

Il “ventaglio” degli atti amministrativi dell'emergenza. I tentativi di coordinamento tra interventi statali e regionali in un anno di emergenza pandemica*

Renato Rolli,
Riccardo Stupazzini

Il contributo propone un'indagine relativa all'evoluzione del critico rapporto tra Stato e Regioni nell'arco temporale di un anno di emergenza epidemiologica, con l'intento di esaminare l'efficacia delle forme di coordinamento tra interventi statali e regionali disposti tramite atti amministrativi dell'emergenza. A tal fine, con tale analisi vengono esaminati i casi di disallineamento tra le misure governative e quelle regionali presentatisi nelle diverse fasi dell'emergenza, in particolare tenendo conto dell'esito delle controversie sorte dinanzi al giudice amministrativo.

1. Considerazioni preliminari sugli atti amministrativi dell'emergenza

Il processo di ipertrofia di atti giuridici derivato dalla regolamentazione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha stimolato, sin dall'inizio della stessa, svariate riflessioni da parte della scienza del diritto. Risultano difatti particolarmente numerosi i contributi della dottrina che ha tentato di interpretare una situazione complessa, prodotta dal continuo mutamento di un'inedita circostanza fattuale e dal conseguente intervento dei centri di potere tipici di una Repubblica delle autonomie¹.

* Il presente contributo è il frutto di una collaborazione tra i due autori. I paragrafi 2, 3 e 3.1 sono stati redatti da Renato Rolli, mentre i paragrafi 4, 5 e 5.1 da Riccardo Stupazzini. Il paragrafo 1 e 6 sono il frutto di una riflessione comune.

¹ Tra i numerosi contributi che hanno trattato il tema si ricorda *ex multis*: V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 885 ss.; G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, p. 361 ss.; M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*-«OsservatorioEmergenzaCovid-19», 18 marzo 2020; F. CINTIOLI, *Sul regi-*

Le considerazioni che in questa sede si propongono derivano dal perpetuo ed accelerato mutamento dell'andamento della curva epidemiologica e dal continuo intervento del legislatore nazionale, che, nella costruzione di strategie di risposta allo stato di necessità, ha mutato frequentemente il quadro normativo nazionale, intervenendo a più riprese sul rapporto tra centro e periferia.

Questo contributo propone una ricostruzione del critico rapporto tra Stato e Regioni evolutosi nel corso di un anno di emergenza sanitaria nella cornice di un mutevole sistema normativo "a ventaglio" dalla non immediata intellegibilità²: dall'iniziale fase di *lockdown* sino alle misure più recenti. In particolare, l'intento di questo contributo è di esaminare quali forme di coordinamento a livello centrale siano state strutturate al fine di assicurare le esigenze di unitarietà derivate dalla gestione di un'emergenza epidemiologica senza la compressione degli spazi di autonomia regionale, con il riconoscimento di margini di intervento. Con tale articolo si propone pertanto un'analisi puntuale dei vincoli all'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* regionale introdotti dalla serie continua di decreti-legge e del peso assunto dai principi generali dell'ordinamento

me del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020), in *Federalismi.it - «Osservatorio Emergenza Covid-19»*, 6 aprile 2020; C. DELLA GIUSTINA, *Il Tar in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a Tar Campania, sez. V, n. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Biolaw Journal, Forum*, 30 marzo 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e regioni: il caso Marche*, in *BioDiritto*, 16 marzo 2020, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 11 aprile 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati*, 2, 2020, p. 45 ss. C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *Sistemapenale.it*, 6 aprile 2020; F. RUFFIERO, A. BARTOLINI, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in *Giustizia Insieme*, 23 aprile 2020; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2020, pp. 318-329; A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 870 ss.; D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020. Sulle difficoltà relative alla costruzione di un dibattito intorno alle questioni sollevate in questi mesi a causa di una polarizzazione intorno a valori e principi antagonisti si veda G. GARDINI, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, in *questa Rivista*, n. speciale 2020 - *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, pp. 7-12.

² Si tratta di espressioni utilizzate nella sentenza TAR Lazio, sez. III-quater, 29 ottobre 2020, n. 11096.

nel limitare siffatto potere, tenendo segnatamente conto delle letture interpretative sviluppate dalla giurisprudenza amministrativa nel corso di questo inedito arco temporale. Nel quadro di tale indagine, attraverso una puntuale analisi delle misure disposte tramite gli atti amministrativi dell'emergenza, si cercherà pertanto di comprendere se si siano presentate forme di disallineamento tra le misure governative e quelle regionali nelle diverse fasi di gestione emergenziale e quale esito abbiano avuto le conseguenti controversie sorte dinnanzi al giudice amministrativo. Difatti, nelle diverse fasi che nel corpo dell'articolo sono considerate, il Governo, nei casi di non condiviso disallineamento da parte delle autorità regionali, non ha esercitato i poteri surrogatori *ex art.* 120 Cost., co. 2, preferendo piuttosto ricorrere alla via giurisdizionale, impugnando nelle circostanze *infra* richiamate i provvedimenti straordinari regionali. Come evidenziato in dottrina, il Governo ha dunque evitato di intraprendere una strada probabilmente più impervia, assistendo sin dall'inizio ad una "giurisdizionalizzazione" di un conflitto che si presentava prima di tutto come politico-amministrativo³.

Dal punto di vista metodologico, si precisa che l'indagine è stata sviluppata considerando le controversie sorte dal punto di vista temporale prima della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021. La *ratio* di siffatta precisazione deriva dal fatto che, nel quadro di tale decisione, tra i molteplici aspetti di interesse⁴, il Giudice delle leggi ha interamente ricondotto i diversi profili legati alla gestione della pandemia nell'ambito della materia «profilassi internazionale» e, dunque, nel novero delle competenze esclusive statali⁵. Coerentemente con siffatta decisione, la

³ F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1S, 2020, p. 212.

⁴ Nell'ambito di tale giudizio la Corte costituzionale con ordinanza n. 4 del 2021 si è avvalsa per la prima volta dell'istituto della sospensiva di una legge regionale. Tra i primi commenti in merito si veda: M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, 10, 2021, pp. 254-268; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 87-110.

⁵ In merito alla decisione della Corte di ricondurre qualsiasi profilo inerente alla prevenzione e al contrasto delle malattie pandemiche alla materia-oggetto «profilassi internazionale», negando il carattere di trasversalità della materia, si vedano in particolare le prime osservazioni critiche di V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regioni nella lotta alla pandemia. Un sin-*

Corte ha dunque qualificato gli interventi regionali derogatori rispetto alle misure nazionali non come il frutto di un'autonoma politica regionale che trova il suo fondamento all'interno di una competenza costituzionale, bensì nelle norme attributive di siffatto potere che verranno esaminate nel corso dell'indagine⁶. Dunque, un potere residuale riconosciuto alle autorità regionali con il fine di colmare eventuali vuoti di tutela nell'ipotesi di sopravvenuti mutamenti della situazione epidemiologica non ancora regolamentati dall'amministrazione statale.

Nell'intento di rispondere ai quesiti proposti, appare senza dubbio ragionevole offrire in primo luogo una ricostruzione delle iniziali soluzioni adottate dal Governo per la gestione della crisi sanitaria e una preliminare analisi intorno alla natura, ai presupposti e ai limiti degli atti amministrativi dell'emergenza.

In un primo momento, alla luce del crescente numero dei casi di epidemia a livello internazionale e della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, il Governo aveva strutturato una soluzione per la gestione della crisi emergente seguendo le procedure definite dal d.lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1⁷. Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 era stato difatti dichiarato lo stato di emergenza *ex art.* 24, co. 1, d.lgs. n. 1/2018, quale presupposto all'emanazione, da parte del Capo del Dipartimento della protezione civile, delle ordinanze di protezione

dacato politico della Corte costituzionale. Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, pp. 415-426 e D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 10-18.

⁶ Punto 12.1 della sentenza n. 37 del 2021. Nello specifico, la Corte individua il fondamento di tale potere nell'art. 1, comma 16, del d.l. 16 maggio 2020 n. 33.

⁷ Al verificarsi delle emergenze di cui all'art. 7, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 1/2018, ovvero nella loro imminenza, a norma dell'art. 24, a seguito di una valutazione svolta dal Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei Ministri delibera lo stato di emergenza, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata, da cui è necessario acquisirne l'intesa. Attraverso tale delibera viene autorizzata l'emanazione delle ordinanze *ex art.* 25 della medesima norma, subordinatamente all'acquisizione di un'intesa con le Regioni e Province autonome territorialmente interessate. Tali provvedimenti, specificamente motivati, sono adottati in deroga alle disposizioni vigenti, da dover puntualmente indicare, con le modalità e nei limiti indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea.

civile per l'implementazione degli interventi necessari (art. 25)⁸. Tuttavia, a seguito del drammatico aggravamento della situazione sanitaria nell'area del Nord Italia, il Governo non aveva determinato di disporre le prime misure di restrizione limitatamente a specifiche porzioni di territorio attraverso le ordinanze di protezione civile, bensì ricorrendo al potere di ordinanza riconosciuto al Ministro della salute dall'art. 32, l. n. 833/1978⁹. La rapida evoluzione della situazione epidemiologica sul territorio nazionale aveva tuttavia indotto il Governo a ricondurre la gestione dell'emergenza sanitaria nella cornice di un ulteriore modello di azione, delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6¹⁰. Con questo intervento legislativo era stata riconosciuta la possibilità ad autorità competenti, non espressamente indicate, di adottare misure finalizzate al contenimento della diffusione del virus, tra cui quelle elencate nel co. 2 dell'art. 1 del decreto¹¹. Sebbene non fossero state espressamente indicate le autorità

⁸ Con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 lo stato di emergenza era stato prorogato sino al 15 ottobre 2020. Con la successiva delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, lo stesso è stato ulteriormente esteso sino al 31 gennaio 2021.

⁹ Si fa riferimento alle due ordinanze del Ministro della salute del 21 febbraio 2020. Con uno dei provvedimenti era stata disposta la misura della quarantena per chi fosse venuto a contatto stretto con casi confermati e per chi avesse fatto ingresso in Italia a seguito di un soggiorno nei territori interessati dall'epidemia della Cina. Con la seconda ordinanza, emanata d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia, erano state invece disposte le prime limitazioni ad attività puntualmente definite nei territori dei Comuni nei quali era stato rilevato un numero significativo di casi.

¹⁰ Mentre in M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 4, si parla di una "terza via" non direttamente riconducibile alla normativa in materia di protezione civile ed emergenze sanitarie, in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 12, viene diversamente sostenuto che comunque i d.P.C.M. emanati avessero trovato legittimazione non solo nei decreti-legge (il d.l. n. 6/2020 prima e il d.l. n. 19/2020 in seguito), ma anche nella normativa di protezione civile. Se difatti si osserva attentamente l'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, si evince una stretta compenetrazione tra tale norma e il d.lgs. n. 1/2018, considerando che era stato disposto che le misure di contrasto ai rischi sanitari, tra quelle individuate dal co. 2, potessero essere reiterabili nel limite temporale della fine dello stato di emergenza, deliberato secondo l'art. 24 del Codice di protezione civile.

¹¹ L'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 aveva individuato un catalogo non tassativo e non esclusivo di possibili misure che, tramite d.P.C.M. e tramite ordinanze contingibili e urgenti, potevano essere emanate. Tra di queste: il divieto di allontanamento dal Comune o dall'area interessata (lett. a), il divieto di accesso al Comune o all'area interessata (lett. b), la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato (lett. c), la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado (lett. d), l'applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che avevano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva (lett. h), ecc.

richiamate dalla norma, esse si potevano comunque desumere dalle successive disposizioni contenute nell'art. 3, che le individuavano nel Presidente del Consiglio dei Ministri, quale autorità competente all'adozione dei decreti di cui al co. 1, e nelle autorità titolari del potere di ordinanza ai sensi delle norme richiamate al co. 2 del medesimo articolo¹². Dunque, dall'entrata in vigore di tale decreto lo strumento giuridico per la gestione dell'emergenza è stato individuato a livello centrale nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. A norma del procedimento che era definito dall'art. 3, co. 1, del decreto-legge, tali decreti erano adottati su proposta del Ministro della salute, con il parere del Ministro dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e degli altri Ministri competenti, e con il parere altresì dei Presidenti delle Regioni competenti, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, qualora le misure avessero riguardato l'intero territorio. Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, ha poi parzialmente modificato tale procedimento di approvazione, introducendo la possibilità, prima non prevista, che siffatti decreti fossero adottati anche su proposta dei Presidenti di Regione competenti e del Presidente della Conferenza Stato-Regioni e Province autonome, ove avessero riguardato l'intero territorio nazionale, previo il giudizio dei Ministri sopra elencati. Inoltre, ai sensi del co. 5 del medesimo art. 2 d.l. 19/2020 è stato introdotto, al fine di ampliare il coinvolgimento del Parlamento, l'obbligo di comunicazione alle Camere dei provvedimenti adottati entro il giorno successivo alla pubblicazione e l'obbligo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato di riferire ogni quindici giorni sulle misure adottate¹³. Con riferimento alla natura giuridica di tali provvedimenti, appare abbastanza pacifico nella letteratura e giurisprudenza attuale che essi siano privi di un carattere formalmente normativo e che siano piuttosto da

¹² Considerando le norme richiamate da tali disposizioni, ovvero l'art. 32 l. n. 833/1978, l'art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e l'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, le autorità competenti risultavano dunque il Ministro della salute, il Presidente della Giunta regionale e il Sindaco.

¹³ Infine, con il medesimo art. 2, co. 1, è stata introdotta la previa consultazione del Comitato tecnico scientifico per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità.

identificare come atti amministrativi¹⁴, riconducendoli (più precisamente) al *genus* delle ordinanze¹⁵. In merito a tali aspetti risulta quindi doveroso riportare le recenti considerazioni che sono state espresse dal TAR Lazio nella sentenza del 22 luglio 2020, n. 8615. Nello specifico, se da un lato è stata riconosciuta l'impossibilità di attribuire ai decreti la qualificazione di atti normativi, dall'altro, secondo il Collegio, tali decreti non possono tuttavia nemmeno identificarsi come atti amministrativi generali¹⁶, condividendo con gli stessi unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari. Secondi i giudici, considerata la «peculiare atipicità» di tali atti, gli stessi si connotano «per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti», trattandosi di «provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare [...], ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i d.P.C.M. in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll. attributivi del potere presupposti». Al di là delle considerazioni sul carattere della contingibilità che suscitano delle perplessità (*infra*), l'accostamento dei d.P.C.M. alle ordinanze risulta con-

¹⁴ Così anche la più recente sentenza del TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. 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*, cit., p. 396 ss.

¹⁵ Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 5; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 102, 2020, pp. 147-199; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 12; S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi-Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, p. 4; E.C. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, p. 4.

¹⁶ Risulta dunque chiaro che in questo caso i giudici amministrativi del TAR Lazio, nel ritenere che i d.P.C.M. si differenzino dagli atti amministrativi generali, abbiano presentato una posizione opposta a quella del TAR Calabria, Sez. I, nella sentenza del 9 maggio 2020, n. 841, che, con specifico riferimento al d.P.C.M. 26 aprile 2020, aveva puntualizzato che si trattasse di un atto amministrativo generale.

divisibile¹⁷, anche in ragione del limite della provvisorietà cui entrambi gli atti sono sottoposti¹⁸.

Chiariti tali aspetti, è opportuno puntualizzare che la scelta a livello centrale di disporre i propri interventi attraverso d.P.C.M. e non attraverso ordinanze di protezione civile non può che essere dipesa dalla minore onerosità del procedimento di approvazione dei primi¹⁹, da esigenze di accentramento e di speditezza²⁰ e, dunque, da una maggiore idoneità dei primi rispetto alla rapidità e imprevedibilità della diffusione dei contagi²¹. Se i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono riconducibili nell'ambito delle ordinanze, sembra opportuno chiarire quali siano le

¹⁷ Con riferimento alle ordinanze, è stato altresì precisato dai giudici che si tratta di provvedimenti che rinvergono la propria giustificazione «nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento».

¹⁸ Nel caso specifico di questi d.P.C.M. tale limite era stato fissato *ex lege* dall'art. 1, co. 1, nella misura in cui gli interventi indicati dal co. 2 potevano essere disposti «per periodi predefiniti ciascuno di durata non superiore a trenta giorni», reiterabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza fissato con delibera del Consiglio dei Ministri. In tal senso, appare dunque evidente come la disciplina disposta dal d.l. n. 19/2020 si sia così intersecata con la disciplina del d.lgs. n. 1/2018. Tale limite di durata sembra riferirsi non solo alle misure disposte dai d.P.C.M. ma anche all'insieme di misure adottate negli altri casi previsti dal decreto-legge, come nel caso dell'ordinanza del Ministro della salute o delle misure regionali e locali di cui all'art. 3. Con il decreto-legge n. 158 del 2 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 1, co. 1, il limite temporale di trenta giorni è stato esteso a cinquanta.

Con riferimento alle norme attributive del potere di ordinanza *extra ordinem*, risulta tuttavia opportuno precisare che non tutte definiscono *ex lege* un limite temporale massimo di efficacia. Sicuramente la definizione dello stesso si ravvisa nelle ordinanze ex art. 191 d.lgs. 2006, n. 152, diversamente dai casi del potere di ordinanza riconosciuto dall'art. 32 l. n. 833/1978 o dall'art. 50, co. 5, e dall'art. 54, co. 4, del Testo unico degli enti locali, privi di una predeterminazione dell'efficacia temporale dell'atto.

¹⁹ Più precisamente per l'adozione di tali d.P.C.M. era sufficiente l'acquisizione di un parere del Presidente della Regione interessata o del Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e, per le questioni di ordine tecnico, del Comitato tecnico scientifico. Mentre, ai sensi dell'art. 25 d.lgs. n.1/2018, le ordinanze di protezione civile necessitano l'acquisizione di un'intesa con le Regioni e Province autonome interessate, oltre a dover puntualmente indicare le principali norme cui si intende derogare attraverso il provvedimento.

²⁰ Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 6. Riflessioni intorno a tale punto anche in C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, cit., p. 50, e in G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, cit., p. 324.

²¹ Cfr. punto 9 della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021.

peculiarità di queste ultime. Il potere di ordinanza contingibile e urgente è stato riconosciuto sin dalla dottrina più remota una «valvola di sicurezza dell'ordinamento»²² per la quale, al verificarsi di circostanze eccezionali, le pubbliche autorità sono dotate di opportuni strumenti giuridici idonei a tutelare i beni e gli interessi pubblici coinvolti, derogando al principio di tipicità dei provvedimenti e dequotingo il principio di legalità²³, nella misura in cui il legislatore si limita a definirne i presupposti, la titolarità della competenza, i fini di interesse pubblico. Dunque si tratta di un potere atipico, con temporanea capacità derogatoria di norme primarie, esercitabile al verificarsi di determinati presupposti e nel rispetto dei limiti progressivamente definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Indipendentemente dalle possibili specificità previste dalle norme attributive di settore²⁴, è utile riportare in questa sede i presupposti fattuali che sembrano comuni ai poteri di ordinanza riconosciuti da tutte le norme. Il primo presupposto risiede nella necessità, quale concetto ontologicamente contrapposto a quello di libertà, da intendere come una situazione

²² Così M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 102. Tra i contributi più significativi intorno a tale tema si ricorda: M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 388 ss.; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza* (Diritto costituzionale ed amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, XII, Torino, UTET, 1965, p. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela ambientale*, Milano, Giuffrè, 2004; R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze* (dir. amm.), in *Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, Milano, 2006, p. 3981 ss.; M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in *Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, Milano, 2006, p. 3985 ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 172 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto* in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 735 ss.

²³ A tal proposito si richiamano le osservazioni espresse in M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., p. 736, per cui, in merito a tale aspetto, «non solo la legittimità delle ordinanze pone in crisi la pretesa assolutezza o il preteso carattere fondamentale e irrinunciabile del principio di legalità, ma soprattutto la ragione stessa della legittimità delle ordinanze, in quanto fondata sulla necessità e non sulla legalità, rende manifesto che si è in presenza non di una semplice deroga al principio di legalità, ma di un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità».

²⁴ A titolo meramente esemplificativo, mentre l'art. 32 l. n. 833/1978 richiede la sussistenza di un'emergenza di carattere sanitario, l'art. 8 l. 3 marzo 1987, n. 59, riconosce il potere di ordinanza al Ministro dell'ambiente al verificarsi di situazioni di pericolo di danno ambientale.

o evento, o una combinazione di essi, che condizionano l'attività umana, non potendo la volontà opporsi ad essa²⁵. Quindi una situazione di fatto consistente in un pericolo attuale, imminente e concreto per l'incolumità dei beni pubblici²⁶, che non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti nella disponibilità dell'autorità pubblica. Per tale motivo è stato anche qualificato come un giudizio avente ad oggetto il riconoscimento della sussistenza di un fatto emergenziale, di derivazione naturale o umana che sia, e dell'insufficienza dei rimedi ordinari, che legittimi così l'attivazione di quello stato di eccezione²⁷.

Intimamente connesso alla necessità è il presupposto dell'urgenza, che definisce il carattere attuale di una situazione di pericolo²⁸. Così l'urgenza, intesa come «sussistenza di un pericolo incombente da fronteggiare nell'immediatezza»²⁹, va considerata nella sua autonomia semantica rispetto agli altri presupposti. Una situazione può difatti considerarsi urgente, senza implicare la necessità di attivare strumenti *extra ordinem*³⁰, come nel caso degli atti necessitati. Come chiarito dalla giurisprudenza, tuttavia, questi elementi non impediscono di qualificare come urgente una situazione di pericolo che sia da tempo esistente, a causa della «mancata e tempestiva attuazione delle forme di intervento da parte dell'amministrazione»³¹.

Un altro presupposto è identificabile nella contingibilità. Essa afferisce agli elementi di eccezionalità, accidentalità e straordinarietà dell'evento che lo rendono di fatto imprevedibile e quindi non disciplinabile a livello

²⁵ Su ciò F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, p. 980.

²⁶ Così le sentenze Cons. Stato, V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cons. Stato, sez. V, 14 novembre del 2017, n. 5239; TAR Sardegna, sez. I, 4 maggio del 2018, n. 406.

²⁷ Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 179 ss.

²⁸ Cfr. TAR Calabria, sez. I, 30 luglio 2019, n. 489.

²⁹ Cfr. TAR Campania, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319

³⁰ Così anche G. DI RAGO, *Il sindaco e l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti (alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione)*, Macerata, Halley Editrice, 2003, p. 51.

³¹ Così la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 29 aprile 1991, n. 700 citata in G. DI RAGO, *Il sindaco e l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti (alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione)*, cit., p. 50.

normativo in via preventiva³². In riferimento al carattere di imprevedibilità della circostanza di pericolo, quale espressione del presupposto fattuale della contingibilità, è tuttavia doveroso sottolineare la sussistenza di molteplici letture interpretative sviluppate dalla giurisprudenza. Secondo una ricostruzione elaborata in dottrina³³, nel passato è stato dominante un orientamento giurisprudenziale più tradizionalista, che escludeva la possibilità di ricorrere al potere di ordinanza *extra ordinem* in situazioni urgenti che fossero risalenti nel tempo. Di altro tenore è la voce giurisprudenziale, che intende la contingibilità come un'urgente necessità di provvedere al fine di fronteggiare una situazione di pericolo che minaccia i diversi beni pubblici coinvolti, ritenendo irrilevante l'arco temporale che intercorre tra il momento dell'insorgenza del pericolo e l'urgenza attuale e, dunque, che la situazione di pericolo fosse nota da tempo³⁴. Quindi, sposando tale prospettiva, risulta di scarso rilievo il fatto che la situazione di pericolo sia sorta in un istante temporale antecedente e altresì influente la variabile di prevedibilità del pericolo, essendo l'ordinanza finalizzata sostanzialmente alla salvaguardia dei valori essenziali della comunità locale³⁵. Un terzo e ultimo orientamento corrisponde invece ad una posizione intermedia che riconosce la possibilità di emanare provvedimenti contingibili e urgenti indipendentemente dall'intervallo temporale che intercorre tra il momento genetico e l'intervento, pur richiedendo, nelle circostanze in cui lo stato di necessità non abbia preso forma nell'istante corrente, un maggiore onere motivazionale³⁶. Alla luce delle letture sviluppate dalla giurisprudenza sul presupposto di contingibilità, non si comprende allora la direzione della sopracitata

³² Su ciò TAR Veneto, sez. III, 15 luglio 2015, n. 801; TAR Campania, sez. V, 3 giugno 2019, n. 3003; TAR Campania, sez. V, 1° agosto 2019, n. 4231.

³³ S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, in *Amministrazione*, 3, 2014, p. 412 ss.

³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968.

³⁵ Su ciò Consiglio di Stato, sez. V, del 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Cons. di Stato, 25 settembre 2006, n. 5639 citate in S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, cit., p. 414. Relativamente alla prevedibilità circa la situazione di necessità si confronti *ex multis* TAR Lazio, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 13898; Consiglio di Stato, sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150; TAR Campania, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 678; TAR Piemonte, sez. II, 17 aprile 2014, n. 657.

³⁶ Così ad esempio Consiglio di Stato, sez. V del 2 aprile 2001, n. 1904

pronuncia del TAR Lazio n. 8615 del 22 luglio 2020, nella parte in cui è stato sostenuto che i d.P.C.M. in questione si diversificassero rispetto alle ordinanze con riferimento a tale carattere in quanto gli stessi riproducevano «contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll. attributivi del potere presupposti». In prima battuta si osserva che il presupposto della contingibilità risultava comunque integrato anche nell'emanazione di tali provvedimenti atteso che la finalità degli stessi consisteva nel costruire soluzioni di risposta all'evoluzione della situazione epidemiologica, e dunque ad una circostanza di necessità dal carattere contingibile e urgente. Segnatamente, non si comprende in quale modo la predeterminazione legislativa del contenuto potenziale del d.P.C.M. potesse incidere sul carattere contingibile dei presupposti legittimanti. Oltretutto, a norma dell'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, potendo le autorità regionali introdurre alcune delle misure di cui all'art. 1, co. 2, ed essendo le stesse prescrivibili attraverso ordinanze contingibili e urgenti *ex art.* 32 l. 1978 n. 833, anche le ordinanze emanate in merito a ciò avevano quindi «contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll.». Ma in questo caso il relativo carattere contingibile degli atti non era stato tuttavia messo in discussione. Alla luce di tali considerazioni, a fronte degli orientamenti della giurisprudenza nell'ermeneutica del concetto di contingibilità, si può dunque sposare la tesi che ha riconosciuto un carattere emergenziale anche alla situazione epidemiologica più recente, nonostante le successive ondate di contagi fossero state sin dall'inizio previste. L'incremento significativo dei contagi e dei ricoveri ospedalieri non poteva difatti che configurarsi come una situazione di necessità dal carattere urgente ed eccezionale tale da richiedere interventi straordinari al fine di tutelare gli interessi pubblici coinvolti, e dunque, indipendentemente dalla circostanza che la stessa fosse prevedibile.

Tali presupposti, la già richiamata provvisorietà e l'obbligo di motivazione del provvedimento³⁷ si configurano pertanto come alcuni dei limiti de-

³⁷ La *ratio* dell'obbligo di motivazione per questi provvedimenti è chiaramente quella di dimostrare l'effettiva sussistenza di una situazione contingibile che implichi la necessità di un urgente intervento, con disposizioni atipiche che derogano alla legge. In altre parole, l'obbligo di motivazione deriva dalla necessità di riportare le risultanze di un'istruttoria che abbia fatto constatare tale necessità, ma anche il procedimento logico seguito dall'amministrazione nell'esercizio della sua discrezionalità. Il potere di ordinanza *extra ordinem*, come ampiamente specifi-

finiti dall'ordinamento. In più, secondo le precisazioni della più remota dottrina³⁸ e giurisprudenza costituzionale³⁹, un altro limite cui l'esercizio di siffatto potere è subordinato afferisce al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Come sottolineato dalla Corte costituzionale in particolare nella sentenza del 27 maggio 1961, n. 26, tali provvedimenti «non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». Inoltre, il rispetto dei principi dell'ordinamento consentirebbe che non venga invaso il campo riservato all'attività degli organi legislativi e degli organi costituzionali dello Stato, impedendo quindi «ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione». Tenendo conto della dottrina, sin dalle prime elaborazioni, e di questa giurisprudenza, si potrebbe dunque concludere che i principi assumano la funzione di garanzia della permanenza del potere di ordinanza nell'orbita assegnata al potere amministrativo⁴⁰. Tuttavia, è da osservare che la dottrina più recente non ha risparmiato delle riserve in merito a questo tema. È stato difatti puntualizzato che, nonostante il continuo richiamo a questi principi da parte della giurisprudenza e dalla dottrina⁴¹, al di là

cato nelle pagine precedenti, produce una compressione dei diritti e interessi pubblici e privati al fine di tutelare ulteriori diritti e interessi pubblici. Dalla motivazione deve pertanto emergere il bilanciamento posto in essere dall'autorità che giustifichi tale sacrificio e nello stesso tempo che dimostri che il potere sia stato esercitato secondo i canoni di proporzionalità e adeguatezza.

³⁸ Intorno a tale aspetto si consulti la ricostruzione elaborata in R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., p. 227 ss.

³⁹ Tra le pronunce della Corte costituzionale in merito a tale aspetto si ricorda *ex multis*: Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8; Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26; Corte cost. 12 gennaio 1977, n. 4; 7 aprile 2011, n. 115.

⁴⁰ Espressione utilizzata in T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale positivo*, Mantova, 1893, p. 56 citata in R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità*, cit., p. 233.

⁴¹ Una ricostruzione intorno all'identificazione dei principi generali dell'ordinamento quali limiti al potere di ordinanza si può ravvisare in A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro Amm. TAR*, 9, 2012, p. 3009.

dei tradizionali principi che reggono l'azione amministrativa⁴², rimane fonte di dubbi e incertezze la puntuale decifrazione degli stessi⁴³. Al di là di queste riflessioni, risulta tuttavia consentito con sufficiente convinzione annoverare tra i principi generali dell'ordinamento che limitano il potere di ordinanza dell'autorità amministrativa, anche alla luce della giurisprudenza che verrà richiamata *infra*, il principio di proporzionalità, nei suoi criteri di idoneità, necessità e adeguatezza, il principio di ragionevolezza e il principio di leale collaborazione⁴⁴.

Al di là dei profili attinenti ai caratteri e ai limiti di tale potere, nell'ambito di un'indagine incentrata sulle questioni relative alla distribuzione del potere in un sistema multilivello nella gestione della pandemia risulta doveroso richiamare le norme attributive di siffatto potere per la gestione di emergenze sanitarie.

⁴² Per un approfondimento su ciò si veda A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 39 ss.

⁴³ Così V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2007, p. 374 ss., che, constatando la continua violazione da parte delle ordinanze di principi quali il principio del pubblico concorso, delle gare pubbliche nell'aggiudicazione degli appalti, i principi fondamentali relativi all'autonomia degli enti di governo territoriali, ecc., si chiede dunque quali siano allora i principi generali dell'ordinamento che tali provvedimenti sono tenuti a rispettare. Non sorprende pertanto che sia stato altresì sostenuto in dottrina, più precisamente in M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., p. 741, che il rispetto dei principi generali dell'ordinamento si configuri come un limite evanescente ed indeterminato.

⁴⁴ Per dovere di completezza si puntualizza che tra i limiti dell'ordinamento al potere di ordinanza rientra altresì il limite di riserva di legge. Più precisamente, come sintetizzato in G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (Diritto costituzionale ed amministrativo)*, cit., p. 98, le ordinanze non possono essere contrarie a disposizioni costituzionali o intervenire in materie coperte da riserva assoluta di legge, ma possono intervenire *contra legem* in materie coperte da riserva relativa nei soli casi in cui le norme relative contengano i criteri direttivi. Sul punto la Corte costituzionale è ritornata negli anni più recenti con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 115, precisando che «il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco"[...] senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini». Relativamente al rispetto del limite della riserva di legge da parte dei provvedimenti emanati durante tale fase emergenziale, si vedano i dubbi espressi in L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it* - « OsservatorioEmergenzaCovid-19», 23 marzo 2020.

Tra di esse rientrano certamente le disposizioni del Testo Unico delle leggi sanitarie del 1934⁴⁵. La norma distribuisce difatti il potere di emanare provvedimenti di emergenza al Sindaco, al Prefetto e al Ministro della sanità al verificarsi di specifiche circostanze fattuali attinenti alla tutela della salute⁴⁶. Come osservato in dottrina, si tratta comunque di poteri che appartengono ad un modello di amministrazione prerepubblicana, che, pur non essendo stati espressamente abrogati, l'assenza di applicazioni nella prassi ne fa desumere il relativo carattere desueto⁴⁷. La norma di riferimento nella legislazione vigente rimane l'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, che riconosce espressamente al Ministro della salute il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso. In realtà, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, siffatto potere è altresì riconosciuto al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco che lo esercitano con riferimento alle medesime materie, chiaramente nei rispettivi limiti territoriali.

Al fianco di tali disposizioni, si pone l'art. 117 d.lgs. n. 112 1998, che riconosce al Sindaco, quale capo dell'amministrazione locale, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, prevedendo, nelle ipotesi di emergenze dalla più ampia dimensione, la competenza dello Stato e delle Regioni ad intervenire. Si tratta dunque di una norma che ricalca le disposizioni del precedente art. 32 l. n. 833/1978 e che è stata inserita all'interno dell'art. 50, comma 5 e 6 del TUEL. Con le successive riforme che hanno modificato l'art. 50⁴⁸, sono stati inclusi ulteriori presupposti fattuali legittimanti tali poteri, tra cui situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana.

⁴⁵ R.d. 27 luglio 1934, n. 1265.

⁴⁶ Su ciò si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bonomia University Press, 2019, pp. 93-94.

⁴⁷ Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., p. 94.

⁴⁸ In particolare, si fa riferimento all'art. 8, co. 1, lett. a), punto 1 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48.

La distribuzione del potere di ordinanza disposta secondo siffatte normative sembra comunque differire rispetto al modello definito dall'art. 54 del TUEL, per il quale il Sindaco esercita il potere di ordinanza in qualità di ufficiale di governo, o al modello strutturato dall'art. 191 del codice dell'ambiente. Pur presupponendo circostanze emergenziali dalla natura differente⁴⁹ rispetto a quelle sinora richiamate attinenti alle emergenze sanitarie, risulta difatti opportuno precisare che queste ultime norme attributive prevedono precisi poteri sostitutivi in capo ad autorità differenti rispetto all'amministrazione che ha emanato il provvedimento, invece assenti nelle norme richiamate⁵⁰. Difatti, se si prendono in considerazione le disposizioni previste dell'art. 117, co. 2, d.lgs. n. 117/1998, e, dunque, dell'art. 50, co. 6, del TUEL, il modello di riferimento appare maggiormente simile al modello utilizzato per la gestione dell'attuale emergenza epidemiologica, pur con riferimento ad autorità differenti⁵¹. In particolare, nell'ipotesi di un'emergenza sanitaria che impatti su un territorio più ampio rispetto ai confini comunali, è previsto che, secondo tali norme, il Sindaco provveda fino all'intervento delle altre autorità competenti, pur in assenza di specifici poteri sostitutivi. Dunque, uno schema giuridico che non sembra differenziarsi in modo significativo rispetto al potere di intervento in deroga in capo alle autorità regionali

⁴⁹ Il potere di ordinanza sindacale riconosciuto dall'art. 54, co. 4, del TUEL è esercitato al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Attraverso i provvedimenti *ex art.* 191 del codice dell'ambiente, invece, le autorità di riferimento ricorrono temporaneamente a speciali forme di gestione dei rifiuti nell'ipotesi di situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

⁵⁰ Con riferimento ai provvedimenti contingibili e urgenti del Sindaco *ex art.* 54, co. 4, del TUEL, ai sensi del comma 11 del medesimo articolo, il Prefetto, anche in caso di inerzia del Sindaco o del suo delegato nell'esercizio delle funzioni previste dal comma 10, può intervenire con proprio provvedimento. Nel caso delle ordinanze *ex art.* 191 del codice dell'ambiente, secondo il comma 2 del medesimo articolo, qualora il Presidente della Giunta regionale non provveda entro centoventi giorni dall'adozione delle ordinanze a promuovere e adottare le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (ora Ministro della transizione ecologica), dopo aver diffidato l'autorità regionale a provvedere entro sessanta giorni, in caso di protrazione dell'inerzia, può intervenire in via sostitutiva.

⁵¹ L'art. 117, co. 2, d.lgs. n. 117/1998, e, dunque, l'art. 50, co. 6, del TUEL si riferiscono al potere di ordinanza dell'autorità sindacale e all'intervento della Regione e dello Stato in caso di un'emergenza che oltrepassi i confini del singolo Comune. Relativamente al modello utilizzato per la gestione dell'emergenza pandemica, l'oggetto di questa analisi è relativo esclusivamente alla distribuzione del potere di intervento tra Stato e Regioni.

nelle more dell'intervento governativo, riconosciuto dalla speciale normativa di contrasto all'emergenza pandemica. Con riferimento a quest'ultima difatti, in questa complessa geometria di distribuzione del potere di ordinanza in un sistema multilivello, come è stato anticipato, a partire dal d.l. n. 6/2020 è stato istituito un sistema parallelo di gestione dell'emergenza attuale. Un ordinamento speciale sorto appositamente che si è posto in un rapporto di specialità rispetto alla normativa richiamata⁵² e che ha individuato specifici vincoli nell'esercizio del potere da parte delle autorità regionali, che verranno esaminati nei successivi paragrafi.

2. Il d.l. n. 6/2020 e i profili problematici derivanti da "ulteriori misure"

Con l'iniziale rilevamento dei contagi nell'Italia settentrionale, il Governo aveva ricondotto la strategia di gestione dell'emergenza nell'ambito del modello di azione strutturato dal d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13. Attraverso tali disposizioni era stato riconosciuto il potere alle sopramenzionate autorità competenti di disporre interventi di limitazione, nell'ambito di un "catalogo legislativo" di misure possibili definite dall'art. 1, co. 2⁵³. Ai sensi del co. 1 del medesimo articolo, tuttavia, tali misure erano finalizzate ad evitare il diffondersi del Covid-19 nei Comuni o nelle aree in cui almeno una persona fosse risultata positiva o comunque se in esse vi fosse stato anche soltanto un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già contagiata. La sussistenza di tale presupposto fattuale tuttavia, secondo le disposizioni di cui all'art. 2, non si presentava come vincolante, così come l'elenco delle possibili misure catalogate si limitava a configurarsi esclusivamente come esemplificativo e non tassativo. L'intervento regionale attraverso ordinanza *ex art.* 32 l. n. 833/1978 e art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112⁵⁴, veniva così riconosciuto legittimo dalla

⁵² E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 9.

⁵³ COSÌ R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 1083, 2020.

⁵⁴ Con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13, era stato introdotto l'obbligo, non previsto dall'art. 32 l. n. 833/1978 e dalle iniziali disposizioni del d.l. n. 6/2020, di comunicazione a

norma al verificarsi di casi di estrema necessità e urgenza, con la possibilità di disporre sia le misure di cui all'art. 1 e sia le ulteriori misure di cui all'art. 2 (art. 3, co.2)⁵⁵. Le ordinanze in questione, tuttavia, potevano essere emanate esclusivamente nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Si tratta di un limite all'esercizio di siffatto potere, confermato anche nella normativa più recente, che aveva suscitato inizialmente alcune difficoltà interpretative, a cui diversi contributi dottrinali hanno in seguito tentato di rispondere⁵⁶. Secondo una lettura più verosimilmente conforme alla possibile *ratio* della norma, le ordinanze emanate a livello regionale e locale risultavano dunque efficaci sino all'emanazione a livello centrale di un d.P.C.M. avente per contenuto il medesimo oggetto disciplinato attraverso le ordinanze, e non dunque nelle more dell'adozione di qualsiasi d.P.C.M.⁵⁷. Interpretata in tal senso, pertanto, tale clausola di cedevolezza sembrava così riconoscere la legittimità di tali interventi nella misura in cui si limitassero ad anticipare un intervento a livello centrale.

Se questa è la lettura interpretativa sviluppata sulla perimetrazione entro siffatti confini dell'esercizio del potere di ordinanza regionale, appare dunque opportuno riportare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in merito a tali aspetti.

Segnatamente, si è presentata una forma di disallineamento tra ordinanze regionali e d.P.C.M. con l'ordinanza del Presidente della Regione Marche n. 1 del 25 febbraio 2020, attraverso cui era stata disposta la sospensione dei servizi educativi, quale misura peraltro rientrante tra quelle espresse dall'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 (lett. d), anticipando il

pena di inefficacia del provvedimento emanato in sede regionale o locale al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla sua adozione.

⁵⁵ Il rinvio congiunto della norma sia all'art. 1 che all'art. 2 può far intendere che, anche con riferimento all'intervento *extra ordinem* regionale e locale, nell'ottica del legislatore il presupposto sulla presenza di contagiati accertati nell'area, di cui all'art.1, co.1, non si presentasse come vincolante.

⁵⁶ Tra di essi cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown*, cit., p. 14; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, p. 10 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 134; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm*, cit., p. 363.

⁵⁷ Si tratta peraltro della lettura interpretativa che emerge anche nel punto 6.2 della sentenza del 29 ottobre 2020, n. 11096, del TAR Lazio.

contenuto del successivo d.P.C.M. del 4 marzo 2020⁵⁸. Il contenuto del provvedimento era stato tuttavia cautelatamente sospeso dal TAR Marche attraverso decreto presidenziale, a seguito dell'impugnazione governativa⁵⁹. L'accoglimento dell'istanza di sospensione cautelare era stato motivato dalla mancata sussistenza del presupposto di cui all'art. 1, co. 1, d.l. n. 6/2020, e dunque dall'assenza di almeno un soggetto contagiato nell'area territoriale considerata. Inoltre (sempre secondo tale ricostruzione), le «ulteriori misure» che le autorità competenti erano legittimate a disporre secondo il decreto-legge erano da intendere come interventi privi della medesima invasività degli interventi giustificati dalla presenza di focolai. Dunque, interventi che avrebbero comportato «un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. d.l. n. 6».

Ad esito opposto era invece pervenuto il Presidente della sezione V del TAR Campania, che con decreto del 18 marzo 2020, n. 416, aveva respinto l'istanza di sospensione cautelare dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania del 13 marzo 2020, n. 15, con cui si disponeva il divieto di svolgere attività sportive all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Il giudice aveva escluso il contrasto con le misure predisposte sul piano nazionale, avendo riconosciuto all'ordinanza la sussistenza di un'adeguata base legale alla luce degli opportuni richiami alle disposizioni legislative, tra cui l'art. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 e l'art. 32, co. 1, l. n. 833/1978⁶⁰. Inoltre, sul piano istruttorio era stata rilevata una continua e forte crescita di contagi nella Regione, che si configurava come sufficiente presupposto fattuale legittimante. Per avvalorare tale respingimento era stato infine constatato che «nella valutazione dei con-

⁵⁸ Tra le misure previste da tale d.P.C.M., ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *d*) erano stati difatti sospesi sull'intero territorio nazionale i servizi educativi e le attività didattiche.

⁵⁹ Si tratta del decreto monocratico del TAR Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 56, confermato dall'ordinanza del collegio della medesima sezione del 5 marzo 2020, n. 63. Per una ricostruzione approfondita del contenzioso e delle successive ordinanze emanate dal Presidente della Regione Marche si veda G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *Biodiritto.org* (16.3.2020).

⁶⁰ Diversamente, con riferimento a tale aspetto, si vedano le osservazioni critiche di C. DELLA GIUSTINA, *Il Tar in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a Tar Campania, sez. v, n. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Biolaw Journal, Forum*, 30 marzo 2020, p. 2 ss., che ha dubitato della solidità della base legale dell'ordinanza in questione, anche nell'ipotesi in cui si volesse identificare la stessa con il d.l. n. 6/2020.

trapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata», andasse accordata «prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica»⁶¹.

Si tratta in realtà di una posizione non distante dalla decisione del Consiglio di Stato 30 marzo 2020, che, con decreto monocratico n. 1553, aveva similmente respinto l'istanza di sospensione cautelare, confermando la decisione del TAR Calabria 28 marzo 2020, n. 165⁶². Dalle motivazioni del decreto era difatti emerso che i governatori regionali avessero ragionevolmente imposto misure ulteriormente restrittive quali forme di prevenzione in vista di un trasferimento massivo di persone e di contagi dalle Regioni più colpite al Mezzogiorno e che dunque disposizioni compressive di diritti fondamentali della persona venivano applicate «in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

Certamente non può non aver inciso nelle diverse valutazioni dei giudici l'effettivo mutamento della situazione epidemiologica del Paese. Se nel momento dell'intervento precauzionale della Regione Marche il contagio risultava prevalentemente concentrato nell'area settentrionale dell'Italia,

⁶¹ In merito a tale decisione si vedano altresì le criticità sollevate da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali*, 1, 2020, p. 889 ss. Secondo l'A. con tale decisione il giudice sembra aver ignorato alcuni presupposti fondamentali dello Stato di diritto, con particolare riferimento al fatto che tale ordinanza avesse investito materie coperte da riserva di legge assoluta. Più precisamente tali materie si sarebbero presentate come degli ambiti nei quali un intervento regionale attraverso ordinanza si sarebbe potuto configurare nei soli margini consentiti dal dettato legislativo e l'indeterminatezza delle previsioni di cui all'art. 2 d.l. n. 6/2020 non avrebbe potuto legittimare un intervento maggiormente restrittivo di tali diritti.

⁶² Ad avviso del Presidente della III sez. del Consiglio di Stato, l'appello era stato ritenuto ammissibile, ricorrendo «uno dei limitatissimi casi» in cui l'effetto del decreto monocratico avrebbe potuto produrre un effetto irreversibile su un bene della vita riferito a diritti costituzionalmente tutelati. Sul tema si vedano le perplessità avanzate da M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it* - «OsservatorioEmergenzaCovid-19», 31 marzo 2020.

le altre decisioni delle autorità regionali richiamate erano state prese in un contesto epidemiologico ben più aggravato, successive, peraltro, all'estensione sull'intero territorio nazionale delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica.

3. *Il d.l. n. 19/2020 e il nuovo perimetro per gli interventi regionali derogatori*

Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, ha abrogato le disposizioni del precedente d.l. n. 6/2020, introducendo disposizioni di dettaglio nel tentativo di costruire un sistema di coordinamento tra le misure governative e le misure regionali e di superare le equivocità del precedente decreto. Prima di esaminare quali siano stati i criteri definiti dal legislatore al fine di perimetrare l'esercizio del potere di ordinanza regionale, appare opportuno riportare alcune precisazioni in merito agli altri aspetti del decreto: in particolare risulta doveroso citare i cambiamenti introdotti all'art. 1, co. 2. Analogamente al precedente decreto è stato tipizzato il contenuto delle possibili misure finalizzate a contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus, ampliando tuttavia notevolmente il livello di dettaglio e di specificità degli stessi (dalla lett. *a*) alla lett. *hb-bis*). Ma soprattutto con le nuove disposizioni è stato superato il difetto di tassatività che l'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 presentava e in ragione del quale la base legale dei d.P.C.M. risultava particolarmente debole⁶³. Con l'art. 2, co. 1, il d.P.C.M. è stato confermato lo strumento giuridico amministrativo di riferimento per l'attuazione di tali misure di contenimento, pur con l'introduzione di alcuni elementi di differenziazione relativi agli aspetti procedurali *supra* specificati. A fianco degli stessi, sempre sul piano governativo, il co. 2 del medesimo articolo ha altresì riconosciuto la possibilità di disporre siffatte misure anche al Ministro della salute tramite ordinanza *ex art.* 32 l. n. 833/1978, ma subordinatamente alla sussistenza di presupposti fattuali di estrema necessità e

⁶³ Così M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 189.

urgenza per situazioni di rischio sopravvenute ed esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., con efficacia limitata a tale momento⁶⁴. La definizione del perimetro entro il quale l'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* regionale poteva essere legittimamente esercitato è avvenuta con l'art. 3, co. 1, di tale decreto-legge⁶⁵. Secondo tali disposizioni, l'intervento regionale era consentito al verificarsi di un sopravvenuto aggravamento del rischio sanitario con interventi ulteriormente restrittivi, e non invece permissivi, rispetto a quelli vigenti, aventi come potenziale oggetto le misure indicate dall'art. 1, co. 2, esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.P.C.M. e con efficacia limitata a quel momento. Inoltre, tali provvedimenti potevano limitarsi a disporre esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incidenza sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale⁶⁶.

⁶⁴ Nonostante il decreto-legge in esame avesse tentato di superare l'assetto normativo strutturato dal precedente decreto che rendeva discutibile la legittimità dei d.P.C.M. emanati sulla base di quest'ultimo, nell'ambito del medesimo art. 2, co. 3, d.l. n. 19/2020 era stata introdotta una disposizione che faceva salvi i pregressi provvedimenti statali e regionali, disponendo che «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 pubblicati rispettivamente nella Gazzetta Ufficiale n. 59 dell'8 marzo 2020, n. 62 del 9 marzo 2020, n. 64 dell'11 marzo 2020 e n. 76 del 22 marzo 2020, come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni». E come osservato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 135, ciò non poteva che essere letto come il frutto e l'espressione di un compromesso politico-istituzionale.

⁶⁵ Con l'art. 3, co. 2, del d.l. n. 19/2020 erano state inoltre introdotte previsioni dall'analoga finalità con riferimento alle ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco. Era stato difatti disposto che fosse vietato ai Sindaci adottare ordinanze che avessero ecceduto i limiti di oggetto individuati dal co. 1 della norma e che fossero in contrasto con le misure statali e, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione del decreto, anche con le misure regionali. Tale norma è stata in seguito abrogata dall'art. 18 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶⁶ Secondo F. CINTIOLI, *Sul regime del lock-down in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., p. 13, tra le ragioni di tale intervento normativo figurava l'insuscettibilità del potere di ordinanza di essere ordinato secondo criteri gerarchici, pur esprimendo l'A. perplessità circa il livello di dettaglio di tali prescrizioni. In merito a tali previsioni e aspetti, è stato inoltre sostenuto in C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *SistemaPenale*, 6 aprile 2020, che la scelta di mantenere un potere residua-

Alla luce di tali disposizioni la giurisprudenza amministrativa non aveva dunque esitato, in tale contesto emergenziale, a respingere le istanze di sospensione cautelare dei provvedimenti maggiormente restrittivi dei Presidenti delle Regioni.

Si ricorda, a titolo esemplificativo, quanto era emerso dalla decisione del TAR Sicilia del 17 aprile 2020 che, tramite decreto monocratico n. 458, aveva respinto l'istanza cautelare per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'ordinanza del Presidente della Regione Sicilia 11 aprile 2020, n. 16. In essa si disponeva, analogamente all'ordinanza del Presidente della Regione Campania *supra* richiamata, il divieto di pratica di ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale, diversamente consentita dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020. Secondo il giudice «gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica» sottesi alle ordinanze impugnate erano apparsi prevalenti rispetto agli interessi ed alla posizione giuridica dei ricorrenti, e, soprattutto, il divieto di disporre in contrasto con le misure statali era riferito esclusivamente ai Sindaci e non agli organi di livello regionale. In termini concordi si era successivamente espresso il TAR Sardegna con decreto del 20 aprile 2020, con riferimento all'ordinanza regionale n. 19 del 13 aprile 2020 nella parte in cui era stata disposta la proroga della chiusura delle attività di commercio al dettaglio di carta, cartone e articoli di cartoleria, di commercio al dettaglio di libri e di vestiti per bambini e neonati⁶⁷; al contrario l'allegato 1 del d.P.C.M. del 10 aprile 2020 le aveva annoverate tra le attività che avrebbero potuto riaprire. Coerentemente con le disposizioni del d.l. n. 19/2020, il giudice difatti aveva constatato che se da un lato era stato introdotto il divieto di disporre misure meno restrittive di quelle imposte con d.P.C.M., dall'altro, in relazione a specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario verificatesi sul territorio, era lecita l'introduzione di misure ulteriormente restrittive. Curiosamente, nonostante siffatto esplicito richiamo a tali disposizioni, la circostanza che il provvedimento avesse inciso sulle attività produttive,

le alle Regioni doveva considerarsi necessitata al fine di consentire dei margini operativi alle competenze in materia di sanità e protezione civile e alle correlate competenze amministrative.

⁶⁷ Tale misura era stata adottata sulla base di un parere espresso dal Comitato Tecnico Scientifico, istituito con delibera regionale del 1° aprile 2020, n. 17.

che invece si configuravano come un ambito materiale escluso dalla possibile regolamentazione tramite ordinanza regionale, non era stata considerata nella valutazione del giudice.

Se attraverso tali decisioni i giudici amministrativi, pur nell'ambito di una *summaria cognitio*, avevano constatato la sussistenza dei presupposti fattuali e il rispetto dei limiti definiti dall'intervento normativo, in questa fase di gestione dell'emergenza erano state specularmente accolte le istanze di sospensione cautelare dei provvedimenti regionali, attraverso cui erano state, invece, allentate le misure più restrittive previste dagli atti governativi.

Tra l'altro, all'emergenza sanitaria si era affiancato il peso delle diffuse difficoltà economiche e sociali derivanti dalla chiusura prolungata delle attività. La seguente circostanza fattuale aveva dunque indotto le pubbliche autorità a discostarsi dalle misure statali, come dimostrato dall'ordinanza della Regione Lombardia 11 aprile 2020, n. 528, attraverso cui era stata concessa la possibilità di effettuare consegne a domicilio anche ad operatori commerciali al dettaglio non ricompresi nel decreto del Ministro dello sviluppo economico del 25 marzo 2020. Un disallineamento di tale specie, trattandosi di una misura ampliativa e non ulteriormente restrittiva, aveva così condotto il Presidente della I sezione del TAR Lombardia a sospendere cautelatamente l'atto con decreto n. 634 del 23 aprile 2020.

3.1 L'introduzione di misure regionali di allentamento in deroga alle disposizioni governative. Il caso della Regione Calabria

Tra il periodo di *lockdown* nazionale e quello di progressive riaperture delle attività produttive, il caso meritevole di analitica attenzione è relativo all'ordinanza della Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, e il successivo annullamento per effetto della sentenza TAR Calabria n. 841 del 9 maggio 2020⁶⁸, a seguito dell'impugnazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁶⁹. La vicenda presenta

⁶⁸ Chiaramente per effetto della sentenza non era stata annullata l'ordinanza, ma la parte in cui, al punto 6, disponeva che sul territorio della Regione Calabria fosse «consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto».

⁶⁹ In merito alla legittimazione processuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri a ricorrere, verificata d'ufficio, suscitano interesse le argomentazioni proposte dal TAR Calabria.

profili di estremo interesse non solo perché si è dimostrata come una paradigmatica rappresentazione della conflittualità tra i diversi livelli di governo⁷⁰, ma anche perché il Collegio del TAR Calabria si è pronunciato sulla controversia con una sentenza ampiamente motivata, inclusiva di una puntuale esaminazione sulle più complesse e delicate questioni relative al rapporto tra Stato e Regioni sino a quel momento sollevate e dibattute⁷¹.

Prima di entrare nel merito della decisione dei giudici amministrativi, occorre ricostruire i termini della questione. Con la citata ordinanza, la Regione Calabria aveva disposto la ripresa delle attività per bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismi con somministrazione esclusiva, non solo attraverso consegne a domicilio e servizio di asporto, già consentite dal d.P.C.M. del 26 aprile 2020, ma anche attraverso il servizio con tavoli all'aperto, nel rispetto delle misure minime di sicurezza, distanziamento ed igienico-sanitarie. Con tale provvedimento era stata pertanto introdotta

Nel punto 11 della sentenza, la legittimazione in esame era stata riconosciuta a partire da una valorizzazione del ruolo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, qualificandola come «il fulcro del necessario coordinamento dell'attività amministrativa posta in essere dallo Stato e dalle Autonomie di cui la Repubblica si compone». Intorno ad essa si sintetizzerebbero secondo i giudici gli interessi curati dalle amministrazioni pubbliche centrali e periferiche, con il «compito di assicurare l'esercizio coerente e coordinato dei poteri amministrativi». Il riconoscimento di una legittimazione processuale si poneva quindi come la conseguenza di siffatti caratteri «in alternativa all'esercizio delle funzioni di controllo e sostitutive previsti dalla Costituzione, laddove l'esercizio dei poteri amministrativi avvenga in maniera disarmonica o addirittura antitetica».

⁷⁰ A testimonianza del carattere multilivello assunto dalla controversia, si precisa che nell'ambito di tale controversia, a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza regionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, erano altresì intervenuti in giudizio con un intervento *ad opponendum* i Comuni di Amendolara e Tropea e con un intervento *ad adiuvandum* il Comune di Reggio Calabria.

⁷¹ Tra i contributi che hanno puntualmente esaminato la vicenda cfr. U. ADAMO, S. GAMBINO, W. NOCITO, *La Regione Calabria, il d.P.C.M. del 26 aprile e le "Ordinanze Santelli" n. 37 e 38 alla luce di una non trovata leale collaborazione*, in *Astrid Rassegna*, 2020; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, p. 398 ss.; A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regione Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841)*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 6, 2020; G. SOBRINO, *Misure "anti-Covid" e Costituzione. Il TAR Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 5, 2020; 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 *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020.

una misura maggiormente permissiva rispetto al contenuto dell'intervento governativo.

La delicatezza della questione, il peso assunto dalla controversia e il forte interesse dell'opinione pubblica su di essa aveva condotto il Collegio a sviluppare delle considerazioni preliminari⁷², precisando che non competesse al giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e stabilire il contenuto dei provvedimenti all'esito di un bilanciamento tra interessi. Si tratta di un principio che era necessario affermare, secondo i giudici con più forza, per le peculiarità del caso di specie, ritenendo che l'operato dell'autorità giurisdizionale fosse di ordine meramente tecnico, limitandosi a verificare la conformità del provvedimento al modello legale⁷³.

Prima di esaminare i motivi del ricorso, il Tribunale si era preliminarmente pronunciato sulle questioni pregiudiziali; intanto sull'eccezione di difetto di giurisdizione dedotta dalla Regione Calabria⁷⁴, che era stata rigettata sulla base di tre motivi. In primo luogo, era stato constatato che l'atto emanato dalla Presidente della Regione Calabria fosse un'ordinanza e dunque un atto espressione del potere amministrativo su cui «il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica»⁷⁵. Le presenti considerazioni suscitano delle perplessità nella misura in cui non si comprende quale fosse il rilievo che potesse avere ai fini della decisione dei giudici sulla sussistenza della propria giurisdizione il fatto che oggetto del ricorso fosse un atto amministrativo⁷⁶.

⁷² Si fa riferimento al punto 16 della sentenza.

⁷³ Per un approfondimento sulla condotta processuale del TAR Calabria tenuta in occasione di tale ricorso si veda A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regione Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 4 ss. In merito al punto 16 della sentenza l'Autore parla di una «retorica giustificativa» tesa a sterilizzare verosimilmente le possibili censure di politicità della decisione, non nascondendo su ciò delle perplessità, costituendo, secondo l'A., aspetti che dovrebbero rientrare nel fisiologico andamento del processo amministrativo.

⁷⁴ Secondo tale parte, dal momento che era stata avallata la tesi che l'ordinanza avesse invaso una sfera di attribuzioni del Governo centrale, la controversia avrebbe dovuto assumere un tono costituzionale e dunque rientrare nella giurisdizione della Corte costituzionale.

⁷⁵ Punto 10.1 della sentenza.

⁷⁶ Sul punto si veda F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lock-down è lo Stato a dettare legge*, cit., p. 377 e A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regio-*

Difatti, come è noto e pacifico, qualsiasi atto non legislativo⁷⁷, finanche comportamenti che non si traducono nell'emanazione di atti⁷⁸, sono suscettibili di sollevare conflitti di attribuzione.

La sussistenza della propria giurisdizione era stata meglio motivata con la successiva osservazione, nell'ambito della quale il Collegio ben aveva precisato che non fosse sufficiente a conferire un tono costituzionale alla controversia motivare che le ragioni di illegittimità dedotte fossero inerenti ai confini delle attribuzioni definite dal testo costituzionale. Si tratta difatti di un "tono" da escludere in ragione delle eccezioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri con le quali non era stata lamentata una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali, ma era stata dedotta l'illegittimità degli atti in ragione della violazione dei limiti al potere di ordinanza definiti dal d.l. n. 19/2020. Nonostante la fisionomia delle osservazioni, il Collegio nel punto successivo della sentenza aveva tuttavia puntualizzato che anche se fosse stato attivabile il giudizio di conflitto di attribuzione, la via del ricorso dinanzi al giudice amministrativo sarebbe rimasta legittima⁷⁹.

ne Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841), cit., p. 6. Gli Autori sostengono che, piuttosto, tale argomentazione dovesse essere proposta al fine di corroborare la tesi della concorrenza delle giurisdizioni.

⁷⁷ Nella sentenza n. 40 del 20 gennaio 1977 la Corte costituzionale aveva difatti precisato che «la natura dell'atto, che si affermi invasivo dell'altrui competenza costituzionale, non ha mai assunto, nella giurisprudenza di questa Corte, rilievo determinante ai fini della ammissibilità di conflitti tra Stato e Regioni. Atti idonei a provocarne l'insorgere sono stati, infatti, ritenuti così concreti provvedimenti amministrativi, come regolamenti ed altri atti generali; così atti di controllo, come pronunce giurisdizionali od atti connessi con l'esercizio della funzione giurisdizionale [...]».

⁷⁸ Così la sentenza della Corte cost. n. 120 del 10 ottobre 1979, nella quale era stato espressamente sostenuto che «qualsiasi comportamento effettivamente significativo dello Stato o di una Regione possa configurare un atto invasivo dell'altrui sfera di competenza o tale da menomare le possibilità di esercizio di altrui potestà».

⁷⁹ Sul punto difatti non si evince la ragione per cui i giudici, dopo aver escluso la sussistenza dei presupposti per la proposizione del ricorso per conflitto di attribuzione e ben distinto la natura dei due giudizi, abbiano dovuto proporre una simile ulteriore argomentazione al fine di dimostrare la possibile concorrenza dei ricorsi. In tale passaggio era stato sostenuto, richiamando una giurisprudenza del Consiglio di Stato, che l'ente in conflitto possa scegliere, anziché proporre due giudizi, la proposizione di un unico ricorso dinanzi al giudice amministrativo, deducendo tutti i motivi di illegittimità. In merito a ciò, appaiono condivisibili dunque le considerazioni critiche sviluppate in F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lock-down è lo Stato a dettare legge*, cit., p. 382 ss. Secondo gli autori difatti, pur rientrando nelle possibilità del Tribunale ammi-

Con riferimento ai motivi del ricorso, partendo dalla sollevata eccezione di illegittimità costituzionale del d.l. n. 19/2020, il Tribunale aveva ritenuto di non sospendere il giudizio e di non sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte. Sul punto, era stato argomentato che, in relazione alla eccepita violazione della riserva di legge, l'art. 41 Cost., nella parte in cui dispone che la libera iniziativa economica non può arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana, non prevede una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore affinché la sua attività non sia di pregiudizio per la salute pubblica. E pertanto, nel caso di specie, il contrasto tra norma costituzionale e la disposizione legislativa, che aveva demandato al Presidente del Consiglio dei Ministri la predisposizione di simili interventi restrittivi, non sarebbe sussistito⁸⁰. Nel quadro delle argomentazioni sviluppate al fine di dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del decreto-legge, il TAR aveva quindi riconosciuto il fondamento della competenza dello Stato all'adozione di siffatto decreto nelle disposizioni costituzionali che riconducono nell'ambito delle competenze esclusive statali la materia di «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2, lett. g)). Non solo, i giudici avevano altresì rinvenuto la sussistenza della competenza statale anche con riferimento alle materie di tutela della salute e protezione civile, quali materie su cui insistono le competenze concorrenti dello Stato e delle Regioni, nell'ambito delle quali, per effetto della c.d. "chiamata in sussidiarietà", la competenza sarebbe stata attratta a livello statale. Più precisamente, in virtù del principio di sussidiarietà, dal momento che il carattere internazionale dell'emergenza sanitaria aveva richiesto un'individuazione di misure precauzionali a livello amministrativo unitario, il

nistrativo conoscere sia dell'illegittimità che dell'incostituzionalità dell'atto, con l'accoglimento della tesi perorata dal TAR Calabria si disconoscerebbe la competenza della Corte costituzionale ex art. 134 Cost. a risolvere i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni. Non solo, il riconoscimento di una simile possibilità all'ente coinvolto realizzerebbe forme di *forum shopping* nei rapporti tra Stato e Regioni.

⁸⁰ Come precisa il TAR Calabria nel punto 18.1 della sentenza, il contenuto del provvedimento risultava comunque predeterminato dall'art. 1 d.l. n. 19/2020, mentre era demandata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa l'individuazione dell'ampiezza delle limitazioni in ragione dell'esame epidemiologico.

principio di legalità dell'azione amministrativa aveva conseguentemente implicato siffatta attrazione della funzione legislativa⁸¹.

Dopo tali premesse e passaggi, erano state infine presentate le motivazioni dell'illegittimità del provvedimento regionale. In primo luogo, l'illegittimità era emersa secondo il Collegio dalla violazione dei limiti definiti *ex lege* dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, trattandosi di una misura ampliativa e non più restrittiva rispetto al contenuto dei d.P.C.M. e avendo chiaramente inciso sulle attività produttive. Le argomentazioni del Collegio non si erano tuttavia limitate ad accertare esclusivamente la sussistenza di tale vizio, avendo altresì rilevato nel provvedimento il difetto di istruttoria e di motivazione, con conseguente accoglimento del secondo motivo del ricorso. Come sostenuto, nel corpo motivazionale dell'ordinanza il riferimento era stato rivolto esclusivamente al valore di replicazione del virus, quando invece il rischio epidemiologico dipende anche da altri fattori quali «l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate». La mancanza di siffatti elementi aveva dunque reso gli interventi non conformi ai principi di proporzionalità e precauzione, essendo stato evidenziato dai giudici che, diversamente dal caso di specie, «le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate [...] gradualmente, in modo che si possa misurare, di

⁸¹ Si tratta dello strumento individuato dalla Corte cost. a partire dalla sentenza n. 303/2003 al fine di introdurre «un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida [...] la stessa distribuzione delle competenze legislative [...]». Come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 6 del 2004 tuttavia tale sistema flessibile «deve risultare adottato a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali». Secondo il TAR Calabria dunque tale requisito sarebbe stato integrato dalla previsione di una consultazione preventiva dei Presidenti delle Regioni interessate, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui la misura avesse riguardato l'intero territorio nazionale, ai fini dell'emanazione dei d.P.C.M., ai sensi dell'art. 2 d.l. n. 19/2020. In merito a tali aspetti è stato sostenuto in G. SOBRINO, *Misure 'anti-Covid' e Costituzione. Il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 204, che l'assunzione da parte del TAR del principio di sussidiarietà verticale quale fondamento costituzionale del decreto-legge sarebbe risultata potenzialmente pericolosa, dal momento che avrebbe esposto il medesimo a potenziali censure di illegittimità per violazione del principio di leale collaborazione, limitandosi a prevedere una forma di consultazione e non invece un'intesa.

volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali», coerentemente con «il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica».

Non solo, i giudici avevano altresì accolto l'ultimo motivo di ricorso, sostenendo che l'emanazione dell'ordinanza non era stata preceduta da alcuna forma di consultazione o di informazione, violando così il dovere di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, che costituisce altresì «elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9)⁸².

A margine degli ultimi punti della pronuncia non possono nascondersi dunque delle perplessità. Se dall'analisi della pronuncia relativa al primo motivo del ricorso era emersa un'incondizionata impossibilità per le Regioni di allentare le misure contenute nei d.P.C.M. nel rispetto dei perimetri definiti dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, dai successivi rilievi risultava una posizione parzialmente diversa; in special modo nella parte in cui era stato sostenuto che «ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia» non poteva che essere «frutto di un'istruttoria articolata», che nel caso di specie non sussisteva. Difatti da un simile quadro sembrava piuttosto scaturire che tale possibilità potesse rimanere aperta nell'ipotesi in cui il provvedimento, benché ampliativo e non restrittivo, fosse stato preceduto sul piano istruttorio da un'idonea valutazione del rischio epidemiologico includente anche ulteriori parametri, e da adeguate forme di consultazione con il Governo centrale, nel limite della proporzionalità del contenuto delle misure.

⁸² Come sostenuto in G. SOBRINO, *Misure 'anti-Covid' e Costituzione. Il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a TAR Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 206, in questa parte della pronuncia era stato dunque utilizzato il principio di leale collaborazione come parametro di legittimità sostanzialmente diretto del provvedimento sottoposto al suo scrutinio. Se tale approccio è condiviso nel merito, l'A. manifesta delle perplessità in relazione alla coerenza argomentativa della decisione, rilevando una contraddizione latente tra tali argomentazioni e l'applicazione "debole" del principio di sussidiarietà, essendo stata ritenuta soddisfattiva dei doveri derivanti dal principio di leale collaborazione l'acquisizione di un mero parere anziché la conclusione di un'intesa.

4. *Le misure ampliative e gli interventi “troppo” restrittivi della fase 2*

L'entrata in vigore del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74, rappresenta un passaggio significativo nell'evoluzione del rapporto centro-periferia sinora ricostruito. Un primo punto di rilievo risiede nell'art. 1, co. 1, di tale decreto. Attraverso tale norma, il legislatore dell'emergenza aveva disposto la cessazione di ogni effetto delle misure *ex artt. 2 e 3 d.l. n. 19/2020* limitative della circolazione all'interno del territorio regionale, pur riconoscendo la possibilità di adottarle nuovamente con riferimento a specifiche aree interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica⁸³. Al di là di tale punto, la norma che aveva nuovamente regolamentato il tema in oggetto risiede nell'art. 1, co. 16, del decreto-legge. *In primis* erano stati disposti puntuali obblighi in capo alle Regioni di monitoraggio del rischio epidemiologico e il conseguente obbligo di comunicazione dei dati rilevati giornalmente al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al Comitato tecnico scientifico. Nell'ambito del medesimo comma era stata riproposta la possibilità per le Regioni di disporre in senso derogatorio rispetto alle misure emanate attraverso l'art. 2 d.l. n. 19/2020. Analogamente a quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del precedente decreto-legge, era stato altresì disposto che tali misure avessero un'efficacia limitata nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., ma erano stati inoltre rafforzati *ex lege* gli oneri motivazionali cui era subordinato l'intervento regionale. Dunque, era stato espressamente previsto che l'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, in relazione al quale disporre in senso derogatorio, fosse accertato secondo gli specifici criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020. Oltre ai profili attinenti al piano motivazionale dei provvedimenti, la norma non solo aveva confermato la possibilità di emanare ordinanze più restrittive rispetto a quelle contenute nei d.P.C.M., ma anche ordinanze ampliative delle misure in essi contenute, con l'obbligo di informare contestualmente il Ministro della salute in entrambi i casi. Si tratta di una previsione fortemente innovativa rispetto all'assetto precedente, che

⁸³ Sul punto rilievi critici sono stati espressi in L. Di MAJO, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da COVID-19*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2, 2020, p. 177 ss.

era stata ispirata dal mutamento della situazione epidemiologica e dal progressivo calo del numero dei contagi, rendendo le Regioni significativamente coinvolte nella seconda fase di progressive riaperture delle attività produttive, anche nella consapevolezza di un rischio sanitario differenziato tra le differenti realtà del territorio nazionale⁸⁴.

Tale angolazione è pacifica se si considera anche il comma 14 del medesimo articolo nella misura in cui aveva rimesso alle Regioni e alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome l'emanazione di protocolli e linee guida cui le attività economiche, produttive e sociali avrebbero dovuto conformarsi al fine di prevenire o ridurre il rischio di contagi nei settori di riferimento, nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o linee guida nazionali⁸⁵. In secondo luogo, nel medesimo comma era stato disposto che le misure limitative di tali attività potessero essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, attraverso i d.P.C.M. ovvero attraverso le misure di cui al comma 16 e dunque attraverso ordinanze regionali.

Con il nuovo assetto normativo alcuni limiti espressamente previsti dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020 erano stati così superati: in particolare, il limite delle misure esclusivamente più restrittive e il limite dell'impossibilità di incidere sulle attività produttive. Non si comprende, pertanto, per quale ragione il legislatore non avesse abrogato, nell'emanazione di tale decreto, le precedenti disposizioni, o comunque perché non avesse modificato le stesse.

L'ampliamento dei margini di intervento regionale non aveva tuttavia smorzato le controversie tra centro e periferia che avevano caratterizzato

⁸⁴ Con riferimento a tale fase e, più nello specifico, ai nuovi margini di intervento riconosciuti alle Regioni, in C.A. CIARALLI, *La gestione della crisi sanitaria tra centro e periferia. Le misure adottate dalla Regione Abruzzo nel quadro dell'emergenza epidemiologica nazionale*, in *questa Rivista*, N.S. 2020 - *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, p. 155 ss., si è parlato di un "dialogo costruttivo" tra Stato e Regioni nella fase di c.d. "convivenza con il virus". L'A. si riferisce ad un dialogo costruttivo tradottosi nell'individuazione di un punto di equilibrio consistente da un lato nell'accettazione, da parte dello Stato, della possibilità in capo alle Regioni di porre in essere, condizionatamente alla situazione epidemiologica, misure di allentamento delle restrizioni, dall'altro nella permanenza in capo allo Stato della possibilità di intervenire esclusivamente su alcune materie dai profili particolarmente delicati e potenzialmente in grado di aumentare il numero di contagi.

⁸⁵ Chiaramente in assenza di quelli regionali era disposto che trovassero applicazione i protocolli o le linee guida nazionali.

la precedente fase. Sembra opportuno, in particolare, riportare i due casi che appaiono maggiormente meritevoli di attenzione anche alla luce delle riflessioni che il contenuto delle pronunce ha stimolato.

Il primo caso riguarda la decisione del TAR Sicilia, sez. III, che con decreto presidenziale⁸⁶ aveva sospeso l'efficacia dell'ordinanza regionale n. 33 del 22 agosto 2020⁸⁷, con argomentazioni poi riprese nella sentenza breve n. 1952 del 25 settembre 2020⁸⁸.

Dalle motivazioni del decreto presidenziale e della successiva sentenza era emerso che il provvedimento avesse inciso in modo decisivo sull'organizzazione e la gestione del fenomeno migratorio, che tuttavia rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. b) Cost., ma anche sulle materie «diritto di asilo» e «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» individuate dalla lett. a), co. 2, art. 117 Cost. Sul punto, secondo i giudici, erano venute in rilievo anche le norme introdotte dall'art. 2 d.l. n. 451/1995 (conv. dalla l. n. 563/1995) e dall'art. 9 del d.lgs. 142/2015, per cui sia gli *hotspot* sia i centri di prima accoglienza rientrano nella competenza del Ministro dell'interno, trattandosi di «strutture la cui finalità è quella di evitare la dispersione sul territorio dei migranti e consentire l'esecuzione di eventuali provvedimenti di espulsione» e dunque un'attività di controllo dell'immigrazione che si configura come «squisitamente di spettanza statale». Come anche le richiamate pronunce della Corte costituzionale ricordano, «il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio» e «seppure l'art. 1, co. 4, del d.lgs. n. 286/1998 riconosca la possibilità di interventi legislativi delle Regioni con riguardo

⁸⁶ Si tratta del decreto del Presidente della III sezione del TAR Sicilia n. 842 del 27 agosto 2020.

⁸⁷ Tale provvedimento aveva disposto che tutti i migranti presenti negli *hotspot* e nei centri di accoglienza venissero trasferiti e/o ricollocati in altre strutture al di fuori del territorio regionale, in ragione dell'impossibilità per l'ente regionale di garantire il rispetto delle misure sanitarie di prevenzione del contagio. Inoltre, era stato disposto il divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio regionale da parte di ogni migrante che avesse raggiunto le coste con imbarcazioni, incluse quelle delle O.N.G.

⁸⁸ Con la sentenza n. 1952 del 25 settembre 2020 il ricorso era stato dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in quanto l'ordinanza aveva cessato di produrre effetti in data 11 settembre 2020, dal momento che la stessa era valida dal 23 agosto 2020 e fino al 10 settembre 2020 compreso.

al fenomeno migratorio, tali interventi non possono riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale⁸⁹. Inoltre, secondo attenta osservazione, il provvedimento aveva inciso altresì sul territorio delle altre Regioni, contrastando il limite espressamente previsto dalla norma attributiva del potere di ordinanza *ex art.* 32 l n. 833/1978, nella parte in cui prescrive che tali atti debbano avere un'efficacia estesa esclusivamente al rispettivo territorio regionale.

Ad esito analogo il Collegio era giunto con riferimento all'art. 2 dell'ordinanza dal momento che, vietando l'ingresso, il transito e la sosta nel territorio siciliano di ogni migrante che avesse raggiunto le coste, il provvedimento aveva inciso sulla libertà di circolazione delle persone. Da qui l'ordinanza si era posta in contrasto con le previsioni dell'art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020, che avevano riservato la possibilità di limitare gli spostamenti da e per l'estero soltanto allo strumento individuato dall'art. 2 d.l. n. 19/2020, e dunque soltanto ai d.P.C.M.

In aggiunta a tali motivazioni era stato oltretutto puntualizzato che sul piano istruttorio non era emersa in alcun modo la sussistenza di sufficienti presupposti fattuali attinenti ad un comprovato rischio sanitario legittimante misure ulteriormente restrittive. Secondo i giudici dunque tale rischio sanitario legato alla diffusione del virus nella popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio, era stato meramente enunciato e non adeguatamente dimostrato. Infine, in analogia ad altre controversie richiamate, nel secondo motivo del ricorso, era stata rilevata la fondatezza della violazione del principio di leale collaborazione dal momento che non era emerso che il Presidente della Regione avesse formulato un'apposita proposta di decreto, quale possibilità prevista dall'art. 2 d.l. n. 19/2020, né una specifica interlocuzione sul punto con la Presidenza del Consiglio dei Ministri⁹⁰.

⁸⁹ Sul punto erano state espressamente richiamate dai giudici la sentenza della Corte cost. 15 aprile 2010, n. 134 e la sentenza 8 luglio 2010, n. 250.

⁹⁰ Per dovere di completezza si precisa che a sostegno della propria pronuncia il Collegio aveva concluso che non rilevasse alla difesa della Presidenza della Regione il richiamo all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, al principio di precauzione *ex art.* 191 del TFUE e all'art. 31 dello Statuto della Regione Sicilia. Più nello specifico, con riferimento a tale ultimo aspetto, il comma 1 di tale articolo dispone che «Al man-

Il secondo caso che si intende riportare in questa sede va ricondotto al ricorso presentato per l'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione autonoma della Sardegna 11 settembre 2020, n. 43, attraverso cui era stata prescritta, tra le misure, la presentazione all'atto dell'imbarco dell'esito di un test sierologico, molecolare o antigenico rapido, che fosse stato effettuato nelle 48 ore precedenti e, comunque, in mancanza, l'obbligo ad effettuare lo stesso entro le 48 ore successive all'ingresso, prevedendo l'isolamento domiciliare fino ad esito negativo⁹¹.

La decisione dei giudici amministrativi di sospensione cautelare del provvedimento, inizialmente con decreto monocratico e successivamente confermata con ordinanza collegiale⁹², si era posta in piena continuità con la pronuncia del TAR Sicilia, confermando il rilievo che, ai fini della legittimità del provvedimento, assume l'effettiva sussistenza dei presupposti fattuali di necessità, contingibilità e urgenza, insieme al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Nelle argomentazioni dei giudici era stato espressamente precisato che il provvedimento, incidendo sulla libertà di circolazione delle persone, in particolare la libertà di spostamento da e per l'estero, avesse violato la sopracitata "riserva di d.P.C.M" ex art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020. Tuttavia, era stato dai giudici altresì osservato che la base motivazionale del provvedimento era stata individuata dall'autorità regionale nella sussistenza di un aggravamento del rischio sanitario e nell'insostenibile pressione sul sistema sanitario regionale, che tuttavia per il Collegio non erano risultati tali da imporre siffatte limitazioni. Dunque il tribunale rilevava che le misure non fossero state adottate «nel

tenimento dell'ordine pubblico provvede il Presidente della Regione a mezzo della polizia dello Stato, la quale nella Regione dipende disciplinarmente, per l'impiego e l'utilizzazione, dal Governo regionale. Il Presidente della Regione può chiedere l'impiego delle forze armate dello Stato». Tuttavia, come rilevato dal Collegio, al di là del fatto che nella gravata ordinanza tale norma non fosse stata richiamata e che fosse discutibile l'immediata attuabilità della disposizione, «l'art. 31 fa riferimento, in ogni caso, al "mantenimento dell'ordine pubblico" che è ambito autonomo e distinto rispetto a quello della tutela della salute pubblica di cui all'art. 32 della l. n. 833/1978, la cui definizione normativa come istituto di diritto amministrativo è contenuta nell'art. 159, co. 2, del d.lgs. n. 112/1998». Per considerazioni su tale punto si confronti A. CIOFFI, *Sui poteri di necessità e di urgenza della Regione Siciliana nell'emergenza Covid e migranti (nota a Tar Sicilia - sez. III- decreto cautelare 27 agosto 2020 n. 842)*, in *Giustizia Insieme*, 15 settembre 2020.

⁹¹ In particolare ci si riferisce agli art. 10, 11 e 12 dell'ordinanza in esame.

⁹² Cfr. decreto monocratico del Presidente del TAR Sardegna, sez. I, 17 settembre 2020, n. 344 e l'ordinanza del TAR Sardegna, sez. I, 8 ottobre 2020, n. 368.

rispetto delle indicate disposizioni normative e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente nella Regione nonché in presenza di ragioni di necessità ed urgenza tali da giustificare l'adozione, con ordinanza regionale (e non con un d.P.C.M), di una misura limitativa della libera circolazione delle persone fra le regioni e fra le nazioni». Va osservato comunque che se dalle precedenti argomentazioni la possibilità per le Regioni di disporre simili limitazioni alla circolazione era esclusa per effetto dell'art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020, con le ultime osservazioni si poteva invece dedurre che tale opportunità non fosse da escludere aprioristicamente, ma che essa fosse dipesa piuttosto dalla presenza di un effettivo e significativo rischio sanitario, assente in quella circostanza.

La vicenda si configura come un caso di estremo interesse anche per un ulteriore aspetto. Due giorni prima della pubblicazione dell'ordinanza collegiale del TAR Sardegna era stata emanata un'ulteriore ordinanza da parte del Presidente della Regione⁹³ con cui era stata prorogata l'ordinanza n. 43 dell'11 settembre 2020 a far data dall'8 ottobre 2020 fino al 23 ottobre 2020, prendendo atto che il decreto monocratico n. 344/2020 cessasse i suoi effetti il 7 ottobre, ovvero fino alla data fissata della camera di consiglio. Dunque, si tratta di un ulteriore caso in cui il potere amministrativo ha mostrato i suoi caratteri di inesauribilità, pur implicanti ulteriori forme di confusione e difficoltà interpretative che minano la certezza dei rapporti giuridici.

5. Il più recente sistema di coordinamento e le differenziazioni cromatiche per Regione

Nell'evoluzione del rapporto tra Stato e Regioni durante le differenti fasi di gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125 si configura come un punto di snodo particolarmente significativo. Tale constatazione non dispiega esclusivamente che la norma costituisce la più recente modifica alle norme disciplinanti il rapporto, con riferimento specifico ai limiti all'esercizio del potere di ordinanza, ma anche perché costituisce un encomiabile punto di equilibrio individuato

⁹³ Cfr. ordinanza del Presidente della Regione Autonoma della Sardegna n. 46 del 6 ottobre 2020.

dal legislatore nel bilanciamento tra pressioni contrapposte. Con l'art. 1, co. 2, il legislatore dell'emergenza ha modificato alcune disposizioni del d.l. n. 33/2020, convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74. Tra di esse, ai sensi della lett. *a*) di tale norma è stato modificato l'art. 1, co. 16, tale decreto-legge, e, se da un lato è stata lasciata inalterata la possibilità per le Regioni di disporre misure più restrittive rispetto a quelle disposte dai d.P.C.M., con l'obbligo di informazione contestuale al Ministro della salute, dall'altro l'emanazione di ordinanze dal contenuto maggiormente ampliativo è stata subordinata all'acquisizione di un'intesa con il Ministro della salute, nei soli casi e nel rispetto dei decreti dalla norma richiamati⁹⁴. Una simile soluzione, alla luce della volontà manifestata sin dagli inizi, di perimetrare entro puntuali confini l'esercizio del potere di ordinanza regionale, è maggiormente apprezzabile rispetto ai tentativi precedenti, *supra* ricostruiti, perché ha individuato un meccanismo in grado di non comprimere interamente l'autonomia regionale e di soddisfare contestualmente le esigenze di unitarietà necessarie per la gestione di tale emergenza. Ragionevolmente dunque, secondo la *ratio* di tale norma, un simile meccanismo avrebbe dovuto scongiurare, considerata la fase di aggravamento del rischio sanitario in cui si inseriva, qualsiasi misura regionale di ingiustificato ed eccessivo allentamento delle misure disposte sul piano nazionale, considerato il potenziale rischio epidemiologico che simili misure avrebbero prodotto nelle Regioni limitrofe. Non sorprende pertanto che a seguito dell'impugnazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del tentativo, tramite ordinanza del Presidente della Provincia autonoma di Trento, di scostamento da un intervento statale⁹⁵, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa con decreto monocratico n. 47 del 2 novembre 2020 abbia accolto l'istanza di sospensione cautelare⁹⁶.

⁹⁴ La norma si riferisce presumibilmente al decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020, intendendo così che l'emanazione di misure ampliative dovesse avvenire in relazione all'andamento della situazione epidemiologica da dover accertare secondo i criteri definiti da tale decreto.

⁹⁵ La misura era stata emanata con il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020.

⁹⁶ In particolare, con ordinanza del Presidente della Provincia Autonoma di Trento n. 49 del 26 ottobre 2020 era stato previsto che l'orario delle attività presso i bar, gelaterie e pasticcerie fosse consentito dalle ore 05:00 alle ore 20:00 e per le attività di ristorazione dalle ore 05:00 alle ore 22:00. Diversamente, era stato disposto dal d.P.C.M. 24 ottobre 2020 la chiusura di tale at-

Il Governo ha successivamente emanato il d.P.C.M. 3 novembre 2020, attraverso cui è stata costruita la strategia di contrasto e di contenimento della seconda ondata di diffusione del virus. Segnatamente, è stato definito un livello minimo di restrizioni da estendere sull'intero territorio nazionale ed ulteriori misure limitative che trovavano applicazione solo in alcune Regioni, condizionatamente alla categoria di rischio di appartenenza. Ai sensi dell'art. 2, co. 1, e dell'art. 3, co. 1, la classificazione delle Regioni avveniva tramite ordinanza del Ministro della salute, previa consultazione delle Regioni interessate, sulla base del monitoraggio dei dati secondo quanto definito nel documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale» e sulla base dei dati elaborati dalla Cabina di regia, tenendo conto degli indicatori e dei criteri definiti dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020⁹⁷. Ai sensi del comma 3 dell'art. 2 e dell'art. 3 del presente d.P.C.M., la permanenza dei presupposti era verificata con frequenza settimanale dal Ministro della salute, fermo restando la permanenza minima di un periodo di 15 giorni e l'obbligo di una nuova classificazione in caso di permanenza della Regione in un livello di rischio o scenario inferiore per un periodo minimo pari a 14 giorni⁹⁸. Pur trattandosi di provvedimenti e decisioni emanati a livello centrale che hanno impattato in modo diversificato sui territori regionali, non può di certo negarsi che non vi sia stato coinvolgimento alcuno

tività sul territorio nazionale alle ore 18:00. Curiosamente comunque il 1 novembre 2020, dunque nelle 24 ore precedenti alla pubblicazione del decreto monocratico, con ordinanza n. 52, il Presidente della Provincia Autonoma di Trento ha infine disposto l'adeguamento di tale misure al contenuto del d.P.C.M., richiamando espressamente nella motivazione dell'atto l'interlocuzione istituzionale avvenuta tra i diversi livelli di governo nelle ore precedenti e qualificando come maggiormente opportuna la scelta di rendere le misure provinciali coerenti ed omogenee con la normativa nazionale.

⁹⁷ Più precisamente l'appartenenza di una Regione alle c.d. "zone arancioni" derivava ai sensi all'art. 2, co. 1, dalla collocazione della stessa in uno "scenario di tipo 3" (secondo il documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale») e con un livello di rischio "alto" (secondo la collocazione nella matrice definita dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020). Diversamente, l'appartenenza di una Regione tra le c.d. "zone rosse" dipendeva, ai sensi all'art. 3, co. 1, da una collocazione contestuale in uno "scenario di tipo 4" e in un livello di rischio "alto".

⁹⁸ Le disposizioni che definiscono il procedimento di classificazione del territorio regionale, originariamente introdotte con il d.P.C.M. 3 novembre 2020, sono attualmente contenute nell'art. 1, co. 16-*bis* e *ter*, d.l. n. 33/2020.

degli enti di governo regionali in tali processi decisionali⁹⁹. Con il d.l. n. 1 del 5 gennaio 2021 e il d.l. n. 2 del 14 gennaio 2021 sono stati inseriti nell'art. 1 d.l. n. 33/2020 il comma 16-*quater* e i commi 16-*quinques* e *sexies*, che hanno parzialmente modificato il meccanismo di classificazione. In particolare, sono stati introdotti nuovi parametri ed è stata istituita la possibilità per un territorio regionale di essere classificato, soddisfatti alcuni requisiti, come una c.d. "zona bianca"¹⁰⁰.

In piena conformità alle possibilità previste dalle previsioni normative, si sono verificati anche in questa fase casi in cui le Regioni hanno emanato misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle previste dalla relativa categoria di rischio di appartenenza. Interessante è il caso di particolare virtuosità in cui la Regione Veneto, Emilia-Romagna e la Regione autonoma del Friuli-Venezia Giulia avevano in accordo emanato ordinanze dal contenuto più restrittivo¹⁰¹, acquisendo peraltro una preventiva intesa con il Ministro della salute, pur essendo la medesima obbligatoria solo nel caso di ordinanze di allentamento delle restrizioni. Si è trattato di una vicenda in cui la leale collaborazione ha trovato una felice concretizzazione, pur dovendo constatare che, a seguito della classificazione del Friuli-Venezia Giulia come c.d. "zona arancione", il Presidente della

⁹⁹ Sia il d.P.C.M., come da procedura *ex art.* 2 d.l. n. 19/2020, che le ordinanze di classificazione del Ministro della salute erano state emanate previa consultazione della Regione interessata. Inoltre, il medesimo documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale» era stato condiviso dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 8 ottobre 2020. Infine, c'è altresì da ricordare che la composizione della Cabina di regia, di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, prevedeva al suo interno, tra i vari membri, tre rappresentanti delle Regioni.

¹⁰⁰ Il nuovo parametro introdotto è il valore relativo all'incidenza settimanale dei contagi sul proprio territorio regionale ogni 100.000 abitanti. Con l'inserimento del nuovo parametro, la classificazione di un territorio regionale come "zona arancione" e "zona rossa" è divenuta molto più probabile. Se l'incidenza settimanale risulta superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti, una Regione con un rischio moderato o alto ed uno scenario di tipo 2, oppure con un rischio alto ma con uno scenario di tipo 1 ricadrebbe in entrambi i casi nella categoria delle c.d. "zone arancioni". Ai sensi del co. 16-*sexies* dell'art. 1, d.l. n. 33/2020, la Regione collocata in uno scenario di tipo 1, un livello di rischio basso ed un'incidenza settimanale per tre settimane consecutive inferiore a 50 ogni 100.000 abitanti risulterebbe categorizzata come "zona bianca". In tale remota ipotesi cesserebbero di avere efficacia in quel territorio le misure *ex art.* 1, co. 2, d.l. n. 19/2020, e le attività verrebbero disciplinate tramite dei protocolli definiti tramite appositi d.P.C.M.

¹⁰¹ Si tratta dell'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 168, dell'ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 216 e dell'ordinanza del Presidente della Regione Autonoma del Friuli-Venezia Giulia n. 41 del 12 novembre 2020.

Regione in questione ha ritirato siffatta ordinanza¹⁰², diversamente dall'Emilia-Romagna che era stata comunque classificata in modo analogo¹⁰³. Il meccanismo di coordinamento richiamato all'inizio del paragrafo non è stato comunque modificato dal successivo Governo, presieduto da Mario Draghi, pur nell'ambito di una differente strategia di azione. Difatti, eccezion fatta per il d.P.C.M. del 2 marzo 2021, i successivi interventi del Governo sono stati emanati attraverso decreti-legge¹⁰⁴ per mezzo dei quali sono state disposte ulteriori misure per rispondere alle esigenze derivanti dal mutamento della situazione epidemiologica. Ai sensi di quanto disposto all'interno di tali decreti-legge, per quanto non modificato con i decreti medesimi, avrebbero comunque continuato a trovare applicazione le misure contenute nel d.P.C.M. 2 marzo 2021¹⁰⁵. Il corollario di siffatta variazione nella strategia di azione è stato da un lato un maggiore coinvolgimento del Parlamento all'interno dei processi decisionali, dall'altro una sottrazione di ulteriori margini di intervento alle autorità regionali. Più nello specifico, la diretta disciplina di misure di contenimento attraverso una fonte normativa di rango primario ha consentito alle medesime autorità regionali di disporre interventi derogatori, ai sensi dell'art. 1, co. 16, d.l. n. 33/2021, solo con riferimento agli ambiti materiali che, non disciplinati dai decreti-legge, erano rimasti regolamentati dal d.P.C.M. 2 marzo 2021.

Al di fuori di queste significative variazioni, con il nuovo Governo, il sistema di differenziazione cromatica regionale è stato confermato, pur nella variazione dei relativi meccanismi di classificazione dei territori condizionatamente all'andamento della curva epidemiologica. In particolare, con la più recente diminuzione dei contagi e la riduzione del tasso di ospedalizzazione, è stato emanato il decreto-legge 18 maggio 2021,

¹⁰² La revoca dell'ordinanza n. 41 è stata disposta con ordinanza contingibile e urgente n. 42 del 14 novembre 2020.

¹⁰³ Si precisa che alcune delle misure previste dall'ordinanza rimanevano comunque ulteriormente restrittive rispetto a quanto era previsto dall'art. 2 del d.P.C.M. 3 novembre 2020, ovvero le misure da applicare nei territori regionali classificati come "zone arancioni".

¹⁰⁴ Cfr. *ex multis* il d.l. 13 marzo 2021, n. 30, il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, il d.l. 22 aprile 2021, n. 52; il d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

¹⁰⁵ In tal senso si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 1, co. 1, d.l. 22 aprile 2021, n. 52 e l'art. 16, co. 1, d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

n. 65, che ha ridefinito siffatto meccanismo classificatorio, individuando quali variabili determinanti l'incidenza settimanale dei contagi su 100.000 abitanti e il tasso di occupazione dei posti letto in area medica e/o in terapia intensiva¹⁰⁶.

5.1 *I nuovi conflitti nel bilanciamento tra diritti fondamentali*

Nell'ambito del nuovo quadro di regolamentazione e del relativo sistema di coordinamento, un settore nel quale le Regioni hanno introdotto in questa fase disposizioni derogatorie rispetto a quanto disposto dalle misure governative è stato quello dell'istruzione. Considerata anche la previsione di un *iter* rafforzato ai fini dell'introduzione di interventi di allentamento e l'effettivo aggravamento del rischio epidemiologico, nelle fasi più recenti, le misure derogatorie a livello regionale hanno presentato, per lo più esclusivamente, un contenuto più restrittivo. Chiaramente, anche in questo caso, il contenuto delle decisioni regionali espresse tramite ordinanza ha costituito la fonte di un numero significativo di controversie, ma è da rilevare che, diversamente da quanto avvenuto nelle altre fasi in questa sede ricostruite, le parti di tali controversie giurisdizionali dinanzi al giudice amministrativo non sono state le amministrazioni di livelli di governo diverso, ma, piuttosto, i conflitti sono sorti prevalentemente tra le amministrazioni regionali e gruppi di cittadini.

Prima di esaminare le delicate questioni sorte nell'ambito di tali controversie, appare ragionevole sviluppare *in primis* una breve ricostruzione degli interventi che hanno disciplinato le attività scolastiche nel corso di quest'ultimo anno.

La sospensione delle attività scolastiche di ogni ordine e grado e la conseguente attivazione della didattica a distanza era stata originariamente disposta con il d.P.C.M. del 4 marzo 2020¹⁰⁷ ed era stata reiterata sino alla

¹⁰⁶ Cfr. art. 13 del d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

¹⁰⁷ Nello specifico la misura era stata disposta ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *d*) e lett. *g*), del d.P.C.M. 4 marzo 2020, il cui fondamento era da rinvenire nell'art. 1, co. 2, lett. *d*) e lett. *f*), del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6.

fine dell'anno accademico con i successivi decreti¹⁰⁸. Pur tra numerose difficoltà¹⁰⁹, tra il 14 e il 24 settembre 2020 le scuole erano state riaperte¹¹⁰. Tuttavia, con l'aggravamento del rischio epidemiologico, erano state introdotte nuove restrizioni, pur variabilmente agli ordini e ai gradi delle istituzioni scolastiche. Nonostante alcune misure fossero state parzialmente anticipate da precedenti provvedimenti¹¹¹, la nuova disciplina era stata introdotta con il richiamato meccanismo di differenziazione regionale definito dal d.P.C.M. 3 novembre 2020 (*supra* par. 5). Con riferimento alle attività scolastiche, il decreto aveva incrementato al 100% per tutto il territorio nazionale il ricorso alla didattica digitale integrata per le scuole secondarie di secondo grado. Mentre, con riferimento esclusivo alle c.d. "zone rosse", tale previsione era stata estesa anche alle classi del II e III anno delle scuole secondarie di primo grado.

Tali disposizioni erano state confermate anche nel successivo d.P.C.M. 3 dicembre 2020, con la previsione che, a decorrere dal 7 gennaio 2021, sarebbe stata garantita nelle c.d. "zone gialle" e "arancioni" la didattica in presenza al 75% della popolazione studentesca delle scuole secondarie di secondo grado¹¹². Considerato che il termine finale di efficacia di tali

¹⁰⁸ Chiaramente i successivi d.P.C.M. hanno trovato il proprio fondamento giuridico nell'art. 1, co. 2, lett. p) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

¹⁰⁹ In merito alle difficoltà connesse alla preparazione della riapertura in sicurezza delle strutture scolastiche, si confronti F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 106 ss.

¹¹⁰ La data di riapertura era stata fissata al 14 settembre 2020 con ordinanza della Ministra dell'istruzione, ai sensi dell'art. 2 del d.l. 8 aprile 2020 n. 22. In alcune Regioni, come nel caso della Regione Campania e della Regione Puglia, in ragione delle elezioni per il rinnovo dei Consigli regionali, la riapertura delle scuole era stata tuttavia posticipata al 24 settembre 2020. In merito ai profili disciplinati dal d.l. 8 aprile 2020, n. 22, con particolare riferimento al tema della riapertura delle scuole, si veda P. Maci, *La scuola ai tempi del Covid-19. Una prima lettura del decreto legge n. 22 del 2020*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, pp. 345-350.

¹¹¹ Con l'art. 1, co. 9, lett. s), del d.P.C.M. 24 ottobre 2020 era stato ad esempio disposto un ricorso alla didattica digitale integrata pari almeno al 75% per le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado. In alcune realtà regionali tale percentuale era stata estesa al 100%, anticipando il contenuto del successivo d.P.C.M. 3 novembre 2020. In tal senso, a titolo puramente esemplificativo, la Regione Abruzzo, con ordinanza n. 92 del 26 ottobre 2020, e la Regione Calabria, con ordinanza n. 80 del 25 ottobre 2020.

¹¹² Un'ulteriore previsione degna di nota introdotta dall'art. 1, co. 10, lett. s) del citato decreto è stata l'istituzione di un tavolo di coordinamento per la definizione di misure di armonizzazione tra gli orari di ingresso ed uscita delle attività scolastiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico. Il tavolo era presieduto dal Prefetto e prevedeva la partecipazione di attori istitu-

disposizioni era fissato al 15 gennaio 2021, il Governo è intervenuto ulteriormente con il d.P.C.M. 14 gennaio 2021, prevedendo, con riferimento alle ultime istituzioni scolastiche richiamate e sempre relativamente alle zone non classificate come “rosse”, un meccanismo maggiormente flessibile con la definizione di un limite percentuale minimo (50%) ed un limite percentuale massimo (75%) di popolazione studentesca a cui garantire le attività didattiche in presenza¹¹³.

Il 6 marzo 2021 è in seguito entrato in vigore il nuovo d.P.C.M. 2 marzo 2021 che aveva in parte modificato le previsioni relative allo svolgimento delle attività scolastiche. In specie, ai sensi dell'art. 43, era stata disposta la sospensione, nelle c.d. “zone rosse”, delle attività scolastiche in presenza per le scuole di ogni ordine e grado, introducendo pertanto un assetto regolatorio più restrittivo rispetto al precedente. Inoltre, secondo le disposizioni contenute nell'art. 21, co. 2, di tale decreto, con tale provvedimento era stata espressamente introdotta la possibilità ai Presidenti delle Regioni o Province Autonome classificate diversamente di disporre siffatta misura al ricorrere di una delle tre seguenti ipotesi: nel caso in cui, nell'area sulla quale il Presidente di Regione avesse inteso disporre tale misura, fossero state adottate misure più restrittive rispetto al territorio regionale in ragione della circolazione di varianti del virus; nell'ipotesi in cui nella zona interessata vi fosse un'incidenza settimanale dei contagi superiore a 250 contagi ogni 100 mila abitanti; oppure nel caso di motivato ed eccezionale peggioramento del quadro epidemiologico.

Si tratta pertanto di un meccanismo di deroga speciale che era stato specificatamente riservato a siffatto settore all'interno del già speciale ordinamento relativo alla gestione della pandemia, che era stato riproposto anche nell'ambito della regolamentazione successiva. Con il decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, era stato disposto che dal 26 aprile 2021 e fino alla conclusione dell'anno scolastico, sarebbe stato garantito in presenza per l'intero territorio nazionale lo svolgimento dei servizi educativi per

zionali, quali il Presidente della Provincia o il Sindaco della Città metropolitana, gli altri Sindaci eventualmente interessati, i dirigenti degli ambiti territoriali del Ministero dell'istruzione, i rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ecc.

¹¹³ Tale meccanismo è entrato in vigore a decorrere dal 18 gennaio 2021.

l'infanzia, dell'attività scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado e, almeno per il 50% della popolazione studentesca, per le attività scolastiche e didattiche della scuola secondaria di secondo grado. All'interno di tale decreto, era stato in particolare introdotto un meccanismo di deroga speciale da parte delle autorità regionali (e dei Sindaci), riservandola «in casi di eccezionale e straordinaria necessità dovuta alla presenza di focolai o al rischio estremamente elevato di diffusione del virus SARS-CoV-2 o di sue varianti nella popolazione scolastica». Dunque, mentre gli altri ambiti materiali disciplinati dal decreto-legge risultavano così sottratti al meccanismo regionale di deroga tramite ordinanze, nel settore in esame tale possibilità era stata lasciata aperta.

Il complesso di tali elementi, insieme ai profili di delicatezza ad essi associati, rende il tema fonte di cospicuo interesse e, dunque, meritevole di una specifica trattazione all'interno di tale paragrafo.

Come anticipato, gli interventi derogatori da parte delle Regioni hanno trovato applicazione anche in questo settore. In specie, alcune Regioni sono intervenute sospendendo l'erogazione della didattica per le scuole di ogni ordine e grado, nonostante, prima dell'entrata in vigore dell'ultimo d.P.C.M., persino nelle c.d. "zone rosse" fosse previsto che le attività didattiche rimanessero in presenza per la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e per il primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado¹¹⁴. La reazione a simili misure da parte delle comunità regionali non è stata del tutto pacifica, a tal punto che in numerose occasioni gruppi di cittadini, in specie i genitori degli studenti dei rispettivi territori, hanno impugnato tali provvedimenti dinnanzi al giudice amministrativo. In tale contesto, l'esito non univoco delle decisioni dei giudici amministrativi ha testimoniato la complessità sottesa ad una simile operazione di bilanciamento nell'esercizio della discrezionalità.

Osservando il caso della Regione Campania, in un primo momento l'amministrazione regionale aveva sospeso le attività didattiche in presenza

¹¹⁴ Tra le Regioni che avevano inizialmente disposto in tal senso (ovvero una sospensione totale delle attività didattiche in presenza sia per la scuola primaria che quella secondaria) si ricorda la Regione Campania con ordinanza n. 86 del 30 ottobre 2020, la Regione Puglia con ordinanza n. 407 del 27 ottobre 2020, la Regione Calabria con ordinanza n. 87 del 14 novembre 2020.

per la scuola primaria e secondaria, ma anche per la scuola dell'infanzia ed i connessi servizi educativi, e, a seguito di varie impugnazioni, il TAR Campania ha respinto le istanze di sospensione cautelare dell'ordinanza regionale¹¹⁵, confermando la propria decisione anche in ricorsi successivi¹¹⁶. Tuttavia, il TAR Campania ha successivamente mutato la propria posizione con l'ulteriore riproposizione di misure restrittive derogatorie dell'amministrazione regionale nel periodo successivo alle festività natalizie¹¹⁷. Nell'ambito di questo giudizio cautelare, il Presidente della sezione, pur riconoscendo di aver ritenuto non irragionevole la sospensione delle attività didattiche nelle circostanze appena richiamate, ha constatato la necessità di una rivalutazione dell'intero quadro alla luce della perduranza e perpetuità di tali sospensioni. In questa occasione dunque, il giudice ha mutato la propria posizione accogliendo l'istanza di sospensione cautelare, constatando, tra i vari aspetti sollevati, la mancanza nella motivazione del provvedimento della dimostrazione dell'insufficienza delle misure governative, esito anch'esse di un'operazione di bilanciamento¹¹⁸. Inoltre, in ragione dell'assenza di una comprovata

¹¹⁵ Così i decreti n. 1921 del 19 ottobre 2020 e n. 1914 del 17 ottobre 2020 del Presidente della sez. V relativamente all'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020.

¹¹⁶ Ci si riferisce ai decreti del Presidente della V sez. del TAR Campania del 9 novembre 2020, n. 2025, n. 2026, n. 2027 e del 10 novembre 2020 n. 2033 con cui erano state respinte le istanze di sospensione cautelare nei ricorsi presentati per l'annullamento della successiva ordinanza n. 89 del 5 novembre 2020. Un esito analogo hanno avuto anche i decreti n. 2153 e 2161 del 19 novembre 2020 con riferimento all'ordinanza regionale n. 90 del 15 novembre 2020. Con riferimento ai decreti che hanno rigettato l'istanza di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 89 era stato altresì proposto l'appello dinnanzi al Consiglio di Stato, che con decreto presidenziale, sez. III, del 10 novembre 2020, n. 6453, ha confermato la decisione cautelare del Presidente del TAR. L'appello era stato ritenuto ammissibile dal giudice in ragione della natura degli interessi coinvolti, riferiti a valori costituzionalmente tutelati, il cui pericolo di lesione configurava la controversia come uno dei «uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello». Su ciò si vedano le osservazioni di C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 18 dicembre 2020.

¹¹⁷ Con ordinanza n. 2 del 16 gennaio 2021 era stata disposta la sospensione, fino al 23 gennaio 2021, delle attività didattiche in presenza per le classi quarta e quinta della scuola primaria e le scuole secondarie di primo e secondo grado.

¹¹⁸ Così nel decreto del Pr. TAR Campania, sez. V, n. 142 del 20 gennaio 2021. Un esito analogo ha avuto la decisione del medesimo Presidente espressa con il decreto n. 153 del 22 gennaio 2021. Tuttavia, avendo il Pr. residualmente constatato la sussistenza di un interesse della parte ricorrente relativamente alla persistente sospensione delle attività didattiche in presenza

situazione di aggravamento del rischio sanitario, alla luce dei dati rilevati, dell'inidoneità e della mancata adeguatezza della misura, il provvedimento era risultato privo degli elementi che costituiscono il parametro del sindacato di proporzionalità e ragionevolezza¹¹⁹.

Sempre con riferimento a tale ambito materiale, un altro caso che si presenta come una significativa fonte di interesse e meritevole di cospicua attenzione è la vicenda che ha coinvolto la Regione Puglia¹²⁰. A seguito di due ricorsi, la sezione di Bari e la sezione di Lecce del TAR Puglia¹²¹, con decreti pubblicati lo stesso giorno, si sono pronunciate in modo tra loro opposto. Nel decreto del TAR Puglia-Lecce era emerso difatti che, nel necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio, il primo dovesse prevalere sul secondo, stante la

delle scuole superiori, il contenuto della tutela cautelare è risultato differente. Come *supra* specificato, con riferimento alle scuole secondarie di secondo grado era stato introdotto il sistema di flessibilità della forbice percentuale, da cui era derivato un conseguente dovere in capo all'amministrazione di individuare, a margine o a valle, il proprio margine di intervento. Con la necessità di una previa individuazione di tale quota percentuale e delle funzionali misure "proattive" finalizzate ad assicurare la piena fruizione di forme didattiche integrate, la mera sospensione dell'ordinanza non rendeva soddisfacibile l'interesse della parte ricorrente. Pertanto, con tale decreto, il giudice ha individuato il contenuto della tutela cautelare nell'ordine impartito alla Regione di conformarsi al contenuto del provvedimento governativo (il d.P.C.M. del 16 gennaio 2021), fissando quale termine finale il 1° febbraio 2021.

¹¹⁹ Secondo il giudice, «La giuridica possibilità di discostarsi dalle adottate misure [...] non può tuttavia prescindere, conformemente del resto alla consolidata giurisprudenza in materia, necessariamente adattata alla fattispecie all'esame:

a) dall'acquisizione di dati attuali, pertinenti e rilevanti, sotto il profilo della "quantificazione" del contagio e dell'idoneità delle misure individuate, tenuto conto della già prevista, a livello centrale, flessibilità delle stesse al verificato mutamento delle condizioni fattuali, progressivamente e continuamente monitorate;

b) dalla valutazione di tendenziale completezza del sofisticato apparato di protezione apprestato, che copre, attualmente, pressoché tutte le attività umane;

c) della esplicita individuazione, in taluni casi, di livelli non riducibili di protezione di interessi confliggenti. Come è evidente, la concreta possibilità di intervento ulteriore su base sub-statale (regionale o comunale, che sia) resta confinata alle ipotesi, appunto residuali, di necessità, ravvisabili nei casi in cui circostanze, non previste e non prevedibili, impongano l'improcrastinabile adozione di misure straordinarie finalizzate a fronteggiare idoneamente, con carattere di ineludibilità, situazioni di emergenza-urgenza».

¹²⁰ Il Presidente della Regione Puglia, con ordinanza n. 407 del 27 ottobre 2020, aveva disposto l'erogazione dell'attività didattica in modalità digitale per le scuole di ogni ordine e grado.

¹²¹ Decreto del TAR Puglia-Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680 e decreto del TAR Puglia-Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695.

necessità di contenere la diffusione del virus, tenuto conto del numero complessivo dei contagi e della capacità di risposta del sistema sanitario regionale. Contrariamente, nel bilanciamento del TAR Puglia-Bari era stato constatato che il «profilo di inadeguatezza del sistema scolastico pugliese ad attivare subito la DAD» costituisse ragione di urgenza per la quale disporre la misura cautelare interinale, sussistendo il rischio, in caso contrario, di produrre una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica.

Il contrasto giurisprudenziale e, più nello specifico, la posizione del TAR Puglia-Bari ha dunque condotto l'amministrazione regionale a ricalibrare la propria decisione e, nel quadro di un diverso bilanciamento, ad emanare una nuova ordinanza¹²², prevedendo l'erogazione della didattica in presenza per le classi del primo ciclo di istruzione, pur disponendo l'obbligo per le medesime istituzioni scolastiche di garantire il sincrono collegamento *online* per gli alunni, le cui famiglie avessero espresso la richiesta di fruire l'attività didattica a distanza¹²³.

La breve ricostruzione di tali vicende mette chiaramente in luce le evidenti difficoltà legate alle valutazioni sottese a tali decisioni, che, come evidenziato, hanno presentato divergenze sia diacroniche che sincroniche. Tra le decisioni del giudice amministrativo che hanno sospeso cautelamente i provvedimenti regionali, intorno a cui si intende richiamare l'attenzione, non può non essere citato il decreto n. 32 del 13 gennaio 2021 del Presidente della I sez. del TAR Lombardia¹²⁴. Con tale decreto era stata sospesa cautelamente l'efficacia dell'ordinanza del Pr.

¹²² Si tratta dell'ordinanza n. 413 del 6 novembre 2020. In merito al contrasto giurisprudenziale, appaiono degne di menzione le posizioni espresse dall'amministrazione regionale che emergono nel corpo motivazionale dell'ordinanza: «[...] il conflitto tra pronunce dello stesso TAR Puglia (sede di Lecce e sede di Bari) dimostra indiscutibilmente l'incertezza della stessa Magistratura a valutare in modo univoco il bilanciamento tra il diritto alla salute con il diritto allo studio, tanto che il TAR di Bari, accogliendo l'istanza di sospensione, se pur con un decreto cautelare destinato a perdere efficacia a seguito della pronuncia collegiale fissata per il 3 dicembre, ha operato una drammatica scelta tra il diritto alla salute – tutelabile con la didattica digitale integrata – e il diritto allo studio, decidendo di privilegiare quest'ultimo con la didattica in presenza».

¹²³ Per un approfondimento sulla vicenda si veda M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei "Governatori"*: il caso della Puglia, in *Rivista AIC - Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, pp. 121-150.

¹²⁴ Tra gli ulteriori casi in cui il giudice amministrativo ha sospeso cautelamente ordinanze regionali dall'analogo contenuto si ricorda: decreto TAR Friuli-Venezia Giulia, Pr. Sez. I, n. 7 del 15

della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021, con cui era stato disposto sul territorio regionale un ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca degli istituti scolastici secondari di secondo grado, con efficacia compresa tra l'11 gennaio 2021 e il 24 gennaio 2021. Non si intende qui sviluppare una riflessione intorno alla valutazione del giudice intorno alle censure di contraddittorietà ed irragionevolezza del contenuto del provvedimento, ma, piuttosto, porre all'attenzione alcune considerazioni sviluppate intorno alla censura di incompetenza dell'amministrazione regionale all'emanazione di tali provvedimenti, che al giudice è apparsa fondata pur nella *summaria cognitio* del giudizio cautelare.

Secondo il giudice, nel quadro dell'assetto normativo definito dal d.l. n. 19/2020 e dal d.l. n. 33/2020, non sarebbe sussistito in capo alle Regioni alcuno spazio residuo per l'esercizio del potere *extra ordinem* ai fini dell'introduzione di misure più restrittive qualora il medesimo ambito materiale fosse stato già disciplinato da un d.P.C.M. Nel caso di specie, stante l'efficacia delle disposizioni del d.P.C.M. del 3 dicembre 2020 sino al 15 gennaio 2021, sino a quest'ultima data il quadro normativo avrebbe escluso la possibilità di un intervento ulteriormente restrittivo¹²⁵.

La linea di ragionamento seguita dal giudice non può tuttavia che sollevare delle perplessità. Ad avviso di chi scrive difatti, anche seguendo gli sviluppi teorici riportati nei paragrafi precedenti, il quadro normativo riconosce alle Regioni dei margini di intervento diversi rispetto a quelli che emergono dal quadro delineato dal giudice. La possibilità per le Regioni di intervenire con ordinanza non è da intendere come una facoltà di intervento confinata a spazi materiali privi di alcuna disciplina, bensì

gennaio 2021; decreto TAR Emilia-Romagna, Pr. Sez. I, n. 30 del 15 gennaio 2021. Per una decisione che ha avuto un esito opposto si cfr. decreto TAR Sicilia, Pr. Sez. I, n. 23 del 14 gennaio 2021.

¹²⁵ Per l'esattezza, secondo il giudice: «dal 7 gennaio al 10 gennaio 2021 la didattica trova disciplina nel d.P.C.M. 3 dicembre 2020, che la prescrive in presenza per il 75% degli studenti; dall'11 gennaio 2021 al 16 gennaio 2021 la didattica è disciplinata dal d.l. n. 1/2021, che impone di garantire l'attività in presenza almeno al 50 per cento della popolazione studentesca delle istituzioni secondarie; solo per il periodo successivo al 15 gennaio, essendo cessata l'efficacia del d.P.C.M. 3 dicembre 2021 e trattandosi di un periodo non disciplinato dal d.l. n. 1/2021, trova nuovamente applicazione il meccanismo introdotto dai d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020, in forza del quale, nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M. – già annunciato dall'Autorità governativa – si riattiva la competenza regionale, per l'adozione di misure più restrittive di quelle dettate direttamente dai d.l. n. 19 e 33/2020».

un potere di introdurre misure più restrittive rispetto a quelle disposte dai d.P.C.M. in relazione ad un aggravamento dell'andamento della situazione sanitaria e nelle more dell'adozione di successivi d.P.C.M., che presumibilmente terranno conto di tale aggravamento. Per meglio chiarire, l'amministrazione regionale, a seguito di un comprovato aggravamento del rischio, avrebbe dunque potuto intervenire disponendo ad esempio l'erogazione della didattica a distanza per le scuole secondarie di secondo grado. Tuttavia, qualora un successivo intervento statale, tenuto conto dei nuovi rilievi epidemiologici, avesse disciplinato nuovamente tale aspetto, il provvedimento avrebbe perso l'efficacia. Nello stesso tempo però, come avvenuto in alcuni dei casi citati, qualora la Regione, successivamente all'entrata in vigore di un d.P.C.M., avesse emanato un'ordinanza contenente una disciplina più restrittiva relativa al medesimo settore disciplinato dal decreto, tenendo tuttavia conto di dati epidemiologici sostanzialmente identici a quelli considerati nell'emanazione del d.P.C.M., dubbia sarebbe risultata la legittimità del provvedimento regionale. Ma l'esclusione della possibilità regionale di rispondere con provvedimenti più restrittivi ad un possibile aggravamento del rischio sanitario locale, in ragione del fatto che il medesimo ambito materiale sia già disciplinato da provvedimenti statali fondati tuttavia su dati ed informazioni differenti, mostra significative perplessità.

Chiariti tali aspetti, si intende infine mettere in luce, come peraltro già anticipato, che la complessità di tale questione è tale in ragione dei suoi profili di delicatezza. In tale ambito decisionale, tali provvedimenti impattano direttamente su situazioni giuridiche relative a diritti costituzionalmente tutelati che rendono dunque l'esercizio dell'attività discrezionale nell'operazione di bilanciamento particolarmente complessa. Con riferimento alle restrizioni introdotte con tali provvedimenti, non emerge difatti la necessità di un bilanciamento che si limita esclusivamente al diritto alla salute, quale interesse della collettività, e diritto all'istruzione. La sospensione delle attività didattiche non ha solo un effetto, potenziale, di riduzione della diffusione del contagio, ma impatta direttamente sulla condizione psico-fisica degli studenti. Ciò rende dunque evidente la necessità di prendere in considerazione plurime situazioni giuridiche pur comunemente sottese al medesimo diritto della salute. Dall'altro lato il diritto all'istruzione, costituzionalmente riconosciuto dall'art. 34

Cost., risulta intimamente connesso al principio di uguaglianza sostanziale *ex art. 3, co. 2, Cost.*, ed essendo uno strumento essenziale per il pieno sviluppo della persona umana, si configura come uno dei doveri costituzionali legati alla costruzione di una cittadinanza consapevole¹²⁶. Con le seguenti riflessioni si intende pertanto ricordare che l'indiscusso peso che ricopre il diritto alla salute nell'ambito dell'attività amministrativa non possa tradursi, come ricordato dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁷, in una «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Nell'ipotesi di conflitto pertanto, come ricordato dal TAR Calabria, l'esito non può essere quello di «una necessaria ed automatica soccombenza dell'istruzione a danno della salute»¹²⁸. Pertanto, la decisione amministrativa tenuta a bilanciare tali situazioni giuridiche, posta in essere nel rispetto del principio di proporzionalità, nel triplice canone dell'idoneità, dell'adeguatezza e della necessità, non può che essere anticipata da un'istruttoria che tenga conto del numero più ampio possibile di informazioni e dati idonei ad offrire una valutazione del rischio esistente e dei possibili impatti derivanti dalla restrizione. Questa considerazione risulta oltremodo vera, se si tiene conto del fatto che lo stato di conoscenze scientifiche relative alla correlazione tra l'incremento del contagio e la riapertura delle strutture scolastiche è debole e dunque del fatto che l'azione amministrativa su tale settore sia informata al principio di precauzione¹²⁹.

In conclusione, appare pertanto evidente che, considerata la complessità sottesa al tema e agli interessi che insistono sulla materia, difficilmente

¹²⁶ Così R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020, p. 86.

¹²⁷ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013.

¹²⁸ Cfr. sentenza TAR Calabria, Sez. I, sent. del 18 dicembre 2020, n. 2075.

¹²⁹ In merito a ciò si veda il rapporto ISS Covid-19, *Apertura delle scuole e andamento dei casi confermati di SARS-CoV-2: la situazione in Italia*, n. 63/2020, dal quale emerge non solo che «non è ancora perfettamente noto quanto i bambini, prevalentemente asintomatici, trasmettano SARS-CoV-2 rispetto agli adulti» (p. 1), ma anche che «gli studi osservazionali potrebbero non essere in grado di valutare l'impatto della sola chiusura delle scuole se le chiusure sono attuate a livello nazionale e contemporaneamente ad altre misure di mitigazione» (p. 22).

conforme ai canoni della proporzionalità può considerarsi l’emanazione di provvedimenti privi di una robusta base tecnica in grado di corroborare la motivazione della misura, con un’adeguata valutazione circa la sussistenza sul proprio territorio degli strumenti tecnici necessari ad una fruizione effettiva della didattica¹³⁰, e, nel complesso, un esercizio della discrezionalità amministrativa privo di una visione della scuola in un’accezione più ampia di comunità sociale, che, tramite la compartecipazione di più attori, contribuisce allo sviluppo della personalità dell’individuo¹³¹.

6. Considerazioni conclusive

In un quadro normativo ed una situazione fattuale in perpetuo mutamento, il contenuto di considerazioni conclusive relative ad un tema così spinoso non può che configurarsi come provvisorio e parziale.

Con il presente contributo è stata proposta una ricostruzione delle difficoltà e delle controversie derivate dalla gestione multilivello dell’emergenza sanitaria e dei tentativi di costruzione, sul piano normativo, di un sistema di coordinamento. L’indagine ha nello specifico esaminato l’evo-

¹³⁰ Il tema del c.d. *digital divide* assume in tale sede un’assoluta centralità, impattando direttamente sulla possibilità degli studenti di fruire pienamente l’erogazione didattica. In merito a ciò si suggerisce la consultazione dei recenti dati rilevati nel rapporto ISTAT, *Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi*, 6 aprile 2020, dal quale emerge, tra i vari aspetti, che nel periodo 2018-2019 risultava che il 41,6% delle famiglie del Mezzogiorno fosse privo di computer in casa e che solo 14,1% delle famiglia avesse a disposizione almeno un computer per membro familiare. Si tratta di elementi che, come correttamente osservato in F. Di LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all’emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 96 ss., hanno drammaticamente incrementato le disuguaglianze già esistenti nel sistema scolastico complessivamente inteso e che di certo non sono stati ignorati nelle valutazioni dei giudici amministrativi aditi. Non sorprende ad esempio che la decisione del TAR Calabria, con sentenza n. 2075 del 18 dicembre 2020, e la decisione del TAR Piemonte con sentenza del 12 dicembre 2020, n. 834, pur presentando una linea argomentativa comune, come anche riconosciuto in C. NAPOLITANO, *Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giustizia Insieme*, abbiano avuto un esito opposto.

¹³¹ Sul tema si vedano i preziosi spunti sviluppati in particolare in M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d’Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4, 2020, p. 785 ss. Come osservato dall’A. difatti, con l’emergenza epidemiologica, si è assistito ad uno stravolgimento del rapporto tra gli attori della comunità scolastica, con particolare riferimento al ruolo della componente familiare. Con particolare riferimento alle attività didattiche per studenti di fasce di età più basse è certamente innegabile il peso che assume la componente genitoriale nel condizionare la fruizione delle medesime. La scarsa considerazione delle istanze provenienti da tale componente, in ragione anche dell’inevitabile difficoltà di conciliazione di tale ruolo di supporto con le esigenze legate alla vita professionale, ha di certo contribuito alla moltiplicazione dei ricorsi avverso tali provvedimenti.

luzione del rapporto tra Stato e Regioni nell'arco temporale di circa un anno di gestione dell'emergenza: dalla "inaugurazione" con l'ordinanza del Presidente della Regione Marche di chiusura delle strutture scolastiche sul proprio territorio ai plurimi provvedimenti che hanno disposto il ricorso alla didattica digitale integrata appena richiamati. Si tratta di innumerevoli episodi di disallineamento che, lungi dall'aver impattato sul solo diritto all'istruzione, hanno interessato variati ambiti e settori, traducendosi frequentemente in controversie giurisdizionali.

Risulta tuttavia doveroso osservare che, come emerge nel corso della trattazione, mentre nelle prime fasi le parti delle controversie dinanzi al giudice amministrativo sono state prevalentemente le amministrazioni di livelli di governo differente, nell'ultima fase si è assistito per lo più a ricorsi promossi da gruppi di cittadini ed amministrazioni regionali. Con riferimento a ciò, pur con la dovuta cautela, è possibile constatare che l'attenuazione del livello di conflittualità tra Stato e Regioni sia dunque in parte dipesa dal miglioramento del sistema di coordinamento sul piano normativo. Tra la dubbia costituzionalità del d.l. n. 6/2020 e l'ambiguità di alcune sue disposizioni e il meccanismo di differenziazione cromatica regionale, insieme alla riforma introdotta dal d.l. n. 125/2020, le differenze risultano evidenti. Un simile ragionamento consente così di ribadire che in una Repubblica delle autonomie i meccanismi in grado di facilitare il dialogo istituzionale tra livelli di governo costituiscono gli strumenti essenziali al buon andamento dell'amministrazione. Pur non intendendo negare il peso che nella riproduzione di tali conflitti riveste la ripartizione costituzionale delle competenze, risulta chiaro che un rafforzamento di tali sedi di concertazione rappresenti una effettiva reificazione dello spirito di leale collaborazione, che consenta di guardare con fiducia e rassicurazione il percorso di ripresa e ripartenza da tale crisi.

Il nostro ordinamento multilivello non può difatti che confrontarsi con tale persistente volontà delle amministrazioni regionali di promuovere interventi sulla necessità con soluzioni che, espressioni di visioni e sensibilità differenti, peraltro attraverso un potere monocratico, conducono a tali disallineamenti. Nell'ambito di tali considerazioni conclusive ricorre pertanto la necessità di ricordare l'assoluta centralità che nell'esercizio del potere amministrativo *extra ordinem* ricopre il principio di proporzionalità, che ha guidato il controllo giurisdizionale di legittimità dei

provvedimenti. L'esercizio della discrezionalità amministrativa, che si traduce in un'operazione di bilanciamento tra interessi diversi, risulta difatti connotato da una complessità tale da dover necessariamente essere guidata da un simile principio, che metta al riparo da azioni che, nella cieca promozione della propria visione, pur nell'intento di tutelare un bene, impattino in modo eccessivamente negativo sulle situazioni giuridiche soggettive interessate. Il rispetto di tale principio, che insieme agli altri principi generali dell'ordinamento limita i poteri straordinari dell'amministrazione, non può che anzitutto tradursi operativamente nella conduzione di un'attività conoscitiva preliminare, che, nella fase istruttoria, offra una mappatura effettiva del rischio esistente e una concreta rilevazione degli strumenti e delle risorse a disposizione per adattarsi alle misure introdotte.

Chiaramente, per concludere, le considerazioni relative all'impatto del sistema di coordinamento sul conflitto tra Stato e Regioni si riferiscono all'arco temporale relativo ad un anno di gestione dell'emergenza. Difatti, con riferimento ai mesi più recenti, l'allentamento della tensione non può che essere dipeso anche da ulteriori fattori fondamentali, tra cui, in particolare: la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021; la solidità del nuovo Governo con una maggioranza di più ampio respiro; la decisione di quest'ultimo di disporre le misure emergenziali prevalentemente attraverso decreto-legge, sottraendo ulteriori margini di intervento alle autorità regionali.