

I VERBALI DEL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO E LE LIMITAZIONI DELL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA*

JACOPO FERRACUTI**

Sommario

1. Introduzione: l'emergenza Covid-19 e il Comitato tecnico-scientifico. – 2. Limiti e garanzie dell'iniziativa economica privata. – 3. Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata del periodo emergenziale. – 4. I verbali del Comitato tecnico-scientifico e il fondamento motivazionale delle limitazioni. – 5. Il parere n. 850 del 13 maggio 2021 del Consiglio di Stato. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay focuses on the issue of the limitations introduced to the freedom of private economic initiative during the Covid-19 emergency. In particular, starting from a short reconstruction of the role played by the Technical-Scientific Committee together with the analysis of the limits and guarantees of freedom in speech descending from art. 41 of the Constitution, the paper, also through the aid of some concrete examples, intends to highlight the important role played by the minutes of the aforementioned Committee in the context of the broader discussion connected to the constitutionality of the limiting measures introduced by the Government. In fact, in relation to the matter concerning the respect of the implicit law reserve derived from the Constitutional Court from the c. 2 of the aforementioned constitutional provision, the intent is to highlight how the Government's compliance with a "reinforced" motivational burden may be assessed mainly by analyzing the minutes of the technical consultancy body.

Suggerimento di citazione

J. FERRACUTI, *I verbali del Comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, 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).

** Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: jacopo.ferracuti@uniroma3.it

1. Introduzione: l'emergenza Covid-19 e il Comitato tecnico-scientifico

La pandemia dovuta al Covid-19 e l'effetto dirompente delle limitazioni introdotte per contenerne la diffusione hanno determinato l'apertura di nuovi scenari.

All'interno di essi si è calata la dottrina costituzionalistica, per lo più impegnata a confrontarsi sulla compatibilità delle misure di contrasto al virus adottate dal Governo con il sistema delle fonti del diritto¹.

Ciascun ordinamento nazionale, come è normale che sia, ha affrontato diversamente la situazione di emergenza, sfruttando gli strumenti messi a disposizione dal relativo diritto costituzionale².

In Italia, la trama di intervento privilegiata, e di cui molto si è discusso³, è consistita nell'adozione di decreti-legge con i quali si è provveduto ad attribuire

¹ Sin da subito, infatti, ossia sin dai primi provvedimenti adottati dal Governo nei primi mesi del 2020, successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza, è sorto un dibattito in dottrina circa il rapporto formale tra fonti del diritto e provvedimenti emergenziali. Per una prima ricognizione delle varie tesi al riguardo sostenute, si può rinviare, senza pretesa di esaustività, a: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Il diritto pubblico della pandemia*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Genova, 2010, II; A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2020; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6, 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, *Rivista AIC*, 2, 2020; M. CAVINO, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 18 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020, 2; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID Rassegna*, 5/2020; ID., *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, 3/2020; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinarie prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.

² Una esaustiva disamina di come i differenti Stati hanno affrontato lo stato di emergenza è offerta da F.S. MARINI, G. SCACCIA, *Introduzione*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, XV ss. Sempre sul punto, si veda anche AA.VV., *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, *Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche "Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica"*, Università di Pisa – 8 maggio 2020, R. TARCHI (a cura di), in *Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno n. 1, Fascicolo speciale monografico, 2020, nonché AA.VV., in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

³ Nello specifico, la questione principalmente affrontata – più sopra anticipata, *sub nota n. 1* – ha riguardato la legittimità di simile *modus procedendi* di Parlamento e Governo. Diverse sono state le tesi espresse sul punto.

al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di introdurre, con propri atti, misure di contenimento e gestione del virus, limitative dei diritti e libertà fondamentali sanciti in Costituzione⁴.

La rapida diffusione dei contagi ha reso, infatti, imprescindibile l'adozione di misure straordinarie con il fine di contenere la propagazione della malattia e tutelare la salute dei cittadini, nell'ambito di un quadro emergenziale, derogatorio rispetto alla ordinaria gestione della cosa pubblica, volto a consentire l'adozione di strumenti più flessibili ed efficaci nella lotta al virus.

Ne è scaturito un ampio insieme di misure di contrasto all'epidemia, che hanno fortemente inciso, in negativo, su tutti i settori dell'attività umana.

Tra questi, è stata ovviamente interessata dalle misure governative emergenziali anche la libertà di iniziativa economica privata, il cui esercizio è stato, infatti, variamente e fortemente limitato nel corso del tempo.

Ad esempio, infatti, a sostegno della piena legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio, in quanto previsti da una fonte primaria (i decreti-legge, per l'appunto), si è espresso, tra gli altri, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo*, cit., 100.

All'opposto, v'è stato, però, anche chi ha ritenuto non fosse possibile dare attuazione al decreto-legge con un atto amministrativo, posto che, secondo la Costituzione, la fonte primaria deve dettare norme di immediata applicazione: in questo senso, si veda L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, 20.

Come ricorda A. SAITTA, *Il codice di protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *ConsultaOnline*, 3/2021, 841 ss., la diade decreto-legge/d.P.C.M. «alla fin fine ha funzionato e fino ad oggi ha superato indenne le ricorrenti censure che sono state poste all'attenzione di varie istanze di controllo, politico-costituzionale e giudiziario, da ultimo con la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021», tanto che «Anche la dottrina che ha studiato questo inedito micro-sistema delle fonti normative dell'emergenza pandemica ha man mano attenuato le prime più aspre critiche» (il riferimento è a M. BELLETTI, *La "confusione nel sistema delle fonti ali tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 189 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza COVID-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 366 ss.; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze*, cit., 96; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021).

⁴ Sul meccanismo che vede l'intervento di decreti-legge e d.P.C.M. sono state espresse considerazioni, tra gli altri, da P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 37 ss.; 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*, 2020; T. E. FROSINI, *Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 21 aprile 2021. Si vedano anche i vari contributi sullo specifico tema raccolti in AA.VV., *Fascicolo speciale 2020 – Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

Nelle pagine seguenti ci si soffermerà proprio su tale libertà fondamentale, al fine di verificare la tenuta del sistema rispetto alle relative limitazioni introdotte.

Il compito, evidentemente, non è agevole, attesa la notoria moltitudine ed eterogeneità delle restrizioni al riguardo introdotte dal Governo⁵, con misure molto spesso distinte a seconda del “colore” dei vari territori⁶.

Per tale ragione, il taglio specifico che si è scelto di dare al presente elaborato attiene a un profilo del tutto peculiare, largamente incidente sulle valutazioni inerenti alla costituzionalità delle limitazioni introdotte: quello della motivazione dei provvedimenti governativi con cui sono state disposte le misure di contenimento della libertà sancita dall'art. 41 Cost.

Ciò al fine di dimostrare che nell'ottica di tale discorso sembra considerevole il rilievo che deve essere assegnato ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

L'organo in questione, va, a tal proposito, ricordato, è stato istituito con ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020⁷.

⁵ Di cui, con particolare riguardo a quelle adottate nel corso del 2020, offre una rapida, ma esauritiva, ricognizione A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 41 ss.

⁶ Come noto, infatti, la gestione dell'emergenza sanitaria si è articolata in varie fasi. In particolare, come ben ricorda V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020, dopo la c.d. fase 1, caratterizzata dall'instaurazione del regime nazionale d'eccezione e dalla adozione da parte del Governo del c.d. *lock-down*, si è assistito al passaggio a una nuova fase, la fase 2, introdotta con il d.P.C.M. 26 marzo 2020 e caratterizzata da un progressivo “allentamento” delle misure precauzionali precedentemente disposte, ma, soprattutto – ed è questo il punto da evidenziare – dall'adozione di una strategia di contenimento del virus diversificata su base regionale e locale, con assegnazione a ciascuna Regione di un colore basato sull'andamento della curva dei contagi, e applicazione di misure differenziate in base a esso.

⁷ Nello specifico, il Comitato tecnico-scientifico ha inizialmente svolto solamente il ruolo di struttura di supporto nella definizione delle misure di protezione civile. Il relativo ambito di competenza è stato, però, quasi immediatamente esteso per effetto dell'art. 2, c. 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ove del Comitato tecnico-scientifico si inizia a parlare con riferimento al differente compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio le misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi, volti a tener conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza. Tale norma, in particolare, ha previsto che «per i profili tecnico-scientifici», le misure di contenimento dell'emergenza pandemica dovessero essere adottate con d.P.C.M. «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico». Da quel momento, pertanto, i vari decreti presidenziali che nel tempo si sono susseguiti per far fronte all'emergenza sanitaria, nelle relative premesse, hanno iniziato – quasi tutti – a richiamare le valutazioni tecnico-scientifiche contenute nei verbali del Comitato.

In dottrina, v'è stato chi, al riguardo, ha parlato di procedimento «atipico»: cfr., in tal senso, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transazionale*, in *DPCE online*, 3/2020, 3290.

Le ragioni della sua attivazione devono essere ricercate nell'assenza, al momento del deflagrare della pandemia, di specifici farmaci e rimedi vaccinali con cui contenere il contagio, e, soprattutto, nella rilevata necessità di rivolgersi a esperti in ambito medico-scientifico al fine di poter prendere le migliori decisioni a tutela della salute collettiva⁸.

In tal modo, la tecnica è stata chiamata ad assumere un ruolo decisivo nella formazione della decisione politica: come efficacemente evidenziato in dottrina, si è così passati dalle decisioni c.d. *science based* a quelle *science driven*⁹.

I verbali delle sedute del Comitato tecnico-scientifico, infatti, ancorché inizialmente inaccessibili alla consultazione¹⁰, sono venuti a costituire le basi delle decisioni governative volte a fronteggiare l'emergenza.

⁸ In tal modo ne giustifica l'istituzione G. MINGARDO, *Il ruolo nel Comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1/2020. Un differente punto di vista è espresso sulla specifica questione da L. CASTELLANI, *L'ingranaggio del potere*, 2020, 45, per cui il Governo lo avrebbe istituito, al fine di non assumersi la piena responsabilità di decisioni dall'impatto assai gravoso.

⁹ L'aspetto è stato ben messo in evidenza da A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3/2020, 120. In argomento, circa la legittimità/opportunità di adottare decisioni politiche fondate su valutazioni di carattere tecnico-scientifico, si vedano: A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, ove si dà conto, in prospettiva, dell'evoluzione del processo di assunzione delle decisioni politiche basate su dati tecnici e scientifici, avviato dalla pandemia, e sui relativi effetti, nonché E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza*, cit., 729 ss.; A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, 2020; C.A. COCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da COVID-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2020; A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *ConsultaOnline*, 16 marzo 2020; A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *ConsultaOnline*, 2020; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, 1/2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

¹⁰ Di «velo di incertezza» rispetto a essi parla E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, in part. 731 ss.

Sul punto occorre, invero, ricordare come, inizialmente, rispetto ai pareri del Comitato tecnico-scientifico, si sia dato luogo a una forma di compressione del diritto di accesso civico e del diritto di accesso documentale, per effetto di talune previsioni contenute nel decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. In particolare, a fronte del rigetto manifestato dal Dipartimento di Protezione civile alle istanze di accesso civico presentate da alcuni cittadini a cinque verbali del Comitato tecnico-scientifico, si è aperto un contenzioso dinanzi alla magistratura amministrativa, approfonditamente descritto e ricostruito, anche negli esiti, da A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico*, cit., 3290/3292, e F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-*

Già da quanto sottolineato emerge allora un dato di sicuro interesse, rappresentato dall'elemento dell'imputabilità della decisione finale.

Essa, infatti, per quanto fondata sul supporto della scienza, deve comunque essere adottata dal decisore politico, con assunzione di responsabilità in ordine alle misure da adottarsi, nonché alla relativa legittimità ed effetti¹¹.

Le determinazioni limitative, in altre parole, per quanto possano fare riferimento sotto il profilo motivazionale alle considerazioni dei tecnici, e teoricamente giustificarsi alla luce di esse, devono comunque provenire dalla politica, dal momento che essa «non può porsi in una posizione di volontaria subalterità alla scienza, neanche nello stato di eccezione»¹².

2. Limiti e garanzie dell'iniziativa economica privata

Al fine di effettuare l'indagine di cui si è dato conto, è comunque imprescindibile prendere le mosse dalla considerazione dei limiti e delle garanzie della libertà di iniziativa economica privata¹³.

In particolare, quanto ai primi, occorre specificamente soffermare l'attenzione su quelli di cui al c. 2 dell'art. 41 Cost., per cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'«utilità sociale», o in maniera da recare danno alla «sicurezza».

Infatti, come è stato ben chiarito in dottrina – e si vedrà nel prosieguo – si tratta di limiti «di centrale importanza in relazione al contesto che ha dato vita alla normativa emergenziale adottata a seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19»¹⁴.

scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza, in *federalismi.it*, 20/2021, in part. 147/152, il quale evidenzia anche come, comunque, ancora oggi, i verbali non risultino ancora pienamente accessibili, per questioni di carattere squisitamente tecnico, «in quanto pubblicati sotto forma di scansione dei documenti cartacei e non in altro formato, che ne renda più agevole la consultazione anche attraverso la ricerca testuale e altre funzioni. Benché appaia solo una questione di forma, in realtà ciò incide anche sulla sostanza, dal momento che tali modalità tecniche rappresentano un ostacolo alla possibilità di informarsi dei cittadini».

¹¹ In particolare, secondo C. ACOCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica*, cit., 284/285, la decisione finale sulla valutazione del rischio deve essere rimessa al decisore politico, al fine di non «“diluire” la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività – e di non incoraggiare uno “scivolamento” verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate».

¹² In questi termini si esprime A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19*, cit., in part. 132/133.

¹³ Su cui, cfr., per tutti, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 851/852.

¹⁴ Così, M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 61, nonché in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 161.

Nel dettaglio, passando a esaminarli, va ricordato come del concetto di «sicurezza» siano state individuate molteplici dimensioni costituzionali¹⁵.

Si tratta di una categoria di *genus* nell'ambito del quale si fa pacificamente rientrare, quale *species*, anche il concetto di “incolumità pubblica”, ossia di tutti i cittadini.

L'accezione costituzionale di «sicurezza», in altre parole, non rinvie beneficiari specifici, ma ha un campo di applicazione che si estende alla generalità dei consociati (di cui garantisce l'incolumità).

Ben più sfocato, invece, è il concetto di «utilità sociale»¹⁶.

A causa della sua «irriducibile poliedricità»¹⁷, infatti, e ancorché ne sia stata messa in evidenza la qualificazione come «principio-valvola» dell'ordinamento che ne consente l'adattamento al mutare dei fatti sociali¹⁸, non è agevole pervenire a una esatta delimitazione del relativo significato.

A venire in soccorso, però, è la giurisprudenza costituzionale.

È stato, infatti, osservato che «se una precisa definizione di utilità sociale si rivela inaccessibile, è comunque possibile rintracciare, al fondo delle decisioni in tema una «logica comune» corrispondente al principio «secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione», che coincidano cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati»¹⁹.

Tra questi ultimi rientra, evidentemente, anche il fondamentale diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., di particolare rilievo in riferimento alla situazione emergenziale in corso²⁰.

¹⁵ Di cui, più di recente, ha offerto una completa e ricca ricostruzione G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, 2021, e ID., *Sicurezza (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche – VIII aggiornamento*, Milano, 2021. Secondo l'Autrice, infatti, sono «Diverse e dal contenuto eterogeneo le sfumature di significato che assume il concetto di sicurezza. Indubbiamente, esso evoca l'esigenza di tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori, ma anche di coloro che usufruiscono della prestazione lavorativa e, in accezione ancor più ampia, dell'onnicomprensiva categoria dei consumatori. Estendendo a tal punto i confini della propria operatività, la sicurezza, quale valore primario – insieme alla salute e alla dignità – è indubbiamente ed efficacemente in grado di comprimere, in molte occasioni, la libertà di iniziativa economica, concepita quale «diritto non essenziale della persona»».

¹⁶ Sui fondamenti teorici del concetto in questione, si veda il contributo di A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 22 settembre 2017.

¹⁷ Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 603.

¹⁸ Si veda M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel diritto costituzionale*, Padova, 1983, 117.

¹⁹ Cfr., in questi termini, R. NIRO, *Art. 41*, cit., 855. Come ricorda M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 62, alla nota n. 7, nello stesso senso si esprime pure L. CASSETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, 268.

²⁰ Non a caso, infatti, assai di recente, dopo l'approvazione del Senato del 3 novembre 2021, anche la Camera dei deputati (il giorno 8 febbraio 2022) ha approvato definitivamente la proposta di legge costituzionale A.C. 3156-B (recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di

In generale, dunque, nel bilanciamento con l'incolumità pubblica («sicurezza») e con il diritto alla salute (*ex se* considerato, nonché in quanto ricompreso nella nozione di «utilità sociale»), il libero dispiegarsi della libertà di iniziativa economica privata ben può rinvenire i propri (legittimi) limiti²¹.

L'operatività di tali limiti – va a questo punto evidenziato – è garantita in materia in forza di una riserva di legge implicita²², che, come chiarito dalla Consulta, deriva dai «principi generali informatori dell'ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»²³.

La Corte costituzionale, in altre parole, ha espresso l'avviso²⁴ – condiviso anche dalla dottrina maggioritaria²⁵ – per cui, a salvaguardia della libertà

tutela dell'ambiente») che, tra le altre cose, comporta la modifica proprio dell'art. 41 Cost. in materia di esercizio dell'iniziativa economica, rispetto al quale – per quanto d'interesse – si interviene sul c. 2, stabilendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla «salute» (e all'«ambiente»), premettendo tale ulteriore limite a quelli già vigenti, ovvero la «sicurezza», la «libertà» e la «dignità umana».

Alla luce di tale novella legislativa può, dunque, essere dissipato ogni dubbio in ordine alla legittima possibilità di frapporre dei limiti all'esercizio della libertà sancita dall'art. 41 Cost. a salvaguardia del concetto di «salute».

²¹ Con specifico riferimento al concetto di «sicurezza» e alla delicata operazione di bilanciamento con i diritti e le libertà fondamentali operata dal decisore pubblico per fronteggiare l'emergenza da Covid-19, approfondite riflessioni sono state spese da G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica*, cit., Milano, 2021, in part. 74/109.

²² Riserva il cui impatto garantista per la libertà individuale in materia economica è sottolineato da G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990.

²³ Cfr. la sentenza 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, VII, 3155 ss., che, sullo specifico punto, riprende un indirizzo già affermato con le sentenze 13 aprile 1957, n. 50, 8 luglio 1957, n. 103 e 12 dicembre 1957, n. 129 (rispettivamente in *Giur. cost.*, 1957, II, 621 ss.; 976 ss.; 1220 ss.) e ribadito successivamente anche con la sentenza 14 febbraio 1962, n. 5, in *Giur. cost.*, 1962, VII, 40 ss. *Contra*, si veda C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33, secondo cui tale operatività si esplica, piuttosto, sulla base di un'immediata precettività della norma.

²⁴ Cfr. R. NIRO, *Art. 41*, cit., 853/854, il quale rammenta sul punto come la Corte costituzionale, «sin da epoca assai risalente, ha ritenuto di rintracciare, nelle pieghe delle disposizioni costituzionali in materia economica (artt. 41, 42, 43 e 44), «una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante»: costante che sembrerebbe confermata dallo stesso testo dell'art. 41 in esame, il quale, prevedendo espressamente, al 3° co., il necessario intervento del legislatore ordinario per la determinazione dei programmi e controlli opportuni «perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (per la definizione cioè di quelli che sono stati configurati come i limiti «positivi» dell'attività economica privata), si è ritenuto che non possa non esigere egualmente ancorché implicitamente, anche per i limiti negativi di cui al 2° co., il medesimo intervento del legislatore ordinario. E ciò tanto più ove si tenga conto che, fra i predetti limiti «negativi» di cui al 2° co., ve ne è uno, quello del non contrasto con «l'utilità sociale», la cui vaghezza ed indeterminazione ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, ove non la necessità, dell'intermediazione del legislatore».

²⁵ L'esistenza della riserva di legge implicita è stata, infatti, confermata anche da A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro it.*, LXXXI, 1958, 59; S. FOIS, *Osservazioni*

sancita dall'art. 41 Cost., per effetto della previsione recata al c. 2, deve ritenersi configurata una riserva di legge implicita, il cui rispetto si impone ogni qual volta in cui l'iniziativa economica privata debba essere limitata nel bilanciamento con altri valori e/o diritti²⁶.

3. Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata del periodo emergenziale

I profili sinora evidenziati rivestono una fondamentale importanza nell'ottica della verifica della legittimità delle misure emergenziali limitative dell'iniziativa economica privata.

Si è detto che le misure introdotte in materia sono state varie e differenziate nel corso del tempo, e sono andate di pari passo (o, quantomeno, questo era l'obiettivo) con l'andamento della curva dei contagi.

Con particolare riguardo all'art. 41 Cost. – al di là, ovviamente, delle chiusure delle attività produttive che hanno caratterizzato il periodo del *lock-down*²⁷ – non v'è dubbio che le restrizioni più significative siano state quelle introdotte nel corso del periodo autunnale del 2020.

Concretamente, infatti, è proprio a tale periodo che risalgono, ad esempio, il d.P.C.M. 24 ottobre 2020²⁸ e quello del 3 novembre 2020²⁹, con i quali, tra

sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost., in *Giur. cost.*, 1958, 23; A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. cost.*, 1968, 2235 ss. *Contra* si sono espressi, invece, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*, cit., 33 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 606, secondo cui i tre commi dell'art. 41 Cost. avrebbero oggetti di riferimento diversi, venendo meno la possibilità di una lettura unitaria dell'articolo in questione. I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it*, 8/2020, in part. 77.

²⁶ In dottrina si è discusso anche sulla questione della natura di tale riserva, contrapponendosi sul punto quanti, come M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, 140 ss., ma non solo, l'hanno qualificata come relativa e chi, *contra*, tende ad attribuirle carattere assoluto, come S. FOIS, *Osservazioni sui limiti*, cit.

²⁷ Del cui regime tratta F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020.

²⁸ Consultabili online al seguente indirizzo: <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbal-comitato-tecnico-scientifico>.

²⁹ Di tale decreto tratta I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 141, mettendo in evidenza come, sebbene si tratti del primo provvedimento dall'inizio della pandemia che sia stato adottato la base di un previo confronto in Parlamento e tenendo in considerazione almeno alcuni degli atti di indirizzo che sono stati adottati dalle Camere, esso risulta comunque «tra i più controversi della prolungata sequenza», ponendo molteplici interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio di legalità. Considerato, infatti, che il decreto, al fine di affrontare la fase critica della seconda ondata, demandava a una ordinanza ministeriale il potere di collocare, per un periodo iniziale di 14 giorni, una Regione all'interno di c.d. zone “rosse” o “arancioni”, con una serie di conseguenze in termini di restrizioni delle libertà fondamentali (da quella di circolazione a quelle economiche), secondo l'Autrice «I dubbi sorgono proprio con riferimento al tipo di fonte utilizzata per conferire un potere amministrativo capace di affievolire i diritti costituzionali».

le altre misure adottate, è stato previsto a livello nazionale che «le attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie) sono consentite dalle ore 5.00 fino alle ore 18.00; il consumo al tavolo è consentito per un massimo di quattro persone per tavolo, salvo che siano tutti conviventi; dopo le ore 18,00 è vietato il consumo di cibi e bevande nei luoghi pubblici e aperti al pubblico».

Si tratta di misure assai restrittive, l'adozione delle quali – si vedrà – ha originato un significativo contenzioso giudiziale.

4. I verbali del Comitato tecnico-scientifico e il fondamento motivazionale delle limitazioni

Alla luce di esse, il punto su cui si ritiene di dover ora particolarmente focalizzare l'attenzione è quello evidenziato in apertura, concernente, cioè, l'idoneità dei pareri resi dal Comitato tecnico-scientifico, e quindi delle argomentazioni rinvenibili nei relativi verbali, a fondare le decisioni assunte dal Governo con i provvedimenti emergenziali.

Proprio in quest'ottica, e per rimanere all'esempio fatto, può allora osservarsi come il citato d.P.C.M. 3 novembre 2020 rechi in sede di preambolo la seguente dicitura: «Visti i verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 del Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni e integrazioni».

Di essa occorre tener conto.

Se, infatti, si considera che le espresse motivazioni delle restrizioni introdotte con riguardo allo specifico settore dei servizi di ristorazione non vengono indicate nel corpo del decreto, dalle relative premesse può, però, desumersi che il corrispondente fondamento motivazionale debba essere ricercato all'interno dei verbali ivi menzionati.

Eppure, che sia davvero così è, quantomeno, legittimo nutrire qualche dubbio.

Nel richiamato verbale n. 122 del 31.10.2020, infatti, che consta di sole 7 pagine, il Comitato tecnico-scientifico dà solamente conto del fatto che già con il d.P.C.M. 24.10.2020 sono state introdotte differenti e progressive misure di restrizione, di cui l'organo si riserva di valutare gli effetti una volta trascorsi non prima dei quattordici/ventuno giorni dall'adozione delle stesse.

Inoltre, per fornire riscontro alla specifica istanza del Ministero della Salute relativa ai criteri di individuazione delle aree territoriali eventualmente necessitanti di un inasprimento delle misure di contenimento, si dà atto del disposto rinvio della seduta a una successiva riunione del 3.11.2020, nel cui verbale, pertanto, – data la loro assenza nel n. 122 – ci si aspetterebbe a questo punto

di rinvenire le ragioni giustificative delle misure limitative introdotte dall'Esecutivo.

In realtà, nel successivo parere n. 123 (di sole 4 pagine) relativo a tale riunione, si legge solamente che il Comitato tecnico-scientifico «valuta congruo l'impianto generale del DPCM» del 3.11.2020 nel frattempo fatto pervenire in bozza dal Governo, dal momento che le misure ivi previste – si dice – risultano «commisurate alla attuale fase epidemiologica», per descrivere e certificare la quale vengono, quindi, allegati in calce al verbale medesimo più di venti grafici di non immediata lettura, e comunque nessuno dei quali specificamente riferito all'attività economica e al pericolo di contagio legato al suo possibile svolgimento.

Sempre nel citato verbale, poi, il Comitato spende alcune specifiche considerazioni sulle misure relative alla didattica a distanza nelle scuole e sulle disposizioni in materia di navi da crociera e navi di bandiera estere, senza nulla approfondire, invece, in ordine alle attività commerciali e/o, più in generale, alla libertà di iniziativa economica privata.

Alla luce del quadro descritto, pare, dunque, doversi ricavare che la motivazione sottesa alle misure (comunque, fortemente limitative) introdotte in materia di art. 41 Cost. con il citato d.P.C.M. 3.11.2020, vada ricercata nella complessiva valutazione di congruità dell'impianto generale del decreto in questione, che il Comitato tecnico-scientifico esprime nel verbale n. 123.

L'interrogativo che occorre porsi è, quindi, se simile inciso, peraltro di carattere generale, sia sufficiente a costituire l'effettivo fondamento motivazionale delle limitazioni governative adottate in *subiecta materia*.

5. Il parere n. 850 del 13 maggio 2021 del Consiglio di Stato

Proprio sul fatto che tale *modus procedendi* dell'Esecutivo possa essere considerato legittimo sono stati espressi dei dubbi, i quali – come anticipato – sono stati portati anche all'attenzione dei giudici, in special modo del giudice amministrativo: le misure limitative introdotte con riguardo all'art. 41 Cost., infatti, hanno dato luogo a molteplici contenziosi.

Tra le pronunce che ne sono scaturite, ai fini del nostro discorso (ma non solo), è di particolare rilievo e interesse una recente statuizione resa dall'Adunanza della I sez. consultiva del Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Il riferimento è alla pronuncia n. 850 del 13.05.2021³⁰, adottata all'esito dell'impugnativa proprio dei d.P.C.M. 24.10.2020 e 3.11.2020 cui si è fatto

³⁰ Per un primo commento a tale decisione, si vedano A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.? (In margine a Consiglio di Stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*, in *www.giustamm.it*; M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, in *Giur. It.*

precedentemente riferimento, con peculiare riguardo alla parte in cui erano state introdotte limitazioni all'attività di ristorazione.

Si tratta di una statuizione di rilievo perché, oltre – si suppone – a orientare le future decisioni del giudice amministrativo su fattispecie analoghe e ancora pendenti, per quanto di maggior interesse, sottolinea la piena legittimità delle limitazioni introdotte all'attività economica, anche sotto il profilo motivazionale³¹.

In particolare, tralasciando di affrontare le questioni afferenti al merito delle limitazioni introdotte con i decreti impugnati³², sono due i punti che, in questa sede, meritano di essere segnalati.

Il primo, conseguenza del secondo, è che il Consiglio di Stato, ancora la valutazione di legittimità dell'istruttoria sottesa ai provvedimenti governativi alla stessa esistenza del Comitato tecnico-scientifico: secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, testualmente, «L'adeguatezza dell'istruttoria tecnico-scientifica a supporto di tutte le misure adottate è stata del resto assicurata dal Comitato Tecnico Scientifico appositamente costituito», di cui, dunque, tra le righe, sembra postularsi, se non proprio l'«infallibilità», quantomeno la sicura idoneità, in quanto organo *ad hoc* costituito e a ciò ontologicamente preposto, a fondare sotto il profilo istruttorio le varie limitazioni introdotte dall'Esecutivo.

Quanto, invece, al secondo aspetto, dal punto di vista dell'onere motivazionale relativo alle misure restrittive introdotte, la pronuncia, nel proprio *iter*, risulta particolarmente significativa.

Il perché è presto detto.

Nel caso scrutinato, infatti, il ricorrente, nella sua qualità di gestore di un ristorante³³, tra le altre censure proposte, aveva impugnato i citati d.P.C.M.

³¹ La rilevanza della pronuncia risiede anche nel fatto che, con essa, si afferma con decisione la compatibilità costituzionale con il sistema delle fonti del diritto dei d.P.C.M. adottati dal Governo per fronteggiare la situazione emergenziale. Tema di cui si è recentemente occupata anche la Corte costituzionale con la sentenza 22 ottobre 2021, n. 198.

³² Nel merito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le misure limitative introdotte con i decreti impugnati abbiano costituito ragionevole applicazione del principio di precauzione, la cui prevalenza sul principio di proporzionalità, in una delicata operazione di bilanciamento, secondo il Collegio, è «ragionevolmente motivata in relazione al presente contesto di emergenza sanitaria, caratterizzato dalla circolazione di un virus sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica, con la logica conseguenza che, non essendo conosciuti, né prevedibili con certezza i rischi indotti da attività lavorative e commerciali potenzialmente pericolose, l'azione dei pubblici poteri ben può e deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, a tutela del valore primario della salute».

³³ Una rapida, ma esaustiva, ricognizione del caso oggetto di scrutinio è offerta da M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM*, cit., 5/6.

In pillole, il ricorso straordinario era stato proposto dal gestore di un ristorante, che era risultato destinatario della sanzione amministrativa della chiusura per quindici giorni per violazione dei d.P.C.M. 24.10.2020 e 3.11.2020, in quanto, al fine di effettuare una manifestazione di protesta contro

24.10.2020 e 3.11.2020, anche sotto il profilo del *deficit* di motivazione, e, al riguardo, aveva eccepito il contrasto di tali provvedimenti con l'art. 3 della l. n. 241/1990³⁴.

Sullo specifico punto, la pronuncia offre spunti di sicuro interesse.

Se, infatti, è vero che il Consiglio di Stato giunge a escludere la fondatezza del vizio in questione sulla scorta del rilievo per cui «Nei decreti impugnati vi è peraltro un espresso rinvio ai verbali delle sedute del Comitato tecnico-scientifico», è, però, altrettanto vero che il Collegio, prima di addurre il riferito argomento della motivazione *per relationem* per mezzo del rinvio ai verbali n. 122 e 123 del 2020 del Comitato³⁵, oppone alle allegazioni del ricorrente quello della natura dei d.P.C.M. emergenziali quali «atti generali»³⁶, o comunque, in

le restrizioni imposte dal Governo, aveva tenuto aperta la propria attività anche oltre l'orario di chiusura da essi stabilito, al fine di offrire la cena a novanta persone. Con il ricorso, è stato sostanzialmente eccepita l'illegittimità dei decreti impugnati, in quanto ritenuti in contrasto con la Costituzione, nella misura in cui con essi si è inciso, mediante l'adozione di meri atti amministrativi, sull'esercizio dei diritti fondamentali al lavoro e sull'iniziativa economica privata, nonché per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., che limitano la delega di attività legislativa, non ritenendosi a tal fine sufficienti i vari decreti-legge che si sono susseguiti nel tempo in materia. Veniva, inoltre, eccepito il vizio di difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati, spiegate specifiche censure nei confronti del provvedimento del Questore di concreta irrogazione della sanzione, e richiesto il risarcimento del danno patrimoniale in misura pari alla perdita del fatturato giornaliero per ogni giorno di chiusura.

³⁴ Si tratta, come noto, della disposizione che sancisce l'obbligo generalizzato di motivazione per i provvedimenti amministrativi.

In generale, può ricordarsi come quello dell'inadeguatezza della motivazione dei decreti emergenziali rappresenti un elemento ricorrente, che già la dottrina ha provveduto a mettere in luce: cfr., in questo senso, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, in part. 153.

³⁵ Si tratta di un argomento la cui potenziale efficacia è, peraltro, "sopravvenuta" nel tempo rispetto alla fase iniziale di gestione dell'emergenza. Come si è già avuto modo di sottolineare (cfr., *supra*, *sub* nota n. 10), infatti, in un primo momento era stato instaurato un regime di inaccessibilità rispetto ai pareri del Comitato tecnico-scientifico, successivamente venuto meno, anche grazie a talune controversie instaurate dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso civico generalizzato.

Si è pure già accennato nel testo che la tecnica utilizzata per la redazione dei d.P.C.M. è proprio quella della motivazione a mezzo di rinvio ad altri atti amministrativi e/o ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

È noto, però, che affinché tale tecnica di redazione degli atti amministrativi possa essere considerata legittima, tutti gli atti richiamati in motivazione devono essere disponibili a tutti: è in quest'ottica, quindi, che, laddove non si fosse garantita la pubblicità dei verbali dei tecnici, non sarebbe stato possibile parlare di motivazione *per relationem* dei decreti governativi.

³⁶ Per una ricognizione delle caratteristiche proprie di questi atti, sia di quelli a contenuto normativo che non, sia consentito rinviare, senza pretesa di esaustività, a A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro. it.*, 1954, 10, 218 ss., nonché in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, 449 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1076 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss.

subordine, di «alta amministrazione»³⁷, per tal via escludendone (nel primo caso) o comunque mitigandone (nel secondo) l'assoggettamento alla regola generale sancita all'art. 3 della l. n. 241/1990.

Tale scelta non appare priva di significato.

Una possibile e plausibile lettura di essa, infatti, è nel senso che se i giudici di Palazzo Spada fossero stati davvero convinti dell'idoneità dei citati pareri del Comitato a fondare sotto il profilo motivazionale le misure di cui ai d.P.C.M. impugnati, avrebbero allora probabilmente addotto dapprima tale argomento, e solamente poi, *ad abundantiam*, avrebbero aggiunto anche quello relativo alla natura giuridica dei decreti presidenziali.

Anche perché, tra le altre cose, su tale ultima specifica (e ormai annosa) questione, l'avviso espresso sul punto si pone in evidente contrasto con l'indirizzo affermato da altre precedenti pronunce rese dallo stesso giudice

³⁷ Nel caso di tale categoria di atti, il rispetto dell'onere motivazionale è normalmente stemperato. Invero, la natura ampiamente discrezionale che caratterizza la categoria degli atti di c.d. "alta amministrazione" fa sì che il sindacato del giudice amministrativo debba limitarsi al rispetto delle regole procedurali che presiedono alla loro formazione e alla sussistenza di una adeguata motivazione che dia conto delle ragioni e dei presupposti assunti a giustificazione dell'atto, senza alcuna possibilità di entrare nel merito della scelta operata dalla Amministrazione. In dottrina, cfr. al riguardo M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa: riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, 2009; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1/2009, 101 ss.; C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 1 ss.; F. CUOCOLO, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 1 ss.; G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato.*, 12/2003, 3688 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, 516 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di Governo multilivello*, Napoli, 2009; L. FASCIO, *L'attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane*, Torino, 2014, 1 ss.

amministrativo³⁸, dal giudice costituzionale³⁹, e con la maggioranza degli orientamenti emersi in dottrina⁴⁰.

³⁸ Il riferimento è, ad esempio, alla sentenza del T.A.R. Lazio, n. 8615/2020 – rilevante anche in relazione al differente profilo dell’accessibilità dei verbali del Comitato tecnico-scientifico di cui si è trattato *supra*, *sub* nota n. 10 – con la quale il giudice amministrativo, dopo aver evidenziato che «a tali DDPCM, ... non (può) innanzitutto attribuirsi la qualificazione di atti normativi, ..., in quanto privi del requisito dell’astrattezza e della capacità di innovare l’ordinamento giuridico», ha pure chiarito che «Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali - con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari», finendo per qualificarli come atti “atipici” di necessità e urgenza.

³⁹ In materia occorre, anzitutto, ricordare l’orientamento espresso dal Giudice delle leggi già in tempi risalenti, con la sentenza 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, I, 602 ss., secondo cui nell’ambito dell’impianto costituzionale repubblicano, i provvedimenti adottati dall’autorità amministrativa non possono essere equiparati agli atti legislativi neanche quando siano eccezionalmente autorizzati a provvedere in deroga alla legge. Occorre, tuttavia, dar conto di come della specifica questione della natura giuridica dei d.P.C.M. emergenziali, la Corte si sia recentemente espressa con la già menzionata sentenza n. 198/2021, definendoli “atti amministrativi necessitati a contenuto tipizzato”. Sulle motivazioni sottese a tale peculiare qualificazione giuridica cfr. M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *federalismi.it*, 27/2021, in part. 83/84.

⁴⁰ La questione legata alla individuazione della natura giuridica dei d.P.C.M. è annosa e dipende in parte anche dalla loro mancata regolamentazione, come ricorda C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Il Mulino, 1992, 155.

Come riferisce, infatti, nel proprio recentissimo contributo M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 187, e venire in evidenza sono atti dalla «natura multiforme e per ampi aspetti indeterminata» (ragion per la quale, secondo l’Autore, non deve stupire che alla disamina della relativa qualificazione giuridica la Corte costituzionale abbia dedicato ampio spazio nella citata sentenza n. 198/2021).

Ad ogni modo, già prima dello scoppio della pandemia da Covid-19, la dottrina si era profusa nello sforzo di rinvenire una risposta al quesito di cui si discorre, con esiti, tuttavia, incerti. Invero, sulla dubbia classificazione dei d.P.C.M., si vedano F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell’attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, 2018, 34 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *federalismi.it*, 3/2017; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016; S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998.

Dall’esito degli studi posti in essere in materia, si comprende, dunque, come non sia agevole giungere a una classificazione generalizzata della figura del d.P.C.M.: già nella casistica pre-pandemica, infatti, è possibile ravvisare casi di decreti aventi natura di atti amministrativi, a fianco di altri in cui è evidente la natura regolamentare, senza contare quelli aventi atti a contenuto normativo, ma non regolamentare.

La questione deve allora essere focalizzata sui decreti specificamente adottati per far fronte al deflagrare dell’emergenza Covid-19.

Proprio in relazione a essi, occorre ricordare come siano state elaborate varie teorie in dottrina, di cui una ricognizione è offerta da M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 186/187.

A integrazione della stessa, può dirsi che gli orientamenti complessivamente emersi sembrano essere i seguenti:

- *d.P.C.M. come “atti di rango secondario”*: cfr. A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit.

- *d.P.C.M. come “atti amministrativi”*: in questo senso, si vedano I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 138; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., 16; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 149.

Il punto è, comunque, di sicuro interesse, atteso che, nei fatti, l'ordine degli argomenti è stato invertito dal Consiglio di Stato rispetto alla ricostruzione più sopra proposta, allorché si è messa in dubbio l'idoneità della tecnica del "rinvio" ai verbali del Comitato a fornire il supporto motivazionale delle decisioni governative del periodo emergenziale⁴¹.

6. Considerazioni conclusive

Quanto si è cercato sin qui di evidenziare, anche mediante il richiamo, sul profilo d'interesse, alla citata pronuncia n. 850/2021, assume peculiare rilievo in ordine alla questione cui si accennava in apertura: quella della compatibilità costituzionale delle limitazioni introdotte rispetto alla libertà di iniziativa economica privata.

Per poter (almeno tentare di) dare a essa una risposta, è necessario considerare e scrutinare le singole misure restrittive introdotte dal Governo con

- *d.P.C.M. come "atti amministrativi generali"*: cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, ..., cit.*, 153; A. SAITTA, *Il codice di protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., 846.

- *d.P.C.M. come "ordinanze"*: di tale avviso si mostra M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., il quale sottopone ad articolata critica l'impostazione prescelta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198/2021, escludendo che i decreti in questione possano davvero essere qualificati quali "atti amministrativi necessitati", sia sulla scorta di un argomento letterale che di argomenti di merito, mostrandosi più propenso a ricondurli, per l'appunto, «al *genus* delle ordinanze» (cfr., in tal senso, ID., *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 5, nonché ID., *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 401ss.), nonché E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., 75, e U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 1/2020.

- *d.P.C.M. come "atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi"*: cfr. M. DE NES, *Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 316.

- *d.P.C.M. come "atti normativi non regolamentari"*: v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit.

- *d.P.C.M. come "atti normativi regolamentari"*: cfr. G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020, e ID., *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 574; A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020, 7.

- *ulteriori prese di posizione*: la ricognizione può essere completata mediante riferimento anche al pensiero di M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 197/198, il quale, rilevata l'assenza di una compiuta regolamentazione, ne propone due possibili classificazioni: la prima consiste nel considerarli alla stregua dei "decreti ministeriali semplici", l'altra invece nel riconoscere loro un peculiare *status* in ragione del ruolo del Presidente del Consiglio e delle funzioni di coordinamento e indirizzo unitario che gli vengono direttamente riconosciute dall'art. 95 Cost., riguardandoli, dunque, alla stregua di un *tertium genus* nell'ambito delle fonti normative del governo.

⁴¹ Per tale ragione, si è, dunque, di avviso opposto rispetto al pensiero di M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM*, cit., in part. 9, che, commentandola, ha evidenziato la marginalità, nella pronuncia di cui si discorre, dello scrutinio inerente al vizio di motivazione sollevato da ricorrente.

peculiare riguardo a quei limiti e a quelle garanzie della libertà in parola che sono esplicitamente e implicitamente previste dall'art. 41, e di cui si è dato conto in precedenza.

Da questo punto di vista, anzitutto, nessuna questione pare poter essere posta in ordine al rispetto dei limiti negativi di cui al c. 2 della citata disposizione costituzionale, in quanto non v'è dubbio che, in un ragionevole bilanciamento tra valori e libertà costituzionali, tanto i decreti-legge, quanto i d.P.C.M. adottati dal Governo, abbiano trovato sicura copertura nell'art. 41 Cost., perché finalizzati alla tutela dell'incolumità pubblica dei cittadini⁴² e del diritto alla «salute collettiva»⁴³.

Ben più complesso è il discorso da farsi, invece, a proposito dell'osservanza della riserva di legge implicita di cui – si è detto – la giurisprudenza costituzionale ha ravvisato l'esistenza proprio a garanzia delle limitazioni di cui al c. 2 dell'art. 41.

In argomento, infatti, sono ravvisabili argomenti e considerazioni differenti che sembrano poter orientare la questione verso esiti diametralmente opposti.

Al riguardo, l'unico aspetto in ordine al quale può ravvisarsi l'unanimità dei consensi è rappresentato dalla violazione che della citata riserva di legge è stata perpetrata da tutti i decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri in attuazione del decreto-legge n. 6/2020⁴⁴.

Si fa riferimento al primissimo decreto-legge adottato dal Governo nel periodo emergenziale, le cui criticità devono essere appuntate nell'intervenuta adozione di una disciplina «allargata»⁴⁵: il decreto, infatti, con una sorta di «delega in bianco»⁴⁶, per evitare il diffondersi del virus, abilitava le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, c. 1⁴⁷), recando,

⁴² Il concetto di incolumità pubblica, infatti, come visto, rientra in quello di «sicurezza» di cui parla la disposizione costituzionale.

⁴³ Si è evidenziato, invero, come il diritto alla salute integra un valore costituzionalmente tutelato (dall'art. 32 Cost.), afferendo, per tal via, al concetto di «utilità sociale», oltre a essere stato più recentemente costituzionalizzato quale limite espresso all'art. 41.

⁴⁴ In particolare, in attuazione del citato decreto-legge n. 6/2020 sono stati adottati i d.P.C.M. del 23 febbraio 2020, 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020.

⁴⁵ Al riguardo, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., in part. 69/70, parla di disciplina «a fattispecie aperta».

⁴⁶ L'espressione è di V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile*, cit., in part. 10/11. Similmente, parlano di «norma in bianco» e di «delega in bianco», I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 136 e A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia*, cit., 23.

⁴⁷ Nello specifico, la norma, prevedeva simile potere al fine di «evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». Al riguardo, I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 136, parla di «disposizione perplessa». Perplessità che, peraltro,

peraltro, una indicazione meramente esemplificativa delle misure in concreto adottabili (art. 1, c. 2).

Esso, oggetto di ampia critica in dottrina proprio per la labilità dei contorni entro i quali erano stati delineati i poteri del Presidente del Consiglio e delle fattispecie cui sottoporre i relativi provvedimenti, nonché di quelli delle altre autorità abilitate a intervenire⁴⁸, precisamente in relazione a tali aspetti è stato censurato, ancorché implicitamente, anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale⁴⁹ e amministrativa⁵⁰.

Può, quindi, affermarsi che nella fase primigenia della gestione dell'emergenza, le limitazioni introdotte rispetto alla libertà sancita dall'art. 41 Cost. si siano certamente poste in contrasto con la relativa riserva di legge implicita contenuta al c. 2⁵¹.

umentano se si ha riguardo all'art. 2, il quale ha pure previsto la residuale possibilità di attuare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia, anche al di fuori dei casi specificamente indicati all'art. 1, c. 1.

⁴⁸ Come rammenta G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica*, cit., Milano, 2021, 79, a fronte dell'eccessivo e indeterminato potere riconosciuto al Governo dal decreto-legge in questione, in spregio alle garanzie sottese al principio di legalità, molte sono state le critiche mosse. Sul punto, si può rinviare, tra i tanti, ad A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 571, G. SILVESTRI, *Covid-19*, cit., 5; U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021, 30; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, 1/2020; V.M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 44 ss.; L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in *tempo di emergenza nazionale*, cit., 13.

⁴⁹ Di tale avviso si mostra M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., 83, ancora con riferimento alla sentenza n. 198/2021. Nello stesso senso, cfr. anche M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: ...*, cit., 185, secondo cui «La Corte compara le misure contenute nel d.l. n. 19 del 2020 con quelle disciplinate dal suo predecessore, di cui censura dunque, implicitamente, l'assenza di tipizzazione e delle necessarie garanzie».

⁵⁰ Anche in questo caso ci si riferisce a una pronuncia già citata, ossia il parere n. 850 del 2021 del Consiglio di Stato. Invero, al §6.5. della parte in diritto, si afferma sì che il Governo ha correttamente impostato la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia sullo schema della decretazione d'urgenza attributiva all'Esecutivo di un potere di livello secondario e di provvedimento generale modellato sull'esempio delle ordinanze emergenziali di protezione civile, ma lo ha fatto solo a partire dal successivo decreto-legge n. 19/2020, ossia «Fatta eccezione per il primo dei decreti-legge, che ha iniziato la sequenza sviluppatasi a partire dal mese di marzo del 2020 (ossia il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, la cui struttura logico-giuridica appare diversa rispetto ai successivi interventi normativi)».

⁵¹ Come ricorda M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 72, trattando proprio del decreto-legge n. 6/2020, con specifico riferimento alla libertà di iniziativa economica privata, l'«indeterminatezza della disciplina legislativa ha finito per tradursi nell'assoluta assenza di qualunque criterio orientativo, per il titolare del potere, ai fini della selezione delle attività commerciali e produttive da sospendere o da consentire (con le opportune limitazioni), ossia per l'esercizio in concreto di quello che, in molti casi, sarebbe risultato un vero e proprio *ius vitae ac necis* per la singola attività economica».

Un discorso ampiamente differente va, invece, operato in relazione a tutti gli altri atti di origine governativa successivi al citato decreto-legge n. 6/2020 (le cui criticità sono state corrette da quello adottato immediatamente dopo, ossia il n. 19/2020⁵²).

Rispetto a essi, le valutazioni non sono agevoli.

Se, da un lato, infatti – come è stato efficacemente rilevato – anche in relazione al quadro introdotto dal citato decreto-legge n. 19/2020, «sarebbe facile, ma probabilmente troppo semplicistico, considerare insufficientemente “delimitato” il potere governativo e, per ciò solo, violata la garanzia costituzionale della riserva relativa di legge» implicita di cui all’art. 41, c. 2⁵³, dall’altro, a volerne comunque ammettere l’idoneità a fondare il rispetto della citata riserva, sembrerebbe, però, potersi dire che in situazioni come quella che ha caratterizzato l’emergenza Covid-19, in cui «la disciplina “delegante” di rango primario non [ha potuto] fare a meno di assumere contenuti in qualche modo più “generici” di quanto solitamente si richiederebbe, rimettendosi necessariamente a opzioni “valutative” del potere normativo secondario “delegato”, deve ritenersi che la riserva relativa di legge implichi di per sé, come una sorta di “contrappeso”, un onere motivazionale più rigoroso in capo al Governo ai fini della dimostrazione – nell’*an* e nel *quomodo* – della riconducibilità degli atti di esercizio di quel potere all’interno del perimetro disegnato dal legislatore primario»⁵⁴.

⁵² Con esso, infatti, è stata effettuata una più puntuale indicazione dei limiti del potere emergenziale attribuito ai d.P.C.M., con l’indicazione anche di un’elencazione tassativa della tipologia di misure limitative dei diritti e libertà fondamentali in concreto adottabili. Sul punto, invero, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., 71, rammenta come con tale provvedimento sia intervenuti a «corregge(re) la criticata generalità della fattispecie aperta» di cui al precedente decreto n. 6/2020. Nello stesso senso si esprime A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia*, cit., in part. 23 ss. In generale, sulle sostanziali differenze tra il quadro delineato dal decreto-legge n. 6/2020 e quello discendente dal successivo decreto-legge n. 19/2020 cfr. M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., 178/181, in part. 180/181.

Deve comunque evidenziarsi come, in ogni caso, neppure il sistema delineato dal decreto-legge n. 19/2021 sia andato esente da critiche: in tal senso, cfr. M. BELETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19*, cit., in part. 187 ss. e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 575 ss.

⁵³ In particolare, criticità rispetto alla tenuta delle riserve di legge previste in Costituzione per effetto della normativa emergenziale sono state espresse da S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica*, in *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 51 ss., in part. 58.

In materia, si veda anche A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell’emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 45, ove si evidenzia che la forma scelta per la gestione della situazione emergenziale da Covid-19 ha finito con l’influenzare la sostanza, pregiudicando «lo spirito costituzionale della riserva di legge, quale garanzia del confronto pluralistico in Parlamento».

⁵⁴ Questo il pensiero di M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 73.

È stato, cioè, condivisibilmente sostenuto che, pur a voler ritenere astrattamente legittima la delimitazione dei poteri emergenziali attribuiti al Presidente del Consiglio di cui al decreto-legge n. 19/2020, in ogni caso, data la specifica peculiarità del contesto emergenziale, ai fini dell'osservanza della riserva di legge implicita *ex art.* 41 Cost., si imponeva a carico del Governo un onere motivazionale rafforzato.

Ciò, è chiaro, nell'evidente tentativo di recuperare "a valle" (nei d.P.C.M.), una garanzia (quella della motivazione) che era mancata "a monte" (nei decreti-legge).

In ordine alle proprie scelte e, quindi, alle limitazioni introdotte, doveva, dunque, ritenersi sussistente a carico del Governo un obbligo rafforzato di motivazione, da esplicitare nell'ambito dei provvedimenti attuativi in concreto adottati, e il cui assolvimento si imponeva indipendentemente dalla qualificazione giuridica che ai d.P.C.M. emergenziali si intenda attribuire.

A deporre in tal senso, del resto, è la fondamentale funzione rivestita dall'obbligo di motivazione, in quanto volto a garantire il controllo sociale sulla non arbitrarietà dell'operato dei pubblici poteri⁵⁵.

Controllo che appare tanto più di rilievo in un contesto come quello di cui si discute.

È, infatti, proprio a motivo della peculiarità del quadro normativo dovuto alla eccezionalità della situazione emergenziale – in cui, come detto, la disciplina di cui ai decreti-legge ha assunto contenuti estremamente più "generici" di quella recata dai d.P.C.M. – che il profilo inerente alla natura giuridica dei decreti presidenziali (indipendentemente, cioè, da come li si intende qualificare) non può escludere che, nella valutazione della loro costituzionalità, occorra indagarne il fondamento motivazionale sostanziale.

Ecco il punto: è proprio rispetto a esso e nell'ottica di tale specifica verifica che, a chi scrive, sembra evidente il rilievo da doversi attribuire ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

La domanda che ci si deve, infatti, porre in relazione ai provvedimenti limitativi (nel nostro caso) della libertà di iniziativa economica è la seguente: il descritto onere motivazionale rafforzato è stato davvero osservato dal Governo?

Fornire una risposta certa all'interrogativo posto è compito arduo.

Certo, guardando al caso specifico precedentemente richiamato, ossia quello del d.P.C.M. 3.11.2020, per quanto già evidenziato, potrebbe dirsi che, in effetti, ricercare la base motivazionale delle limitazioni introdotte nei verbali

⁵⁵ In tal senso, cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 564. Più in generale, può sottolinearsi la polifunzionalità della motivazione, la quale assolve non solo a una funzione di garanzia del privato nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione, ma al tempo stesso integra anche un fondamentale strumento per l'interpretazione e il controllo sull'esercizio del potere amministrativo, nonché per l'accertamento giudiziale dell'atto conseguente.

nn. 122 e 123 del 2020 del Comitato tecnico-scientifico non sia poi così agevole, e ciò, nonostante quanto sul punto affermato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 850/2021 (alla luce delle riserve e perplessità che, come si è cercato di mettere in evidenza la pronuncia citata suscita sul punto).

Al di là di esso, e potendo ripetere l'analisi anche con riferimento a tutti gli altri decreti presidenziali, si è dell'avviso per cui simile indagine vada realizzata, per l'appunto, "in concreto", ossia caso per caso.

Occorre, cioè, analizzare i singoli d.P.C.M. in combinato con i relativi verbali del Comitato tecnico-scientifico, la cui rilevanza, quindi, sta (anche) nel fatto che, per il tramite dell'esame del loro contenuto, appare possibile fornire una risposta alle questioni poste circa la conformità all'art. 41 Cost. delle limitazioni introdotte in materia di iniziativa economica privata⁵⁶.

La considerazione contestuale dei due atti si rende necessaria in quanto, si è detto, i decreti emergenziali hanno un contenuto esclusivamente prescrittivo e non recano l'illustrazione delle ragioni sottese alle misure introdotte.

Pertanto, solo l'esame dei verbali del Comitato tecnico-scientifico di volta in volta resi consente di valutare il rispetto, da parte delle suddette limitazioni, della riserva di legge implicita di cui all'art. 41, c. 2, Cost.

È solo per tal via che, può, quindi, verificarsi se le misure introdotte dall'Esecutivo in materia possano definirsi costituzionalmente legittime, o meno.

Le modalità tecniche di redazione e pubblicazione dei verbali di certo non agevolano il compito in questione⁵⁷: pur tuttavia, essi vanno considerati e analizzati perché rappresentano il fondamentale parametro cui riferirsi per la valutazione in parola.

Il tutto, ovviamente, sempre che si ritenga di aderire alla impostazione, potremmo dire "formalistica", più sopra ricordata, quella, cioè, che fa dipendere il rispetto delle riserve di legge previste in Costituzione dall'assolvimento, da parte del Governo, dell'onere di fornire una più rigorosa illustrazione delle ragioni sottese alle misure da adottare.

⁵⁶ Profilo questo che si aggiunge a tutto quanto già evidenziato in dottrina in relazione all'apporto della tecnica alle decisioni politiche (cfr., al riguardo, la nota n. 9)

⁵⁷ Sul punto già *supra*, *sub* nota n. 10, si è dato conto della iniziale inaccessibilità e della odierna difficoltà di consultazione dei verbali del Comitato tecnico-scientifico, a causa della relativa pubblicazione sotto forma di scansione degli originali documenti cartacei, e connessa impossibilità di esaminarli mediante l'opzione della ricerca testuale.

Si aggiunga ora che, attualmente, i verbali in questione sono resi pubblici nella forma semplici resoconti di carattere stenografico delle sedute dell'organo. Come tali, non contengono una fedele ricostruzione delle differenti posizioni emerse in seno allo stesso e/o delle relative discussioni tra i componenti: si tratta, quindi, di atti "neutri" da questo punto di vista, i quali, anche sotto tale profilo, non agevolano in alcun modo il compito di quanti intendano analizzarli.

Laddove, per contro, dovesse optarsi per una lettura più “sostanzialistica” delle vicende normative che hanno caratterizzato la gestione della pandemia, parrebbe allora doversi concordare con chi, pur ritenendo confliggente con l'impianto costituzionale i decreti presidenziali dell'emergenza proprio a causa «dell'insufficiente garanzia delle riserve di legge poste a tutela dei diritti fondamentali», facendo comunque perno sull'intervenuta approvazione parlamentare del meccanismo di produzione normativa costruito dal Governo, è dell'avviso che «se lo stesso Parlamento non si è “lamentato” di tali violazioni diventa più difficile sostenere - in una lettura sostanzialistica - la radicale incostituzionalità dei DPCM»⁵⁸.

⁵⁸ Questo è il pensiero di A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit., il quale, richiamato il ruolo del Parlamento di organo posto a garanzia delle riserve di legge, quale espressione della volontà pluralistica e democratica, osserva che se «proprio il Parlamento, che è stato l'organo più vulnerato dai DPCM, non ha in alcun modo sanzionato il Governo per il ricorso sistematico a tali atti e, anzi, ha puntualmente e regolarmente convertito i DL che hanno scelto di demandare a DPCM le misure sostanzialmente limitative», devono allora essere superate le riserve di chi, come l'Autore, dubita della conformità a Costituzione del modello dei decreti emergenziali del Presidente del Consiglio.