

DONATO VESE
Researcher Associate at University of Oxford, Faculty of Law,
Centre for Socio-Legal Studies
Assegnista di ricerca, Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza
Professore a contratto, Università di Milano, Dipartimento di Scienze Politiche
donato.vese@csls.ox.ac.uk; donato.vese@unito.it; donato.vese@unimi.it

LA STRATEGIA ITALIANA PER GESTIRE L'EMERGENZA COVID-19 E LA SFIDA DELLA CONDIVISIONE DEI POTERI AMMINISTRATIVI*

THE ITALIAN STRATEGY FOR MANAGING THE COVID- 19 EMERGENCY AND THE CHALLENGE OF SHARING ADMINISTRATIVE POWERS

*“Cosa sono i soldi?
L'inizio e la fine di tutte le cose: amore, onore, rabbia, violenza, odio, gelosia, vendetta.”*
Pietà, Kim Ki-Duk (김기덕, 金基德, Gim Gideok, Kim Kidök).
<https://www.raiplay.it/programmi/pieta>

SINTESI

Il presente articolo analizza le misure amministrative e, più nello specifico, la strategia amministrativa adottata nell'immediatezza dell'emergenza dal governo italiano al fine di determinare se tale strategia sia stata efficace nel gestire la pandemia COVID-19 su tutto il territorio nazionale. Nell'analizzare ciò, l'articolo sottolinea il ruolo svolto dall'attuale sistema

* Ho scritto questo articolo durante un periodo di ricerca al Center for Socio-Legal Studies dell'Università di Oxford fra marzo e maggio 2020. Una versione più estesa e in lingua inglese di questo articolo è stata pubblicata, dopo la revisione scientifica a doppio cieco (*double blind peer review*), su *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2021, Cambridge University Press, consultabile in *open access* al link <https://cup.org/34uMHzT> [citazione completa: VESE, D. (2020). Managing the Pandemic: The Italian Strategy for Fighting COVID-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers. *European Journal of Risk Regulation*, 1-28. doi:10.1017/err.2020.82.]

Desidero ringraziare Luca Perfetti, maestro, collega e amico per i preziosi suggerimenti. Ringrazio anche Denis Galligan, Gabriele Bottino, Francesco Follieri, Enrico Mauro, Viviana di Capua, Antonio Dell'Atti e Federica Lazzari per l'utile discussione e i loro commenti ad una bozza preliminare di questo articolo. Infine, sono particolarmente grato a Giovanni D'Elia per la sua assistenza nella stesura della versione italiana dell'articolo.

Nell'epigrafe, ho voluto rendere omaggio ad un maestro del cinema contemporaneo scomparso prematuramente l'11 dicembre 2020 a causa del coronavirus: grazie Kim per i tuoi capolavori.

di separazione dei poteri costituzionali nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio sanitario. Viene fornita una spiegazione del sistema di gestione del rischio nella legislazione italiana e dell'Unione Europea (UE) e vengono affrontati i seguenti nodi legali: (i) la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; (ii) il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; (iii) lo scenario costituzionale italiano rispetto alle principali disposizioni che regolano i poteri del governo centrale, regionale e degli enti locali. Nello specifico, questo articolo sostiene che la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dei rischi di emergenza basata su un'adeguata e corretta valutazione del rischio richiede la "condivisione dei poteri" nei diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale: governo, regioni ed enti locali.

ABSTRACT

This paper discusses the administrative measures and, more specifically, the administrative strategy implemented in the immediacy of the emergency by the Italian government in order to determine whether it was effective in managing the COVID-19 pandemic throughout the country. In analysing the administrative strategy, the paper stresses the role that the current system of constitutional separation of powers plays in emergency management and how this system can impact health risk assessment. An explanation of the risk management system in Italian and European Union (EU) law is provided and the following key legal issues are addressed: (1) the notion and features of emergency risk regulation from a pandemic perspective, distinguishing between risk and emergency; (2) the potential and limits of the precautionary principle in EU law; and (3) the Italian constitutional scenario with respect to the main provisions regulating central government, regional and local powers. Particularly, this paper claims that the administrative strategy for effectively implementing emergency risk regulation based on an adequate and correct risk assessment requires "power sharing" across the different levels of government with the participation of all of the institutional actors involved in the decision-making process: government, regions and local authorities.

PAROLE CHIAVE: rischio, emergenza, regolazione, principio di precauzione, condivisione dei poteri amministrativi.

KEYWORDS: risk, emergency, regulation, precautionary principle, sharing administrative powers.

Indice: 1. Introduzione. – 2. La strategia forte: le misure di emergenza per la gestione delle pandemie. – 3. Principali questioni giuridiche nel contesto della pandemia. – 3.1. Regolazione dell'emergenza. – 3.2. Il principio di precauzione nel diritto dell'UE: potenzialità e limiti. – 3.3. Regole che disciplinano poteri e competenze nello scenario costituzionale. – 4. Perché la strategia amministrativa è stata inefficace. – 4.1. Condivisione dei poteri amministrativi di emergenza. – 4.1. a. Ripensare l'approccio incrementale del Governo. – 4.1. b. Attuazione del piano sanitario nazionale per le pandemie. – 4.2. Possibili soluzioni dal punto di vista costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il COVID-19 è diventato un'emergenza sanitaria globale¹. L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) aveva inizialmente dichiarato l'epidemia di COVID-19 una «*emergenza sanitaria pubblica di interesse internazionale*» (PHEIC)². A causa dei suoi successivi livelli di diffusione e pericolosità in tutto il mondo, l'OMS ha conseguentemente classificato il COVID-19 come una «pandemia»³.

La pandemia si è diffusa rapidamente in diversi Stati membri dell'Unione Europea. L'Italia, tuttavia, rappresenta un caso particolare: qui l'epidemia di COVID-19 è cresciuta prima e più gravemente che altrove in Europa, raggiungendo un alto tasso di mortalità e creando le condizioni per il collasso del sistema sanitario pubblico.

In questo scenario, il governo italiano (d'ora in poi il governo) ha dichiarato lo stato di emergenza a livello nazionale⁴, seguito da misure sempre più restrittive volte a rallentare e contenere la diffusione del virus e mitigare gli effetti della pandemia sotto l'ormai noto imperativo «*flattening the curve*» (appiattire la curva del contagio). L'ultima di queste misure⁵ ha imposto il lockdown nazionale, estendendo le norme emergenziali all'intero Paese per sei mesi⁶ (poi prorogate sino al 31 gennaio 2021)⁷ e, più in generale, fornendo quello che è stato

¹ COVID-19 è il nome che a livello mondiale è stato attribuito alla malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-CoV-2.

² Cfr. OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, Ginevra, Svizzera, 30 gennaio 2020 <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-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-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Il PHEIC è stato definito nel Regolamento Sanitario Internazionale (IHR) del 2005 come un evento straordinario che può (i) costituire un rischio per la salute pubblica ad altri Stati attraverso la diffusione internazionale della malattia; (ii) un evento che richiede una risposta internazionale coordinata. Inoltre, questa definizione implica una situazione che è: a) grave, insolita o inaspettata; b) comporta implicazioni per la salute pubblica oltre i confini nazionali dello Stato colpito; c) può richiedere un'azione internazionale immediata.

³ Cfr. OMS, *Osservazioni di apertura del Direttore generale al briefing per i media su COVID-19*, 11 marzo 2020 <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>>.

⁴ Cfr. Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, adottata ai sensi del Decreto Legislativo 1/2018 (Codice della Protezione Civile) <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>>. Sulla dichiarazione delle regole emergenziali, si v. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)>.

⁵ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

⁶ Per un quadro generale di tutte le misure adottate dallo stato italiano durante l'emergenza COVID-19, si v. <https://www.camera.it/temi/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1588279335853>.

⁷ <<http://www.salute.gov.it/portale/malattieInfettive/dettaglioNotizieMalattieInfettive.jsp?lingua=italiano&id=5105>>.

definito il modello italiano per combattere il COVID-19⁸, ossia «diminuire i contagi virali attraverso la quarantena; potenziare le strutture mediche; adottare misure volte alla ripresa sociale e finanziaria per affrontare la crisi economica causata dalla pandemia».

In questo articolo, partendo dai principali atti normativi e considerando le recenti conoscenze scientifiche e dati epidemiologici sul COVID-19, esamineremo le misure amministrative adottate dal governo e la strategia che ha messo in atto per fronteggiare la pandemia nell'immediatezza dell'emergenza. Dopo questa prima analisi, potremmo legittimamente chiederci se quelle misure e quella strategia si siano dimostrate efficaci nel contenere la pandemia.

Più in generale, analizzando la strategia amministrativa, l'articolo sottolinea il ruolo che l'attuale sistema di separazione dei poteri costituzionali svolge nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio.

A questo fine, verrà fornita una spiegazione del sistema di gestione del rischio nella legislazione italiana e comunitaria e verranno analizzati i seguenti aspetti giuridici: (i) la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; (ii) il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; e (3) lo scenario costituzionale italiano in riferimento alle principali disposizioni che regolano i poteri del governo centrale, regionale e locale.

Nello specifico, l'articolo sostiene che la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dell'emergenza, basata su un'adeguata e corretta valutazione del rischio richiede la "condivisione dei poteri" tra i diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale: governo, regioni ed enti locali.

2. La strategia forte: le misure di emergenza per la gestione delle pandemie.

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, il Governo ha approvato il Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, il quale attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri ampi poteri al fine di gestire l'emergenza, emanando propri decreti amministrativi⁹.

In particolare, il D.L. 6/2020 ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di emanare misure amministrative tipiche in una cornice emergenziale al fine di garantire il distanziamento interpersonale, aree di lockdown, la chiusura di uffici e servizi pubblici e di sospendere determinate attività economiche.

⁸ F.G. NICOLA, *Exporting the Italian Model to Fight COVID-19*, in *The Regulatory Review*, 23 April 2020, <<https://www.theregreview.org/2020/04/23/nicola-exporting-italian-model-fight-covid-19/>>.

⁹ D.L. 6/2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg>>, convertito, con modificazioni, nella L. 5 marzo 2020, n. 13 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/09/20G00028/sg>>.

Inoltre, gli ha permesso di esercitare poteri amministrativi atipici per stabilire «ulteriori misure di contenimento e gestione delle emergenze»¹⁰.

In pochi giorni il governo ha approvato tre importanti atti normativi basati sull'attuazione del D.L. 6/2020¹¹: il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 8 marzo 2020¹²; il DPCM 9 marzo 2020¹³ e infine il DPCM 11 marzo 2020¹⁴, con i quali il governo ha stabilito stringenti misure amministrative emergenziali per evitare la diffusione della pandemia in tutto il paese¹⁵.

In un primo momento queste misure sono state gradualmente e hanno interessato specifici comuni, province o regioni – specie nel Nord Italia – più colpiti dal virus e quindi classificati come “zone rosse”, soggette a blocchi locali imposti dal governo. Successivamente, il governo ha stabilito il *lockdown* nazionale e le misure di emergenza sono state estese per sei mesi all'intero paese (poi, come detto, prorogati sino al 31 gennaio 2021).

In particolare, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del DPCM 8 marzo 2020, il governo ha imposto un *lockdown* in Lombardia e in altre quattordici province dell'Italia settentrionale. In tal modo, sono stati introdotti diversi divieti legali, come il divieto alle persone di viaggiare da e per i luoghi nelle zone rosse. Con il successivo *lockdown* nazionale, il governo ha imposto divieti di spostamento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, DPCM 9 marzo 2020, ed ha impedito ogni forma di assembramento interpersonale in luoghi pubblici o aperti al pubblico, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, DPCM 9 marzo 2020. Inoltre, ai sensi degli articoli 1 commi 1, 2 e 3 del DPCM 11 marzo 2020, le attività commerciali al dettaglio ed i servizi alla persona sono stati sospesi¹⁶.

Come conseguenza del *lockdown* nazionale, l'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020 ha previsto diverse misure stringenti che hanno vietato

¹⁰ Il D.L. 6/2020 ha inoltre consentito ai Presidenti delle Regioni di adottare «ulteriori misure di emergenza nei casi di estrema urgenza».

¹¹ Va notato che gli atti normativi amministrativi del governo (i DPCM) non violano la riserva di legge, in quanto si basano sul D.L. 6/2020. Tuttavia, ci sono alcuni aspetti che mettono in discussione la legalità degli atti normativi del governo. Per il recente dibattito su questo punto, si v. M. SIMONCINI, *The Need for Clear Competences in Times of Crisis. Clashes in the Coordination of Emergency Powers in Italy*, *Verfassungsblog*, 9 April 2020, <<https://verfassungsblog.de/the-need-for-clear-competences-in-times-of-crisis/>>; A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: an Update on the Italian Situation*, *Verfassungsblog*, 12 March 2020, <<https://verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/>>; D. TEGA, M. MASSA, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Italy*, *Verfassungsblog*, 23 March 2020, <<https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-italy/>>.

¹² DPCM 8 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/08/59/sg/pdf>.

¹³ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

¹⁴ DPCM 11 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/11/64/sg/pdf>.

¹⁵ Nell'ordinamento giuridico italiano, i poteri amministrativi del governo (compresi i DPCM) e di altre autorità amministrative nazionali (in particolare dei ministri) sono specificamente regolati dalla Legge 23 agosto 1988, n. 400 (Articoli 14-17) <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/09/12/088G0458/sg>>.

¹⁶ Ulteriori misure di attuazione del D.L. 6/2020 sono previste dal DPCM 22 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/22/76/sg/pdf>>.

to molte attività, come il divieto di accedere a tutti i luoghi pubblici, di svolgere attività in luoghi pubblici e di recarsi presso le seconde case¹⁷. Inoltre, con ordinanza del 28 marzo 2020, il Ministro della Salute, d'intesa con il Ministro dei Trasporti, ha stabilito che «le persone che intendono fare ingresso nel territorio nazionale tramite trasporto di linea aereo, marittimo, lacuale, ferroviario o terrestre», debbano dichiarare «il motivo del viaggio, l'indirizzo dove si svolgerà l'isolamento fiduciario, con che mezzi intendono ivi recarsi e il loro contatto telefonico» in modo che le autorità possano contattarli durante la quarantena obbligatoria di quattordici giorni¹⁸.

Inoltre, numerose sanzioni amministrative sono state gradualmente stabilite nei vari atti normativi. L'ultimo di questi atti ha introdotto sanzioni rigorose per le persone che escono di casa senza validi motivi e per le imprese che non rispettano l'ordine di chiusura¹⁹.

Nel frattempo, anche le regioni e gli enti locali hanno adottato diverse ordinanze che stabiliscono misure amministrative di emergenza per contrastare la pandemia all'interno dei propri territori²⁰.

Il governo, infine, ha emanato il Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con l'obiettivo di razionalizzare e coordinare i poteri di emergenza tra i diversi livelli di governo²¹.

Nelle pagine seguenti, enfatizzando il ruolo che l'attuale struttura di separazione costituzionale dei poteri esercita nella valutazione del rischio, sosterrò che i principali problemi della strategia amministrativa italiana per la gestione della pandemia da COVID-19 sono dovuti alla carenza di un'effettiva "condivisione dei poteri" e, più precisamente, alla mancata condivisione dei poteri di regolamentazione amministrativa tra i diversi livelli di governo, con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale d'emergenza: governo, regioni ed enti locali²².

¹⁷ Ordinanza del 20 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/20/20A01797/sg>>.

¹⁸ Ordinanza del 28 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/29/20A01921/sg>>.

¹⁹ D.L. 19/2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/25/20G00035/sg>>.

²⁰ Per un'analisi delle diverse ordinanze emanate dalle regioni per gestire la pandemia COVID-19 si veda M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11; vedi anche V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 1-28; Per un'analisi delle ordinanze locali, si v., tra gli altri, I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19*, in *Diritto dell'Economia*, 2, 2020, pp. 92-100.

²¹ In particolare, l'art. 2, comma 3, del decreto-legge 19/2020 non ha avuto efficacia sugli effetti prodotti e sugli atti adottati sulla base di decreti e ordinanze emanati ai sensi del D.L. 6/2020 o dell'articolo 32 della L. 833/1978, e ha stabilito che continuino ad applicarsi entro i termini originari le misure precedentemente adottate dalle DPCM dell'8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 ancora in vigore alla data di entrata in vigore del suddetto Decreto-legge.

²² V.A. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Carmel, IN, Liberty Fund, 1982. Per una discussione più recente sull'argomento nel diritto dell'UE, V.O. BEAUD, *The Allocation of Competences in a Federation. A general introduction* in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competences in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 19-23 e 34-35.

Da questo punto di vista, come cercherò di spiegare, la mancata condivisione dei poteri di regolamentazione può avere un impatto determinante sulla valutazione dei rischi a livello nazionale in termini di efficacia/inefficacia delle strategie adottate dai diversi attori istituzionali chiamati per gestire l'emergenza nelle proprie aree.

Ora, per condivisione dei poteri mi riferisco all'idea che gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale cooperino nell'esercizio dei loro poteri, adottando misure coerenti di interesse pubblico; vale a dire, con l'obiettivo di attribuire il massimo valore ai diritti delle persone come richiesto dalla Costituzione italiana²³.

La condivisione dei poteri non significa omologazione. Infatti, l'adozione di diverse strategie amministrative a diversi livelli di governo potrebbe aumentare l'efficacia della risposta alla pandemia, ma queste misure devono necessariamente essere condivise tra tutti gli attori coinvolti nella gestione dell'emergenza per dimostrarsi efficaci.

La condivisione di poteri, misure e strategie locali sarà utile per una politica efficace di contenimento della diffusione del virus a livello nazionale basata su una valutazione complessiva del rischio.

Quindi, l'idea della condivisione dei poteri enfatizza il ruolo della cooperazione in contesti istituzionali specifici, come quello italiano, dove le competenze sono allocate ai diversi livelli di governo. La sensazione, più in generale, è che la condivisione dei poteri in sistemi multilivello consente agli stati di ottenere risultati migliori in termini di democrazia, poiché i poteri sono bilanciati tra i livelli statale e locale²⁴.

Come vedremo, tuttavia, l'assenza di un'efficace condivisione del potere a tutti i livelli di governo in una pandemia può produrre seri problemi nella corretta valutazione del rischio e di conseguenza nella strategia di gestione dell'emergenza.

In particolare, discuterò il problema della mancanza di un'efficace condivisione del potere nelle politiche italiane da due punti di vista chiave: *i)* la strategia amministrativa del governo nell'affrontare la diffusione del virus attraverso un "approccio incrementale" (§ 4.1.a); *ii)* e la strategia amministrativa del governo nell'attuazione di un piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b).

Prima di farlo, descriverò alcune questioni legali chiave per gli argomenti esaminati in questo articolo. In particolare, per contestualizzare la strategia amministrativa ideata dal governo nell'emergenza COVID-19, analizzerò: la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; lo scenario costituzionale italiano

²³ Si v. il seminale studio di L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 1, 2013, p. 61.

²⁴ P. NORRIS, *Driving Democracy: Do Power Sharing Institutions Work?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

rispetto alle principali disposizioni che disciplinano i poteri del governo, delle regioni e degli enti locali.

Questa analisi preliminare delle principali questioni legali è utile per capire perché la strategia amministrativa si è dimostrata inefficace nella gestione della pandemia (§§ 4.1.a e 4.1.b).

3. Principali questioni giuridiche nel contesto della pandemia.

3.1. Regolazione dell'emergenza.

Collocando la nozione e le sue caratteristiche principali nel contesto di una pandemia, potremmo definire la regolazione dell'emergenza come l'azione intrapresa nell'immediatezza di una pandemia per attenuarne l'impatto²⁵.

Da questo punto di vista, dobbiamo tenere presente la distinzione tra rischio ed emergenza. In generale, l'approccio tradizionale del diritto amministrativo si riferisce alla nozione di emergenza e non anche a quella di rischio, che la dottrina giuridica tocca solo marginalmente²⁶. Per quanto riguarda l'emergenza, come clausola di salvaguardia per affrontare in modo flessibile i rischi di pandemia²⁷, i governi e le altre autorità pubbliche possono invocare l'uso di poteri straordinari per ripristinare il normale corso dei rapporti legali²⁸. Inoltre, le autorità hanno utilizzato per molti anni strumenti di emergenza per gestire un rischio, sebbene non si possa negare che un rischio sia un pericolo potenziale, mentre un'emergenza è un pericolo reale. In effetti, dovrebbe essere sufficientemente chiaro che i poteri emergenziali sono inefficaci se applicati in una situazione che è solo potenzialmente pericolosa. A questo proposito, è stato affermato che le modalità di esercizio dei poteri amministrativi possono essere regolate meglio spostandole dalla categoria di emergenza a quella di regolazione e gestione del rischio²⁹.

Potremmo osservare che se la nozione di rischio caratterizza un peculiare stato intermedio tra sicurezza e devastazione³⁰, nell'emergenza l'equilibrio tra

²⁵A. ALEMANNI (a cura di), *Governing Disasters: The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, XIX, 2011.

²⁶ Tuttavia, la nozione di rischio nel diritto amministrativo italiano è analizzata da A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

²⁷ Per questa tesi, si v. il fondamentale studio di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1948, pp. 951-953; si v. anche ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 102; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 267. Sull'argomento, si v. anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 143.

²⁸ M. SIMONCINI, *Regulating Catastrophic Risks by Standards*, in *European Journal of Risk Regulation*, 1(2), 2011, p. 39, dove l'autrice spiega l'approccio di diritto pubblico su "emergenza" e "regolazione del rischio".

²⁹ ID., *ivi*, p. 91.

³⁰ U. BECK, *Risk Society Revisited*, in B. ADAM, U. BECK, J. VAN LOON (a cura di), *The Risk Society and Beyond: Critical Issue for Social Theory*, London, Sage, 2000, pp. 211-229; si v. anche il

questi due poli tende chiaramente verso quest'ultimo³¹. Infatti, poiché è innescata da una pandemia, la regolazione dell'emergenza presuppone l'esistenza, o la semplice minaccia, di una pandemia. La pandemia, come possibile causa di disastro per gli esseri umani, è un evento di entità sostanziale che provoca danni fisici significativi o distruzione, perdita di vite umane o drastico cambiamento dell'ambiente naturale³². In genere, si parla di pandemia quando si percepisce una minaccia per la salute delle persone che richiede un'azione correttiva urgente in condizioni di incertezza³³.

Fondamentalmente, la regolazione dell'emergenza in un evento pandemico, come in altri disastri, trova il suo naturale spazio normativo in due fasi: mitigazione e risposta all'emergenza³⁴. In linea di principio, gli sforzi di mitigazione tentano di ridurre il potenziale impatto di una pandemia prima che si verifichi, mentre una risposta a una pandemia tende a farlo dopo l'evento. Tuttavia, la distinzione tra mitigazione delle emergenze e risposta alle emergenze non è sempre molto netta. Quando chiamati ad agire sotto la minaccia di una pandemia, i governi devono sia mitigare che rispondere alla minaccia in una situazione caratterizzata da repentinità (emergenza) e importanza³⁵. In una pandemia, la regolazione dell'emergenza è chiaramente chiamata a operare nella fase iniziale della diffusione della malattia, quando la semplice minaccia oscura il contesto normativo in virtù del suo status di emergenza.

Di conseguenza, le strategie più convenienti per aumentare la preparazione alla pandemia con la regolamentazione amministrativa, specialmente in contesti con risorse limitate, possono consistere in: i) investimenti per rafforzare le principali infrastrutture sanitarie pubbliche; ii) aumento della consapevolezza pubblica circa la situazione; iii) rapido contenimento di ulteriori focolai che potrebbero estendere la pandemia. Inoltre, soprattutto una volta che la pandemia è iniziata, dovrebbe essere implementata una risposta coordinata in cui le autorità amministrative si concentrino su: iv) mantenimento della consapevolezza circa la situazione; v) costanti comunicazioni in materia di salute pubblica; vi) riduzione della trasmissione di malattie; e vii) cura e trattamento dei malati. Una pianificazione di emergenza di successo e una strategia ammini-

fondamentale studio di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986. Beck si occupa di analizzare la dimensione sociopolitica della gestione del rischio e in particolare il problema del rapporto tra scienza e società attraverso la critica al monopolio che attualmente detiene la razionalità scientifica.

³¹ A. ALEMANN, op. cit., *supra*, nota 25, XXII.

³² ID., *Ibidem*, XXII-XXIII. Si v. anche D.D. CARON, *Addressing Catastrophes: Conflicting Images of Solidarity and Self Interest*, in D.D. CARON, CH LEBEN (a cura di), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, Hague, The Hague Academy of International Law, 2001; M.L. DAUBER, *Fate, Responsibility and 'Natural' Disaster Relief: Narrating the American Welfare State*, in *Law & Society Review*, 33, 1999, pp. 257-261.

³³ U. ROSENTHAL, R.A. BOIN, L.K. COMFORT (a cura di), *Managing Crises: Threats, Dilemmas, Opportunities*, Springfield, IL, Charles C. Thomas, 2001.

³⁴ A. ALEMANN, op. cit., *supra*, nota 25, XXII.

³⁵ ID., *Ibidem*, XXIII. Secondo l'autore, la "repentinità" è il criterio più rilevante per definire una pandemia ai fini della regolazione dell'emergenza.

strativa che utilizzi l'approccio di regolazione dell'emergenza richiedono la capacità di aumentare la fornitura di interventi sanitari in proporzione alla gravità dell'evento, al patogeno e alla popolazione a rischio³⁶.

La pandemia può produrre impatti significativi sul contesto normativo giustificando la sospensione parziale o totale dell'ordinario processo decisionale³⁷. Gli scostamenti dallo stato di diritto o semplicemente dalle procedure stabilite sono generalmente percepiti come necessari se l'evento ha raggiunto la soglia di significatività. Tuttavia, il ricorso a misure amministrative di emergenza, come misure temporanee ed eccezionali, dovrebbe essere considerato legittimo solo per il periodo in cui dura la pandemia³⁸. Al contrario, prolungare le disposizioni eccezionali oltre il periodo della pandemia significa che tutti i poteri e le misure concepiti per essere temporanei saranno resi permanenti, intensificando la capacità dell'autorità di controllo, sebbene ciò potrebbe limitare il godimento dei diritti individuali³⁹. Inoltre, se la necessità generale di prevenire una pandemia non può essere ignorata, dovrebbe essere pensata come un'opportunità per la regolazione del rischio per prevenire non solo l'impatto improvviso di una situazione pandemica, ma anche gli eventuali effetti distorsivi o la cattiva gestione del ricorso ai poteri urgenti.

Di conseguenza, si potrebbe ora dedurre che la regolazione dell'emergenza nel contesto di una pandemia è una metodologia di regolamentazione rilevante che combina l'approccio del rischio con la possibilità di ricorrere a misure straordinarie in caso di pandemia. Questa metodologia è essenziale per una strategia amministrativa efficace a fronteggiare una pandemia perché consente il monitoraggio e la gestione costanti dei rischi che possono avere gravi conseguenze per la società. Valutando i rischi e adottando misure proporzionate, gli effetti negativi dell'emergenza possono essere ridotti e l'uso dei poteri di emergenza può essere limitato.

Occorre sottolineare che il principio di ragionevolezza, generalmente invocato nell'esercizio dei poteri di emergenza contro il pericolo immediato, non opera nella regolazione dell'emergenza. Vero è che, come affermerò in seguito, sarà il principio di precauzione ad operare (cfr. § 3.2). Inoltre, va detto che la regolazione dell'emergenza implica una valutazione accurata della situazione di

³⁶ N. MADHAV et al., *Pandemics: Risks, Impacts, and Mitigation*, in D.T. JAMISON et al. (a cura di), *Disease Control Priorities: Improving Health and Reducing Poverty*, Washington, DC, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017.

³⁷ M.B. GERRARD, *Emergency Exemptions from Environmental Laws after Disasters*, in *Natural Resources & Environment*, 20(10), 2006, pp. 10-14.

³⁸ G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *Emergency and Risk in Comparative Public Law*, *Verfassungsblog*, 9 May 2020 <<https://verfassungsblog.de/emergency-and-risk-in-comparative-public-law/>>. Secondo gli autori, sono i fatti e non la legge a indicare la conclusione di un'emergenza. Pertanto, dovrebbero essere considerati i rischi posti dall'uso di misure amministrative straordinarie, soprattutto al termine dell'emergenza, quando i poteri del governo dovrebbero essere soggetti a controllo legale al fine di evitare deviazioni dagli obiettivi originari. Nello stesso senso, vedi anche M. SIMONCINI, op. cit., *supra* nota 28 e *infra* nota 40.

³⁹ Sullo stato di eccezione, si v. C. SCHMITT, *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

fatto basata su prove scientifiche⁴⁰. Per applicare correttamente questa metodologia, una varietà di fattori deve essere considerata – compreso il livello reale della minaccia e il modo in cui le persone la percepiscono – in un'analisi step-by-step basata sulle conoscenze scientifiche disponibili.

In particolare, come affermerò nell'analisi sulle politiche italiane (cfr. §§ 4.1.a e 4.1.b), la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dell'emergenza in una pandemia richiede la condivisione dei poteri tra i diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale al fine di adottare misure coerenti basate sul costante monitoraggio e aggiornamento della valutazione del rischio epidemiologico a livello nazionale.

Pertanto, un'efficace condivisione dei poteri amministrativi – e più specificamente dei poteri amministrativi di regolazione delle emergenze – tra governo, regioni ed enti locali, ottimizzerebbe l'adozione di misure proporzionate di controllo e contenimento del virus su tutto il territorio nazionale, evitando o quantomeno ritardando l'applicazione di misure rigorose come il lockdown di comuni, province, regioni o interi stati.

Nella gestione della pandemia, la strategia amministrativa del governo dovrebbe tenere conto della metodologia di regolazione dell'emergenza che abbiamo appena delineato.

3.2. Il principio di precauzione nel diritto dell'UE: potenzialità e limiti.

Nell'ordinamento giuridico dell'UE, il principio di precauzione⁴¹ è descritto all'articolo 191, paragrafo 2, TFUE sulla politica ambientale⁴².

⁴⁰ G. MARTINICO, M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 38.

⁴¹ Cfr., tra gli altri, R. HARDING, E. FISHER (eds.), *Perspectives on the Precautionary Principle*, Alexandria, Federation Press, 1999; N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de precaution en droit public (effet de mode au revolution silencieuse)?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 17, 2001, p. 547; A. ALEMANNO, *Le principe de precaution en droit Communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2001, p. 917; E. FISHER, *Precaution, Precaution Everywhere: Developing a 'Common Understanding' of the Precautionary Principle in the European Community*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 9, 2002, p. 7. Per una discussione generale, si v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 2, 2012. Le origini giuridiche del principio di precauzione vanno ricercate nel *Vorsorgeprinzip* istituito dalla legislazione ambientale tedesca a metà degli anni '70; si v., ad esempio, T. CHRISTOFOROU, *The Origins and Content of the Precautionary Principle in European Community Law*, in C. LEBEN, J. VERHOVEN (eds.) *Le principe de precaution – Aspect de droit International et Communautaire*, Paris, Pantheon Assas LGDJ Diffuseur, 2002. Per il principio di precauzione in materia di salute, si v. tra gli altri, D. VOGEL, *The Politics of Precaution: Regulating Health, Safety, and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2012.

⁴² In questo articolo mi riferirò solo al principio di precauzione e non anche al principio di prevenzione semplicemente perché i due principi sono spesso discussi insieme e considerati intercambiabili nel diritto dell'UE. Infatti, secondo L. KRAMER, *EU Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2016, p. 24, c'è una stretta relazione tra i due principi che ha portato alcuni a sostenere che possono essere usati "in modo intercambiabile". Tuttavia, altri autori

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha svolto un ruolo di primo piano nell'elevare il principio di precauzione allo status di principio generale del diritto dell'UE. Alcune sentenze della Corte di giustizia europea in materia di salute sono fondamentali a questo proposito⁴³. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di precauzione richiede che le autorità competenti adottino misure amministrative adeguate a prevenire specifici rischi potenziali per la salute. L'approccio della Corte di giustizia europea sostiene che un'applicazione appropriata del principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti ipoteticamente dannosi per la salute derivanti dal provvedimento amministrativo contestato, combinata con una valutazione globale dei rischi per la salute basata sui dati scientifici più affidabili disponibili⁴⁴.

Allo stesso modo, la Commissione europea ha contribuito in modo significativo a delineare le caratteristiche del principio di precauzione nel sistema giuridico dell'UE. Nella Comunicazione del 2000, la Commissione ha cercato di stabilire un'intesa comune dei fattori che hanno condotto a ricorrere al principio di precauzione e al suo ruolo nel processo decisionale⁴⁵. Secondo la Comunicazione in questione, il principio di precauzione copre quelle circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, inconcludenti o incerte, ma in cui la valutazione scientifica preliminare fornisce ragionevoli motivi di preoccupazione che gli effetti potenzialmente pericolosi sulla salute umana potrebbero non essere coerenti con il livello scelto di protezione⁴⁶. Vari fattori possono far scattare l'adozione di misure precauzionali. Questi fattori determinano la decisione se agire o meno, trattandosi di una decisione eminentemente politica, in

sostengono che il principio di prevenzione si applica in situazioni in cui il rischio rilevante è "quantificabile" o "noto" e vi è la certezza che si verificherà un danno. In questo senso, si v., rispettivamente, W.T. DOUMA, *The Precautionary Principle in the European Union*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 9(2), 2000, p. 132; si v. anche E. FISHER, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 318. Per una spiegazione esaustiva si v. S. KINGSTON, V. HEYVAERT, A. CAVOSKI, *European Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 99. La dottrina giuridica italiana, invece, distingue tra principio di precauzione e principio di prevenzione. Qui, il mero potenziale o possibilità di danno è l'aspetto fondamentale per cui la precauzione differisce dalla prevenzione, in quanto quest'ultima è fondata su una situazione di certezza. Si v. F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto Dell'ambiente*, 2, 2001, pp. 23-26. Tuttavia, per la tesi che combina precauzione e prevenzione nello stesso principio, si v. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2010, p. 355.

⁴³ CGUE, Causa T-13/99, Pfizer Animal Health SA v Council [2002] ECR II-3305; Cause T-74, 76, 83-85, 132, 137 e 141/00 Artégodan GmbH v Commission [2002] ECR II-4945.

⁴⁴ CGUE, causa C-77/09, Gowan [2010] Racc. I-13533, punti 73-78. Nello stesso senso, si v. anche causa C-157/96, National Farmers' Union [1998], Racc. I-2211, punto 63; Causa C-180/96 Regno Unito contro Commissione [1998], Racc. I-2729, punto 99; Causa C-236/01 Monsanto Agricoltura Italia [2003], Racc. II-8105, punto 111.

⁴⁵ Commissione Europea, Sul Principio di Precauzione, COM(2000)1 final, 8 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/AUTO/?uri=celex:52000DC0001>>.

⁴⁶ Id., *Ibidem*, pp. 9-10.

funzione del livello di rischio che è accettabile per la società a cui il rischio è imposto⁴⁷.

La Commissione Europea ha anche stabilito linee guida per quelle situazioni in cui si ritiene necessaria un'azione basata sul principio di precauzione per gestire il rischio. In queste situazioni, si raccomanda un'analisi costi-benefici per confrontare i probabili effetti positivi e negativi dell'azione prevista e dell'inazione, e dovrebbe includere anche considerazioni non economiche⁴⁸. Tuttavia, la gestione del rischio secondo il principio di precauzione dovrebbe essere proporzionata, il che significa che le misure amministrative dovrebbero essere corrispondenti al livello di protezione desiderato. In alcuni casi, una risposta amministrativa che imponga un divieto totale può non essere proporzionale a un rischio potenziale; in altri, potrebbe essere l'unica risposta possibile. In ogni caso, tali misure dovrebbero essere rivalutate alla luce dei recenti dati scientifici e, se necessario, modificate.

Nel diritto dell'UE, quindi, il principio di precauzione è stato ampiamente riconosciuto come principio determinante della regolazione dei rischi insieme all'obiettivo normativo di un elevato livello di protezione. Tuttavia, questo principio potrebbe rivelarsi inefficace o addirittura dannoso se applicato in una forma "forte". La forma forte del principio è stata criticata in modo autorevole da Sunstein⁴⁹ in quanto suggerisce che la regolazione è necessaria ogni volta che esiste un rischio potenziale per la salute, anche se le prove a sostegno sono congetturali e i costi economici della regolazione amministrativa sono elevati.

In particolare, se i governi adottassero la forma forte del principio, questa richiederebbe sempre attività di regolazione – di conseguenza imponendo ogni volta un onere della prova – anche se non è possibile dimostrare che tali attività possano causare danni⁵⁰. Inoltre, poiché la necessità di selettività delle precauzioni non è semplicemente un fatto empirico ma è un fatto inevitabile concettualmente, nessuna società può essere altamente precauzionale rispetto a tutti i rischi⁵¹.

Quindi, in questa forma forte, il principio di precauzione si rivela inefficace e persino dannoso richiedendo misure amministrative rigorose che possono essere paralizzanti, in quanto vietano la regolazione e tutte le linee d'azione,

⁴⁷ ID., *Ibidem*, p. 15.

⁴⁸ ID., *Ibidem*, pp. 16-21.

⁴⁹ In questo senso, si veda il lavoro fondamentale di C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; ID., *Beyond the Precautionary Principle*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1003 (da cui citerò). Sunstein ha enunciato una serie di elementi comportamentali - come l'avversione alla perdita, la negligenza alla probabilità e la negligenza dell'impatto di interventi *una tantum* - che potrebbero indurre le persone a rendersi ciechi su alcuni aspetti della situazione di rischio e concentrarsi su un particolare sottoinsieme dei pericoli coinvolti.

⁵⁰ ID., *ivi*, pp. 1006, 1012-13 e 1023. La forma forte del principio impone un onere della prova a coloro che creano rischi potenziali e richiede una regolamentazione delle attività anche se non è possibile dimostrare che tali attività possono produrre danni significativi.

⁵¹ ID., *ivi*, p. 1029.

inclusa l'inazione. Così concepito, questo principio non può portare in alcuna direzione o fornire una guida precisa a governi e autorità amministrative.

Recentemente sono stati analizzati i limiti del principio di precauzione nel campo del diritto amministrativo e costituzionale. Un interessante lavoro propone che il costituzionalismo precauzionale e ottimizzante siano una dicotomia⁵². In sintesi, la teoria avanza due distinte proposizioni. La prima è che le costituzioni dovrebbero essere viste come mezzi per regolare i rischi politici. Tali rischi politici sono indicati come rischi di secondo ordine, in contrapposizione a rischi di prim'ordine come guerre, malattie e altri danni sociali⁵³. Molti di questi rischi sono descritti come "rischi di coda grassa" i quali è estremamente improbabile che si concretizzino, ma più probabile rispetto ad una normale dislocazione, inoltre, se si concretizzano, sono estremamente dannosi, come nel caso di una pandemia⁵⁴.

Nell'ambito dell'approccio sui "massimi sistemi costituzionali" si suggerisce che le norme precauzionali possano compensare eccessivamente questi rischi a bassa probabilità e persino causare gli stessi pericoli che cercano di prevenire⁵⁵. Pertanto, il costituzionalismo precauzionale è miope nel concentrarsi su determinati rischi e la nozione di rischi non apprezzati o non compensati è centrale. Sulla base di questa ipotesi, il modo migliore per regolare il rischio è quindi quello di evitare visioni ossessive in riferimento all'elusione o alle precauzioni del rischio e consentire invece una maggiore flessibilità nell'affrontare l'intera gamma di rischi⁵⁶. Ciò che Vermeule chiama "ottimizzazione del costituzionalismo" è una risposta a coloro che inquadrano la loro comprensione della Costituzione lungo principi di precauzione più rigidi⁵⁷.

L'approccio di Vermeule è stato criticato⁵⁸. A seguito di queste critiche, credo che tale approccio riveli anche alcuni punti deboli sulla nozione di rischio. In effetti, a meno che non si adotti una nozione più fungibile di rischio, non credo che il "costituzionalismo precauzionale" di cui parla Vermeule sia non ottimale per il rischio. Dipende da come si pesano i rischi, anche se si accetta l'analisi dei rischi come la migliore misura per il successo di un sistema costituzionale.

⁵² A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Tuttavia, per alcuni dei concetti fondamentali della teoria di Vermeule, si v. anche ID., *Precautionary Principles in Constitutional Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 2012, pp. 181-222; ID., *Introduction: Political Risk and Public Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 2012, pp. 1-6. Per la terminologia "matura", Vermeule si riferisce a A.O. HIRSCHMAN, *The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy*, Cambridge and London, Belknap, 1991.

⁵³ A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, cit., p. 3, *supra*, nota 52.

⁵⁴ ID., *ivi*, p. 49.

⁵⁵ ID., *ivi*, pp. 71-72.

⁵⁶ ID., *ivi*, p. 52.

⁵⁷ ID., *ivi*, p. 24.

⁵⁸ J. TURLEY, *A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World*, in *University Chicago Law Review*, pp. 517-572; si v. anche P. STONE, *Review of The Constitution of Risk. By Adrian Vermeule*. New York: Cambridge University Press, 2013. 200p., in *Perspectives on Politics*, 13(3), 2015, pp. 851-853.

Ritengo, più in generale, che applicare correttamente il principio di precauzione, sebbene funzioni meglio in un contesto di rischio piuttosto che di emergenza, è comunque importante nella gestione di una pandemia perché consente di ritardare l'attuazione di rigorose misure di emergenza. Abbiamo sottolineato che le misure cautelari amministrative, a differenza di quelle di emergenza, non sospendono lo stato di diritto, poiché attivano una regolamentazione soft che non pregiudica i diritti fondamentali in concomitanza con quelli minacciati dal pericolo imminente.

Quindi, a mio avviso, le misure precauzionali, laddove siano effettivamente condivise tra i diversi livelli di governo attraverso un'adeguata valutazione del rischio, servirebbero ad evitare o almeno a ritardare l'attivazione dello stato di emergenza da parte dei governi. L'attivazione dello stato di emergenza, di conseguenza, innescherebbe una regolamentazione hard del governo attraverso misure di emergenza che sospendono lo stato di diritto e quindi mettono a repentaglio i diritti fondamentali.

In un contesto particolare come la pandemia COVID-19, il principio di precauzione potrebbe essere invocato anche – e sarebbe utile l'attuazione di misure amministrative precauzionali – in presenza di una dichiarazione di emergenza emessa dai governi. In questo senso, sostengo che la dichiarazione di stato di emergenza per una pandemia si basa su una valutazione del rischio in senso tecnico (cioè mediante discrezionalità tecnica⁵⁹) da parte dell'amministrazione. In una pandemia, quindi, l'emergenza riguarda essenzialmente la capacità delle amministrazioni (ad es., governi, autorità sanitarie) di gestire casi che necessitano di assistenza sanitaria (ad es., terapia intensiva per supporto respiratorio, ricoveri per trattamenti farmacologici avanzati e così via). Pertanto, l'oggetto della valutazione tecnica del fatto (la pandemia) è fornito dalla valutazione relativa alla capacità dell'amministrazione di adempiere ai

⁵⁹ La dottrina giuridica italiana, come è noto, distingue tra “discrezionalità amministrativa” e “discrezionalità tecnica” sotto l'influenza di M.S. GIANNINI, *Il Potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 74-79. Sulla differenza si veda E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4, 1910, p. 15. Sempre sul tema della discrezionalità, si v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1983, p. 371; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Italiano*, 1987, p. 3165. Nella dottrina italiana più recente, si veda D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2004, p. 439; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2008, p. 791; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2013, p. 309. Sulla discrezionalità amministrativa si veda il libro seminale di D. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 1-55. Recentemente, si veda anche J. BELL, *Judicial Review in Administrative State*, in J. DE POORTER, E.H. BALLIN, S. LAVRIJSSEN (a cura di), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, The Hague, Springer, 2019, pp. 3-27.

compiti stabiliti dall'ordinamento giuridico a tutela del diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della Costituzione italiana (cfr. § 4.2).

Inoltre, per essere efficace in situazioni di emergenza come una pandemia, la nozione del principio a cui mi riferisco non dovrebbe comportare l'attivazione di misure precauzionali tipiche della sua versione forte che è esemplificata nella nota frase *"better safe than sorry"*. Nella sua versione forte, infatti, il principio di precauzione sarebbe sia paralizzante che antieconomico, poiché richiede che siano prevenuti tutti i rischi, anche quelli che hanno meno probabilità di verificarsi o sono stati creati artificialmente per ragioni politiche (si pensi alla dottrina della guerra preventiva messo in atto da George W. Bush) al fine di giustificare severe misure amministrative emanate dai governi per scopi non necessariamente legati al presunto rischio.

Al contrario, il bilanciamento dei costi-benefici potrebbe fornire la base di un approccio del principio di precauzione per prendere decisioni in contesti complessi, come l'ordinamento italiano, dove l'attuale separazione costituzionale dei poteri può portare a una valutazione inadeguata e errata dei rischi e quindi ad un'inefficace gestione delle emergenze da parte dei diversi livelli di governo.

In ogni caso, le prove scientifiche sono un prerequisito essenziale per una migliore regolazione del rischio agendo in base al principio di precauzione. Per essere efficaci in termini di costi, i governi dovrebbero adottare misure amministrative precauzionali basate sulla conoscenza scientifica e quindi valutare attentamente i rischi che intendono gestire.

Prendere in considerazione il potenziale e i limiti del principio di precauzione dalla prospettiva che abbiamo delineato sopra potrebbe avere un impatto sulla capacità dei governi di affrontare efficacemente le emergenze pandemiche.

Questo è importante nel caso dell'Italia, dove l'attuale struttura della separazione costituzionale dei poteri tra governo, regioni ed enti locali gioca un ruolo cruciale per gestire efficacemente una emergenza, come quella sanitaria.

3.3. Regole che disciplinano poteri e competenze nello scenario costituzionale.

Analizzando lo scenario costituzionale italiano si può fornire una guida sostanziale per comprendere la struttura giuridica dei poteri e delle competenze di governo, regioni ed enti locali e spiegare perché la valutazione del rischio pandemico può essere influenzata da una data separazione dei poteri. Questo genere di analisi può far luce sulla strategia amministrativa implementata dal governo nella pandemia e consentirci di valutare la sua efficacia nella gestione del COVID-19 in tutto il paese.

Prima di tutto, dobbiamo tenere presente che la Costituzione italiana non fa esplicito riferimento al potere di emergenza, tranne che per lo stato di guerra

(articolo 78). Tuttavia, questo potere è stato tradizionalmente incluso nei poteri tipici che la Costituzione attribuisce al governo.

Nel sistema costituzionale, le regole principali che disciplinano i poteri del governo sono stabilite dagli articoli 76 e 77 Cost. Il Parlamento, infatti, non ha il monopolio del potere legislativo, e il governo può anche emanare leggi con due strumenti legali che dovrebbero essere intesi come straordinari: il decreto legislativo e il decreto-legge.

In particolare, l'articolo 76 Cost. consente al Parlamento di delegare il proprio potere legislativo al governo, cui a sua volta è conferito il potere di emanare decreti legislativi. Il decreto legislativo è quindi una forma di potere legislativo delegato, in cui il Parlamento può approvare un atto delega che incarica il governo di adottare uno o più atti aventi forza di legge. In generale, il decreto legislativo è uno strumento legislativo che spesso trova applicazione in tutte le materie in cui è presente un forte contenuto tecnico.

Il secondo strumento straordinario, il decreto-legge, è previsto dall'articolo 77 Cost. Si tratta di una forma di legiferazione attraverso poteri di emergenza che il governo può esercitare in "casi eccezionali di necessità e urgenza" e sotto "la propria responsabilità"⁶⁰. Il governo può quindi emanare – senza atto di delega da parte del Parlamento come previsto dalle disposizioni dell'articolo 76 – provvedimenti amministrativi aventi forza di legge ordinaria. Tuttavia, tali provvedimenti amministrativi perderanno la loro efficacia dalla data di emissione se il Parlamento non li recepirà in una legge ordinaria entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione⁶¹.

Con la grande riforma sulle autonomie amministrative stabilita dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che ha modificato il Titolo V della Costituzione, l'Italia ha rapidamente devoluto alle regioni poteri legislativi e regolamentari⁶². Fondamentalmente, il provvedimento costituzionale ha fornito un nuovo quadro per la distribuzione dei poteri e delle competenze tra il livello nazionale e quello locale⁶³. Ha stabilito una nuova struttura istituzionale dividendo competenze e poteri legislativi e amministrativi tra i diversi livelli di governo⁶⁴.

Gli articoli modificati della Costituzione sono la base per la riforma fondamentale dell'autonomismo amministrativo.

L'articolo 114 riconosce gli enti locali (comuni, province, città metropolitane) e le regioni come enti autonomi dello stato con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

⁶⁰ Art 77 della Costituzione <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>.

⁶¹ Si v., tra gli altri, V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds.), *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 164-166.

⁶² G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, Luiss Press, p. 2002.

⁶³ S. CASSESE, *L'amministrazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, p. 1193.

⁶⁴ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 1993, p. 455.

L'articolo 117 stabilisce il ruolo e le competenze legislative dello stato e delle regioni, indicando quelle materie per le quali lo stato ha potestà legislativa esclusiva e quelle per le quali è possibile una legislazione concorrente sia dello stato che delle regioni. Le regioni hanno competenza esclusiva in tutto quanto non espressamente disciplinato dalla legge dello stato. I comuni, le province e le città metropolitane hanno altresì poteri regolamentari per l'organizzazione e l'attuazione delle funzioni loro attribuite. Nello specifico, l'articolo 117, comma 3, stabilisce che lo stato e le regioni hanno poteri concorrenti, e le regioni hanno poteri regolamentari, in materia di sanità pubblica⁶⁵. In questo contesto, a livello nazionale, il Parlamento e il governo sono chiamati a: *i*) adottare i principi sanitari fondamentali mediante leggi quadro e linee guida; *ii*) stabilire livelli essenziali di assistenza sanitaria. A livello regionale, le regioni attuano: *i*) attività legislativa e amministrativa generale; *ii*) l'organizzazione delle strutture e dei servizi sanitari; e *iii*) la fornitura di assistenza sanitaria basata su specifiche esigenze locali.

L'articolo 118 prevede il principio di sussidiarietà, in base al quale tutte le funzioni sono esercitate dai comuni, mentre resta la possibilità di conferirle ai livelli di governo più elevati al fine di garantire l'esercizio unitario sul territorio nazionale.

L'articolo 120 garantisce l'unità nazionale e la natura unitaria del sistema costituzionale prevedendo il potere sostitutivo del governo⁶⁶. Ai sensi dell'articolo 120, comma 2, il governo può agire per conto delle regioni e degli altri enti locali se: *i*) questi ultimi non si conformano alle norme e ai trattati internazionali o alla normativa comunitaria; *ii*) in caso di grave pericolo per la sicurezza e l'incolumità pubblica; *iii*) ogniqualvolta tale azione sia necessaria per preservare l'unità giuridica o economica e in particolare per garantire la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, indipendentemente dai confini geografici delle autorità locali. A tal fine, la legge stabilirà le procedure per garantire che i poteri sussidiari (cioè il potere di sostituzione del governo) siano esercitati nel rispetto dei principi di "sussidiarietà" e "leale cooperazione".

Infine, per quanto riguarda i poteri e le competenze in caso di emergenza, si segnala che nell'ordinamento italiano più autorità possono introdurre specifici atti normativi che stabiliscono misure amministrative necessarie per fronteggiare le emergenze ai sensi della Costituzione.

⁶⁵ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2002, p. 89.

⁶⁶ La natura giuridica del "potere sostitutivo dello Stato", nella dottrina giuridica italiana, è stata ampiamente discussa. In particolare, alcuni studiosi sostengono che l'art. 120 prevede una forma di sostituzione "amministrativa" dello stato sulle regioni, e che l'art. 117, comma 5, riguarda la sostituzione "legislativa". Altri studiosi concordano sull'idea che l'art. 120 fornisce il genere dei poteri di sostituzione, mentre l'art. 117.5 si riferisce a una specie del genere, essendo una semplice specificazione dell'art. 120. Tuttavia, la Costituzione sembra chiara su questo punto. Come abbiamo visto, le disposizioni dell'articolo 120 parlano di "Governo", mentre le disposizioni dell'articolo 117.5, parlano di "stato". Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina giuridica italiana, si veda C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5-14.

Il potere di ordinanza ha un ruolo particolare nella gestione delle emergenze, in quanto può essere esercitato in situazioni di necessità e urgenza. In particolare, l'ordinamento giuridico prevede: 1) le ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle regioni e dei sindaci ai sensi dell'articolo 32 della Legge 833/1978 (Legge sul Servizio Sanitario Nazionale); 2) ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza ai sensi della legge 225/1992 (legge sul servizio di protezione civile nazionale); 3) ordinanze locali adottate dal Sindaco in situazioni di emergenza sanitaria ai sensi dell'articolo 117 D.lgs. 112/1998; 4) ordinanze del sindaco ai sensi dell'articolo 54 della legge 267/2000 (TU Enti locali). 5) Infine, l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 112/1998 prevede l'adozione di "provvedimenti amministrativi urgenti" da parte di regioni e comuni in tutti gli altri casi consentiti dalla legge⁶⁷.

Come vedremo, la struttura di potere appena descritta evidenzia il problema della valutazione del rischio tra gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale amministrativo. Sebbene l'attuale sistema di attribuzione di poteri e competenze alle regioni e ad altri enti locali possa rappresentare un vantaggio in termini di corretta valutazione e gestione dei rischi nelle loro aree, a livello nazionale, tale sistema richiede un'efficace condivisione di poteri e strategie fra centro e periferia, dove i provvedimenti delle regioni e degli enti locali devono essere adottati secondo i provvedimenti proposti dal governo e viceversa.

Poiché una corretta valutazione del rischio da parte di un'autorità deve tenere conto delle caratteristiche della sua area – dati sulla situazione epidemiologica, ad esempio, o sull'età media della popolazione, e sulla capacità del sistema sanitario per quanto riguarda soprattutto la disponibilità di letti di cura – si potrebbe presumere che nell'ordinamento italiano un'efficace valutazione dei rischi possa essere facilitata dalle specifiche competenze stabilite dalla Costituzione per le regioni e gli altri enti locali in materia sanitaria.

Tuttavia, come sosterrò, questo è un vantaggio teorico che funziona solo se il potere è effettivamente condiviso tra i diversi livelli di governo.

L'attuale sistema, infatti, per fornire un'adeguata e corretta valutazione dei rischi a livello nazionale e adottare misure efficaci per contenere e gestire la pandemia, necessita di poteri e strategie condivise tra governo, regioni ed enti locali.

4. Perché la strategia amministrativa è stata inefficace.

4.1. Condivisione dei poteri amministrativi di emergenza

La condivisione dei poteri amministrativi a tutti i livelli di governo è una componente fondamentale del compito degli stati⁶⁸. In effetti, il miglioramento

⁶⁷ Per un'analisi dei poteri amministrativi in ambito emergenziale nell'ordinamento italiano, si v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 375-379.

⁶⁸ OCSE, *The Territorial Impact of COVID-19: Managing the Crisis across Levels of Government* (ultimo aggiornamento 16 giugno 2020) <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-

della governance normativa multilivello è diventato una priorità in molti Stati dell'UE. Per questo motivo, l'UE incentiva la condivisione dei poteri amministrativi incoraggiando una migliore regolamentazione a tutti i livelli di governo, invitando gli Stati membri a incentivare il coordinamento ed evitare la sovrapposizione di responsabilità tra le autorità amministrative⁶⁹.

In Italia, fino all'adozione della Legge Costituzionale 3/2001, la riforma normativa era stata promossa, progettata e attuata principalmente a livello nazionale. Con la riforma, come abbiamo visto (cfr. § 3.3), un tale approccio centralizzato ha perso terreno giuridico e politico. Allo stesso tempo, le responsabilità per lo sviluppo e l'attuazione delle politiche di regolamentazione amministrativa non sono state esplicitamente attribuite né allo stato, né alle regioni, né agli enti locali. Pertanto, la responsabilità della regolamentazione amministrativa e della riforma normativa spetta a ciascuno dei livelli di governo nelle materie in cui esercitano poteri legislativi. Allo stesso modo, non vi è alcuna competenza generale a livello centrale per monitorare e controllare i programmi di riforma della regolamentazione a livello locale. Di conseguenza, la nuova struttura costituzionale richiede un'effettiva condivisione dei poteri amministrativi tra i diversi livelli di governo.

Sulla base dell'analisi fin qui svolta, sostengo ora che i principali problemi della strategia amministrativa italiana per la gestione della pandemia COVID-19 sono dovuti alla mancanza di effettiva condivisione dei poteri amministrativi e, più precisamente, alla mancata condivisione dei poteri di regolazione tra i diversi livelli di governo con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale d'emergenza: governo, regioni ed enti locali. In particolare, questo problema ha inciso sulla valutazione del rischio delle diverse autorità chiamate a gestire l'emergenza sanitaria. Di conseguenza, il problema ha avuto un impatto sulla valutazione del rischio a livello nazionale e, dunque, sulla gestione dell'emergenza sui vari territori dello stato, portando all'adozione di misure incoerenti da parte dei diversi attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale amministrativo.

In particolare, discuterò questo problema sulle politiche italiane da due punti di vista chiave: la strategia amministrativa del governo per la gestione della diffusione del virus mediante un "approccio incrementale" (§ 4.1.a) e la strategia amministrativa del governo per l'attuazione del piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b). Nel fare ciò, terrò conto delle considerazioni sopra esposte in merito alla regolazione dell'emergenza (§ 3.1), al principio di

5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19managing-the-crisis-across-levels-of-government>.

⁶⁹ Comitato europeo delle regioni (CdR), *Division of Powers between the European Union, the Member States and Regional and Local Authorities* (dicembre 2012) <<https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Study-Division-Powers/Study-Division-Powers-EN.pdf>>. Vedi anche, OCSE-PUMA, *Managing across Levels of Government* (1997) <<http://www.oecd.org/governance/budgeting/1902308.pdf>>.

precauzione (§ 3.2) e alle regole che disciplinano i poteri nello scenario costituzionale (§ 3.3).

4.1. a. Ripensare l'approccio incrementale del Governo.

Uno dei principali problemi della strategia italiana in relazione alla inefficace condivisione dei poteri amministrativi per la gestione della pandemia si manifesta chiaramente in quello che definirò approccio incrementale⁷⁰.

Questo approccio si basa essenzialmente sull'applicazione progressiva di misure di emergenza da parte del Governo per gestire la diffusione esponenziale del virus. La strategia amministrativa italiana per la pandemia è fondamentalmente fondata su tale approccio. Infatti, come abbiamo visto (cfr. § 2), il governo ha affrontato la pandemia emanando diversi decreti (DPCM) che aumentavano progressivamente le restrizioni nelle aree di *lockdown* (zone rosse), che sono state poi estese di volta in volta fino alla loro applicazione definitiva all'intero paese con il *lockdown* nazionale.

A mio avviso, sebbene l'approccio incrementale possa rappresentare una corretta applicazione del principio di proporzionalità, dato l'uso proporzionato da parte del governo dei poteri di emergenza nell'affrontare la pandemia, esso è il risultato di una condivisione inefficace dei poteri di regolamentazione amministrativa tra governo, regioni ed enti locali. Infatti, la progressiva applicazione delle zone di lockdown, che di volta in volta ha aumentato l'entità e la gravità delle misure di emergenza, dimostra la difficoltà di governare la diffusione del virus nelle zone rosse piuttosto che l'efficace attuazione di una strategia amministrativa proporzionata. E ciò è dovuto principalmente alla mancanza di un'efficace collaborazione tra governo e regioni nell'esercizio dei rispettivi poteri di emergenza.

Da un punto di vista generale, l'approccio incrementale rivela la scarsa efficacia delle misure e strategie nazionali e locali per la gestione e il contenimento della pandemia quando tali misure e strategie non sono condivise.

Ritengo che anche il rigoroso *lockdown* nazionale⁷¹ sia essenzialmente il risultato della inefficace condivisione e pianificazione di misure e strategie amministrative per la gestione della pandemia tra i diversi livelli di governo e soprattutto, in questo caso, tra il governo e le regioni. Ci si può legittimamente chiedere se il governo possa adottare un'efficace strategia amministrativa per la gestione dell'emergenza senza condividere e pianificare i propri provvedimenti con quelli delle regioni.

Da questa prospettiva, possiamo dire che l'approccio incrementale del governo si è dimostrato inefficace nell'affrontare la pandemia. Spiegherò ora il motivo nei seguenti punti.

⁷⁰ Riguardo quest'approccio si v. G. PISANO, R. SADUM, M. ZANINI, *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*, in *Harvard Business Law Review*, 27 March 2020 <<https://hbr.org/2020/03/lessons-from-italys-response-to-coronavirus#comment-section>>.

⁷¹ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

1. Per quanto riguarda la valutazione del rischio per le pandemie, la scienza⁷² mostra che la diffusione del COVID-19 è rapida ed esponenziale. Di conseguenza, l'approccio incrementale non funziona se non è adeguatamente implementato con l'effettiva partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nella gestione della pandemia. I dati scientifici⁷³ e le statistiche⁷⁴ sulla diffusione del virus non erano predittivi di quale sarebbe stata la situazione a breve e medio termine. Pertanto, una corretta valutazione del rischio di diffusione del virus a livello nazionale avrebbe suggerito che le misure amministrative e, più in generale, le strategie avrebbero dovuto essere condivise tra tutti gli attori coinvolti nella strategia principale. Molto spesso, però, la strategia del governo non è stata in linea con quelle delle regioni, rivelando una valutazione inadeguata del rischio che il virus si diffondesse sul territorio nazionale, e quindi l'inefficace condivisione dei poteri di emergenza. Infatti, alcune importanti misure di emergenza attuate dalle regioni contraddicono chiaramente la strategia principale del governo.

Per fare alcuni esempi⁷⁵, l'ordinanza della regione Marche del 25 febbraio 2020, n. 1, emanata ai sensi del D.L. 6/2020, ha stabilito misure più stringenti di quelle del governo, prescindendo dalla strategia di quest'ultimo. Per questo motivo, il governo ha impugnato l'ordinanza dinanzi al giudice amministrativo⁷⁶. Nonostante sia stata emessa una sentenza favorevole al governo e l'ordinanza impugnata sia stata sospesa, la regione Marche ha legittimamente adottato una nuova ordinanza che istituisce misure di emergenza sulla base del medesimo D.L. 6/2020, ancora una volta in disaccordo con la strategia del governo.

Un altro caso paradigmatico è fornito da una serie di ordinanze della regione Campania volte ad imporre un lockdown più stringente a livello locale rispetto a quello stabilito dal governo a livello nazionale. A differenza del caso Marche, le ordinanze della regione Campania, sebbene impuginate dinanzi al giudice amministrativo, non sono state sospese, rendendo inefficace la strategia del governo⁷⁷.

Di conseguenza, in assenza di un'efficace condivisione e pianificazione della strategia principale con le regioni, il governo ha dovuto di volta in volta

⁷² Si v., tra gli altri, R. LI et al, *Substantial Undocumented Infection Facilitates the Rapid Dissemination of Novel Coronavirus (SARS-CoV2)*, in *Science*, 368, 2020, pp. 489-493.

⁷³ Si v., tra gli altri, V.J. MUNSTER et al., *A Novel Coronavirus Emerging in China, Key Questions for Impact Assessment*, in *New England Journal of Medicine*, 382, 2020, pp. 692-694.

⁷⁴ C. ZHU, J. ZHU, *Spread Trend of COVID-19 Epidemic Outbreak in China*, in *Bioscienze matematiche e ingegneria*, 17(4), 2020, pp. 3062-3087. Per i rapporti quotidiani in tutto il mondo, cfr. WHO, *Coronavirus Disease (COVID-2019) Situation Reports* <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>>.

⁷⁵ Per un'analisi di altri casi paradigmatici, si v. M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11.

⁷⁶ Il Decreto 27 febbraio 2020, n. 56, del TAR Marche ha sospeso l'ordinanza della regione Marche emessa il 25 febbraio 2020. Per un commento su questa sentenza, si v. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra stato e regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, pp. 1-7.

⁷⁷ TAR Campania, Sezione V, Decreto 18 marzo 2020 n. 416, relativo all'ordinanza della regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020.

“incrementare” le misure di emergenza fino a imporre definitivamente il rigoroso lockdown nazionale.

2. In assenza di condivisione dei poteri e strategie basate su una corretta valutazione del rischio a livello nazionale, l'approccio incrementale del governo sembra aver giocato un ruolo considerevole nell'influenzare il comportamento delle persone, inducendole a fare scelte sbagliate. Come mostrano i dati⁷⁸, il *lockdown* incrementale da parte del governo di comuni, province e regioni dell'Italia settentrionale ha indotto numerose persone a spostarsi verso le regioni meridionali, diffondendo il virus in parti dell'Italia che non erano ancora state colpite. Un caso emblematico di questo tipo si è verificato subito dopo che il DPCM 8 marzo 2020 (cfr. § 2) ha bloccato la Lombardia e altre quattordici province dell'Italia settentrionale, spingendo migliaia di persone a migrare verso il Sud.

Tali potenziali esternalità negative, così come altre ricadute o distorsioni negative, avrebbero dovuto suggerire al governo di condividere i propri atti normativi con quelli delle regioni target (ovvero le regioni settentrionali), nonché con le altre regioni che potrebbero essere indirettamente compromesse dalle misure di blocco (ad es., le regioni meridionali). In alternativa, il governo avrebbe dovuto impegnarsi a coordinare le strategie delle regioni e degli enti locali al fine di migliorare l'adozione di misure di controllo efficaci per le persone che escono dalle zone rosse e entrano nelle regioni meno colpite⁷⁹.

Più in generale, nell'applicazione delle misure di *lockdown*, il governo avrebbe dovuto condividere e programmare la propria strategia con quella delle regioni sulla base di una comune valutazione dei rischi che tenesse conto non solo dei territori regionali, ma dell'intero Paese. Di conseguenza, il governo avrebbe dovuto stabilire contromisure efficaci insieme a tutte le regioni potenzialmente coinvolte nelle decisioni relative al *lockdown*, per impedire la diffusione del virus dalle aree ad alto rischio a quelle a basso rischio. Una risposta efficace alle emergenze deve essere coordinata come un sistema coerente di azioni intraprese simultaneamente dai diversi attori coinvolti nel processo decisionale.

3. L'approccio incrementale del governo ha anche rivelato il problema della condivisione e della pianificazione efficaci di misure precauzionali (cfr. § 2) tra i diversi livelli di governo. La situazione critica che si è creata a causa della gravità dell'epidemia ha richiesto test efficaci dei casi sintomatici e asintomatici, nonché il tracciamento proattivo dei potenziali positivi in tutto il paese. Su questo punto, le misure precauzionali sono state supportate da dati scientifici sulla trasmissione del COVID-19 da parte di persone asintomatiche⁸⁰.

⁷⁸ G. GIORDANO et al., *Modelling the COVID-19 Epidemic and Implementation of Population-Wide Interventions in Italy*, in *Nature*, 26, 2020, pp. 855-860.

⁷⁹ Riguardo il coordinamento dei poteri si v. F.G. NICOLA, op. cit., *supra*, nota 8; M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11.

⁸⁰ Si v., ad esempio, Y. BAI et al., *Presumed Asymptomatic Carrier Transmission of COVID-19*, in *JAMA*, 323(14), 2020, pp. 1406-1407.

L'assenza di una strategia condivisa per l'adozione e l'attuazione delle misure precauzionali si è rivelata particolarmente dannosa nelle regioni in cui il rischio epidemiologico è più elevato. Non è infatti un caso che l'epidemia si sia diffusa così rapidamente nel nord Italia e soprattutto in Lombardia. In questa regione, si ritiene che l'efficiente rete di trasporto pubblico ferroviario che collega le aree urbane, un gran numero di pendolari⁸¹ e gli alti livelli di inquinamento atmosferico⁸² abbiano aumentato l'incidenza dell'infezione. Da questo punto di vista è evidente che la valutazione del rischio è stata inadeguata e le strategie sono state quindi condivise in modo inefficace tra regione Lombardia e governo.

Il governo avrebbe dovuto promuovere un'efficace strategia di precauzione per i controlli sanitari condividendola con le strategie delle regioni e assicurando un'efficace attuazione a livello nazionale sulla base di una valutazione globale del rischio. Al contrario, i dati sulle infezioni e sui decessi rivelano che le strategie non sono state condivise efficacemente con le regioni più colpite.

4. L'approccio incrementale mostra che la maggior parte dei problemi di strategia amministrativa sono anche motivati da questioni politiche tra i partiti che governano le regioni e appartenenti alla coalizione che ora governa il paese.

Dal momento in cui il virus ha iniziato a diffondersi, la gestione multilivello dell'emergenza ha innescato concorrenza e divisione istituzionale tra governo e regioni⁸³ a causa delle differenze politiche dei decisori politici. La gestione della pandemia, infatti, ha messo in luce la profonda divisione politica tra il governo, guidato dalla coalizione di partiti di sinistra come il Partito Democratico e il Movimento Cinque Stelle, e le regioni più colpite – Lombardia e Veneto – guidate da partiti populistici tradizionalmente di destra come Lega e Fratelli d'Italia.

In particolare, molte delle misure amministrative adottate dalle regioni erano in contrasto con la strategia del governo, soprattutto per motivi politici. Da questo punto di vista si evince che c'è stato uno scontro istituzionale tra i governi regionali e il governo nazionale sulle azioni politiche e amministrative da intraprendere per gestire efficacemente l'emergenza. Non è un caso che il Ministro della Salute, sia membro del governo e al contempo esponente di uno dei partiti di opposizione in Lombardia e Veneto, e che i governatori di Lombardia e Veneto appartengano alla coalizione politica che si oppone al governo.

Per fare qualche esempio concreto, si è verificata un'aspra diatriba tra il presidente del Consiglio Giuseppe Conte e Attilio Fontana, governatore della

⁸¹ Z.A. NASIR et al., *Airborne Biological Hazards and Urban Transport Infrastructure: Current Challenges and Future Directions*, in *Environmental Science and Pollution Research*, 23(15), 2016, pp. 15757-15766.

⁸² L. SETTI et al., *Evaluation of the Potential Relationship between Particulate Matter (PM) Pollution and COVID-19 Infection Spread in Italy*, in *Italian Society of Environmental Medicine*, 2020 <http://www.simaonline.it/wpsima/wp-content/uploads/2020/03/COVID_19_position-paper_ENG.pdf>.

⁸³ Cfr. F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 1, 2020, pp. 4-10.

Lombardia ed esponente del partito populista di destra della Lega, in merito alla gestione inefficace dell'emergenza nella regione più colpita dal virus. Allo stesso modo, come abbiamo visto, Luca Ceriscioli, governatore della regione Marche e membro del partito di centrosinistra nella coalizione di maggioranza, si è opposto alla decisione del governo di dichiarare lo stato di emergenza solo nelle regioni del nord⁸⁴.

In sostanza, queste forti divisioni politiche hanno avuto un impatto sull'effettiva condivisione del potere tra i diversi livelli di governo, causando problemi alla strategia amministrativa incrementale del governo.

5. L'approccio incrementale mostra anche il ruolo importante svolto dalla competenza scientifica nella gestione delle emergenze⁸⁵.

A questo proposito, uno degli obiettivi principali delle competenze scientifiche è quello di informare e legittimare le decisioni dei governi, soprattutto in situazioni di elevata incertezza relative alla salute pubblica. Durante l'epidemia di COVID-19, esperti scientifici e tecnici hanno assistito i governi centrali e regionali contribuendo al contenuto delle decisioni e, più in generale, delle strategie di gestione delle emergenze amministrative. Poiché le prove scientifiche sono alla base di sane scelte politiche, gli esperti scientifici e tecnici sono diventati parte della logica delle decisioni dei governi e sono stati utili per rassicurare il pubblico con soluzioni concrete⁸⁶. Infatti, nell'immediatezza di una pandemia, come è logico presumere, la richiesta di competenze scientifiche aumenta man mano che i governi cercano certezza nella comprensione dei problemi e nella scelta di misure efficaci per la gestione dell'emergenza. Soprattutto nelle fasi più delicate di un'emergenza, la competenza scientifica è utile per informare, legittimare e giustificare le valutazioni e le risposte del governo ai problemi, anche se considerazioni politiche e amministrative continuano a governare tali scelte. Il risultato è una maggiore dipendenza dall'esperienza scientifica e dalla politicizzazione delle informazioni scientifiche e tecniche⁸⁷. Invocando competenze scientifiche, i responsabili politici generano la necessità di ciò che è percepito come un processo decisionale basato su prove, il che suggerisce al pubblico che le decisioni politiche e amministrative si fondano su giudizi ragionati e informati⁸⁸ volti a perseguire l'interesse pubblico e tutelare i diritti individuali.

Tuttavia, un problema rilevante è quello per cui la competenza scientifica potrebbe offuscare la responsabilità delle decisioni. Poiché gli esperti scientifici e tecnici servono a informare e legittimare le decisioni politiche e amministrative, possono anche eclissare la responsabilità delle risposte e dei risultati delle politiche⁸⁹. Le competenze scientifiche aiutano a stabilire la gravità di una pan-

⁸⁴ F.G. NICOLA, op. cit., *supra*, nota 8.

⁸⁵ C.M. WEIBLE et al., *COVID-19 and the Policy Sciences: Initial Reactions and Perspectives*, in *Policy Science*, 53, 2020, pp. 225-241.

⁸⁶ ID., *ivi*, p. 231.

⁸⁷ ID., *Ibidem*.

⁸⁸ P. CAIRNEY, *The Politics of Evidence-Based Policymaking*, London, Palgrave Macmillan, 2016.

⁸⁹ C.M. WEIBLE et al., op. cit., p. 231, *supra*, nota 85.

demia in una popolazione, a comprendere l'andamento epidemiologico nel tempo e a valutare gli effetti delle misure politiche e amministrative, dalla mitigazione alla soppressione. Tuttavia, intraprendere azioni politiche è responsabilità dei leader di governo. Man mano che le competenze scientifiche diventano più importanti nel processo politico, chi è responsabile della definizione delle politiche diventa più oscuro⁹⁰. Per lavorare meglio in caso di emergenza, la competenza scientifica richiede un'efficace condivisione dei poteri amministrativi sulla base di un'accurata valutazione del rischio, come spiegherò ora.

In Italia, dall'inizio della diffusione del virus, i vari attori istituzionali, soprattutto governo e regioni, hanno costituito proprie task force scientifiche a supporto di misure e strategie amministrative nella gestione della pandemia. Il problema principale è che, così facendo, la valutazione del rischio a livello nazionale si è frammentata. Possono sorgere conflitti anche tra attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale. In questo scenario, infatti, il governo e le regioni hanno adottato decisioni e strategie amministrative basate sulle valutazioni dei rischi fornite dalle proprie task force centrali e regionali. Va notato che questa situazione, come altre qui discusse, deriva dall'attuale architettura costituzionale della separazione dei poteri in cui il processo decisionale è assegnato ai diversi livelli di governo.

Tuttavia, la gestione di una pandemia richiede una valutazione globale del rischio. Le questioni politiche italiane hanno dimostrato come, all'inizio della pandemia, le task force di alcune regioni sottovalutassero il COVID-19, mentre altre le attribuirono una certa importanza. Questo comportamento non è stato guidato dal governo, che, al contrario, ha criticato le soluzioni dei governi regionali. Il risultato, come ho affermato per l'approccio incrementale, è che le misure e le strategie del governo non sono state condivise con quelle delle regioni e viceversa, e la responsabilità dei responsabili politici è oscurata invocando competenze scientifiche per le decisioni di gestione della pandemia.

4.1. b. Attuazione del piano sanitario nazionale per le pandemie.

Non c'è dubbio che una pandemia colpisca l'intera società. Nessuna singola organizzazione può prepararsi efficacemente e da sola ad una pandemia e la preparazione non coordinata di organizzazioni pubbliche interdipendenti ridurrà la capacità di risposta del settore sanitario⁹¹. È necessario un approccio globale, condiviso e coordinato per prepararsi ad una pandemia⁹².

La strategia del governo, come abbiamo visto nell'approccio incrementale alla gestione dell'emergenza, si è rivelata particolarmente inefficace a causa della mancata condivisione dei poteri amministrativi con gli altri attori istitu-

⁹⁰ ID., *Ibidem*.

⁹¹ A. ALEMANNO, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11(2), 2020, pp. 307-316.

⁹² OMS, *Pandemic Influenza Risk Management Guidance* (17 maggio 2017) <https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/PIRM_update_052017.pdf>.

zionali coinvolti nel processo decisionale, in particolare con le regioni. Ma questo, come vedremo ora, non è l'unico punto debole.

Sosterrò qui che un altro dei maggiori problemi è stata la mancanza di un'efficace attuazione del piano sanitario nazionale contro le pandemie. In particolare, vedremo come e perché l'inefficace attuazione del piano da parte di governo, regioni ed enti locali ha posto seri problemi per contenere la diffusione del virus e, più precisamente, per evitare il collasso del sistema sanitario pubblico.

Su questo punto, uno dei principali problemi per la salute pubblica posto dal nuovo coronavirus è la sua capacità di diffondersi con eccezionale facilità e velocità⁹³, minacciando di travolgere il sistema sanitario nazionale. In particolare, ciò che dovrebbe emergere particolarmente dai dati è la situazione critica del sistema di terapia intensiva in Italia⁹⁴ che è stato gravemente indebolito dalla pandemia⁹⁵ (oltre che dalle recenti politiche di *spending review*)⁹⁶. Di conseguenza, per mitigare il rischio di collasso del sistema sanitario, il governo dovrebbe verificare l'effettiva capacità del sistema di terapia intensiva a livello nazionale, cooperando con le regioni e le autorità locali per garantire che la disponibilità dei letti di terapia intensiva sia gestita in modo efficiente.

In questo caso, azioni efficaci condivise tra tutti gli attori istituzionali e basate su un'adeguata e accurata valutazione dei rischi a livello nazionale eviterebbero di saturare il sistema di terapia intensiva nel medio e lungo termine, mentre il governo dovrebbe poter aumentare la capacità nel breve termine. Eppure, i dati sul sistema di terapia intensiva mostrano che la situazione è stata gestita in modo inefficiente nelle regioni più colpite dal COVID-19, soprattutto in Lombardia, che ha pagato a caro prezzo a livello locale l'inefficace attuazione del piano sanitario pandemico al livello nazionale.

Più in generale, è opportuno sottolineare che questo punto dimostra anche l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi tra governo, regioni ed enti locali per attuare efficacemente il piano di gestione della pandemia su tutto il territorio nazionale. A questo proposito, molti elementi basati su dati scientifici ed epidemiologici dimostrano che la pandemia COVID-19 richiedeva una cooperazione e un coordinamento efficaci a tutti i livelli di governo. Inoltre, bisogna tenere presente che combattere una pandemia dipende da molti fattori, la maggior parte dei quali richiede tempo o comunque non può essere realizzata rapidamente. La preparazione di un candidato vaccino, ad esempio, richiede molto tempo in termini di sviluppo sia preclinico che clinico. Allo

⁹³ R. LI et al., op. cit., pp. 1-8, *supra*, nota 72.

⁹⁴ Per la struttura giuridica del sistema sanitario italiano si v. A PIOGGIA, *Diritto sanitario*, Torino, Giappichelli 2017, p. 77.

⁹⁵ A. RHODES et al., *The variability of critical care bed numbers in Europe*, in *Intensive Care Medicine*, 38, 2012, pp. 1647-1653.

⁹⁶ Coronavirus, la sanità italiana defianzata da dieci anni. Tagliati 43mila dipendenti e i posti letto sotto la media Ue. Ecco tutte le criticità, *Il fatto Quotidiano*, 5 Marzo 2020; <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/03/05/coronavirus-la-sanita-italiana-definanzata-da-dieci-anni-tagliati-43mila-dipendenti-e-i-posti-letto-sotto-la-media-ue-ecco-tutte-le-criticita/5725714/>.

stesso modo, lo sviluppo e il test di un farmaco efficace coinvolgono complessi studi clinici in più fasi.

Tali considerazioni potrebbero essere sufficienti da sole a giustificare l'adozione di azioni efficaci per mitigare l'impatto dell'emergenza pandemica sul sistema sanitario pubblico. In questa fase, come abbiamo visto, la regolazione dell'emergenza richiede che venga intrapresa un'azione normativa nell'immediatezza di un'emergenza al fine di mitigarne l'impatto (cfr. § 3.1). Per evitare il collasso del sistema sanitario pubblico, il governo avrebbe dovuto quindi contenere la diffusione del virus attuando efficacemente il piano nazionale di gestione della pandemia con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali.

L'OMS ha riconosciuto l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi attraverso la partecipazione e la cooperazione dei vari attori istituzionali coinvolti nella strategia contro le pandemie. A questo proposito, l'OMS ha redatto specifiche linee guida⁹⁷ per l'attuazione di un piano di preparazione all'influenza pandemica⁹⁸ che gli stati dovrebbero applicare per gestire la diffusione del virus nei loro territori. In particolare, le linee guida dell'OMS incoraggiano gli stati a sviluppare piani efficienti, basati sulle valutazioni nazionali del rischio, con l'effettiva partecipazione di attori istituzionali a tutti i livelli di governo.

In Italia il problema più grave è che il governo, pur avendo già elaborato un proprio piano nazionale per le pandemie⁹⁹, non lo ha attuato efficacemente¹⁰⁰ né ha cercato di favorirne l'effettiva adozione da parte delle regioni e degli enti locali, trascurando un punto fondamentale delle linee guida dell'OMS. Di conseguenza, la mancata attuazione del Piano nazionale pandemico, come abbiamo visto, ha creato le condizioni per il collasso del sistema sanitario pubblico, con il sovraffollamento dei reparti di terapia intensiva e la conseguente perdita di vite umane.

* * *

In conclusione, le politiche italiane riguardanti la pandemia COVID-19 possono dimostrare l'importanza di: (i) ripensare l'approccio incrementale; (ii) attuare un piano sanitario nazionale per le pandemie condividendo i poteri, e più specificamente i poteri di regolamentazione amministrativa per le emergenze sulla base di un'adeguata e accurata valutazione del rischio a livello naziona-

⁹⁷ OMS, *Pandemic Influenza Risk Management Guidance* (maggio 2017) <https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/PIRM_update_052017.pdf>.

⁹⁸ Le linee guida dell'OMS sulla "Pandemic Influenza Risk Management" aggiornano e sostituiscono "Pandemic influenza preparedness and response: a WHO Guidance document", che è stato pubblicato nel 2009. Le Linee guida dell'OMS del 2017 tengono conto delle lezioni apprese dall'influenza pandemica A (H1N1) del 2009 e altri sviluppi significativi.

⁹⁹ Piano nazionale di preparazione e risposta per una pandemia influenzale, Ministero della Salute, 13 dicembre 2007 <http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_511_allegato.pdf>.

¹⁰⁰ La mancata attuazione del piano di preparazione all'influenza pandemica ha causato un'interrogazione parlamentare da parte di un senatore, Gregorio de Falco. A tal proposito, si veda l'atto n. 3-01464 (con procedure di emergenza), 1 aprile 2020, sessione n. 204 <<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1148825>>.

le, tra i diversi livelli di governo con la partecipazione, la cooperazione e il coordinamento di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale pandemico.

4.2. Possibili soluzioni dal punto di vista costituzionale.

Come abbiamo visto, la condivisione dei poteri amministrativi a diversi livelli di governo riveste un ruolo particolarmente importante in riferimento alla gestione delle emergenze nello scenario costituzionale, dove le competenze sono distribuite tra governo, regioni ed enti locali, e diversi attori istituzionali possono adottare atti normativi (cfr. § 3.3).

I grandi cambiamenti che le modifiche costituzionali hanno apportato alla definizione delle politiche nell'ordinamento giuridico italiano richiedono che venga fornito un supporto costante alle regioni e agli enti locali, soprattutto in caso di emergenza. Nonostante il significativo decentramento, il governo ha ancora un ruolo fondamentale da svolgere nella condivisione e nel coordinamento dei poteri amministrativi ai diversi livelli di governo e nell'assicurare una leale cooperazione tra tutti gli attori istituzionali coinvolti nei processi decisionali di emergenza.

Al governo spetta infatti il compito di promuovere e coordinare "l'azione del governo con le regioni" (art. 5 Legge 400/1988), nonché di sviluppare la cooperazione "tra stato, regioni ed enti locali" (art. 4 D.lgs. 303/1999)¹⁰¹. Allo stesso modo, il governo deve promuovere "le azioni necessarie per lo sviluppo dei rapporti tra stato, regioni ed enti locali" e assicurare "l'esercizio coerente e coordinato dei poteri e dei rimedi previsti per i casi di inerzia e inadempienza" (art. 4 del D.lgs. 303/1999).

Guardando alla prospettiva costituzionale, si potrebbero proporre alcune possibili soluzioni.

1. Nello scenario costituzionale italiano, sebbene il potere concorrente di legiferare in materia di sanità pubblica sia conferito allo stato (ossia al governo) e alle regioni ai sensi dell'articolo 117, comma 3, lo Stato (ossia il Governo e le Regioni insieme), sulla base del principio stabilito dall'articolo 32, comma 1, "tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività".

Sostengo, più specificamente, che la salvaguardia della salute è un compito dello Stato basato sul principio fondamentale della Costituzione di cui all'articolo 3, comma 2, dove il dovere dello Stato è quello di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che, vincolando la "libertà e l'uguaglianza dei cittadini", impediscono "il pieno sviluppo della persona uma-

¹⁰¹ Decreto Legislativo n. 303/1999 <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99303dl.htm>>.

na e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Pertanto, credo che, in base all'interpretazione congiunta dell'articolo 3, comma 2, e dell'articolo 32 della Costituzione, nonché del principio di leale cooperazione, il governo e le regioni debbano agire condividendo tra loro poteri e strategie amministrativi al fine di tutelare il diritto fondamentale alla salute.

In tal modo, il governo può svolgere un ruolo essenziale nel promuovere l'equilibrio istituzionale e la cooperazione tra i livelli nazionale e locale, massimizzando la leale cooperazione e attuando la sussidiarietà verticale e orizzontale.

2. La condivisione dei poteri amministrativi per le emergenze può anche essere incoraggiata e rafforzata attraverso l'efficace attuazione di strumenti costituzionali, come il sistema di conferenze basato sul principio della leale cooperazione.

2.1. La Conferenza sui rapporti tra stato, regioni e province autonome è lo strumento giuridico chiave per la negoziazione e la collaborazione politica multilivello. Serve in una capacità consultiva, normativa e di pianificazione e funge da piattaforma che facilita la condivisione del potere.

2.2. La Conferenza sui rapporti tra stato ed autonomie locali coordina i rapporti tra governo ed enti locali attraverso studi, informazioni e discussioni su tematiche che interessano questi ultimi.

2.3. La Conferenza permanente sui rapporti tra stato, regioni e le province autonome si occupa di aree di competenza condivisa¹⁰².

3. Al fine di “salvaguardare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività”, l'articolo 120, comma 2, della Costituzione potrebbe essere applicato ogniqualvolta sia necessario garantire “l'unità nazionale e la natura unitaria del sistema costituzionale”.

Ritengo che questa disposizione, che stabilisce il potere sostitutivo del governo, prevede l'accentramento dei poteri amministrativi in casi specifici contemplati dalla Costituzione. In tal senso l'art. 120, comma 2, prevede che il governo possa agire per conto delle regioni e/o degli enti locali nei casi di “grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica”. Alla luce di questa definizione, si potrebbe invocare la sostituzione del governo per le regioni e/o gli enti locali in conseguenza del “grave pericolo per la sicurezza pubblica”, nonché al fine di preservare l’“unità economica” e garantire la “tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”.

A mio avviso, tuttavia, il governo dovrebbe esercitare il suo potere di sostituzione come ‘extrema ratio’ ogniqualvolta non sia stata attuata una condivi-

¹⁰² Il Piano pandemico nazionale dell'Italia è stato adottato all'interno della Conferenza permanente sui rapporti tra stato, regioni, province autonome ed enti locali <<http://www.regioni.it/sanita/2006/02/14/accordo-stato-regioni-9-2-06-su-pandemia-influenzale-97179/>>.

sione effettiva tra tutti gli attori istituzionali. L'articolo 120, comma 2, è chiaro a questo proposito, richiedendo che il potere di sostituzione sia esercitato nel rispetto dei principi di "sussidiarietà" e "leale cooperazione".

In particolare, ritengo che tale potere sarebbe stato utile come rimedio all'inerzia o al ritardo da parte delle regioni e degli enti locali nell'attuazione del piano sanitario nazionale pandemico o nell'adozione di misure di emergenza. In tali casi i poteri sostitutivi possono essere conferiti al livello centrale di governo (il Ministero competente o il Consiglio dei Ministri), che interviene al posto del livello locale (le regioni e/o gli enti locali).

Le stesse considerazioni sul potere sostitutivo del governo possono essere applicate alle seguenti soluzioni come rimedi ex post per la mancata condivisione dei poteri amministrativi in modo efficace tra i diversi livelli di governo.

4. Il governo dispone del potere amministrativo straordinario di annullare misure illegittime (ad esempio ordinanze) emanate dalle autorità locali al fine di "salvaguardare l'unità del sistema giuridico nazionale" (articolo 138 della legge 267/2000¹⁰³ e articolo 2 della legge 400/1988)¹⁰⁴. Il potere, generalmente applicato ai provvedimenti emanati dai comuni, può essere esteso ai provvedimenti regionali sulla base dell'articolo 120, comma 2, della Costituzione¹⁰⁵.

5. Il governo ha il diritto di agire per impugnare i provvedimenti illegittimi emessi dalle regioni ed enti locali davanti al tribunale, in conformità con le disposizioni costituzionali che disciplinano il controllo giurisdizionale da parte della giustizia amministrativa italiana (articoli 24, 101, 103, 111, 113 e 125 della Costituzione).

5. Conclusioni.

In questo articolo, partendo dai principali atti normativi e considerando le conoscenze scientifiche e i dati epidemiologici sul COVID-19, si sono analizzate le misure e le strategie amministrative per combattere la pandemia messe in atto dal governo nell'immediatezza dell'emergenza.

In particolare, questa analisi è stata svolta per verificare l'efficacia della strategia nella gestione della pandemia in tutto il paese.

Nell'analizzare la strategia amministrativa, si è sottolineato il ruolo che l'attuale sistema italiano di separazione costituzionale dei poteri gioca nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio sanitario.

A tal fine, si è prima illustrato il sistema di gestione del rischio nel diritto italiano e comunitario e discusso alcune questioni legali fondamentali utili per chiarire i punti principali della questione e per comprendere le debolezze della

¹⁰³ Legge 267/2000 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2000/09/28/000G0304/sg>>.

¹⁰⁴ Legge 400/1988 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/09/12/088G0458/sg>>.

¹⁰⁵ Cfr. il recente Parere del Consiglio di Stato, I, 7 aprile 2020, n. 735.

strategia amministrativa al fine di proporre soluzioni di cui il governo potrebbe tener conto nell'adozione della sua strategia.

In particolare, si sono esaminate la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza (§ 3.1), le potenzialità e i limiti del principio di precauzione (§ 3.2) e le regole che disciplinano i poteri e le competenze nello scenario costituzionale italiano (§ 3.3).

Per sintetizzare i punti salienti di questa analisi, si è sottolineato che le politiche italiane di gestione della pandemia dimostrano l'importanza di un'efficace "condivisione dei poteri amministrativi" – e più nello specifico dei poteri di regolamentazione amministrativa per le emergenze – basata su un'adeguata e puntuale valutazione dei rischi, attraverso i diversi livelli di governo, con la partecipazione, la cooperazione e il coordinamento di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza: governo, regioni ed enti locali.

Fondamentalmente, si è messo in luce come il caso italiano riveli l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi da due punti di vista principali.

In primo luogo, si è argomentato che l'approccio incrementale per fronteggiare l'emergenza, sebbene basato sull'uso proporzionato dei poteri, è in gran parte inefficace o addirittura dannoso in assenza di cooperazione tra tutti gli attori – le regioni e gli enti locali – coinvolti nelle principali strategie attuate dal governo (§ 4.1.a).

In secondo luogo, si è discusso sull'importanza della cooperazione tra il governo, le regioni e le autonomie locali per l'attuazione efficace ed efficiente di un piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b).

Si è suggerito di guardare a questi punti da una prospettiva costituzionale in vista di proporre alcune possibili soluzioni. In questa prospettiva, i problemi di un'efficace condivisione dei poteri amministrativi tra i diversi livelli di governo potrebbero essere risolti interpretando sistematicamente la Costituzione e implementando specifici strumenti costituzionali forniti dall'ordinamento giuridico (§ 4.2).

In conclusione, più in generale, sostengo che – e questo è il filo conduttore della presente ricerca – i poteri amministrativi dovrebbero essere condivisi tra i diversi livelli di governo sulla base di un'adeguata e accurata valutazione del rischio con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza al fine di salvaguardare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione nonché dal diritto internazionale ed europeo.

In caso di pandemia, questo obiettivo deve essere raggiunto non solo per garantire il diritto alla salute, ma anche per salvaguardare tutti i diritti che potrebbero essere pregiudicati dall'esercizio dei poteri amministrativi e, più specificamente, dall'esercizio dei poteri di emergenza dispiegati nella lotta alla pandemia. La misura forte del *lockdown*, ad esempio, dovrebbe essere una misura di *extrema ratio* dei poteri amministrativi perché sospende lo stato di diritto e mette a rischio i diritti individuali e sociali. Infatti, come ho affermato nell'analisi delle

politiche italiane, la condivisione dei poteri con un'efficace cooperazione tra governo, regioni ed enti locali nella gestione della pandemia ottimizzerebbe l'adozione di misure di contenimento del virus a livello nazionale, evitando o almeno ritardando l'applicazione di stringenti misure di emergenza come il blocco di comuni, province, regioni o anche dell'intero Paese.

Prendendo in considerazione la corretta applicazione della regolazione dell'emergenza (§ 3.1) e del principio di precauzione (§ 3.2), sebbene i *lockdown* mirino a contenere le aree specifiche più colpite dal virus, devono essere proporzionali al rischio che intendono ridurre. Quando si adottano tali misure per tutelare il diritto alla salute, come nel caso di una pandemia, questo diritto deve essere bilanciato con altri diritti. Tuttavia, se i poteri amministrativi non sono condivisi efficacemente tra i diversi livelli di governo, il principio di bilanciamento potrebbe essere ignorato mettendo a repentaglio uno o più diritti senza giustificazione legittima (ad esempio il diritto alla libertà di movimento sancito dall'articolo 16 della Costituzione).

Questo è il problema che le politiche italiane mettono in luce, un problema che credo il governo debba tenere in considerazione nel prossimo futuro nel gestire la pandemia COVID-19 e altre emergenze simili.