

Emergenza sanitaria e poteri amministrativi di regolazione: il principio di legalità nel diritto pubblico

Autore: Francesca Miniscalco

In: Diritto amministrativo

L'azione amministrativa ed il principio di legalità

La **potestà amministrativa**, anche in situazioni eccezionali e non ordinarie (come quelle di emergenza sanitaria, tra cui si annovera l'emergenza sanitaria da Covid-19), soggiace al principio di legalità.

L'azione amministrativa, infatti, deve avere una base legale chiara, precisa e circoscritta: la pubblica amministrazione non può agire nell'interesse pubblico in maniera arbitraria ma la sua azione deve essere assoggettata alla legge. Più precisamente, il principio di legalità impone che l'azione amministrativa debba essere conforme alla legge.

Nel campo del diritto pubblico si può porre in essere una classificazione del principio di legalità: in senso forte, in senso debole, in senso debolissimo.

Il principio di legalità in senso forte impone che la legge prescriva l'atto amministrativo e il contenuto dello stesso, in ottemperanza dei principi di tipicità e di nominatività.

Il principio di legalità in senso debole impone la conformità dell'atto amministrativo alla legge.

Il principio di legalità in senso debolissimo si può tradurre nella formula: "tutto ciò che non è vietato è consentito".

In particolare, circa quest'ultimo aspetto, le maglie del principio di legalità si allargano ed è consentita l'azione amministrativa purché questa sia conforme alla Costituzione e ai principi generali dell'ordinamento giuridico[1].

In quest'ultima classificazione rientrano, ad esempio, le ordinanze contingibili e urgenti[2] del Sindaco, oppure le ordinanze della Protezione civile **ex art. 25 del D.lgs. n. 1/2018**.

Sicché, in generale, anche in emergenza sanitaria i poteri amministrativi devono esplicarsi ottemperando

al principio di legalità.

I poteri amministrativi di regolazione

Prima di delineare i poteri amministrativi di regolazione, di competenza di svariate amministrazioni pubbliche nel campo dell'emergenza sanitaria, occorre brevemente inquadrare la competenza legislativa in materia sanitaria ed in materia di emergenza connessa alla salute pubblica.

L'art. 117, comma 3, della Costituzione inquadra nelle materie di legislazione concorrente Stato-Regioni sia la "tutela della salute", sia la "protezione civile".

Essendo materie di potestà legislativa concorrente, la Costituzione sancisce che spetta alle Regioni la potestà di legiferare, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, di competenza dello Stato.

A mente dell'art. 117, comma 6, Cost., con una formula residuale, la Costituzione prescrive che la potestà regolamentare spetta alle Regioni "in ogni altra materia", lasciando la potestà regolamentare in capo allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva (salva delega alle Regioni).

In ossequio al principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, le funzioni amministrative sono attribuite in primis ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (art. 118 Cost).

Inquadrata l'emergenza sanitaria nelle materie ove la Costituzione prescrive la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni, occorre soffermarsi sui poteri amministrativi di regolazione dell'emergenza a disposizione delle varie pubbliche amministrazioni coinvolte.

Occorre sin da subito evidenziare che gli attori più importanti nella gestione dell'azione amministrativa nel campo dell'emergenza sanitaria sono: il Governo, la Protezione civile, le Regioni e gli enti locali interessati dall'emergenza.

In generale, occorre evidenziare che, a mente della Legge n. 400/1988, il Consiglio dei Ministri determina l'indirizzo generale dell'azione amministrativa e il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Ministri esercitano il potere di indirizzo politico-amministrativo.

Sulla scorta del potere di indirizzo amministrativo loro conferito, in situazioni di emergenza sanitaria, il Presidente del Consiglio dei Ministri può intervenire, ad esempio, a mezzo di decreti (noti anche come dpcm) recanti misure di contenimento e di contrasto circa la diffusione, ad esempio, di virus (come è il caso della pandemia COVID19) aventi efficacia su tutto il territorio nazionale.

I Ministeri competenti (nel caso di emergenza sanitaria, in particolar modo il Ministero della Salute) possono emanare, ad esempio, circolari interpretative ed ordinanze.

Occorre evidenziare che, accanto alla potestà amministrativa, il Governo può ricorrere alla propria potestà normativa, emanando, in casi straordinari di necessità ed urgenza, decreti legge ex art.77 Cost.

In particolare, il Governo deve il giorno stesso dell'adozione presentarli per la conversione in legge alle Camere (la conversione deve avvenire entro sessanta giorni dalla pubblicazione).

Mentre i decreti legge hanno forza di legge, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o le circolari che i Ministeri possono emanare non hanno forza di legge, non sono cioè vincolanti per i destinatari.

Inoltre essi non sono innovativi, né generali e astratti: si rivolgono, infatti, a destinatari che sono determinati o determinabili e contengono prescrizioni particolari e concrete.

Proprio perché sono esercizio di potere amministrativo, le circolari o i decreti possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo (di regola congiuntamente con l'atto applicativo), a differenza dei decreti legge, i quali, essendo classificabili all'interno degli atti aventi forza di legge, sono invece soggetti al controllo di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale.

Sicché l'accesso alla tutela giurisdizionale è differente: sussiste un accesso diretto al giudice amministrativo nel caso di atti e provvedimenti amministrativi; vi è un accesso indiretto (a mezzo del giudice a quo) nel caso di rimessione dinanzi alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale.

Inoltre il sindacato sugli atti amministrativi è differente rispetto al sindacato sugli atti aventi forza di legge: in quest'ultimo caso il sindacato è solo "demolitorio", a differenza del giudizio dinanzi al giudice amministrativo che può essere di condanna, di condanna pubblicistica, di risarcimento del danno o di annullamento dell'atto amministrativo in questione.

In ipotesi di emergenza sanitaria, accanto ai poteri amministrativi nelle mani del Governo, come esposto poc'anzi, anche le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano interessate dall'emergenza possono regolare rapporti amministrativi e limitare attività attraverso lo strumento delle ordinanze emesse a nome del Presidente della regione.

Ferma restando la "regia" nazionale nella gestione dell'emergenza, a livello locale i Presidenti delle regioni ma anche i Sindaci dei comuni possono intervenire attraverso il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti per inasprire -nel caso ci fosse la necessità in base alle esigenze del territorio- le misure di contenimento già prescritte a livello nazionale, o per prevedere misure ad hoc risultanti necessarie nel territorio di riferimento.

Anzitutto l'ordinanza del Presidente della regione ha efficacia limitata al territorio regionale di competenza.

Inoltre, nel gestire l'emergenza sanitaria, che ad esempio può sfociare in una pandemia (come è il caso del COVID19), la stessa può prevedere delle prescrizioni (con obblighi di fare/non fare in capo ai cittadini) a contenuto particolare e concreto e può altresì prevedere provvedimenti restrittivi delle libertà costituzionali dei singoli.

L'ordinanza deve avere un tempo limitato, sicché deve necessariamente riportare indicazioni temporali di inizio e di fine circa la sua efficacia.

Per ottemperare **all'obbligo di pubblicità**, la stessa deve essere pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione, sul sito istituzionale della Regione, nonché deve essere notificata ai Comuni del territorio regionale e alle Prefetture (in quanto sedi decentrate del Ministero dell'Interno con funzioni di rappresentanza del governo sul territorio).

Analogo discorso vale anche nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti emesse dal Sindaco, quale ufficiale del Governo, ai sensi dell'art. 54, comma 4, del TUEL.

Al pari dell'ordinanza del Presidente della regione interessata, in caso di emergenza sanitaria, anche il Sindaco può emanare provvedimenti restrittivi purché vengano ottemperate diverse prescrizioni: deve sussistere anzitutto l'obbligo di motivazione puntuale e preciso, inoltre il provvedimento deve essere preventivamente comunicato al prefetto, infine deve avere efficacia temporale limitata.

I provvedimenti adottati dal Sindaco, come letteralmente disposto dall'art. 54 TUEL, devono essere emanati nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (il legislatore non impone il rispetto della legge).

Sicché, ricorrendo alla classificazione del principio di legalità esposta precedentemente, le ordinanze contingibili e urgenti si collegano al principio di legalità in senso debolissimo.

Sulla base di quanto sino ad ora esposto, nel sistema delle fonti del diritto amministrativo, occorre inquadrare l'ordinanza del Presidente della regione e quella del Sindaco, nel caso di emergenze sanitarie, come un atto amministrativo, in particolare come un atto di alta amministrazione.

Infatti, è opinione pressoché unanime della dottrina che le ordinanze contingibili e urgenti, oltre ad essere costituzionalmente legittime proprio perché strumenti volti a fronteggiare situazioni assolutamente imprevedibili ed eccezionali, sono da inquadrare come atti di alta amministrazione.

Accanto al ruolo del Governo, delle Regioni e dei Sindaci, nelle situazioni di emergenza occorre altresì sottolineare che un ruolo fondamentale è assegnato al Servizio nazionale di protezione civile, disciplinato

a mezzo del D.lgs. n. 1/2018.

La funzione di protezione civile è costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo (art. 1, comma 1, D.lgs. n. 1/2018).

In particolare, l'attività di protezione civile consiste in quelle attività volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento.

Tali attività sono svolte anche con il concorso di soggetti dotati di competenza scientifica, tecnica ed amministrativa.

Per quel che qui più interessa, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del D.lgs. n. 1/2018, l'azione di protezione civile, ferme restando in ogni caso le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della normativa di settore, è suscettibile di esplicarsi anche nelle ipotesi di rischi igienico-sanitari.

In situazioni di emergenze sanitarie, quindi, a seguito di una valutazione svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei primi dati raccolti e in raccordo con le Regioni e le Province autonome interessate, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale ex art. 24 D.lgs. n. 1/2018, fissando la durata dello stato d'emergenza, l'estensione territoriale, nonché le prime risorse finanziarie da impegnare.

Inoltre, con la stessa delibera, il Consiglio dei Ministri autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile ex art. 25 del D.lgs. n. 1/2018.

Accanto ai poteri amministrativi in capo al Governo, alle Regioni e ai Sindaci, nelle situazioni di stato d'emergenza di rilievo nazionale il legislatore prevede che la Protezione civile possa emanare delle ordinanze "sui generis", adottate in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea.

Con la precisazione che l'autorizzazione all'emanazione delle suddette ordinanze deve provenire dal Consiglio dei Ministri.

In particolare, si provvede mediante ordinanze di protezione civile per coordinare l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, dopo aver acquisito l'intesa con le Regioni e le Province autonome interessate.

Ove le ordinanze rechino deroghe alle leggi vigenti, le stesse devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificatamente motivate.

Inoltre l'efficacia delle ordinanze in questione decorre dalla data di adozione e sono pubblicate nella

Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (art. 25 del D.lgs. n. 1/2018).

Quanto alla loro natura, sebbene le ordinanze di protezione civile siano “sui generis” (dato che, letteralmente, sono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente), esse sono inquadrabili negli atti di alta amministrazione, con la precisazione che la potestà amministrativa nelle ordinanze di protezione civile risulta ampiamente discrezionale, fermo restando il rispetto del principio di legalità, come esposto precedentemente.

La conferma della natura amministrativa dell’ordinanza si rinviene nel comma 9 dell’art 25 del D.lgs. n. 1/2018, il quale sancisce che la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo delle ordinanze di protezione civile e dei conseguenziali provvedimenti commissariali è disciplinata dal codice del processo amministrativo.

Conclusioni

Sulla base della disamina effettuata occorre evidenziare che, in situazioni di **emergenza sanitaria di rilievo nazionale**, gli attori che hanno poteri amministrativi di regolazione sono molteplici: per un verso, il Governo che deve gestire l’emergenza sanitaria, coadiuvato dalla Protezione civile; per altro verso, le peculiarità che possono interessare specifiche aree all’interno del territorio nazionale vengono rappresentate dai Presidenti delle regioni o dai Sindaci dei territori coinvolti nell’emergenza, i quali devono poter agire per contrastare con limitazioni più stringenti e ridurre l’emergenza sanitaria nei territori di riferimento.

Il dialogo tra gli attori coinvolti deve necessariamente avvenire ricorrendo al **principio di leale collaborazione**, in un’ottica di necessario coordinamento tra i vari poteri amministrativi di Sindaci, Regioni, Governo e Protezione civile, in ossequio al principio di legalità, seppur in senso debolissimo, e nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento giuridico.

Sebbene nella fase di attuazione dei poteri amministrativi di regolazione le pubbliche amministrazioni hanno ampia discrezionalità, occorre evidenziare che gli atti amministrativi citati rimangono pur sempre censurabili dinanzi al giudice amministrativo.

Il sindacato del giudice amministrativo, sebbene non possa sostituirsi alla discrezionalità delle scelte dell’amministrazione, deve essere scrupoloso, andando a vagliare la correttezza dell’iter seguito dalla pubblica amministrazione, la completezza della fase istruttoria, nonché la puntualità della motivazione del provvedimento finale.

Potendo **annullare l’atto amministrativo** in caso di illogicità manifesta, difetto assoluto di motivazione o piuttosto manifesto eccesso di potere.

Volume consigliato

Note

[1] Che il principio di tipicità non sia confondibile con quello di legalità emerge anche in relazione alla diversa copertura costituzionale riservata ai due principi: il principio di legalità viene considerato a fondamento costituzionale, si tende invece a negare la medesima rilevanza al principio di tipicità, sulla base della constatazione che non è rinvenibile nella Costituzione alcuna norma che obblighi il legislatore a predeterminare il contenuto degli atti amministrativi (cfr. Brocca M. (2012), *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale scientifica, Napoli).

[2] Secondo parte della dottrina, gli istituti dell'emergenza possono essere distinti in quattro classi di diritto obiettivo. La

prima di esse è data dagli studi sul diritto non scritto; la seconda classe si riconnette all'analisi della sospensione dei diritti costituzionali; la terza fa riferimento ai decreti legge ed ai poteri straordinari del governo in tempo di guerra; la quarta classe ricomprende le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza (cfr. R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 4/2005, 778).

<https://www.diritto.it/emergenza-sanitaria-e-poteri-amministrativi-di-regolazione-il-principio-di-legalita-nel-diritto-pubblico/>