi precedenti.

La codificazione, a livello nazionale, di parametri univoci e uniformi alla stregua dei quali valutare l'entità del rischio epidemiologico e, se del caso, adottare le conseguenti misure di precauzione, in netto ritardo rispetto all'esordio dell'emergenza, ha costituito una delle principali ragioni del disallineamento tra la strategia di gestione predisposta dal Governo e quella seguita in alcune Regioni, tra cui la Campania. Sul punto si ritornerà a breve<sup>42</sup>. Qui è sufficiente an-

<sup>39</sup> Attuato solo dall'art. 6, d.l. 30 aprile 2020, n. 28. A tal fine, è stata predisposta una piattaforma unica nazionale a supporto di un programma applicativo, denominato "App Immuni", a disposizione di tutti i cittadini in possesso di uno *smartphone*. Solo con d.p.c.m. 18 ottobre 2020 è stato introdotto l'obbligo per i sanitari di registrare i codici delle persone risultate positive. Critico sull'efficacia dello strumento, F. GIGLIANI, *Le misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia nella "fase due"*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 4, p. 414 ss., p. 417.

<sup>40</sup> Così L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 15 ss., spec. p. 28.

<sup>41</sup> La curva epidemiologica (nota anche come curva epidemica o curva dei contagi) indica un grafico statistico, usato in epidemiologia, per valutare l'insorgenza dell'epidemia, l'identificazione delle modalità di trasmissione, il suo periodo di incubazione e il suo andamento nel tempo (cfr. Center for Disease Control and Prevention, *Using an Epi Curve to Determine Mode of Spread*, disponibile all'indirizzo <https://www.cdc.gov/training/QuickLearns/epimode/>).

<sup>42</sup> Si veda *infra* paragrafo 4.

tipicare che, nonostante la normativa emergenziale abbia attribuito alle Regioni il potere di adottare misure più restrittive in presenza di un aggravamento del rischio di contagio, tuttavia, i relativi indicatori di valutazione sono stati codificati e uniformati solo sul finire della “fase due”, con la conseguenza che l'intensità delle misure di contenimento in alcuni casi non è stata modulata su un rischio misurabile. Si consideri, ad esempio, che in piena “fase uno”, mentre nella Regione Lombardia, dove il rischio epidemiologico era decisamente maggiore e le strutture sanitarie ormai sature, l'attività motoria e sportiva è stata sempre consentita<sup>43</sup>, senza introdurre alcuna deroga alle prescrizioni nazionali, al contrario, nella Regione Campania, tali attività sono state del tutto vietate<sup>44</sup>, nonostante il rischio di contagio fosse più basso e il sistema sanitario non fosse in così grave sofferenza.

Per quanto concerne il delicato rapporto tra potere e sapere<sup>45</sup>, è stata sin da subito rilevata l'oscurità del procedimento di emanazione dei decreti attuativi<sup>46</sup>, soprattutto durante la “fase uno”, che al contrario avrebbe dovuto svolgersi nel pieno rispetto dei principi di partecipazione, trasparenza e pubblicità; i verbali del Comitato tecnico-scientifico<sup>47</sup>, resi con funzione di supporto istruttorio all'emanazione dei decreti attuativi, sono stati resi pubblici solo a seguito dell'accoglimento del ricorso giurisdizionale proposto contro la reiezione della richiesta di accesso civico generalizzato<sup>48</sup>. In nessuno dei decreti con cui sono state comprese gran parte delle libertà fondamentali dei cittadini (ad esempio, il *lock-down*), in un primo momento, solo in alcune aree, e successivamente nell'intero territorio nazionale, è stato possibile riscontrare alcun cenno ai verbali dell'organo tecnico-scientifico ai fini dell'adozione di misure così stringenti nei confronti della popolazione italiana<sup>49</sup>. Come è stato opportunamente osservato, il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo in occasione delle conferenze stampa non ha trovato corrispondenza, sul piano giuridico, nel corredo motivazionale e nelle premesse dei provvedimenti adottati, che evidenziassero la effettiva valutazione del rischio in sede di adozione delle misure, traducendosi in una violazione del principio di

<sup>43</sup> Seppur in forma individuale, in prossimità dell'abitazione e nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale; si vedano le ordinanze n. 514 del 21.03.2020, n. 521 dello 04.04.2020 e n. 528 dell'11.04.2020, adottate, la prima, durante la vigenza del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, e le due successive, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Per una più ampia disamina, sia consentito rinviare a V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 - paper 20 maggio 2020, p. 16 ss.

<sup>44</sup> Si vedano le ordinanze n. 15 del 13.03.2020, n. 23 del 25.03.2020, n. 27 dello 03.04.2020, n. 32 del 12.04.2020.

<sup>45</sup> In questi termini, L.R. PERFETTI, nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona. Emergenza e poteri*, p. 11.

<sup>46</sup> B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, spec. p. IV.

<sup>47</sup> Istituito con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

<sup>48</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8615.

<sup>49</sup> A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 - paper 29 aprile 2020, p. 5.

precauzione e conseguente illegittimità dei relativi provvedimenti (per carenza istruttoria e difetto di motivazione), pur se adottati in situazioni emergenziali<sup>50</sup>. Del resto, è un dato ormai pacifico in giurisprudenza che l'emergenza (non fa venir meno ma anzi) rafforza l'obbligo di motivazione<sup>51</sup>.

Questa grave lacuna presente nei primi decreti emergenziali è stata successivamente colmata dall'esecutivo, anche attraverso l'inserimento di un riferimento espresso agli esiti della consultazione del Comitato tecnico-scientifico nei testi normativi, soprattutto in quelli di recente emanazione (ad esempio, nel d.p.c.m. 24 ottobre 2020 tale riferimento compare sia nel preambolo sia nella definizione delle misure di contenimento<sup>52</sup>). Se infatti è vero che la decisione adottata all'esito del procedimento di analisi del rischio è, come si è detto, dipendente ma non vincolata alla valutazione tecnico-scientifica, è altrettanto vero tuttavia che la mancanza di un solido supporto istruttorio, condotto appunto da un organo tecnico, influisce inevitabilmente sulla sua legittimità<sup>53</sup>.

### **3. Le “incursioni” delle autorità regionali e locali ammesse dalla normativa emergenziale nazionale.**

In un quadro di competenze in materia di emergenze sanitarie ripartite tra i vari livelli territoriali di governo sulla base di un criterio prettamente dimensionale, costituito dall'estensione territoriale dell'urgenza da risolvere, l'obiettivo iniziale dell'esecutivo è stato quello di *incasellare*, avvalendosi del decreto-legge, entro binari ben definiti l'esercizio effettivo di tali competenze, prefigurando altresì il contenuto dei provvedimenti adottabili nella situazione specifica. La ricerca di un supporto delle autorità regionali e locali nella strategia di gestione dell'emergenza deriva, inoltre, dalla differente velocità di propagazione del virus nelle diverse aree del territorio nazionale e dall'esistenza di marcate discrepanze, a livello organizzativo, tra i sistemi sanitari regionali, suscettibili di riverberarsi sulla capacità prendersi carico (quantità) e di curare i malati (qualità). Nelle intenzioni del legislatore nazionale, le Regioni e, in minima parte, i Comuni avrebbero dovuto ricorrere al potere d'ordinanza solo

<sup>50</sup> A. BARONE, *op. ult. cit.*, p. 6.

<sup>51</sup> Tra le tante, di recente, TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774.

<sup>52</sup> Si pensi ai casi in cui non opera l'obbligo di mantenere la distanza di sicurezza interpersonale o di indossare la mascherina.

<sup>53</sup> In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, secondo cui «*il principio di precauzione presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura*». Con riguardo all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e, in particolare, alla necessità che «*ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia [debba essere] il frutto di un'istruttoria articolata*», TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

per risolvere tempestivamente criticità verificatesi nei rispettivi ambiti<sup>54</sup>, e comunque muovendosi nel perimetro degli spazi non disciplinati o solo parzialmente disciplinati dai decreti attuativi nazionali, senza “intaccare” la strategia complessiva di gestione della crisi, nel rispetto del principio di leale collaborazione cui sono improntate le relazioni tra centro e periferia. L’art. 3, comma 2, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6<sup>55</sup>, convertito, con modificazioni, in l. 5 marzo 2020, n. 13, aveva infatti statuito che «nelle more dell’emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza», le misure di mitigazione degli effetti della pandemia tipiche e atipiche avrebbero potuto essere adottate dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco<sup>56</sup>. Tuttavia, l’estrema genericità della previsione normativa aveva finito per attribuire una sorta di delega in bianco a tali autorità per la gestione dell’emergenza nei rispettivi territori, concretizzatosi in un profluvio di ordinanze regionali e locali, in taluni casi recanti prescrizioni addirittura più restrittive rispetto ai provvedimenti nazionali<sup>57</sup>.

L’economia dello scritto non consente di soffermarsi sul fondamento normativo del potere d’ordinanza regionale, se cioè esso trovi un “appiglio” negli artt. 32, l. n. 833/1978 e 117, d.lgs. n. 112/1998 o nell’art. 32 Cost. ovvero nella normativa emergenziale, e sull’ampiezza dello spazio di manovra riconosciuto alle Regioni nel prisma dell’assetto dei rapporti definito dagli artt. 117 e 118 Cost.; pertanto ad altra sede si rinvia<sup>58</sup>. D’altra parte, il dato sul quale è qui importante rivolgere l’attenzione non riguarda tanto la scelta del legislatore di tipizzare il contenuto delle ordinanze contingibili e urgenti<sup>59</sup>, che per natura e tradizione sono da definirsi «libere»<sup>60</sup>, attraverso la prefigurazione della tipologia di misura di mitigazione adottabile nel caso concreto, bensì le modalità con

<sup>54</sup> Profilo colto da A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 15 aprile 2020, spec. p. 5.

<sup>55</sup> Recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza».

<sup>56</sup> Rispettivamente, ai sensi dell’art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, dell’art. 117, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e dell’art. 50, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>57</sup> E. CARLONI, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *laCostituzione.info*.

<sup>58</sup> Sia consentito rinviare sul punto a V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Salus rei publicae e potere d’ordinanza regionale e sindacale nell’emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, p. 330 ss.; in giurisprudenza, TAR Lazio, sez. III *quater*, sentenze 2 ottobre 2020, n. 10047 e n. 10048, che propone una lettura “sinergica” degli artt. 32, l. n. 833/1978 e 117, d.lgs. n. 112/1998, basata sulla dimensione territoriale dell’emergenza, per giustificare il potere d’intervento del Ministro della Salute o del Presidente della Regione.

<sup>59</sup> B. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d’emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 15 maggio 2020, disponibile all’indirizzo [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>60</sup> G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, p. 33 ss.

Per un inquadramento generale del potere d’ordinanza, senza pretesa di esaustività, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1976, p. 89 ss.; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, p. 388 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, p. 345 ss.

cui le autorità regionali e locali hanno fatto uso di quei poteri, arrivando sino al punto di sovrapporsi agli atti nazionali attraverso l'imposizione di ulteriori limiti ai (già pesantemente compressi) diritti e libertà fondamentali<sup>61</sup>. Si tratta di uno degli aspetti più critici della gestione nazionale dell'emergenza da Covid-19, identificato dalla dottrina nella mancanza di una «effective “sharing of powers”»<sup>62</sup>, ossia di un esercizio condiviso dei poteri di regolamentazione amministrativa tra i diversi livelli di governo mediante la partecipazione e la cooperazione degli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza (Governo, Regioni ed enti locali).

Il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19<sup>63</sup>, convertito, con modificazioni, in l. 22 maggio 2020, n. 35, è intervenuto a chiudere gli argini aperti ai poteri d'ordinanza, innanzitutto, riconoscendo alle Regioni uno spazio d'intervento in via d'urgenza solo al verificarsi di determinate condizioni<sup>64</sup> e, in secondo luogo, vietando ai Sindaci di adottare «ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali»<sup>65</sup> o eccedenti i limiti di cui al comma 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, comma 2), come peraltro già prescritto dall'abrogato art. 35, d.l. 2 marzo 2020, n. 9<sup>66</sup>.

Il decreto ridefinisce le condizioni di legittimità delle ordinanze sindacali che, per non contrastare con i provvedimenti nazionali e regionali: non possono derogarvi, inasprirne o allentandone le relative prescrizioni<sup>67</sup> (sebbene parte della dottrina non esclude un eventuale inasprimento delle misure disposte dagli altri livelli di governo, ritenendolo provvisto di “copertura” nell'art. 32 Cost.)<sup>68</sup>; possono assumere contenuto attuativo o integrativo (in questo caso, in assenza o con minimo esercizio di discrezionalità)<sup>69</sup>; possono disciplinare ambiti non già regolati dagli atti straor-

<sup>61</sup> Tra i numerosi esempi si vedano: l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 con cui il Sindaco di Messina ha tentato di “chiudere” lo stretto, cassata in sede di annullamento governativo straordinario (d.p.r. 9 aprile 2020, in GU n. 96 del 10 aprile 2020); l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 con cui il Presidente della Regione Calabria ha consentito la ristorazione con servizio ai tavoli all'aperto, annullata da TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

<sup>62</sup> D. VESE, *Managing the Pandemic*, cit., p. 5.

<sup>63</sup> Recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19».

<sup>64</sup> L'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore può avvenire solo «nelle more» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza e senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

<sup>65</sup> Si noti che le parole «regionali» sono state aggiunte dalla l. n. 35/2020 in sede di conversione.

<sup>66</sup> Recante «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», non convertito in legge.

<sup>67</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 109 ss., p. 136, secondo cui «l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale».

<sup>68</sup> A. RUGGIERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 368 ss., spec. p. 376-377.

<sup>69</sup> Si pensi alle ordinanze con cui i Sindaci, in attuazione delle prescrizioni regionali, hanno emanato, nei rispettivi Comuni, prescrizioni di biosicurezza sullo svolgimento dei mercati co-

dinari, purchè si limitino all'introduzione di prescrizioni dotate di efficacia esclusivamente locale<sup>70</sup>; si concretizzino esclusivamente nell'adozione di una delle misure definite a monte dalla normativa di eccezione<sup>71</sup>.

Una linea d'azione parzialmente differente si evidenzia nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33<sup>72</sup>, convertito, con modificazioni, in l. 14 luglio 2020, n. 74: le Regioni possono reiterare o adottare nuovamente misure più restrittive della libertà di circolazione, limitatamente ad aree circoscritte, solo in presenza di un aggravamento della situazione epidemiologica e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità (art. 1, commi 1 e 3); condizioni sostanzialmente analoghe valgono per l'adozione di eventuali misure derogatorie, restrittive o ampliative, di provvedimenti nazionali incidenti sulle attività produttive, in quest'ultimo caso notiziando il Ministro della Salute (art. 1, comma 16). Il decreto riduce invece ulteriormente il potere dei Sindaci, che possono esclusivamente disporre la chiusura temporanea di aree pubbliche o aperte al pubblico in cui sia impossibile assicurare il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale (art. 1, comma 9).

Da ultimo, il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125<sup>73</sup>, non ancora convertito in legge, modifica il potere d'ordinanza delle Regioni nel settore delle attività economiche, introducendo l'obbligo di una previa intesa con il Ministro della Salute nelle ipotesi in cui decidano di adottare misure ampliative rispetto a quanto prescritto dai provvedimenti nazionali (art. 1, comma 2, lett. a)).

#### 4. Oltre i confini della precauzione: il «panico del rischio» nella Regione Campania.

Una volta delineati i caratteri salienti della normativa emergenziale, è ora possibile testare, attraverso un'analisi condotta sul campo, se la *sinergia* pensata

perti, durante la “fase uno” dell'emergenza (si veda, ad esempio, l'ordinanza del Sindaco di Milano n. 19 dello 07.04.2020, che detta norme per l'apertura in sicurezza dei soli mercati coperti conformemente a quanto previsto dall'ordinanza della Regione Lombardia n. 522 dello 06.04.2020). L'esercizio della discrezionalità dell'autorità locale è, in tal caso, minimo, limitandosi alla specificazione di disposizioni generali già definite “a monte” dall'ordinanza regionale.

<sup>70</sup> R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 648 ss., p. 676. Sul punto, I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Dir. ec.*, 2020, 2, p. 71 ss., p. 89, la quale giunge a ritenere ammissibile, nonostante la pervasività dell'azione dell'esecutivo, «un ambito di intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale».

<sup>71</sup> Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, sentenza 22 maggio 2020, n. 733, sulla necessità che l'intervento tramite ordinanza sindacale sia limitato all'ambito «di un catalogo definito dalla normativa statale e governativa di tipo regolamentare».

<sup>72</sup> Recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

<sup>73</sup> Recante «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, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020».

dal legislatore tra i poteri coinvolti nella gestione dell'emergenza abbia trovato effettivo riscontro nella realtà. La tesi da verificare è se il Governo sia riuscito a mantenere la “regia” delle attività di *preparedness* e sia stato coadiuvato, in fase attuativa, dalle Regioni e dai Comuni, o se, al contrario, alcuni “protagonismi” locali abbiano trasformato la regolazione del rischio di emergenza in governo del «*panico del rischio*»<sup>74</sup>, sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali e generando caos, paura e incertezza nei consociati sui comportamenti ammessi e su quelli vietati.

A tal fine, si assumerà quale osservatorio privilegiato l'uso del potere di ordinanza da parte della Regione Campania durante la “fase uno” e la “fase due” dell'emergenza, al fine di stabilire innanzitutto se le misure regionali si allineino alla strategia di gestione predisposta dal Governo, eventualmente supportandola in fase attuativa, e in secondo luogo, se esse superino il *test* di proporzionalità (condotto secondo i criteri dell'adeguatezza, dell'idoneità e della necessità della misura)<sup>75</sup> e di ragionevolezza; si tratterà, più in particolare, di verificare se le misure considerino i nuovi dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione della malattia e quale impatto abbiano sull'andamento della curva epidemica.

Al tempo di esordio della malattia sul territorio nazionale, la Regione è ricorsa alle ordinanze contingibili e urgenti per disporre una sequenza (caotica e disorganica)<sup>76</sup> di misure di contenimento del contagio in parziale deroga alla disciplina nazionale, dal contenuto particolarmente invasivo e fortemente compressivo dei diritti e delle libertà costituzionali. Si pensi, ad esempio, al divieto imposto alle persone fisiche residenti nel territorio campano di uscire dalla propria abitazione, residenza, domicilio o dimora<sup>77</sup>, attraverso un'interpretazione restrittiva delle «*situazioni di necessità*» che giustificano lo spostamento<sup>78</sup>; oppure di svolgere non solo l'attività ludica o ricreativa, ma anche quella sportiva e motoria individualmente, in prossimità dell'abitazione e nel rispetto delle norme sulla distanza di sicurezza interpersonale (attività sempre

<sup>74</sup> L'espressione è di C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 11.

<sup>75</sup> A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, p. 707 ss., p. 736 ss.; in giurisprudenza, tra le tante, TAR Lombardia, Milano, IV, 8 aprile 2014, n. 928.

<sup>76</sup> Sul sito della Regione Campania risultano ad oggi pubblicati: 88 ordinanze, 43 chiarimenti, svariati avvisi di rettifica e atti di richiami. I provvedimenti richiamano prescrizioni contenute in altri atti spesso non resi disponibili ovvero ne prorogano l'efficacia a più riprese, rendendo estremamente difficile per il cittadino comprenderne il significato e orientare, conseguentemente, la sua condotta.

<sup>77</sup> Il riferimento è alle ordinanze nn. 15, 23, 27 e 32, cit. Si noti peraltro che il TAR Campania, decreto 18 marzo 2020, n. 416, ha ritenuto legittimi, seppur in sede cautelare, l'ordinanza n. 15 e il relativo chiarimento n. 6.

<sup>78</sup> Ad esempio, l'ordinanza n. 23 ha considerato «*situazioni di necessità*» esclusivamente «*quelle correlate ad esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente indispensabile, e degli animali d'affezione, per il tempo strettamente indispensabile e comunque in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora*» (spec. punto 3).

consentita a livello nazionale)<sup>79</sup>. La violazione di tali obblighi ha determinato l'applicazione, oltre della sanzione di cui all'art. 650 c.p., anche della misura dell'isolamento domiciliare fiduciario con sorveglianza sanitaria attiva (c.d. quarantena), che è stata così spogliata della finalità precauzionale, finendo per assumere carattere sanzionatorio, come peraltro risulta confermato dall'uso dei termini «*trasgressione*» e «*trasgressore*». L'intreccio di provvedimenti è proseguito attraverso le applicazioni, più volte confermate e reiterate, delle misure volte a circoscrivere *cluster* d'infezione scoppiati all'interno di alcuni Comuni<sup>80</sup>. Un contenuto in parte analogo è rinvenibile nelle ordinanze riguardanti le attività economiche consentite sul territorio regionale che, sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali, hanno dettato prescrizioni derogatorie più restrittive sulle modalità di svolgimento: ad esempio, è stata vietata del tutto la produzione e la vendita, anche a domicilio, di categorie merceologiche ammesse dai provvedimenti governativi<sup>81</sup>, nonché lo svolgimento dell'attività mercatale all'aperto anche con riguardo alla vendita dei generi alimentari<sup>82</sup>.

La stessa linea di azione è proseguita anche durante la “fase due”, sebbene lo spazio di manovra inizialmente riconosciuto alle Regioni sia stato nel frattempo ridotto dalla normativa emergenziale nazionale: riguardo alla libertà di circolazione, si pensi alla permanenza del divieto di svolgere attività sportiva<sup>83</sup>, consentita poi solo entro fasce orarie<sup>84</sup>, nonostante l'eliminazione di tutte le limitazioni a livello nazionale<sup>85</sup>; tali vincoli sono venuti meno diverso tempo dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti governativi. Limitazioni analoghe hanno riguardato anche le attività economiche: ad esempio, è stata consentita l'attività di ristorazione, perlomeno in un primo momento, solo con la modalità

<sup>79</sup> Specificamente, dall'art. 1, comma 1, lett. *b*), dell'ordinanza del Ministro della Salute 20 marzo 2020.

<sup>80</sup> Si tratta, in particolare, dei Comuni di Ariano Irpino (AV), Sala Consilina, Caggiano, Polla, Atena Lucana, Auletta (SA), Lauro, Paolisi, Saviano e Letino, “chiusi” con una sequenza di ordinanze più volte confermate e prorogate.

<sup>81</sup> L'ordinanza n. 13 ha limitato la consegna a domicilio di generi alimentari ai prodotti confezionati. Tali misure sono state estese e prorogate dalla successiva ordinanza n. 25 che ha sospeso i servizi di ristorazione anche con riguardo alla consegna a domicilio, ponendosi in palese contrasto non solo con le prescrizioni del d.p.c.m. 11 marzo 2020, che ha consentito l'attività dei servizi di ristorazione limitatamente alla vendita a domicilio e da asporto nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, ma anche con l'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, che ha precluso alle ordinanze regionali di deprimere ulteriormente le attività economiche. Per un'analisi critica dettagliata, si rinvia a F. BORRIELLO, *Campania*, in *Ceridap*, 14 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <https://ceridap.eu/focus-regione-campania/#post-1055-footnote-11>.

<sup>82</sup> Si veda l'ordinanza n. 13 cit.

<sup>83</sup> Si veda il punto 5 dell'ordinanza n. 41 dello 01.05.2020.

<sup>84</sup> Si vedano: il punto 1.2 dell'ordinanza n. 42 dello 02.05.2020, che consente l'attività sportiva all'aperto esclusivamente nella fascia oraria compresa tra le ore 6-8.30 a.m.; il punto 1.2 dell'ordinanza n. 45 dello 08.05.2020, che la ammette nelle “aree verdi” e sul lungomare solo nella fascia oraria 5.30-8.30 a.m., mentre senza limiti nelle altre aree pubbliche o aperte al pubblico, prescrivendo tuttavia l'obbligo di portare con sé la mascherina e di interrompere immediatamente l'attività in presenza di un assembramento.

<sup>85</sup> Dal d.p.c.m. 26 aprile 2020.

della consegna a domicilio e vietata del tutto la vendita con asporto<sup>86</sup>, in palese contrasto con quanto prescritto dal d.p.c.m. 26 aprile 2020, che invece aveva ammesso espressamente entrambe le modalità.

Hanno poi continuato ad essere emanati provvedimenti applicativi di misure volte a circoscrivere *cluster* d'infezione sviluppatasi in alcune aree del territorio regionale<sup>87</sup>.

Le misure regionali adottate nel periodo considerato si sono discostate dalla strategia di gestione nazionale imponendo sacrifici alle libertà dei cittadini residenti sul territorio ulteriori rispetto a quelli derivanti dai decreti attuativi. Per quanto poi concerne i profili della proporzionalità e della ragionevolezza delle singole misure, un'esame del corredo motivazionale delle ordinanze (soprattutto di quelle emanate nella "fase uno") rivela, innanzitutto, una valutazione del rischio da gestire sul territorio regionale condotta senza alcun riferimento a parametri obiettivi e misurabili (ad esempio, posti letto disponibili in terapia intensiva e ordinaria, adeguate risorse per il monitoraggio dello stato di salute dei pazienti positivi in isolamento domiciliare, esistenza di un sistema di *contact tracing*)<sup>88</sup>, nonché una evidente sproporzione tra il sacrificio imposto e il beneficio ottenibile: vietare del tutto l'attività motoria e sportiva svolta in forma individuale e in luoghi isolati è una misura davvero necessaria? Oppure finisce per accrescere il rischio per la popolazione di morire di altre malattie o di soffrire di disturbi psico-fisici?

La strategia predisposta dalla Regione si è allineata a quella del Governo solo durante il periodo estivo, quando l'appiattimento della curva epidemica ha determinato l'eliminazione delle barriere alla libertà di circolazione e la ripresa di tutte le attività economiche presenti sul territorio, fermo restando le prescrizioni di c.d. biosicurezza (mascherine nei luoghi chiusi, misurazione della temperatura, protocolli, ecc.). Tuttavia, la risalita dei contagi provocata dall'allentamento delle misure di mitigazione ha causato un nuovo disallineamento con i provvedimenti governativi, nitidamente rilevabile dal contenuto delle ordinanze che hanno imposto l'uso della mascherina anche all'aperto a prescindere dalla distanza interpersonale<sup>89</sup>, limitato l'attività di ristorazione, bar,

<sup>86</sup> Si veda l'ordinanza n. 37 del 22.04.2020.

<sup>87</sup> Si vedano: l'ordinanza n. 57 del 22.06.2020, prorogata dall'ordinanza n. 58 del 30.06.2020, che impone l'obbligo di isolamento domiciliare dei cittadini residenti presso i c.d. "Palazzi Cirio" (palazzo Drago, palazzo Roma, palazzo A-G, palazzo Nuovo Messico, palazzo California), siti nel Comune di Mondragone (CE); l'ordinanza n. 67 dell'11.08.2020, che dispone, fino al 25 agosto 2020, la chiusura delle strutture ricettive "La Sonrisa" e "Hotel Villa Palmentello", site nel territorio di Sant'Antonio Abate (NA), con obbligo di disinfezione e sanificazione di tutti i locali prima della riapertura, e l'obbligo di isolamento domiciliare, fino al 14 agosto 2020, ai cittadini residenti nella via "Croce di Gragnano" nel medesimo territorio; l'ordinanza n. 82 del 20.10.2020, che impone il divieto di mobilità assoluta ai cittadini residenti e il "blocco" di servizi e attività non essenziali nel Comune di Arzano (CE), prorogata dall'ordinanza n. 86 del 30.10.2020.

<sup>88</sup> Tra le tante, si veda l'ordinanza n. 23 cit.

<sup>89</sup> Si veda il punto 1.2 dell'ordinanza n. 72 del 24.09.2020, prorogata dall'ordinanza n. 76 dello 03.10.2020 (spec. punto 1.6) e, da ultimo, dall'ordinanza n. 77 dello 05.10.2020 (punto 3.1).

*wedding* e cerimonie con prescrizioni di carattere organizzativo<sup>90</sup> o di specifici obblighi (ad esempio, identificazione di almeno un cliente per tavolo attraverso la rilevazione e la conservazione dei dati di idoneo documento di identità)<sup>91</sup>.

In quest'ultimo caso, però, il Governo ha “seguito” la strategia della Regione Campania, recependo parte delle misure regionali più restrittive che nel frattempo erano state adottate: ad esempio, si pensi alle prescrizioni sull'uso generalizzato e continuativo della mascherina<sup>92</sup> o sulla chiusura anticipata dei ristoranti e locali assimilati<sup>93</sup>.

Le ordinanze emanate nel periodo autunnale pur rivelando, nel corredo motivazionale, una valutazione del livello di rischio da gestire sul territorio nazionale condotta su parametri obiettivi e misurabili, basati principalmente sulla capacità dei servizi sanitari di farsi carico e curare i malati, tuttavia, omettono di considerare l'evoluzione dei dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione della malattia. Si consideri, ad esempio, la decisione regionale di imporre l'uso generalizzato e continuativo della mascherina<sup>94</sup> e non semplicemente di averla sempre con sé e di indossarla nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private o all'aperto, quando non sia possibile mantenere la condizione di isolamento in modo continuativo rispetto a soggetti non conviventi<sup>95</sup>: in questo caso, la misura potrebbe difettare del requisito della stretta necessità, imponendo un sacrificio maggiore di quello necessario a raggiungere lo scopo, oltre che presentarsi come irragionevole se si considera che le palestre, le piscine e i centri *fitness*, dove il rischio di contagio è decisamente maggiore<sup>96</sup>, sono stati chiusi solo in un secondo momento, peraltro a livello nazionale.

Considerazioni analoghe valgono per la decisione di limitare fino alle ore 23.00 la ristorazione con consegna a domicilio<sup>97</sup>, ammessa senza limiti di orario

<sup>90</sup> Ad esempio, prescrivendo un numero massimo di persone sedute ai tavoli (v. l'allegato 1 all'ordinanza n. 76 cit. e l'allegato 2 all'ordinanza n. 75 dello 02.10.2020, riguardanti, rispettivamente, il settore *wedding* e cerimonie e quello della ristorazione).

<sup>91</sup> Si veda il punto 3 dell'ordinanza n. 64 del 31.07.2020, confermata e prorogata, da ultimo, dall'ordinanza n. 72 cit. (spec. punto 1.4).

<sup>92</sup> Reintrodotto dal d.p.c.m. 13 ottobre 2020 e confermato dal successivo d.p.c.m. 24 ottobre 2020, che peraltro ne ha «raccomandato» l'uso anche nelle abitazioni private in presenza di persone non conviventi.

<sup>93</sup> Il d.p.c.m. 24 ottobre 2020, inasprendo le prescrizioni del previgente d.p.c.m. 13 ottobre 2020, ha, da ultimo, limitato l'attività dei servizi di ristorazione (bar, pub, ristoranti, pasticcerie e gelaterie) entro la fascia oraria 5.00-18.00; vietato il consumo di cibi e bevande nei luoghi pubblici o aperti al pubblico; consentito senza limiti di orario la ristorazione con consegna a domicilio e fino alle ore 24.00 quella con asporto. Inoltre, il servizio ai tavoli rimane consentito solo se le Regioni e le Province autonome ne abbiano preventivamente accertato la compatibilità con l'andamento della situazione epidemiologica nei rispettivi territori e previa adozione di protocolli stilati secondo le linee-guida nazionali (spec. art. 1, comma 9, lett. *ee*).

<sup>94</sup> Si veda il punto 3.1. dell'ordinanza n. 77 cit.

<sup>95</sup> Precisazione, quest'ultima, contenuta nell'art. 1, comma 1, d.p.c.m. 24 ottobre 2020.

<sup>96</sup> Sulle modalità di trasmissione del Covid-19, N.R. JONES, Z.U. QURESHI, R.J. TEMPLE, J.P.J. LARWOOD, T. GREENHALGH, L. BOUROUIBA, *Two metres or one: what is the evidence for physical distancing in covid-19?*, in *BMJ*, 2020; 370 doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m3223>, 25 August 2020.

<sup>97</sup> Si veda, in particolare, il punto 1.4. dell'ordinanza n. 85 del 26.10.2020.

a livello nazionale, che appare difettare anche del requisito dell'adeguatezza. Aderendo al rapporto dell'Unità di crisi regionale, dove si rappresenta che sono necessarie misure che favoriscano una drastica riduzione delle interazioni fisiche tra le persone così da alleggerire la pressione sui servizi sanitari, l'ordinanza mira a scongiurare occasioni di contatto collegate alla consegna a domicilio dei cibi, che potrebbe costituire un ulteriore veicolo di diffusione del contagio nel territorio regionale. In realtà, non si comprende come un contatto protetto e di breve durata come quello tra vettore e acquirente al momento della consegna, possa rappresentare un'occasione di contagio; se infatti una decisione simile poteva, non senza sforzo, giustificarsi nella fase iniziale dell'epidemia, quando era difficile reperire mascherine, nella situazione attuale risulta, oltre che non necessaria, anche inadeguata allo scopo.

Per quanto concerne, invece, la scelta di concentrare in fasce orarie (peraltro estremamente brevi) l'attività di *jogging* svolta sui lungomari, nei parchi pubblici, nei centri storici o comunque in luoghi non isolati<sup>98</sup>, se la *ratio* del provvedimento è disincentivare l'attività sportiva nei luoghi dove il rischio di assembramento è maggiore, può allora rilevarsi la violazione del criterio della necessità nella scelta del mezzo d'intervento (una misura repressiva in luogo di una di *soft regulation* come la "raccomandazione") e del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della disparità di trattamento, poiché omette di considerare la ipotetica impossibilità per certe persone di svolgere tali attività lontano dai luoghi (lungomari, parchi, centri storici) in cui abitano (e comunque sarebbe stato forse più opportuno introdurre una modulazione su base locale).

Infine, si consideri l'imposizione del divieto di mobilità interprovinciale<sup>99</sup>, introdotto per limitare la mobilità dei cittadini all'interno del territorio campano, quando però rimane consentito quello interregionale; misura ritenuta viziata da eccesso di potere per illogicità<sup>100</sup>.

## **5. Riflessioni finali.**

L'indagine condotta mostra che, nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, il ricorso al principio di precauzione non è riuscito a prevenire restrizioni illegittime dei diritti e delle libertà fondamentali; se non correttamente incorporato all'interno di una strategia di analisi del rischio e accompagnato da un'attenta analisi costi/benefici, la sua efficacia può infatti rivelarsi del tutto fallace. La mancanza di una *preparadness* per la gestione di emergenze di sanità pubblica è stata una delle cause principali del caos normativo e amministrativo

<sup>98</sup> Si veda il punto 1.4 dell'ordinanza n. 78 cit., prorogata, da ultimo, dall'ordinanza n. 87 del 31.10.2020.

<sup>99</sup> Si veda il punto 3 dell'ordinanza n. 82 cit.; tale obbligo è stato più volte confermato e prorogato (cfr. punto 1, lett. c), dell'ordinanza n. 83 del 22.10.2020, punto 1.5, lett. b), dell'ordinanza n. 85 cit. e, da ultimo, dal punto 1.3, lett. b), dell'ordinanza n. 87 cit.).

<sup>100</sup> Ritiene i provvedimenti viziati da eccesso di potere per illogicità S. STAIANO nell'intervista rilasciata a *La Repubblica*, Napoli, 22 ottobre 2020.

che ha caratterizzato la “fase uno”, durante la quale si è cercato di imbastire una risposta istituzionale ad un rischio di contagio progressivamente crescente e, al contempo, differenziato a livello regionale. La scelta dell'esecutivo di conferire alle Regioni e ai Comuni ampi poteri d'intervento per reagire a criticità territorialmente localizzate si è rivelata tuttavia inefficace anche a causa della ripetuta violazione del principio di leale collaborazione, compromettendo l'unitarietà della strategia di gestione della crisi. Il caso della Regione Campania mostra quanto le autorità regionali, piuttosto che aderire sinergicamente al disegno predisposto dal Governo, abbiano invece assunto la “direzione” della gestione della crisi nei rispettivi territori, derogando ai provvedimenti nazionali attraverso prescrizioni illogiche, non adeguate e non proporzionate. Nella “fase uno” dell'emergenza ne sono emblema i provvedimenti che hanno tramutato la quarantena da misura di carattere precauzionale a sanzione applicabile a quanti avessero trasgredito al divieto di uscire dalla propria abitazione senza giustificazione, trasformando così la regolazione del rischio di emergenza in governo del *panico del rischio* e avvicinandosi pericolosamente ad una «*torsione autoritaria*»<sup>101</sup> dello stato democratico. Del resto, il d.p.c.m. 3 novembre 2020 attribuisce al Governo il potere di individuare le aree di rischio all'interno delle quali collocare, con successiva ordinanza del Ministro della Salute «*sentiti*» i Presidenti delle Regioni interessate, rivelando la volontà di superare le difficoltà (ampiamente analizzate) derivanti una gestione (eccessivamente) “decentrata” del rischio di emergenza.

In casi come questo, la stessa terapia indicata da Sunstein, ovvero il sindacato dei giudici<sup>102</sup>, si rivela inefficace per diverse ragioni: innanzitutto perché, afferendo la decisione sul grado di accettabilità sociale del rischio all'area della responsabilità politica, diventa difficile sottoporre a sindacato giurisdizionale l'esito di tale valutazione<sup>103</sup>; in secondo luogo, perché la tutela dinnanzi al giudice amministrativo incontra lo “schermo” del regime giuridico dell'atto che ne condiziona l'ammissibilità e l'intensità; in terzo luogo perché, avendo le misure adottate durante l'emergenza efficacia molto limitata nel tempo (esaurendosi talvolta nell'arco temporale di pochi giorni) la tutela cautelare, nella specie della tutela d'urgenza, ha finito per racchiudere, in questa fase, «*tutta la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali*»<sup>104</sup>, rivelandosi in molti casi addirittura inefficace<sup>105</sup>.

Se quindi né la tutela giurisdizionale né la stessa “precarietà” dei provvedimenti emergenziali sono riuscite ad impedire che alcune delle più importanti libertà costituzionali subissero una compressione permanente, occorre forse

<sup>101</sup> P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 75.

<sup>102</sup> C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., spec. p. 276 ss.

<sup>103</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>104</sup> A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, p. 86 ss., spec. p. 95-96 (corsivo testuale).

<sup>105</sup> A. VUOLO, *op. loc. ult. cit.*, il quale nota come in molti casi «*la tutela [sia stata] solo quella anticipatoria, sicchè, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti*».

## **PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*

domandarsi se non sia giunto il momento di ripensare il sistema di gestione delle emergenze sanitarie attraverso la prefigurazione delle fasi, dei criteri di monitoraggio, delle azioni e dei soggetti competenti, piuttosto che lasciare che un evento dannoso (connesso a un rischio inizialmente *percepito* come remoto) ponga in pericolo, oltre alle vite umane, i pilastri dello Stato di diritto.