

CTS E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE: SPUNTI SUL CONCORSO TRA DIRITTO, POLITICA E SCIENZA NEL FRONTEGGIARE LA PANDEMIA *

GIUSEPPE MOBILIO**

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Due premesse su libertà di circolazione e CTS. – 3. L'evoluzione nel ruolo del CTS. – 4. I fattori di mutamento. – 4.1. L'andamento dell'epidemia e i cambiamenti nelle strategie di risposta. – 4.2. I cambiamenti nel sistema di governance dell'emergenza. – 4.3. L'incepparsi del sistema: i difetti di cooperazione. – 4.4. La qualificazione fornita da altri soggetti. – 4.5. L'avvicinarsi dei Governi. – 5. Alcuni spunti conclusivi. – 5.1. Sul rapporto tra scienza e politica. – 5.2. (segue) e sul rapporto tra scienza e diritto.

Abstract

The essay analyzes the contribution of the Comitato tecnico-scientifico (CTS) in the definition of measures to contrast the pandemic crisis, with particular regard to those affecting freedom of movement. The reflection arises from the comparison between the minutes of the discussions within the CTS and the measures adopted by the Government in this field. The underlying thesis is that it is not possible to establish abstractly whether the CTS should be qualified as a purely "technical-scientific" or "political" body. The CTS has seen its composition, functions and activity progressively conditioned by various factors, not always normative. This essay seeks to shed more light on these factors, so as to help understand the influence of this body in decision-making processes, how it has changed over time and, more generally, how the contribution of science, politics and law in response to the pandemic crisis is actually configured.

Suggerimento di citazione

G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatore t.d. b) in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: giuseppe.mobilio@unifi.it.

1. Considerazioni introduttive

Le decisioni di governo prese negli ordinamenti giuridici contemporanei si caratterizzano, nella maggior parte dei casi, per una elevata complessità tecnico-scientifica, anche a causa dello sviluppo esponenziale delle applicazioni tecnologiche e la loro diffusione in ogni ambito della conoscenza e della vita delle persone¹. Vi sono poi fenomeni imprevedibili e sconosciuti, come l'emergenza pandemica in corso, che rendono necessario creare un raccordo ancor più stretto tra scienza e politica nell'assunzione delle decisioni di governo².

Questo raccordo può essere declinato nella prospettiva della «istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli organi politico rappresentativi»³, ovvero come maggiore attenzione nelle modalità e nei procedimenti con cui tali valutazioni vengono offerte agli organi di governo. La pandemia ha indotto i decisori politici di molti ordinamenti a strutturare meglio questi canali, in alcuni casi ricorrendo a organismi tecnico-scientifici preesistenti, come accaduto in Germania, oppure ad istituire di nuovi con legge, come in Francia⁴. In Italia, come noto, il Governo ha assunto la guida nella gestione dell'emergenza sanitaria forte anche della creazione di un nuovo Comitato tecnico-scientifico (CTS), il quale, pur nella scarsa disciplina che lo riguarda, è andato, da una parte, ad innestarsi nell'organizzazione preesistente senza determinarne un radicale mutamento⁵, ma,

¹ Riferimenti in A. SIMONCINI, E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in AA.VV. (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, OUP, Oxford, 2021, 27 ss.; A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 14 ss.

² In generale sul punto, v. E. L. WINDHOLZ, *Governing in a pandemic: from parliamentary sovereignty to autocratic technocracy*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, 1 ss.; T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic*, in *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2020-52.

³ Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, special issue 1, 2020, 125.

⁴ In Germania è stato il Robert Koch Institut, ossia la principale agenzia del ministero della Salute federale, preesistente alla pandemia, ad essere coinvolto nel processo di valutazione scientifica delle misure adottate dal governo, in forza della normativa più recente del 2020, modificativa del *Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften* del 2000, che gli ha sostanzialmente affidato una funzione consultiva e vincolante rispetto alle decisioni assunte dalle autorità politiche federali. In Francia invece è stato istituito un *comité scientifique* tramite l'art. 2 della *loi* n. 2020-290, che ha modificato il *Code de la santé publique*, attribuendo al nuovo organo il compito di adottare pareri sullo stato dell'emergenza sanitaria, ma anche sulle misure limitative delle libertà fondamentali adottate dal Governo. Più approfonditamente, anche per ulteriori richiami dottrinari, v. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia*, II, il Mulino, Bologna, 2021, 65 ss.; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata (aggiornato al 5 maggio 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 46 ss.

⁵ Più in generale, sulla capacità della scienza e della tecnica a incidere radicalmente sul versante dei diritti, ma molto meno su quello dell'organizzazione, v. di recente A. RUGGERI, *Mutamenti di*

dall'altra, ha assunto nei fatti un ruolo centrale nella definizione delle misure in risposta alla pandemia.

La presente analisi vuole offrire un contributo che meglio chiarisca questa centralità acquisita dal Comitato tecnico-scientifico. Le riflessioni che seguono prendono spunto da una ricerca condotta schiettamente sulla prassi, ovvero lo studio e il confronto tra le discussioni svoltesi in seno al CTS e alcune delle misure adottate nel corso dell'emergenza che si sono dimostrate più critiche, ossia quelle limitative della libertà di circolazione. Anticipando in parte le conclusioni che si trarranno, l'impressione di fondo è che non sia possibile offrire una risposta *a priori* e in astratto all'interrogativo se il Comitato vada qualificato come organo puramente "tecnico" o se possa essere accusato di aver svolto una parte "politica": esso ha infatti visto progressivamente condizionare la propria composizione, le funzioni e l'attività esercitata a causa dell'operare di diversi fattori, non sempre prettamente normativi. Per raggiungere l'obiettivo qui prefissato occorre fare maggiore chiarezza su questi fattori, così da poter meglio comprendere quale sia il peso di questo organo, come esso sia andato mutando e, più in generale, come si configuri effettivamente il contributo di scienza, politica e diritto in risposta alla crisi pandemica.

2. Due premesse su libertà di circolazione e CTS

Sempre introduttivamente occorre svolgere due premesse relative ciascuna ai termini oggetto della riflessione, così da chiarire meglio il metodo di analisi ed entrare nel vivo di alcune problematiche cruciali emerse nel corso della pandemia.

La prima premessa si appunta sulla libertà di circolazione e sulla necessità di circoscriverne i confini. Fin dall'inizio della pandemia sono state messe in evidenza le criticità sollevate dagli interventi restrittivi in punto di rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, la difficoltà di inquadrare precisamente quali fossero i diritti e le libertà che sono stati limitati, allo scopo di individuare le rispettive garanzie e valutare così la legittimità delle scelte operate dal Governo.

L'attenzione, come noto, si è concentrata soprattutto sulla distinzione tra limiti alla libertà personale, limiti alla libertà di circolazione e obblighi derivanti da prestazioni personali. Si tratta di un discrimine che in tutta la storia repubblicana ha sollevato un acceso dibattito⁶, e che di recente ha trovato

contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta), in *Consulta Online*, 16 marzo 2020, 137 ss.

⁶ Sul punto basti rinviare alle recenti ricostruzioni in G. D'AMICO, *La libertà "capovolta"*. *Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. 49 ss.; G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, Editoriale Scientifica,

nuovo alimento con l'avvento della pandemia⁷. Si ritiene comunemente che numerose misure abbiano assunto la consistenza delle ultime due limitazioni, dimostrandosi così sufficientemente rispettose – ma il punto è invero problematico, come si vedrà⁸ – della riserva di legge relativa agli artt. 16 e 23 Cost., senza dover sottostare alle più pesanti condizioni imposte dalla riserva di legge assoluta e dalla riserva di giurisdizione all'art. 13 Cost. Ci si muove tuttavia su un crinale molto sottile, rispetto al quale occorre verificare davvero in concreto

Napoli, 2021, 17 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 96 ss.

Ai fini del presente discorso, basti sottolineare come un primo criterio discrezionale si basi sulla distinzione tra gli atti coercitivi, riconducibili all'art. 13 Cost., nella logica del tradizionale *habeas corpus*, e atti obbligatori sarebbero riconducibili agli artt. 16 e 23 Cost., su cui v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 172 ss.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, 560 s. In senso analogo, ma con i dovuti distinguo, v. anche L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 73 ss.; G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, 51 s.; nella giurisprudenza costituzionale, però, si v. quel problematico filone che sottrae alle garanzie all'art. 13 Cost gli atti che incidono solamente sull'aspetto esteriore, o impongono limitazioni lievi e momentanee all'individuo (*ex multis* sentt. nn. 30/1962, 13/1972, 105/2001, 222/2004). Propende per una distinzione tra coercizione e obblighi anche A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, 5.

Secondo altri le limitazioni alla libertà personale si concretizzano in una lesione della "libertà morale" (cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 111 s.) o della "dignità sociale" (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. 119 ss.), o in quella che nella giurisprudenza costituzionale viene inquadrata come «degradazione giuridica dell'individuo», che si fa solitamente conseguire ad una menomazione che implichi un «assoggettamento totale della persona all'altrui potere» (*ex multis*, sentt. nn. 11/1956, 68/1964, 210/1995).

Altri guardano invece al bene giuridico inciso, per cui: «quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinate parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno» (cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 16). Altri ancora sostengono che solo gli atti a carattere generale che incidono sulla libertà di circolazione sarebbero sussumibili nell'ambito di applicazione dell'art. 16 Cost., mentre quelli a carattere singolare dovrebbero essere ascritti all'art. 13 Cost. (cfr. M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno. Dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, IV, II, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 548).

Su tutto, a complicare ulteriormente il quadro, vale anche che il riferimento a limitazioni stabilite «in generale» dalla legge, di cui all'art. 16 Cost., impone il divieto di discriminazioni di gruppo o personali, ma non esclude che certe misure si possano assumere prendendo in considerazione alcuni profili soggettivi attinenti alla personalità dell'interessato, se riferiti a motivi sanitari (cfr. U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 1989, par. 2).

⁷ Per un giudizio sulle misure adottate durante la pandemia a partire dagli argomenti della dottrina più risalente, v. ad es. in generale R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali, Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 23 aprile 2020, 656 ss.

⁸ V. anche *infra* par. 4.2.

quali siano gli effetti di una misura che, in astratto, potrebbe essere stata concepita per incidere solamente su alcuni diritti e non altri⁹.

Ai fini del presente discorso, dunque, le misure prese direttamente in considerazione sono quelle di contenimento e precauzionali che si sostanziano nella sorveglianza fiduciaria e nella quarantena – ossia l'ipotesi più controversa nella sua non riconducibilità alla libertà personale¹⁰; nella limitazione alla frequentazione di luoghi all'aperto o luoghi aperti al pubblico nei quali svolgere attività ludiche, ricreative, sportive e motorie; nell'obbligo di mantenere la distanza interpersonale; nel divieto di ingresso, di uscita e di circolazione all'interno del territorio comunale, provinciale o regionale; sino al divieto o alle condizioni poste per varcare i confini nazionali.

Alla difficoltà di distinguere e inquadrare correttamente le libertà soggette a limitazione, inoltre, si aggiunge anche la necessità di considerare come numerose misure sono destinate inevitabilmente a riverberarsi anche su altre e distinte libertà costituzionali. Ciò appare evidente negli interventi – sempre presi qui in considerazione – sul servizio di trasporto pubblico di persone, che intersecano la libertà di iniziativa economica; le limitazioni ai viaggi di istruzione, rispetto al diritto all'istruzione; le speciali regole per la circolazione degli operatori sanitari, rispetto alla tutela della salute.

In definitiva le misure oggetto di scrutinio, sebbene eterogenee e dal problematico inquadramento, si sono rivelate un campione quantitativamente e

⁹ Cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2022, 274.

¹⁰ E che a parere di chi scrive si sostanzia in una limitazione alla libertà di circolazione o al più in un obbligo derivante da prestazione personale.

Ritengono che sia riconducibile ad una limitazione della libertà di circolazione, ad esempio, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020, 127, in ragione della ricostruzione teorica offerta alla libertà personale, nel senso della mancanza sia di un apprezzamento moralmente negativo del soggetto sottoposto a quarantena, sia della mancanza della coazione fisica a sostegno di tale misura; oppure M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020, in ragione dell'assenza di forme di valutazione che aprano a rischi di arbitrio e discriminazione.

Anche D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020 142 ss., esclude che venga in gioco la libertà personale, ma esclude altresì una limitazione alla libertà di circolazione, in quanto questa si riferisce a restrizioni rivolte ad una collettività e non ai singoli; si sarebbe invece in presenza di una prestazione personale ex art. 23 Cost.

Viceversa, vi è chi come M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 190, ritiene che si tratti di una misura limitativa della libertà personale in quanto non disposta in "via generale", secondo quanto disposto dall'art. 16 Cost., ma nei confronti di specifici individui; anche per G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 6 aprile 2020, 196, si tratterebbe di una forma di privazione della libertà personale.

qualitativamente consistente per poter trarre le dovute conseguenze ai fini della presente analisi.

La seconda premessa riguarda invece più direttamente il CTS. Visto l'ampio spettro di misure prese in considerazione, la ricerca ha imposto necessariamente una disamina di tutti i verbali disponibili sulle discussioni interne al Comitato. Questo studio, tuttavia, va incontro ad alcune difficoltà.

Da una parte, tali documenti non offrono dei resoconti stenografici delle discussioni, per cui può risultare arduo stabilire, se non il "se", almeno il "come" certi argomenti sono stati trattati; dall'altra, i verbali vengono pubblicati solo dopo 45 giorni dalla data della riunione, escludendo quindi dalla rassegna le sedute più recenti.

Inoltre, si tratta di documenti che – come noto – sono stati stilati senza essere inizialmente destinati alla diffusione esterna, ovvero senza la preoccupazione di dover assolvere ad un onere di trasparenza e pubblicità sull'attività del CTS che permettesse di esercitare un controllo da parte dei cittadini, dei mezzi di informazione o della comunità scientifica, così da contribuire a legittimare l'operato di questo organo¹¹. Da qui un ulteriore elemento di complicazione nella relativa lettura, nonostante fosse fin da subito evidente come le valutazioni espresse avessero assunto un rilievo di primaria importanza nella formazione delle decisioni governative.

3. L'evoluzione nel ruolo del CTS

Il CTS, come noto, viene istituito dall'O.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630, con funzioni strumentali e di supporto al Capo del Dipartimento della protezione civile nell'ambito degli interventi – e limitatamente ad essi – indicati dalla stessa ordinanza¹².

¹¹ Come osservato già da G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *Biolaw Jurnal*, special issue 1, 2020, 91. Il riferimento va al contenzioso amministrativo scaturito a seguito del diniego opposto dal Dipartimento di protezione civile alle istanze di accesso civico di alcuni verbali delle sedute del CTS, su cui si è pronunciata prima la sez. I *quater* del T.A.R. Lazio, con sent. 22 luglio 2020, n. 8615, poi la sez. III del Consiglio di Stato, con sent. 10 settembre 2020, n. 5426; su queste vicende v. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3287 ss.; F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, cit., spec. 147 ss.

¹² Tale ordinanza, all'art. 1, c. 2, fa riferimento all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza oltre che degli interventi urgenti e necessari per la rimozione delle situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità, con particolare riferimento alla prosecuzione delle misure urgenti già adottate dal Ministro della salute con le ordinanze indicate in premessa, alla disposizione di eventuali ulteriori misure di interdizione al traffico aereo, terrestre e marittimo sul territorio nazionale, al rientro delle persone presenti nei Paesi a rischio ed al rimpatrio assistito dei cittadini stranieri nei Paesi di origine esposti al rischio, all'invio di personale specializzato all'estero, all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione

Molto presto, tuttavia, il Comitato assume una valenza consultiva sia in relazione ai quesiti che gli venivano sottoposti anche da altre autorità del Governo, sia su questioni molto più ampie. E fin da subito si sono verificati vari momenti di convergenza e divergenza rispetto alle misure poi varate.

Tra i primi si consideri quanto accaduto nel febbraio 2020, con il passaggio dalle restrizioni da livello locale a nazionale. In questa fase, ad esempio, il Governo ha recepito le indicazioni del CTS con ordinanze del Ministero della salute *ex art. 32* della legge n. 833/1978 e con d.P.C.M. per quanto riguarda la regolazione in alcune zone del territorio lombardo della quarantena, l'isolamento domiciliare fiduciario, il divieto di allontanamento e di accesso a determinati Comuni¹³, o per la raccomandazione di limitare gli spostamenti delle persone fisiche ai casi strettamente necessari¹⁴. Vi sono ipotesi di condivisione espressa successivamente all'adozione delle misure, come per la decisione di estendere su tutto il territorio nazionale le limitazioni alla libertà di circolazione prima disposte solo per alcuni territori¹⁵. Addirittura, in alcuni casi, ci sono

individuale, e biocidi, alla requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili, anche avvalendosi dei Prefetti territorialmente competenti, nonché alla gestione degli stessi assicurando ogni forma di assistenza alla popolazione interessata; al ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento della specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea.

¹³ V. ord. Min. sal. 21 febbraio 2020, rispetto alle indicazioni formulate nella seduta del CTS dello stesso giorno.

¹⁴ V. d.P.C.M. 8 marzo 2020, rispetto alle indicazioni formulate nella seduta del 7 marzo 2020.

¹⁵ È quanto disposto dal d.P.C.M. 9 marzo 2020, oggetto poi di condivisione del CTS (cfr. verbale n. 23 del 10 marzo 2020). Questo atto governativo apre però a ben altre problematiche giuridiche, soprattutto in punto di legalità, dal momento che il d.l. n. 6/2020, all'art. 1. c. 2, lett. a, autorizzava il d.P.C.M. a disporre il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata», e non a intimare di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche [...] all'interno dei medesimi territori». Sottolinea questo aspetto G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020, 568 ss. Sulle difficoltà interpretative poste da tale previsione, che potrebbero intendersi anche come divieto di uscire dalla propria abitazione, v. G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2020, 309 ss.; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 420 ss. Osserva anche P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 11, come tale estensione sia stata possibile in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, che consente alle «autorità competenti» di adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi» espressamente indicati. Sulle problematiche sollevate da tale previsione, soprattutto in punto di rispetto del principio di legalità quanto alle autorità competenti e al tipo di misure che potevano essere introdotte, sia consentito rinviare all'analisi in G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.s., 2020, 359.

misure suggerite dal Comitato, come la sospensione dei viaggi di istruzione in tutta Italia, che solo in un secondo momento verranno adottate dal Governo¹⁶.

All'opposto si segnalano anche divergenze, a partire dall'adozione di misure non discusse in seno al CTS. È quanto accaduto paradigmaticamente con l'ord. Min. sal. 20 marzo 2020, sul divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici, e il divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto se non in prossimità della propria abitazione. Inizialmente tale misura non era stata prevista dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, fra quelle da disporre tramite d.P.C.M.¹⁷, sebbene successivamente sia stata ricompresa dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 tra quelle adottabili¹⁸. Nelle sedute del 31 marzo e del 14 aprile il CTS ha suggerito significativamente un approccio "più morbido", che tenesse conto delle esigenze legate a «la salute psico-fisica dei soggetti in età evolutiva»¹⁹.

A partire dalla c.d. fase II dell'emergenza, iniziata grossomodo nell'aprile 2020, il CTS ha sentito sempre più l'esigenza di affermarsi come organo di indirizzo e raccomandazione: come riportato inizialmente in alcune sedute²⁰, il CTS ha chiarito come il proprio contributo dovesse sostanziarsi nell'espressione di "raccomandazioni generali", dovendo spettare ai proponenti i vari quesiti la declinazione di indirizzo ed operativa più appropriata²¹.

Fin dai primi momenti di risposta alla crisi, dunque, vi è stato uno scollamento tra le competenze assegnate a livello normativo e quelle effettivamente esercitate, dando origine ad una vera e propria evoluzione in via di prassi che successivamente si è sviluppata in termini affatto lineari e senza raggiungere approdi certi. Come anticipato, l'attenzione verrà concentrata proprio sui fattori e le variabili che si ritiene abbiano condizionato tale processo di trasformazione, secondo la prospettiva di analisi qui privilegiata.

¹⁶ Su questo aspetto, v. verbale CTS n. 12 del 28 febbraio 2020, cui fa seguito il d.P.C.M. 1 marzo 2020, che sospende i viaggi di istruzione fino alla data del 15 marzo 2020, salvo poi sospenderli per tutta la durata dell'emergenza con il d.P.C.M. 4 marzo 2020.

¹⁷ Sebbene avrebbe potuto essere introdotta in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, andando incontro alle problematiche cui si è fatto cenno *retro* alla nota 10.

¹⁸ Art. 1, c. 2, lett. b., del d.l. n. 19/2020. Ad essa ha fatto seguito la circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020, che ha "chiarito" la distinzione tra attività motoria e sportiva (jogging). Un riferimento a questa successione di atti anche in G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato*, cit., 313 e G.P. DOLSO, *Circolare liberamente*, cit., 92 ss.

¹⁹ Cfr. verbale CTS n. 40 del 31 marzo 2020.

²⁰ Cfr. verbali CTS n. 66 del 4, 5 e 6 maggio, e n. 74 del 15 maggio 2020.

²¹ Tale funzione è stata poi sancita a livello normativo dall'allegato 10 del d.p.c.m. 11 giugno 2020.

4. I fattori di mutamento

4.1 L'andamento dell'epidemia e i cambiamenti nelle strategie di risposta

I primi tra questi fattori sono legati all'andamento dell'epidemia e, conseguentemente, al mutare delle strategie di risposta da parte del Governo e dei soggetti in esse coinvolti.

Innanzitutto, il CTS ha avuto diverse occasioni per puntualizzare come l'esercizio di determinate competenze potesse trovare giustificazione solamente nelle fasi iniziali della pandemia, mentre dopo tali competenze avrebbero dovuto essere riassorbite dai canali di gestione "ordinaria" dell'emergenza, lasciando in capo al Comitato – come ricordato – l'esercizio di sole funzioni di indirizzo e raccomandazione.

È quanto chiaramente accaduto, ad esempio, in occasione di un'aspra polemica scoppiata tra il CTS e il commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica a proposito delle valutazioni circa l'efficacia dei dispositivi di protezione individuale che possono essere equiparati a quelli previsti dalla normativa vigente²²; valutazioni che, a giudizio del Comitato, avrebbero dovuto «ritornare nell'alveo della gestione ordinaria con valutazioni d'idoneità all'impiego formulate dagli organi/istituzioni deputati allo scopo»²³. Ed infatti, nel prosieguo della crisi, il CTS ha finito per limitarsi ad acquisire i pareri del gruppo di lavoro presso l'INAIL senza spendere, di fatto, un'istruttoria approfondita²⁴.

Ad una logica analoga – venendo più da vicino alle misure limitative della libertà di circolazione – possono essere ricondotti i pareri resi a proposito della sperimentazione dei c.d. voli *covid-tested* o *covid-free*, ovvero voli che, in base al regime allora in vigore, erano da riservarsi a coloro che decidevano volontariamente di sottoporsi ad un controllo preventivo prima della partenza, senza dover osservare ulteriori restrizioni al momento dell'arrivo come l'isolamento fiduciario. Il CTS, mentre si è espresso inizialmente sulla proposta di progetto-pilota presentatagli²⁵, in seguito ha più volte rimesso alla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della Salute una più approfondita analisi per la decisione sull'ulteriore applicazione del protocollo e la sua estensione ad altre tratte²⁶.

²² V. art. 5-*bis* d.l. 17 marzo 2020, n. 18, aggiunto in sede di conversione dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

²³ V. verbale CTS n. 65 del 3 maggio 2020. La polemica, si ricorderà, riguardava presunti ritardi che venivano imputati al Comitato.

²⁴ Analogamente è accaduto con gli studi clinici della commissione consultiva tecnico-scientifica di AIFA.

²⁵ V. verbale CTS n. 111 del 1° ottobre 2020.

²⁶ V. verbali CTS n. 149 del 29 gennaio 2021, n. 151 del 4 febbraio 2021, n. 5 del 2 aprile 2021. Successivamente, numerose ordinanze del Ministero della salute che hanno esteso tale

Successivamente si possono distinguere alcuni momenti in cui si prende formalmente atto sia della dilatazione dello spettro delle questioni sottoposte all'attenzione del CTS, sia del diverso contributo da esso arrecato in ciascuna di esse, con l'attribuzione al Comitato di nuove funzioni che, in via di fatto, aveva già cominciato ad esercitare.

Così è avvenuto con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che ha stabilito la necessità che i d.P.C.M. siano «adottati sentito, di norma», il Comitato, riconoscendo e stabilizzando così quella attività consultiva e latamente preparatoria che il CTS svolge sui d.P.C.M. Questi atti, nel loro preambolo, cominceranno a richiamare abbondantemente i verbali delle sedute del Comitato²⁷.

Analogamente è avvenuto anche con il riconoscimento della forte attività concertativa svolta dal CTS su protocolli e linee guida. Il d.P.C.M. 7 agosto 2020 ha così assegnato al Comitato – e solo ad esso – il compito di “validare” i protocolli che possono derogare agli obblighi di utilizzare le misure di protezione delle vie respiratorie e mantenere il distanziamento fisico²⁸, soprattutto con il circolare delle prime varianti e la necessità di adottare nuove misure restrittive, ad esempio, nell'organizzazione del trasporto pubblico locale²⁹.

La qualificazione del tipo di contributo arrecato dal Comitato, tuttavia, rimane circondato da una sorta di ambiguità. Si pensi a quanto accaduto con l'introduzione del nuovo sistema di distinzione tra Regioni, cui corrispondono diverse limitazioni alla libertà di circolazione, in rapporto allo scenario di gravità e al grado di rischio, di cui al d.P.C.M. 3 novembre 2020 e successivamente al d.l. 9 novembre 2020, n. 149. La classificazione nelle diverse categorie sarebbe stata stabilita con ordinanza del Ministro della salute, fra l'altro, sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia – sulla quale si ritornerà – di cui al d.m. 30 aprile 2020, «sentito il Comitato tecnico scientifico sui dati monitorati». A più riprese il CTS ha chiesto chiarimenti sulla sostanza del suo contributo alla luce delle disposizioni normative citate³⁰, ricevendo in risposta una nota interpretativa dell'ufficio di gabinetto del Ministro della salute datata 20 novembre, con cui si puntualizzava che: «dato il rilievo istituzionale e le competenze tecnico scientifiche presenti all'interno del [CTS], ogni ulteriore valutazione resa dallo stesso *potrà costituire un utile contributo* alle determinazioni

sperimentazione non hanno più richiamato nel preambolo il parere del CTS (v. ordd. Min. sal. 9 marzo 2021, 14 maggio 2021, 11 agosto 2021).

²⁷ Cfr. verbali CTS n. 60 del 27 aprile 2020, n. 88 del 12 giugno, n. 95 del 16 e 20 luglio.

²⁸ Art. 1, c. 3, d.P.C.M. 7 agosto 2020, come rilevato nel verbale CTS n. 100 del 10 agosto 2020. V. anche la precedente ord. Min. sal. 1 agosto 2020, per gli aspetti relativi all'uso delle mascherine e alla distanza di sicurezza interpersonale.

²⁹ Cfr. verbale CTS n.118 del 17 ottobre 2020.

³⁰ Cfr. verbali CTS nn. 124, 125, 126 rispettivamente dell'8, 9 e 13 novembre 2020.

dell'organo politico in sede di adozione dei provvedimenti contemplati dalla normativa richiamata»³¹.

4.2 I cambiamenti nel sistema di *governance* dell'emergenza

Un ulteriore fattore che ha contribuito alla citata evoluzione nel ruolo del CTS può essere individuato nell'aumento del numero dei soggetti coinvolti nella gestione dell'emergenza pandemica, i quali finiscono per comporre un reticolo intricato in cui sia la composizione, sia le competenze del Comitato sono sottoposte ad interferenze.

Sotto il primo profilo, basti pensare come durante l'esperienza del Governo Conte II, entro cui il CTS è stato istituito, questo organo abbia visto progressivamente ampliare la propria composizione interna³², soprattutto in corrispondenza dell'istituzione nell'aprile 2020 del Comitato di esperti in materia economica e sociale (c.d. Comitato Colao)³³, il quale è stato chiamato a supportare il Presidente del Consiglio nell'affrontare la fase II dell'epidemia. Lo stesso d.P.C.M. istitutivo di questo secondo comitato prevede che esso «opera in coordinamento» con il CTS³⁴.

Sotto il secondo profilo, si consideri la già citata Cabina di regia di cui al d.m. 30 aprile 2020, composta da rappresentanti dell'Istituto Superiore della Sanità e delle Regioni, cui viene sostanzialmente rimessa la decisione circa la classificazione delle Regioni in base ai diversi scenari di gravità e gradi di rischio, decentrando questo tipo di valutazioni presso questo organo e sottraendo al CTS la possibilità di esercitare un apporto effettivo³⁵.

4.3 L'incepparsi del sistema: i difetti di cooperazione

La complessa macchina istituzionale costruita per affrontare la pandemia può funzionare solamente a patto che ciascuno degli attori coinvolti garantisca la propria cooperazione nell'assunzione delle decisioni cui si è chiamati a contribuire e nel perseguimento della strategia complessiva di risposta all'emergenza. Diversamente, si rischia non solo di compromettere l'efficacia delle misure da

³¹ Enfasi aggiunta.

³² V. o.c.d.p.c. 18 aprile 2020, n. 663 e 15 maggio 2020, n. 673.

³³ Art. 1 del d.P.C.M. del 10 aprile 2020.

³⁴ Art. 2, c. 1, d.P.C.M. 10 aprile 2020. Per un primo raffronto tra i due organi, v. G. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 285 ss.

³⁵ Sebbene il CTS sia stato coinvolto su altri profili, come ad esempio la revisione dei 21 indicatori precisati dal d.m. 30 aprile 2020 sulla cui base veniva stabilita la classificazione delle Regioni, per la quale il CTS è stato coinvolto nel tavolo tecnico preparatorio (cfr. verbale n. 162 CTS del 5 marzo 2021), arrecando un contributo che ha avuto riscontri all'esito dei lavori (cfr. verbale CTS n. 19 del 18 maggio 2021).

adottare, ma anche di impedire ad altri soggetti di esercitare le relative competenze. Anche da questo punto di vista, il CTS ha subito dei condizionamenti esterni che si sono riverberati sulla propria capacità di formulare pareri e raccomandazioni.

I principali difetti di cooperazione sofferti dal Comitato si attestano sul versante dei rapporti con le autonomie territoriali. In particolare, il CTS ha accusato in più occasioni un difetto nella trasmissione dei dati regionali necessari per garantire «lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali», i quali dovrebbero essere trasmessi giornalmente, oltre che al Ministero della salute, all'ISS, anche al Comitato³⁶. Analogamente si è verificato per i dati necessari alla classificazione delle Regioni in base allo scenario di gravità e al grado di rischio, cui sui – come visto – il CTS deve essere sentito per consentirgli di formulare gli indirizzi giudicati opportuni³⁷.

Le Regioni e gli enti locali, in altre occasioni, si sono dimostrati più direttamente responsabili della mancata trasmissione delle informazioni, come accaduto per le misure limitative della libertà di circolazione³⁸. In tali circostanze, soprattutto legate al trasporto pubblico locale, il CTS ha avuto modo di denunciare quegli enti territoriali che «adottano in maniera autonoma e non coordinata iniziative che talora determinano disorientamento nei cittadini, anche attraverso una non corretta attività di comunicazione istituzionale che è apparsa in più di un'occasione ondivaga e imprecisa»³⁹; oppure lamentando «che dopo la prima fase post-lockdown, in cui si è osservata grande attenzione nell'applicazione delle raccomandazioni, nel successivo periodo si è registrato un minore grado di diligenza alla loro puntuale applicazione»⁴⁰.

È ragionevole ritenere che sia stato anche in risposta a questi episodi che il Governo ha stabilito con d.P.C.M. 7 agosto 2020 – come ricordato – che determinate previsioni potessero essere derogate esclusivamente da protocolli validati dal CTS; sebbene il rafforzamento delle competenze a livello normativo non sia affatto garanzia di una maggior sinergia tra attori istituzionali, come insegnano le difficoltà nella riorganizzazione sempre del trasporto pubblico

³⁶ In base all'art. 1 c. 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33. Ad es. v. verbali CTS nn. 79 e 80 del 22 e del 25 maggio 2020.

³⁷ Cfr. verbale CTS n. 124 del 8 novembre 2020.

³⁸ Cfr. ad es. verbale CTS n. 110 del 29 settembre 2020, ove il Comitato sollecita la Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute «di farsi parte attiva con il Ministero dell'interno» per pervenire ad una tempestiva conoscenza delle diverse aree del territorio nazionale interessate da decisioni e ordinanze poste in essere dagli enti territoriali.

³⁹ «Al riguardo, il CTS ritiene che solo un'azione condivisa e coordinata – anche degli enti locali – può consentire la migliore gestione della contingenza epidemica, anche in riferimento agli attuali indici epidemiologici» (cfr. verbale CTS n. 94 del 7 luglio 2020).

⁴⁰ Cfr. verbale CTS n. 122 del 31 ottobre 2020.

locale da parte delle amministrazioni regionali, su cui pure il CTS aveva speso i propri pareri senza che questi – si lamenta – abbiano avuto seguito⁴¹.

4.4 La qualificazione fornita da altri soggetti

Il “peso” delle valutazioni espresse dal CTS può mutare – *i.e.* avere o meno un seguito – in rapporto a diverse variabili, come il tipo di funzioni attribuite a tale organo, il settore materiale in cui esse ricadono, ma anche la tipologia dei soggetti interlocutori e, in ultimo, le determinazioni dei decisori politici responsabili. Ciò non toglie che vi siano soggetti diversi dalle autorità politiche, e nella specie le corti, che hanno concorso ad arricchire tale peso e la valenza che i giudizi del CTS ricoprono all'interno del circuito decisionale.

Vi sono infatti numerose pronunce, segnatamente di giudici amministrativi, che, nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa del Governo spesa nell'adozione delle misure di contrasto alla pandemia, hanno fatto abbondante richiamo ai giudizi, alle posizioni e ai dibattiti all'interno delle sedute del Comitato. Le valutazioni del CTS, infatti, sono state qualificate alla stregua di evidenze da assumere necessariamente a fondamento tecno-scientifico delle misure, soprattutto se produttive di limitazioni alle libertà fondamentali. Ciò è avvenuto nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che i giudici amministrativi svolgono rispetto al rischio, che deve essere superato per ritenere rispettato il principio di proporzionalità, o più in generale per verificare la sussistenza di un difetto di motivazione e di istruttoria, la manifesta illogicità ovvero la palese erroneità delle valutazioni espresse dal Governo⁴². Quest'ultimo, da una parte, non potrebbe pretermettere o limitarsi a non condividere i pareri del CTS senza entrare nel merito dei giudizi espressi da esso; dall'altra, il Governo viene sottoposto ad un controllo giurisdizionale senza che però il giudice amministrativo possa sostituirsi all'autorità politica, dovendo questi limitarsi a verificare che le decisioni adottate rientrino o meno nelle scelte possibili sulla base delle evidenze tecnico-scientifiche⁴³.

⁴¹ Cfr. verbale CTS n. 102 del 26 agosto 2020.

⁴² Delle molte pronunce aventi ad oggetto le misure adottate in contrasto alla pandemia, tra quelle che più coinvolgono il CTS, entro vicende che invero non coinvolgono direttamente la libertà di circolazione, si v. T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 19 febbraio 2021, n. 2102, sull'uso indiscriminato delle mascherine per i minori tra i 6 e 11 anni in ambito scolastico; TAR Lazio, sez. I, ord. 26 marzo 2021, n. 1946, sulla sospensione delle attività scolastiche nelle c.d. zone rosse; T.A.R. Lazio, sez. III-quater, sent. 4 giugno 2021, n. 6598, sul differimento nella somministrazione della seconda dose del vaccino anticovid-19.

⁴³ Più in generale, sulla latitudine del sindacato giurisdizionale nei confronti di decisioni normative aventi un fondamento tecnico-scientifico, v. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pacini, Pisa, 2021, 231 ss.

La rilevanza istruttoria delle valutazioni espresse dal CTS, tuttavia, è stata rimarcata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198/2021, depositata il 22 ottobre 2021. In tale occasione il Giudice delle leggi ha rigettato, fra l'altro, le censure mosse contro il d.l. n. 19/2020 che, nel prevedere una serie di misure limitative dei diritti fondamentali, compresa la libertà di circolazione, demandava a successivi d.P.C.M. la scelta del se e quali misure concretamente disporre. Tale sequenza di atti si porrebbe – secondo il giudice rimettente – in contrasto con il principio di legalità delle sanzioni amministrative, le quali, benché individuate dall'art. 4 del d.l. n. 19/2020, scatterebbero in corrispondenza delle limitazioni – fra cui il divieto di allontanamento dalla propria abitazione senza giustificato motivo – disposte con d.P.C.M., al quale dunque verrebbe sostanzialmente “delegato” la definizione degli illeciti amministrativi, alla stregua di un improprio esercizio di potestà legislativa primaria.

La Corte supera le censure lamentate ritenendo – per quanto qui di maggiore interesse – che i d.P.C.M. costituiscano solamente esercizio di potestà amministrativa, ancorché generale, e che le misure di contenimento viceversa siano state sufficientemente tipizzate dal decreto-legge che li ha configurati. In particolare, tale tipizzazione è avvenuta grazie al richiamo da parte del d.l. ad alcuni criteri capaci di orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ovvero i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»⁴⁴. In tale senso assume rilievo la necessità – come anticipato – che «[p]er i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità», i d.P.C.M. siano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico»⁴⁵. In questo modo, secondo la Corte, il coinvolgimento del CTS «supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale», imponendo «un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa»⁴⁶.

Così facendo, la Corte costituzionale non solo ha avallato gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa che guardano al contributo del CTS per la sua rilevanza istruttoria ai fini del controllo sulla discrezionalità governativa, ma ha avvalorato tale contributo come qualificante ai fini della tipizzazione del potere

⁴⁴ Art. 1, c. 2, d.l. n. 19/2020.

⁴⁵ Art. 2, c. 1, d.l. n. 19/2020.

⁴⁶ C.cost., sent. n. 198/2021, 6.2 cons. dir. Sebbene la previsione che il parere sia chiesto solamente «di norma» possa lasciare un margine di decisione troppo ampio al Presidente del Consiglio: così M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25, 2021, 85, che dubita quindi sull'inquadramento del d.P.C.M. come “atto necessitato”, su cui v. *infra* nota 76.

amministrativo, facendone un pilastro per la legittimità del sistema normativo di risposta alla pandemia.

4.5 L'avvicinarsi dei Governi

Da ultimo – ma non certo per rilevanza – occorre sottolineare come la missione del CTS finisca per essere condizionata anche da un fattore essenzialmente politico, ovvero l'identità del Governo in carica, inteso nella sua veste di vertice politico preposto alla gestione dell'emergenza, risentendo di tutte quelle dinamiche legate ad eventuali avvicendamenti e conseguenti mutamenti di indirizzo.

Nel febbraio 2021, ovvero poco prima che l'esperienza del Governo Conte II giungesse al termine, il Comitato sentiva l'esigenza di rimarcare la strumentalità del proprio contributo rispetto alle decisioni spettati propriamente all'autorità politica⁴⁷. Se si guarda alla prassi che si era sviluppata lungo l'arco del mandato del CTS, in tale momento storico questa strumentalità aveva finito per sostanziarsi nell'esercizio di alcune precise funzioni. Dall'analisi degli ordini del giorno, infatti, emerge come il Comitato fosse principalmente impegnato: nella formulazione di indirizzi generali sui dati dell'andamento epidemiologico che venivano impiegati per classificare le Regioni in base allo scenario di gravità e al grado di rischio – poi in base al sistema dei colori⁴⁸ –, con una decisione che però si formava propriamente all'interno della citata cabina di regia *ex d.m.* 30 aprile 2020; nell'adottare pareri su dispositivi di protezione individuale equiparabili a quelli previsti dalla normativa vigente, limitandosi però – come detto – alla ratifica delle valutazioni espresse in altre sedi; nel pronunciarsi sulle circolari, i protocolli, le linee guida, i d.P.C.M., attraverso la proposta sia di indirizzi generali, sia di veri e propri emendamenti; a fornire risposte a quesiti specifici formulati da soggetti pubblici, ma anche privati⁴⁹, che si concentravano prevalentemente sulla sostenibilità di allentamenti alle misure restrittive o sulla richiesta di autorizzazioni a svolgere determinate attività considerate a rischio.

All'indomani dell'insediamento del Governo Draghi, il nuovo Capo del Dipartimento della Protezione civile ricordava, durante la prima seduta del CTS a cui prendeva parte, come tale organo, «sorto quale struttura tecnica di supporto alla Protezione civile, si è progressivamente evoluto, in forza dei diversi interventi normativi che lo hanno riguardato, fino a divenire organo di

⁴⁷ Si legge nel verbale CTS n. 152 del 5 febbraio 2021, come «Il CTS sottolinea che le disposizioni applicative dei pareri e delle procedure analizzate dal Comitato Tecnico Scientifico ovvero le decisioni concernenti l'attuazione o meno delle misure, nonché le tempistiche di esecuzione rimangono in capo alla valutazione del decisore politico».

⁴⁸ Secondo il d.P.C.M. 3 novembre 2020.

⁴⁹ Come i gestori del servizio ferroviario: cfr. verbali CTS n. 98 del 5 agosto 2020 e n. 107 del 15 settembre 2020.

consulenza di tutti [i] soggetti dell'Amministrazione centrale interessati dalle attività di contenimento della diffusione del Covid-19»⁵⁰. Ben presto, però, si è resa evidente una discontinuità nell'esercizio delle funzioni "strumentali" sopra citate.

Il d.l. 6 agosto 2021, n. 111, avrebbe reso facoltativa la richiesta del parere del CTS sui dati epidemiologici⁵¹; il Comitato di lì a poco avrebbe smesso di rendere pareri sui dispositivi di protezione individuale equivalenti; il d.l. 18 maggio 2021, n. 65, avrebbe poi sottratto al CTS il compito di esprimersi sulle linee guida e i protocolli da "validare" per derogare agli obblighi sulle misure di protezione delle vie respiratorie e sul distanziamento fisico⁵². Il Comitato ha invece continuato a rispondere ai quesiti nel senso sopra specificato e, a partire dal marzo 2021, invece, ha cominciato ad occuparsi in termini maggiormente consistenti di questioni legate alla campagna di somministrazione dei vaccini e della certificazione verde⁵³, oltre che ad essere consultato in merito ad eventuali allentamenti delle misure restrittive.

Con il Governo Draghi, dunque, si registra un mutamento nel contributo del CTS rispetto a quegli atti latamente normativi che in precedenza hanno caratterizzato la gestione della pandemia, che si accompagna anche – bisogna osservare – ad una contrazione nella loro adozione⁵⁴.

5. Alcuni spunti conclusivi

A partire dalla analisi svolta sul coinvolgimento del CTS nella definizione e adozione delle misure limitative della libertà di circolazione è possibile trarre alcune considerazioni conclusive, che si appuntano su tale organo e, più in generale, sul rapporto tra scienza, politica e diritto nel contrasto alla crisi pandemica.

⁵⁰ Verbale n. 1 del 19 marzo 2021.

⁵¹ Cfr. art. 3, c. 1, del d.l. 6 agosto 2021, n. 111.

⁵² Cfr. art. 12, c. 1, d.l. 18 maggio 2021, n. 65. Sebbene vi siano stati ulteriori casi in cui al CTS venivano ugualmente sottoposti tali documenti, come le "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel trasporto pubblico", su cui il CTS si è pronunciato il 27 agosto 2021, adottate poi con Ordinanza Min. sal. 30 agosto 2021, che recepisce come «parte integrante» la versione delle linee guida che tiene conto dei termini indicati dal Comitato.

⁵³ Sul punto, si v. il contributo di Marta Tomasi, il quale mette in luce, fra l'altro, come le decisioni nazionali riguardanti il "green pass" italiano abbiano conosciuto momenti di divergenza tra CTS e decisore politico, il quale, a dispetto delle valutazioni tecniche fornite dal primo nel luglio 2021, ha deciso di non allineare la durata e le condizioni per ottenere la certificazione nazionale a quelle previste per il "Digital Covid Certificate" europeo.

⁵⁴ Al 31 gennaio 2022, in cui si scrive, occorre osservare che dopo il d.P.C.M. 17 giugno 2021, i d.P.C.M. successivi che si sono succeduti nella seconda metà del 2021 sono stati prevalentemente dedicati alla disciplina delle certificazioni verdi, di cui all'art. 9 del d.l. 22 aprile 2021, n. 52.

5.1 Sul rapporto tra scienza e politica

La ricostruzione qui proposta mette in luce, innanzitutto, come il contributo tecnico-scientifico alla gestione dell'emergenza pandemica non possa essere qualificato – come anticipato introduttivamente – in termini puramente assoluti e sganciati dal contesto in cui è stato espresso. Qui non interessa tanto stabilire se, nei pareri formulati, il CTS abbia fondato le proprie valutazioni con metodo e criteri rigorosamente tecnico-scientifici oppure abbia espresso apprezzamenti e giudizi latamente “politici”⁵⁵. Il punto da sottolineare, invece, è come il CTS si sia sempre mosso entro una dinamica relazionale, nella quale occorre tener conto della continua e oscillante dialettica che si realizza con le autorità politiche.

In linea di massima si manifesta una strumentalità della tecnica rispetto alla decisione politica. Questo dato emerge soprattutto se si guarda ai mutamenti nelle strategie di risposta alla crisi sanitaria in rapporto all'andamento dell'epidemia, o ai mutamenti del perimetro entro cui la scienza è chiamata ad esprimere le proprie valutazioni, specie con riguardo alle funzioni esercitate dal Comitato, in conseguenza del mutare del Governo in carica. Alla politica, di contro, spetta decidere come dosare un atteggiamento di apertura o di chiusura verso la scienza, nella ricerca di un fondamento tecnico-scientifico a supporto delle misure da adottare. La fissazione di questo equilibrio, tuttavia, apre a scenari problematici.

L'atteggiamento di apertura fa sì che le autorità politiche vedano costantemente nel CTS un termine di confronto – basti pensare anche solo alla frequenza con cui il Comitato è stato convocato e alla mole di pareri e valutazioni ad esso richieste. Occorre però mettere in guardia da due ordini di rischi, per certi versi antitetici.

Da una parte, la politica può stabilire sì di farsi guidare dalla scienza nell'assunzione delle proprie decisioni, ma dovrebbe guardarsi dal ritrarsi eccessivamente⁵⁶. Si pensi a quanto accaduto quando il CTS è stato chiamato ad emendare le previsioni – normative e non normative – con cui sono state introdotte

⁵⁵ Osserva E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 10 s., come qualunque sia il peso decisionale assunto dai tecnici, tali decisioni «non possono offrire la sponda a derive “tecnocratiche” senza che sia, al tempo stesso, sovvertita la posizione costituzionale di arte e scienza, collocate all'interno dei rapporti etico-sociali (art. 33) [...], dal piano delle “libertà” e dei “valori” all'esercizio del “potere”». Più in generale, sui fondamenti costituzionali della libertà di scienza, da individuare negli artt. 9, c. 1 e 33, c. 1 Cost., basti rinviare a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 107 ss., anche per i richiami dottrinari e giurisprudenziali.

⁵⁶ Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, special issue 1, 2020, 120 ss., ove si osserva criticamente come l'atteggiamento di alcuni attori politici sia stato proprio quello di farsi guidare dalla scienza e non semplicemente assistere.

le diverse misure. In questi casi può venir meno una dimensione propriamente dialogica, con il Governo che si limita a dar seguito testualmente alle valutazioni espresse dal Comitato, le quali però danno l'impressione di finire per colmare un vuoto lasciato dal decisore politico.

Dall'altra, e all'opposto, alla politica non è consentito di farsi scienza, cioè sconfinare in un "campo riservato" che non può essere invaso dalla discrezionalità del legislatore⁵⁷. Allo stesso modo, però, la politica dovrebbe guardarsi bene anche dall'operare una strumentalizzazione della scienza e della tecnica nel senso più deteriore del termine. Si pensi alle ipotesi in cui il preambolo di un atto o di una fonte richiama i verbali delle sedute del CTS, nei quali però non si trova alcun riscontro circa una eventuale discussione sulle misure in questione. Qui l'impressione è che la scienza venga invocata come un alibi allo scopo di ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali.

Di converso, entrambe queste situazioni inducono a sconfessare quelle letture che identificano nella scienza un possibile terreno "neutrale" e "spoliticizzato"⁵⁸: nelle ipotesi viste, infatti, la scienza è inevitabilmente destinata o – nel primo caso – a dissimulare dietro la propria presunta purezza una vera e

⁵⁷ Cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 6. Sul punto basti richiamare le parole della Corte costituzionale, che nella famosa sent. n. 282/2002, in tema di elettroshock e interventi di psicoturgia, ha stabilito che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici» [...]; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (5 cons. dir.). In dottrina, sui vincoli alla discrezionalità del legislatore posti dalle certezze scientifiche e sulle conseguenze in termini di ragionevolezza della legge, cfr. almeno G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle Leggi*, SGB, Messina, 2008; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Giappichelli, Torino, 2012, 56; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, 271 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2 2016, 1 ss.; osserva A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 152 ss.; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, 119 ss.; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 146 ss.

⁵⁸ Sul punto v. le acute considerazioni in C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 1972, 176 ss. Contro la neutralizzazione della politica, in cui quest'ultima si affida alla tecnica per legittimare il proprio operato, e la spoliticizzazione della tecnica, in cui quest'ultima opera in funzione del potere politico perdendo la propria autonoma legittimazione, v. da ultimo G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 191.

propria decisione politica o – nel secondo caso – a rendersi preda della forza attrattiva della politica.

Venendo invece al possibile atteggiamento di chiusura della politica verso la scienza, occorre sottolineare come, di per sé, ciò non sia sintomo di un disvalore, nella misura in cui serve a marcare le rispettive differenze e le reciproche distanze⁵⁹. La politica, forte della propria legittimazione democratica, deve assumersi le proprie responsabilità e mantenere l'ultima parola nelle decisioni da prendere, soprattutto qualora sia necessario mediare tra diverse istanze e interessi connessi ad una pluralità di valori costituzionali⁶⁰. Anche qui, tuttavia, sorgono questioni molto delicate.

Una pandemia di questo tipo non può certo essere affrontata facendo a meno dei dati e delle conoscenze fornite dalla scienza. Occorre però acquisire una diffusa consapevolezza, prima a livello di società e poi di attori politici, che la scienza è incerta, e che l'“incertezza” è una dimensione epistemica normale al cospetto di fenomeni così complessi e imprevedibili, nient'affatto equivalente alla “non conoscenza”⁶¹. In questi mesi, tuttavia, da una iniziale fiducia totale verso gli scienziati, le cui indicazioni dovevano essere semplicemente messe in atto dai decisori politici, si è passati, con la scoperta del dissenso tra gli scienziati, all'idea che il decisore politico possa adottare qualsiasi decisione scientifica senza alcun criterio⁶². Due opposti atteggiamenti che, in forma altrettanto nociva, nascondono un comune pregiudizio antiscientista da parte del responsabile di governo ed una sua refrattarietà al dialogo critico⁶³.

Di conseguenza, occorre domandarsi se possano esservi ambiti completamente sottratti alla dialettica tra politica e scienza. Lo spunto viene dalla osservazione di quanto non è stato discusso all'interno del CTS. È il caso, ad

⁵⁹ Così anche 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*, disponibile su *Consulta Online*, 2020, 43.

⁶⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 115 ss. Per i richiami alla giurisprudenza costituzionale che si colloca nel solco di questa impostazione, a partire dalla sent. n. 414/1995, v. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., 4 ss.; A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: materie con rilevanza tecnico-scientifica*, cit., 153 s.; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit.

⁶¹ Cfr. M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza, policy e diritto nella pandemia*, in M. MALVICINI (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 42.

⁶² *Ivi*, 43.

⁶³ In dispregio a forme di dialogo aperto, comunicazione trasparente, confronto leale, di non elisione rispetto a nessun aspetto o elemento della propria ricerca; così G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 32, nel sottolineare la differenza tra approccio scienziata e antiscientista.

esempio, delle restrizioni concernenti l'entrata e l'uscita dai confini nazionali⁶⁴, le cui decisioni non sono mai state oggetto di confronto nel Comitato, bensì ad esclusivo appannaggio del Ministero della salute, il quale ha assunto le relative determinazioni sempre tramite ordinanze *ex art.* 32 della legge n. 833/1978⁶⁵. In base alla disciplina introdotta con i decreti-legge, tali atti sono autorizzati, fra l'altro, a prevedere misure restrittive in questi ambiti «nelle more dell'adozione» dei sopra citati d.P.C.M., secondo un regime disposto sulla base di una intricata normativa nazionale e sovranazionale che invero limita la discrezionalità del Ministro della salute⁶⁶.

Bisogna considerare, inoltre, come queste dinamiche dialettiche non siano condizionate solamente – si potrebbe dire – da fattori endogeni. Vi sono infatti elementi esterni a questa relazione che influiscono su di essa e che tendono, rispettivamente, a caricare di significato il contributo tecnico-scientifico oppure a relativizzarlo, se non a depotenziarlo.

Sul primo versante si pensi a quanto è emerso dal tema della giustiziabilità della decisione politico-discrezionale e, di converso, dalla valenza istruttorie e dal peso delle valutazioni del CTS per come riconosciuto dall'autorità giudiziaria e dalla Corte costituzionale. Sul secondo versante, invece, si consideri come il Comitato rappresenti solamente una delle voci che concorrono ad assumere le decisioni all'interno del sistema di *governance* dell'emergenza pandemica. Il variare degli equilibri complessivi che caratterizzano questa complessa macchina si ripercuote sul ruolo del CTS, al limite impedendogli di

⁶⁴ Sul punto v. E. PISTOIA, *Cittadinanza europea e Covid-19: cosa è stato del diritto alla libera circolazione e del divieto di controlli alle frontiere interne?*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 13 ss., per una ricostruzione, anche comparata, a proposito delle limitazioni alla libertà di circolazione tra Stati membri di cui alla direttiva UE 2004/38 e le deroghe al divieto di controlli alle frontiere interne di cui al regolamento UE 2016/399.

⁶⁵ In alcuni casi i preamboli delle ordinanze hanno richiamato le discussioni all'interno del CTS (es. ord. Min. sal. 9 luglio 2020), sebbene dalla lettura dei verbali non emergessero indicazioni puntuali.

⁶⁶ Per la disciplina di questo tipo di restrizioni bisogna fare innanzitutto riferimento alla raccomandazione (UE) 2020/912 del 30 giugno 2020, relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, più volte aggiornata, che elenca all'allegato 1 Paesi verso cui si dovrebbero revocare gradualmente e in modo coordinato le restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali, oltre che indicare i criteri con cui indicare i Paesi che possono essere ricompresi in tale allegato. A livello nazionale, l'art. 2, c. 2 del d.l. n. 19/2020 autorizza le citate ordinanze del Ministro della salute a disporre le misure limitative, fra l'altro, della libertà di circolazione che possono essere disposte con d.P.C.M. solamente «nelle more dell'adozione» di questi ultimi, conservando «efficacia limitata fino a tale momento», e solo «in casi di estrema necessità e urgenza» e per fronteggiare «situazioni sopravvenute». Il successivo art. 1, c. 4, del d.l. n. 33/2020, demanda ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020, ovvero i d.P.C.M. e le ordinanze del Ministro della salute, la limitazione degli spostamenti da e per l'estero, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali. L'art. 49 del d.P.C.M. 2 marzo 2021 elenca le restrizioni per gli spostamenti da e per i Paesi indicati all'allegato 20. Al 31 gennaio 2022 non risultano adottati altri d.P.C.M. in questo senso, per cui nel frattempo sono state adottate decine di ordinanze del Ministro della salute.

fornire il proprio contributo, come è accaduto nel caso dei difetti di cooperazione con le autonomie territoriali.

Una interessante chiave di lettura riconosce come vi sia una relazione circolare tra politica e scienza, tale per cui la scienza è divenuta la più autorevole fonte di conoscenza per il decisore che adotta norme giuridiche, mentre il diritto è divenuto un fattore determinante nell'acquisizione sociale e politica del sapere scientifico⁶⁷. La vicenda del CTS offre interessanti spunti su come occorrerebbe impostare e salvaguardare questo tipo di relazione.

5.2 (*segue*) e sul rapporto tra scienza e diritto

Un secondo ordine di considerazioni conclusive scaturisce, invece, dal rapporto tra scienza e diritto, intese come contributo tecnico-scientifico, da una parte, e fonti normative e atti giuridici adottati, dall'altra.

Dall'analisi delle misure limitative alla libertà di circolazione e dall'esperienza fin qui maturata emerge come vi sia una correlazione tra questi due fattori, la quale può essere così sintetizzata: più le fonti sono "atipiche" (intese come scarsamente tipizzate dalla Costituzione o dalla legge), maggiore è il peso assunto e il grado di coinvolgimento del CTS.

Si consideri innanzitutto la decretazione d'urgenza, ovvero la sola fonte emergenziale che nel nostro ordinamento è stata costituzionalizzata⁶⁸. Qui il Comitato non esprime alcun contributo valutativo nella relativa formulazione⁶⁹, salvo le ipotesi marginali in cui i decreti-legge hanno recepito a distanza di tempo indicazioni formulate dal Comitato⁷⁰, oppure hanno fatto richiamo a indirizzi generali elaborati dallo stesso⁷¹. Paradossalmente, con l'entrata in carica del Governo Draghi il preambolo di alcuni decreti-legge ha fatto riferimento per la prima volta ai verbali del CTS, salvo però discostarsi dalle valutazioni espresse dall'organo tecnico⁷².

⁶⁷ M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza, policy e diritto nella pandemia*, cit., 40.

⁶⁸ Sul punto, sia consentito rinviare alle analisi e i riferimenti in G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., 352 ss.

⁶⁹ Si pensi, ad es. al d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, sui limiti alla circolazione nelle festività natalizie, co al d.l. 13 marzo 2021, n. 30, sui limiti alla circolazione nelle festività pasquali.

⁷⁰ Ad es. si veda il verbale n. 133 del 3 dicembre 2020, recante un parere sulla bozza di d.P.C.M. adottato lo stesso giorno: quanto ai limiti di spostamento tra Comuni «il CTS raccomanda, in considerazione delle dimensioni estremamente differenziate dei Comuni, di garantire, comunque, per le realtà più piccole, gli spostamenti per situazioni di necessità e per la fruizione dei servizi necessari». Il d.P.C.M. inizialmente non accoglie tale rilievo, sebbene poi il d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, abbia iniziato a modulare i divieti in ragione della dimensione demografica dei Comuni.

⁷¹ È il caso, ad es., del documento "Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale", approvato in CTS con verbale n. 111 del 1° ottobre 2020, richiamato dall'1, c. 16-bis del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, introdotto dal d.l. 9 novembre 2020, n. 149.

⁷² È quanto accaduto per la prima volta (salvo errore) con il d.l. 1 aprile 2021, n. 44. Ha fatto seguito il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, il quale tuttavia non ha recepito le indicazioni del CTS circa la

Ulteriori strumenti giuridici preposti in via generale ad affrontare le emergenze, poi, sono le ordinanze contingibili e urgenti. Numerose misure limitative alla libertà di circolazione – come più volte detto – sono state introdotte mediante ordinanze del Ministero della salute *ex art. 32* della legge n. 833/1978, ovvero ordinanze *extra ordinem* in materia di igiene e sanità che possono derogare alla legge⁷³. In questo caso vi sono stati esempi significativi – soprattutto nei primi mesi della pandemia, ma anche in quelli successivi⁷⁴ – di misure che di fatto sono state concertate con il CTS, ma si segnalano altresì esempi di misure che sfuggono alle valutazioni del Comitato, come accaduto con la classificazione delle Regioni nei vari “colori” o le limitazioni all’entrata e uscita dal territorio nazionale.

Al di là di questi strumenti previsti “tipicamente” dall’ordinamento come emergenziali, i cittadini hanno imparato a conoscere ulteriori atti giuridici “atipici”, scarsamente (o per nulla) disciplinati dalle fonti sulla produzione, che per la prima volta sono stati impiegati per fronteggiare l’emergenza e comprimere la loro libertà di circolazione, al limite del rispetto della riserva di legge relativa pur prevista dall’art. 16 Cost.⁷⁵.

Primi fra tutti i d.P.C.M., atti dalla incerta qualificazione nel sistema delle fonti, ma che durante la pandemia hanno imposto la propria valenza

necessità di non allentare le misure restrittive (cfr. verbale n. 009 del 20 aprile 2021), salvo invece aumentare il limite del numero massimo di persone cui veniva consentito di recarsi in altra abitazione privata (art. 2, c. 2). Il d.l. 18 maggio 2021, n. 65, invece, accoglieva la proposta del CTS di spostare il coprifuoco alle ore 23 (cfr. verbale n. 017 del 12 maggio 2021).

⁷³ Riferimenti in E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 67 ss. Osserva invece A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, f.s., 2020, 321 ss., come si sia assistito ad una “ibridazione” con i poteri *extra ordinem* del Governo nell’ambito del sistema di protezione civile.

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, al regime circa le modalità e i tempi della permanenza dell’obbligo di indossare i dispositivi di protezione delle vie respiratorie all’aperto, su cui il CTS si è espresso il 21 giugno 2021, con indirizzi recepiti dalla ord. del giorno successivo.

⁷⁵ Cfr. D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, cit., 141 s., che parla di un “tradimento” di tale riserva di legge, già degradata a relativa nel contesto dell’ordinarietà, a motivo di una normativa ordinaria che ha affidato l’intera definizione delle limitazioni agli atti ad essa subordinati. Sulla posizione della giurisprudenza costituzionale a riguardo della tipizzazione delle misure di contenimento introdotti con atti sublegislativi, v. *retro* par. 3.4 e *infra* alla nota successiva. Non manca però chi riconosca nell’art. 16 Cost. una riserva di legge assoluta, come L. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale, cit., 18, o G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT Trieste, 2020, 369. Più in generale, per un inquadramento di tale riserva di legge, G. D’AMICO, *La libertà “capovolta”*, cit., 73 ss.; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 274 ss.

normativa⁷⁶. Tali atti, che a partire dal d.l. n. 19/2020 devono essere sottoposti al Comitato per l'espressione di un mero parere, in via di fatto sono stati oggetto di una intensa attività concertativa⁷⁷, tanto da essere trasmessi al Comitato prima della relativa adozione per consentire ad esso di formulare veri e propri emendamenti, che vengono solitamente accolti⁷⁸.

Vi sono poi le linee guida e i protocolli. Il d.P.C.M. 7 agosto 2020 aveva assegnato al Comitato il compito di "validare" solamente i protocolli che possono derogare agli obblighi di utilizzare le misure di protezione delle vie respiratorie e mantenere il distanziamento fisico. La prassi, tuttavia, ha mostrato come in generale moltissime linee guida e protocolli concernenti l'esercizio della libertà di circolazione siano stati oggetto di ampia concertazione con il Comitato⁷⁹, prima che il d.l. n. 65/2021 sottraesse questi atti alle valutazioni dell'organo tecnico.

Da ultimo, ma non per importanza, bisogna fare menzione delle circolari. Questi atti, benché di natura formalmente interna alle pubbliche amministrazioni, producono significativi riflessi esterni nella misura in cui i relativi precetti, nel conformare l'attività amministrativa, impattano sulle libertà

⁷⁶ Sul punto, v. ancora G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., 365 ss., e la dottrina richiamata. Sulle possibili alternative teoriche con cui la dottrina aveva inquadrato i d.P.C.M., v. anche la schematizzazione recentemente riassunta in M. RUBECCHI, *I d.P.C.M. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, 27, 2021, 184 ss., anche per la dottrina richiamata, ove si distingue tra d.P.C.M. come espressione del potere di ordinanza in deroga alla legge, come atti aventi natura normativa ma forma amministrativa, come atti amministrativi a carattere generale. Si consideri poi come la sentenza della Corte costituzionale n. 198/2021 abbia qualificato tali atti alla stregua non di provvedimenti *extra ordinem*, bensì di «atti necessitati» in quanto «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissa il contenuto» (8 cons. dir.).

⁷⁷ Come esempi di stretto raccordo tra CTS e Governo basti citare il d.P.C.M. 26 aprile 2020, sugli spostamenti consentiti per i tre motivi ivi tipizzati, la disciplina sull'isolamento fiduciario, l'accesso ai parchi, l'esercizio di attività ludica, sportiva e motoria; oppure il d.P.C.M. 17 maggio 2020, pure riguardante questi ultimi aspetti.

⁷⁸ Significativi esempi in questo senso sono il d.P.C.M. 13 ottobre 2020, oggetto di discussione nel CTS (cfr. verbale n.116 del 12 ottobre 2020); oppure il d.P.C.M. 18 ottobre 2020 (cfr. verbale n. 119 del 18 ottobre 2020); il d.P.C.M. 24 ottobre 2020 (cfr. verbale n. 121 del 24 ottobre 2020); d.P.C.M. 3 novembre 2020 (cfr. verbale n. 123 del 3 novembre 2020).

⁷⁹ Tra i molti esempi, v. "linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica da covid-19 a bordo delle navi da crociera", "validate" il 5 agosto 2020; "linee guida finalizzate a disciplinare lo svolgimento dei servizi di trasporto scolastico dedicato", "validate" il 10 agosto 2020; "linee Guida per il settore dei trasporti proposte dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti", "validate" l'8 ottobre 2020; "linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini e adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19", con proposte accolte nel verbale CTS n. 117 del 14 ottobre 2020 e confluite nel d.P.C.M. 18 ottobre 2020; "linee Guida per l'attività sportiva di base e l'attività motoria in genere" e "linee guida per la gestione in sicurezza di attività educative non formali e informali, e ricreative, volte al benessere dei minori durante l'emergenza COVID-19" (cfr. verbale CTS n. 014 del 5 maggio 2021), approvate con ordinanza del Ministero della Salute e Ministero per le Pari opportunità e la Famiglia 21 maggio, per come "validate" dal CTS.

fondamentali dei cittadini⁸⁰. A questo proposito è sufficiente menzionare un esempio su tutti, ovvero la definizione della durata della quarantena e della sorveglianza fiduciaria, ovvero le misure che forse più incisivamente interessano la libertà di circolazione, regolata con circolari del Ministero della salute fatte oggetto di “approvazione” da parte del CTS⁸¹.

Se le fonti normative costituiscono pur sempre lo specchio della forma di Stato e della forma di governo, allora la gestione dell'emergenza pandemica insegna come i nuovi soggetti tecnici tendino ad innestare il proprio contributo entro procedimenti “normativi” innovativi e poco codificati.

⁸⁰ Sulla scarsa attenzione della dottrina verso l'uso delle circolari durante la pandemia, a dispetto della reale consistenza normativa da esse acquisita, cfr. A. CATELANI, *Le circolari della Pubblica Amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 11, 6, 1 agosto 2021, 41 ss. Sui tentativi di inquadramento dogmatico, l'evoluzione della categoria delle fonti interne alle pubbliche amministrazioni, in particolare delle circolari, e le difficoltà nel ricostruirne i tratti tipici, si v. le recenti ricostruzioni di M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, FrancoAngeli, Milano, 2020; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

⁸¹ Si vedano la circolare 12 ottobre 2020, che recepisce indicazioni in verbale CTS n. 115 del 11 ottobre 2020; la circolare concernente la “gestione domiciliare dei pazienti con infezione sostenuta da sars-cov-2”, “approvata” dal CTS (cfr. verbale n. 131 del 27 novembre 2020); la circolare concernente la “variante VOC 202012/01” del 21 maggio 2021, anch'essa “approvata” dal CTS (cfr. verbale n. 019 del 18 maggio 2021).