

FRANCESCO FOLLIERI  
Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di  
Scienze Giuridiche e dell'Impresa  
della LUM "Giuseppe Degennaro" di Casamassima (BA)  
*follieri@lum.it*

## **PRECAUZIONE, PREVENZIONE E LEGALITÀ NELL'EMERGENZA DA COVID-19**

### **PRECAUTION, PREVENTION AND RULE OF LAW DURING THE COVID-19 EMERGENCY**

#### SINTESI

Nella gestione dell'epidemia da Covid 19, il nostro Paese ha fatto massiccio ricorso a misure emergenziali, ossia atipiche e sottratte al principio di legalità sostanziale, ma frequentemente fondate sul rischio sanitario. Si tratta di misure precauzionali atipiche?

Ordinariamente le misure precauzionali sono tipiche, mentre le misure preventive, fondate sul pericolo, sono misure atipiche – laddove, in senso giuridico, il rischio è un evento dannoso futuro, ma incerto per via dell'assenza di conoscenze scientifiche, mentre il pericolo è un evento futuro, relativamente imminente e sufficientemente probabile, alla luce dell'esperienza e delle conoscenze tecnico-scientifiche. Le misure precauzionali non possono essere atipiche, perché derogano alla ragionevolezza/proporzionalità della decisione: delle premesse di quella decisione non si può determinare la verità e non si è in grado di formulare previsioni sufficientemente affidabili per valutare l'impatto delle misure sugli interessi (e di conseguenza non si può valutare il bilanciamento tra questi e l'idoneità e la necessità delle misure adottate).

L'epidemia da Covid-19 è tuttavia un pericolo, in senso giuridico, non un rischio: conosciamo a sufficienza le modalità di trasmissione del virus e le misure idonee a fermarne l'avanzata. Sicché le misure di gestione della pandemia sono misure di prevenzione, non precauzionali, ma non solo per questo sicuramente legittime. Le misure di prevenzione possono essere adottate rispetto ad un evento imprevedibile. Almeno la seconda ondata era prevedibile. Sicché essa doveva essere gestita sulla base di misure ordinarie, soggette al principio di legalità.

#### ABSTRACT

In managing the Covid-19 pandemic, Italy has massively issued atypical emergency measures, not compliant with Rule of Law measures. While the grounds for such decisions are often attributed to sanitary risk, are they precautionary measures?

Usually, precautionary measures are typical, as opposed to preventive measures, which are atypical. Preventive measures are justified by danger, not risk, where 'risk', in the strict legal sense, is a harmful but uncertain future event, whose uncertainty depends on lack of knowledge about it, and 'danger' is a relatively imminent and reasonably likely future event based on experience

and scientific knowledge. Precautionary measures are not atypical since they cannot be reasonable/proportionate decisions: it is impossible to evaluate the truth of the assumptions on which they are based or to assess their impact on the interests involved (and thus it is not possible to balance such interests and the proportionality of the measure).

Nonetheless, in the strict legal sense, the Covid-19 pandemic is a danger, not a risk: enough is known of how the virus spreads and how to slow down or stop the spread. Thus, the administrative measures to manage the Covid-19 pandemic are preventive, not precautionary measures. However, this conclusion cannot guarantee by itself that those measures are lawful. Preventive measures can be issued in the event of an unforeseeable danger. And at least the second wave of the virus was predictable. Consequently, at least this should have been handled using ordinary measures, that is to say under the Rule of Law.

PAROLE CHIAVE: rischio – pericolo – pandemia – legalità

KEYWORDS: risk – danger – pandemic – Rule of Law

INDICE: 1. Emergenza e precauzione nella gestione della pandemia da Covid-19 - 2. Precauzione e prevenzione - 3. Misure di contenimento del contagio come misure preventive e l'abuso dell'emergenza.

## **1. Emergenza e precauzione nella gestione della pandemia da Covid-19.**

La reazione giuridica alla pandemia da Covid-19 sta facendo larghissimo uso dei poteri “d'emergenza”: dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale<sup>1</sup>, alle ordinanze contingibili ed urgenti del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. La maggior parte di questi poteri ha una lunga tradizione nel nostro Paese. I poteri di ordinanza, infatti, sono una “valvola di sfogo” del nostro sistema di diritto amministrativo da lunghissimo tempo, contro la rigidità del principio di legalità sostanziale<sup>2</sup>: tramite questi poteri la pubblica amministrazione reagisce ad imprevedibili necessità, cioè a quelle situazioni nelle quali il legislatore non è in grado di prefigurare gli effetti (o la

<sup>1</sup> Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

<sup>2</sup> Sul principio di legalità, cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IX, 1994, 86 e s., ove si distinguono tre modi di conformità alla legge imposti dal principio di legalità e, dunque, tre *species* del principio di legalità: il principio di preferenza della legge, per il quale è conforme alla legge l'atto con essa compatibile (cioè che non la contraddice); il principio di legalità formale, per il quale è conforme alla legge l'atto da essa espressamente autorizzato; il principio di legalità sostanziale, per il quale è conforme alla legge l'atto che presenta la forma e il contenuto da essa imposti. Sulla questione anche G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, 17 e s., il quale connette tale impostazione alla dicotomia tra primato (o preferenza) della legge (*Vorrang des Gesetzes*) e riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*). Sul diverso contenuto del principio di legalità inteso come *Vorrang des Gesetzes* o *Vorbehalt des Gesetzes*, cfr. fra gli altri, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, 1982, I, 463; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 30 e ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 27 e ss.

gamma di effetti) del potere, ma che esigono un tempestivo intervento della p.a.<sup>3</sup>; sicché il legislatore può derogare alla canone di tipicità del potere amministrativo<sup>4</sup>, nel bilanciamento tra il principio di legalità, da un lato, e l'efficacia dell'azione amministrativa e i valori/interessi di volta in volta minacciati dall'evento imprevedibile, dall'altro<sup>5</sup>.

Nel corso dell'emergenza che stiamo vivendo, tuttavia, i poteri di emergenza sono stati esercitati o addirittura il legislatore ha espressamente permesso all'amministrazione di esercitarli in relazione al "rischio"<sup>6</sup>: lo ha fatto la delibera del Consiglio dei Ministri di dichiarazione dello stato di emergenza<sup>7</sup>, lo prevede oggi il d.l. n. 19/2020 nel disciplinare i poteri del Presidente del Consiglio, delle Regioni e dei Comuni<sup>8</sup>. Ciò ha inevitabilmente favorito l'evocazione della precauzione, quale criterio ispiratore delle misure emergenziali adottate.

Questa situazione lascia emergere il dubbio sul se sia corretto ricostruire queste misure emergenziali come misure precauzionali e dunque giustificate dal rischio e se è costituzionalmente legittimo attribuire all'amministrazione (anche ai suoi rami più "alti", come il Presidente del Consiglio o il Consiglio dei Mini-

<sup>3</sup> Cfr. per tutti sul potere d'ordinanza, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.

<sup>4</sup> Sulla riconducibilità della tipicità del potere al principio di legalità, cfr. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 25 e s.

<sup>5</sup> Questa affermazione presuppone la distinzione tra legalità come principio (nei confronti del legislatore) e come regola (nei confronti dell'amministrazione) e impiega la legalità come principio. Il tema ci porterebbe tuttavia molto lontano e non può essere affrontato nel breve volgere di questo scritto.

<sup>6</sup> Così l'art. 3, co. 2, d.l. n. 19/2020 (prima modificato e poi abrogato) per i poteri di ordinanza dei Sindaci, ma ancora oggi l'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020 (che sembra fare riferimento ai poteri di ordinanza dei Presidenti delle Regioni *ex art.* 32 della legge n. 833/1978); più di recente l'art. 1, co. 2 bis, del DPCM 13 ottobre 2020, introdotto con 18 ottobre 2020, che prevede la chiusura di talune strade o piazze (ancorché non sia specificato né quale sia l'organo competente, né quale sia il potere da esercitare in quella direzione, dall'interpretazione datane dal Presidente del Consiglio durante la conferenza stampa di presentazione del contenuto del DPCM del 18 ottobre 2020 pare che si tratti dei poteri di ordinanza contingibile ed urgente dei Sindaci).

<sup>7</sup> Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale «considerata l'attuale situazione di diffusa crisi internazionale determinata dalla insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l'Italia» e «ritenuto che tale contesto di rischio, soprattutto con riferimento alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione, impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale» (enfasi aggiunta).

<sup>8</sup> Cfr. l'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, che funzionalizza le misure emergenziali adottate con DPCM a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19», e l'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, in base al quale «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti» (enfasi aggiunta).

stri) poteri emergenziali e dunque atipici per ragioni precauzionali, cioè per fronteggiare un rischio.

## **2. Precauzione e prevenzione.**

Come ho già sostenuto altrove, “rischio” nella prospettiva giuridica (diverso è per la sociologia e per l'economia, ad esempio) è un evento potenzialmente dannoso e gravato da incertezza, per via dell'assenza di conoscenze scientifiche<sup>9</sup>: incertezza sulla sua dannosità (non si sa quanto sia dannoso, non si sa in taluni casi se sia dannoso – ad es., il caso degli OGM), incertezza sul se, sul come, sul quando e sul perché si verificherà. In un contesto di questo genere, cioè nell'assenza di conoscenza (*Nicht-Wissen*)<sup>10</sup>, la ragionevolezza e la proporzionalità falliscono e, anzi, ci impedirebbero di agire. La decisione ragionevole/proporzionata è quella fondata su premesse di fatto vere, che ha “dato voce” a tutti gli interessi in gioco, frutto di un bilanciamento equilibrato fra questi interessi (nel senso che l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito è almeno pari alla gravità del pregiudizio imposto all'interesse sacrificato), che adotta una misura idonea a perseguire il fine e necessaria (ossia fra quelle idonee, sceglie la misura meno gravosa per gli interessi sacrificati)<sup>11</sup>. In un contesto di elevata incertezza scientifica, delle premesse non si può determinare la verità e non si è in grado di formulare previsioni sufficientemente affidabili per valutare l'impatto delle misure sugli interessi (e di conseguenza non si può valutare il bilanciamento tra questi e l'idoneità e la necessità delle misure adottate)<sup>12</sup>.

La precauzione “supplisce” al fallimento della ragionevolezza e della proporzionalità e impone di decidere anche in un contesto di incertezza scientifica, quando l'evento dannoso potrebbe riguardare la salute e l'ambiente. Detto altrimenti, la precauzione deroga alla ragionevolezza: le decisioni precauzionali sono decisioni, a stretto rigore, irragionevoli (o sproporzionate), perché adottano misure senza una sufficiente conoscenza dei fatti e delle loro conseguenze<sup>13</sup>. In sostanza, la decisione sull'esistenza di un rischio (in)accettabile è un bilanciamento fra noto ed ignoto, tra rischi possibili e vantaggi potenziali<sup>14</sup>:

<sup>9</sup> Sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1498 ss. (per le nozioni economiche e sociologiche di ‘rischio’) 1501 ss. (per la nozione giuridica di ‘rischio’), anche per le opportune citazioni bibliografiche.

<sup>10</sup> Per citare le parole di U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstat*, Tübingen, 1994, 30.

<sup>11</sup> Sulla nozione e i criteri della valutazione di ragionevolezza, nonché sulla sua relazione con proporzionalità e razionalità, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 295 ss., nonché 446 ss.

<sup>12</sup> Per la compiuta esposizione di questa tesi, sia consentito nuovamente rinviare a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 93 ss.

<sup>13</sup> Cfr. ancora, se si vuole, F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, loc. cit.

<sup>14</sup> U. DI FABIO, *Risikosentscheidungen*, cit., 453.

chi decide sul rischio deve valutare “se il gioco vale la candela”, azzarda<sup>15</sup>. Del resto, se le misure di gestione del rischio garantissero le stesse “possibilità di ragionevolezza” delle decisioni di altro genere, non vi sarebbe ragione per imporre che siano provvisorie, pronte al ripensamento, mai irreversibili: non vi sarebbe necessità di apprestare cautele ulteriori rispetto a quelle generalmente previste in caso di “errore” dell'amministrazione (l'autotutela “ordinaria”)<sup>16</sup>.

Rischio e precauzione non permettono di esercitare poteri atipici. Ciò che permette l'esercizio dei poteri atipici, dei poteri di emergenza, è il pericolo, ossia un evento futuro (anzi, imminente), la cui dannosità è sufficientemente certa, sulla base di conoscenze scientifiche tali da formulare previsioni affidabili (anche se tali conoscenze e tali previsioni possono rivelarsi inesatte, come quasi tutte le conoscenze e tutte le previsioni riguardanti la realtà materiale)<sup>17</sup>. I poteri atipici sono espressione della prevenzione del pericolo (*Gefahrenabwehr*), non della precauzione rispetto al rischio (*Risikoversorge*).

Tale conclusione è abbastanza pacifica in dottrina (specie in quella tedesca, che ha coniato la distinzione tra precauzione e prevenzione)<sup>18</sup> e trova ri-

<sup>15</sup> Sulla connessione fra rischio e azzardo, cfr. W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a.M., 2005, trad. it. a cura di U. GANDINI, *Rischio e sicurezza*, Torino, 2005, 16.

<sup>16</sup> Cfr. E. SCHMIDT ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg, 2006, 163; W. HOFFMANN RIEM, *Risiko- und Innovationsrecht im Verbund*, in *Die Verwaltung*, 2005, 168; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, 56.

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare ancora una volta a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, cit., 1503 ss.

<sup>18</sup> La dogmatica tedesca è molto attenta alla distinzione tra *Risiko* e *Gefahr*, proprio a questo scopo. Inoltre essa tende a definire in maniera estremamente restrittiva il *Gefahr*, per legittimare l'esercizio di poteri atipici solo quando strettamente necessario. Il più celebre esempio giurisprudenziale di quest'impostazione è il *Kreuzberg Urteil* del 14 giugno 1882. Il *Preussische Obergerverwaltungsgericht* era chiamato a decidere della legittimità di un'ordinanza di polizia ai sensi del par. 10, II 17 ALR che stabiliva un limite massimo di altezza delle edificazioni intorno al monumento commemorativo delle guerre di liberazione contro Napoleone eretto a Berlino (nel distretto di Kreuzberg), onde evitare di occludere la visuale verso il monumento al fine di tener vivo il sentimento patriottico. Il Tribunale afferma che mantenere la visuale su un monumento non ha nulla a che vedere con il pericolo. Su questo arresto, cfr. U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstat*, Tübingen, 1994, 30 e ss.; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, in <https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>, già in G.R. WOODMAN, D. KLIP - PEL (a cura di), *Risk and Law*, Cavendish, 2009, 3; P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 29 e s.

In questo contesto, ‘pericolo’ è la situazione nella quale un danno a beni pubblici o privati giuridicamente rilevanti è relativamente imminente e sufficientemente probabile, secondo l'esperienza o le conoscenze tecniche e scientifiche – cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstat und Umweltschutz*, Tübingen, 2001, p. 155; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, cit., 4. Entrambi gli autori citano una sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* del 26.2.1974 - I C 31.72 (*BVerwGE*, 45, 51): “Lage, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für das bzw. die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung) führen können”.

Non è necessario che il danno sia immediato: è sufficiente che non si tratti di un futuro remoto — M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, 1998, II ed., 166 e ss.; A. GRAGNANI, *Il prin-*

scontro nel diritto interno, positivo e vivente: ad es., l'art. 54 del TUEL permette al Sindaco di adottare ordinanze a contenuto atipico, in casi imprevedibili ed urgenti «al fine di prevenire e di eliminare *gravi pericoli* che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»<sup>19</sup>; la giurisprudenza legittima l'esercizio del potere di ordinanza del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci *ex art. 32 legge n. 833/1978* in casi di gravi ed imprevedibili pericoli per la salute pubblica<sup>20</sup>. Il nostro ordinamento cioè permette al legislatore di derogare al canone di tipicità dei provvedimenti amministrativi (diretta emanazione del principio di legalità, sotto il suo capo sostanziale), cioè gli consente di attribuire un potere senza predeterminarne gli effetti, e permette all'amministrazione la deroga a qualunque normativa di rango primario solo per evitare un evento futuro, ma sufficientemente certo nella dannosità e nella probabilità – ossia in un contesto di conoscenza sufficientemente affidabile. Solo il pericolo legittima i poteri di emergenza.

### **3. Misure di contenimento del contagio come misure preventive e l'abuso dell'emergenza.**

Se la pandemia che stiamo affrontando fosse un 'rischio' in senso giuridico, se i poteri emergenziali per far fronte al contagio fossero stati attribuiti o esercitati in forza della precauzione, tali poteri sarebbero stati attribuiti o esercitati in maniera gravemente illegittima e contraria all'essenza dello Stato di diritto: lo Stato di diritto si fonda sulla ragionevolezza<sup>21</sup>; sicché la precauzione (che

*cipio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 17.

E non è necessario che il danno sia certo: è sufficiente che sia ragionevolmente probabile, secondo il test di proporzionalità inversa – maggiore è il danno, minore è il livello di probabilità richiesto per giustificare la decisione e viceversa. Cfr. sul punto U. DI FABIO, *Risikoen-scheidungen im Rechtsstat*, cit., 103 ss.; C. CALLIESS, *Rechtsstat und Umweltstaat*, loc. ult. cit.; M. BRENNER - A. NEHRIG, *Das Risiko im öffentlichem Recht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2003, 1025; A. SCHERZBERG, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2004, 220 ss.; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, loc. ult. cit.. Su tutti questi profili e per altri riferimenti ad autori tedeschi, si veda P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 29 ss.

<sup>19</sup> Così il comma 4 dell'art. 54 cit.

<sup>20</sup> A mero titolo d'esempio, Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013 n. 6264.

<sup>21</sup> Quale fattore di legittimazione obiettiva delle decisioni pubbliche. Per utilizzare le parole di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 253, anche « laddove il riconoscimento e la legittimazione giuridico-politici della decisione autoritaria riposino essenzialmente sulla positiva valenza della qualificazione soggettiva del decidente pubblica amministrazione, non vi è né vi può essere luogo ad un sindacato che colga l'*intus* della decisione stessa, ma il riscontro giurisdizionale deve arrestarsi alla rilevazione della razionalità ed adeguatezza del provvedimento». Sulla lettura di tale impostazione nell'ottica della legittimazione dei pubblici poteri, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, vol. I, 259 ss.; ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in

alla ragionevolezza deroga) è in grado di giustificare solo le decisioni in cui l'ordinamento eccezionalmente la ammette. D'altro canto, in una situazione di rischio, cioè di un evento potenzialmente dannoso e affetto da grave incertezza scientifica, sono incostituzionali le compressioni di taluni diritti fondamentali attualmente compressi: per citare l'illegittimità costituzionale più evidente, l'art. 17 Cost. prevede che la libertà di riunione possa essere limitata solo «per *comprovati* motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», ossia laddove la minaccia sia sufficientemente certa.

Né tali criticità possono essere superate sostenendo che ormai il legislatore ha tipizzato le misure di contenimento del contagio con l'elenco contenuto nell'art. 1 del d.l. n. 19/2020 (convertito con legge n. 35/2020) e ha disciplinato il procedimento per la loro adozione da parte del Presidente del Consiglio (art. 2), sostenendo che cioè il legislatore ha ormai riportato sotto l'egida del principio di legalità tali misure. L'elenco delle misure è infatti talmente vasto (composto da 28, articolati punti) e le singole voci dell'elenco talmente vaghe da non essere in grado di limitare effettivamente la sfera degli effetti che i provvedimenti di contenimento del contagio possono produrre. Il procedimento poi riguarda solo l'adozione dei DPCM, non quello per l'adozione delle ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. Ed anche per i DPCM la disciplina del procedimento è largamente derogabile, qualora il Presidente del Consiglio decida che il procedimento non possa essere seguito per ragioni di urgenza<sup>22</sup>. D'altro canto, a livello regionale e locale, anche con il d.l. n. 19/2020 è rimasta inalterata la configurazione dei poteri per contrastare l'epidemia: si tratta di poteri di ordinanza, sebbene tramite l'esercizio di tali poteri si possano introdurre solo misure ulteriormente restrittive rispetto ai DPCM e "limitate" (se così si può dire) a quelle elencate all'art. 1 del d.l.n. 19/2020.

Se il rischio e la precauzione fossero i pilastri di tale impianto, dunque, saremmo ancora dinanzi ad un gravissimo attentato allo Stato di diritto.

Il ripetuto impiego del periodo ipotetico lascia trasparire che chi scrive sia di diverso avviso: in senso giuridico, il virus che stiamo affrontando è un pericolo, non un rischio. Sebbene non siano ancora disponibili cure e vaccini (dunque manchi una parte della conoscenza scientifica del virus o, per meglio dire, dei rimedi contro di esso), conosciamo con sufficiente certezza la sua letalità, le conseguenze che il diffondersi del contagio ha sul servizio sanitario nazionale, quali sono le fasce della popolazione più in pericolo, come si evolve la curva del contagio e così via. E lo sappiamo praticamente dall'inizio dell'emergenza. Sicché non stiamo discutendo di misure precauzionali, cioè di

---

*Dir. amm.*, 2013, 567 ss., nonché G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 426 ss.

<sup>22</sup> Deroga cui abbiamo assistito anche in occasione del DPCM del 13 ottobre scorso, per il quale le Camere non sono state sentite preventivamente, come previsto invece dal d.l. n. 19/2020, ma successivamente.

*Risikovorsorge*, ma di misure di prevenzione, di *Gefahrenabwehr*<sup>23</sup>. Ciò permette di superare il dubbio sulla legittimità dell'impianto di fondo, ma non ogni dubbio sulla legittimità delle misure adottate.

In primo luogo, le misure di prevenzione possono essere prese in relazione ad un evento dannoso ragionevolmente certo: esse devono essere sottoposte al sindacato di proporzionalità inversa, maggiore è la dannosità dell'evento, minore deve essere la sua probabilità per giustificare la misura<sup>24</sup>.

In secondo luogo, l'evento dannoso cui pongono rimedio deve essere contingibile, ossia imprevedibile: l'imprevedibilità legittima il legislatore ad una così rilevante compressione del principio di legalità e di conseguenza l'amministrazione ad adottare misure atipiche.

In terzo luogo, la misura adottata deve essere ragionevole/proporzionata, ossia fondata su premesse di fatto vere, che ha "dato voce" a tutti gli interessi in gioco, frutto di un bilanciamento equilibrato fra questi interessi (nel senso che l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito è almeno pari alla gravità del pregiudizio imposto all'interesse sacrificato), che adotta una misura idonea a perseguire il fine e necessaria (ossia fra quelle idonee, sceglie la misura meno gravosa per gli interessi sacrificati).

Infine, le misure di prevenzione devono essere temporanee, come la nostra giurisprudenza afferma da tempo, annullando le ordinanze contingibili ed urgenti *sine die*<sup>25</sup>: la deroga al canone di tipicità dei provvedimenti amministrativi impone che tali strumenti non possano divenire ordinari.

Sulla proporzionalità (inversa e non) delle misure di contenimento della pandemia finora adottate nel nostro Paese si potrebbe discutere a lungo e sotto molti profili. Ad esempio, confrontando la reazione alla prima e alla seconda ondata, potrebbe sorgere il dubbio che almeno in uno dei due casi l'amministrazione abbia reagito in maniera sproporzionata: alla prima ondata, con contagi più contenuti e più circoscritti territorialmente, si è reagito con un *lockdown* completo e nazionale; alla seconda ondata, con contagi più numerosi e più diffusi sul territorio nazionale, si è reagito con misure differenziate su base

<sup>23</sup> Questo sembra infatti l'impianto concettuale in cui si sta muovendo la dogmatica, ossia sia la dottrina sia la giurisprudenza, tedesca: cfr. la lettura che ne dà G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, osservatorio in *Federalismi.it*, 78 ss.

Del resto, la legge tedesca sulle infezioni, la *Infektionsschutzgesetz* (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* del 20 luglio 2000) non fa mai riferimento alla *Risikovorsorge*, o al rischio: prevede (oltre a poteri "ordinari") solo poteri di prevenzione, ossia di *Gefahrenabwehr*. Cfr. P. HÄBERLE, H.J. LUTZ, *Infektionsschutzgesetz. Kommentar*, München, 2020. È appena il caso di rilevare che nessuno dei *Länder*, ad eccezione della Baviera, ha dichiarato lo stato di emergenza e che il ricorso ai poteri di ordinanza è stato piuttosto limitato: cfr. quanto rilevato da J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, 2020/2, 1713 ss., part. 1740 ss.

<sup>24</sup> Cfr. gli autori già citati *supra*, nt. 18.

<sup>25</sup> Da ultimo, TAR Umbria, Sez. I, 12 febbraio 2020 n. 64, con cospicui riferimenti giurisprudenziali.

regionale<sup>26</sup>. Sembra facile trarne un *aut – aut*: o la prima reazione è stata esagerata, cioè non necessaria e perciò sproporzionata; o la seconda reazione è inidonea e perciò sproporzionata.

La temporaneità delle misure, formalmente assicurata dalla durata massima, prima di trenta, ora di 50 giorni dei DPCM prevista all'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020<sup>27</sup>, è stata di fatto vanificata dalla reiterazione delle misure, sia a livello nazionale, sia a livello locale<sup>28</sup>.

La contingibilità è poi venuta meno da molto tempo. Se a marzo siamo stati colti di sorpresa, di certo la seconda ondata non era imprevedibile. Secondo uno schema troppo ricorrente nel nostro Paese, siamo stati colti di sorpresa da un evento prevedibile: i difetti dell'“ordinaria amministrazione” creano i presupposti dell'emergenza (dallo smaltimento dei rifiuti in alcune Regioni alla pandemia, passando per l'Expo). La prevedibilità (almeno) della seconda ondata avrebbe dovuto escludere il ricorso a strumenti emergenziali e riportare la gestione dell'epidemia entro i canoni ordinari della legalità sostanziale: cioè ripristinare la centralità della legge e del Parlamento. Pur con il pericolo di una posizione troppo netta, credo che ora si stia abusando anche delle misure preventive, cioè dell'emergenza.

Nell'emergenza, una delle forme dello stato di eccezione<sup>29</sup>, si annida il pericolo dell'autoritarismo. A noi giuristi spetta il compito di vigilare sull'abuso dell'emergenza.

<sup>26</sup> Come ha fatto la Germania fin dall'inizio della pandemia: cfr. G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, cit., E. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, cit.

<sup>27</sup> La modifica della durata massima a cinquanta giorni è stata introdotta all'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, dall'art. 1, co. 1, n. 158/2020.

<sup>28</sup> Si prenda ad esempio l'ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 413/2020 di “disciplina” della frequenza delle scuole di ogni ordine e grado, reiterata con l'ordinanza n. 444/2020.

<sup>29</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929 (vol. 55, n. 2), 161 ss., trad. it. a cura di A. CARACCILO, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981; ID., *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928, trad.it. a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.