

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

LA DECISIONE POLITICA NEL TEMPO DELL'EMERGENZA SANITARIA

THE POLITICAL DECISION DURING THE HEALTH EMERGENCY

SINTESI

Nell'articolo si affronta il problema della natura giuridica dei d.P.C.M. adottati dal Governo sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria, avendo riguardo anche al ruolo della valutazione tecnico-scientifica come presupposto delle decisioni politiche. In questa prospettiva, si affronta anche la questione del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Governo, per verificarne la idoneità a garantire la c.d. "tenuta del sistema".

ABSTRACT

The article deals with the problem of the legal nature of the d.P.C.M., the act enacted by the government after the declaration of the health emergency. In particular, the paper aims at investigating the debate around the technical requirements in the political decision and the judicial review on the administrative measure, in order to verify their compliance with the Constitution.

PAROLE CHIAVE: decisione politica, presupposto tecnico scientifico, sindacato giudiziario, giudice amministrativo

KEYWORDS: political decision, technical requirements, judicial review, administrative judge.

INDICE: 1. Il rapporto tra politica e amministrazione nell'emergenza sanitaria – 2. Le ordinanze di necessità: il ruolo della tecnica e l'*autorestrizione* del giudice – 3. Brevi considerazioni conclusive: la "tenuta del sistema"

Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto.

C. Schmitt, *Le categorie del politico*,
trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, p. 40.

1. Il rapporto tra politica e amministrazione nell'emergenza sanitaria

L'emergenza sanitaria ha prodotto effetti evidenti nel tessuto sociale, economico e politico del paese. Sotto il profilo sociale ed economico, la pandemia ha modificato le abitudini e gli stili di vita dei singoli, ha esposto a dura

prova alcune categorie professionali, ha impoverito economicamente non poche fasce della popolazione e rischia di impoverire culturalmente un'intera generazione di studenti. Sul piano politico, l'impatto è stato altrettanto dirompente: al di là degli effetti sugli equilibri tra le diverse forze politiche, di maggioranza e di opposizione, la pandemia ha investito i rapporti tra governo e parlamento, imponendo una rinnovata attenzione sul sistema delle fonti in generale; mentre la riflessione sulle specifiche misure di intervento da adottare ha aperto nuovi scenari sotto il profilo del dialogo tra Stato e regioni, nonché con riferimento al ruolo delle singole autonomie locali.

Nell'esaminare il contesto nel quale si colloca il profluvio di interventi disposti ai diversi livelli di governo per contenere l'emergenza sanitaria, il dato su cui vorrei soffermare l'attenzione è quello di un diverso assetto nei rapporti tra politica e amministrazione.

A far data dagli anni Novanta, la spinta riformatrice è stata orientata nella direzione di una separazione (o distinzione) tra politica e amministrazione, secondo un modello che tende a recuperare l'idea kelseniana di una necessaria «spolitizzazione» dell'amministrazione, che per Kelsen è funzionale alla garanzia del principio di legalità ed è legata all'esigenza di assicurare «un'eliminazione degli influssi politici esercitati sull'esecuzione della legge»¹. Lungo la traiettoria così individuata, il disegno ambizioso che si è tentato di perseguire è quello di un ammodernamento delle strutture organizzative della pubblica amministrazione, il cui vertice decisionale è stato affidato alla dirigenza, mentre alla politica è rimasto il compito di individuare gli indirizzi e gli obiettivi da realizzare.

Senza entrare nel merito della bontà delle scelte adottate dal legislatore in questi anni e, soprattutto, senza volere valutare la coerenza delle stesse con quell'idea kelseniana di cui prima si diceva, si vuole invece sottolineare come, nel tempo dell'emergenza sanitaria e sin dal momento della Dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020², sia progressivamente affiorato il recupero di uno spazio significativo del decisore politico, il quale si è manifestato propenso ad affermare il proprio ruolo a tutti i livelli di governo: dalla sede centrale alla dimensione più ridotta delle autonomie locali.

Si consideri che, all'inizio della pandemia, la fonte normativa di riferimento, attraverso la quale governare l'emergenza sanitaria, è stata rinvenuta nel d. lgs. n. 1 del 2018, in materia di protezione civile (noto, infatti, come Codice di protezione civile). Tant'è che la ricordata Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, adottata dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio, ai sensi dell'art. 24 del menzionato decreto legislativo, rimandava espressamente al successivo art. 25, secondo cui «per il coordinamento

¹ H. KELSEN, *La democrazia*, trad. it. G. Gavazzi, Bologna, 1955, p. 117.

² Si tratta della Delibera del Consiglio dei Ministri, "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 2 febbraio 2020, n. 26, prorogata con analoga Delibera del 29 luglio e poi del 7 ottobre: quest'ultima dispone lo stato di emergenza nazionale sino al 31 gennaio 2021.

dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile», che ai sensi dell'art. 5 sono adottate dal Capo dipartimento della protezione civile.

Ma, forse, è apparsa sin da subito evidente la difficoltà di ricondurre la vicenda pandemica agli eventi calamitosi prefigurati nel d. lgs. n. 1/2018 e la conseguente difficoltà di mantenere fermi gli strumenti di intervento ivi previsti. Per cui, nella consapevolezza della necessità di un maggiore livello di coordinamento delle attività da porre in essere e, probabilmente, nella consapevolezza della necessità di una assunzione della responsabilità politica degli interventi da attuare, in luogo dell'ordinanza di protezione civile, il Governo ha adottato il primo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M. del 23 febbraio 2020), con il quale sono state disposte le prime misure necessarie per il contenimento del contagio, sia pure con esclusivo riferimento ad alcuni comuni della Lombardia e del Veneto.

In altri termini, l'organo politico ha assunto direttamente una decisione, che avrebbe potuto adottare “per il tramite” dell'organo di direzione amministrativa: con ciò spostando quasi simbolicamente il baricentro dell'azione politica e amministrativa e accentrando su di sé la titolarità del potere, al fine di assicurare una più coerente gestione dell'emergenza.

Nonostante la provenienza dell'atto dal vertice di indirizzo politico, siamo comunque dinanzi a una decisione politico-amministrativa, che non concede spazio a una qualificazione in termini di “atto politico”, in quanto tale potenzialmente sottratto al sindacato giudiziario. Com'è noto, l'insindacabilità dell'atto politico risale all'art. 31 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato) e oggi ha trovato conferma all'art. 7 del codice del processo amministrativo: la sua origine si ritiene legata al principio della separazione dei poteri, che avrebbe dovuto limitare ogni ingerenza del potere giudiziario nei confronti degli atti di governo. Nel tempo, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha contribuito a delimitare la categoria in esame, chiarendo che l'atto politico si qualifica come atto *libero nei fini* ed è «connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione)»³. Con la conseguenza di ammettere l'insindacabilità dell'atto politico solo nel caso in cui lo stesso, per la genericità dei suoi contenuti e per la finalità di cura e selezione di un interesse pubblico astrattamente considerato, sia idoneo a ledere le situazioni soggettive degli interessati: ammettendo, per questa via, il sindacato giurisdizionale sull'atto politico tutte le volte in cui si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva⁴. L'effetto così assicurato è quello di

³ Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397.

⁴ Ed è evidente che in tal caso la sindacabilità dell'atto è intrinsecamente legata alla riconosciuta sussistenza di una legittimazione processuale all'impugnazione dello stesso: A. ROMANO TASSONE, «Atto politico» e interesse pubblico, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., che svolge la considerazione sim-

salvaguardare la legittimità costituzionale dell'antico art. 31 T.U. Cons. Stato e dell'odierno art. 7 c.p.a., consentendo l'impugnazione e il sindacato dell'atto politico tutte le volte in cui, nel pieno rispetto dell'art. 113 Cost., sia necessario assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti del pubblico potere⁵.

Così stando le cose, il decreto del Presidente del Consiglio di cui si ragiona e i successivi decreti adottati nel corso dell'emergenza sanitaria, ma, a mio avviso, anche la ricordata Dichiarazione dello stato di emergenza, da cui si origina l'intervento successivo del Governo, non possono essere qualificati come atti politici in senso stretto, poiché non ne condividono l'essenza, non essendo liberi nel fine. In ogni caso sono atti destinati a incidere sensibilmente sulle posizioni dei singoli e per ciò stesso deve esserne assicurato il sindacato giudiziario.

Sono pertanto atti amministrativi, finalizzati alla cura di un interesse pubblico, destinati a produrre effetti in capo ai destinatari, ma che sono assunti da un organo politico. E, per quanto la veste formalmente assunta sia quella del d.P.C.M., dal punto di vista sostanziale si tratta di atti che non entrano nel sistema delle fonti, anche in considerazione della loro breve durata: dunque non potrebbero essere qualificati come atti normativi.

In alcune sentenze se ne ipotizza la natura di atti amministrativi generali⁶. Cioè atti che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, condividono con gli atti normativi la nota della generalità, in quan-

metrica, secondo cui «sembra possibile che questa tendenza alla rivalutazione delle ragioni politiche che possono essere poste a base della decisione del governo si estrinsechi, sotto il profilo della non impugnabilità della decisione stessa, nella contrazione dell'area della legittimazione attiva al ricorso, anziché nell'espansione degli atti non sindacabili», p. 318.

⁵ Nel dibattito si collocano anche due significative pronunce della Corte costituzionale, che confermano i termini della questione appena posti: il monito della Corte costituzionale deve essere interpretato nel senso che, pur dovendosi riconoscere che l'attività di governo, in quanto essenzialmente politica, sia libera nel fine, nondimeno la stessa deve svolgersi all'interno del quadro costituzionale e di diritto positivo, rimanendo soggetta al principio di legalità soprattutto nell'ipotesi in cui incrocia i diritti e le libertà fondamentali. Da un lato, infatti, il giudice delle leggi ha affermato la natura politica (e conseguente insindacabilità) della decisione con la quale il Governo ha rifiutato l'avvio delle trattative per la stipula di un'intesa, ai sensi dell'art. 8 Cost., con l'Unione degli atei e agnostici razionalisti (UAAR), precisando tuttavia che la «valutazione riservata al Governo è strettamente riferita e confinata (...) alla decisione se avviare le trattative in parola», sicché «l'atto di diniego di cui si ragiona non può produrre, nell'ordinamento giuridico, effetti ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato», nel senso che «non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.», Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52. Mentre, in altra pronuncia la Corte si è occupata della vicenda relativa alla nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutari scaturenti dalla disciplina sulla parità di genere, affermando in tal caso la piena sindacabilità dell'atto di nomina: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto», Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81.

⁶ Tar Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

to sono destinati a una pluralità di soggetti (il più delle volte non determinabili *ex ante*, ma spesso individuabili *ex post*). Diversamente dagli atti normativi, però, gli atti generali non presentano il requisito dell'astrattezza, giacché, come nel caso di specie, hanno un contenuto di tipo provvedimentale, avente ad oggetto delle misure specifiche e concrete finalizzate a regolare una «vicenda determinata», conclusa la quale vengono meno anche i relativi effetti⁷.

Riprendendo quanto osservato in apertura, in merito alla circostanza che alla Dichiarazione dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, sarebbe naturalmente seguita un'ordinanza di protezione civile, ai sensi dell'art. 25 del d. lgs. n. 1 del 2018, è possibile ipotizzare che gli atti in questione siano riconducibili alla categoria delle ordinanze di necessità. È vero che il decreto legge n. 19 del 2020 ha poi espressamente previsto il potere di intervento del Governo nelle forme decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri: con ciò superando, in un certo senso, la disciplina del Codice di protezione civile e riconducendo, al tempo stesso, il potere di intervento per fronteggiare l'emergenza sanitaria nel perimetro del principio di legalità (dal momento che il primo decreto legge, n. 6 del 2020 è stato sin da subito ritenuto eccessivamente vago e impreciso, circa la definizione delle «ulteriori misure di contenimento» da adottare da parte delle «autorità competenti»)⁸. Ciò non toglie che, nonostante la veste formale dell'atto, lo stesso possa essere ricondotto, quanto alla sua essenza, alla categoria delle ordinanze di necessità.

Ne viene fuori che, nel complesso, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata affidata a una sequenza di atti⁹, qualificabili appunto come ordinanze di

⁷ In tal senso Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2012, n. 9, secondo cui «al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti». In argomento v. M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53.

⁸ L'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevedeva con formula alquanto generica che «Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1»; viceversa l'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, definisce nel dettaglio le «misure da adottare per evitare la diffusione del COVID-19», mentre il successivo art. 3 disciplina, sia pure in termini generali, una procedura essenziale per l'adozione delle stesse misure con uno o più d.P.C.M., prevedendo che gli stessi debbano essere adottati «su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale».

⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020 parla di «catena normativa», che a partire dalla Costituzione giunge sino alle ordinanze sindacali.

necessità, adottati a diversi livelli di governo ed espressione di un potere politico-amministrativo, che gode anche di una legittimazione democratica: cosicché il decisore politico, dal governo centrale alle autonomie locali, passando attraverso le funzioni affidate alle regioni, non limita il proprio intervento alla definizione dell'attività di indirizzo, ma recupera uno spazio di azione per la cura concreta dell'interesse pubblico.

2. Le ordinanze di necessità: il ruolo della tecnica e l'*autorestrizione* del giudice

La categoria delle ordinanze di necessità è estremamente varia e ampia, in ragione della pluralità dei soggetti titolari del relativo potere e dei presupposti in presenza dei quali il potere di ordinanza può essere esercitato¹⁰.

Nel tentativo di trattarne le caratteristiche in termini unitari e, dunque, senza alcuna pretesa di esaustività, si può qui richiamare l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, secondo cui, nella misura in cui il contenuto di tali ordinanze è destinato a derogare le disposizioni di legge e poiché le stesse si pongono al di fuori del principio di tipicità del provvedimento, la loro ammissibilità è stata riconosciuta, sin dagli anni Cinquanta, a condizione che il relativo potere trovi comunque fondamento nella legge e le medesime ordinanze non siano in contrasto con gli stessi principi generali; inoltre devono essere accuratamente motivate e devono avere una durata limitata nel tempo; deve, infine, esserne assicurata un'adeguata pubblicità¹¹.

Sul punto, pur cogliendo la suggestione della costruzione di Santi Romano, per il quale la necessità «non ha legge, ma fa legge»¹², si deve escludere che essa, in quanto posta a fondamento di tali atti, sia da intendersi come fonte del diritto, dovendosi invece riconoscere che il fondamento delle ordinanze in discorso sia comunque da rinvenirsi nella legge, mentre la 'necessità' rimane come presupposto delle stesse, richiamato dalla legge medesima.

In ogni caso è fuori di dubbio l'arretramento del principio di legalità a fronte di un altrettanto evidente effetto limitativo delle libertà dei singoli. Cui si deve aggiungere il potenziale pregiudizio del "principio di autonomia", che la Costituzione mira a realizzare attraverso «il più ampio decentramento» prefigurato dall'art. 5, ma che rischia di essere compromesso in considerazione del

¹⁰ Sull'argomento si veda G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33.

¹¹ In tal senso, Corte Cost., 2 luglio 1956, n. 8, che così riassume «i canoni» a cui devono ispirarsi le ordinanze in discorso: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico».

¹² S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, che poi aggiunge «la necessità di può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa le altre sono a considerarsi in certo modo derivate», 260.

marcato trasferimento di poteri che la normativa dell'emergenza concentra in capo al Governo¹³.

Per questo motivo, la provenienza politica dell'ordinanza di necessità non preclude il sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo: anzi, direi quasi che tale sindacato tende a compensare l'effetto potenzialmente pregiudizievole delle ordinanze di necessità, offrendo ai destinatari uno strumento di tutela immediato. E aggiungo che, soprattutto nel periodo considerato, ancora segnato dalla condizione emergenziale nella quale ci troviamo, in fatto e in diritto, il sindacato di legittimità sulle ordinanze di necessità esercitato dal giudice amministrativo può e deve costituire una garanzia di "tenuta del sistema", nella misura in cui consente la verifica del corretto esercizio del potere di ordinanza offrendo una sponda alle esigenze di tutela dei privati, nonché a garanzia del già richiamato principio di autonomia.

E tuttavia, tale sindacato sconta, nelle ipotesi considerate, non poche difficoltà.

Innanzitutto, con specifico riguardo ai d.P.C.M., non pare che gli stessi siano stati oggetto di impugnazione diretta¹⁴; viceversa sono state impugnate le ordinanze regionali e/o comunali che introducevano deroghe ulteriormente limitative o al contrario misure espansive, rispetto ai divieti e alle limitazioni contenute nei predetti d.P.C.M. Sicché il giudice amministrativo solo indirettamente si è pronunciato sulla legittimità dei d.P.C.M., dovendo considerare al

¹³ Sulla necessità che l'attribuzione del potere avvenga nel rispetto del principio di autonomia, si veda la recente sentenza della Corte costituzionale, 20 giugno 2019, n. 195, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, che ha introdotto il comma 7 bis dell'art. 143 del T.U.E.L. in materia di scioglimento dei consigli comunali. La norma censurata, secondo la Corte, introduce «un potere prefettizio sostitutivo extra ordinem, ampiamente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali»; infatti, precisa il giudice delle leggi, «la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede non solo che i presupposti di tali poteri sostitutivi, incidenti nell'attività dell'ente, siano sufficientemente determinati dalla legge, ma anche che l'eventuale sostituzione a organi dell'ente rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost., integrato dalla norma di attuazione di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri».

¹⁴ Va ricordata, al riguardo, la sentenza del Giudice di pace di Frosinone, 27 luglio 2020, n. 516, chiamato a pronunciarsi su una sanzione irrogata per la violazione del divieto di spostarsi in conseguenza della emergenza sanitaria: nella specie, il giudice ha annullato la sanzione impugnata «per illegittimità del DPCM adottato in data 31.01.2020 ed invocato nel verbale opposto per violazione dell'art. 13 cost.», sostenendo il conseguente dovere dello stesso giudice di pace, quale giudice ordinario, «di disapplicare il medesimo DPCM ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.».

contempo l'incidenza delle misure adottate sull'assetto complessivo dei rapporti tra Stato, regioni ed autonomie locali¹⁵.

Va poi sottolineato come la limitata efficacia temporale delle ordinanze di necessità implica che le stesse siano sottoposte al sindacato giudiziario in sede cautelare, che, molto spesso, viene esercitato nelle forme della tutela monocratica: e la tutela cautelare per definizione è una tutela sommaria, rispetto alla quale, il giudice amministrativo assai spesso ha confermato la legittimità degli atti impugnati, in quanto, per la loro breve durata, sono apparsi idonei a pregiudicare le situazioni soggettive dei privati. In questi termini si sono espressi, ad esempio, il Tar Campania e il Tar Puglia in merito all'impugnazione delle rispettive ordinanze regionali sulla chiusura delle scuole: nelle vicende considerate il giudice amministrativo ha riconosciuto preliminarmente la necessità di un «contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio» che «nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza)», ma ha poi precisato che, in considerazione della limitata efficacia temporale del provvedimento impugnato, «le prioritarie esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte»¹⁶.

Accanto a questi primi profili di difficoltà, intrinsecamente legati alla natura sommaria della tutela cautelare, a sua volta giustificata dalla temporaneità della misura disposta con l'ordinanza di necessità, ma ugualmente idonei, nella loro evidenza, a scoraggiare l'accesso alla tutela giudiziaria da parte degli interessati, si aggiungono ulteriori rilievi. Riconducibili, stavolta, alle modalità at-

¹⁵ La mancata impugnazione in via diretta potrebbe essere interpretata come il segno della natura normativa dei d.P.C.M. in esame, sostenuta in alcune sentenze, tra cui ad esempio Tar Puglia, Bari, sez. III, 22 maggio 2020, n. 733. Infatti, se considerati come atti normativi, i d.P.C.M. non potrebbero essere immediatamente impugnabili, perché contenenti disposizioni generali, ma soprattutto astratte, per ciò stesso non immediatamente lesive e, appunto, non impugnabili dai singoli cittadini. Ciò non toglie che, in ogni caso, l'interesse all'impugnazione potrebbe comunque sorgere, come in parte è avvenuto, da parte delle amministrazioni regionali e/o locali nella misura in cui le disposizioni contenute negli stessi d.P.C.M. possano ledere il principio di autonomia.

¹⁶ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695. In senso analogo, Tar Campania, sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025, secondo cui «la durata temporanea della misura regionale, disposta fino al 14 novembre p.v., esclude l'emergenza di un pregiudizio “di estrema gravità e urgenza”, presupposto per la concessione dell'invocata tutela monocratica»; e aggiunge che «la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, purché le attività scolastiche siano effettivamente assicurate con metodiche alternative rispetto alla didattica in presenza, e tenuto conto della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori». Si deve precisare che, in senso opposto alla ricordata sentenza del Tar Puglia, Lecce, si è pronunciato il Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680, che invece, sulla medesima ordinanza ha accolto il ricorso, ritenendo che «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione» e concludendo nel senso che «come dedotto dai ricorrenti, vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica».

traverso cui si esprime il sindacato giudiziario rispetto ad atti della pubblica autorità che, come le ordinanze in esame, sono espressione di un potere altamente discrezionale, caratterizzato soprattutto da un elevato grado di discrezionalità tecnica.

In termini generali, il sindacato sulla scelta discrezionale è un sindacato di legittimità volto ad accertare che la scelta sia compiuta nel rispetto dei principi che regolano il potere, per legge attribuito all'amministrazione. Qui, il limite deriva dal fatto che il potere discrezionale è un potere riservato all'amministrazione e il giudice deve limitarsi a verificarne il corretto esercizio, ossia la conformità alla legge. Se poi l'atto amministrativo è adottato sulla base di un presupposto tecnico-scientifico, sia esso un accertamento a esito certo, ovvero una valutazione a esito incerto, il presupposto stesso può divenire oggetto del sindacato da parte del giudice amministrativo: nelle forme del sindacato debole o estrinseco, ovvero forte o intrinseco, sino ad arrivare alla possibilità, per lo stesso giudice, di nominare un consulente tecnico d'ufficio.

Più in dettaglio, la stessa giurisprudenza ha chiarito che in caso di "sindacato debole" «il giudice amministrativo non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»¹⁷. Viceversa, il "sindacato forte" tende «ad essere utilizzato in quelle materie dove, di contro, il grado di opinabilità delle scelte tecniche è limitato», consentendo al giudice di formulare «una valutazione negativa sull'operato dell'amministrazione senza con ciò arbitrariamente sostituire il proprio parere tecnico a quello dell'organo titolare della funzione amministrativa oggetto di contestazione»¹⁸. Precisando, infine che «la possibilità di procedere ad una consulenza tecnica d'ufficio non può estendersi sino a determinare e legittimare una sostituzione del giudice alle valutazioni compiute dall'amministrazione»¹⁹.

In altri termini, il giudizio sulla "correttezza" della soluzione adottata dall'amministrazione, presuppone che all'interno del procedimento amministrativo che conduce all'adozione del provvedimento sia assicurata la valutazione di tutti gli elementi, i presupposti e gli interessi su cui la decisione finale si fonda: per cui la "correttezza" della decisione, evocata dalla giurisprudenza, altro non è che la sua ragionevolezza, intesa come coerenza della decisione medesima con gli esiti dell'istruttoria procedimentale. Ma nel caso in cui, dall'esame delle attività procedimentali emerga l'insufficienza degli elementi e dei presupposti raccolti dall'amministrazione per assumere la relativa decisione, «la verità va cercata dal giudice»: il quale potrà anche ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio, «se ritiene che gli elementi accertati dall'amministrazione non siano sufficienti», senza con ciò sostituirsi all'amministrazione, ma valutando gli esiti

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 505.

¹⁸ Tar Toscana, sez. II, 30 maggio 2013, n. 891.

¹⁹ Cons. Stato, sez. II, 18 febbraio 2020, n. 1244.

degli elementi raccolti «in contraddittorio» con la decisione dell'amministrazione sottoposta al suo esame²⁰.

È possibile cioè che il giudice si limiti a verificare la coerenza dell'istruttoria e dei presupposti di natura tecnica e scientifica che in essa vengono in rilievo rispetto alla decisione finale, ovvero che, laddove ritenga l'insufficienza dell'istruttoria e dei relativi elementi di natura tecnica, ne arricchisca la portata attraverso il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio. In ogni caso, il presupposto di natura tecnica è necessario per fondare correttamente il sindacato giudiziario: in termini di mero giudizio di ragionevolezza, per verificare la coerenza della decisione finale, fino alla possibilità di integrare i contenuti delle valutazioni tecniche e scientifiche, attraverso il ricorso alla consulenza tecnica, per valutarne comunque la congruenza con il provvedimento adottato.

Ammettere che il giudice possa indagare le valutazioni tecniche dell'amministrazione, attraverso un controllo di ragionevolezza, o un controllo più specifico e penetrante per il tramite di una consulenza, per poi valutare se la scelta finale sia con esse coerente, significa rimanere nel quadro del nostro sistema costituzionale e processuale. Ed è innegabile che, nel rispetto del confine tracciato dalla giurisprudenza in merito al sindacato sulle scelte di discrezionalità tecnica, anche nel caso in cui lo stesso sia limitato alla verifica dei parametri della proporzionalità e della ragionevolezza, cioè secondo un modello di sindacato debole, il giudice mantiene comunque un notevole “controllo” sulla decisione amministrativa.

Con buona probabilità, è per questo che in alcuni casi lo stesso giudice si “chiama fuori” da un sindacato che potrebbe svolgere, ritenendo di non potere sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della scelta di discrezionalità tecnica: si tratta di una evenienza già colta dalla dottrina che ha parlato di *auto-restrizione* del giudice, e che ancor più si mostra evidente «allorché sia in discussione il “merito” delle scelte e delle opzioni degli apparati politico-amministrativi e pertanto il profilo strategico dell'indirizzo politico»²¹.

Nel caso della sequenza dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle ordinanze di necessità che da quasi un anno condizionano il quotidiano andamento di tutte le attività economiche e sociali del Paese, quello appena considerato è forse l'aspetto più significativo, che costituisce il maggior limite a un pieno sindacato giudiziario capace di offrire adeguate risposte alle istanze di tutela e capace, per ciò stesso, di costituire un elemento fondamentale per compensare l'autorità del potere a garanzia delle libertà dei singoli, contribuendo ad assicurare la complessiva “tenuta del sistema”.

Tutto ciò avendo anche presente che le premesse appena tratteggiate, in merito al sindacato del giudice amministrativo sulle scelte di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, si misurano, sempre nel caso di specie, con una ulteriore difficoltà, che si salda con la peculiarità degli atti in esame. Si tratta

²⁰ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 973.

²¹ R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR* 2010, 3179.

cioè di atti nei quali il presupposto tecnico scientifico da valutare è quello della sussistenza di una condizione di necessità e urgenza, connessa all'emergenza pandemica, rispetto alla quale si deve provvedere: ed è un presupposto che non sempre risulta ben articolato e motivato. Anzi, via via che sale il livello di governo e dunque il livello della decisione politica, il presupposto stesso diviene più sfumato, se non del tutto assente.

Così, per fare un esempio, se le ordinanze sindacali di chiusura di alcune zone cittadine per limitare gli "assembramenti" provano ad ancorare la decisione su dati scientifici ed epidemiologici di trasmissione del virus e il giudice, per parte sua, ha annullato provvedimenti non sufficientemente motivati²², la richiamata Dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio del 2020 rinvia genericamente alla stessa Dichiarazione già fatta dall'Organizzazione mondiale della sanità, il 30 gennaio del 2020, e all'attuale «situazione di diffusa crisi internazionale determinata dalla insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili».

Più in generale, ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, tutte le misure adottate con d.P.C.M., per ciò che attiene ai profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, devono essere assunte «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo dipartimento di protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630». E in effetti, la parte motiva dei diversi d.P.C.M., oltre a un generico riferimento a «l'evolversi della situazione epidemiologica e il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e l'incremento dei casi sul territorio nazionale», nonché alle «dimensioni sovranazionali del fenomeno epidemico» e al coinvolgimento «di più ambiti sul territorio nazionale», contiene anche un formale rinvio ai verbali delle sedute del Comitato tecnico scientifico. Ma, com'è noto, i verbali del Comitato, per un lungo periodo di tempo, sono stati soggetti a segreto e, quindi, tra l'altro, potenzialmente sottratti al sindacato giudiziario²³.

Il Consiglio di Stato ha provato a chiarire che i verbali in discorso, di cui era stata chiesta l'ostensione in sede giudiziaria, sono atti procedimentali di natura tecnica, necessariamente prodromici rispetto alla adozione dei d.P.C.M. Precisando in particolare che si tratta di atti che hanno costituito il presupposto «per l'adozione di misure volte a comprimere fortemente diritti individuali dei cittadini», ma non presentano «elementi di speciale segretezza da opporre agli stessi cittadini», dovendo invece essere assicurati «alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini»²⁴.

²² Si veda ad esempio Tar Puglia, sez. III, n. 733 del 2020, cit., che ha annullato un'ordinanza sindacale del comune di Peschici, in quanto, non solo era assente ogni indicazione di efficacia temporale della misura adottata, ma si faceva altresì riferimento a «una generica affermazione di perdurante rischio sanitario, non accompagnata da rilevazione di dati epidemiologici a supporto».

²³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1825.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 31 luglio 2020, n. 4574, che in realtà, chiamato a pronunciarsi in sede di appello sulla sospensione della esecutività della sentenza del Tar Puglia che ordinava l'esibizione dei verbali, trattandosi di un giudizio cautelare di tipo monocratico, ha preferito rinviare la decisione argomentando la necessità di una pronuncia collegiale, che garantisse il

Con la conseguenza che, a far data dal 5 agosto 2020, il Governo ha deciso di desecretare i verbali. Ma, quello che non viene precisato è che la pubblicazione dei verbali, con i relativi allegati, avviene dopo quarantacinque giorni dalla seduta del Comitato tecnico scientifico. Cioè, presumibilmente, dopo che il relativo d.P.C.M., che ha come presupposto le valutazioni tecnico-scientifiche formulate dal Comitato, ha esaurito i propri effetti.

Il rischio è che, anche ad ammettere la possibilità di un sindacato giudiziario pieno sugli atti di cui si discute, che non incontra, cioè, quelle forme di “autorestrizione” da parte dello stesso giudice riscontrate dalla dottrina, mancherebbe comunque un pezzo del ragionamento su cui si fonda la decisione politico-amministrativa da sottoporre a sindacato: vale a dire la valutazione tecnico scientifica, che costituisce il presupposto su cui verificare la correttezza, la coerenza, la ragionevolezza e dunque la legittimità della decisione medesima. Così, ad esempio, nel giudizio promosso dalla Presidenza del Consiglio per l'annullamento dell'ordinanza della regione Calabria del 29 aprile 2020, che consentiva l'apertura dei bar e ristoranti (purché svolgessero il servizio ai tavoli all'aperto), introducendo una misura ampliativa rispetto al d.P.C.M. del 26 aprile 2020 (che invece fino al 16 maggio 2020 inibiva la riapertura dei servizi di ristorazione), il Tar Calabria, non avendo a disposizione dati di natura tecnico-scientifica, ha annullato l'ordinanza regionale osservando che «il rischio epidemiologico, legato alla capacità di replicazione del virus» e «alla capacità di risposta del sistema sanitario regionale» è «fatto notorio»²⁵.

Ma qui si appunta un'altra considerazione, alla quale in parte s'è già fatto un cenno, che rimanda a una riflessione più ampia, dove vengono in rilievo le modalità attraverso cui il giudice amministrativo può formulare un sindacato di legittimità sugli atti del Governo, nonché delle correlate implicazioni che il sindacato medesimo può sprigionare.

Il giudice amministrativo è il giudice della legittimità degli atti amministrativi: aggiungerei che è il giudice del potere discrezionale²⁶. Il limite che egli incontra rispetto al sindacato sulla decisione amministrativa attiene al merito della scelta compiuta dall'amministrazione. Si tratta di una implicazione del principio della separazione dei poteri e della legittimazione democratica di cui è investito il decisore politico, il quale assume anche la responsabilità politica della decisione adottata, e di cui invece è sguarnito il giudice: il quale, per converso, in quanto reclutato per mezzo di un concorso, è sottratto a ogni forma di legittimazione democratica e alla relativa responsabilità dinanzi agli altri poteri dello Stato²⁷.

contraddittorio sul punto. Ma, prima dell'udienza collegiale, fissata nel mese di settembre, i verbali sono stati pubblicati.

²⁵ Tar Calabria, n. 841 del 2020, cit.

²⁶ M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova, 2018, in particolare p. 188 ss.

²⁷ «Se il giudice potesse sindacare il merito amministrativo, ossia il contenuto della scelta, finirebbe col compiere egli stesso la scelta, vestirebbe i panni dell'amministratore: la barriera che separa la giurisdizione dall'amministrazione verrebbe infranta. L'inammissibilità del sindacato giudiziario del merito dipende anche da un difetto di legittimazione dei giudici. Esprimere

Se, come visto, la difficoltà del sindacato sulle scelte discrezionali è legata, tra l'altro, all'incertezza circa l'esatta distinzione tra l'inopportunità della scelta (valutazione preclusa al giudice) e illegittimità della stessa (che consente l'annullamento della conseguente decisione), rispetto agli atti del Governo è ancora più difficile mantenere il profilo della distinzione. Anche perché, in questo caso, la valutazione circa l'opportunità della scelta coinvolge altro genere di considerazioni, che si muovono su un diverso piano, giacché la scelta abbraccia una visione strategica complessiva, espressione di quell'unità di indirizzo politico che la Costituzione riserva al titolare del potere esecutivo²⁸.

In termini più espliciti, il sindacato sugli atti che, in generale, sono espressione di un potere politico amministrativo, dove l'opportunità della scelta si mescola e si confonde con valutazioni che pertengono all'unità dell'indirizzo politico, esprime una complessità rispetto alla quale, ancora una volta, il giudice tende a “chiamarsi fuori”, anche e soprattutto in considerazione della responsabilità politica che quella scelta implica e della quale, come detto, si fa carico il vertice politico. E allora, viene da chiedersi: nell'ipotesi già ricordata del giudizio sulle ordinanze regionali di Puglia e Campania, sulla chiusura delle scuole, il giudice non ha annullato le ordinanze impugnate perché ne ha riconosciuto la legittimità, oppure perché, ribaltando il senso del noto brocardo che appartiene alla tradizione francese, “juger l'administration c'est encore administrer”²⁹?

3. Brevi considerazioni conclusive: la “tenuta del sistema”

Le considerazioni svolte manifestano la difficoltà di trovare il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di fronteggiare l'emergenza sanitaria, attraverso misure specifiche, assunte dal decisore politico, che incidono inevitabilmente

un giudizio di merito è proprio del legislatore o della pubblica amministrazione (che attraverso il governo risponde al parlamento): presuppone un'investitura della quale i giudici, reclutati per concorso e non responsabili di fronte agli altri due poteri, sono spogli», G. CORSO – M.C. CAVALLARO, *Il sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti sull'atto amministrativo*, in *Nuove aut.* 2009, 17.

²⁸ Così, R. FERRARA, *op. cit.*

²⁹ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, ricordano che la formulazione della massima si deve a Henrion de Pansey, «altissimo magistrato francese», presidente della Corte di Cassazione in epoca napoleonica, che scrive intorno ai primi anni del 1800; precisano poi che essa «razionalizza a posteriori l'esclusione del giudice dalla sfera amministrativa facendo leva sul fatto che l'amministrazione è un potere costituzionale pariordinato a quello giudiziario e ha quindi diritto di godere di una perfetta autosufficienza funzionale nell'ambito della propria sfera», p. 284. Nel parlare di ribaltamento del noto brocardo a proposito del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Governo, si intende dire che, in questo caso, non è l'amministrazione a “rivendicare” la «perfetta autosufficienza funzionale nell'ambito della propria sfera», ma è il giudice a non potere assumere la “responsabilità” della decisione politico-amministrativa: dunque il giudice non può giudicare l'amministrazione, annullandone le decisioni, perché finirebbe con il dovere assumere le conseguenze della decisione di annullamento.

sulla vita e sulle libertà dei singoli, e la garanzia di un sindacato di legittimità sulle misure considerate, che nell'offrire uno strumento di tutela immediato per proteggere il diritto di difesa dei privati, come pure il principio di autonomia degli enti territoriali minori, possa concorrere ad assicurare la complessiva "tenuta del sistema".

Nell'ambito del sindacato di legittimità sulla discrezionalità in generale, e sulla discrezionalità tecnica in particolare, la complessità della valutazione del presupposto tecnico scientifico su cui si fonda la decisione risente anche una sorta di "autorestrizione" che lo stesso giudice amministrativo si impone e che è ancora più evidente nei riguardi degli atti del Governo.

Con la conseguenza che, nei casi richiamati, vale a dire con riguardo alle ordinanze adottate per fronteggiare l'emergenza pandemica, la difficoltà di un sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo è duplice. Perché è strutturalmente correlata alla natura politica del soggetto titolare del potere di ordinanza ed è intimamente connessa alla difficoltà dello stesso giudice di esercitare un sindacato autentico sul presupposto tecnico su cui si fonda la decisione, dal momento che, lo stesso presupposto, nelle ordinanze di che trattasi, è troppo spesso semplicemente evocato e non compiutamente esplicitato.

In tal modo, l'idea di fondo di una complessiva "tenuta del sistema", fondata sulla possibilità che la limitazione delle libertà individuali disposta con una decisione politico-amministrativa sia soggetta al pragmatico sindacato di legittimità del giudice amministrativo, con ciò garantendo che l'esercizio del potere si mantenga nel perimetro del principio di legalità, rischia di franare di fronte alle difficoltà dello stesso sindacato. E il passo verso lo "stato di eccezione" prefigurato da Schmitt, ma più volte evocato nel corso di questa vicenda pandemica, potrebbe essere assai breve³⁰.

La questione, nei termini che si sono rappresentati, è in parte affrontata nella già richiamata sentenza del Tar Calabria, avente a oggetto il giudizio di annullamento instaurato dalla Presidenza del Consiglio contro il provvedimento emanato dal Presidente della Regione Calabria, sulla riapertura anticipata rispetto al resto del territorio nazionale, di bar e ristoranti.

Qui, il giudice amministrativo ha affermato, in primo luogo, la propria giurisdizione, escludendo che sulla questione fosse necessario il ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione tra Stato e regioni, argomentando alla stregua della natura amministrativa dell'ordinanza regionale, riconducibile nel quadro della disciplina dettata dall'art. 32 l. n. 833 del 1978. In particolare, il giudice riconosce che nel caso di specie si è in presenza di un «esercizio di potere amministrativo, sul quale il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica, cioè il giudice amministrativo»³¹.

³⁰ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, p. 40. Il riferimento è a G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

³¹ Anche se poi si ammette la possibilità che, «se pure si opinasse che nel caso di specie fosse attivabile, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il conflitto di attribuzione d'innanzi alla Corte costituzionale, ciò non esclude che sia legittimamente esperibile anche la

Ma, soprattutto, le successive osservazioni svolte consentono di ancorare il sindacato del giudice amministrativo alla verifica della legittimità del potere esercitato dal vertice politico amministrativo, nel rispetto del principio di legalità, che costituisce l'essenza della giurisdizione amministrativa, intesa come «istituzione di controllo che garantisce la legalità dell'esecuzione»³².

Chiarisce infatti il collegio che «non è compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e, dunque, stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi», precisando che il divieto di sostituzione del giudice, che opera sempre in via generale, assume una connotazione più marcata quando, come nel caso di specie, il provvedimento sottoposto al sindacato «sia stato adottato dal vertice politico-amministrativo, dotato di legittimazione democratica in quanto eletto a suffragio universale, di una delle Autonomie da cui la Repubblica è formata»; e a maggior ragione quando l'impugnazione del provvedimento sia promossa dall'organo di vertice del potere esecutivo, «anch'esso dotato di legittimazione democratica in quanto sostenuto dalla fiducia delle Camere».

È in questa prospettiva, che il giudice amministrativo colloca il sindacato di legittimità, qualificandolo come una sorta di funzione di tipo «tecnico» e ancorandolo saldamente alla legge, in quanto finalizzato «a verificare la conformità del provvedimento oggetto di attenzione al modello legale»³³. Il Tar precisa poi che «è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione» e per ciò stesso esclude che si possa affermare che nel caso di specie siano stati attribuiti all'amministrazione centrale dello Stato poteri sostitutivi non previsti dalla Costituzione, ritenendo anzi che il fondamento del potere, che il d. l. n. 19 del 2020 accentra nelle mani del Governo, sia da rinvenirsi nell'art. 120, comma 2 Cost., secondo cui il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso «di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica». E conclude nel senso dell'illegittimità dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria, poiché «spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020», cioè con «misure ulteriormente restrittive» rispetto a quelle disposte dal Governo.

Riprodotta in questi termini, il ragionamento del giudice amministrativo è pienamente condivisibile, in quanto interpreta in modo autentico la funzione

via del ricorso d'innanzi al giudice amministrativo»: sul punto cfr. F.F. PAGANO - A. SAITTA - F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio Aic*, 3/2020.

³² H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 115.

³³ Con ciò, tuttavia, scivolando inevitabilmente verso una pronuncia che risolve un potenziale conflitto di attribuzioni.

della giurisdizione amministrativa, finalizzata al controllo sul corretto esercizio del pubblico potere, a garanzia del principio di legalità. Si tratta di un percorso argomentativo coerente con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in merito alla sindacabilità dell'atto politico, laddove il giudice delle leggi chiarisce che «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»³⁴.

E, per rimanere con Kelsen, «il destino della democrazia moderna dipende in sommo grado da un'organizzazione sistematica di tutte queste istituzioni di controllo. La democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio della legalità, si autodistrugge»³⁵.

³⁴ Corte cost. n. 81 del 2012, cit.

³⁵ H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 116.