



Francesco Bocchini*

Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale**

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Il “diritto vivente” avente ad oggetto la disciplina della pandemia in Italia tra «profilassi internazionale», «tutela della salute» e «protezione civile». - 3. L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sino alla sentenza n. 37/2021. - 4. La necessità di esaminare la normativa costituzionale anche sotto il profilo sostanziale: il profilo territoriale. – 5. Segue: il profilo temporale della pandemia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il problema

Il problema dell’individuazione della disciplina costituzionale della pandemia sembra un pendolo che oscilla tra tre “materie” costituzionali: la «profilassi internazionale», la «tutela della salute» e lo «stato di emergenza sanitario».

Invero non solo la giurisprudenza costituzionale in tema di «profilassi internazionale» è mutata nel tempo, ma anche la dottrina ha assunto orientamenti variegati.

In primo luogo è dibattuto lo stesso contenuto della materia della «profilassi internazionale», perché si discute se essa sia una materia-oggetto o una materia-funzione e, quindi, trasversale. In secondo luogo è discusso se la «profilassi internazionale» comprenda la sola prevenzione o, anche, l’approccio terapeutico e, quindi, la cura della malattia. Infine è discusso se la «profilassi internazionale» sia una nozione formale nel senso che lo Stato sia obbligato ad attuare gli atti giuridici formali costituiti dalle raccomandazioni o dalle direttive internazionali nella materia della profilassi o sia possibile configurare una potestà legislativa esclusiva dello Stato avente ad oggetto l’intera disciplina della pandemia, a prescindere dal dettato delle raccomandazioni internazionali dell’Organizzazione mondiale della sanità.

* Professore associato Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

A sua volta le materie «tutela della salute», «profilassi internazionale» e «protezione civile», contrariamente a ciò che potrebbe apparire, a prima vista, pongono problemi concernenti non solo e non tanto la distinzione tra principi fondamentali e norme di dettaglio, quanto lo spazio legislativo e amministrativo riservato alle Regioni.

E' dibattuto, infine, lo spazio costituzionale della materia della «protezione civile» non previsto da alcuna norma costituzionale, non essendovi nella Costituzione alcuna materia etichettata come “stato di emergenza” o “stato di eccezione”.

A rendere più complessa la problematica è la convivenza delle materie della «tutela della salute», della «profilassi internazionale» e della «protezione civile» con il potere della decretazione d'urgenza che non si riferisce ad alcuna di esse, in particolare, perché le attraversa tutte. Nel caso della pandemia, poi, la decretazione d'urgenza ha previsto una delega dei poteri normativi al Presidente del Consiglio dei Ministri, che è stata oggetto di ampia discussione in dottrina. In tale articolato dibattito dottrinario è intervenuta, di recente, la Corte costituzionale¹ con una sentenza che ha sostanzialmente approvato l'attività normativa del Governo² e che dovrebbe rappresentare la “stella polare” della futura navigazione, anche se è stata, a sua volta, commentata, in modo divergente, dalla dottrina, come si dirà.

Il lavoro si propone, quindi, di razionalizzare il complesso quadro normativo e giurisprudenziale tenuto conto che la complessiva vicenda istituzionale, venuta sin qui svolgendosi, ha comportato, secondo la dottrina³, gravi torsioni degli equilibri prefigurati per le relazioni tra gli organi costituzionali delle quali si hanno numerose testimonianze⁴, già in tempi risalenti e fino ai giorni nostri⁵.

¹ Corte costituzionale del 12 marzo 2021, n. 37.

² Per una efficace ricostruzione del rapporto tra Stato e Regioni in materia sanitaria nel contesto delle competenze legislative “esclusive” e “concorrenti” ai sensi dell'art. 117 Cost. v. A. SAITTA, *Sanità. Fare l'unità d'Italia. La salute dopo il coronavirus*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, 119 ss. il quale osserva che «le Regioni devono subito impegnarsi a sviluppare una capacità di auto coordinamento per evitare di essere dirette da chi si limita a verificare l'attività sulla base di medie statistiche. ... L'auto-coordinamento tra le Regioni è il presupposto per un efficace e rinnovato regionalismo».

³ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, 1, 222 evidenzia la crisi che attanaglia il Parlamento quale organo motore, secondo Costituzione, della direzione politica, sì da dare il nome alla forma di governo razionalizzata dalla Carta.

⁴ F. LANCHESTER, *La crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 106 ss. osserva efficacemente che la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale ha causato, a sua volta, una crisi della rappresentanza politica e del sistema dei partiti che potrebbe essere giunta al punto di non ritorno. Invero la crisi di rappresentanza dello Stato democratico di massa non si manifesta per la prima volta e mette in gioco lo stesso significato della rappresentanza.

⁵ ID., *La rappresentanza in campo politico*, Milano, Giuffrè, 2006; ID., *La crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, cit., 117 ss. osserva efficientemente che l'abbandono della forma di governo costituzionale naturalistica o razionalizzata per seguire il Governo di legislature sminuisce la funzione normativa di primaria importanza della rappresentanza nelle assemblee elettive perché si costituiscono maggioranze elettorali artificiali. La situazione attuale impone, pertanto, un rafforzamento delle esigenze valoriali del costituzionalismo originario come limite al potere a tutti i livelli.

2. Il “diritto vivente” avente ad oggetto la disciplina della pandemia in Italia tra «profilassi internazionale», «tutela della salute» e «protezione civile»

La normativa che il Governo ha emanato per prevenire e contrastare la pandemia può essere riaccolta a quattro profili di disciplina costituzionale rappresentati dall'art. 117, lett. q), in materia di «profilassi internazionale», dall'art. 117, comma 3, in materia di «tutela della salute», dall'art. 117, lett. m), in materia di livelli essenziali delle prestazioni e dalla legislazione sulla protezione civile, che prevede lo “stato di emergenza”⁶, nel nostro caso, sanitario (artt. 7 e 24 del decreto legislativo n. 18 del 2 febbraio 2001)⁷.

La dottrina ha assunto, nei confronti dell'attività del Governo, un orientamento non univoco. E' possibile, così, distinguere, come subito si dirà, un orientamento maggioritario critico⁸ nei

⁶ Sullo stato di emergenza in generale v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, 317 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, 293 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 450 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani online*, 1993, 2 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza? Nota a Corte cost., sent. n. 15/1982*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, 108 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 60 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, 273 ss.; P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta online*, 2020, 1, 160; L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA-P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 479 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 217 ss.; ID., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Relazione al Convegno annuale dell'AIC sul tema: “Libertà e sicurezza”*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, 2, 427 ss.; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, 330 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 2, 542 ss.; ID., *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 76 ss.; S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, 2006, 1, 35 ss.; G. MARAZZITTA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003. Per una prospettiva comparata v. E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2004, 4, 37, Jahrg., 101 ss.; U. BECK, *Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*, Frankfurt am Main, 2002; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 42 ss.; ID., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 12 ss.; P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, in *cortecostituzionale.it*, marzo 2011, 5 ss. Sulla deliberazione dello stato di emergenza che trova il proprio fondamento nel Codice della protezione civile v., in particolare, nella giurisprudenza costituzionale Corte costituzionale del 1 febbraio 1982, n. 12; Corte costituzionale del 14 luglio 1988, n. 826; Corte costituzionale del 9 novembre 1992, n. 418; Corte costituzionale del 14 aprile 1995, n. 127; Corte costituzionale del 20 novembre 2002, n. 466. Sulla compatibilità della dichiarazione dello stato di emergenza con la Costituzione v., in particolare, Corte costituzionale del 9 novembre 1992, n. 418; Corte costituzionale del 14 aprile 1995, n. 127; Corte costituzionale del 5 marzo 2010, n. 83; Corte costituzionale del 26 febbraio 2020, n. 32.

⁷ Per un'efficiente analisi nell'ordinamento francese delle anomalie costituzionali e regolamentari nell'iter di approvazione del progetto di legge n. 2020-90 che ha introdotto nel Codice della salute pubblica una nuova figura di emergenza sanitaria v. A. DEFFENU-F. LAFFAILLE, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19: (breve) lettura francese di un fenomeno giuridico abnorme*, in *Costituzionalismo*, 2020, 1, 189 ss.

⁸ Per la dottrina che ha criticato la legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri v. S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 538 ss. il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri richiamano la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ma senza alcun riferimento al Codice della protezione civile che costituisce il presupposto normativo abilitante; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 6 che prospetta alcuni dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'effettivo rispetto da parte dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dei requisiti di proporzionalità e pertinenza in relazione allo stato d'emergenza; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Amministrazione in cammino*, 29 aprile 2020, 2 ss. il quale osserva che la scelta del Governo di accentrare la disciplina di fronte ad una normativa vigente inadeguata perché pensata per emergenze di rilievo nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale non basta a comprendere perché si sia passati dai decreti-legge ai decreti del Presidente del Consiglio, trattandosi di fonti che riflettono una tendenza all'accentramento del potere normativo; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2-2020, 560 ss. il quale osserva che il concetto di «urgente necessità», di cui all'art. 77 Cost., non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta

confronti dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e degli altri atti concorrenti adottati dal Governo e un orientamento minoritario più liberale⁹ che ha difeso, sulla base di una serie di

di qualificare alcuni fatti, ma impone di definire un valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Pertanto gli atti, secondo l'autore, dovrebbero rispettare, seppur adottati in regime emergenziale, il principio gerarchico delle fonti del diritto, la riserva di legge assoluta ed il principio di legalità; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 3-2020, 524 il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono fondati esclusivamente sui decreti-legge come fonte atipica da questi individuata, con ampio margine di scelta discrezionale. In particolare, l'autore opera una distinzione tra i decreti-legge «originari», sui quali si fondano le fonti «derivate» e gli altri decreti-legge approvati durante la pandemia aventi ad oggetto variegati contenuti specifici, soprattutto, di natura economica; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 1-2020, 194 ss. la quale prospetta dubbi di costituzionalità in relazione alla temporaneità delle misure di emergenza, alla loro proporzionalità ed al rispetto della trasparenza dei processi decisionali; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo*, 1-2021, 22 ss. la quale critica l'interpretazione «estensiva» dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai temi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 3-2020, 196 il quale ritenendo sempre competente il Parlamento per l'adozione delle misure legislative in costanza di pandemia, rileva che il Governo non poteva sostituire la propria attività a quella legislativa ordinaria; P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, 538 ss. il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono privi di copertura costituzionale in quanto fonti prive di ogni controllo, A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Diritti fondamentali*, 26 marzo 2020, 3 ss. ritiene che l'attività del Governo configura una inammissibile «delegificazione della delegificazione»; A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20 aprile 2020, il quale osserva che non è possibile sostituire, nel permanere della diffusione epidemica, una fluida sequenza di e di atti sub-secondari richiamati da tali provvedimenti fisiologicamente provvisori alla regolamentazione decreti-legge legislativa ordinaria; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 525 ss. secondo il quale il principio organizzatore che informa il nostro sistema costituzionale prevede la competenza parlamentare della funzione legislativa ordinaria mentre quella straordinaria, pur spettando, in prima battuta, al Governo, necessità di un intervento preventivo (art. 78 Cost.) o successivo (art. 77 Cost.) delle Camere; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da coronavirus: i DPCM*, in *Ambiente Diritto*, 2021, 1, 560 ss. la quale critica lo strumento dei d.P.C.M. in quanto il decreto-legge non dovrebbe avere necessità di atti applicativi dello stesso.

⁹ Sulla legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, cit., 111 ss. il quale riprendendo le riflessioni svolte in ID., *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1173 ss. il quale esamina approfonditamente la «catena normativa dell'emergenza» pervenendo alla conclusione che alle «autorità amministrative possono essere affidate, nel rispetto della Costituzione, i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che, però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata». Invero si ravvisa, così, il fondamento costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* che sono considerati «valori» immanenti al sistema e positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata da Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, 524 il quale osserva che si è operato al di fuori delle previsioni costituzionali ma, probabilmente non *contra constitutionem* perché tutti gli atti sono stati posti in essere dal Governo in stato di necessità, al fine di tutelare il diritto fondamentale più rilevante che la Costituzione protegge: il bene supremo della vita dei consociati; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime osservazioni*, cit., 304 ss. osserva che non sono i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri a porre limitazioni a precedenti facoltà o diritti, ma è il legislatore (prima governativo e poi parlamentare) a determinare la liceità e possibilità di queste compressioni per contrastare la pandemia, affidando ai medesimi decreti il solo compito di specificarne esattamente la misura all'interno delle materie più o meno analiticamente elencate; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, aprile 2020, 6 ss. il quale osserva che essendo divenuto il decreto-legge nell'ultimo quarto di secolo una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente «si è verificato un effetto domino». Invero il decreto-legge è stato emanato al posto della legge mentre l'atto amministrativo è stato compiuto al posto del decreto-legge; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 34 ss. la quale ricostruisce il dibattito alla Costituente sullo stato di emergenza; A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti fatto*, in *Lo Stato*, 2019, 477 ss. osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri hanno assunto la veste delle ordinanze emergenziali, sebbene fossero privi di un esplicito riferimento ai requisiti della contingibilità e dell'urgenza, rispettando la disciplina costituzionale; 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*, 2021, 1, 19 ss. il quale osserva che il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevedendo un oggetto determinato, trova una delimitazione del potere dell'organo agente nel medesimo fatto, che giustifica e, al tempo stesso, delimita la fattispecie.

argomenti sistematici la legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, osservando che la loro legittimità costituzionale, sul piano della teoria delle fonti, risiede nei decreti-legge che hanno conferito la delega.

Le ricordate normative hanno fatto “mera apparizione” negli atti del Governo. In particolare, la normativa in materia di «profilassi internazionale» è stata solo evocata, ma, in concreto, non rappresenta il fondamento giuridico sul quale il Governo ha emanato i propri atti normativi. Per converso la Corte costituzionale con la sentenza del 24 febbraio 2021, n. 37 ha indicato nella «profilassi internazionale» l'unica materia applicabile alla pandemia. Come è noto, il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della sanità, Agenzia delle Nazioni Unite, istituita con il Trattato stipulato a New York nel 1946 ed entrato in vigore nel 1947, emanava una dichiarazione indirizzata a tutti i Paesi membri dell'Agenzia con la quale veniva dichiarato che il focolaio internazionale di Covid-19 fosse un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (*Public Health Emergency of International Concern – PHEIC*), ai sensi del Regolamento sanitario internazionale del 2005. Seguiva la dichiarazione del Direttore generale del 11 marzo 2020 con la quale il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 veniva «considerato una pandemia»¹⁰.

Il giorno successivo il Governo dichiara, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, lo stato di emergenza per sei mesi sino al 31 luglio 2020, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Lo stato di emergenza è prorogato con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 sino al 15 ottobre 2020. Segue, poi, una seconda proroga adottata con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 sino al 15 ottobre 2020. Successivamente il Consiglio dei Ministri, con delibera del 7 ottobre 2020, adotta una terza proroga sino al 31 gennaio 2021, poi, con delibera del 13 gennaio 2021, una quarta proroga sino al 30 aprile 2021 e, infine, con delibera del 21 aprile 2021, una quinta proroga sino al 31 luglio 2021.

Durante lo stato di emergenza è adottata una congerie di atti normativi: decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti-legge, decreti ministeriali, in primo luogo, del Ministero della Salute, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, ordinanze dei Presidenti delle Regioni e degli enti territoriali.

Tutto questo “diritto vivente” è apparso alla dottrina scostarsi molto dai dettami della teoria delle fonti normative e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹. E', quindi, interessante ripercorrere, l'iter normativo dell'operato del Governo, a partire dalle ricordate delibere del Consiglio dei Ministri. La delibera del 31 gennaio 2020 è adottata sulla base degli artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice della

¹⁰ Per una illuminante ricostruzione del rapporto tra la prescrizione normativa di condotte dettata dal diritto e la ragionevolezza scientifica delle soluzioni ai tempi del Covid-19, anche, con riferimento al pensiero di Max Weber v. A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO- M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta online*, 2020, 41 ss.

¹¹ Per una efficiente analisi della compressione dei diritti di partecipazione politica a fondamento della società e della relativa «verticalizzazione» del potere, v. A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 2, pp. 14 ss.

Protezione civile). Ma, come si è detto, nonostante l'apparente riferimento alla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus proclamata il giorno prima dall'Organizzazione mondiale della sanità, la stessa delibera ha ad oggetto la «dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario» e, pertanto, si fonda, sostanzialmente, sul Codice della Protezione civile. Ora, ponendo a confronto i «Considerando» della delibera che indicano le normative nelle materie della «protezione civile» e della «profilassi internazionale», appare evidente che ogni riferimento alla «profilassi internazionale» ed alla Organizzazione mondiale della sanità appare priva di rilievo decisionale, per lasciare «spazio» solo al Codice della Protezione civile. Infatti la delibera è adottata «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1» ed «è dichiarato per sei mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». A sua volta, la normativa di «attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lett. a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è adottata mediante ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse».

Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 30 gennaio 2020 il Governo sembra scegliere la strada della legislazione sulla protezione civile e non della profilassi internazionale. Ma il 21 febbraio 2020, il Governo modifica lo strumento normativo con l'adozione da parte del Ministero della salute di due ordinanze fondate sull'art. 32 della legge n. 833 del 1978.

La prima ordinanza adottata, d'intesa con la Regione Lombardia e con efficacia limitata al territorio dei Comuni coinvolti dal focolaio, ha ad oggetto il divieto di entrare e di uscire da tale territorio.

La seconda ordinanza è estesa a tutto il territorio nazionale e prevede l'obbligo per le autorità sanitarie competenti di applicare la misura della quarantena. Entrambe le ordinanze si fondano sul potere di ordinanza assegnato al Ministro della Salute dall'art. 32 della l. n. 833/1978 e, dunque, sono adottate in un contesto normativo del tutto diverso da quello della protezione civile. Ma due giorni dopo, il 23 febbraio 2020, il Governo imbocca una terza strada, quella della decretazione d'urgenza, ai sensi degli artt. 76 e 87, comma 5, Cost.¹²

¹² Per una critica alla legittimità costituzionale della decretazione d'urgenza utilizzata dal Governo v. A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 2020, 1, 1 il quale osserva in modo puntuale che le misure generali di contenimento del contagio che operano sul terreno della libertà di circolazione conducono a risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare che opera sul terreno della libertà personale; L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, II, 423 ss. la quale pone in evidenza la problematica costituzionale se le materie coperte da riserva di legge, compresa la riserva di legge assoluta, possano essere regolate, anche, con atti aventi forza di legge, a meno che non si tratti di riserva di legge formale come ad esempio le leggi di conversione dei decreti-legge, le leggi delega, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 567 il quale osserva che il concetto di «urgente necessità», di cui all'art. 77 Cost., non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti, ma impone di definire un valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Tale fondamento giuridico deve essere puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria; A. CELOTTO, *La necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 60 ss. il quale osserva che si sarebbe potuto applicare nella gestione dell'emergenza da coronavirus l'art. 78 Cost. attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di «guerra» rispetto all'emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari;

Viene, così, emanato il decreto-legge. n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito nella legge n. 13 del 5 marzo 2020, che attribuisce il potere di adottare le «misure di contenimento» dell'epidemia, prescritte nello stesso decreto-legge solo a titolo esemplificativo, al Presidente del Consiglio dei Ministri, «su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

Con riferimento, poi, alle Regioni¹³ si prevede che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza

G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e di attività motoria all'aperto*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 368.; ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 212 ss. il quale osserva che quando uno stesso decreto-legge fonda provvedimenti, incidenti su diritti che sono diversi tra loro, l'atto che effettivamente restringe i diritti è il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e non il decreto-legge realizzandosi, così, una violazione della riserva di legge, del principio di legalità in senso sostanziale e dell'intero sistema delle fonti; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo*, 2020, 1, 138; L. MAZZAROLLI, *"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, Osservatorio emergenza Covid-19*, 1, 13 marzo 2020, il quale pone dubbi di legittimità costituzionale non solo sotto il profilo delle fonti del diritto ma, anche, sotto il profilo della forma di governo parlamentare che scandisce i passi del rapporto tra Camere e Governo anche quanto all'adozione dei decreti-legge, posto che l'adozione di questi ultimi e la responsabilità collegiale di cui s'è detto, non possono prescindere, ma danno anzi per presupposto il rapporto fiduciario instaurato tra Governo e Parlamento all'atto della concessione della fiducia di cui all'art. 94 Cost.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti fondamentali*, 1-2020. 590 ss. il quale avanza dubbi in ordine alla legittimità costituzionale dei decreti-legge per il fatto che ogni contrazione di diritti fondamentali soggiace, oltre che al vincolo della riserva di legge "assoluta", all'osservanza del parametro di proporzionalità in senso lato, intesa, cioè, come adeguatezza (rispetto allo scopo), essenzialità della misura (nel senso del suo contenimento entro i termini essenziali a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito) e sua necessità (proporzionalità in senso stretto, vale a dire, l'impossibilità del ricorso a provvedimenti meno limitativi della libertà), a cui si commisura anche la possibilità, per l'interessato, di esercitare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) contestando la legittimità delle misure adottate. In senso favorevole alla legittimità costituzionale della decretazione d'urgenza utilizzata dal Governo v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 115 ss. il quale osserva che la Costituzione contiene il fondamento legittimante, espresso ancorché implicito, della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli "spazi" e nei "tempi" del diritto costituzionale dell'emergenza. E' proprio vero che "nulla potrà essere più come prima?"*, in *federalismi.it*, 2020, 16, 6 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 453 ss.; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime osservazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, 303 ss. il quale osserva che l'assenza di una completa legislazione in materia di situazioni emergenziali, malgrado quanto previsto dalla legislazione in materia di protezione civile, ha comportato legittimamente che l'unica fonte utilizzabile per integrare la legislazione sulla protezione civile appariva l'utilizzazione della decretazione d'urgenza; M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020, 1 osserva che la decretazione d'urgenza ha permesso di coprire con la riserva di legge gli atti secondari che ne sono seguiti, sotto il controllo del Parlamento, dell'opinione pubblica e, potenzialmente, del giudice, anche, per l'elasticità delle norme della Carta; 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*, 2021, 1, 19 ss. osserva che il principio di legalità rappresenta l'architrave su cui si poggia l'ampio potere emergenziale. Pertanto nel contesto della specialità dell'ordinamento emergenziale i decreti-legge rappresentano la fonte primaria in un triplice rapporto venutosi a delineare tra autorizzazione primaria-intervento amministrativo e fatto emergenziale.

¹³ Con particolare riferimento ai rapporti tra Stato e Regioni durante la pandemia v. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista Diritti Comparati*, 2020, 1, 54 ss. il quale prospetta una soluzione più congrua nel rapporto tra Stato e Regioni fondata, da un lato, sul principio di sussidiarietà e, dall'altro, sulla reinterpretazione dell'individuazione con legge nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni, delineando funzioni amministrative statali di indirizzo sulla tutela della salute; E. CATELANI, *Il Forum. L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 23 luglio 2020, 11 la quale ravvisa l'esigenza di un maggior coordinamento sia nei rapporti tra Stato e Regioni che nei rapporti tra le stesse Regioni e gli enti locali attraverso l'istituzione di sedi appropriate di concertazione che

le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000. Le misure adottate perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione».

Sta, di fatto, che il ricorso alla decretazione d'urgenza suscita alcune perplessità.

In primo luogo, la strada della legislazione sulla Protezione civile consentiva, in attuazione del d.lgs. n. 1/2018, di emanare ordinanze da parte del Capo Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per una durata di dodici mesi prorogabili una sola volta per un totale di ventiquattro mesi. Ma tale strada era alternativa alla decretazione d'urgenza perché la legislazione sulla Protezione civile prevedeva, proprio, la declaratoria dello stato di emergenza che costituisce il presupposto della decretazione d'urgenza. L'emanazione, invece, di decine di decreti-legge avvenuta nel tempo, finiva con lo snaturare lo strumento giuridico della decretazione d'urgenza.

Inoltre la strada dei decreti-legge trovava autonoma copertura costituzionale rispetto alla legittimazione costituzionale delle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile, in guisa che si verificava un parallelismo non convincente tra decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile perché la stessa materia è attribuita separatamente al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Capo Dipartimento della Protezione civile. Queste incertezze del contenuto del d.l. n. 6/2020 appaiono subito evidenti perché il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 emanato ad un mese di distanza dall'emanazione del primo decreto-legge abroga il d.l. n. 6/2020, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-*bis*, e 4.

Avendo il Governo imboccato tre strade, l'ultima delle quali fondata sulla tutela della salute in ordine alla quale sussiste la potestà legislativa concorrente dello Stato e delle regioni, ai sensi

realizzi un principio della leale collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo, al fine di evitare conflitti tra centro e periferia; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza in tempo di pandemia*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, 451 ss. il quale osserva criticamente che l'ambito materiale sul quale le ordinanze producono i propri effetti, ancorché normativamente definito, non deve essere tanto ampio da includere ogni aspetto della vita dei consociati, così da comportare, non già una sospensione temporanea dell'applicazione di singole disposizioni di legge, ma piuttosto nel dispiegarsi delle stesse forme della legalità; L. CHIEFFI, *Alla tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, 1, 18 ss. secondo il quale nessun trasferimento alle Regioni nella materia della tutela della salute potrebbe condurre alla frantumazione dello Stato centrale e, tanto meno, allo smantellamento di «presidi storicamente essenziali per l'unità e l'identità del Paese»; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 2021, 1, 8 ss. il quale esamina, con puntualità, il principio della leale collaborazione tra Stato e regioni attraverso un'attenta analisi delle ordinanze regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano emanate nel periodo emergenziale tra il 22 febbraio ed il 20 marzo 2020 osservando che le Regioni che hanno adottato un minor numero di ordinanze sono quelle dove si è maggiormente diffuso il virus; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni ai tempi di Covid 19*, in *federalismi.it*, 2020, 26, 89 il quale osserva che la legge regionale, in quanto fonte-atto primario ed espressione del potere legislativo, ottempera alla riserva di legge. Pertanto nelle materie rientranti nella competenza regionale, è, sempre, possibile, con legge approvata dal Consiglio regionale, limitare e/o sospendere i diritti di cittadini e imprese; R. MANFRELOTTO, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2-2021, 233 il quale prospetta dei dubbi di legittimità costituzionale legati al principio, anche prima dell'emergenza pandemica, dell'inaammissibilità di un potere di ordinanza locale derogatorio di norme di legge e, a maggior ragione, limitativo di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate; A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus: qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 525 ss. il quale pone in evidenza due incertezze interpretative aventi ad oggetto, in primo luogo, il rapporto "sussidiario" tra misure statali e misure regionali ed, in secondo luogo, la compatibilità tra l'art. 3, comma. 2, del decreto-legge n. 19 del 2020 e l'art. 50 del T.U.E.L. che limita le ordinanze sindacali alle ipotesi di emergenza sanitaria «a carattere esclusivamente locale».

dell'art. 117, comma 3, Cost., le Regioni cominciano ad emanare, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978, una serie di ordinanze presidenziali. Ma queste ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali convivono con i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con le ordinanze del Capo della Protezione civile in un contesto spesso conflittuale.

Quando, poi, le Regioni imboccano la strada della legislazione regionale per legiferare nel proprio territorio in deroga alla normativa statale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri non esita a ricorrere alla Corte costituzionale per chiedere la declaratoria di illegittimità costituzionale della legge regionale, come si dirà a proposito della sentenza n. 37/2021.

3. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sino alla sentenza n. 37/2021

Un corretto inquadramento della giurisprudenza costituzionale muove dalla premessa secondo la quale la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è la prima sentenza in tema di pandemia umana perché la precedente giurisprudenza aveva esaminato fattispecie aventi ad oggetto la profilassi internazionale di pandemie animali. In secondo luogo, si pone per la prima volta all'attenzione della Consulta il problema del rapporto tra la materia della «profilassi internazionale» in tema di pandemia umana e la materia della «tutela della salute». Occorre, poi, precisare che la Consulta assume, come si dirà subito, un orientamento innovativo rispetto al passato in relazione alla materia della «profilassi internazionale».

Procediamo con ordine, partendo dalla nozione di profilassi internazionale. Sembra utile risalire alla nascita della nozione come elaborata, prima della sua introduzione nella Costituzione, avvenuta, con la riforma costituzionale del Titolo V nel 2001, anche perché la Corte costituzionale e la stessa dottrina presuppongono, più che approfondire, il contenuto.

La nozione di «profilassi internazionale»¹⁴ è risalente agli anni Settanta e si concreta «nell'attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio»¹⁵.

Negli anni '70, in occasione dell'emanazione dei primi decreti di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, si fa riferimento alla profilassi internazionale come attività non trasferita alle Regioni¹⁶.

La nozione è, anche, più antica perché già il Testo unico delle leggi sanitarie del 1934 distingueva, nell'ambito della profilassi internazionale, tra profilassi sanitaria in senso proprio e profilassi veterinaria, affidando la profilassi sanitaria agli uffici sanitari marittimi, di frontiera e di

¹⁴ Per la nozione attuale v. Relazione del Ministero della Salute sulle attività svolte dagli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera (USMAF) e servizi per l'assistenza sanitaria al personale navigante, marittimo e dell'aviazione civile (SASN), III trimestre 2020, dicembre 2020, in *salute.gov*.

¹⁵ E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Giustizia Insieme*, 26 gennaio 2021, 5.

¹⁶ L'art. 6, comma 1, D.P.R. 14 gennaio 1972, recita: «Restano ferme le attuali competenze degli organi statali in ordine: ... 3) alla profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie e ... 22) alla profilassi, polizia, ispezione e vigilanza veterinaria sugli animali, sugli alimenti di origine animale e sull'alimentazione zootecnica».

aeroporti (art. 2 R.d. 27 luglio 1934, n. 1265) e la profilassi veterinaria agli uffici veterinari di confine e di porto (art. 32 R.d. 27 luglio 1934, n. 1265), incardinati nel Ministero della sanità come articolazioni periferiche.

Tale assetto è rimasto, nella sostanza, immutato fino ad oggi, attribuendosi la vigilanza nei confronti dei viaggiatori e dei mezzi di trasporto nonché su prodotti di rilevanza sanitaria agli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera ed ai servizi per l'assistenza sanitaria al personale navigante, marittimo e dell'aviazione civile, mentre la tutela della salute degli animali è affidata, anche, con riferimento ai prodotti e mangimi provenienti dall'estero e destinati al mercato comunitario, agli uffici veterinari per gli adempimenti comunitari e ai posti di ispezione frontiera. Analoga normativa vale per la sicurezza alimentare.

All'esito del processo di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, ai sensi dell'art. 6, n. 1, D.P.R. n. 4 del 1972, la profilassi internazionale viene, quindi, conservata in capo allo Stato, distinguendola dalla più generale «profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie». Tale assetto è rimasto successivamente inalterato, anche, nel secondo trasferimento di funzioni effettuato sulla base dell'art. 30, lett. a), D.P.R. n. 616 del 1977 che distingueva tra la profilassi internazionale, marittima, aerea e di frontiera e la profilassi nazionale delle malattie infettive e diffuse. Infatti la disciplina normativa è prevista dall'art. 6, lett. a), legge n. 833/1978 sul sistema sanitario nazionale e dall'art. 126 del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998 che conservavano in capo allo Stato «le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari intracomunitari e di frontiera».

L'evoluzione legislativa si conclude con il d.m. 2 maggio del 1985 del Ministero della Salute che definiva i compiti di profilassi internazionale «nella vigilanza negli ambiti portuali, aeroportuali e di confine terrestre e sulle navi ancorate, sugli aeromobili e su ogni altro mezzo di trasporto nonché sulle persone e prodotti soggetti a controllo sanitario in arrivo, in partenza o in sosta al fine di provvedere alla difesa contro la trasmissione delle malattie infettive e diffuse». Tale evoluzione spiega il contenuto della nozione e la ragione per la quale con la modifica del Titolo V Cost. la materia della «profilassi internazionale» fa il suo ingresso nella Costituzione, come materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q, Cost. Tuttavia il quadro normativo, così ben articolato in ordine all'attribuzione della «profilassi internazionale» alla potestà legislativa allo Stato, non ha trovato un chiaro riscontro sul piano medico-legale in quanto è stato osservato¹⁷ che una vera e propria profilassi internazionale, intesa come metodica scientifica condivisa a livello sovranazionale per combattere il *virus*, non è mai stata elaborata.

L'analisi della nozione di «profilassi internazionale» è stata svolta per meglio inquadrare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale fino alla sentenza n. 37/2021 della quale occorre, ora, dare conto.

¹⁷ M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 2021, 1, 333.

Con la sentenza del 13 gennaio 2004, n. 12¹⁸ la Corte costituzionale giudica infondata la censura rivolta dalle Regioni Marche, Toscana, Campania ed Umbria all'art. 66 della legge n. 448 del 2001 che pone prescrizioni dirette a ridurre i fenomeni di influenza catarrale dei ruminanti (c.d. *blue tongue*) nella materia affidata alla potestà legislativa residuale delle Regioni. In buona sostanza, secondo le Regioni, l'art. 66 della legge n. 448/2001 è illegittimo nella parte in cui lo Stato estende gli interventi previsti per fronteggiare l'emergenza derivante dalla encefalopatia spongiforme bovina (c.d. mucca pazza) «alle aziende zootecniche e alle cooperative di allevamento bovini ubicate nelle Regioni e Province sottoposte a sorveglianza dall'influenza catarrale dei ruminanti» di cui all'allegato 1 della decisione 2001/783/CE della Commissione, del 9 novembre 2001. La Consulta, nel rigettare il ricorso delle Regioni, rileva che le iniziative adottate dallo Stato previste per il contenimento della influenza catarrale dei ruminanti «non sono state il frutto di libere scelte da parte dello Stato invasive della competenza legislativa regionale in materia di agricoltura e nelle materie residuali», ma costituiscono misure di attuazione «riconducibili alla materia della profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q), di competenza legislativa esclusiva dello Stato e toccano profili incidenti sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, secondo comma, lettera s), anch'essa riservata alla legislazione statale». E, secondo la Consulta, anche l'attribuzione allo Stato delle «funzioni amministrative, quali la predisposizione di interventi per la protezione dall'influenza e la gestione di un apposito “fondo per l'emergenza *blue tongue*”, trova giustificazione in esigenze di carattere unitario e, specificamente, nel principio di adeguatezza» in quanto «il coordinamento degli interventi economici e sanitari sarebbe necessario tenendo conto della diffusività della malattia, che travalica i confini territoriali delle singole Regioni».

In questa sentenza la Corte ha accolto una nozione giuridico-formale di profilassi internazionale costruendola come materia che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva allo Stato l'attuazione di precise raccomandazioni internazionali della Comunità europea. Inoltre la Consulta considera la profilassi internazionale una materia-oggetto che ha un contenuto non solo di prevenzione, ma anche di contrasto dell'emergenza, derivante dalla encefalopatia spongiforme bovina.

E veniamo alla sentenza del 3 novembre 2005, n. 406. Qui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo 1 aprile 2004, n. 14 (Disposizioni urgenti in materia di zootecnia) nella parte in cui prevedeva «la sospensione della campagna di profilassi obbligatoria contro la febbre catarrale degli ovini, ai sensi dell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo n. 14/2004, e la possibilità che nello stesso periodo i capi non vaccinati possano

¹⁸ Corte cost. sent. 12/2004 esamina la legittimità costituzionale della normativa statale nella parte in cui prevede la predisposizione di una serie di interventi e la gestione di un apposito fondo per fronteggiare l'emergenza. In particolare, per le Regioni, l'art. 66 legge n. 448 del 2001 avrebbe violato i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, che devono porsi a fondamento di ogni allocazione di funzioni amministrative. La lesione non verrebbe meno neanche qualora si ritenesse che lo Stato abbia semplicemente introdotto delle modifiche alla disciplina di funzioni amministrative già ad esso riconosciute dalla legislazione previgente. In particolare, dopo la revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione, secondo le regioni lo Stato potrebbe legittimamente dettare norme per l'organizzazione di una funzione amministrativa «solo nell'ambito di un intervento che contempra la complessiva riallocazione delle funzioni amministrative relative ad un determinato ambito materiale», dovendosi escludere che esso possa procedere ad interventi di semplice integrazione parziale della disciplina previgente «in assenza di una simile operazione complessiva».

essere movimentati, commercializzati e macellati, ai sensi dell'art. 2 della medesima legge, si pongono in palese contrasto con alcune delle prescrizioni fondamentali della normativa europea di cui alla direttiva n. 2000/75/CE del 20 novembre 2000, così ponendo anche a rischio la complessiva opera di profilassi a livello europeo». La Corte osserva, infine, che «la disapplicazione all'interno di un'area regionale della normativa sopranazionale incide sulla sua complessiva efficacia, che evidentemente presuppone una uniformità di comportamenti per ridurre i rischi di contagio».

Anche in questa sentenza la Corte costituzionale conferma il suo precedente orientamento accogliendo una nozione giuridico-formale di profilassi internazionale e indica tale profilassi come materia-oggetto.

A distanza di sette anni dalla precedente sentenza, con la sentenza del 23 aprile 2013, n. 72, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 della legge della Regione Basilicata n. 26/2011 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Basilicata - legge finanziaria 2012) nella parte in cui sopprime la certificazione del veterinario della ASL competente in materia di movimentazione del bestiame, sostituendola con una autocertificazione in violazione della «normativa statale che prevedeva il controllo sanitario della ASL competente sul bestiame in transito, in linea con quanto previsto in sede comunitaria e UE relativamente alle misure di applicazione della direttiva 2000/75/CE del Consiglio per quanto riguarda la lotta, il controllo, la vigilanza e le restrizioni dei movimenti di alcuni animali appartenenti a specie ricettive alla febbre catarrale». Secondo la Consulta nella materia della «profilassi internazionale» è «indispensabile una uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale, secondo livelli minimi di tutela che necessitano, proprio per le esigenze della profilassi internazionale, di una ineludibile omogeneità di criteri e parametri di valutazione».

La Consulta, richiamando la propria giurisprudenza delle sentenze del 13 gennaio 2004, n. 12 e del 3 novembre 2004, n. 406, ha nuovamente ricondotto la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «profilassi internazionale», coinvolgente, anche, i profili riguardanti la «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», anch'essa riservata alla competenza legislativa dello Stato. Tale argomentazione ha condotto la Corte ad affermare che la «normativa statale che prevede il controllo sanitario della ASL competente sul bestiame in transito è destinata ad assicurare, anche in relazione al profilo delle procedure (ad esempio in tema di programmi di prevenzione o di controllo e vigilanza), oltre che a quello strettamente sanzionatorio, una indispensabile uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale, secondo livelli minimi di tutela che necessitano, proprio per le esigenze della profilassi, di una ineludibile omogeneità di criteri e parametri di valutazione. In questo contesto per la Consulta spetta alla competenza del Ministero della Salute la cura dei rapporti con l'Organizzazione Mondiale della Sanità e con altre Agenzie ONU anche per l'attuazione di convenzioni e di programmi sanitari internazionali».

L'anno successivo con la sentenza del 13 giugno 2014, n. 173 la Corte, confermando l'orientamento assunto nella precedente sentenza, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 15 aprile 2013, n. 13

(Disposizioni per la semplificazione di procedure in materia sanitaria in materia di «igiene sanità, assistenza ospedaliera e profilattica») nella parte in cui abolisce gli obblighi e gli adempimenti previsti dalla normativa statale dettata dal d.P.R. n. 320 del 1954, e segnatamente dagli artt. 1, 2, 31, 41 e 42 in materia di polizia veterinaria, eliminando sia le certificazioni del veterinario dell'ASL competente in materia di movimentazione del bestiame, eliminando, sia la vigilanza sanitaria dell'ASL sugli allevamenti, sia l'obbligo di denuncia di malattie infettive e diffuse per alcune malattie degli animali.

La Corte applica al caso scrutinato l'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che attribuisce la materia della «profilassi internazionale» alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, rilevando che «l'art. 5 legge regionale n. 13 del 2013, nell'abolire le predette certificazioni veterinarie, eliminando la relativa vigilanza sanitaria e l'obbligo di denuncia di malattia infettiva e diffusa per alcune malattie degli animali, limita (o, addirittura, esclude) i necessari controlli (anche periodici) previsti dalla legislazione statale (d.P.R. n. 320 del 1954) finalizzati a prevenire l'insorgere di sempre possibili epidemie ed epizootie, mediante la tempestiva individuazione (che si attua proprio attraverso la prevenzione e l'accertamento) e la relativa denuncia delle malattie infettive e diffuse del bestiame, così ponendo a rischio la complessiva opera di profilassi anche a livello europeo».

Nella sentenza del 15 dicembre 2016, n. 270 la Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione, promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti dello Stato, in relazione agli artt. 3, comma 1, 9, commi 1 e 9, e 12 dell'ordinanza del Ministro della salute del 28 maggio 2015, recante «Misure straordinarie di polizia veterinaria in materia di tubercolosi, brucellosi bovina e bufalina, brucellosi ovi-caprina, leucosi bovina enzootica». La pronuncia di inammissibilità si fonda sul fatto che la competenza legislativa dello Stato in materia di «profilassi internazionale» è esclusiva e si concreta nell'adozione dei provvedimenti volti a rafforzare le misure di identificazione e registrazione degli animali, quale elemento imprescindibile per una efficace lotta alle malattie infettive trasmissibili. Invero la normativa statale dettata dall'art. 9, comma 1, dell'ordinanza del Ministro della Salute del 28 maggio 2015 non pone alcun vincolo obbligatorio per la Provincia autonoma ed, a sua volta, il comma 9 della medesima norma disciplina la mera informatizzazione della procedura di richiesta, conferma e rilascio dell'autorizzazione per gli spostamenti degli animali.

Infine con la sentenza del 18 gennaio 2018, n. 5 la Consulta ritiene non fondato il ricorso della Regione Veneto in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1, 4 e 5 e degli artt. 3, 4 e 5 legge n. 119 del 2017. Invero l'art. comma 1 prevede l'obbligatorietà e la gratuità della vaccinazione per i minori fino a sedici anni ed i successivi artt. 1, commi 4 e 5, 3, 4 e 5 della medesima legge istituiscono un sistema di controlli e sanzioni volto a garantire il rispetto dell'obbligo vaccinale, anche in relazione all'accesso dei minori alle istituzioni scolastiche ed educative con la previsione delle relative sanzioni in caso di mancato adempimento.

Secondo la Corte costituzionale l'introduzione dell'obbligatorietà di alcune vaccinazioni, prevista dalla legislazione statale, chiama in causa la materia della «profilassi internazionale» prevista dall'art. 117, 2 comma, lett. q) Cost. Invero, nella specie, la profilassi per la protezione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente, a giudizio della Consulta,

«l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale. Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, l'obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta "immunità di gregge", la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo. Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore (sentenze n. 192 del 2017, n. 301 del 2013, n. 79 del 2012 e n. 108 del 2010). Ciò è vero in particolare nel caso, in cui il legislatore, alla luce della situazione già descritta, ha ritenuto di impiegare l'incisivo strumento dell'obbligo, con il necessario corredo di norme strumentali e sanzionatorie, le quali a propria volta concorrono in maniera sostanziale a conformare l'obbligo stesso e a calibrare il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti». E la giurisprudenza costituzionale ha qualificato come «coesenziali ai principi fondamentali della materia disposizioni pur specifiche che prevedono sanzioni amministrative e regolano il procedimento volto ad irrogarle e, ancor prima, ad accertare le trasgressioni (ad esempio, nelle sentenze n. 63 del 2006 e n. 361 del 2003)». In buona sostanza la Corte osserva che «la competenza di profilassi internazionale» di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q, Cost., consente di emanare norme dirette a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale (come più volte ritenuto da questa Corte, sia pure nel settore veterinario: sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005, n. 12 del 2004)». La Corte accoglie, così, ancora una volta, una nozione giuridico-formale della materia della «profilassi internazionale».

Questo il quadro complessivo della giurisprudenza costituzionale in tema di «profilassi internazionale» anteriore alla sentenza n. 37/2021¹⁹. E', ora, possibile, sulla scorta delle singole decisioni ricordate, confermare il nostro assunto, in ordine all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale²⁰ contenuta nella sentenza n. 37/2021 rispetto alla precedente giurisprudenza, sotto diversi profili.

Invero le sentenze ricordate accolgono, in primo luogo, una nozione di carattere giuridico-formale di profilassi internazionale perché affermano che la profilassi internazionale riguarda solo ed unicamente le formali raccomandazioni internazionali, emanate dagli organi internazionali competenti, e che lo Stato ha il dovere di attuare.

In secondo luogo, la «profilassi internazionale» riguarda per la prevalente giurisprudenza solo la prevenzione, ma non la cura e terapia dell'epidemia in corso. E, infine, la giurisprudenza prevalente ritiene che la materia della «profilassi internazionale» presenta un carattere

¹⁹ Per una illuminante ricostruzione sull'universalismo della tutela dei diritti umani che la profilassi internazionale mira a difendere v. S. STAMMATI, *Tutela dei diritti umani e prospettive di sviluppo democratico nei paesi del Mediterraneo meridionale*, in S. P. PANUNZIO, (a cura di) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 627 ss.

²⁰ Per un'ampia e puntuale analisi ed uno studio sistematico dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 8 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 25 ss. e 86 ss.

sostanzialmente trasversale, potendo incidere su diversi profili della disciplina, anche in settori di competenza della potestà legislativa regionale, perché, secondo la giurisprudenza ricordata, se è vero che alle Regioni spettano attribuzioni nelle materie “concorrenti” della tutela della salute e della protezione civile, questa potestà legislativa regionale può operare solo nei limiti in cui le strutture sanitarie regionali «si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l’incolumità pubblica».

Venendo all’esame della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 il giudizio di costituzionalità presenta subito un aspetto peculiare.

Lo Stato, infatti, pur non avendo individuato nella materia della «profilassi internazionale» il fondamento giuridico della potestà legislativa esclusiva (decreti-legge, ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze del Ministro della Salute) ha, invece, fatto valere, davanti alla Corte costituzionale, proprio la materia della «profilassi internazionale», ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. q) Cost., per dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge regionale²¹. E, a sua volta, la Consulta, in presenza di siffatto quadro normativo statale, ha accolto il ricorso e rilevato l’invasione da parte della Regione, con la legge n. 11 del 9 dicembre 2020, della potestà legislativa esclusiva statale nella materia della «profilassi internazionale», che lo Stato non aveva mai posto espressamente a fondamento giuridico della propria potestà legislativa esclusiva.

Da tale impostazione discende per la Consulta che nel caso in esame non rilevano né la violazione da parte della legislazione regionale delle singole norme statali, né la circostanza che tali norme fossero o meno costituzionalmente legittime, né che gli atti amministrativi a contenuto generale adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri fossero o meno validi, perché oggetto del giudizio di costituzionalità non è -dice la Corte- la normativa statale, ma la legge regionale. Secondo la Consulta «ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna». Invero - prosegue la Corte- «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale». A differenza di ciò che avviene nel campo della potestà legislativa concorrente -continua la Corte- nel caso della potestà legislativa esclusiva statale è esclusa ogni potestà legislativa regionale anche solo avente come finalità di rendere più restrittiva la profilassi internazionale prevista dalla legge statale. E ciò perché l’invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato non dipende dalla manifestazione di un effettivo contrasto tra le singole misure in concreto applicabili, sulla base, anche, dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e quelle imposte in funzione della normativa regionale. Infatti afferma la Corte «ciò che

²¹ A. POGGI - G. SORBINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)* (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021), in *Rivista AIC*, 2021, 4, 8 ss.

la legge statale permette 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».

Nel quadro di tale motivazione si spiega, poi, come e perché la Consulta esamini tutta la filiera delle normative emanate dallo Stato sotto l'usbergo della «profilassi internazionale».

E ciò vale sia per le delibere del Consiglio dei Ministri che hanno dichiarato lo stato di emergenza sanitario, sia per i decreti-legge, sia per i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia per le ordinanze del Capo della Protezione civile, sia per le ordinanze del Ministero della sanità.

A tanto la Consulta può pervenire perché estende, sul piano logico, prima che giuridico, la nozione di profilassi internazionale, oltre i confini della materia delineati, in passato, dalla precedente giurisprudenza. In tal guisa la Corte perviene alla conclusione che la profilassi internazionale comprende: a) le misure sia di prevenzione sia di cura terapeutica della pandemia in corso; b) l'attuazione di raccomandazioni internazionali che la normazione di profilassi nazionali, indipendenti da tali raccomandazioni giuridico-formali; c) la sola legislazione statale e non anche la legislazione regionale, essendo la potestà legislativa statale esclusiva. E ciò perché per la Consulta l'applicazione di una legge regionale divergente spezza la catena del contagio su scala territoriale minore. E ciò «mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali».

L'unico profilo di continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale concerne l'ambito di estensione territoriale della profilassi internazionale nel senso che quest'ultima debba comprendere anche la profilassi all'interno del territorio nazionale. La dottrina ha, in prevalenza, commentato favorevolmente la sentenza n. 37/2021, pur con alcune critiche a singoli punti della motivazione. In particolare, si è osservato²² che la Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021 non si è limitata a colmare la vaghezza di un enunciato linguistico, ma ne ha allargato la sfera di operatività, integrandone il significato oltre la lettera della Costituzione. Ma tale operazione ermeneutica ha consentito alla Corte di saldare, attraverso un'interpretazione estensiva, ordinamento giuridico e Costituzione operando una “*reductio ad unitatem*” di contesto normativo e testo costituzionale che concorrono a comporre l'ordinamento costituzionale²³. In tal guisa la legislazione statale accentua la propria discrezionalità in relazione agli “spazi normativi” lasciati alle Regioni per contrastare la pandemia.

La dottrina²⁴ si è, poi, chiesta in relazione al rapporto tra le materie della «profilassi internazionale» e della «tutela della salute» affidata alla legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., se la gestione della crisi pandemica, che può condurre a preferire un intervento unitario a livello nazionale evitando il frazionamento delle misure a livello regionale o

²² C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, 4.

²³ A. BARBERA, *Costituzione della repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VII, Milano, 2015, 265 ss.

²⁴ D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, 2, 16.

locale, possa, davvero, riguardare tutto ciò che sia ritenuto coesistente alla finalità di contrastare la diffusione e il contagio fino a toccare, anche, l'approccio terapeutico». In particolare, si domanda che ne resta dell'appropriatezza delle scelte terapeutiche che la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale ha, con un orientamento consolidato, affidato sempre all'autonomia ed alla responsabilità del medico sulla base «dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»²⁵.

La dottrina²⁶ ha osservato che, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale del 26 giugno 2002, n. 282 a fronte del novellato assetto derivante dalla revisione del Titolo V Cost., la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», giacché il ruolo principale spetta, invece al medico, il quale nella sua autonomia e responsabilità, «sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» e sulle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione». Tale principio di diritto comporta, a ragione, per questa dottrina l'inevitabile conseguenza che l'eventuale intervento del legislatore non potrà essere il frutto di «valutazioni di pura discrezionalità politica» nemmeno in un contesto emergenziale nel quale ci si trovi a fronteggiare la diffusione di un virus che sfugge alle consolidate acquisizioni sperimentali.

D'altra parte la discrezionalità del legislatore, come ribadito nella sentenza n. 5 del 2018 in tema di vaccinazioni obbligatorie, dovrà, anche, in questo caso «essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica».

La stessa dottrina si domanda, a questo punto, correttamente se l'approccio terapeutico alla pandemia può davvero ricondursi alla profilassi internazionale o non concerne piuttosto, e direttamente, l'ambito della tutela della salute? Invero se tale approccio si concretasse, anche, nella tutela della salute ciò delimiterebbe la sfera di discrezionalità di intervento del legislatore all'interno di una logica di principi volti ad indirizzare le proprie scelte normative radicate nelle indicazioni elaborate dalla comunità scientifica sul piano terapeutico.

In questo contesto si è, così, correttamente osservato²⁷ che è indispensabile contemperare le ragioni dell'unità con quelle dell'autonomia, valorizzando le autonomie territoriali «senza tralasciare la protezione di irrinunciabili istanze unitarie, coniugare la differenziazione con le garanzie di accesso al godimento dei diritti, e pertanto, in ultima analisi, soddisfare la domanda di eguaglianza sostanziale che sta dietro ai sistemi di *welfare* sui territori».

Nel caso della profilassi internazionale appare evidente l'ipotesi di intreccio e sovrapposizione della salute con le altre voci enumerate negli elenchi costituzionali e il conseguente rischio di «vulnerabilità» della competenza regionale in materia di tutela della salute.

²⁵ Corte cost. sent. 282/2002.

²⁶ D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. 37/2021*, cit., 16 ss.

²⁷ ID., *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, 2 ss.

E ancora: le strutture sanitarie regionali possono davvero configurarsi, in presenza di una crisi emergenziale, solo come un mero mezzo al quale la legislazione statale è autorizzata a imporre «criteri vincolanti di azione e modalità di conseguimento di obiettivi» a fini profilattici (così si legge in un altro passaggio della sentenza) come se si trattasse di autorità periferiche delle amministrazioni centrali? Scavalcare sempre e, comunque, l'autonomia dei sistemi sanitari regionali, che appare inevitabile nei casi di inadeguatezza nella gestione della crisi pandemica, non rischia di inibire anche le ipotesi di una efficiente collaborazione con le strutture sanitarie per l'erogazione dei relativi servizi?

In conclusione nei casi di in cui una disciplina legislativa incida potenzialmente su più materie, tra cui anche la materia della «tutela della salute», un ruolo primario e, nel nostro caso, risolutivo è stato assunto dalla Corte costituzionale che «nella complessa attività di regolamento dei confini, ha fatto spesso ricorso ai consueti criteri-risolutivi, ed in particolare a quello della prevalenza ed a quello della leale collaborazione».

Infine la dottrina²⁸ ha esaminato nella motivazione della sentenza n. 37/2021 il profilo della interpretazione, da parte della Corte costituzionale, della nozione di «principi fondamentali». La Corte -si è scritto- avrebbe operato un'ulteriore forzatura interpretativa accentratrice restringendo ulteriormente la competenza delle Regioni²⁹, nonostante la pregressa giurisprudenza costituzionale³⁰ abbia sempre ritenuto «principi fondamentali in materia di salute» norme fra loro assai eterogenee, spesso, contraddistinte da un grado di dettaglio così elevato da incidere direttamente sulla competenza regionale.

²⁸ Sulla differenza fra norme generali e principi fondamentali v. G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale (nota a Corte Cost., sentenza n. 279 del 2005)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4, 2716 ss. osserva che le norme generali sarebbero «capaci di esaurire in se stesse la loro operatività» e, cioè, si caratterizzerebbero per un livello di dettaglio variabile solo in funzione della valutazione politica (e come tale insindacabile, se non affetto da manifesta illogicità) circa l'interesse infrazionabile perseguito in concreto. Viceversa, i principi fondamentali, «pur sorretti da esigenze unitarie», non potrebbero assumere un grado di specificità tale da incidere sulla sfera d'azione riconosciuta alle Regioni.

²⁹ ID-C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3, 111.

³⁰ Corte costituzionale del 13 giugno 2008, n. 203 chiarisce il principio sulle forme di finanziamento delle prestazioni sanitarie affermando che nell'ipotesi di introduzione di quote di partecipazione al costo delle prestazioni solo lo Stato «dispone della potestà di circoscrivere in tal senso la spesa, per mezzo dell'introduzione di ticket o con il ricorso ad analoghe misure di contenimento»; ciò perché, «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo» (sentenza n. 245 del 1984); Corte costituzionale del 24 luglio 2009, n. 249 afferma che ha stabilito che la valutazione relativa all'individuazione dei nuovi impianti per la gestione dei rifiuti deve essere attribuita allo Stato «in coerenza con il principio di sussidiarietà, in vista dell'obiettivo del soddisfacimento dell'esigenza unitaria di una dislocazione strategica dei medesimi impianti sull'intero territorio nazionale»; Corte cost. sent. 338/2003 attribuisce alla legislazione statale l'individuazione del confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali in quanto tale «determinazione investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi «all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica» (Corte cost. sent. 282/2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale». Pertanto «gli interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di - o in difformità da - determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione».

La Consulta nella sentenza n. 37/2021 ha evitato di ricondurre la disciplina della profilassi internazionale alla materia della tutela della salute rifuggendo dall'affermazione dell'obbligo per lo Stato di assicurare il coinvolgimento delle Regioni nella forma della consultazione applicando il principio della leale collaborazione che è stato, invece, tramutato dalla Consulta in una mera facoltà. Va, però, osservato che, prima dell'emanazione della sentenza n. 37/2021, lo Stato ha individuato la copertura costituzionale della propria attività normativa, da un lato, nella protezione civile e, dall'altro, nella tutela della salute, materie di potestà legislativa concorrente. Sta di fatto che la concorrenza delle due potestà legislative si è trasformata ben presto in conflittualità. Ed è questa la ragione per la quale la Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021 ha preferito scegliere, tra le diverse opzioni rappresentate dalla protezione civile, tutela della salute e profilassi internazionale, quest'ultima per legittimare costituzionalmente la normativa emanata dal Governo, essendo lo Stato titolare, in questa materia, della potestà legislativa esclusiva.

4. La necessità di esaminare la normativa costituzionale anche sotto il profilo sostanziale: il profilo territoriale

Abbiamo rilevato nelle pagine precedenti che gli orientamenti della dottrina in relazione ai singoli atti emanati dal Governo sono stati prevalentemente critici, laddove i primi commenti alla sentenza n. 37/2021 sono apparsi, sostanzialmente, favorevoli, anche se con taluni rilievi critici, sopra ricordati, nei confronti di alcuni punti della motivazione. Sembra utile, ora, una riflessione sistematica complessiva.

In una serena valutazione delle opinioni della dottrina è possibile osservare che l'orientamento critico dell'attività normativa del Governo ha stigmatizzato, alla luce della teoria delle fonti del diritto, l'operato del Governo e del Presidente del Consiglio dei Ministri avendo di mira, in un'ottica squisitamente soggettiva, l'operato del Governo che ha mostrato, talora, incertezze, ma, talora, anche la volontà di assumersi tutte le responsabilità o tutti i poteri per contrastare la pandemia. Viceversa, l'orientamento più liberale sembra prescindere dall'operato del Governo per fermare l'attenzione sul rispetto oggettivo del sistema delle fonti del diritto, elaborando «la catena normativa dell'emergenza»³¹.

Alla luce di tale quadro complessivo e della dottrina e della giurisprudenza, sembra possibile procedere ad un tentativo di razionalizzazione, sulla base di una triplice riflessione sistematica.

In una prima direzione la sentenza della Corte costituzionale va salvaguardata, perché appare utile per ricomporre a sistema l'intera normativa.

In una seconda prospettiva non ha senso continuare a recriminare sull'operato del Governo, che non ha fatto applicazione della materia della «profilassi internazionale» alla pandemia, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021.

Appare, invece, interessante esaminare più a fondo non solo, come si è fatto finora, il profilo astratto giuridico-formale della normativa alla luce della teoria delle fonti, ma, anche e soprattutto,

³¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109.

il profilo sostanziale, quanto dire, la morfologia della malattia, per cercare di comprendere il tipo di emergenza occorsa per la prima volta, nella storia della Costituzione. Occorre, invero, valutare l'adeguatezza della normativa emanata dal Governo sia sul piano territoriale in relazione al profilo dell'accentramento o meno delle

funzioni esercitate per prevenire e contrastare la pandemia, sia sul piano temporale per valutare l'adeguatezza della normativa anche costituzionale, sotto il profilo cronologico, con riferimento alla realtà di una malattia che ha ben presto mostrato di essere a carattere duraturo e persistente nel tempo.

L'esame del profilo sostanziale della normativa costituzionale mostra tratti di estremo interesse sia sul piano territoriale che sul piano temporale. Sotto entrambi i profili appare, infatti, evidente che la pandemia ha trovato lo Stato italiano del tutto impreparato.

Invero sul piano territoriale, lo Stato italiano, all'insorgere della pandemia, non era dotato di un piano nazionale e regionale pandemico strategico operativo, in grado di ripartire territorialmente le funzioni per prevenire e contrastare la pandemia, chiarendo quali funzioni dovessero essere assunte a livello nazionale e a livello regionale e locale. E ciò nonostante l'Organizzazione Mondiale della Sanità avesse raccomandato agli Stati membri, già negli anni precedenti, la necessità di dotarsi di piani pandemici nazionali, regionali e locali.

Ma procediamo con ordine, partendo dal profilo territoriale di allocazione delle funzioni di pubblici poteri di fronte alla pandemia. In assenza di un piano pandemico strategico operativo, pubblicato solo il 25 gennaio 2021, lo Stato italiano ha dovuto affrontare il problema di sopperire alla suddetta lacuna, facendo "di necessità virtù". Il problema della ripartizione territoriale delle funzioni è stato risolto, senza un vero criterio ordinatore programmatico, perché il Comitato tecnico scientifico istituito con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile solo il 5 febbraio 2020 e, quindi, in tempi molto ristretti con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del coronavirus, ha dovuto sopperire non solo e non tanto alle necessarie ricerche scientifiche, ma anche alle decisioni operative relative alla ripartizione territoriale delle competenze e, quindi, al contenuto stesso delle azioni pubbliche da porre in essere per prevenire, ormai, solo il permanere della pandemia.

Sotto il profilo della ripartizione territoriale delle competenze, il Governo ha utilizzato poco e male il criterio che la dottrina³² e la giurisprudenza costituzionale³³ avevano ricostruito nella materia della «tutela della salute». Come è noto si era ritenuto che il rapporto tra principi fondamentali e norme di dettaglio deve essere inteso nel senso che le norme statali possono prescrivere i criteri e gli obiettivi, spettando, invece, alle norme regionali l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi. Nel caso in esame gli strumenti

³² R. BIN, "Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, 312 ss.; R. BIN- G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2018, 251 ss.; F. POLITI, *La ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni*, in F. P. TRAI SCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, 51 ss.; L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co. Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, Utet 2006, 2242 ss.

³³ Corte cost. sentt. 390/2004; 181/2006.

di attuazione degli obiettivi potevano essere rappresentati dall'organizzazione sanitaria-ospedaliera su scala regionale³⁴.

Si è verificata la tendenziale sovrapposizione, sul piano territoriale, dei diversi provvedimenti a carattere nazionale, sia nei loro reciproci rapporti (v. provvedimenti del Presidente del Consiglio dei Ministri e provvedimenti del Capo Dipartimento della Protezione civile e del Ministero della Salute, etc.) sia nei rapporti con le ordinanze dei Presidenti delle Regioni. Alla fine non è stata rispettata neanche la distribuzione delle competenze territoriali che la stessa Costituzione prevede, a livello legislativo e amministrativo, per i casi di legislazione concorrente plurilivello, come nel caso della tutela della salute.

Invero con riferimento al profilo territoriale vengono in rilievo quattro osservazioni.

In primo luogo, la separazione delle competenze normative sembra avere carattere relativo in quanto le due discipline, centrale e locale, presentano caratteri di interdipendenza e interattività perché in un piano pandemico strategico operativo (del quale l'Italia non era dotata al momento dell'emergenza e che è stato approvato, ora, per il 2021-2023) qualunque regolazione centrale presenta i "piedi d'argilla" se non trova corrispondenza biunivoca con la regolamentazione regionale o sub-regionale.

Il piano nazionale vaccinale non avrebbe avuto successo se non corroborato ed attuato dalle ordinanze dei Presidenti delle Regioni che, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978, hanno puntualmente emanato. Questa interattività tra livello centrale e livello locale presenta un carattere biunivoco perché ogni regolazione centralizzata riverbera i suoi effetti positivi in tutto il territorio nazionale e, quindi, nel territorio regionale locale, mentre ogni focolaio locale di reviviscenza della malattia incide inevitabilmente sul territorio nazionale, per la forza diffusiva del virus, oltre ogni confine territoriale amministrativo.

La seconda osservazione è che, come correttamente è stata utilizzata l'immagine della "catena normativa" per ricondurre a sistema la regolazione normativa della malattia, così è possibile, sul piano sostanziale, costruire una profilassi come "catena sanitaria a cascata". Ciò comporta che partendo dal livello internazionale può essere collocata, al primo livello, la comunità internazionale della quale fa parte come soggetto agente lo Stato nazionale dovendo arginare nei propri confini la diffusione della malattia nei rapporti tra i singoli Stati e, quindi, con le comunità dei cittadini e degli stranieri. Ma questo sistema sarebbe privo di utilità sostanziale se ogni Stato non dettasse al suo interno una disciplina unitaria proporzionata ed adeguata scientificamente per contrastare la pandemia³⁵.

³⁴ A. CARIOLA, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire*, in *Isirfa.cnr*, settembre 2017, 5 ss. il quale osserva efficacemente che sia necessaria non una separazione dei settori materiali di competenza, ma una vera e propria integrazione delle medesime, soprattutto, sotto il profilo procedimentale. In particolare, tale partecipazione procedimentale dovrebbe, per l'autore, consentire alle Regioni di esprimere pareri e raggiungere intese c.d. forti con lo Stato, sino a coordinare le reciproche attività con maggiore attenzione al versante amministrativo per attuare la legislazione statale a condizione che quest'ultima sia immediatamente attuabile.

³⁵ Per una efficace analisi delle più significative implicazioni del principio della solidarietà che riguardano, da un lato, la forma istituzionale dell'ordinamento e, dall'altro, le necessarie estensioni soggettive dei doveri e, quindi, la problematica dell'universalità delle situazioni soggettive e della comunità in quanto corpo politico che partecipa democraticamente alla determinazione e realizzazione del "bene comune", v. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo*, 2016, 1, 35 ss.

La terza osservazione è che una normativa nazionale centralizzata avulsa e separata dalla tutela del diritto alla salute in sede regionale e locale sarebbe priva di sostanziale utilità avendo qualsiasi normativa nazionale “i piedi di argilla” se la strumentazione non fosse assicurata dalle autorità regionali e locali. In questa prospettiva sostanziale appaiono preziosi gli orientamenti che si propongono di trovare un punto di equilibrio tra livello nazionale locale nella tutela del diritto alla salute nella potestà legislativa concorrente dello Stato e delle regioni. Questa dimensione territoriale Stato/Regioni pone, allora, sul piano sostanziale, quello che sul piano giuridico-formale è il criterio della distinzione tra principi generali nazionali e norme di dettaglio regionali.

Un’ultima osservazione. Nella sentenza n. 37/2021 la competenza trasversale delle regioni “uscita dalla porta” sembra rientrare “dalla finestra”, laddove la Corte costituzionale afferma che le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono estranee alla gestione della pandemia anche «in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie “concorrenti” della tutela della salute e della protezione civile».

L’incompetenza dei legislatori regionali non inibisce, infatti, la possibilità di azione degli organi di governo territoriale, allorché sia richiesta o autorizzata dagli atti normativi statali (di rilievo, in quanto vigenti, sono soprattutto i dd.l. n. 19 e n. 33 del 2021). Questa gestione territoriale della pandemia costruita dalla Corte sulla base di un’azione o coordinamento unitario «può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze territoriali costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell’art. 118 Cost. per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica per il quale appaia, invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni». La Corte costituzionale applica, sul piano territoriale, tale modello di gestione non solo all’adozione delle misure di quarantena e alle ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane ma, anche, «all’approccio terapeutico, ai criteri e alle modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione, alle modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; all’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché ai piani per la somministrazione di questi ultimi e così via». I piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali devono svolgersi «secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso».

In conclusione, sotto il profilo territoriale, l’impressione finale che si ricava dall’attività del Governo e dalla motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è che la distribuzione territoriale delle competenze sembra un pendolo che oscilla tra “accentramento” delle funzioni (per la materia della «profilassi internazionale») e “decentramento” delle funzioni (per la materia della «tutela della salute»), con l’inevitabile conflittualità.

E ciò perché la distribuzione territoriale delle funzioni tra Stato e regioni nella materia di «tutela della salute» non è stata rispettata, né dal Governo né dalle Regioni.

5. Segue: il profilo temporale della pandemia

Venendo all'esame del profilo temporale, occorre subito dire che l'attuale pandemia è una situazione inedita rispetto alla quale non è assurdo che siano saltati gli schemi e gli strumenti giuridici previsti dalla Costituzione e dalla legislazione primaria di settore³⁶.

Nella realtà sostanziale, sottostante alla normativa vigente, l'evento non si realizza in un solo istante o in un tempo ristretto, come nelle calamità naturali previste dalla legislazione sulla Protezione civile.

Nella pandemia vi è la protrazione nel tempo della malattia sempre più grave per la sua forza di propagazione per contagio. In essa sono presenti, allora, due momenti.

Il primo stadio costituisce il momento di perfezione della pandemia. Da questo momento la diffusione della malattia lede il bene giuridico della salute delle persone e, indirettamente, offende tutte le attività economiche e sociali della comunità. In tal guisa inizia un periodo di tempo né certo né breve durante il quale la pandemia permane nella comunità. Tale permanenza cessa quando il contagio finisce e con esso la sua diffusione con la conseguente immunità della comunità. Se il primo stadio segna la necessità dell'intervento dei pubblici poteri, il secondo momento impone la cessazione di ogni potere emergenziale delle istituzioni.

La struttura della pandemia consente, allora, di affermare che siamo in presenza non di una emergenza, come prevista dalla legislazione sulla protezione civile, ma di un particolare tipo di emergenza che assume le caratteristiche di un evento duraturo e incerto nella sua durata. Non basta perché la pandemia come emergenza di durata si caratterizza per essere un'emergenza a propagazione invisibile. Sotto il profilo cronologico, la durata non è determinata né determinabile. La pandemia, quindi, si caratterizza per la permanenza dello stato di malattia per un tempo imprevedibile, indeterminato e incerto per un periodo apprezzabile di tempo.

Ne deriva l'esigenza di costruire sul piano sostanziale e, poi, sul piano giuridico-formale una nozione di emergenza di durata a tempo indefinito caratterizzata da propagazione invisibile. A fronte di questo fenomeno sostanziale deriva la possibilità di elaborare una concezione, sul piano giuridico-formale bifasica e, cioè, a due fasi, rappresentate da un momento iniziale della dichiaratoria di emergenza da parte dei pubblici poteri e da un momento finale della sua consumazione e cessazione che va dichiarata dai pubblici poteri per la cessazione dei loro rispettivi poteri emergenziali.

La concezione bifasica della pandemia consente, allora, di affermare che l'attività dei pubblici poteri è, del tutto, peculiare.

Sul piano temporale l'attività dei poteri pubblici va valutata partendo dal fatto che gli strumenti giuridici dell'ordinamento non sono stati prefigurati in modo adeguato ad un contesto emergenziale pandemico quale quello che stiamo vivendo.

Si rifletta. La legislazione sulla Protezione civile è prevista per tutelare «la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo» (art. 1 d.lgs. n. 1/2018). Appare, dunque, evidente la fisiologia degli eventi tutelati dalla legislazione sulla protezione civile.

³⁶ G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 173; ID., *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2020.

Tali eventi a) sono già esauriti e consumati nel tempo quando i pubblici poteri sono chiamati ad intervenire; b) non hanno carattere duraturo e permanente; c) hanno carattere di fisicità, nel senso che hanno prodotto lesioni fisiche a persone o danni a cose; d) non sono malattie contagiose. Questi requisiti non ricorrono nel caso della pandemia in quanto la pandemia: a) non si esaurisce dopo il primo insorgere della malattia; b) ha carattere duraturo nel tempo nel senso che, dopo il primo apparire dell'evento, si propaga nel tempo senza soluzione di continuità fino ad assumere carattere di permanenza; c) non ha carattere di fisicità, perché si caratterizza per il fatto di poter essere asintomatica e perciò invisibile sul piano del contagio nel senso che, come avverrebbe la scienza medica, nel momento nel quale la persona contrae il *virus* può contemporaneamente contagiare, in modo invisibile altre persone se la sua malattia è asintomatica; d) è una malattia di carattere contagioso.

Si impone, allora, la distinzione tra emergenze momentanee ad effetti permanenti (terremoti, maremoti, catastrofi, etc.) ed emergenze permanenti. Infatti la pandemia costituisce un'emergenza permanente a durata imprevedibile, oltre che a propagazione invisibile, mentre gli eventi emergenziali previsti dalla legislazione sulla protezione civile hanno i caratteri momentanei (es. terremoti, maremoti, catastrofi, etc.), anche se ad effetti permanenti, a durata certa ed a propagazione caratterizzata dalla fisicità.

Le osservazioni svolte mostrano, anche, l'inadeguatezza della normativa sulla decretazione d'urgenza, ai sensi degli art. 77 e 87, comma 5, Cost. rispetto alla pandemia. Invero anche la decretazione d'urgenza presenta due caratteri strutturali che la rendono inadeguata nel caso della pandemia: a) l'eccezionalità dell'evento emergenziale; b) il carattere non duraturo dell'emergenza in quanto la decretazione d'urgenza non può avere carattere duraturo e/o permanente.

Analogo discorso vale per i poteri delegati dalla decretazione d'urgenza al Presidente del Consiglio dei Ministri che trovano la loro fonte di legittimazione nella decretazione d'urgenza legislativa.

Rimane da dire della «profilassi internazionale» che potrebbe apparire, ad un primo esame, la materia più adeguata a fronteggiare l'emergenza pandemica permanente.

Sta di fatto che né il Governo né il Parlamento vi hanno fatto ricorso. Invero la profilassi internazionale, dai contenuti, tuttora, discussi ed incerti, se, da un lato, presenta quei caratteri di durata che ogni profilassi, per sua natura, implica, presuppone, però, a sua volta, raccomandazioni internazionali che riguardano la posizione dello Stato rispetto alla comunità internazionale e, quindi, la propagazione della malattia oltre i confini nazionali. Pertanto rimane priva di copertura costituzionale la prevenzione del contrasto della pandemia all'interno del territorio nazionale, non potendo le raccomandazioni internazionali avere un effetto vincolante all'interno dei singoli Stati. E l'esperienza storica concreta impone di considerare che la stessa Organizzazione mondiale della sanità dopo aver dichiarato la pandemia si è fermata, chiedendo solo agli Stati di dare attuazione ai propri piani pandemici nazionali e regionali, se previsti per tempo. L'Italia non aveva al 30 gennaio 2020 un piano pandemico nazionale.

In tale contesto l'unica norma della Costituzione che si riferisce a un'emergenza di durata è l'art. 78 relativo allo "stato di guerra".

Le possibili interpretazioni di tale norma costituzionale sono state molteplici.

Un primo orientamento³⁷ monista esclude che possa desumersi, in via interpretativa, dal testo dell'art. 78 Cost. la legittimità costituzionale dello stato di emergenza.

Un secondo orientamento dualista³⁸ configura i fatti *extra-ordinem* a fonte originaria di un diritto eccezionale, capaci di sospendere libertà e principi fondativi di un assetto politico istituzionale.

Un terzo orientamento³⁹ osserva che l'unica norma della Costituzione che proclama lo Stato di emergenza è l'art 78 Cost. e tale norma potrebbe essere interpretata nel senso che essa preveda non solo la guerra, ma tutte le emergenze di durata.

Un quarto orientamento⁴⁰ raggiunge lo stesso risultato interpretativo ma solo in via di fatto.

Un quinto orientamento⁴¹ ritiene che pur mancando nella Costituzione una norma espressa può ravvisarsi nella stessa una norma implicita relativa allo stato di emergenza.

Tale orientamento ricorda, in particolare, l'autorevole opinione di Barile che riprendendo, dopo anni, l'emendamento dell'on. Crispo ha affermato che per lo stato di emergenza non rappresentato dalla guerra occorre una procedura dichiarativa autonoma da quella dell'art. 78 Cost., superando la riserva parlamentare del relativo potere. Invero tale autorevole voce trae dalla mancanza di una clausola *ad hoc* nella Costituzione argomenti favorevoli a riconoscere legittimi sia la dichiarazione disposta con legge del Parlamento che la dichiarazione contenuta in un decreto-legge del Governo⁴². Si osserva, così, che il Governo veniva proposto come il decisore

³⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 241 osserva che, alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, l'ipotesi delle "calamità naturali" non può essere configurato come esempio classico da prendere in considerazione tramite decretazione d'urgenza, in senso oggettivamente conforme alla Costituzione. V., anche, O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Milano, Società editrice libraria, 1904, 1154; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 391; L. PALADIN, G. MOTZO, *Assedio (Stato di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 250; e, più di recente, cfr.: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1984, 130 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 218 e G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 138 ss.

³⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 251 ss

³⁹ A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020, 6.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, 1, 208 il quale osserva che non è possibile dilatare il concetto di "guerra" riferendolo anche alla congiuntura in atto in quanto l'andamento dei lavori preparatori della Carta si oppone, in primo luogo, a tale interpretazione. Appare decisiva la circostanza che nel caso in esame non si è avuta la prescritta delibera parlamentare di deliberazione dello stato di emergenza. In breve, sarebbe stata pur sempre necessaria una previa delibera parlamentare che dichiarasse lo "stato di emergenza", sollecitandosi allo stesso tempo il Governo all'esercizio dei poteri idonei a farvi fronte.

⁴¹ G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale-2020, 544 ss la quale osserva che, pur non potendo trarre dai lavori preparatori della Costituzione elementi utili per ricostruire l'istituto dell'emergenza in quanto il medesimo non è previsto dal testo fondamentale, tuttavia, la suddetta omissione non impedisce di trarre dal sistema ed, in particolare, dall'elasticità della Costituzione argomenti favorevoli alla sua esistenza implicita e alla modalità di un'eventuale scrittura. Per una illuminante analisi della rottura della Costituzione v. F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011 il quale osserva che l'assetto della Costituzione del 1948 risulta in crisi in quanto la Carta costituzionale appare "innervata" e al limite della rottura materiale, nonostante essa si inserisca nell'ambito del tessuto unitario del diritto costituzionale europeo e di questo formi un tassello parziale.

⁴² A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, 11 ss.; A. CELOTTO, *L' "abuso" del decreto legge*, I, Padova, Cedam, 1997, 360; G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, 448; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti leggi*, Milano, Giuffrè, 1970, 111 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, Utet, 1971, 290 ss.

naturale per la migliore conoscenza dei fatti rispetto al Parlamento e per la possibilità di decidere tempestivamente grazie al decreto-legge, mentre i tempi inevitabilmente più dilatati per l'approvazione di una legge avrebbero potuto pregiudicare l'efficacia dell'intervento.

Non è agevole prendere posizione in relazione all'interpretazione dello stato di guerra previsto dall'art. 78 Cost. per trarre dal sistema argomenti favorevoli alla previsione costituzionale dello stato di emergenza sanitario. Rispetto all'opinione di Barile, che trova spunto dall'emendamento dell'on.le Crispo nei lavori preparatori della Costituzione favorevole alla previsione costituzionale dello stato di emergenza, si osserva che la volontà dei Padri costituenti è sempre meno valorizzata ai fini dell'interpretazione delle norme della Costituzione, perché le espressioni della Carta non possono mai essere "pietrificate". D'altra parte non si possono dimenticare le remore dei Padri costituenti ad attribuire al Parlamento e al Governo, in via d'urgenza, la previsione dello stato di emergenza per il timore di derive autoritarie.

Per superare queste difficoltà, poiché la scienza medica ammonisce che dovremo abituarci a convivere con le pandemie e le loro varianti, non sembra irragionevole prospettare, dopo l'art. 78 Cost., un art. 78 *bis* a tenore del quale: «Le Camere riconoscono lo stato di pandemia conferendo al Governo i poteri necessari» sostanziali⁴³.

Se quest'auspicio fosse fondato⁴⁴, vorremo ricordare che «una crisi esige da noi risposte nuove o vecchie purché scaturite da un esame diretto e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcepiuti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce»⁴⁵.

6. Riflessioni conclusive

Con questo lavoro ci siamo sforzati di esaminare la normativa, anche, alla luce della giurisprudenza costituzionale, non solo sul piano giuridico-formale, ma anche sul piano sostanziale cercando di fare chiarezza sulla struttura intrinseca dell'evento pandemico. Alla luce di tale riflessione è sembrato che gli strumenti giuridici utilizzati dal Governo possano essere giudicati con minore severità.

La dottrina ha correttamente rilevato la mancanza di centralità del Parlamento nell'emanazione della normativa per contrastare la pandemia, ma va, parimenti, constatato che né il Parlamento,

⁴³ Sempre attuale è l'insegnamento di A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale*, 1999, 2, 17 il quale ha ricordato, in modo efficiente, a più riprese che «le riforme delle Costituzioni sono una diretta e continua conseguenza del mutamento del cointesto sociale che esprime quell'insieme di valori che fondano gli ordinamenti giuridici».

⁴⁴ Per un'efficace ricostruzione del rapporto tra costituzionalismo e democrazia v. P. RIDOLA, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa tra *machtstaat* e *politische legitimation**, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri Costituzione e democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 728 ss. il quale osserva che i principi regolativi dell'azione statale sono scolti sostanzialmente da un quadro di limiti di natura formale, poiché l'universo di valori dettati dalla Costituzione vale anche come cornice di orientamento dell'azione e delle funzioni statali, nella sfera della posizione del diritto come in quella della sua applicazione.

⁴⁵ H. HARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, Garzanti, 1991, 229.

in sede di conversione dei decreti-legge, ha modificato il testo dei decreti né i soggetti legittimati, salvo rare eccezioni, hanno impugnato davanti al giudice amministrativo i provvedimenti del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Capo Dipartimento della Protezione civile e del Presidente delle Regioni.

Provvida, allora, è giunta la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 che, indicando la materia della «profilassi internazionale» di competenza legislativa statale esclusiva, ha, sia pure con una motivazione non esente da critiche in qualche punto, posto l'intera attività normativa del Governo e del Parlamento sotto il mantello protettivo della profilassi internazionale, in attesa che si ponga rimedio nella materia della «profilassi internazionale» alla lacuna dell'ordinamento giuridico.

ABSTRACT

La disciplina costituzionale della pandemia sembra un pendolo che oscilla tra tre “materie” costituzionali: la «profilassi internazionale», la «tutela della salute» e lo «stato di emergenza sanitario». Il lavoro si propone di razionalizzare il complesso quadro normativo e giurisprudenziale arrivando alla conclusione che gli strumenti giuridici utilizzati dal Governo possano essere giudicati con minore severità se si prende consapevolezza di una lacuna dell’ordinamento giuridico nella disciplina della pandemia intesa come emergenza di durata permanente. In particolare, il lavoro approfondisce il valore sistematico della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 in ordine all’individuazione della materia della «profilassi internazionale».

The constitutional discipline of the pandemic seems to oscillate between three constitutional “subjects”: «international prophylaxis», «protection of health» and «state of health emergency». This work aims to rationalize the complex regulatory and jurisprudential framework while reaching the conclusion that legal instruments used by the Government can be judged with less severity if one becomes aware of a lacuna in the legal system regulating the pandemic; if for pandemic one means an emergency of permanent duration. In particular, this paper examines the systematic value of the Constitutional Court decision n. 37/2021 in order to identify the subject of «international prophylaxis».

PAROLE CHIAVE: Poteri del Governo. Rapporti tra Governo e Parlamento. Corte Costituzionale. Profilassi internazionale, tutela della salute e stato di emergenza sanitaria. Protezione civile.

KEYWORDS: Powers of Government. Relations between Government and Parliament. Constitutional Court. International prophylaxis, health protection and state of health emergency. Civil protection.