



RIPENSARE IL TITOLO V A VENT'ANNI DALLA RIFORMA DEL 2001
1 A G O S T O 2 0 2 2

Il “parallelismo flessibile” delle
funzioni amministrative emergenziali
sul crinale del principio di legalità

di Paolo Colasante
Ricercatore ISSiRFA-CNR in Diritto Pubblico

Il “parallelismo flessibile” delle funzioni amministrative emergenziali sul crinale del principio di legalità*

di Paolo Colasante

Ricercatore ISSiRFA-CNR in Diritto Pubblico

Abstract [It]: La giurisprudenza costituzionale in materia di gestione dell'emergenza pandemica dà luogo a significativi spunti di riflessione soprattutto per quanto concerne l'applicazione del principio di legalità al rapporto fra la fonte primaria statale, che in astratto prevede le misure restrittive volte al contenimento del contagio, e i provvedimenti amministrativi (statali, regionali e comunali) con cui esse vengono concretamente disposte. Nello specifico, risulta problematica la riconduzione della legislazione concernente la gestione della pandemia alla materia della profilassi internazionale, di competenza esclusiva statale, e la contestuale ammissione di una contemporanea competenza amministrativa ad adottare i conseguenti atti necessitati sia da parte dello Stato che da parte delle Autonomie.

Title: The “flexible parallelism” of emergency administrative functions on the ridge of the principle of legality

Abstract [En]: The constitutional case law on the management of the pandemic emergency gives rise to significant food for thought especially as regards the application of the principle of legality to the relationship between the primary state source of law, which provides for the restrictive measures aimed at containing the contagion, and the (state, regional and municipal) administrative measures with which they are concretely arranged. Specifically, the tracing of the legislation concerning the management of the pandemic to the matter of international prophylaxis, of exclusive state competence, and the simultaneous admission of an administrative competence to adopt the consequent necessary acts both by the State and by the Autonomies is problematic.

Keywords: pandemic, emergency management, division of powers between the State and the Regions, necessary ordinances, international prophylaxis, principle of legality, attraction in subsidiarity

Parole chiave: pandemia, gestione dell'emergenza, riparto delle competenze fra Stato e Regioni, ordinanze necessitate, profilassi internazionale, principio di legalità, attrazione in sussidiarietà

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità delle misure restrittive volte al contenimento del contagio adottate con atti di rango non primario. **3.** Legislazione e amministrazione della pandemia: il riparto delle competenze fra Stato e Regioni nella gestione dell'emergenza. **4.** Le ordinanze regionali di contrasto alla pandemia: il “parallelismo flessibile” delle funzioni amministrative emergenziali. **4.1.** La natura non trasversale della competenza in materia di profilassi internazionale. **4.2.** Profilassi internazionale o intreccio di competenze da risolvere in via sussidiaria?

1. Premessa

La gestione dell'emergenza pandemica determinata dalla diffusione del virus Covid-19 ha dato luogo a un ampio dibattito nella dottrina costituzionalistica, che ha avuto ad oggetto due profili separati, eppur collegati: per un verso, è venuta in rilievo la problematica delle fonti del diritto competenti a introdurre

* Articolo sottoposto a referaggio. Versione aggiornata dell'intervento svolto al Convegno “*Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla Riforma del 2001*”, organizzato dall'ISSiRFA-CNR e da Federalismi.it – 13-14 ottobre 2021 – Sala Convegni CNR – Roma, Piazzale Aldo Moro.

le misure restrittive alle libertà costituzionali per ragioni sanitarie e, in particolare, i limiti entro cui potessero considerarsi ammissibili – alla luce del principio di legalità e delle riserve di legge costituzionalmente previste – gli atti amministrativi che concretamente le disponevano (i D.P.C.M. e le altre ordinanze contingibili)¹; per altro verso, è stato centrale il tema del riparto delle competenze fra Stato e Regioni², sia per quanto concerne le rispettive potestà legislative, sia con riferimento al rapporto fra le ordinanze dei due livelli di governo, a cui si aggiungono poi quelle degli Enti locali³.

¹ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2020; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1/2021; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021; A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia*, in *Diritti regionali*, 2/2020; R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2/2021, nonché P. CARETTI, U. DE SIERVO, G. MOBILIO, P. MILAZZO nel fascicolo speciale 2020 *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19* dell'Osservatorio sulle fonti.

² Cfr. A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1/2021; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit.; A.M. CECERE, *Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia Covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021; C. NEGRI, *La relazione fra lo Stato e le Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19 tra uniformità e differenziazione*, in *Diritti regionali*, 3/2021; A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità*, cit.; S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi, non c'è segnalatica. I conflitti Stato-Regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2021; G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020; G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti tra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?*, in *Nomos*, 1/2021; G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e abuso delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali*, in *Federalismi.it*, 17/2021; P. COLASANTE, *La zonizzazione "cromatica" delle Regioni italiane a seconda del livello di rischio di contagio da COVID-19: quale ruolo per i Presidenti di Regione nella "anticipazione" dei provvedimenti di competenza del Ministro della Salute?*, in *Diritto e Salute*, n. 3/2020; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti regionali*, 3/2020; 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; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020 – *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*; M.P. IADICICCO, *Pandemia e rapporti tra Stato e Regioni in sanità. Riflessioni su di un antico travaglio, limiti e criticità di alcune proposte di riforma. "Tutto cambi affinché tutto rimanda com'è"?*, in *Diritti regionali*, 3/2021; T. ESPOSITO, *La gestione dell'emergenza pandemica tra fonti statali e fonti regionali*, in *Diritti regionali*, 1/2022, p. 381 ss.

³ Si pensi ai noti casi dello Stretto di Messina e delle Isole di Ischia e di Capri. Quanto al primo, il Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere n. 735 del 7 aprile 2020, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio da parte del Governo del potere di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 e dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL). In merito a tale vicenda, cfr. E. AFFANNATO, *Le ordinanze sindacali di necessità e urgenza al ricorrere di emergenze di carattere nazionale: il caso dello Stretto di Messina*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 5/2020; N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il COVID-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1/2020, p. 554 ss.; A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, 10 aprile 2020; M. AMITRANO ZINGALE, *Brevi riflessioni sul fondamento costituzionale del potere di annullamento straordinario degli atti degli enti locali a margine del parere del consiglio di stato, 7 aprile 2020, n. 735*, in *Diritti regionali*, n. 2/20, 30 luglio 2020. Quanto alle Isole di Ischia e di Capri, le relative ordinanze sindacali sono state oggetto di annullamento prefettizio (e, in merito alla prima, v. A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020). Inoltre, si segnalano alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze sindacali durante la prima ondata pandemica della primavera 2020: TAR Palermo, decreto n. 694 del 2020; TAR Roma, decreti nn. 3463 e 4165 del 2020; TAR Napoli, decreto n. 1120 del 2020; TAR Bari, sentenza n. 733 del 2020; TAR Sardegna, decreto n. 133 del 2020.

Dopo una prima fase di incertezza, ormai la giurisprudenza costituzionale si è espressa su entrambi i profili testé richiamati, su cui dunque può ora affermarsi l'esistenza di coordinate ermeneutiche sufficientemente esaustive. Nondimeno, deve essere pure osservato che la giurisprudenza costituzionale in materia, pur avendo chiarito i principali aspetti delle problematiche ora richiamate, risulta però foriera di significativi spunti di riflessione rispetto ad alcuni approdi che continuano a rimanere non del tutto indagati soprattutto per quanto concerne l'applicazione del principio di legalità al rapporto fra la fonte primaria statale, che in astratto prevede le misure restrittive volte al contenimento del contagio, e i provvedimenti amministrativi (statali, regionali e comunali) con cui esse vengono concretamente disposte. Nello specifico, per anticipare la questione di cui si dirà nel prosieguo (cfr. par. 4), risulta problematica la riconduzione della legislazione concernente la gestione della pandemia alla materia della profilassi internazionale, di competenza esclusiva statale, e la contestuale ammissione di una contemporanea competenza amministrativa ad adottare i conseguenti atti necessitati sia da parte dello Stato che da parte delle Autonomie.

2. La giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità delle misure restrittive volte al contenimento del contagio adottate con atti di rango non primario

Quanto all'ammissibilità e alla natura della normazione emergenziale, la Corte costituzionale, accogliendo l'autorevole tesi esposta in dottrina⁴, ha anzitutto escluso – con la sentenza n. 198 del 2021⁵ – che i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri recanti le misure restrittive utili al contenimento del contagio fossero da ascrivere alla categoria delle ordinanze contingibili⁶, giacché privi del carattere dell'atipicità,

⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit. Dello stesso Autore e sul medesimo argomento, è d'obbligo segnalare un suo recente e pregevole contributo: M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, p. 31 ss.

⁵ Su cui v. G. CAPORALI, *La Corte e la tentata "normalizzazione" di una sequenza normativa irriducibile all'assetto costituzionale vigente*, in *Italian Papers on Federalism*, 3/2021, p. 31 ss.; L. CASTELLI, *La Corte costituzionale e i d.P.C.M. pandemici*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2022, p. 154 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, 25/2021, p. 81 ss.; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: "stato di emergenza" e "stato di necessità" alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021; A. SAIITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, 3/2021, p. 841 ss.

⁶ Con riguardo alle ordinanze contingibili e al percorso che ne consentito l'ammissibilità, pur con alcuni limiti, all'indomani della Costituzione repubblicana, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 8 del 1956 (commentata da V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. It.*, 1956, 1, p. 863 ss.; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 994 ss.); 26 del 1961 (su cui, nuovamente, V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di p.s. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 886 ss., nonché C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 t.u.p.s. come testo legislativo*, *ivi*, p. 898 ss.); 4 del 1977 (su cui L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritti di sciopero*, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 258 ss.). Si veda inoltre la sentenza n. 418 del 1992, avente ad oggetto la legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, unitamente alla sentenza n. 127 del 1995.

posto che “la fonte primaria (...) ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all’autorità di Governo l’assunzione di provvedimenti *extra ordinem*”⁷.

La Corte ha pertanto ricondotto tali provvedimenti alla categoria, risalente al Giannini⁸, degli atti necessitati e, nel farlo, ha richiamato il suo precedente della sentenza n. 4 del 1977⁹, nella quale ha sottolineato la “distinzione corrente tra «“atti” necessitati» e «“ordinanze” necessitate», aventi entrambi come presupposto l’urgente necessità del provvedere, «ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni»”¹⁰.

La Consulta ha infatti osservato che la tassatività delle misure urgenti di contenimento del contagio previste dalla decretazione d’urgenza (d.l. n. 19 del 2020) induce ad accostare tali provvedimenti agli atti necessitati, in quanto “emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto”¹¹. Pertanto, “quali atti a contenuto tipizzato, (tali misure) si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ‘ordinanze necessitate’ (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile”¹².

La giurisprudenza costituzionale ha dunque condiviso la teoria della catena normativa degli atti emergenziali di gestione della pandemia formulata in dottrina e ha pure successivamente dipanato un altro specifico dubbio che aveva interessato il rapporto fra fonti del diritto nella gestione dell’emergenza pandemica, ossia il fatto che le misure restrittive imposte abbiano in taluni periodi così fortemente limitato la libertà di circolazione da finire per integrare invero una compressione della libertà personale e, dunque, esse si sarebbero poste in violazione della rigida riserva di legge (assoluta) e di giurisdizione contemplata dall’art. 13 Cost., giacché tale diritto di libertà sarebbe stato inciso da atti del potere esecutivo, ai quali sarebbe invece preclusa ogni possibilità di limitarlo.

La questione è stata portata all’attenzione della Corte costituzionale con specifico riferimento alla fattispecie dell’obbligo di quarantena per coloro che siano risultati positivi al virus Covid-19 e, a tal proposito, la sentenza n. 127 del 2022 ha osservato che essa non ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost., per l’assorbente ragione che l’isolamento non viene attuato, né mantenuto, mediante coercizione

⁷ Sent. n. 198 del 2021, cit., *C.i.d.* par. 6.2. La fonte primaria a cui si fa riferimento è il decreto legge n. 19 del 2020, che, dopo la “breve esperienza” del decreto legge n. 6 del 2020 (abrogato proprio dal decreto n. 19), ha costituito la cornice normativa di riferimento per tutta la gestione dell’emergenza pandemica.

⁸ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, p. 949 ss.

⁹ V. L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritti di sciopero*, e P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, risp. p. 258 ss., 264 ss.

¹⁰ Sent. n. 198 del 2021, cit., *C.i.d.* par. 8.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ivi*, *C.i.d.* par. 8.1.

fisica¹³. Pertanto, “la misura della cosiddetta quarantena obbligatoria è istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale”¹⁴.

Pertanto, secondo la giurisprudenza costituzionale appena richiamata, la gestione dell'emergenza pandemica per il tramite dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, delle Ordinanze del Ministero della salute, delle ordinanze regionali e degli enti locali va esente da censure di legittimità costituzionale riconducibili al principio di legalità o alle riserve di legge previste nella Carta.

3. Legislazione e amministrazione della pandemia: il riparto delle competenze fra Stato e Regioni nella gestione dell'emergenza

Oltre al tema del rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti da parte dei provvedimenti, statali e non, recanti misure restrittive dei medesimi, è stata altrettanto rilevante la questione dei rapporti fra Stato e Autonomie nell'adozione delle misure stesse.

La legislazione statale non ha invero mai escluso le Autonomie dall'adozione di provvedimenti recanti misure restrittive volte al contenimento del contagio e proprio in ragione di ciò si sono verificati casi di conflittualità fra Stato e Regioni giunti sino all'attenzione del Giudice amministrativo¹⁵. Infatti, il decreto legge n. 19 del 2020, oltre a costituire il fondamento dei D.P.C.M. recanti le misure restrittive, ha disciplinato la “concorrenza” di questi ultimi con ordinanze regionali, in quanto l'art. 3 ha autorizzato le Regioni ad adottare misure ulteriormente restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel rispettivo territorio o in una parte di esso. Una disposizione, quindi, che ha affidato alle Regioni un potere di ordinanza derogatorio, ma stabilendone l'unico verso possibile: quello di una tutela *in melius* rispetto al rischio sanitario, escludendo quindi che le Regioni potessero ritenersi abilitate ad affievolire le misure restrittive stabilite a livello statale. La giurisprudenza amministrativa ha dato seguito a tale indicazione legislativa, confermando che le Regioni potessero solo irrigidire le misure restrittive già disposte dal Governo nazionale, non escludendosi in ogni

¹³ Sentenza n. 127 del 2022, *C.i.d.* par. 4.1: “Ciò premesso, l'obbligo, per chi è sottoposto a quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria, in quanto risultato positivo al virus COVID-19, di non uscire dalla propria abitazione o dimora, non restringe la libertà personale, anzitutto perché esso non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia.

Il destinatario del provvedimento è infatti senza dubbio obbligato ad osservare l'isolamento, a pena di incorrere nella sanzione penale, ma non vi è costretto ricorrendo ad una coercizione fisica, al punto che la normativa non prevede neppure alcuna forma di sorveglianza in grado di prevenire la violazione. In definitiva, chiunque sia sottoposto alla “quarantena” e si allontani dalla propria dimora incorrerà nella sanzione prevista dalla disposizione censurata, ma non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potrà essere arrestato in conseguenza di tale violazione”.

¹⁴ Sent. n. 127 del 2022, *C.i.d.* par. 7.

¹⁵ Fra i tanti, sia consentito richiamare quello che ha riguardato la Regione Abruzzo, esposto in P. COLASANTE, *La zonizzazione “cromatica” delle Regioni italiane a seconda del livello di rischio di contagio da COVID-19: quale ruolo per i Presidenti di Regione nella “anticipazione” dei provvedimenti di competenza del Ministro della Salute?*, in *Diritto e Salute*, n. 3/2020, e i casi ivi richiamati in nota 1.

caso il sindacato di ragionevolezza sulle scelte adottate e, dunque, la proporzionalità di esse rispetto all'andamento della situazione pandemica.

La questione dei rapporti fra Stato e Regioni nella gestione della pandemia è invece giunta all'attenzione della Corte costituzionale solo un anno dopo la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri, avvenuta il 31 gennaio 2020, quando si è trovata a pronunciare per la prima volta nella sua storia un'ordinanza cautelare di sospensione di legge regionale¹⁶ che disciplinava la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica indotta dalla diffusione del virus Covid-19 (ordinanza n. 4 del 14 gennaio 2021¹⁷). La Corte riteneva perciò sussistente il *periculum in mora*, presupposto della sospensione cautelare, già in ragione del sol fatto che “la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore”, oltre a “compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione”.

La vicenda è poi proseguita nella sede di merito giungendo alla sentenza n. 37 del 2021¹⁸, che allo stato attuale racchiude i principi che, secondo la giurisprudenza costituzionale, dovrebbero presiedere al riparto delle competenze – legislative e amministrative – afferenti alla gestione dell'emergenza pandemica. Il punto fondamentale della pronuncia – già affacciato nella decisione cautelare – è la riconduzione della materia alla competenza statale esclusiva sulla profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q, Cost.), recentissimamente ribadita con riferimento alla disciplina del c.d. *green pass* anche nella sentenza n. 164 del 30 giugno 2022 (*Considerato in diritto*, par. 7). In tal senso, vi è dunque “da affermare il divieto per le

¹⁶ Legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza).

¹⁷ V. i commenti di P. VIPIANA, *Sospesa per la prima volta l'efficacia di una legge, a quasi diciotto anni dall'introduzione del potere di sospensiva nei giudizi in via principale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021; 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; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, 10/2021; A. LO CALZO, *La “parsimonia cautelare” della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2021.

¹⁸ V. i commenti di A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4/2021; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, paper del 21 aprile 2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, 1/2021; 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; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, 2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021.

Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale”¹⁹.

L’impianto argomentativo della Corte muove dalla considerazione secondo cui la diffusività del virus Covid-19 non pone ostacoli a un’interpretazione del titolo competenziale della profilassi *internazionale*, nel senso che il rilievo internazionale, lungi dal presupporre un attraversamento di confini di beni o persone, sia *in re ipsa*, giacché il contrasto al rischio di contagio non è territorialmente confinabile e, anzi, accade che “ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all’ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali”²⁰.

La sentenza n. 37 del 2021 è perciò granitica nell’affermare la radicale esclusione di ogni competenza legislativa regionale nella gestione dell’emergenza pandemica, giungendo tuttavia a conclusioni diverse per quanto concerne invece le competenze amministrative e, in particolare, le ordinanze regionali che intervengono a dettare misure maggiormente restrittive quando l’andamento dei contagi su scala locale lo richiede, che rinviengono allora – in nome del principio di legalità – la propria base legale nelle “fonti statali *ad hoc*”²¹ e, dunque, anzitutto nel decreto legge n. 19 del 2020.

Sarebbe pertanto nella legislazione statale dell’emergenza che deve essere rinvenuto il fondamento giuridico dei poteri esercitati da tutti i livelli di governo (Stato, Regioni ed enti locali) per rispondere alla pandemia. Legislazione, questa, che “consente alle Regioni di applicare misure più restrittive di quelle contenute nei d.P.C.m. e, a rigide condizioni, anche “ampliative”, allo scopo di assicurare che, nel tempo necessario ad aggiornare le previsioni statali alla curva epidemiologica, non sorgano vuoti di tutela, quanto a circostanze sopravvenute e non ancora prese in carico dall’amministrazione statale”²².

Secondo la Corte, ne deriva che “ciò che la legge statale permette, pertanto, non è una politica regionale autonoma sulla pandemia, quand’anche di carattere più stringente rispetto a quella statale, ma la sola disciplina (restrittiva o ampliativa che sia), che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi dopo l’adozione di un d.P.C.m., e prima che sia assunto quello successivo”, e comunque esclusivamente “per mezzo di atti amministrativi, in ragione della loro flessibilità, e non grazie all’attività legislativa regionale”²³.

¹⁹ Sent. n. 37 del 2021, cit., *C.i.d.*, par. 9.1.

²⁰ *Ivi*, par. 7.1.

²¹ *Ivi*, par. 9.1.

²² *Ivi*, par. 12.1.

²³ *Ibidem*.

4. Le ordinanze regionali di contrasto alla pandemia: il “parallelismo flessibile” delle funzioni amministrative emergenziali

Gli approdi a cui è giunta la giurisprudenza costituzionale in materia di gestione dell'emergenza pandemica possono dunque essere così delineati in estrema sintesi: (1) i provvedimenti recanti misure restrittive dei diritti di libertà per contenere il contagio sono “atti necessitati” e non “ordinanze contingibili” in ragione del loro contenuto espressamente tipizzato nei presupposti atti aventi forza di legge; (2) la misura della quarantena e l'obbligo di non lasciare la propria abitazione o dimora in caso di positività al virus Covid-19 non incidono sulla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., bensì sulla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost.; (3) le Regioni non sono titolari di alcuna competenza legislativa in materia in quanto essa è riconducibile alla competenza statale esclusiva in materia di profilassi internazionale; (4) ciononostante, le Regioni e gli enti locali sono titolari della competenza ad esercitare le funzioni amministrative in materia nei limiti disposti dalla legislazione statale.

A prescindere dalla condivisibilità, o meno, del complessivo approccio della giurisprudenza costituzionale alla tematica della teoria delle fonti e del riparto delle competenze fra Stato e Regioni, resta il fatto che la situazione magmatica generata dalla pandemia su questi aspetti sembra ora regolata sulla base di coordinate piuttosto puntuali e che rendono dunque prevedibili le future decisioni dello stesso giudice delle leggi e dei giudici amministrativi e di questo il principio della certezza del diritto non può che giovare.

Ciò che invece desta senz'altro qualche spunto di ulteriore riflessione degno di idoneo approfondimento è la questione della ricostruzione dell'esercizio delle funzioni amministrative emergenziali da parte dei vari livelli di governo competenti a esercitarle. Rimane infatti parzialmente inspiegato come si vadano a conciliare fra loro l'affermazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale e la contestuale possibilità di attribuire le funzioni amministrative su diversi livelli di governo, seppur attraverso atti limitati nel proprio contenuto dispositivo, in quanto Regioni ed enti locali possono solo introdurre misure maggiormente restrittive, e nella propria efficacia temporale.

Nel vigore del nuovo Titolo V, questa relazione fra competenze legislative e amministrative è stata oggetto di una particolare ricostruzione nell'ambito dell'istituto dell'attrazione in sussidiarietà, introdotto nel nostro ordinamento in via pretoria con la ben nota sentenza n. 303 del 2003²⁴, dove l'elemento di flessibilità del riparto delle competenze legislative veniva dalla Corte rinvenuto nell'attitudine ascensionale del principio di sussidiarietà richiamato nell'art. 118 Cost. rispetto alle funzioni amministrative, che

²⁴ Ampiamente commentate in dottrina e su cui si possono quanto meno richiamare le osservazioni sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale* di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, p. 2782 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, p. 2791 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, p. 2805 ss.

giustificherebbe altresì il “trascinamento” delle funzioni legislative nella misura in cui ciò costituirebbe un’implicazione del principio di legalità, nel senso che la funzione amministrativa attratta dallo Stato non può che essere disciplinata per il tramite della legge statale, posto che “il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto”²⁵.

Tale affermazione introduce una sorta di principio di parallelismo delle funzioni legislative e amministrative, ormai non più vigente nel nuovo Titolo V ed eppure riaffermato in occasione della fondazione di questo meccanismo derogatorio delle competenze fra Stato e Regioni. Solo che, una volta affermato, esso non può che valere in modo reciproco, nel senso che, se il principio di legalità non può che postulare il trascinamento verso l’alto delle funzioni legislative concernenti le funzioni amministrative attratte in sussidiarietà, neppure sembra postulabile che la funzione legislativa attratta in sussidiarietà possa riallocare presso le Regioni le corrispondenti funzioni amministrative (salvi i casi di “rinuncia” all’attrazione in sussidiarietà²⁶, ma allora anche la funzione legislativa verrebbe “restituita” alle Regioni).

E se ciò vale per le funzioni legislative “*diventate*” statali per effetto di questo meccanismo derogatorio del riparto delle competenze, appare complesso immaginare che ciò non valga – *a fortiori* – per le funzioni legislative “*originariamente*” appartenenti alla competenza statale esclusiva per espressa scelta del legislatore costituente.

D’altronde, è la stessa sentenza n. 37 del 2021 a suscitare questa perplessità, quando, per sostenere l’ascrivibilità delle competenze in materia di gestione della pandemia alla competenza statale sulla profilassi internazionale, esclude in modo *tranchant* la loro confinabilità spaziale “ad una dimensione territoriale più limitata” di quella nazionale. Se infatti il grado di diffusività del virus Covid-19 è tale da implicare che ogni scelta svolta a livello locale possa avere riflessi sulla profilassi “internazionale”, dovrebbe dedursene che la logica unitaria che deve presiedere alla gestione della pandemia sia incompatibile con l’attribuzione di poteri di ordinanza regionali che potrebbero condurre – e talvolta hanno condotto – a una notevole differenziazione territoriale, come è avvenuto in più occasioni durante

²⁵ Sent. n. 303 del 2003, *C.i.d.* par. 2.1.

²⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 79 del 2011, sulla c.d. Metro di Parma, ampiamente discussa in dottrina: C. BERTOLINO, *Un tassello o un cuneo nella "chiamata in sussidiarietà" ad opera della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; M. CARRER, S. ROSSI, *La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 259 ss.; D. CHINNI, A. DANESI, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto legge*, in www.federalismi.it, 2011; F. GUELLA, *La retroversione dell’attrazione in sussidiarietà, tra natura dell’intesa Stato-Regione e affidamento nei rapporti tra soggetti pubblici*, in www.forumcostituzionale.it, 2012. V. anche la sentenza n. 42 del 2019, su cui sia consentito il richiamo a P. COLASANTE, *La giurisprudenza costituzionale e il 'labirinto' del riparto delle competenze in materia di idrocarburi*, in *Osservatorio costituzionale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti* (<http://www.osservatorioaic.it/>), n. 6/2019, p. 193-207.

questi due anni, quando – lo si ricorderà – i Presidenti di Regione hanno applicato all’intera Regione o addirittura anche solo ad alcuni Comuni misure restrittive riconducibili alla c.d. zona arancione o alla c.d. zona rossa. Eppure, secondo la ricostruzione della stessa Corte, anche questi interventi sarebbero idonei ad incidere sulla proiezione “internazionale” della pandemia, per cui nessuna logica sussidiaria potrebbe giustificare il conferimento delle relative potestà amministrative ai livelli di governo sub-statali, giacché suscettibili – sia consentito dire – di porre in essere un potenziale “attraversamento di confini” del proprio ambito spaziale di riferimento e, dunque, di incidere in ogni caso sull’efficacia ultra-nazionale delle misure di contenimento.

In buona sostanza, delle due l’una: o il titolo competenziale a cui è ascrivibile l’adozione delle misure restrittive di contrasto alla pandemia è la profilassi internazionale e allora sarebbe logicamente da escludere ogni competenza, anche amministrativa, del livello regionale o sub-regionale in ragione dei riflessi trans-nazionali dell’esercizio di esse, oppure quella della profilassi internazionale non è l’unica competenza che viene in rilievo nella gestione delle emergenze sanitarie, oppure, ancora, tale attribuzione statale *esclusiva* non va però interpretata in senso del tutto *escludente*.

4.1. La natura non trasversale della competenza in materia di profilassi internazionale

Quest’ultima possibilità è stata però esclusa dalla Corte costituzionale, in quanto ha rigettato la configurabilità della materia della profilassi internazionale come competenza trasversale²⁷, posto che “la materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina”²⁸. L’affermata natura non trasversale della materia della profilassi internazionale esclude dunque – come invece avviene per le materie trasversali “classiche” della tutela dell’ambiente, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e della tutela della concorrenza – interventi sub-statali di tutela *in melius*, pur nel rispetto degli *standard* imposti dalla legislazione statale. Eppure, sia dato osservare come questo schema logico sia proprio quello che in fondo viene affermato come ammissibile dalla Corte costituzionale, in quanto i provvedimenti restrittivi sintonizzati sulla realtà locale non vengono affatto esclusi, bensì limitati nella propria efficacia precettiva al solo contenuto consentito dalla legislazione statale. Pertanto, viene adottato un criterio logico molto simile a quello applicato per le materie trasversali, nelle quali peraltro l’intervento legislativo regionale non è del tutto escluso in quanto la Regione possa vantare titoli di legittimazione in tal senso (nel caso di specie, la competenza in materia di tutela della salute), ma

²⁷ Sent. n. 37 del 2021, cit., *C.i.d.*, par. 7: “Né tale competenza ha tratti di trasversalità, come obietta la difesa regionale, per inferirne che essa si limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente”. Sulla trasversalità della materia, v. almeno A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 2003, p. 21-22; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 461 ss.

²⁸ Sent. n. 37 del 2021, cit., *C.i.d.*, par. 7.

comunque limitato dall'esercizio di quella trasversale statale. E del resto, sia dato per inciso osservare come l'affermazione dell'efficacia "escludente" della competenza legislativa in materia di profilassi internazionale rispetto alle attribuzioni legislative regionali forse provi troppo, se sol si pensi che non vi sarebbe ragione, ad esempio, di escludere una normativa regionale che regoli la procedura amministrativa che conduce all'adozione delle ordinanze regionali previste dalla legge statale (disciplinando in particolare il coordinamento fra gli organismi regionali che intervengono nel procedimento, come le aziende sanitarie locali, le direzioni regionali competenti per materia e l'organo politico che adotta poi i provvedimenti). Peraltro, l'interazione fra interventi regionali e statali coinvolge anche l'apparato sanzionatorio a ciò connesso, nel senso che i provvedimenti restrittivi regionali introducono obblighi suscettibili di sanzione prevista dal legislatore nazionale. Pertanto, non possono che essere riconducibili a una propria competenza piuttosto che a una propaggine della competenza statale in materia di profilassi internazionale, ché altrimenti sarebbe stato più logico attribuire la competenza all'adozione delle ordinanze maggiormente restrittive agli organi periferici dello Stato (*i.e.* i prefetti), anziché ai Presidenti di Regione.

Deve però essere osservato che all'adozione del concetto di trasversalità osterebbe la "etichetta" della competenza di cui alla lettera q) del comma secondo dell'art. 117, comma 2, Cost., che invero delinea un ambito materiale ben preciso piuttosto che una materia finalistica o una "materia-non materia".

4.2. Profilassi internazionale o intreccio di competenze da risolvere in via sussidiaria?

Se si parte dal presupposto che la competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale, in ragione della portata "escludente" ogni intervento regionale conferitale dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale, non riesce a spiegare sino in fondo la scelta di non attribuire agli organi periferici dello Stato l'adozione delle misure ulteriormente restrittive e, dunque, la persistenza dei poteri di intervento regionale in tal senso, occorre dunque giungere alla conclusione che forse le misure di contrasto alla pandemia "non sono tutta profilassi internazionale" e che appare innegabile un intreccio con altre competenze, come la tutela della salute e la protezione civile, ricadenti nella potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

In tal caso, mentre la competenza in materia di profilassi internazionale avrebbe fornito copertura a tutte quelle decisioni dello Stato che, in ragione della loro portata, sarebbero state dotate di un'efficacia suscettibile di estendersi al di là dei confini nazionali, poiché direttamente connesse al contrasto del contagio su larga scala, la competenza in materia di tutela della salute avrebbe ben fornito la base giuridica per l'adozione delle ordinanze regionali ulteriormente restrittive.

Inoltre, in quanto competenza concorrente, la tutela della salute ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'istituto dell'attrazione in sussidiarietà, che consente al legislatore statale di assumere e regolare tutte le funzioni amministrative utili a garantire la maggiore efficienza del livello superiore di governo, mentre al livello regionale residuerebbero le competenze non attratte in sussidiarietà.

In sostanza, il meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà, diversamente dall'applicazione della competenza in materia di profilassi internazionale *tout court*, non è "escludente" e, pertanto, non pone il problema logico e dommatico di giustificare l'esistenza di poteri regionali che essa indurrebbe invece a escludere. Infatti, non è necessario che l'attrazione in sussidiarietà riguardi tutto il fascio di attribuzioni legislative e amministrative connesse alla gestione della pandemia, bensì si tratta di un meccanismo flessibile che riesce a giustificare dal punto di vista costituzionale la permanenza dei poteri di ordinanza regionali.

E sia dato infine osservare come invero la legislazione statale emergenziale abbia introdotto diversi momenti di esplicazione del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni prima dell'adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle Ordinanze del Ministro della salute²⁹, con ciò forse lasciando essa stessa intendere come una ricostruzione troppo rigida ed escludente delle competenze in materia non fosse del tutto auspicabile.

²⁹ Sull'efficacia e sulle applicazioni del principio di leale collaborazione nello stato di emergenza, cfr. A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 3/2020; F. SAVASTANO, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *Federalismi.it*, 12 ottobre 2020, in part. v. par. 5.