

NEL VENTESIMO ANNO DEL TERZO MILLENNIO

Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto
al cospetto della pandemia da Covid-19

A cura di

SANDRO STAIANO

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Questo volume è stato realizzato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Napoli Federico II

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-824-4

INDICE

PARTE I

CONTESTO COSTITUZIONALE E MODI DI PRODUZIONE DEL DIRITTO

SANDRO STAIANO <i>Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia</i>	11
UMBERTO RONGA <i>Il Governo nell'emergenza "permanente": le modalità della produzione normativa</i>	45
FULVIO PASTORE <i>Dinamiche dei rapporti tra Governo, maggioranza e minoranze parlamentari</i>	93
GENNARO FERRAIUOLO <i>Nazionalismo banale e livelli di governo dell'emergenza</i>	113
ALESSIA FARANO, VALERIA MARZOCCO <i>Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale</i>	149
CARLA ACOCELLA <i>La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza</i>	185
ANDREA ABBAMONTE <i>I contratti di fornitura nel sistema amministrativo di fronte alla pandemia</i>	265
ALFONSO VUOLO <i>Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia</i>	305
MICHELA TROISI <i>Il processo innanzi alla Corte costituzionale di fronte alla emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche</i>	321

PARTE II
AL COSPETTO DELL'UNIONE EUROPEA

AMEDEO ARENA	
<i>Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico</i>	357
TERESA CIMMINO	
<i>Pratiche commerciali sleali. La recente prassi della Commissione europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a tutela del consumatore</i>	375
CLAUDIA MASSA	
<i>Aiuti di Stato nella pandemia. Il regime temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri</i>	393
FLAVIA ROLANDO	
<i>La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea in risposta all'emergenza</i>	417
CHIARA FIORILLO	
<i>La protezione dei dati personali nel diritto UE di fronte all'emergenza</i>	435
ADRIANO MAFFEO	
<i>Gli effetti della pandemia sul contenzioso dell'Unione europea</i>	453
CRISTINA D'AMBROSIO	
<i>Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza pandemica</i>	475

PARTE III
NEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

GIOVANNI ZARRA	
<i>La CEDU e le misure restrittive per fronteggiare l'emergenza in Italia</i>	495
DONATO GRECO	
<i>L'organizzazione mondiale della sanità davanti alla pandemia</i>	517

INDICE	7
--------	---

GIULIANA LAMPO <i>L'impatto delle misure di contenimento della pandemia sui diritti degli investitori stranieri: riflessioni in tema di responsabilità statale</i>	549
---	-----

DONATO GRECO <i>Restrizioni delle esportazioni nell'emergenza sanitaria: una prospettiva di diritto del commercio internazionale</i>	579
---	-----

ALESSANDRO STIANO <i>Emergenza e sorveglianza di massa: modelli orientali ed europei di garanzia della privacy</i>	595
---	-----

PARTE IV
RAPPORTI ECONOMICI

GIANFRANCO VIESTI <i>Che Italia sarà? I possibili impatti settoriali, occupazionali e territoriali dell'emergenza Covid e gli interventi di politica economica</i>	623
---	-----

ADRIANO GIANNOLA <i>Il Sud in bilico. La fine del blocco e le (non incoraggianti) prospettive</i>	641
--	-----

PIETRO SELICATO <i>Normativa emergenziale e fisco. Premesse per una disciplina del sistema delle agevolazioni fiscali territoriali</i>	659
---	-----

ADELE CALDARELLI, RAFFAELLA CASCIELLO, FIORENZA MEUCCI, ROSANNA SPANÒ <i>Riflessioni in tema di accountability e gestione del rischio nel Servizio Sanitario Nazionale di fronte all'emergenza</i>	677
---	-----

PARTE V
RAPPORTI POLITICI E POLITICHE

FORTUNATO MUSELLA <i>I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti</i>	701
---	-----

VALENTINA REDA <i>Big Data ed emergenza: politiche pubbliche della sanità e dell'istruzione nella platform society</i>	723
---	-----

PARTE VI

LA SCIENZA E LA COMUNICAZIONE DEI SUOI RISULTATI

FRANCESCO GUARINO, ANGELA CICATELLI, IVANO SPINIELLO, GIOVANNI IMPROTA, MARIA TRIASSI, STEFANO CASTIGLIONE <i>Aspetti ambientali della pandemia: le nuove frontiere della ricerca</i>	745
MARCO ESPOSITO <i>I numeri del Covid 19. Le falle nella comunicazione ufficiale in Italia nella prima fase dell'emergenza</i>	759

PARTE I

CONTESTO COSTITUZIONALE
E MODI DI PRODUZIONE DEL DIRITTO

NÉ MODELLO NÉ SISTEMA.
LA PRODUZIONE DEL DIRITTO
AL COSPETTO DELLA PANDEMIA

SANDRO STAIANO*

SOMMARIO: 1. Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione. – 2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto. – 3. Profili di disallineamento dalla Costituzione. – 4. Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema. – 4.1. Inefficienza del sistema amministrativo. – 4.2. Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale. – 4.3. Inefficienza della forma di governo. – 5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria.

1. Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione

Non è inutile rilevare le sfocature e le distorsioni nello sguardo rivolto agli effetti nel sistema costituzionale prodotti dalle norme e misure messe in campo contro la pandemia. Non è inutile, sia per un motivo generale: chi sbaglia l'analisi non può che contribuire all'errore del decisore politico, malamente esercitando la sua funzione critica; sia per un motivo specifico: essendo in gioco libertà fondamentali, dare avallo all'idea di una mutazione sistemica non contrastabile, a esito della quale quelle libertà non potranno non risultare stabilmente ristrette in modo severo, vuol dire portare sul terreno più difficile la permanente lotta per la Costituzione.

Può rimanere perciò fermo che in Italia non v'è alcuno stato di guerra, non dichiarato nelle forme dell'art. 78 e tuttavia venuto in essere in via di fatto, per fronteggiare lo «stato di eccezione», e può rimanere fermo che, non essendovi tale stato di guerra, il Governo non è dotato, sempre in via di fatto, dei «poteri necessari». La parola guerra, nell'uso metaforico che ne viene diffusamente compiuto innanzi agli avvenimenti presenti, ha una indiscutibile utilità come fattore di coesione identitaria, di riconoscimento di ciascuno in una comunità chiamata a fronteggiare un pericolo esterno mettendo in campo ogni risorsa, e nella pro-

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

spettiva di dover subire poi privazioni che solo la conservazione di quella coesione identitaria potrà consentire di superare. È utile, quella parola, a far percepire la condizione dei medici e degli infermieri negli ospedali, quando mettono a rischio la propria incolumità innanzi al “nemico”. È utile, ancora, la locuzione “economia di guerra”, a significare l’eccezionalità delle misure da adottare, che corrispondono nella loro impostazione e nei loro contenuti a quelle proprie dello stato di guerra in senso proprio e alla situazione che a questo consegue dopo la cessazione. Ma i giuristi, i costituzionalisti no, non possono usare quella parola se non nel senso specifico del proprio apparato concettuale. Se si abbandonano all’impiego metaforico generale, scivolano in un’ambiguità irrisolta che li porta a esiti pericolosi, per essere senza fondamento. E rinunciano a sorvegliare gli scostamenti dalle norme costituzionali, che invece sono rimaste ben salde, e quindi sono idonee a fare da parametro, mentre ai giudici, alla Corte costituzionale soprattutto e in ultima istanza, spetta garantire una legalità costituzionale da preservare intatta.

Non v’è, infatti, alcuna «dittatura commissaria» di reminiscenza schmittiana¹, nessuna traslazione di poteri fuori del circuito della rappresentanza, che si sia compiuta e che si possa solo osservare inerti, sperando di vedere poi recedere la marea e ripristinare le condizioni originarie: se così fosse, quella speranza sarebbe vana, poiché nessuno potrebbe seriamente attendersi la rinuncia rapida e volontaria a un potere acquisito, tanto ampio e così libero da vincoli. È vero invece che, mentre il quadro costituzionale è molto chiaro, e lo «stato di eccezione» del tutto immaginario, il circuito della rappresentanza, per le sue disfunzioni “a regime” derivanti dai caratteri assunti dal sistema partitico, è sottoposto a una fortissima pressione. Ed è ai punti di pressione che occorre porre mente, perché in corrispondenza di essi vanno consolidate, per quanto possibile, le difese.

Nel quadro costituzionale, la norma di riferimento per la qualificazione giuridica dello stato presente è l’art. 77: si tratta di uno dei «casi straordinari di necessità e di urgenza» che consentono la deroga provvi-

¹ Com’è noto il concetto di «dittatura commissaria», sospensione difensiva della Costituzione, intesa cioè a ripristinarla e a tale solo fine instaurata, è in C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin 1921 (due le traduzioni italiane di riferimento: *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari 1975; *La dittatura*, a cura di A. Caracciolo, Roma 2006).

soria all'ordine delle competenze legislative, con la traslazione del potere verso il Governo. La Corte costituzionale si è incaricata di riportare (quando se ne sono create le condizioni politico-istituzionali) la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di uso improprio, nell'alveo della «straordinarietà», definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di «necessità» e «urgenza»: è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato². Strumento che ben può assolvere alla riserva di legge «rinforzata per contenuto»³ stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle «limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza». E non ci sono ragioni per ritenere che questo stesso strumento non si presti ad essere adoperato per corrispondere alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, c. 3, Cost. nella determinazione di «programmi e controlli», intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Queste esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei «fini sociali» ai quali guarda il disposto costituzionale.

Sul versante del rapporto con le Regioni – verso le quali si è compiuta negli anni un'assai cospicua dislocazione di poteri in materia sani-

² Circostanza che non può essere sottovalutata, riproponendo lo stilema analitico dell'«abuso», che si attagliava, giova ricordarlo, alla pratica delle iterazioni e delle reiteratezioni e alla mancanza di ogni verifica sul ricorrere dei presupposti di necessità e di urgenza. La traslazione «ordinaria» della potestà normativa verso l'Esecutivo ora segue altre vie. E la Corte costituzionale ha apprestato una consistente gamma di rimedi atti a contrastare quegli «abusi». Peraltro, innanzi agli eventi che sono in atto, l'impiego del decreto-legge corrisponde alle premesse costituzionali, al modello disegnato dall'art. 77 Cost., nella sua lettera, nella sua collocazione sistematica, nel rapporto con i caratteri impressi alla forma di governo, alla luce della giurisprudenza costituzionale. Tra le fattispecie di «abuso» resta in atto quella della questione di fiducia sul maxiemendamento alla legge di conversione. Questa, però, più che con la dislocazione del potere legislativo tra Parlamento e Governo, ha a che fare con la posizione del Governo in Parlamento e con i rapporti maggioranza-opposizione, in ordine alle garanzie apprestate per quest'ultima. Altra questione è quella dei contenuti che i decreti-legge in concreto deliberati hanno assunto, specie con riferimento alla produzione ulteriore: ma, su questo versante, non viene in discorso il modello disegnato dall'art. 77 Cost., essendo invece in campo altri profili di compatibilità costituzionale, specie con riferimento alla osservanza della riserva di legge come strumento a garanzia delle libertà fondamentali implicate.

³ Considerazioni sull'applicazione della categoria al cospetto della pandemia, nella considerazione della giurisprudenza costituzionale si ritrovano in S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *magistraturaindipendente*, 18 aprile 2020, par. 5.

taria – vale l'assorbente potestà dello Stato nel fronteggiare l'emergenza quando si tratti di adottare misure limitative di libertà fondamentali, quali quella di circolazione, potestà che può spingersi fino a consentire al Governo di sostituirsi agli organi della Regione quando incomba un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» (art. 120, c. 2, Cost.): né alcuno può dubitare che un tale pericolo effettivamente incomba.

Il modello costituzionale della «straordinarietà», dell'«urgenza» e della «necessità» è perciò limpidamente costruito dalla Costituzione, e non ha alcun punto di contatto con lo «stato di eccezione», in cui decide il «sovrano» pretermettendo del tutto ogni altro potere.

Si tratta di un contingente riassetto derogatorio dei poteri, che presenta molti vantaggi rispetto all'esito drammatico degli «stati di emergenza» che conducano alla dichiarazione dello «stato di eccezione».

Infatti, il potere è assoggettato a un moto centripeto verso lo Stato-soggetto e, nell'ambito di questo, verso il Governo, ma rimane sempre fermo il controllo del Parlamento, che può intervenire molto tempestivamente a modificare il punto di equilibrio tra tutela delle libertà ed efficacia delle misure straordinarie stabilito dal Governo con il decreto-legge. Tale garanzia procedimentale consente di compiere, nella sede della rappresentanza politica, un controllo di proporzionalità sulle misure governative, che può mostrarsi molto penetrante, e può essere rimesso al vaglio dei giudici comuni e della Corte costituzionale.

Questo assetto, fatto di equilibri nell'ambito della relazione fiduciaria, e di controlli, garantisce meglio che, cessata la situazione straordinaria, ogni potere rifluisca «naturalmente» entro il proprio argine.

Dunque, non versandosi in un caso di produzione autonoma del diritto da parte dello «stato di eccezione» come fonte, ed essendo ogni atto pienamente vincolato dal proprio parametro, nessun soggetto può aspirare all'auto-attribuzione del potere.

Questo stato delle cose carica di responsabilità i titolari delle funzioni di controllo, poiché non v'è ragione che queste si arrestino innanzi a una postulata inattuabile «straordinarietà» (intesa come stato di eccezione). E carica di responsabilità la scienza giuridica, la quale non può di certo contemplare inerte gli eventi, la loro presunta inesorabile fattualità, senza considerare gli scostamenti dai parametri per ciò che sono: violazioni della legalità costituzionale.

La mancata percezione di questo dato ha indotto – come è accaduto, nel dibattito sia politico sia accademico, tutte le volte in cui

l'ordinamento è stato sottoposto a tensione specie quanto al rendimento della forma di governo – a proporre revisioni costituzionali, nel senso del potenziamento dell'Esecutivo e del ridimensionamento dei poteri delle Regioni e in generale dei soggetti di autonomia, e dell'introduzione di norme costituzionali sullo «stato di emergenza», assumendo a riferimento il modello tedesco⁴, e mettendo in luce che clausole intese alla riallocazione dei poteri nelle situazioni emergenziali si riscontrano nella Costituzione francese⁵ e in quella spagnola⁶.

Ma l'esame della vicenda del contrasto alla pandemia, per come si è venuta svolgendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza e poi nella legislazione e nella produzione provvedimento ai diversi livelli di governo, dimostra che questo riproposto “revisionismo costituzionale” è una sorta di riflesso pavloviano, ricorrente quanto privo di costruito. E che, anzi, modifiche della Costituzione, mosse dalle suggestioni del momento, sarebbero di sicuro controindicate.

E sarebbe poco comprensibile mutuare dagli altri richiamati ordinamenti, in particolare da quello tedesco, le norme costituzionali sugli

⁴ Come è noto, per ragioni storiche specifiche, il costituente tedesco del 1949 scelse di disciplinare in modo assai articolato, nei presupposti e nelle sequenze procedimentali, i poteri intesi a fronteggiare stati latamente emergenziali di diverso tipo: stato di tensione (art. 80a), stato di emergenza legislativa (art. 81), stato di difesa (Tit. Xa). Per una recente puntuale descrizione di tali soluzioni, R. TARCHI, A. GATTI, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018.

⁵ In Francia, l'art. 16 della Costituzione del 1958 attribuisce al Presidente della Repubblica, quando «*les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*», il potere di prendere «*les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel*». Su questa disposizione e sulle posizioni critiche della dottrina francese in ordine a essa, cfr. CH. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, a cura di P. Passaglia, in *cortecostituzionale.it*, 10 maggio 2011. L'art. 36 della Costituzione francese, inoltre, prevede la proclamazione, per decreto del Consiglio dei ministri, dell'«*état de siège*», che non può protrarsi per oltre dodici giorni senza autorizzazione parlamentare.

⁶ La Costituzione spagnola – con l'art. 116, nel Capo dedicato alla forma di governo – articola la disciplina degli stati emergenziali in tre fattispecie: «allarme», «eccezione», «assedio», regolando in via diretta procedimento e durata, e demandando a una legge organica la restante disciplina e, in ispecie, «le competenze e le limitazioni corrispondenti».

stati di emergenza, quando queste, al cospetto della pandemia, non hanno trovato applicazione nei rispettivi contesti.

A parte il caso della Spagna, ove è stato dichiarato lo «stato di allarme», che, nel quadro dell'art. 116 della Costituzione colà vigente, ha la specifica connotazione di riferirsi a stati di emergenza derivanti da fattori naturali o a essi assimilabili, cioè «politicamente neutrali»⁷ (nulla di diverso, nella situazione in atto, da quanto previsto e consentito dall'art. 16 della Costituzione italiana), in Germania e in Francia si è agito al di fuori del campo di impiego delle norme sugli stati di eccezione.

In Germania, il fondamento maggiore degli interventi al cospetto della pandemia è nella legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive del 20 luglio 2000⁸, la quale, prevedendo limitazioni di libertà fondamentali, è destinata, in conformità all'art. 19 GG, a «valere in generale e non per il caso singolo» e menziona «il diritto fondamentale con l'indicazione dell'articolo» che lo sancisce, del quale comporta restrizione. Quando poi si è posto il problema di alcune insufficienze della legge in discorso, specie perché essa non è parsa del tutto idonea a garantire l'unitarietà dell'intervento a livello federale, ne è stata proposta una modifica per consentire al *Bundestag* di dichiarare l'emergenza epidemica nazionale. Tutto si svolge dunque entro il quadro della legislazione ordinaria, e attraverso atti amministrativi su questa fondati, di tipo regolamentare o provvedimentale, a livello dei *Länder* o a livello federale⁹.

In Francia, la Loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020, novellando il *Code de la santé publique*, ha attribuito al Consiglio dei ministri il potere di dichiarare per decreto, su proposta del Ministro competente in materia di salute, «l'*état d'urgence sanitaire*», informandone l'Assemblea nazionale e il Senato (art. 2). La stessa legge, derogando contestualmente all'art. 3131-13 novellato, ha anche dichiarato in via diretta lo stato di emergenza sanitaria (art. 4), che è stato poi prorogato con la Loi n.

⁷ P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2, 1981, 93 s.

⁸ *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)*, 20 Juli 2000 (BGBl. I S. 1045).

⁹ Per la vicenda tedesca, la puntuale descrizione di G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19.

2020-546 dell'11 maggio 2020. In questo quadro legislativo si è compiuta la produzione di *Décret* del Consiglio dei ministri e di *Arrêté* del Ministro della solidarietà e della salute. Anche qui: nulla al di fuori della legislazione ordinaria; nessuna applicazione delle clausole costituzionali eccezionali.

Non si vede, dunque, ragione per trasporre fuori dei loro ambiti nazionali, storicamente connotati, clausole siffatte, portandole nel contesto italiano cui sono a ragion veduta estranee, mentre tutte le disfunzioni messe in evidenza dalla pressione di fatti straordinari chiamano in causa la necessità di interventi di legislazione ordinaria di qualità adeguata in settori chiave dell'ordinamento, da tempo peraltro invocati, e segnalano le perduranti inadeguatezze del decisore politico.

2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto

Su queste premesse – e cioè postulando che quanto può avvenire è nei confini della deroga all'ordine delle competenze secondo le modalità e nei limiti stabiliti dalla Costituzione – l'osservazione giuridica degli eventi deve rivolgersi a considerare l'efficienza delle modalità messe in campo, che è fattore primario da apprezzare innanzi a emergenze quali quella in atto, e a valutarne l'allineamento costituzionale.

Un primo profilo che viene in discorso è relativo alla originaria sovrapposizione tra diverse modalità di produzione emergenziale del diritto, anzitutto una che si è manifestata nella dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020¹⁰, posta in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»; l'altra affidata ai decreti-legge che hanno dato fondamento ai Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri successivamente adottati.

La prima di tali modalità prevede una «valutazione speditiva» (cioè, fuori del lessico settoriale specifico, rapida e in qualche misura sommaria) da parte del Dipartimento della protezione civile in ordine al ricorrere delle condizioni per la dichiarazione dello «stato di emergenza di

¹⁰ Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020).

rilievo nazionale», che è conseguentemente deliberato dal Consiglio dei ministri stabilendone la durata e l'estensione territoriale e la qualità degli interventi. La delibera «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile» e stabilisce la prima dotazione finanziaria (art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 1), che può essere successivamente incrementata nelle stesse forme (art. 24, c. 2). Il Codice non determina né l'esatta imputazione soggettiva né compiutamente il procedimento formativo delle ordinanze di protezione civile, limitandosi a stabilire i modi di pubblicità (art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 4), e affidando la determinazione di «limiti e modalità» alla stessa Delibera dichiarativa dello stato di emergenza (art. 25, c. 1). In termini generali, sembra si possa solo dire che il soggetto o l'organo preposto all'esercizio del potere di ordinanza potrebbe essere posto in posizione di alterità, strutturale o funzionale, rispetto all'organo Governo, e alle Regioni o Province autonome, essendo prescritto che gli atti in discorso vengano trasmessi «per informazione» a tali soggetti di autonomia e «al Presidente del Consiglio dei ministri ... e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministro dell'economia e delle finanze» (art. 25, c. 4).

Ora, la richiamata Delibera 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza, ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (punto 2), scegliendo di non discostarsi dalla previsione generale dell'art. 5, c. 1, del Codice della protezione civile che dà facoltà al Presidente del Consiglio dei ministri di esercitare i poteri di ordinanza «tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile». E tali ordinanze sono state effettivamente prodotte.

Parallelamente il potere di ordinanza è stato attribuito col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto.

Ma il quadro del potere di ordinanza è assai più articolato.

Esso è stato esercitato dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Tale disposto, al secondo comma, prevede che il Commissario, nell'ambito dell'azione di collaborazione con le Regioni e di supporto a esse, «su richiesta» di queste, possa «adottare in via

d'urgenza ... i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»; siffatti provvedimenti, «di natura non normativa», possono essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «su cui il provvedimento incide». Le misure che essi contengono debbono essere «in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite».

La disposizione è redatta secondo una tecnica peculiare, poiché appare intesa a prendere posizione nel dibattito dottrinale sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza e ad allinearsi agli orientamenti della giurisprudenza. Così, le ordinanze vengono definite atti non normativi, aderendo a una posizione, invero controversa, tenuta in sede teorica; e vien dato riscontro a una lettura del rapporto tra ordinanza e fattispecie sulla quale essa interviene dovuta alla giurisprudenza costituzionale¹¹ e amministrativa¹².

Una tale pretesa di dare pregevolezza dommatica alle previsioni legislative, perseguendo per questa via un obiettivo di certezza, anche per mettere, per quanto possibile, al riparo gli atti dal contenzioso giudiziale, è destinata a rivelarsi illusoria. Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della derogasospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza-indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione e, frequentemente, gli enunciati sono volutamente fuorvianti, occultando sotto formulazioni generalizzanti il riferimento a casi identificati o, viceversa, presentando come determinati comandi destinati a un universo di soggetti e di casi tanto ampio da non essere definibile se non nell'applicazione.

Gli estensori del testo hanno forse avuto riguardo ad un'altra fase

¹¹ La Corte ha sempre affermato, già nella sua prima giurisprudenza, il necessario rapporto di strumentalità tra l'emergenza e le misure intese a fronteggiarla, richiamando all'osservanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza: cfr. Corte cost., sentt. 20 giugno-2 luglio 1956, n. 8; 23-27 maggio 1961, n. 26; 26 marzo-3 aprile 1987, n. 100; 22-28 maggio 1987, n. 201; 5-14 aprile 1995, n. 127.

¹² Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726; Cons. St., Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

del dibattito sull'impiego dello strumento dell'ordinanza (soprattutto nella regolazione delle procedure intese all'organizzazione di «grandi eventi» o nel fronteggiare ossimoriche emergenze “stabilizzate”, protrattesi per decenni), una lunga fase in cui se ne è denunciato l'«abuso», al punto da far ritenere il formarsi di un «sistema parallelo»¹³, o perfino «alternativo», all'«insieme di regole, competenze e assetto delle fonti costituzionalmente vigenti»¹⁴. Essi hanno perciò tentato di “codificare” la dottrina e la giurisprudenza meglio orientata a far valere i principi di sistema.

Per lungo tempo, invero, condizionare la componibilità delle ordinanze con il sistema costituzionale delle fonti alla carenza in esse del carattere della normatività – identificata con la innovatività e con la generalità e astrattezza – è parso valere a limitare eccessi, una volta rotto l'argine della verifica dei presupposti di «emergenza», e in presenza di una autorevole dottrina che si è orientata “pericolosamente” a fondare il riconoscimento negli atti in discorso, in quanto *extra ordinem*, della forza della legge¹⁵, o a ritenere possibile l'esercizio del potere di ordinanza in assenza di uno specifico fondamento legislativo¹⁶: il carattere derogatorio «per singoli casi»¹⁷ delle ordinanze ha potuto essere considerato una garanzia adeguata a impedire troppo profonde lacerazioni del sistema.

Insomma, in tempi di “normalità”, degli strumenti dell'emergenza è stato fatto un uso “quasi-ordinario”, che ha trovato la sua ragion d'essere nelle inadeguatezze delle amministrazioni pubbliche a far fronte a regimi a vicende troppo complesse o da portare a esito in tempi troppo brevi a raffronto con degli standard cui esse potevano realisticamente aspirare. E, innanzi a un fenomeno siffatto, si è trattato di impedire, per quanto possibile, che, in nome dell'emergenza, potesse essere eluso ogni controllo e potessero essere messe in opera condotte distorsive al riparo dagli apprezzamenti di ragionevolezza.

¹³ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir.pub.*, 2007, 377.

¹⁴ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2009, par. 4.

¹⁵ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, III ed., Torino 2017, 191 ss.

¹⁶ A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, 49 ss.

¹⁷ Secondo la ricostruzione della deroga data da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 221.

Per questo, il tentativo di “legiferare dottrinalmente” appare – oltre che, come si diceva, inane – soprattutto fuori tempo. Nessuno può dubitare, invero, che oggi il presupposto dell’emergenza ricorra. Si tratta semmai – ed è questo il punto critico che occorre considerare con cura – di assicurare la corrispondenza della produzione del diritto alle riserve di legge contemplate dalla Costituzione e al principio di legalità in senso sostanziale.

È stato poi definito il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo all’art. 32, c. 3, legge 23 dicembre 1978, n. 833, all’art. 50, c. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) e all’art. 117, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall’art. 3, c. 2, del d.l. n. 6 del 2020: a Presidenti e Sindaci è demandato intervenire «nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... nei casi di estrema necessità». Si deve ritenere, dunque, che, nell’ambito di un «caso straordinario di necessità e di urgenza», che ha condotto all’approvazione del decreto-legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio sia abilitato ad adottare, con ordinanza in forma di decreto, una urgente «misura di contenimento e gestione» (art. 1, c. 1, d.l. n. 6 del 2020), si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente: quell’apposizione «estrema» fa pensare a una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l’ordinanza proveniente dall’Esecutivo nazionale (la quale, per vero, in forza dell’art. 3, c. 1, dello stesso decreto-legge, benché atto monocratico, è assoggettata a incombenze procedimentali: la proposta del Ministro della salute, il parere di un novero più o meno esteso di ministri e dei Presidenti di singole Regioni o del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni; procedimento che può peraltro essere molto rapido).

Se alla locuzione «nelle more» si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l’avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest’ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell’ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco.

Si deve poi ritenere che, in forza dell’art. 2, d.l. n. 6 del 2020, il Presidente della Regione o il Sindaco – considerata la genericità del riferimento alle «autorità competenti» contenuto nel disposto – abbia potuto

emanare ordinanze recanti «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» anche «al di fuori dei casi elencati» dall'art. 1, c. 1 dello stesso decreto-legge.

Parallelamente è stato esercitato il potere di ordinanza del Ministro della salute, il cui fondamento primo è nell'art. 32 della legge n. 833 del 1978¹⁸. Sul presupposto della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 6 del 2020, il quale ha fatto «salvi gli effetti» degli atti prodotti in quella fase; e dopo, ancora sul fondamento dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, ma richiamando il d.l. n. 6 del 2020 e poi il d.l. n. 19 del 2020, nel loro tenore generale quanto alla definizione del quadro delle fonti, e poi i successivi decreti-legge nei rispettivi ambiti di intervento, e i DPCM intanto prodotti. Poiché, dichiarando di operare «in attuazione», sovente invece estendono le previsioni dei DPCM a fattispecie da questi non contemplate, si potrebbero qualificare come «ulteriori misure», e talvolta questo lemma è in effetti espressamente adoperato nei testi del Ministro della salute. Ora, poiché esso, recato dal d.l. n. 6 del 2020, è stato soppresso dal d.l. n. 19 del 2020, si deve ritenere che il titolo di legittimazione del potere di ordinanza del Ministro della salute continui a derivare, per questa parte, dall'art. 32 della legge 833 del 1978.

In realtà è arduo discernere, in concreto, a quale determinazione possa essere riconosciuto il carattere di “ulteriorità” (da ritenere perciò legittima) e quale determinazione abbia invece connotati di innovatività scevra da qualsiasi rapporto di continuazione-trascendenza rispetto alla disciplina del DPCM (da ritenere perciò illegittima): filosoficamente arduo definirlo, dommaticamente pressoché impossibile.

Come si accennava, il complesso assetto dipanatosi dall'originaria disciplina del d.l. n. 6 del 2020 è stato rimodulato con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, per rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art 16 Cost. Il d.l.

¹⁸ Si vedano le ordinanze, in forma di decreto, del 25 e 30 gennaio; del 21 febbraio (due, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia); del 22 febbraio (di intesa con il Presidente della Regione Veneto); del 23 febbraio (cinque, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia, una con il Presidente della Regione Piemonte, una con il Presidente della Regione Veneto, una con il Presidente della Regione Emilia-Romagna, una con il Presidente della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, una con il Presidente della Regione Liguria); del 12, 14, 15, 20, 22 e 28 marzo; del 2, 3 e 26 aprile.

n. 19 del 2020 ha dettagliato l'elenco delle misure applicabili con ordinanza (art. 1, c. 2). Ha specificato il senso da attribuire alla formula «nelle more» dell'intervento con DPCM, laddove ha limitato «fino al momento» dell'adozione di tale atto l'efficacia di provvedimenti adottati «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute» (art. 2, c. 2), o, in ambito regionale, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» verificatesi nel territorio della Regione o in parte di esso (art. 3, c. 1). Ha identificato soggettivamente il corrispondente potere nel Ministro della salute e nelle Regioni (per le Regioni, si deve ritenere nel Presidente, non potendosi postulare un'organizzazione "ministeriale", con figure assimilabili, in scala assessorile, a un "ministro competente"): art. 2, c. 2 e art. 3, c. 1. Ha soppresso, abrogando pressoché interamente il d.l. n. 6 del 2020¹⁹ e non riproducendolo per questa parte, il riferimento a «ulteriori misure»; e ha previsto invece che, al prodursi di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, c. 1), con ciò consentendo l'esercizio del potere di ordinanza al Presidente della Regione. L'intendimento di quest'ultimo disposto è, in tutta evidenza, di trarre di ambiguità la locuzione «ulteriori misure», sostituendo all'aggettivazione l'avverbio, apponendo la diversa aggettivazione «restrittive» e introducendo il riferimento al solo campo delle «attività di competenza» regionale, al fine di limitare, con questa escogitazione lessicale, il campo d'azione dell'agente, il "terribile agente" Presidente della Regione. Obiettivo destinato a essere mancato, anche nell'evolversi della vicenda emergenziale. Infatti, nell'immediatezza dell'introduzione della norma, iC riferimento alle «attività di competenza» regionale, ha avuto ben poca capacità di contenimento dell'attivismo dei Presidenti delle Regioni, poiché, essendo la competenza in concreto implicata in prevalenza quella in materia di sanità, questa è stata da essi ritenuta senza residui nella pienezza della disponi-

¹⁹ Salvo l'art. 3, c. 6 *bis* («Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»), e l'art. 4, recante la copertura finanziaria.

bilità regionale. Non è così, ovviamente, ma è dalla ambiguità della formula usata nel decreto-legge che deriva ogni equivoco. Non si vede, infatti, con quale legittimazione i Presidenti delle Regioni avrebbero mai potuto agire fuori delle «competenze» regionali, non fosse stato per quell'«ulteriori misure» contenuto nel d.l. n. 6 del 2020, sicché sarebbe bastato sopprimerlo con il d.l. n. 19 del 2020 per privare di fondamento gli interventi centrifughi messi in campo in sede regionale. Mentre dire di «attività di competenza» delle Regioni è altamente fuorviante: non v'è dubbio infatti che, trattandosi di una situazione qualificata come «stato di emergenza di rilievo nazionale», la competenza, per come è configurato il sistema sanitario, piuttosto che *essere sempre, non è mai* regionale. Invero, il d.lgs. n. 112 del 1998, che ha compiuto un rimarchevole trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni in materia di sanità, all'art. 117, ha rapportato la competenza ad adottare misure d'urgenza alla dimensione dell'emergenza, affermando quella statale quando sia coinvolto l'intero territorio nazionale; e, all'art. 126, ha mantenuto allo Stato le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale²⁰. E, anche dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, di revisione del Titolo V della Parte Seconda, Cost., la Corte costituzionale, pronunciandosi in materia di vaccini, ma affermando un canone di portata generale: la profilassi e la prevenzione di malattie infettive «richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale»²¹. È perciò lo Stato a dover intervenire e alle Regioni incombe semmai l'obbligo, ove si determinino situazioni specifiche in ambito locale, di darne comunicazione ai sensi dell'art. 118, c. 1, lett. e) del richiamato d.lgs. n. 112 del 1998, affinché lo Stato possa esercitare avvertitamente il proprio potere di comando.

Né pare si possa dubitare del fatto che l'esclusività delle competenze statali nel caso di un'emergenza sanitaria di tali dimensioni, almeno nella fase delle misure di confinamento e di blocco delle attività produttive, faccia largamente aggio sulla articolazione delle competenze in materia di protezione civile, ambito nel quale vale un principio di concorrenza tra Stato e Regioni, e di leale cooperazione²²; mentre tale articola-

²⁰ Notazioni in tal senso in R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in cammino*, 10 aprile 2020.

²¹ Corte costituzionale, sent. 28 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5 e sent. 5 giugno-18 luglio 2019, n. 186.

²² Secondo la ricostruzione organicamente compiuta dalla Corte costituzionale con la sent. 22 ottobre-2 dicembre 2019, n. 246.

zione può riprendere campo quando si tratti di porre in essere misure di deconfinamento, nella fase calante dell'emergenza, in ragione delle specifiche caratteristiche territoriali e attinenti alla composizione produttiva delle Regioni (molto della confusa situazione venutasi a creare è derivata da quel "doppio binario" nella produzione del diritto messo in opera ad avvio dell'emergenza, tra ordinanze di protezione civile e ordinanze di necessità legittimate con decreto legge).

Che senso dare allora al riferimento al potere di ordinanza regionale, come produttivo di «ulteriori misure», se non quello di una delle contorsioni della tormentata, estenuata ricerca di un compromesso con le ridondanti pulsioni regionali? A garantire la tempestività maggiore di intervento in situazioni localizzate nelle Regioni, sarebbe bastata, invece, la conservazione, in effetti avvenuta, della facoltà di intervento «nelle more», con le richiamate precisazioni restrittive introdotte dall'art. 2, c. 2, d.l. n. 19 del 2020.

In tale già complesso scenario, è stato costruito – nel trapasso dal regime del d.l. n. 6 a quello del d.l. n. 19 del 2020 – un quadro piuttosto articolato di diritto intertemporale, conservando «gli effetti» (si deve ritenere diretti) e «gli atti» (adottati in forza) delle ordinanze prodotte nell'esercizio di un potere non più riconosciuto, stabilendo che «continuano ad applicarsi» alcuni determinati DPCM, e residualmente «le altre misure» (da identificare), ma per soli «dieci giorni»²³: ne risulta la necessità di una ricognizione interpretativa non agevole. E rimane l'alea dello scrutinio di legittimità, in sede giurisdizionale, degli atti conservati in vita o dei quali si afferma permanga l'efficacia e di quelli che, compiuti in forza della legittimazione assicurata dal decreto-legge, da autorità da questo investite, hanno consumato istantaneamente i loro effetti.

Il d.l. n. 19 del 2020 aspirava, dunque, a riordinare e stabilizzare l'esercizio dei poteri di ordinanza, ponendo fine alla frammentazione e alla moltiplicazione disgiuntiva, sia al livello statale sia in ambito locale,

²³Art. 2, c. 3, d.l. n. 19 del 2020: «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data, continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

che si era prodotta in vigore del d.l. n. 6 del 2020. Nel tempo intercorrente tra i due atti, invero, successivi decreti-legge si sono connotati per il loro contenuto “misto”: misure dirette affidate a disposti autoapplicativi²⁴, previsioni destinate a essere applicate da autorità amministrative dotate per altro verso anche di poteri di ordinanza²⁵, attribuzione di ulteriori poteri di ordinanza²⁶.

Tuttavia, tale obiettivo si sottrae al conseguimento secondo due linee di fuga: con decreto-legge vengono attribuiti nuovi poteri di ordinanza²⁷, che vanno a rendere ancora più articolato il quadro che si è descritto; i Presidenti delle Regioni non si acconciano a tenersi entro i confini tracciati dal d.l. n. 19 del 2010, e definiscono proprie “politiche dell'emergenza” non sempre congruenti con gli orientamenti nazionali, per assecondare le pressioni provenienti dai rispettivi territori e, più genericamente, per assurgere a risorsa e presidio della sicurezza dei “popoli” regionali (in tempo di forte personalizzazione e di orientamento

²⁴ Così il d.l. 8 marzo, n. 11, recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”.

²⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 4, c. 1, d.l. n. 9 del 2020: «L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, con riferimento ai settori dell'energia elettrica, dell'acqua e del gas, ivi inclusi i gas diversi dal gas naturale distribuiti a mezzo di reti canalizzate, e al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani, con propri provvedimenti, prevede la sospensione temporanea, fino al 30 aprile 2020, dei termini di pagamento delle fatture e degli avvisi di pagamento emessi o da emettere, per i comuni individuati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020».

²⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 6, c. 1, d.l. n. 18 del 2020: «Fino al termine dello stato di emergenza, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, il Capo del Dipartimento della protezione civile può disporre, nel limite delle risorse disponibili di cui al comma 10, anche su richiesta del Commissario straordinario di cui all'articolo 122, con proprio decreto, la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia».

²⁷ Così il d.l. 8 aprile 2020, n. 22, ha attribuito poteri di ordinanza al Ministro dell'istruzione e al Ministro dell'Università e della ricerca, ravvisando la necessità di «prevedere misure eccezionali in tema di svolgimento di esami di stato di abilitazione all'esercizio di professioni, nonché per assicurare la continuità, pur in costanza dell'emergenza epidemiologica, delle attività formative delle Università, ivi comprese quelle pratiche e di tirocinio».

monocratico degli assetti ordinamentali, questo movente è fattore non trascurabile nel definire le dinamiche e il rendimento del sistema). Tale moto centrifugo i poteri centrali, il Governo in ispecie, hanno mostrato di non saper contrastare efficacemente – specie nell’intera fase di più severo confinamento, quando le Regioni tendevano a rispecchiare la domanda di sicurezza orientandosi a rendere più pesanti le misure governative – né in sede di contenzioso giurisdizionale, né, tantomeno, mettendo in opera le misure previste dall’art. 120 Cost., preferendo una contrattazione permanente, nella quale il quadro delle competenze è stato esposto a continue lacerazioni, e per gli eccessi di ruolo in sede regionale il rimedio è stato solo innanzi ai giudici su iniziativa di privati. Solo nella fase di allentamento delle misure statali, quando dalle Regioni – stavolta rispecchiando la crescente insofferenza per le limitazioni subite e l’ansia per la difficoltà a riprendere le attività economiche, ravvisabili nelle popolazioni – sono venute determinazioni palesemente incompatibili con la condotta ancora ispirata al principio di massima precauzione adottata dal Governo, questo ha attivato il contenzioso giudiziario²⁸. Ma subito dopo si è avviata una nuova intensa contrattazione sulle “riaperture”, territorialmente differenziate, delle attività produttive, nell’ambito della quale il Governo è apparso tanto generosamente propenso ad assecondare gli orientamenti delle Regioni per l’innanzi meno inclini a conformarsi alle restrizioni derivanti dal centro, da suscitare in taluno dei “Governatori” il sospetto – dichiarato – di un discarico di responsabilità (a riprova di quanto sia diventato difficile mestiere, al cospetto della pandemia e delle sue conseguenze, interpretare e assecondare le preferenze delle basi elettorali, nella competizione tra livelli di governo).

Nel coacervo di poteri di ordinanza che si è venuto così a determinare non è, dunque, affatto agevole districare sovrapposizioni, anche di piani temporali, e sceverare competenze, anche lungo la linea centro-periferia. E la metafora – rassicurante per chi sia tenuto, per proprio statuto scientifico, a scrutare nei fenomeni ogni segno di razionalità giuridica – della «catena normativa», come sequenza di connessioni giusti-

²⁸ Nel caso della Calabria, ottenendo l’annullamento dell’ordinanza relativa alla ripresa dell’attività di ristorazione: il TAR della Calabria, Sezione Prima, sent. 9 maggio 2020, n. 841 ha, tra l’altro, limpidamente affermato che il potere di ordinanza del Presidente della Regione si esercita solo «nelle more» dell’intervento statale (art. 3, c. 1, d.l. n. 19 del 2020).

ficanti²⁹, dovuta a un'elaborazione con ascendenze kelseniane, non riesce ad attagliarsi a una realtà in cui la produzione di diritto è piuttosto una sorta di flusso per linee spezzate che scaturisce in un delta reticolare.

Né il tentativo, finemente argomentato, di individuare qualche elemento di razionalizzazione, per ricondurre il fenomeno a sistema, nella produzione delle ordinanze in forma di DPCM, identificandone la «doppia legittimazione», nel Codice della protezione civile e in ciascun decreto-legge che ne reca la specifica previsione³⁰, pare conseguire lo scopo.

Invero, se si guarda allo scenario descritto dal punto di vista della conformazione delle norme sulla produzione, e delle dinamiche che ne conseguono, si ravvisa una congerie differenziata anche all'interno di serie di atti con il medesimo *nomen*, una tipologia messa in campo su fondamenti tenuti distinti senza alcun percepibile orientamento all'integrazione (o senza la consapevolezza di quanto sarebbe utile, se non necessaria, l'integrazione). Né gli elementi testuali sembrano soccorrere e offrire dati univoci: i decreti-legge, nell'attribuire poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio, non recano alcun riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, che è invece il presupposto necessario affinché possano essere riconosciuti analoghi poteri in forza del Codice della protezione civile, ma solo alla dichiarazione, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, dell'epidemia come «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale», prima, e di «pandemia» successivamente. I DPCM, a loro volta, fanno richiamo alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, ma senza alcun riferimento al Codice della protezione civile, sicché quel richiamo è a una circostanza fattuale, non a un presupposto normativo

²⁹ La figura è opportunamente richiamata per proporre una ricostruzione razionalizzante da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 11 aprile 2020, 1 s. Fa ricorso alla medesima metafora L. FABIANO, *La catena della normazione emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Biodiritto*, 16 marzo 2020.

³⁰ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 12. Posizione analoga, assumendo la «duplice legittimazione» dei DPCM, «una basata sul primo decreto legge, l'altra in quanto ordinanze di protezione civile», ma espressa in forma dubitativa, già in B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, editoriale, 18 marzo 2020, VII.

abilitante, che può al più valere a definire il termine finale di efficacia delle misure.

L'opera di razionalizzazione sistematica – già generosamente tentata e sicuramente necessaria e nella quale perseverare – è molto difficile, ed è probabile che potrà dirsi compiuta solo *ex post*, quando di questo processo, di queste modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto sarà stato possibile svolgere l'analisi empirica, e quando le giurisdizioni ne avranno compiuto la vagliatura. Mentre non si può aspirare a definizioni dommatiche prescrittive, adesso, ma solo tentare ipotesi su plausibili composizioni. Anche perché i decisori politici non hanno mai posto mente ad esigenze di coerenza sistemica degli interventi, lasciandosi sospingere da esigenze quotidianamente variabili, non di rado contraddittorie, che hanno condotto all'impiego differenziato di atti che potremmo essere indotti ad ascrivere a una medesima categoria, e che invece si rivelano proteiformi. E non poteva che essere così, per una connotazione culturale dominante, la quale si è espressa nella circostanza di non comprendere mai, nei folli e non pochi collegi chiamati a far da supporto ai legislatori e agli attuatori delle determinazioni di rango legislativo, giuristi dotati di competenze specifiche nella scrittura delle norme in un quadro sistematico consapevole. Sicché le varie esigenze di intervento settoriale – di ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo, finanziario – si sono manifestate, senza argini, in pretese di traduzione immediata in disposizione normativa senza alcuna propensione a lasciarsi comporre in un quadro di coerente compatibilità, al quale nessuno era presente a fare richiamo. E il processo di integrazione politica, di cui sempre l'atto di produzione del diritto costituisce l'esito, si è incagliato in compromessi imperfetti e in composizioni deboli o solo apparenti.

Dinnanzi a tanto, è solo possibile tenere saldi alcuni punti di orientamento, di tipo in prevalenza metodologico: non concepire, come si diceva, la necessità come fonte autonoma del diritto, neppure di questo diritto così frammentato, di cui è difficile seguire la trama, perché non vi sono, nei fatti che è dato osservare, ragioni che possano indurre a non riportare il fenomeno nella sfera deontica della Costituzione come norma; non ritenere che la difettosa qualità strutturale (strutturale: non si tratta dunque certo solo di infelicità di scrittura) della normazione prodotta, lungo la linea legge-ordinanza di necessità, sia in sé una lesione costituzionale (potrebbe condurre a un disallineamento solo se la disfunzionalità fosse così estrema ma tradursi in perdita radicale e irrimediabile di ragionevolezza).

3. Profili di disallineamento dalla Costituzione

Ma, proprio se si ritiene che neppure nella presente temperie possa darsi campo alla teoria della necessità come fonte, viene in primissimo piano la verifica sulla corrispondenza ai limiti costituzionali delle modalità e dei contenuti del diritto prodotto, e sulla funzionalità degli strumenti posti dalla Costituzione a garanzia delle libertà fondamentali implicite, non essendovi – come si diceva in avvio – alcuno stato di eccezione che possa rendere accettabile pretermettere tali limiti e tali garanzie. In particolare, è venuta in luce la questione della lesione delle riserve di legge, a partire da quella dettata in materia di libertà di circolazione, e del principio di legalità, a opera del decreto-legge e delle ordinanze di necessità. È acquisito, sin dai primi commenti, il convincimento che il d.l. n. 6 del 2020 non si sia allineato o si sia mostrato difficile da allineare, da questo punto di vista, ai parametri costituzionali, essendo «meramente attributivo di potere»³¹ all'Esecutivo, o recante «una sorta di delega in bianco» alle autorità competenti³² (ove il riferimento alla «delega» è improprio, mentre è congruo quello al troppo ampio campo d'azione lasciato alle – non compiutamente identificate – «autorità competenti», un potere, questo sì, effettivamente pressoché «in bianco»³³), o tale da stabilire una «fattispecie aperta»³⁴, che si giustifica attribuendo «primario rilievo costituzionale» alla «funzione ... di proteggere la sicurezza nazionale»³⁵, trovando il suo limite «nei confini dello stesso fatto emergenziale»³⁶, o qualificando la sicurezza come «valore superprimario»³⁷, o solo attribuendo alla riserva di legge contenuta

³¹ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, par. 3.

³² P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2020, 10 s.

³³ L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passa a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio conseguente strapotere alle 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*, 2020, 12 s., il quale adopera peraltro anch'egli lo schema della delega, per dire che sarebbe malamente applicato, e pervenendo a discorrere di «un decreto legge ... di delega» (ivi, 13).

³⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 18 marzo 2020, 8.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, 5.

³⁷ *Ivi* i richiami a G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, 31 s. e a T.E. FROSINI, *Il diritto costitu-*

nell'art. 16 Cost. carattere «relativo»³⁸. La difficoltà ad allineare alla Costituzione il modello apprestato dal d.l. n. 6 del 2020 si manifesta nella opposizione – talora proposta – tra la «legittimità *formale* dei provvedimenti governativi», da ritenersi ferma, e necessità di «bilanciamento *sostanziale* coerente ... con il modello costituzionale di garanzia delle libertà fondamentali», da sottoporre a puntuale verifica³⁹: ma a scivolare lungo la china della alternativa forma-sostanza forse non si arriva molto lontano, seguendo un percorso impervio e teoricamente incerto, dal semplice scrutinio di legittimità dei DPCM, atti amministrativi (in senso proprio, cioè imputati soggettivamente a chi operi come autorità amministrativa e in forme proprie dell'attività amministrativa, siano essi normativi o non), sotto il profilo dell'eccesso di potere per deviazione dallo scopo legislativamente definito.

Il d.l. n. 19 del 2020 ha tentato di apprestare rimedi a tali difficoltà di allineamento costituzionale del modello di produzione del diritto disegnato dal d.l. n. 6 del 2020: del che – nell'ambito di un dibattito concitato e poco sedimentato, quanto concitata e poco sedimentata è la produzione del diritto in questa difficile fase – non è mancato né il riconoscimento⁴⁰ né la denegazione⁴¹.

Ora, come si è qui innanzi rilevato, la nuova formulazione dei disposti sulle determinazioni «ulteriori» e sugli interventi «nelle more»

zionale alla sicurezza, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

³⁸ A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020, 6.

³⁹ R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 30 marzo 2020, 511.

⁴⁰ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 4 aprile 2020, 520: «... La funzione principale del nuovo decreto-legge è quella di fornire una più solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza».

⁴¹ Cfr. 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*, n. 5, 2020, 13: «... La lettura del nuovo decreto-legge porta a concludere negativamente riguardo al rispetto del principio di legalità formale ... rimanendo aperte le criticità espresse»; M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, 9: il d.l. n. 19 del 2020 è bensì «un provvedimento doveroso per far fronte al "cortocircuito di ordinanze" che si era venuto a creare», e tuttavia persiste «il fondato dubbio se le misure adottate per il contenimento del contagio da Covid-19 a seguito dell'adozione di queste fonti del diritto *extra ordinem* siano legittime».

non è in sé risolutiva, essendo largamente imperfetta quanto alla tecnica di normazione. Tuttavia, non si deve trascurare la circostanza che, ricostruendo la *ratio* delle nuove norme anche nella considerazione del passaggio a esse dai precedenti enunciati travolti dall'abrogazione, si offrano alla giurisdizione non trascurabili possibilità di razionalizzazione, anche nella verifica della proporzionalità delle misure emergenziali⁴².

Verifica tanto più impegnativa – ma irrinunciabile – anche per la portata e l'estensione delle limitazioni di libertà fondamentali che la normazione dell'emergenza implica.

È, invero, anzitutto agevole notare come dalla restrizione della libertà di circolazione, che deriva in prima istanza dalle misure di confinamento, si irradiano limitazioni di altri diritti fondamentali: riunione, religione, istruzione, corrispondenza, intrapresa economica, lavoro, sciopero, variamente declinati nella nostra come in tutte le Costituzioni nell'ambito della forma di Stato democratica. Sicché, dapprima il decisore politico, poi i giudici, e in ultima istanza la Corte costituzionale sono chiamati a una difficile opera di bilanciamento.

È invece rimasto, per gran parte, sullo sfondo oscuro delle concettualizzazioni che sono state offerte dello scenario politico-istituzionale della pandemia (alcune delle quali indulgenti al paradosso e intese a *épater* senza costrutto) – ma è destinato a venire in piena luce con l'elaborazione e la messa campo di quanto necessario per la ripresa economica e civile – il carattere di potente moltiplicatore delle disegualianze proprio delle misure di confinamento. Diverse, molto diverse, sono le condizioni materiali nelle quali esse hanno inciso. Condizioni materiali che possono anche arrivare a picchi estremi di disfavore: essere astretti in spazi limitati e sovraffollati in aree urbane degradate; avere lavori che pretendono presenza fisica nell'ambito dell'economia "informale", e perciò perderli senza rimedio o vederli sospesi fino a chissà quando; avere scarsa o nulla disponibilità delle piattaforme digitali, disponibilità necessaria a garantire un livello adeguato di accesso all'istruzione; essere donne lavoratrici, e vedere sommato il lavoro a distanza al lavoro di cura (che di fatto sulle donne in netta prevalenza incombe), senza più sostegni esterni alla famiglia (anche su questo versante le mitologie del «lavoro agile» come strumento di liberazione si sono

⁴² Giudizio di certo possibile, come rileva M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 7.

infrante sulle durezze della realtà del mercato del lavoro e della organizzazione dei servizi).

Ma, al di là di quanto si possa considerare circa le condizioni di particolare svantaggio – alcune delle quali sono però significativamente diffuse in ampie aree del Paese o generalizzate in contesti suburbani – in ciascuno degli ambiti appena richiamati, il parametro costituzionale chiamato in causa, per considerare tutta la gamma delle diversità di esito delle misure adottate e valutare la soglia oltre la quale esse siano irragionevoli, è quello della «pari dignità sociale», affermato dall'art. 3 Cost.: è inevitabile che, nelle condizioni date, sia così, pur nella consapevolezza della cautela con la quale questo «criterio» deve essere adoperato⁴³.

Né può esservi dubbio che al valore della «pari dignità sociale», per il carattere necessariamente indifferenziato delle misure di confinamento, queste abbiano ampiamente derogato: ecco la vera rottura della Costituzione, una rottura-sospensione (che non deriva certo da un presunto «stato di eccezione» che in realtà non sussiste).

Dal che alcune conseguenze.

Se di rottura costituzionale si tratta, essa, per la conservazione dell'integrità dell'ordinamento, deve avere durata limitata, fissata nello stretto apprezzamento delle circostanze di fatto che la giustificano.

È ora «compito della Repubblica» rimuovere le diseguaglianze derivanti dal diritto dell'emergenza sanitaria prodotto nel corso della pandemia, o da esso accentuate, e a tale scopo dovranno essere orientate in via prioritaria le risorse che si renderanno disponibili per la ripresa. Date le circostanze, lo Stato vede accentuarsi la sua funzione di soggetto redistributore. Ma questo è un fattore conferente solo in potenza a un'efficace opera di rimozione delle diseguaglianze originarie o prodotte dagli interventi intesi a fronteggiare la pandemia. Infatti, per ricondurre il sistema nell'alveo costituzionale, sarà necessario mutare radi-

⁴³ Avverte Augusto Cerri – allo specifico fine, che può non condividersi, di assimilare certe condizioni di confinamento a limitazioni della libertà personale, con «risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare» – che il criterio della «pari dignità sociale» è «risorsa ultima da impiegare con cautela, per la sua non assoluta precisione», e che «il garantismo certo è amico dei concetti precisi», e tuttavia esso «talvolta rischia di implodere nelle sue eccessive pretese»: A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, n. 1, 2020.

calmente di segno le politiche pubbliche, con strumenti adeguati, ancora largamente da forgiare.

4. *Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema*

La produzione del diritto dell'emergenza sanitaria, nei suoi punti di forza e nei suoi insuccessi, ha messo sotto forte pressione l'intero ordinamento, rivelandone le debolezze, alcune largamente note, altre forse più occulte o addirittura insospettate. La ricostituzione dell'integrità del sistema, nei suoi equilibri economici e istituzionali, non sarà possibile senza aggredire tali punti critici e sciogliere i nodi.

4.1. *Inefficienza del sistema amministrativo*

Il primo nodo, primo per immediata evidenza già nei giorni dell'acquisizione dei presidi sanitari, è quello dell'efficienza del sistema amministrativo, della capacità di conseguire gli obiettivi con una strumentazione adeguata, nell'acquisizione di beni, nell'erogazione di servizi, nella distribuzione di risorse.

Benché si sia operato, come nell'ordine delle cose nella fase dell'emergenza, con modalità "in deroga", i problemi strutturali delle amministrazioni pubbliche sono egualmente riemersi in tutta la loro cruda evidenza. E poiché il carico che si prospetta per gli apparati nella fase delle "ricostruzione", sia per la portata delle determinazioni da adottare sia per le dimensioni economiche implicate, è straordinario e senza precedenti in qualsiasi altra fase nella storia della Repubblica, alcune scelte innovative si impongono.

Di certo, non è pensabile *adesso* un intervento riformatore organico: davvero non c'è tempo e davvero non vi sono le condizioni per porre rimedio a decenni di normazioni ondivaghe, con ispirazioni generali diverse e non conciliabili, che si sono succedute talvolta in stretta contraddittoria sequenza. Non c'è tempo per porre rimedio, a regime, a una delle più resistenti conseguenze di questo antico vizio del decisore politico: il maturare di una *mentalità* nei pubblici funzionari, intesa a mettersi al riparo dalle responsabilità; poiché il peso della responsabilità è stato reso, in una linea di sviluppo protrattasi per decenni, sempre più

insostenibile, in quanto imprevedibile nel suo prodursi. La mentalità⁴⁴ – nella specie, una visione generale collettiva, una percezione del proprio rapporto con il contesto amministrativo di riferimento – ci dice ciò che un apparato veramente è nella sua concretezza, e costituisce il punto di più tenace impermeabilità all’innovazione. Si può intervenire – come pure sarebbe urgente, ammesso che lo si voglia e che si sia capaci di farlo – sulla qualità dei pubblici funzionari, puntando sulla formazione permanente e sulla valutazione (non quella burocratizzata e tendente a una “premiabilità” tendenzialmente indifferenziata, o, quando differenziata, improntata a criteri irragionevoli e arbitrari, che la destinano al fallimento). Più difficile, molto più difficile, è aggredire la vischiosa resistenza della mentalità. Ma, se non è possibile una rivoluzione culturale, un mutamento profondo su tale versante, una trasformazione che sia affidata a tempi storici su una congiuntura non breve, è tuttavia possibile *tenere conto* di questo fattore. E se esso trova radice, come si diceva, nel peso della responsabilità e nell’incertezza degli elementi dai quali essa deriva, protrattesi per qualche decennio, si tratta di prendere misure pratiche, già nel disciplinare gli interventi che dovranno essere messi in opera nella fase dell’emergenza e della post-emergenza: limitare la responsabilità al dolo, escludendola per la colpa; rendere chiari e precisi i presupposti per l’erogazione delle risorse e ridurre il campo degli accertamenti *ex ante*, dando rilievo alle dichiarazioni dei destinatari (salve sanzioni successive per i casi di falso, severe e di applicazione certa); semplificare e sburocratizzare i controlli anticorruzione, che si sono tradotti in appesantimento dei procedimenti e nella moltiplicazione dei punti di blocco, nei quali sempre la corruzione si annida e dove opera il funzionario attratto dall’accresciuto prezzo di mercato della sua infedeltà.

⁴⁴ Il dato culturale è in prevalenza del tutto negletto nelle analisi degli apparati amministrativi e del loro funzionamento svolte in vista di interventi di normazione riorganizzatrice. Eppure, il dato storico della mentalità, da integrare con l’approccio aziendalistico per moderarne l’eccesso di astrazione modellistica, che ha condotto a qualche visibile fallimento, avrebbe qualche utile indicazione da dare. E forse all’osservatore giuridico potrebbero venire indicazioni preziose, almeno sul piano metodologico, da quel filone di studi che ha considerato i «quadri mentali collettivi» come un fattore appartenente alla «lunga durata» della storia, filone che trae la sua radice più risalente da M. BLOCH, *Les rois thaumaturges. Étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, Paris et Strasbourg 1924, trad. it. *I re taumaturghi*, Torino 1973, e poi da L. Febvre, *Le problème de l’incroyance au XVI^e siècle. La religion de Rabelais*, Paris 1942, e che rimarca gran peso in tutto l’arco della storiografia del Novecento.

4.2. *Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale*

Il secondo nodo è quello del potenziale di disfunzione derivante dallo specifico assetto regionale del tipo di Stato in Italia.

In una delle vistose oscillazioni del sentimento politico nei confronti delle Regioni, oggi se ne invoca un ridimensionamento radicale, giudicando intollerabile l'eccesso di ruolo dei Presidenti. Mentre ieri questi erano denominati Governatori non solo in sede giornalistica, dando credito alla loro capacità decisionale al confronto di un potere centrale mediamente imbecille, e si discuteva solo se la devoluzione di ulteriori risorse e di ulteriori funzioni verso il livello regionale potesse essere "differenziato" e diseguale lungo la linea di demarcazione Nord-Sud. Mentre, ancora, ieri l'altro si invocava, senza suscitare particolari sussulti, la soppressione delle Regioni, al cospetto delle inchieste giudiziarie in Lombardia, in Veneto, nel Lazio, e allo spaccato di cattivo e improprio uso delle risorse e di ridondanza e inefficienza degli apparati. Ogni volta immemori di quanto accaduto e proposto non tanto lungo tempo innanzi da giustificare siffatti mutamenti di registro.

Vero è che in Italia si è venuta manifestando una nuova "questione regionale", che ha preso avvio dalla "torsione monocratica" della forma di governo, sotto l'onda di quanto era avvenuto con l'elezione diretta dei Sindaci, e poi si è proposta nel "federalismo immaginario" fatto balenare, come puro riflesso ideologico, nelle vicende seguite alla revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione e poi nei tentativi – non pervenuti a esito – di attuare l'art. 119 Cost. in forma di "federalismo fiscale".

Di essa e delle sue cause si è data, nei giorni della pandemia, una lettura semplificatrice: tutti i mali, o la parte preponderante di essi, deriverebbero dalla revisione costituzionale del 2001. La classe politica al governo, sconsigliata innanzi all'inerzia dei tentativi di introdurre riforme di sistema, pur ritenute necessarie, e incalzata da spinte secessioniste (quanto realmente sorrette da forze adeguate a portarle a effetto o quanto prodotte da ideologismi velleitari non si seppe allora discernere, né è utile discernere adesso per esercizio controfattuale), diede eccessivo campo, riscrivendo il Titolo V della Parte II della Costituzione, alle Regioni, divenute il fulcro del sistema, con la conseguente disarticolazione dello Stato centrale. Corollario: basterebbe rimettere mano – con legge di revisione, *of course* – a quell'infelice riassetto per riportare tutto sui binari di un'efficiente statalità.

Ma falso è il presupposto, erronea la conseguenza che se ne trae.

La revisione del 2001 non fu cattiva legge per essere troppo regionalista o addirittura per spingersi ai confini del federalismo.

Nel nuovo Titolo V la competenza generale residuale delle Regioni, al cospetto di competenze statali elencate – che evoca suggestivamente il federalismo di stampo “americano” – mentre è enunciata, con quella certa solennità assertiva delle proposizioni generali contenute nelle leggi-manifesto, nel quarto comma del nuovo articolo 117 Cost., è contestualmente rinnegata nei dettagli del secondo comma dello stesso articolo, ove sono attribuite in via esclusiva allo Stato competenze trasversali il cui esercizio è idoneo a impedire l'autonoma produzione di politiche regionali in settori chiave dell'ordinamento. E nelle mani dello Stato è rimasta integra la leva finanziaria. Ancora, è lo Stato ad avere il controllo sostitutivo sugli organi quando sia in gioco la responsabilità internazionale e in sede europea dello Stato o quando siano messe gravemente in pericolo l'incolumità o la sicurezza pubblica (art. 120). Ed è allo Stato che spetta il potere di sciogliere il Consiglio della Regione o rimuoverne il Presidente, non solo nel caso del compimento di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, ma anche per ragioni di sicurezza nazionale (art. 126). Se ci si volesse esercitare in un'attualizzazione delle categorie schmittiane – come è purtroppo corvivamente nell'uso – si potrebbe ritenere che in Italia non vi sia mai stata una dislocazione di sovranità per linee centrifughe, poiché sovrano esclusivo è rimasto lo Stato, che decide nello stato di eccezione.

La legge del 2001 fu, invece, cattiva legge perché costruita per disorganico assemblaggio di enunciati messi in campo su spinte diverse e non conciliabili e, in ispecie quanto alla definizione dei campi di competenza di Stato e Regioni, perché non costruita sulla base razionale dell'«analisi delle funzioni». L'analisi delle funzioni: in Italia se ne è perso il concetto, essendo stata intravista l'ultima volta in territori contigui ai legislatori negli anni Settanta del secolo scorso, quando si produsse il maggiore trasferimento di competenze dallo Stato alle Regioni (l'unico meditato trasferimento, poi ritrattato con tanta microlegislazione e tanta legislazione di settore). L'analisi delle funzioni: quando si propone una dislocazione dallo Stato alle Regioni (o, più correttamente e in più piena conformità alla Costituzione, dallo Stato al sistema delle autonomie), occorre che il decisore politico risponda alla domanda «perché trasferire?», e in connessione «quanto trasferire?». Occorre cioè stabilire quale sia la dimensione “obiettiva” della funzione, quale la di-

mensione dell'interesse implicato dal suo esercizio, quale di conseguenza il livello territoriale migliore al quale allocarla. Oggi sappiamo che la tecnica elaborata e messa in opera in quei pochi anni di espansione intensa dei poteri regionali, prima del riflusso che immediatamente seguì, incentrata sull'analisi integrata competenze-procedimenti, deve essere affinata in chiave interdisciplinare: gli economisti possono preliminarmente fornire elementi utili a stabilire se, nell'esercizio di una determinata funzione in un determinato contesto regionale, le ragioni dell'«economia di scopo» prevalgano su quelle dell'«economia di scala», in tal caso rendendosi efficiente il trasferimento verso la Regione, che viceversa sarebbe controindicato. Gli storici, gli scienziati sociali e della politica (e i costituzionalisti, anche su questo versante, per lo statuto specifico della loro competenza di giuristi) possono aiutare a identificare le competenze che tocchino un bene pubblico di natura tale da coinvolgere l'identità nazionale o che tocchino direttamente beni vitali: competenze da conservare saldamente allo Stato si pensi a “materie” quali l'ambiente, i beni culturali, le infrastrutture, l'istruzione, la salute).

L'analisi delle funzioni, pretermessa anche in sede di revisione costituzionale, non è stata neppure lontanamente adombrata nelle recenti proposte di “differenziazione” del regionalismo, avanzate in specie da tre Regioni del Nord (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna), viziate da conclamato strumentalismo: volendo ottenere l'attribuzione della più alta quota possibile di entrate erariali provenienti da contribuenti aventi sede nel territorio di ciascuna di tali Regioni, il trasferimento delle funzioni è stato visto come il veicolo per conseguire tale risultato, secondo il principio “le risorse seguono le competenze”⁴⁵. È evidente che si trat-

⁴⁵ Il punto di forza teorico messo a base di tale pretesa riallocativa si incentra sul concetto di «residuo fiscale»: tra la somma dei tributi pagati in ciascuna delle Regioni del Nord (segnatamente, in tre di esse, le più “ricche e produttive”, Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna: nelle quali tutte ora la pandemia ha il maggiore impatto) e la spesa pubblica erogata in quelle medesime Regioni – si assume – v'è una differenza positiva. I tributi pagati eccedono largamente la spesa; tale differenza è il «residuo fiscale», che è quanto le Regioni del Sud hanno sottratto e sottraggono a quelle del Nord, e che perciò debbono a esse «restituire». In realtà, nell'accezione che viene proposta dagli epigoni italiani, quello di «residuo fiscale», è uno pseudoconcetto. Nel suo contesto teorico proprio – come definito da James M. Buchanan (*Federalism and fiscal equity*, in *American Economic Review*, vol. 40, 1950, n. 4, 583 ss.), che lo ha originariamente elaborato – il «residuo fiscale» è, infatti, inteso a identificare un parametro idoneo a valutare l'adeguatezza dell'attività redistributiva del decisore pubblico, sul presupposto che residui fiscali derivanti semplicemente dalla presenza in un determinato territorio di citta-

ta di un rovesciamento distorsivo di prospettiva: si pretende il trasferimento delle somme che attualmente lo Stato spende per ciascuno dei servizi di cui si prefigura la dislocazione, laddove, in sede di analisi delle funzioni e in vista di un'eventuale decisione riallocativa, bisognerebbe misurare piuttosto quanto lo Stato risparmierebbe nel fornire esso stesso quel servizio invece di attribuirlo alla singola Regione.

Peraltro, quanto agli assunti circa la dislocazione "ottimale", occorrerebbe sottoporre a verifica, sulla base di parametri obiettivi e dell'analisi di contesto da parte di soggetti indipendenti, certi assiomi, espressi del tutto apoditticamente e con la selezione arbitraria dei dati, circa la "maggiore efficienza" dei servizi in alcune Regioni. Soprattutto, nulla è detto della sostenibilità organizzativa di nuove funzioni e di quelle già dislocate, col rischio che gli apparati locali collassino o che si mettano in opera modelli di gestione destinati a rivelarsi, nel tempo, gravemente disfunzionali, in assenza di qualsiasi analisi di impatto.

Ora è accaduto che un agente assolutamente imparziale, imparziale

dini dotati di maggior reddito sono bensì eticamente giustificati, ma al decisore politico spetta garantire che, a parità di reddito, i cittadini ricevano eguale trattamento in qualsiasi parte del territorio dello Stato intendano risiedere. Insomma, ha senso solo se viene adoperato per fondare politiche perequative, intervenendo sulle disuguaglianze misurabili su scala territoriale, per rimuoverle. Perciò, una volta misurato (e accertato che effettivamente sussista), esso non potrebbe giustificare alcuna «restituzione» del Sud al Nord; al contrario, dovrebbe condurre a un flusso di risorse statali verso il Sud. Ma, benché l'approccio incentrato sul «residuo fiscale» fosse largamente screditato, in sede scientifica e politica, già prima della pandemia, e considerando che, secondo l'ordine logico delle cose, dovrebbe avere oggi ancora minor campo, non mancano rinnovati, irriducibili richiami a esso, assumendo che la «restituzione» di una massa finanziaria a esso corrispondente potrebbe consentire alle Regioni del Nord più colpite di fronteggiare le conseguenze della pandemia. Per esemplificazione: sul portale della Regione Veneto si legge, sotto la data del 29 aprile 2020, il comunicato n. 637, che dà conto di una dichiarazione dell'assessore regionale al bilancio, nella quale, mentre lamenta la carenza di risorse statali per «commercianti, artigiani, piccoli imprenditori», egli rileva come i medesimi imprenditori «pagano regolarmente le tasse e viene da chiedersi come vengano distribuite le risorse che derivano dal nostro residuo fiscale»; il Presidente della Provincia di Bolzano detta all'ANSA una dichiarazione secondo la quale sarebbe opportuno per «le aree del Nord, con Lombardia e Milano su tutte», che «vantano un residuo fiscale tale da poter uscire dalla crisi in autonomia», sospendere i «versamenti allo Stato» del gettito delle entrate erariali (l'esternazione è riportata in un sito denominato *milanocittastato.it*); voci di analogo tenore si rinvencono nelle rassegne della stampa locale, specie in area lombarda e veneta. Tutto ciò mostra il perdurare di un sentimento che ripropone linee centrifughe in controtendenza con le evidenze empiriche, dalle quali si evince il deficit di capacità reattiva dei sistemi sanitari, prima, di quelli economici poi, se isolati nella loro identità di "piccole patrie economiche".

e del tutto libero da pregiudizio ideologico quanto nessun altro mai nella vicenda repubblicana e nella storia delle controverse e frastagliate relazioni Stato-Regioni, ha compiuto un'impeccabile analisi delle funzioni e un'incontrovertibile analisi di impatto: il Covid-19.

E si è così scoperto che mai si sarebbe dovuto attribuire alle Regioni un margine così ampio di autonomia in materia sanitaria, tanto ampio da poter costruire sistemi di scala regionale inadeguati innanzi a eventi quali le epidemie e tanto diseguali e lesivi delle connotazioni nazionali del servizio.

Da ciò si deve conseguentemente ricavare: mentre è assai difficile, nella temperie presente, tornare indietro quanto alla disciplina della forma di governo regionale, rimediando alla torsione monocratica del sistema, della quale ora si vedono gli effetti non desiderabili (ed essendo d'altronde l'eccesso di ruolo dei Presidenti largamente ascrivibile alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe avuto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarlo), e mentre l'idea di una compressione radicale dell'autonomia regionale non può trovare campo essendo lesiva del principio fondamentale affermato dall'art. 5 Cost., molto si può fare sul versante del riordino dei poteri, nel senso di ulteriori dislocazioni ma anche di riassorbimento di funzioni.

Il nodo si scioglie con una potente e avvertita razionalizzazione del sistema delle competenze.

4.3. Inefficienza della forma di governo

Il terzo nodo si avvolge intorno alle disfunzioni della forma di governo.

In una prima fase, innanzi al ricorso al decreto-legge come strumento regolatore esclusivo della produzione del diritto e al proliferare delle ordinanze di necessità, è parso che la questione maggiore fosse quella di escogitare forme nelle quali il Parlamento potesse decidere, e decidere velocemente, per esercitare un'adeguata azione di controllo e di bilanciamento nei confronti dell'Esecutivo, anche senza doversi vincolare alla sua sede fisica, permanere in pienezza nella quale avrebbe potuto essere difficile in ragione delle necessità di confinamento e di distanziamento personale. In quest'ambito problematico generale, si è avuto specifico riguardo alla posizione dei parlamentari eventualmente sottoposti a misure di quarantena. Si è posta perciò la questione del dibattito su piattaforma informatica e della votazione a distanza. Ipotesi conside-

rate con molta prudenza e con molte riserve⁴⁶, se non ritenute potenzialmente conducenti a una «degenerazione del modello democratico»⁴⁷. E, invero, è nella natura stessa del Parlamento l'essere una sede di confronto connotata dalla compresenza fisica dei suoi componenti⁴⁸. Né si può trascurare il valore simbolico di un Parlamento che saldamente “rimanga al suo posto” e lì continui a operare proprio in situazioni di emergenza.

Peraltro, la controversia ha perduto di interesse pratico, poiché misure di distanziamento fisico anche nel corso del dibattito in aula, impiego di presidi di protezione individuale, la diradazione della presenza in aula concordata tra i gruppi, la limitazione delle discussioni nelle commissioni alle sole questioni attinenti all'emergenza sanitaria, hanno consentito un funzionamento dell'Aula compatibile con le esigenze di garanzia della sicurezza. E forme di partecipazione da remoto sono state prospettate «in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale» per il lavoro delle Commissioni «in sedi informali»⁴⁹.

La debolezza mostrata dal Parlamento ha altre ragioni, ragioni profonde e non nuove, e richiederebbe altri rimedi.

⁴⁶ B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus*, cit., p. VIII, pur ritenendo «forme di collegamento virtuale o di voto a distanza ... in via teorica possibili», avverte la necessità di «una adeguata strumentazione» e di «una sufficiente fase di sperimentazione», e di modifiche dei Regolamenti parlamentari che si tengano entro i principi stabiliti dall'art. 72 Cost.

⁴⁷ R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *federalismi.it*, 1° aprile 2020, 16. Ivi, il richiamo alle Camere come «il luogo (in senso anche storico, non solo logistico) assegnato dalla Costituzione per la formalizzazione e la razionalizzazione» della «vicenda democratica ... mediante il dibattito politico, che la rende anche luogo privilegiato di svolgimento della sovranità rappresentativa» (4), e la segnalazione del rischio di «retrocessione o degradazione del dibattito politico», ove si privasse «il procedimento prodromico al voto presso gli organi parlamentari della sua valenza di requisito di legittimità giuridica e democratica, riducendolo a mero presupposto di fatto delle delibere finali» (13).

⁴⁸ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, *Rassegna*, n. 2, 2020, 124: «... è lo stare assieme, nello stesso tempo e nello stesso luogo, che rafforza la capacità decisionale del Parlamento e che costituisce elemento essenziale della sua legittimazione», nell'idea che «una sede unica della rappresentanza nazionale sia essenziale», e sulla base della «convinzione che la legittimazione del Parlamento e della decisione che in Parlamento viene presa derivi dal confronto e dalla negoziazione continua che si svolge all'interno delle sedi formali e di quelle informali».

⁴⁹ Cfr. Atti Camera, XVIII legislatura, Bollettino Giunte e Commissioni parlamentari, 3 s.

Lento nel convertire i decreti-legge, e perciò non in grado di correggerne tempestivamente e utilmente il tenore specie quanto alle modalità di produzione del diritto in modo da riguadagnare ruolo, messo ai margini dei circuiti comunicativi dall'attivismo dei titolari dei poteri di ordinanza, talvolta destinatario di informative *ex post* o di generiche dichiarazioni di intenti da parte dell'Esecutivo, il Parlamento ha soprattutto mostrato di collocarsi al di sotto del livello dell'adeguata consapevolezza di quanto richiesto dalla gravità delle condizioni di fatto.

Il dibattito in aula è stato sempre tanto concitato quanto non concludente negli esiti, segnato da obiettivi tattici e di schieramento e da linee di frattura sia nel rapporto maggioranza-opposizione sia all'interno di ciascuno dei due schieramenti. Mai è apparso ispirato a "spirito repubblicano".

Si è insomma avuta conferma che il grado di efficienza della relazione fiduciaria è determinato dal formante partitico della forma di governo, il quale segue le sue dinamiche incoercibili, che neppure la più stringente delle emergenze vale ad arrestare o a moderare.

Nel tempo della legislatura in corso precedente la pandemia, la forma di governo era segnata dalle conseguenze dell'ingresso nell'area dell'Esecutivo delle forze ispirate a «mentalità populista»⁵⁰, prima in serrata competizione tra loro con effetti di inevitabile instabilità, poi in collocazione diversa: una all'opposizione, l'altra in coabitazione al Governo con una forza ritornata alla sua connotazione "tradizionale" dopo la scissione dell'ala organizzata in «partito personale», e rimasta nell'area della maggioranza con l'intendimento di lucrare massimamente del suo «potere di coalizione». Quella in coabitazione era chiamata a una difficile riconversione alle ragioni della responsabilità di governo, con le quali la "mentalità populista" irriducibilmente collide.

Intervenuta la pandemia, le forze ispirate a mentalità populista hanno visto messi sotto tensione i capisaldi delle loro visioni generali e i loro modelli di captazione del consenso: negazione della complessità; rispecchiamento delle preferenze.

La risposta istituzionale alla pandemia è necessariamente complessa,

⁵⁰ La scienza politica, nella constatata impossibilità di stipulare una definizione univoca di «partito populista», per la difficoltà, forse l'impossibilità, di dare del «populismo» una nozione univoca e quindi utile, preferisce parlare, «parsimoniosamente», di «mentalità populista», della quale è possibile ricostruire i caratteri, e alla quale sono ispirate esperienze politiche diverse: cfr. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2015, 77.

già in permanenza delle misure di confinamento, e lo è vieppiù nella fase in cui vanno apprestate soluzioni intese a fronteggiare le conseguenze economiche delle restrizioni.

Il rispecchiamento – cioè la tecnica che pretermette la formulazione di programmi politici, intorno alla cui elaborazione e attuazione ricercare il consenso attraverso la verifica nel tempo, e asseconda invece pulsioni maggioritarie, spesso non internamente coerenti, rilevate attraverso sondaggi, in modo da ottenere adesioni di tipo plebiscitario – non trova attuazione agevole in un'emergenza quale quella in atto, poiché quelle pulsioni sono mutevoli e tanto poco univoche da costringere a conversioni rapide e a comportamenti a somma zero, con il rischio di dare al “popolo”, come entità indifferenziata al cui consenso quotidiano si ambisce, un'idea di irrilevanza e di inadeguatezza mentre v'è bisogno di soluzioni concrete a problemi concreti e spesso drammatici. Lo specchio si frantuma nelle mani del *leader* di mentalità populista, e restituisce, attraverso i suoi frammenti scomposti, innumerevoli immagini spezzate, rendendo assai difficile il lavoro del “rispecchiante”.

L'effetto immediato di questi fenomeni è una crescente pressione antisistema dei partiti a mentalità populista, che, nel breve periodo, induce il riflesso di accentuare la forza di coesione della maggioranza governativa; ma, nel medio periodo, moltiplicando il potere di coalizione delle forze minori (specie se non immuni a loro volta da «mentalità populista»), rende instabile la relazione fiduciaria.

Dunque, nulla di strutturalmente nuovo quanto alla forma di governo; ma molta luce tagliente su debolezze antiche, proiettata dalla crisi.

E restano chiari i possibili rimedi, tante volte prospettati e sempre disattesi, peccando essi di eccesso di buon senso, quel buon senso che, come insegna la grande letteratura in tema, se ne sta nascosto per paura del senso comune, specie in tempo di pestilenza (o di pandemia): una legge sui partiti politici che ne garantisca il carattere democratico in conformità al metodo e alla funzione enunciati dall'art. 49 Cost. (forse il modello tedesco potrebbe essere in proposito utilmente esplorato, piuttosto che indugiare senza costrutto intorno alla disciplina dello stato di eccezione); una legge elettorale elaborata avendo mente alle esigenze di razionalizzazione della forma di governo, e non escogitata estemporaneamente sulla base di contingentissimi interessi di parte, per poi dover essere malamente rimaneggiata sotto dettatura della Corte costituzionale.

5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria

Guardando in termini generali alla vicenda della pandemia, nella parte che si è già dipanata e con riguardo alle premesse oggi riconoscibili di quanto ancora potrà accadere, è lecito concludere che il decisore politico, avendo disponibile una strumentazione istituzionale adeguata in un quadro costituzionale sufficientemente certo e saldo, ne ha compiuto un impiego solo parzialmente efficiente. E ha pagato il prezzo delle disfunzioni consolidate della forma di governo; e, quanto al tipo di Stato, della difettosa organizzazione dei rapporti centro-periferia, sulla quale ha inciso come moltiplicatore di inefficienza la rinuncia del potere centrale ad attrarre a sé, secondo il modello costituzionale, tutte le competenze necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Innanzitutto, non è dato aspirare, facendo leva sugli "insegnamenti" della pandemia, ad alcuna palingenesi costituzionale da ottenere per via di revisione: i fatti, l'analisi di essi condotta senza eccessi di ideologismo e dismettendo una certa propensione alla escogitazione modelistica estemporanea, mostrano che ogni intervento a quel livello sarebbe disutile e perciò sicuramente dannoso.

Si tratta – si tratterebbe – invece di mettere mano alla grande legislazione ordinaria. Ma nessuno è in grado di dire oggi se, essendo questa la lezione delle cose, vi sia chi, nel sistema politico, possa o voglia trarne profitto.

IL GOVERNO NELL'EMERGENZA PERMANENTE: LE MODALITÀ DELLA PRODUZIONE NORMATIVA

UMBERTO RONGA*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. L'emergenza nel modello costituzionale italiano. – 3. Il Governo alla prova del Coronavirus. – 3.1 Il quadro normativo. – 3.2 Dichiarazione dello «stato di emergenza», interventi localizzati, limitazione delle libertà. – 3.3 Integrazione ed estensione degli interventi su scala nazionale. – 4. L'emergenza permanente: la normalizzazione del decreto-legge. – 5. Il consolidamento del modello a prevalenza dell'Esecutivo: il d.P.C.M. – 6. Notazioni sulla prassi endogovernativa. – 7. Conclusioni provvisorie.

1. *Delimitazione del tema*

Uno dei riflessi della pandemia da Covid-19 si è prodotto sul piano della riflessione giuridica, e costituzionalistica in specie, (ri)mettendo al centro del dibattito, scientifico e istituzionale, innumerevoli temi di rimarchevole portata, teorica e fattuale¹.

Tra i possibili profili e itinerari di ricerca, questo contributo considera il tema dell'emergenza, in particolare dal punto di vista dell'Esecutivo; osserva, nel quadro delle scelte messe in campo dal decisore politico, le complesse vicende che hanno investito il sistema delle fonti; indaga le dinamiche che si sono andate (ulteriormente) producendo nella forma di governo italiana, a partire dal rapporto tra Governo e Parlamento; riflette, infine, sulle tensioni cui è sottoposto il sistema costituzionale².

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Da ultimo, si v. S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, spec. 536 s.

² Cfr. F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, spec. 10-11, ove si riflette, guardando alle tensioni del modello costituzionale, sul «gioco interpretativo, cui cooperano vari soggetti, che individua l'elasticità del testo costituzionale [e le] zone limite in cui l'elasticità del testo individua o una torsione plastica, con mutamento indelebile all'interno dell'area costituzionale, o un punto di rottura».

Lo studio muove da un inquadramento teorico del modello costituzionale italiano dell'emergenza e dalle ragioni dell'assenza in Costituzione – a differenza di altri ordinamenti, cui si fa cenno – di una specifica previsione sullo stato di eccezione. In questo contesto, si analizzano le disposizioni intese a configurare, anche in via interpretativa, le soluzioni previste dal Costituente per fronteggiare situazioni *non* ordinarie, connotate da *eccezionalità, straordinarietà, urgenza*.

Segue una ricostruzione delle misure adottate – in sede governativa e, ove ve ne siano state, le ricadute in sede parlamentare – in risposta all'emergenza sanitaria: attraverso una proposta di classificazione di tali misure – per tipologia di atto e per ambito di intervento – si indaga, limitatamente al piano nazionale, il modello messo in campo dal Governo.

Ciò consente di riflettere sulle prerogative – sempre più consistenti – dell'Esecutivo in ordine alla funzione legislativa e di considerare gli istituti cui si è fatto in prevalenza ricorso: il decreto-legge e, nel contesto di una riflessione sui poteri di ordinanza, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il quadro generale – indubbiamente segnato da rimarchevole complessità e, in considerazione della rapidità degli eventi, da non poche difficoltà di ponderazione analitica – non è tuttavia schiacciato esclusivamente sul dato contingente. Ciò avrebbe indotto a un difetto di percezione circa le torsioni del modello di legislazione in atto e delle rispettive procedure: distorsioni che, come si dirà, almeno quanto ad alcuni istituti – come i decreti-legge – hanno carattere risalente; e che, complice la trasformazione del sistema partitico, si sono stabilizzate, in via di fatto, in deroga al modello legislativo formale, con ricadute considerabili sul sistema delle fonti e sulle dinamiche della forma di governo.

Lo studio delle misure, pertanto, non può trascurare la prassi politico-legislativa anche meno recente, in cui si rinviene una sorta di *stabilizzazione dell'emergenza*³: un paradigma, per così dire, di *emergenza permanente*, che ha assunto, innanzi a una nuova, reale, inedita crisi, misure ancor più significative.

La considerazione dei dati sulla legislazione, insomma, si rende indispensabile se si vuole tentare di sistematizzare, o almeno di comprendeere

³ In tal senso, e per ulteriori apprendimenti, si v. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Torino, 2006.

re, il volto di questa fase: che è sicuramente anche una emergenza normativa, ma le cui cause non vanno ricercate soltanto nella straordinarietà dell'oggi; bensì, anche nel contesto di una più generale, e oramai consolidata, prassi legislativa, a prevalenza dell'Esecutivo.

2. L'emergenza nel modello costituzionale italiano

Come anticipato, la Costituzione italiana non prevede una clausola sullo stato di emergenza, di necessità⁴ o di eccezione⁵, a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti in Europa.

Alcune Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, infatti, hanno positivamente il concetto di stato di eccezione con specifiche disposizioni.

È il caso, ad esempio, della Spagna, che contempla tre ipotesi straordinarie: l'allarme, l'eccezione e l'assedio, di cui definisce procedu-

⁴ Cfr. S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 83 s., secondo cui le situazioni di difficoltà elevano la necessità a fatto di produzione normativa. Sul tema, altresì, si v. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 885.

⁵ Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; K. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, 33, secondo cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»; secondo questa tesi, lo stato di eccezione si manifesta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale: dunque le misure assunte in regime di eccezione sono svincolate dal contesto di diritto; sul tema v. R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su Stato di emergenza e Stato costituzionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2, 2020, 2; K. SCHMITT, *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 33-3; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, par. 1: «Lo stato di eccezione schmittiano – di questi tempi spesso evocato – presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto». Hanno evocato questa circostanza o ragionato su questi profili con posizioni differenti, C. ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, I; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, spec. 9. Evocando lo stato di eccezione, cfr. L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, 3, in cui «l'ordinamento giuridico è sospeso e continuamente infranto»; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 158.

re diversamente articolate nel raccordo tra gli organi costituzionali (art. 116 Cost.)⁶.

Oppure è il caso della Francia, recante un complesso modello emergenziale, che contempla due ipotesi: una relativa all'attribuzione di poteri d'eccezione al Presidente della Repubblica, nel caso vi sia una minaccia grave, in danno delle istituzioni, dell'indipendenza della nazione, dell'integrità del territorio, dell'esecuzione degli impegni internazionali, nonché quando è interrotto il funzionamento dei pubblici poteri (art. 16 Cost.); un'altra relativa alla dichiarazione, da parte del Consiglio dei Ministri, dello stato di assedio, per una durata limitata a dodici giorni, salvo proroghe, in tal caso deliberate dal Parlamento (art. 36 Cost.). Questo modello, peraltro, poggia su una legislazione attuativa⁷, ulteriormente modificata a seguito degli attacchi terroristici di Parigi, recante la modalità di dichiarazione dello stato di emergenza.

I padri costituenti⁸, reduci dall'epoca fascista e memori delle vicen-

⁶ Sull'attività parlamentare di gestione dell'emergenza in Spagna, in Francia e Germania, si v. R. DI CESARE, M. MERCURI (a cura di), *Emergenza da COVID-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Dossier servizio studi Senato, 180, marzo 2020. Invece, sul caso tedesco, v. G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, Osservatorio emergenza Covid-19, *federalismi.it*, 2020, 69-94. In dottrina, per uno studio sul dibattito costituzionalistico tedesco, cfr. F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985; ID., *Le radici imperiali della forma di governo weimariana*, in *Momenti e figure*, Milano, 1994.

⁷ Si tratta della legge 3 aprile 1955, n. 55-385: «Lo stato di emergenza può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio metropolitano o dei dipartimenti d'oltremare, o nei casi di pericolo imminente risultanti da gravi problemi di ordine pubblico, o nel caso di calamità o eventi di eccezionale rilevanza e gravità». Per alcuni profili di comparazione con il caso francese, P. COSTANZO, *Brevi noti sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consultaonline*, 17 aprile 2020, spec. 243 s.; Cfr., al riguardo, L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, 2015.

⁸ In Assemblea costituente, la Prima sottocommissione respinse con forza l'ipotesi di una costituzionalizzazione dello *stato d'allarme*, tale da sospendere i diritti fondamentali previsti in Costituzione, sul modello dell'art. 19 della Costituzione francese. Tra gli altri, l'on. Vincenzo La Rocca si oppose all'ipotesi di introduzione di una ipotesi di *stato d'assedio*, che legittimasse i pieni poteri del Governo, memore della Costituzione di Weimar. In dottrina, sul dibattito in Assemblea costituente sullo *stato di eccezione*, cfr. B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, 1108 s.; F. COLONNA, *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, 1967, 263 s.; circa l'ipotesi dello *stato d'assedio* durante l'esperienza statutaria, si v. G. BASCHERINI, *Lo stato*

de della vicina Germania⁹ (si ricorda che l'art. 48 co. 2, della Costituzione di Weimar contribuì ad aprire la strada all'affermazione del regime nazista, in considerazione della previsione di uno stato di eccezione e della conseguente sospensione dei diritti fondamentali), non vollero introdurre nel testo costituzionale una previsione che potesse, anche lontanamente, rivelarsi quale grimaldello per derive autoritarie.

È tuttavia possibile, in via interpretativa, rinvenire nel testo costituzionale una qualche forma di disciplina – pur «ambigua, debole e frammentata»¹⁰ – in tema di emergenza; o, quantomeno, alcune previsioni recanti specifiche ipotesi di spostamento della decisione politica sotto la titolarità di organi diversi da quello Legislativo; disposizioni intese al governo di situazioni *extra ordinem* e, in ispecie, a fronteggiare «minacce sempre più terribili con mezzi e strategie straordinari»¹¹.

Ciò, d'altronde, non vale soltanto per l'ordinamento italiano: «fonti di emergenza esistono – con nomi e forme diverse – in tutte le Costituzioni fondate sull'attribuzione ordinaria del potere legislativo al Parlamento rappresentativo [per] sopperire alle lentezze parlamentari e politiche che possono determinarsi nella sede parlamentare e che possono risultare insostenibili di fronte a situazioni di emergenza»¹² e a fatti straordinari.

Ora, il concetto della *straordinarietà* – e, ancor più, quello in discorso, di *emergenza* – può a sua volta risentire, anche dal punto di vista logico, di interpretazioni non univoche, pertanto rimesse alla discrezionalità, in concreto, dei soggetti chiamati, caso per caso, alle valutazioni sui fatti contingenti e all'assunzione di responsabilità sulle conseguenti decisioni per affrontarle. Qui, peraltro, si annidano le prime insidie interpretative nella valutazione di un fatto considerabile come emergenza e forse risiedono i temi da indagare preliminarmente, per poi potere analizzare gli anelli di quelle articolate «catene»¹³ in cui si dipanano i complessi problemi correlati, specificamente, alla sistematica delle fonti del diritto.

d'assedio nell'esperienza statutaria italiana, in *Giur. cost.*, 1994, 4268.

⁹Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

¹⁰ Così, F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 2.

¹¹ Così, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

¹² Così, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1993, 174 s.

¹³ Ci si riferisce all'analisi di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020.

In un tentativo di corretta qualificazione dell'emergenza, tra i (pochi) punti fermi vi è sicuramente quello della *transitorietà* della stessa e della *provvisorietà* delle misure impiegate per contrastarla: «l'emergenza è, per propria natura, destinata a cessare, anche in ragione delle determinazioni apprestate dallo Stato per fronteggiarla; tali determinazioni, per propria natura, sono dunque provvisorie, imposte dall'emergenza e destinate a cessare con essa»¹⁴. Pertanto, l'irrinunciabile ricerca dell'equilibrio costituzionale in un ordinamento democratico, anche innanzi alle difficili e talvolta inedite sfide del governo dell'emergenza, non può che trovare fondamento, innanzitutto, nel concetto di *provvisorietà*: «la coppia concettuale complementare emergenza-provvisorietà va dunque ritenuta indissolubile, se si assume il punto di vista della legalità costituzionale»¹⁵.

La difficoltà di ricostruire un modello univoco del concetto di *emergenza* nella Costituzione italiana sembra trovare conferma, tra l'altro, nell'indirizzo complessivo di politica legislativa del Costituente¹⁶: inteso alla previsione, non tanto dell'*emergenza*, quanto, piuttosto, dell'*urgenza*; indirizzo politico-legislativo collocato in un modello sempre e comunque limitato, di procedure legislative derogatorie rispetto alla procedura «normale»¹⁷ e confinato nel perimetro delle dinamiche del circuito fiduciario Parlamento-Governo, e dei controlli cui esso è sottoposto.

La disposizione che qui viene in rilievo, chiaramente, attiene alla previsione di atti aventi forza di legge – i decreti-legge – concepiti per disciplinare «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.) mediante il trasferimento, in capo al Governo, della prerogativa in ordine all'adozione – e alla connessa responsabilità politica¹⁸ di tali atti: «il Governo adotta, sotto la sua responsabilità» – di provvedimenti di natura provvisoria del pari grado della legge¹⁹, mediante l'«esercizio straor-

¹⁴ Così, S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, cit., 650.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr., anche per il dibattito in Assemblea costituente, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, spec. 34 s.

¹⁷ Cfr. art. 72, quarto comma, Cost.

¹⁸ Pur non avendo recato indicazioni (specifiche) in ordine allo stato di emergenza, la «Costituzione, nondimeno, non ha dimenticato il principio di necessità», così F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, 7.

¹⁹ Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 831 s.; F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 22 aprile 2020, 2.

dinario [...] di potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare»²⁰.

Accanto a questo caso di dislocazione di competenze dal Legislativo all'Esecutivo, la Costituzione contempla, in tema di emergenza in senso più stretto, l'ipotesi della deliberazione dello stato di guerra²¹ e il conseguente conferimento al Governo dei «poteri necessari» (art. 78 Cost.)²²; pertanto, non «pieni» poteri, «secondo il principio di proporzionalità, che vale non soltanto per la restrizione dei diritti fondamentali, ma anche per le alterazioni del normale equilibrio costituzionale»²³.

E, anche qui, recando un controllo ulteriore, inteso a sottrarre alle sedi della decisione politica l'esclusiva signoria di queste valutazioni, con la previsione del coinvolgimento del Capo dello Stato, quale garante dell'unità nazionale (art. 87, co. 9, Cost.)²⁴.

Gli istituti richiamati – gli articoli 77 e 78 Cost. – sono stati anche considerati in combinato disposto al fine della costruzione di un modello, pur minimo, inteso a coordinare competenze e poteri, in caso di guerra e di necessità, in una relazione che contempla il ruolo del Parlamento, del Governo e del Presidente della Repubblica. Del Parlamento: in ordine alla deliberazione dello stato di guerra; e in ordine alla ipotesi di conversione del decreto-legge. Del Governo: circa l'assunzione dei poteri necessari a seguito della deliberazione dello stato di guerra; e cir-

²⁰ Così, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 33.

²¹ Riflette in ordine all'ipotesi di estensione del modello dello stato di guerra a casi di emergenza come quella in discorso, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, 5-6, ove: «Dall'art. 78 Cost. It., secondo me, si può e si deve prendere il modello [...] il Governo in prima linea, con i suoi apparati, i suoi strumenti normativi [...] il Parlamento a decidere preventivamente (per quanto possibile) i confini dei 'poteri necessari' e delle conseguenti limitazioni delle libertà fondamentali». Ragiona sul tema dello stato di guerra in chiave evolutiva, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress*, in *Biolaw Journal*, 27 marzo 2020, spec. 6-7.

²² Cfr. A. VEDASCHI, *Art. 78*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 135.

²³ Così, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., par. 1. Poteri, pertanto, adeguati e proporzionati alla necessità, non pieni, come era stato in epoca fascista. Sul tema, e soprattutto sulla definizione dei poteri – estensione e limiti – del Governo in questa circostanza, si v. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004, 210 s.; P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993.

²⁴ Cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6, 2020.

ca l'adozione delle misure straordinarie in conseguenza della prerogativa della decretazione d'urgenza. Del Capo dello Stato: in ordine alle rispettive prerogative, nel primo e nel secondo caso²⁵.

Una ulteriore dislocazione del potere è quella del trasferimento delle prerogative legislative tra enti – Stato, Regioni e autonomie locali (art. 120, co. 2-3, Cost.) – mediante l'esercizio del potere sostitutivo²⁶, allorché si configuri l'ipotesi di «pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica»: ancora in questo caso, nell'ambito di un perimetro di limiti, rinvenibili tra gli altri, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

In sintesi, pertanto, «la nostra Costituzione non contempla dunque la figura del *dictator*²⁷ o di altre forme commissariali diverse»²⁸; il decreto-legge, tra le ipotesi di dislocazione citate, è la misura fisiologica per disciplinare la *straordinarietà* e l'*urgenza*; ed è nel quadro complessivo delle disposizioni e dei casi considerati che è possibile rinvenire campi di azione ulteriori, per il decisore politico, volti alla costruzione di un

²⁵ Argomenta in tal senso, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit. 7 s.

²⁶ In dottrina, sul punto, si v. C. BERTOLINI, *Stato e Regioni tra potere sostitutivo, chiamata in sussidiarietà e clausola di supremazia*, in *federalismi.it*, 1, 2016; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5, 2002, 737 s.; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, 185; ragiona su questi profili in relazione al dibattito contingente, L. TRUCCO, *Responsabilità nazionale e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *unige.life*, 29 aprile 2020. Ancora, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid*, 5, 2020, spec. 2., ricorda che la Costituzione (art. 117, co. 2, lett. q), attribuisce la competenza esclusiva allo Stato in tema di «profilassi internazionale», nonché (art. 120, co. 2) il potere di sostituzione del Governo agli organi regionali o agli enti locali in caso di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», ragiona su queste ipotesi.

²⁷ Ha evocato questo argomento, M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020.

²⁸ Cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., vi. Nel nostro ordinamento, pertanto, «Alla contrazione autocratica del potere, nell'ipotesi di emergenza, si è preferita la puntuale previsione di specifici modi di applicazione di principi e regole costituzionali, quando alcuni beni collettivi (salute, sicurezza, pacifica convivenza) fossero gravemente minacciati. Del resto, come potrebbe la Costituzione, che trova la sua legittimazione nella tutela dei diritti fondamentali prevedere essa stessa il loro accantonamento, anche se temporaneo?» (G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., par. 1).

modello più ampio, di rango sub costituzionale, cui ricorrere per governare l'emergenza.

La Costituzione, dunque, pare contenere «il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*», che ne affida, in concreto, l'operatività a una fonte primaria, che è a sua volta destinata alla autorizzazione di fonti di secondo grado, di cui si dirà specificamente. La legittimazione costituzionale di atti – di secondo grado, derogatori di norme primarie – è da rinvenire, secondo questa tesi, nei «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*»²⁹, secondo la positivizzazione che essi hanno ricevuto in Costituzione: indivisibilità (art. 5) e unità (art. 87) della Repubblica; intangibilità dei principi supremi «quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)»³⁰. E trova altresì fondamento nella tutela del diritto alla vita, quale preconditione per qualsivoglia diritto³¹, nonché sul piano del diritto alla salute, quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32)³².

3. Il Governo alla prova del Coronavirus

La risposta del Governo all'emergenza è difficile da analizzare nella sua portata complessiva.

Le misure messe in campo sono innumerevoli, diversificate, di rango diverso, afferenti ad ambiti materiali disparati: dalla salute al lavoro; dalle imprese ai livelli essenziali delle prestazioni; dall'ordinamento processuale al diritto civile; dalla concorrenza al trasporto, sino allo sport; norme di diritto sostanziale e di diritto processuale; sanzionatorie, regolatrici di rapporti tra privati³³. Soluzioni non esenti da sovrapposizioni,

²⁹ Quanto al diritto alla salute: è qualificato come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, in ragione degli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione. Cfr. C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 3.

³⁰ Secondo la tesi sostenuta da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113, di cui sono tutti i virgolettati.

³¹ Cfr. G. LATTANZI, *Intervista al Forum La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020.

³² Cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020.

³³ Riflette su questi casi, F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-*

impiegate innanzi alla «percezione dell'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento a diversi tipi di emergenza (quella sulla protezione civile come quella sulla sanità) di fronte a un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana»³⁴.

È, pertanto, difficile ricondurre a coerenza sistematica la complessiva normativa sull'emergenza: «si tratta di decine e decine di atti, che, se si vuole dare un senso al ragionamento, non è il caso di valutare partitamente»³⁵.

Non bisogna ignorare, peraltro, che soprattutto in questi casi l'attività legislativa assume, per definizione, una modalità «a sacco»³⁶: intesa, cioè, alla successione, *step by step*, delle misure, sulla base delle esigenze contingenti, senza la capacità – in questo caso determinata dalla portata oggettivamente imprevedibile degli eventi – di previsione nel lungo e neppure nel medio periodo e, talvolta, costruendo un «“controsistema” delle fonti, sotto il segno dell'emergenza o dell'eccezione»³⁷.

Di certo, si tratta di un complesso di misure che hanno limitato o postposto una serie importante di diritti e libertà fondamentali (studio, lavoro, circolazione, riunione, partecipazione ai culti religiosi, libertà personale, libertà di impresa) «per l'obiettivo di proteggere la salute individuale e collettiva»³⁸.

3.1 *Il quadro normativo*

Qui si tenta di compiere una ricognizione delle misure adottate dal Governo innanzi all'emergenza da Covid-19: una proposta di analisi,

legge, cit., 2.

³⁴ Così, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 6.

³⁵ Così, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 111.

³⁶ Così, A. MANZELLA, *Introduzione ai lavori. Cinque interrogativi, tra legittimità e leggibilità della legge*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, 1.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Così, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 1; considera questi e ulteriori profili, nel rapporto tra emergenza e libertà personali, F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, intervista a radio radicale, 6 marzo 2020, <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-al-professor-fulco-lanchester>

quantitativa e qualitativa, dei provvedimenti adottati, dalla dichiarazione dello stato di emergenza sino ad oggi, distinti per tipologia e per oggetto³⁹.

Circa la produzione normativa di rango primario, il dato quantitativo si attesta a 11 provvedimenti: 9 decreti-legge e 2 leggi di conversione⁴⁰; l'oggetto di questi atti riguarda ambiti diversi: libertà fondamentali⁴¹; materia fiscale; lavoro; famiglia e imprese⁴²; attività giudiziaria⁴³; servizio sanitario nazionale⁴⁴; istruzione e Università⁴⁵; ordinamento penitenziario⁴⁶.

Circa la produzione normativa di rango secondario, il dato quantitativo si attesta a 126 atti normativi.

Circa la tipologia di atti, si registrano: 9 decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; 28 decreti ministeriali; 26 decreti del Dipartimento della Protezione civile; 19 ordinanze ministeriali: 31 del Dipartimento della Protezione civile; 13 del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19.

Circa le materie interessate: le misure riguardano le attività commerciali⁴⁷; le libertà fondamentali⁴⁸; il sostegno dei cittadini⁴⁹; il poten-

³⁹ La rilevazione è aggiornata all'11 maggio 2020.

⁴⁰ Si tratta della l. 5 marzo 2020, n. 13 (di conversione del d.l. n. 6 del 2020) e la l. 24 aprile 2020, n. 27 (di conversione del d. l. n. 18 del 2020, il c.d. "Cura Italia").

⁴¹ Al riguardo, si registrano 3 decreti-legge, recanti limitazioni alla libertà di circolazione, al diritto allo studio, al diritto al lavoro; un decreto-legge in tema di tutela della sicurezza nazionale, recante la creazione di una piattaforma di allerta, la c.d. *App Immuni*.

⁴² Si tratta di tre decreti-legge, recanti, tra l'altro, la sospensione dei versamenti e degli adempimenti fiscali; il fondo di garanzia per le P.M.I.; la sospensione delle rate e dei mutui.

⁴³ Si tratta di tre decreti-legge, recanti il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione dei termini processuali.

⁴⁴ Si tratta di due decreti-legge, recanti il potenziamento del S.S.N., quanto alle risorse umane e strumentali.

⁴⁵ Si tratta di due decreti-legge che introducono, tra le altre soluzioni, la sospensione della didattica in presenza.

⁴⁶ Per un totale di due decreti-legge tesi a garantire la sicurezza dei detenuti.

⁴⁷ Per un totale di 23 provvedimenti. Tra questi, 3 d.P.C.M.; 6 d.m., 7 ordinanze ministeriali, 1 ordinanza Dipartimento della Protezione civile, 6 ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19. In particolare, tra le misure concretamente applicate, si ricordano: indicazioni per il trasporto merci *import-export*, la chiusura delle attività commerciali e produttive su scala nazionale (anche fabbriche, industrie, ecc.).

⁴⁸ Si tratta di un totale di 41 fonti secondarie. Tra queste: 9 d.P.C.M., 18 d.m., 12

ziamento del Servizio sanitario nazionale⁵⁰; l'istruzione e l'Università⁵¹; l'attività giudiziaria⁵²; alcuni provvedimenti hanno riguardato nomine dei soggetti attuatori⁵³ e misure organizzative⁵⁴; e ulteriori provvedimenti⁵⁵.

3.2 Dichiarazione dello «stato di emergenza», interventi localizzati, limitazione delle libertà

In una fase iniziale, l'azione di contrasto all'emergenza da parte del Governo è stata graduale: dapprima localizzata alle zone principalmente colpite dall'epidemia; a seguire estesa a tutto il territorio nazionale sulla base delle indicazioni relative alla diffusione del contagio.

A seguito della dichiarazione di «emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale»⁵⁶ da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, in considerazione del rischio sanitario, con delibera 31 gennaio 2020,

ordinanze ministeriali, 1 ordinanza del Dipartimento della Protezione civile. Nella categoria si comprendono tutti gli interventi che limitano lo svolgimento delle attività connesse all'esercizio della libertà.

⁴⁹ Si tratta di 10 fonti secondarie: 6 d.m.; 4 ordinanze del Dipartimento della Protezione civile; si interviene, tra gli altri, con la sospensione dei termini per adempimenti e versamenti.

⁵⁰ Si tratta di 16 provvedimenti: 16 ordinanze del Dipartimento della Protezione civile; attraverso l'incremento, in particolare, dei dispositivi sanitari e di protezione individuale.

⁵¹ Si tratta di 2 ordinanze del Dipartimento della Protezione civile, tese a garantire, per le scuole, la validità dell'anno scolastico in corso (sia pure in deroga rispetto agli ordinari termini di durata).

⁵² Si tratta di 1 decreto ministeriale concernente l'attività dei magistrati.

⁵³ Per un totale di 29 atti normativi, si distinguono: 24 decreti del Dipartimento della Protezione civile; 5 ordinanze del Commissario straordinario; misure tese a individuare i soggetti chiamati a eseguire le misure disposte.

⁵⁴ Si tratta di 9 provvedimenti, relativi all'organizzazione e alla struttura della Protezione civile; tra questi: 1 decreto ministeriale; 2 decreti del Dipartimento della Protezione civile; 5 ordinanze del Dipartimento della Protezione civile; 1 ordinanza del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19.

⁵⁵ Si tratta di 1 ordinanza del Dipartimento della Protezione civile in tema di attività cimiteriali e 2 ordinanze in tema delle attività connesse all'emergenza del terzo settore.

⁵⁶ Sulla dichiarazione dell'OMS sullo stato di emergenza internazionale, si v. https://www.repubblica.it/salute/2020/01/30/news/coronavirus_1_oms_dichiara_1_emergenza_globale-247185564/. Si v. anche l'informativa urgente del Ministro della Salute sulle iniziative di prevenzione e contrasto della diffusione del nuovo coronavirus, cfr. http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_4033_0_file.pdf.

n. 26, il Consiglio dei ministri ha dichiarato «lo stato di emergenza». In conseguenza di tale dichiarazione, limitata a sei mesi⁵⁷, è stata stabilita una quota del fondo per le emergenze nazionali⁵⁸ e autorizzato l'impiego di ordinanze del capo del dipartimento della protezione civile⁵⁹.

Al riguardo, vale la pena ricordare come la protezione civile abbia assunto, nell'esperienza italiana, un ruolo preminente nelle emergenze, rispondente a uno specifico modello normativo: dapprima, con la legge n. 225 del 1992⁶⁰, istitutiva del «Servizio nazionale della protezione civile», con il compito di «tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e altri eventi calamitosi»⁶¹; a seguire con il decreto legislativo n. 1 del 2018⁶², in forza del quale il servizio nazionale è

⁵⁷ Rientrando l'emergenza Covid-19 tra quelle «di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo», di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile).

⁵⁸ L'art. 44, co. 1, del Codice della Protezione civile, prevede che allo scopo di provvedere alle misure emergenziali – di cui all'art. 7, lett. c) – si possa accedere alle risorse del fondo appositamente costituito. Al momento della deliberazione, almeno nelle more della valutazione dell'effettivo impatto dell'evento, è stata determinata una quota di euro 5.000.000, successivamente integrata con delibera del 5 marzo 2020 nella misura di euro 100.000.000 a valere sul Fondo per le emergenze nazionali.

⁵⁹ Ordinanze che, ai sensi dell'art. 25 del Codice della Protezione civile, possono essere adottate «in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Nella fase «preliminare», si pensi all'ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020 che istituisce il comitato tecnico-scientifico. Sul rapporto tra tecnica e politica nella fase emergenziale, si v. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche ai giuristi)*, in *QuestioneGiustizia.it*, 18 marzo 2020.

⁶⁰ Cfr. Legge 24 febbraio 1992, n. 225. Ancora precedente, invece, era la istituzione del Servizio sanitario nazionale prevista dalla sua legge istitutiva, legge n. 833 del 1978, il cui articolo 1 prevedeva, in attuazione dei principi costituzionali, stabilisce che «[...] Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio [...]».

⁶¹ Cfr. <http://www.protezionecivile.gov.it/servizio-nazionale/storia/legge-225-del-1992>

⁶² Cfr. D.lgs 2 gennaio 2018, n. 1. Poi, seguito dal decreto integrativo e correttivo,

stato ricondotto sotto la disciplina del codice di protezione civile. Altresì, appare utile riannodare i fili di questo ragionamento normativo, perché è questo il contesto in cui trova campo la complessa e articolata tematica del potere di ordinanza⁶³, su cui è in corso uno straordinario dibattito, in sede istituzionale e scientifica⁶⁴, su cui si ritornerà più avanti. La dichiarazione dello stato di emergenza⁶⁵, infatti, è stata effettuata proprio nel quadro di questa disciplina: in particolare, in ragione dell'art. 24 del codice della protezione civile «in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»⁶⁶.

In questo contesto, la lettura della deliberazione appare indicativa di quanto si sta considerando: essa, infatti, è adottata «visto» il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (appunto: il codice della protezione civile) e «in particolare» gli artt. 7, co. 1, lett. c), e 24, co. 1. Vale a dire che il fondamento della deliberazione è nel codice della protezione civile, che proclama lo «stato di emergenza di rilievo nazionale». Codice che, peraltro, quale fonte ordinaria, è stato oggetto di sindacato di costituzionalità: occasione in cui la Corte ha affermato che «quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali»⁶⁷. Riepilogando: il decreto legislativo n. 1 del 2019 (codice della protezione civile) prevede l'ipotesi della dichiarazione dello stato di emergenza (art. 24), in cui sono determinati gli ambiti di intervento e i poteri delle ordinanze di protezione civile (art. 25), che spettano al Presidente del Consiglio dei ministri (art. 7).

Dopo la dichiarazione dello stato di emergenza, il Governo ha adot-

d.lgs 6/2/2020, *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018 recante Codice della Protezione Civile*.

⁶³ Cfr. R. C. PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.

⁶⁴ Cfr., per una ricostruzione dei provvedimenti, il *Dossier* di C. DRIGO, A. MORELLI, *Dossier L'emergenza sanitaria da covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, in *dirittiregionali.it*.

⁶⁵ Si ricorda che il giorno precedente, il 30 gennaio 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale l'epidemia di coronavirus in Cina, a seguito della segnalazione di casi, nella città di Wuhan, di polmonite ad eziologia ignota, successivamente riconosciuta come coronavirus Sars-Cov-2.

⁶⁶ Cfr. G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 418 del 1992.

tato una serie di misure urgenti, a partire dal decreto-legge n. 6 del 2020, convertito in legge n. 13 del 2020, con cui è stato autorizzato «il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della sanità, sentiti i ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e finanze, e gli altri ministri competenti» (art. 3), ovvero altre «autorità competenti» (art. 2), ad adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza (art. 1). Tale decreto, quale «fonte legittimante»⁶⁸, ha aperto la strada al Governo per l'adozione di numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e decreti di altri ministri, nonché di ulteriori decreti legge⁶⁹.

La dichiarazione dello stato di emergenza, quale primo atto, è stata seguita dai provvedimenti concertati dal Ministero della salute e dalle regioni in cui l'emergenza si è manifestata sin dall'inizio⁷⁰; nonché dall'ormai noto decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6⁷¹, che ha recatola cornice di legittimazione e di intervento delle «autorità competenti»⁷², specificando, altresì, forma e oggetto del campo di intervento, al fine del contenimento della diffusione del contagio⁷³.

⁶⁸ Ancora secondo la tesi di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit. Di orientamento diverso, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., par. 3: «Tutto sotto l'ombrello (si potrebbe dire sotto ... la foglia di fico) di una disposizione "in bianco" del d.l. n. 6/2020, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto». Riflette sul tema, A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1, 2020.

⁶⁹ Fino al decreto-legge n. 18, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17 marzo 2020.

⁷⁰ Il riferimento è alle ordinanze "concertate" che il Ministero della salute ha adottato d'intesa con le Regioni. In particolare, tra il 21 ed il 23 febbraio 2020, cfr. le ordinanze del Ministero della salute d'intesa con le seguenti Regioni: Lombardia (21 e 22 febbraio 2020); Veneto (22 e 23 febbraio 2020); Friuli Venezia Giulia (23 febbraio 2020); Piemonte (23 febbraio 2020); Liguria (24 febbraio 2020).

⁷¹ Poi convertito con l. 5 marzo 2020, n. 13.

⁷² In senso critico sulla previsione dell'estensione dei poteri di "governo dell'emergenza" ad autorità diverse da quella statale, le quali possono adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», si v. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti Fondamentali*, 1, 2020, 593; del medesimo avviso, rilevando «amplissima discrezionalità delle autorità amministrative», si v. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 6.

⁷³ In particolare quando «nei comuni [...] nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione».

Già queste misure hanno investito le libertà fondamentali⁷⁴, recando, tra gli altri, il divieto di ingresso e di uscita dalla zona interessata dall'epidemia, la sospensione di qualsivoglia manifestazione, l'interruzione e poi la ripresa a distanza dell'istruzione scolastica e universitaria, la chiusura delle attività commerciali⁷⁵ e la sospensione dell'attività lavorativa⁷⁶.

Ciascun provvedimento è stato adottato, anche quando nel dibattito pubblico si cominciava a porre specifico riguardo a questi profili⁷⁷, tramite d.P.C.M.⁷⁸ e, «nelle more» della loro adozione, di misure transitorie finalizzate all'esercizio del potere di adozione di ordinanze contingibili e urgenti, sia a livello regionale che a livello comunale⁷⁹. Dalla me-

⁷⁴ Al riguardo, sottolineando l'opportunità di declinare il tema riferendosi alle diverse ipotesi di libertà, cfr. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit., 590-591.

⁷⁵ Ad esclusione di quelle attività necessarie all'acquisto dei beni di "prima necessità" (cfr. art. 1, co. 2, lett j).

⁷⁶ Cfr. Art. 1, co. 2, lett. n), relativa alla «sospensione delle attività lavorative per le imprese, ad esclusione di quelle che erogano servizi essenziali [...] e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare».

⁷⁷ Cfr. ID., *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit., 591-592; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti del Governo*, cit., 7-9. Sulla legittimità, limitata nel tempo, di provvedimenti siffatti, si v. l'intervista a G. AZZARITI, in *la Repubblica*, 8 marzo 2020; ancora in chiave critica sul d.P.C.M. come fonte, si v. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., 5.

⁷⁸ Sulla natura di tale atto, dalla definizione sia pure "incerta", si v. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti del Governo*, cit., 5. Inoltre, l'art. 3 del decreto in commento, in particolare, indica la forma e le modalità di adozione: «Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

⁷⁹ Sul punto, l'attività regionale in materia di adozione di ordinanze contingibili ed urgenti è stata elevata, sia pure con talune differenze di tipo quantitativo e qualitativo, su scala nazionale; le Regioni, infatti, dove l'emergenza ha avuto inizio, sono quelle che hanno prodotto il minor numero di "ordinanze autonome": è verosimile che la differenza stia nell'attività di concertazione con il Governo, specie con il Ministero della salute. Tale circostanza sembra confermata dalla recente rilevazione (4 aprile 2020) registra: in Veneto: 10 ordinanze e 3 d.P.G.R.; in Lombardia: 6 ordinanze e 1 d.P.G.R.; in Friuli Venezia Giulia: 5 ordinanze; in Emilia-Romagna: 2 ordinanze; 13 d.P.G.R.; in Piemonte: 1 ordinanza; 8 d.P.G.R. Di diverso segno, invece, l'esperienza di altre Regioni, come la Campania: 27 ordinanze e 1 d.P.G.R.; l'Abruzzo: 25 ordinanze; la Calabria: 25 ordi-

desima sera in cui è stato adottato il primo decreto-legge (23 febbraio), sono state approvate, in chiave attuativa, molte misure, a partire da d.P.C.M.⁸⁰: misure segnate dalla continua correzione e integrazione delle stesse, dal piano locale a quello nazionale.

Questa modalità di produzione normativa, più graduale nell'approccio alla limitazione delle libertà, risente di un cambio di passo, a partire dal d.P.C.M. del 23 febbraio 2020, dettato dall'esigenza di contrasto all'epidemia, soprattutto in alcune zone⁸¹, intensificando le limitazioni.

Tecnicamente, quando le misure sono circoscritte localmente, nei decreti vi sono riferimenti soltanto incidentali al resto del territorio nazionale, soprattutto in relazione alle ipotesi di spostamento dei cittadini che abbiano sostato o transitato per i comuni oggetto della misura: esclusivamente per questi, infatti, è disposto l'obbligo di comunicazione e di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva⁸².

A seguire, in chiave integrativa, il d.P.C.M. del 25 febbraio 2020 prevede misure restrittive relative alle manifestazioni sportive «di ogni ordine e disciplina»⁸³, in tutti i comuni delle regioni del Nord⁸⁴ colpite dall'emergenza. Comincia a prendere campo anche la “didattica a distanza” per le scuole di ogni ordine e grado, così come per le Università di quei territori; vengono sospesi gli esami di idoneità della motorizzazione civile; disposte precauzioni per i nuovi ingressi negli istituti penitenziari per i soggetti provenienti da quei territori; nonché inibito l'accesso ai luoghi di cultura e all'organizzazione delle attività culturali e per il turismo⁸⁵.

nanze; la Toscana: 22 ordinanze. Sul contrasto delle Regioni al Covid-19, si v. U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020.

⁸⁰ Il rapporto tra decreto-legge e d.P.C.M. attuativi è considerato come la conseguenza di una «torsione *extra ordinem*» espressione di una «emergenza infinita», nel contributo di A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit., 5-6.

⁸¹ Si tratta, infatti, di un divieto temporaneo di allontanamento e di accesso in alcuni comuni della Lombardia (Bertonico, Casalpusterlengo, Castelgerundo, Castiglione D'Adda, Codogno, Fombio, Maleo, San Fiorano, Somaglia, Terranova dei Passerini) e del Veneto (Vo').

⁸² Art. 2, co. 1.

⁸³ Art. 1, co. 1, l. a).

⁸⁴ Il riferimento è alle seguenti Regioni: Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Veneto, Liguria, Piemonte.

⁸⁵ Sul punto, si v. art. 1, co. 1, l. e).

Sino a questo momento, a parte le singole ipotesi citate, le misure sono state localizzate in ragione del contagio.

Con il d.P.C.M. del 1° marzo 2020, oltre alla proroga delle misure restrittive previste per i territori colpiti dall'emergenza, si istituisce una prima forma di protocollo nazionale per le funzioni dell'operatore sanitario⁸⁶. Da questo momento, a causa dello sviluppo incontrollabile del contagio⁸⁷, si è imposta la necessità di un intervento unitario, su scala nazionale.

Infatti, con il d.P.C.M. del 4 marzo⁸⁸ e, a seguito di un nuovo intervento "territoriale" dell'8 marzo⁸⁹, e poi con il d.P.C.M. del 9 marzo le restrizioni vengono estese a tutto il territorio del Paese⁹⁰.

Pertanto, nella «zona rossa», almeno per ciò che concerne la sfera individuale delle libertà, si è imposto il divieto di assembramento⁹¹, e si è introdotto il divieto di spostamento in comuni diversi, tranne che per «comprovate esigenze» lavorative e di salute⁹².

Il controllo dell'emergenza ha poi reso necessario un intervento sistematico riferito anche alle attività produttive e commerciali "non strategiche" e "non essenziali": in tal senso, con il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020⁹³ sono state sospese specifiche attività commerciali, con esclusione di negozi di generi alimentari di prima necessità; delle farmacie e para-farmacie; si è consolidata la necessità del ricorso al lavoro agile, intro-

⁸⁶ Disciplina, *ex art. 3, co. 2 s.*, in cui si integra il protocollo relativo all'obbligo di comunicazione di eventuale contagio e contatto con soggetti contagiati, all'operatore della sanità pubblica.

⁸⁷ Per la rilevazione governativa dei dati del 4 marzo, cfr. <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4153>.

⁸⁸ Recante la sospensione delle manifestazioni in cui non sia garantito il distanziamento sociale di almeno un metro, delle attività scolastiche di ogni ordine e grado, delle attività sportive agonistiche (salvo lo svolgimento "a porte chiuse"); e recante l'introduzione di una disciplina della permanenza domiciliare fiduciaria e specifiche misure per l'accesso alle strutture ospedaliere.

⁸⁹ Specificamente dedicate alla regione Lombardia e alle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verban-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia.

⁹⁰ Il riferimento è al d.P.C.M., 8 marzo 2020, recante il divieto di accesso e di allontanamento dal comune di residenza; la sospensione dei trasporti di merci e persone; la sospensione delle manifestazioni di ogni genere; la sospensione dell'attività lavorativa quando non esercitabile telematicamente.

⁹¹ A partire dal 10 marzo al 3 aprile 2020.

⁹² Si v. Art. 1, comma 1, l. a).

⁹³ Questo in vigore fino al 23 marzo 2020.

ducendo una “clausola di riserva” per le attività non esplicitamente sospese.

Inoltre, lungo lo stesso crinale, con il successivo d.P.C.M. del 22 marzo 2020, sono state sospese tutte le attività produttive, ad esclusione del settore strategico e della difesa nazionale.

Con il più recente d.P.C.M. del 26 aprile 2020, che si colloca nel quadro delle politiche che aprono alla «fase 2», si reca una graduale alla ripresa delle attività e una fase c.d. “di convivenza con il virus”, sia pure con qualche limitazione, e con validità sino al 17 maggio 2020⁹⁴.

Fermi i divieti di assembramento e di spostamento da una regione all'altra, da questo momento si è prodotto un progressivo allentamento delle misure; e, alle pregresse ragioni lavorative o di salute è stata aggiunta l'ipotesi – peraltro non estranea a problematicità – della visita ai «congiunti»⁹⁵. Al contempo, sono stati riaperti alcuni luoghi pubblici; sono state consentite le attività motorie e sportive di carattere individuale, fermo restando l'obbligo del distanziamento sociale. È stato confermato, poi, il ricorso alla didattica a distanza a tutti i livelli; temporaneamente (fino al 18 maggio) è stato escluso l'accesso a biblioteche e, più in generale ai luoghi di cultura; sono state autorizzate, dopo una fase di interlocuzione con la Conferenza episcopale italiana e la definizione di specifici protocolli, le funzioni religiose.

Relativamente alle attività produttive e agli esercizi commerciali, ci si è avviati progressivamente verso la riapertura, secondo criteri in prevalenza adottati dal Ministero dello sviluppo economico⁹⁶.

3.3 Integrazione ed estensione degli interventi su scala nazionale

Le misure adottate sino a questo momento hanno riguardato prevalentemente le libertà, di cui hanno recato considerevole limitazione; nonché le attività commerciali e produttive, su cui il Governo ha inten-

⁹⁴ Per le dichiarazioni rese nella conferenza stampa “di presentazione” delle nuove misure, si v. <http://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-conte/14518>.

⁹⁵ Sul ricorso al lemma «congiunti», nonché, più in generale, per alcune considerazioni sulla c.d. «fase 2», si v. G. DI COSIMO, A. COSSIRI, *Fase 2. Cioè?*, in *laCostituzione.info*, 29 aprile 2020.

⁹⁶ Per un aggiornamento al 5 marzo, si v. <https://www.mise.gov.it/index.php/it/per-i-media/notizie/2041041-modifiche-agli-allegati-del-decreto-del-presidente-del-consiglio-dei-ministri-26-aprile-2020>.

sificato la propria azione con interventi di carattere economico-sociale intesi al sostegno di cittadini, lavoratori, famiglie e imprese.

Con il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 – quando la *zona rossa* era limitata ai citati comuni di Lombardia e Veneto – il Governo ha adottato misure di supporto economico a cittadini e imprese facenti parte di quella zona⁹⁷. In particolare, prorogando adempimenti fiscali e amministrativi⁹⁸, sospendendo termini processuali⁹⁹, introducendo misure di sostegno in materia di lavoro pubblico e privato a vantaggio dei lavoratori, delle famiglie, e incentivando alcuni ammortizzatori sociali¹⁰⁰, prevedendo specifiche misure di sostegno economico¹⁰¹.

Con il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11 – quando la *zona rossa* è stata ampliata all'intero territorio nazionale – sono state estese parte di queste misure sul piano nazionale, a partire dal rinvio dell'attività giudiziaria¹⁰².

Un ambito di intervento unitario ha riguardato il servizio sanitario nazionale: con il decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14 sono state potenziate

⁹⁷ Già preliminarmente oggetto di intervento del Ministero dell'economia e delle finanze con decreto n. 48 del 24 febbraio 2020. Tra le misure si prevedeva, la sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 e, segnatamente, per coloro i quali avessero la residenza all'interno della cd. "zona rossa" (allora limitata ancora ai citati comuni del Veneto e della Lombardia). Inoltre si prevedeva che i versamenti sospesi dovessero essere effettuati, in un'unica soluzione, entro il mese successivo, al termine del periodo di sospensione.

⁹⁸ Cartelle di pagamento, avvisi di addebiti, atti di accertamento esecutivi, bollette, il versamento dei ratei dei mutui alle imprese concessi da "Invitalia" e il pagamento dei diritti camerali.

⁹⁹ Sospensione e proroga, per 30 giorni, dei termini, in scadenza nel periodo compreso tra il 23 febbraio e il 30 aprile.

¹⁰⁰ Come la cassa integrazione ordinaria per le unità produttive operanti nei comuni elencati e quella in deroga per i datori di lavoro del settore privato; una indennità di euro 500 al mese, fino a tre mesi, per i lavoratori con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, agenti commerciali, professionisti e lavoratori autonomi.

¹⁰¹ Quali l'incremento della dotazione del Fondo di garanzia per le P.M.I.; l'istituzione di un fondo rotativo per la concessione di mutui a tasso zero per le imprese in difficoltà; la previsione di misure per assicurare la ripresa economica e produttiva alle imprese agricole, disposizioni finalizzate a facilitare l'acquisizione di dispositivi di protezione e medicali, autorizzando la protezione civile fino al termine dello stato di emergenza ad acquisire dispositivi di protezione individuali.

¹⁰² È stato disposto il rinvio d'ufficio di tutte le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti, delineando alcune ipotesi eccezionali. Ciò anche per il processo amministrativo e contabile.

le risorse¹⁰³ al fine di assicurare i livelli essenziali di assistenza e assicurare su tutto il territorio un incremento di posti, specialmente per la terapia intensiva. Nel medesimo decreto è stato previsto il potenziamento delle reti assistenziali e l'istituzione, da parte delle regioni e delle province autonome, di unità speciali per la gestione domiciliare dei pazienti affetti dal virus, che non necessitassero di ricovero ospedaliero¹⁰⁴.

Con il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18¹⁰⁵, cd. "cura Italia", il Governo ha tentato di integrare e rendere più omogenee, su scala nazionale, le misure messe in campo, a partire da quelle economiche.

Quanto al citato sistema sanitario nazionale, è stato previsto l'incremento, anche remunerato, del lavoro straordinario e dell'attività di vigilanza e controllo igienico-sanitario¹⁰⁶ e il potenziamento delle reti di assistenza territoriale mediante strutture pubbliche e private. Poi, al fine di assicurare un incremento dei dispositivi medici e di protezione, sono stati previsti poteri speciali in capo al Commissario straordinario, attribuendogli prerogative stabilendo che questi possa autorizzare finanziamenti agevolati, disporre la requisizione, in uso o in proprietà, di beni mobili, come presidi sanitari e medico-chirurgici, mentre la requisizione di beni immobili¹⁰⁷, per garantire la disponibilità di locali a supporto dei ricoveri ospedalieri, è affidata al prefetto¹⁰⁸.

¹⁰³ Mediante l'assunzione di medici specializzandi e il conferimento di incarichi di lavoro autonomo al personale sanitario.

¹⁰⁴ Si v. art. 8, d. l. 9 marzo 2020, n. 14. Agli articoli successivi, anche in materia di assistenza a persone e alunni con disabilità, si prevede un'attività di assistenza, da parte degli enti locali, impiegando i medesimi operatori e i fondi ordinari destinati a tale finalità. Si prevedono, inoltre, misure di semplificazione per l'acquisto e la produzione di dispositivi medici.

¹⁰⁵ Si tratta di *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Il 24 aprile 2020, il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, cd. "Cura Italia", è convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27. Il reperimento delle risorse adoperate deriva, prevalentemente, dall'emissione di titoli di Stato, per un importo fino a 25.000 milioni di euro per l'anno 2020, consentita mediante lo scostamento dal vincolo di bilancio, approvato dal Parlamento il 5 marzo. Per una efficiente ricognizione dei provvedimenti adottati, si v. *Speciale Covid-19: le disposizioni adottate da Governo e Regioni per la Fase 2*, in *Nomos Centro Studi Parlamentari*, 4 maggio 2020.

¹⁰⁶ Anche con nuove assunzioni: tra gli altri, si prevede anche l'arruolamento eccezionale nell'Esercito italiano di 120 ufficiali medici e 200 sottoufficiali infermieri, per la durata di un anno.

¹⁰⁷ Tali requisizioni sono limitate a sei mesi o, comunque, fino al termine di proroga dello stato di emergenza.

¹⁰⁸ Il quale è autorizzato a procedere, su proposta del Dipartimento della protezione

Quanto al sostegno dei lavoratori, sono state rafforzate, su scala nazionale, le misure in tema di ammortizzatori sociali, riduzione dell'orario di lavoro¹⁰⁹, liquidità per le famiglie e le imprese¹¹⁰.

Allo stesso scopo, il decreto ha previsto l'integrazione di misure fiscali: mediante la proroga dei termini per i versamenti nei confronti delle amministrazioni¹¹¹ e un credito di imposta 2020 per la sanificazione degli ambienti e degli strumenti di lavoro, nonché per l'attività di impresa svolta in immobili locati¹¹².

Ulteriori misure sono intervenute, poi, nell'ambito della proroga del *referendum* costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari; in materia di giustizia civile, penale, militare e tributaria e di lavoro agile; è stato previsto, peraltro, che il Presidente del Consiglio possa provvedere alla nomina di un commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza sanitaria; è stato istituito un fondo a sostegno delle Università e sono state previste misure urgenti per le sedute di laurea; un profilo che ha suscitato interesse ha riguardato l'abilitazione alla professione medi-

ne civile e sentito il Dipartimento di prevenzione territorialmente competente e qualora lo richieda lo stato dell'emergenza.

¹⁰⁹ Infatti è riconosciuto, in capo ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato e ai lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata, per i figli minori di 12 anni, di usufruire di uno speciale congedo con il riconoscimento del 50% della retribuzione; si riconosce l'estensione della durata dei permessi retribuiti e il cd. *bonus babysitting*. Inoltre è prevista una indennità pari a euro 600 in favore di tutti i liberi professionisti con partita IVA e iscritti alla Gestione Separata titolari di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa. Ulteriori indennità sono previste a favore dei lavoratori stagionali del turismo, degli stabilimenti termali e dei lavoratori del settore agricolo e dello spettacolo. Altre norme sono previste per la predisposizione del lavoro agile per lavoratori con disabilità; per l'istituzione di un fondo per il reddito di ultima istanza a favore dei lavoratori danneggiati da COVID-19.

¹¹⁰ Misure attuate mediante il sistema bancario e un fondo centrale di garanzia per le P.M.I., anche attraverso l'attuazione del fondo solidarietà mutui "prima casa"; si tratta del c.d. fondo Gasparrini. Sul punto, si v. anche il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 25 marzo 2020, n. 82 in tema di "Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi dell'art. 54 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18".

¹¹¹ Anche per imprese turistiche, agenzie di viaggio, federazioni sportive.

¹¹² Incentivi fiscali sono stati previsti anche per le erogazioni liberali in denaro o natura effettuate per combattere l'emergenza. La sospensione dell'attività degli uffici e degli enti impositori e dei termini dei versamenti per le entrate tributarie e non, fino al 31 maggio 2020.

ca, avviata subito a seguire del periodo di tirocinio pratico-valutativo, concluso con giudizio di idoneità.

In questa fase, il contagio ha raggiunto livelli altissimi e indotto all'adozione di provvedimenti ancor più restrittivi¹¹³.

Con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 sono state previste ulteriori restrizioni¹¹⁴, affidate ai d.P.C.M., «secondo criteri di adeguatezza specifica e principi di proporzionalità al rischio effettivamente presente»¹¹⁵. Inoltre, è stato disposto che, se nelle more dei provvedimenti attuativi, le regioni fossero state colpite da un aggravamento del rischio sanitario nel loro territorio, si potessero prevedere misure ulteriormente restrittive, nell'ambito delle attività di loro competenza e senza influire sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale¹¹⁶. A seguire, con il d.P.C.M. 10 aprile 2020 il Presidente del Consi-

¹¹³ Già il 22 marzo 2020 è stata adottata congiuntamente dal Ministro della Salute e dal Ministro dell'Interno una nuova ordinanza che vieta a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.

¹¹⁴ Quali la limitazione della circolazione; chiusura al pubblico di strade urbane e spazi pubblici; limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, regionali e nazionale; applicazione della misura di "quarantena precauzionale", limitazioni e divieto di assembramenti; sospensione dei servizi educativi e delle procedure concorsuali, ad esclusione dei casi in cui la valutazione avvenga solo su base curriculare o con modalità a distanza; limitazione di attività commerciali e di vendita al dettaglio, ad eccezione di generi agricoli e alimentari di prima necessità; per la durata dell'emergenza può essere imposto lo svolgimento di attività non sottoposte a sospensione, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità, con provvedimento del prefetto, dopo aver sentito le parti sociali. Inoltre, per l'analisi della disciplina "di dettaglio" del Ministero della salute si v. le ord. del 28 marzo; 2 aprile; 3 aprile 2020; e i decreti del Ministero della salute del 2 e del 30 aprile 2020.

¹¹⁵ Per i profili "tecnico-scientifici" e le "valutazioni di adeguatezza e proporzionalità", i provvedimenti sono adottati sentito il Comitato tecnico-scientifico, di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020. Per garantire la legittimità costituzionale dell'atto, il mero richiamo alla proporzionalità e all'adeguatezza non bastano se «il parametro di proporzionalità» è inteso solo «come adeguatezza della misura rispetto allo scopo» e non anche «come essenzialità della misura stessa» alla realizzazione dell'interesse pubblico, si v. già con riferimento al d.l. 6/2020, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, cit., 592.

¹¹⁶ «L'urgenza – *rectius* – indifferibilità dell'intervento in relazione anche alla ragionevole previsione del danno incombente e conseguente ad un intervento non tempestivo, nonché l'impossibilità di provvedere con i mezzi ordinari stabiliti dalla legislazione (contingibilità)», così, se pur con specifico riferimento alla legittimità o meno

glio ha ulteriormente precisato e previsto misure per il contenimento della diffusione del virus. In particolare, l'articolo 2 del citato decreto ha stabilito la sospensione, sull'intero territorio nazionale, di tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione, anche in questo caso, di quelle funzionali ai servizi essenziali e di pubblica utilità.

Si sono avvicinati, poi, a distanza ravvicinata, due ulteriori atti: il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, recante misure urgenti per il regolare proseguimento dell'anno scolastico e per lo svolgimento degli esami di Stato¹¹⁷; e il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante ulteriori misure di sostegno alle imprese in difficoltà, con misure specifiche¹¹⁸, e anche in materia di salute e lavoro¹¹⁹.

Da ultimo, con il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, sono state disposte misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta dei nuovi contagi, prevedendo l'istituzione di una piattaforma unica nazionale.

Il ricorso a questa misura chiama in causa la necessità di operare un bilanciamento, tra il diritto alla riservatezza e il diritto alla salute, nonché la necessità di assicurare la trasparenza nella trasmissione delle informazioni. Pertanto, lo scopo del programma viene pianificato e disciplinato per realizzare un «sistema di allerta» che notifica, alle persone che abbiano volontariamente installato su propri dispositivi mobili

dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania dell'8 marzo, ID., *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 683.

¹¹⁷ In particolare, si stabilisce che, con una o più ordinanze, il Ministro dell'istruzione può adottare specifiche misure per la valutazione degli alunni e per lo svolgimento degli esami di Stato, nei limiti indicati dal presente decreto, e misure urgenti per l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2020/2021. L'art. 7 introduce misure urgenti per assicurare la continuità della gestione delle Università e delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica (sospensione delle procedure elettorali degli organi collegiali e monocratici).

¹¹⁸ Concernenti l'accesso al credito per il sostegno alla liquidità, all'esportazione, all'internazionalizzazione e agli investimenti; a garanzia della continuità delle aziende, si prevedono, tra le altre, il differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; il rafforzamento dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica e degli obblighi di trasparenza in materia finanziaria; misure fiscali e contabili con sospensione dei termini di versamenti e adempimenti; ancora disposizioni in tema di termini processuali.

¹¹⁹ Rispettivamente, mediante disposizioni urgenti in materia contrattuale per la medicina convenzionata, per le procedure semplificate per pratiche e attrezzature medico-radiologiche e nel campo di sperimentazione dei medicinali; in materia di lavoro si estendono le previsioni del decreto "Cura Italia" ai lavoratori assunti tra il 24 febbraio e il 17 marzo e infine introducono misure urgenti per disciplinare il Commissariamento dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali.

l'applicazione, l'avvenuto contatto nelle immediate vicinanze con soggetti contagiati a loro volta segnalati.

Più nel merito, si segnala la singolarità del percorso normativo, oggetto di critiche per lo strumento giuridico utilizzato: infatti, prima dell'adozione del d. l. 30 aprile 2020, n. 28 era stata disposta, con ordinanza del Commissario straordinario 16 aprile 2020, n. 10 la stipulazione di un contratto con una società di *software* affinché realizzasse questo sistema¹²⁰.

Tuttavia, il ricorso preliminare ad una fonte secondaria esprime una tendenza simile a quella registratasi in tutto l'*iter* normativo emergenziale: in cui, a partire dall'originario d. l. 23 febbraio 2020, n. 6 la progressiva restrizione delle libertà è stata intensificata con il ricorso a fonti secondarie, immediatamente attuative, allo scopo di limitare da subito il contagio, fino a trovare riscontro in una successiva fonte di rango primario.

4. *L'emergenza permanente: la normalizzazione del decreto-legge*

Come ricostruito, la reazione del Governo all'emergenza – emergenza che si può configurare come istituto giuridico «del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-generalì, definisce presupposti (artt. 1 e 7 del Codice), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)»¹²¹ - è stata caratterizzata dall'impiego di molteplici misure, con una stratificazione normativa alluvionale¹²²: atti derogatori a disposizioni costituzionali; atti derogatori a fonti primarie; fonti secondarie; ordinanze contingibili e urgenti; atti interni all'amministrazione, specie di carattere interpretativo, come circolari e note esplicative.

Avendo inteso confinare l'indagine al perimetro statale, si è trattato, come visto, in particolare di decreti-legge (e conseguenti leggi di con-

¹²⁰ Cfr. ordinanza, ove impone «di procedere alla stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul software di *contacttracing* e di appalto di servizio gratuito con la società Bending Spoons S.p.a.»; cfr. http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/CSCovid19_Ord_10-2020_txt.pdf.

¹²¹ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 117.

¹²² Cfr., in chiave critica, G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020.

versione), decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti ministeriali, atti delle autorità indipendenti, atti commissariali¹²³.

Qui interessa riflettere, in particolare, su alcuni profili, relativi agli istituti su cui è concentrata una parte significativa del dibattito contingente: il decreto-legge e il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quanto al decreto-legge, si è ricordato come esso rappresenti lo strumento immediatamente riconducibile all'emergenza o, più correttamente, alle situazioni connotate dalla straordinarietà e dall'urgenza¹²⁴, nonché alla identificazione e proclamazione delle situazioni di emergenza¹²⁵. Non casualmente, a esso è stato affidato il compito di assicurare «la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento»¹²⁶, ciò sin nella originaria intenzione dei Costituenti, come dimostrato dai dibattiti compiuti in quella sede sull'argomento¹²⁷.

Ora, però, occorre considerare che la prassi politica – oramai risalente – si è andata disponendo a favore di un impiego straordinario dello strumento, e questo probabilmente ha contribuito, nell'oggi, alla definizione e poi al consolidamento del modello – ammesso che ve ne sia uno soltanto – messo in campo per fronteggiare l'emergenza da Covid-19.

È noto, infatti, che il decreto-legge rappresenti «da sempre il maggior punto di sofferenza nell'equilibrio degli organi politici»¹²⁸, e consegua, nelle dinamiche della forma di governo parlamentare, un ruolo di preminenza all'Esecutivo, divenuto da molto tempo «*dominus* della legislazione»¹²⁹; e, anche alla luce delle distorsioni procedurali messe in

¹²³ Non rientrano nell'oggetto di questo studio le ulteriori misure, a partire da quelle regionali, comunali e di altri enti locali; in prevalenza ordinanze.

¹²⁴ Sui requisiti del decreto-legge, specie in ordine alla distinzione tra i concetti di urgenza e di straordinarietà, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, 553 s.

¹²⁵ In tal senso, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 453 s.

¹²⁶ «Proprio questa è la funzione originaria ed essenziale della decretazione d'urgenza», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 104.

¹²⁷ Cfr. Atti Assemblea costituente seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, in Atti dell'Assemblea costituente, 2 giugno 1946 – 31 gennaio 1948, in www.legislature.camera.it.

¹²⁸ Così, M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2008, 847.

¹²⁹ In tal senso, G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017, 5, ove si considera come «La produzione di norme nei più svariati settori attraverso la misura governativa d'urgenza rimane pur

campo nelle sedi parlamentari, a partire da quella di conversione, «legittimato a infrangere gli argini procedurali, secondo le esigenze e gli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiungere»¹³⁰.

In questo senso, alcuni tratti connotativi dell'istituto – come quello, intrinseco alla sua disciplina, della transitorietà – sono stati variamente sottoposti, se non formalmente almeno sostanzialmente, a tensione sulla spinta delle esigenze dell'indirizzo governativo¹³¹. Ciò ha contribuito a fissare – stabilizzandole – tendenze patologiche, rispetto alle regole di produzione della legislazione, conducendo a normalizzare l'emergenza¹³².

Di tali tendenze, peraltro, i dati della legislazione restituiscono chiare conferme, ricordando come un siffatto andamento della produzione legislativa contribuisca «a rendere le leggi sempre più schiacciate dalla logica del contingente e del provvisorio»¹³³; tendenze confermate dallo studio delle dinamiche interne al coordinamento normativo del Governo, che presiedono alla istruttoria e alla definizione degli schemi di decreto, ove emerge l'autonomia di un modello, anche endogovernativo, stabilizzato¹³⁴.

A conferma di questo andamento, soltanto per richiamare il dato quantitativo più aggiornato: dall'inizio della XVIII Legislatura sono state approvate 110 leggi, 55 decreti-legge, 63 decreti legislativi, 9 regolamenti di delegificazione; e, sulla totalità delle leggi, 40 sono di iniziativa del Governo¹³⁵.

sempre una forma privilegiata di normazione e decreti-legge contenenti le più svariate disposizioni, sovente prive di ogni carattere della straordinaria necessità ed urgenza, continuano a caratterizzare la produzione normativa»; sul ruolo del Governo come *dominus* della legislazione, U. RONGA, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Napoli, 2018, 107 s.

¹³⁰ Cfr. M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2011, XI-XII.

¹³¹ Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, I, 1997, spec. 116 s.

¹³² Cfr. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, cit., 649 s.

¹³³ Così, N. LUPO, *Decreti-legge "omnibus": verso un recupero del procedimento legislativo ordinario?*, in *www.nelmerito.com*, 9 marzo 2012.

¹³⁴ Cfr. A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti-legge tra regole formali e prassi: il requiem della collegialità ministeriale, osservatorio sulle fonti.it*, 3, 2016, spec. 15 s., ove si riflette sulle ipotesi di elusione del controllo collegiale sullo schema di decreto.

¹³⁵ Dati aggiornati all'11 maggio 2020. Cfr. *Osservatorio legislativo e parlamentare* –

La vicenda legislativa italiana – contingente, recente e anche meno recente – non dimostra soltanto una tendenziale continuità, a prescindere dal colore politico dell'Esecutivo di turno, nell'uso e nell'abuso della decretazione d'urgenza; ma, altresì, conferma un certo *modus legiferandi*, sia quanto alle tecniche procedurali prescelte, specie nelle sedi di conversione¹³⁶, sia quanto alle soluzioni di politica-legislativa perseguite per il tramite di questo strumento.

Si ricordi il caso, per esempio, dell'emergenza economico-finanziaria, causata dalla grande recessione economica, venuta in rilievo in Italia nella crisi del mercato immobiliare e dei *subprime*. Ai nostri fini, di quella emergenza vale la pena ricordare due circostanze, interessanti ancor più perché relative a due esperienze di governo diverse: la prima, riguardante un Governo “politico”, guidato da Silvio Berlusconi, che adottò la manovra economica, nel mese di agosto di quell'anno, ricorrendo proprio a un decreto-legge (decreto-legge n. 112 del 2008); la seconda, riguardante un Governo “tecnico”, guidato da Mario Monti, che

Camera dei deputati, La produzione normativa: cifre e caratteristiche, 11 maggio 2020, 1. Questo dato, calibrato sulla legislazione ordinaria: di 70 leggi, 39 sono di iniziativa governativa, 29 di iniziativa parlamentare, 2 di iniziativa mista (popolare-parlamentare). Se si vuole comparare il dato con la precedente Legislatura – a dar conto della tendenza nel tempo – si v. *Appunti del Comitato della Legislazione – Camera dei deputati, La produzione normativa nella XVII Legislatura. Aggiornamento al 20 ottobre 2017*, n. 13, 3 s. Nella XVII Legislatura, si registra un totale di 706 atti normativi, scomponendo i quali risultano: 339 leggi, 100 decreti-legge (82 dei quali sono stati convertiti in legge), 234 decreti legislativi e 33 regolamenti di delegificazione. Sul piano dell'iniziativa invece, confrontando l'attività del Governo e del Parlamento in relazione alle 339 leggi approvate, 263 (il 77,58% sul totale) sono il risultato dell'iniziativa dell'Esecutivo, mentre 71 (corrispondenti al 20,94% sul totale) sono di iniziativa parlamentare. Sul punto, per un confronto tra “segmenti corrispondenti” della XVII (considerata dall'origine e fino al 28 novembre 2014) e XVIII Legislatura (fino al 6 dicembre 2019, si v. inoltre, *Appunti del Comitato della Legislazione – Camera dei deputati, I numeri delle leggi. Aggiornamento al 6 dicembre 2019*, n. 3, 2 s. Da ultimo, considera i dati sull'andamento della decretazione d'urgenza, nel contesto dell'emergenza e in comparazione con la precedente Legislatura, A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 1-2; Cfr. E. LONGO, *Dossier di approfondimento. Dati e tendenze dell'attività normativa del Governo nel primo anno della XVII legislatura*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2014, 19.

¹³⁶ Cfr. N. LUPU, *I maxi-emendamenti e la Corte Costituzionale (dopo l'ordinanza n.17 del 2019)*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2019, 8; L. CUOCOLO, *I maxi-emendamenti tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2004, 464.

adottò la *spending review*¹³⁷ sempre tramite decreto-legge (decreto-legge n. 95/2012)¹³⁸.

Ancora quanto ai precedenti, occorre almeno citare altri casi di ricorso alla decretazione d'urgenza: il terremoto del centro-Italia, in occasione del quale veniva emanato il decreto-legge 17 ottobre 2016 n. 189; il crollo del ponte Morandi, in occasione del quale veniva emanato il decreto-legge 28 settembre 2018 n. 109, c.d. "decreto Genova"¹³⁹. Certo, nel considerare questi casi – come quelli di gravi alluvioni ed altre calamità – non bisogna sottovalutare un dato fattuale di rilievo: il carattere tendenzialmente statico di questi eventi. Benché anche questi eventi (si pensi soprattutto ai terremoti, che hanno generalmente fasi di assestamento) possano definirsi nel corso di alcuni giorni (vale a dire che vi può essere un processo da governare pur minimo), essi tendenzialmente si definiscono in quadro statico. A differenza di questi casi, invece, la pandemia da Covid-19 ha rappresentato un *fatto* fisiologicamente *in fieri*, circostanza che ha reso oggettivamente difficile la previsione dei fatti e la relativa gestione.

Ancora alla ricerca di qualche precedente, anche nell'esperienza meno recente, si ricordi il caso della riforma sanitaria del 1978, che aveva conferito, sul piano nazionale (art. 32, co. 1, l. 833 del 1978) il potere di «emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni»; e, su quello locale (art. 32, co. 3), al Presidente della giunta regionale o al sindaco il potere di emettere analoghe ordinanze, con efficacia estesa ai territori di rispettiva competenza.

E vale la pena almeno citare, per l'esperienza anche meno recente, i fenomeni del terrorismo politico e del terrorismo mafioso.

È questo il contesto con cui occorre confrontarsi e in cui collocare lo studio delle ulteriori tensioni in atto oggi nel modello normativo.

In questo quadro, infatti, relativo al carattere per così dire "ordina-

¹³⁷ Quale soluzione adottata per la riduzione del debito pubblico e la tutela del risparmio; cfr. sul tema, L. FIORENTINO, *Oltre la straordinarietà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2012, 1161 s.

¹³⁸ Considera questi casi, F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica COVID19, decretazione d'urgenza e costituzione materiale*, in *Nomos*, 1, 2020, 6.

¹³⁹ Nel contesto di una riflessione in tema di decreto-legge, su alcuni profili legati a questo decreto, si v. R. IBRIDO, *Questioni vecchie e nuove in materia di emendabilità del decreto-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, 15.

rio” assunto in via di fatto dalla decretazione d’urgenza, taluni hanno rinvenuto – con accenti differenti, critici e anche meno critici – il primo segno di una tensione, o forse di una tentazione, del sistema di governo, all’impiego di nuove forme di dislocazione del potere. Una sorta di «effetto domino»¹⁴⁰ in forza del quale la posizione del decreto-legge, normalizzata nel sistema in luogo della legge, avrebbe condotto, innanzi all’emergenza, all’affermazione di uno schema ulteriore, in cui l’atto amministrativo si impone sul decreto-legge. Senza considerare – quanto alla conversione del decreto-legge – che è «spesso associata alla questione di fiducia su un maxi-emendamento»¹⁴¹: prassi che ha contribuito a imprimere questo modello di legislazione a preminenza del Governo¹⁴².

Tra le ragioni che sembrano avere indotto il Governo all’assunzione di queste modalità¹⁴³ è innegabile che vi sia l’esigenza della celerità, ma non solo. Taluni vi hanno colto, altresì, «una logica di accentramento e

¹⁴⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., par. 3: «era logico aspettarsi che, diventato il decreto legge una forma anomala, ma invasa nella prassi, di legislazione corrente, quando si fosse presentata una vera situazione di necessità e urgenza, il procedimento ideato dai Costituenti per fronteggiare velocemente l’emergenza sia apparso “lento”, come “lento” era apparso il procedimento ordinario di formazione della legge di fronte all’abuso della parola “emergenza” per qualunque problematica economica o sociale si presentasse al vaglio della politica».

¹⁴¹ Così, M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 22.

¹⁴² Sulla conversione dei decreti-legge, cfr. G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione*, Padova, 1989, 34; V. LIPPOLIS, *Il procedimento di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1982; N. LUPO, *Il «fattore tempo» nella conversione dei decreti-legge*, in *Quaderni dell’Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*, 3, 1993, 335; L. DI STEFANO, *La decretazione d’urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII Legislatura*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 5.; R. CALVANO, *La decretazione d’urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

¹⁴³ Sulla prassi dei maxi-emendamenti in correlazione alla posizione della questione di fiducia, P. CARETTI, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distortiva di difficile contrasto*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamento, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, 13 s.; N. LUPO, *Maxiemendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, 90 s.; V. DI PORTO, *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in *Il Filangieri*, 2017, 113; L. CUOCOLO, *I maxi-emendamenti tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2004, 464; E. GRIGLIO, *I maxi emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, 807-828.

di speditezza [e una valutazione di] inadeguatezza degli apparati normativi vigenti rispetto alla natura della emergenza»¹⁴⁴.

L'osservazione di questo fenomeno, tuttavia, può condurre a interpretare anche in maniera diversa questa circostanza: ovvero, non soltanto considerandone la ricaduta patologica, ma rinvenendo nel rovesciamento dello schema l'esigenza di mettere in campo ulteriori, e ancor più rapidi e agevoli strumenti, per fronteggiare, sotto la pressione degli eventi, i volti inediti dell'emergenza.

Inoltre, occorre riflettere anche su un profilo ulteriore, oggi certamente superato dalla consapevolezza che deriva dal "senno del poi", ma che nelle concitatissime e delicate ore di qualche settimana fa probabilmente assumeva un peso diverso, e magari ulteriore, nelle valutazioni del Governo: l'eventualità che ai parlamentari fosse impedito, per ragioni connesse alla epidemia, di recarsi nelle Aule di Camera e Senato per procedere alle attività di conversione dei decreti-legge. Si tratta – o, più correttamente, si trattava – di una eventualità in astratto difficile da negare, soprattutto in alcuni drammatici frangenti, in cui l'andamento dei contagi aveva assunto portata e velocità letteralmente travolgenti, e privato ciascuno, anche gli organi tecnici più autorevoli, di alcuna attendibile capacità di previsione del fenomeno e delle conseguenze che, più generale – e ai fini di questo ragionamento, per l'attività del Parlamento – si sarebbero prodotte.

La mancata conversione del decreto-legge¹⁴⁵, producendo la decadenza dei suoi effetti, lascia solo alle Camere – nel contesto della scarsa operatività delle stesse – la possibilità di regolare i rapporti giuridici sorti sulla base degli effetti prodotti nel periodo di transitoria vigenza dello

¹⁴⁴ Così, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 6. L'A., a conferma della logica indicata, considera l'art. 3, co. 2, del decreto-legge n. 6 del 2020, ove l'adozione di ordinanze dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci è disposta, nei casi di estrema necessità e urgenza, «nelle more dell'adozione dei DPCM». Ancora: la legge n. 13 del 2020, recante la conversione del citato decreto-legge n. 6, ove i riferimenti a provvedere, inizialmente generici, alle autorità competenti, sono poi precisati come afferenti al quadro dei poteri attribuiti al Presidente del Consiglio dei ministri. Nonché, a rafforzamento di questa logica, «in sede di conversione è introdotto il periodo in forza del quale le misure eventualmente adottate da Presidenti delle giunte regionali e sindaci, nelle more dell'adozione dei DPCM, perdono efficacia se non comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore», *Ibidem*.

¹⁴⁵ Sulle procedure di esame dei decreti-legge nella sede parlamentare, si v. A. D'ANDREA, *Le nuove procedure regolamentari per l'esame dei decreti-legge in Parlamento: un primo bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1983, 78 s.

stesso. Certo, in astratto resta valida la possibilità – fatta salva dalla Corte costituzionale con sent. n. 360 del 1996¹⁴⁶ – di reiterazione del decreto-legge che non sia stato convertito a causa della impossibilità delle Camere: ma ciò vale, secondo la Corte, solo nei casi in cui il decreto da reiterare presenti contenuti diversi o presupposti nuovi – circostanza che difficilmente avrebbe trovato campo nel caso di specie, in considerazione della tendenziale contiguità di contenuto delle misure adottate dal Governo, pur in tempi diversi, ma sempre nel quadro della emergenza da Covid-19.

Peraltro, anche volendo ammetterne la praticabilità, questa ipotesi – benché rientrante tra quelle che la Corte costituzionale ammette in deroga ai limiti di cui all'art. 77 Cost. – chiaramente non sottrae (e non avrebbe sottratto) il tema ai problemi, teorici e pratici, legati alla marginalizzazione delle prerogative parlamentari¹⁴⁷: nel contesto dato, una soluzione di questo tipo non avrebbe aggiunto molto alle prerogative del Parlamento rispetto all'azione del Governo.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996, cons. diritto n. 5. «Il divieto di iterazione e di reiterazione, implicito nel disegno costituzionale, esclude, quindi, che il Governo, in caso di mancata conversione di un decreto-legge, possa riprodurre, con un nuovo decreto, il contenuto normativo dell'intero testo o di singole disposizioni del decreto non convertito, ove il nuovo decreto non risulti fondato su autonomi (e, pur sempre, straordinari) motivi di necessità ed urgenza, motivi che, in ogni caso, non potranno essere ricondotti al solo fatto del ritardo conseguente dalla mancata conversione del precedente decreto. Se è vero, infatti, che, in caso di mancata conversione, il Governo non risulta spogliato del potere di intervenire nella stessa materia con lo strumento della decretazione d'urgenza, è anche vero che, in questo caso, l'intervento governativo - per poter rispettare i limiti della straordinarietà e della provvisorietà segnati dall'art. 77 - non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito (come accade con l'iterazione e con la reiterazione), ma dovrà, in ogni caso, risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura "straordinaria"».

¹⁴⁷ Riflette su alcuni di questi profili, G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 2-3; sul decreto-legge dopo la citata sent. n. 360, si v. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; più in generale, per ulteriori apprendimenti, specie sul controllo del decreto-legge in sede di conversione, cfr. F. SORRENTINO, *La Corte Costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e società*, 1974, 513.

5. Il consolidamento del modello a prevalenza dell'Esecutivo: il d.P.C.M.

È questo il quadro, dal punto di vista del modello legislativo, in cui pare opportuno collocare e, pertanto, contestualizzare la complessa questione del potere di ordinanza e, in particolare, la vicenda dei d.P.C.M.: la massiccia mole di atti cui l'Esecutivo ha fatto ricorso per governare il processo in atto, sotto la pressione degli eventi.

Dal punto di vista della natura, si tratta, com'è noto, di atti amministrativi, rientranti tra le ordinanze *extra ordinem*¹⁴⁸, impiegati per regolare situazioni di emergenza, sulla base di una legge di autorizzazione¹⁴⁹, anche connotata, come nei casi di specie, da una tendenziale genericità¹⁵⁰.

Certo, occorre precisare quanto anticipato nelle premesse di questo lavoro: questi sono temi problematici¹⁵¹ – e il dibattito in corso ne è una riprova – innanzitutto perché la Costituzione non reca indicazioni al riguardo: cioè «non fornisce copertura diretta al potere di ordinanza e non detta una regola esplicita per conciliare poteri di emergenza e principio di legalità»¹⁵².

Pertanto, muovendo da questo elemento di consapevolezza – e senza alcuna pretesa di esaustività – è opportuno considerare i presupposti (la legittimazione) – e i limiti del potere di ordinanza del Governo.

Quanto ai presupposti: occorre rintracciarli nell'urgenza e nella indifferibilità delle misure, vale a dire «in relazione anche alla ragionevole previsione del danno incombente e conseguente ad un intervento non tempestivo, nonché l'impossibilità di provvedere con i mezzi ordinari stabiliti dalla legislazione (contingibilità)»¹⁵³.

¹⁴⁸ Cfr. M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, 105 s.

¹⁴⁹ La fonte di autorizzazione, di rango primario, rimette alla valutazione dell'organo agente la definizione della misura, secondo criteri di discrezionalità, cfr. Corte cost., sent. n. 4 del 1977.

¹⁵⁰ Così, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 33 s.

¹⁵¹ Considera questi temi in chiave critica, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, spec. 568 s.

¹⁵² Così, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 7.

¹⁵³ Così, V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 683, e per ulteriori indicazioni anche sul caso campano.

Il potere di ordinanza, che è un potere amministrativo, fonda la sua legittimazione nel principio di legalità¹⁵⁴, che è «l'architrave su cui poggia l'ampio potere emergenziale»¹⁵⁵. Anche qui, però, occorre precisare che, com'è noto, quello di legalità è un principio declinabile in maniera differente, in senso formale o sostanziale, secondo moduli interpretativi intesi alla maggiore o minore limitazione del potere¹⁵⁶. E in considerazione di ciò, la Corte costituzionale ha da tempo chiarito che può ritenersi «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»¹⁵⁷.

Dal segno di queste interpretazioni possono certamente trarsi valutazioni diverse, come in effetti sta accadendo nel dibattito¹⁵⁸ sulla legit-

¹⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

¹⁵⁵ Così, E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, 5.

¹⁵⁶ Sul principio di legalità in senso sostanziale, specie per la coerenza con il tema di interesse, dapprima si v. Corte cost., sent. n. 115 del 2011, con cui a Corte, chiamata a giudicare sull'art. 54, co. 4, del T.U.E.L., sostituito dall'art. 6 del decreto-legge n. 92 del 2008, che «non è consentito alle ordinanze sindacali «ordinarie» [...] di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti». Ancora, per la giurisprudenza più recente, si v. Corte cost., sent. n. 195 del 2019; da ultimo, specie quanto al principio di legalità delle pene, si v. Corte cost., sent. n. 32 del 2020; nonché, quanto all'esigenza di rafforzare la legalità dal punto di vista del procedimento, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2182 del 24 maggio 2016: «la dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori [...]– impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale».

¹⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 617 del 1987.

¹⁵⁸ Senza pretesa di esaustività, nel complesso scenario delle posizioni dottrinali sul tema, tra le tesi adesive (o, comunque, seppur problematiche, non contrarie) alle modalità impiegate dall'Esecutivo, si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., ove si considera qualche «slabbratura», anche riferita ai tempi della comunicazione pubblica rispetto alla formalizzazione delle misure, ma non si ravvisa una «rottura della legalità costituzionale». Sulla legittimità delle misure, anche circa l'impiego dei d.P.C.M., si v. G. ZAGREBELSKY, *Coronavirus e decreti, Zagrebelsky: "Chi dice Costituzione violata non sa di cosa sta parlando"*, intervista a *ilFattoQuotidiano.it*, 1Maggio 2020, ove: «il Governo non ha usurpato poteri che non gli fossero stati concessi dal Parlamento. Undici decreti sono tanti, ma l'autorizzazione data al Governo pre-

vede precisamente che l'attuazione sia, per così dire, mobile, seguendo ragionevolmente l'andamento dell'epidemia»; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, 1, 2020, 220-221, ove considera, pur problematicamente, l'infondatezza delle tesi relative all'«involuzione autoritaria»; R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020, sia pure incidentalmente e nel quadro di una riflessione più ampia sulle prospettive post-emergenziali, rileva la tenuta istituzionale dell'esecutivo che, pur intervenendo sulle libertà fondamentali, ha operato «senza abusare della situazione per sconvolgere l'assetto dei poteri e dei diritti». Sui d.P.C.M., non ritiene che vi sia stata una rottura del sistema, G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *QuesioneGiustizia.it*, 27 marzo 2020, pur raccomandando l'esigenza della provvisorietà «per assicurare che le misure siano prese in riferimento alla situazione concreta e solo nello spazio temporale necessario a superare l'emergenza sanitaria più acuta». Da una prospettiva penalistica, S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Archivio Penale*, 1, 2020, 1, in cui si afferma che «le regole emergenziali sopravvivono all'emergenza, normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale». Invece, tra le tesi contrarie, anche in questo caso con accentuazioni differenti, si v. G. GUZZETTA, «*Presidente Mattarella, difenda Lei la Costituzione*». *La lettera di Guzzetta al Colle*, in *ilDubbio.news*, 22 marzo 2020, dove si argomenta sull'idoneità costituzionale del decreto-legge per provvedere in situazioni di emergenza, dacché tale istituto è «atto collegiale, non delegabile, del Governo della Repubblica, che se ne assume la responsabilità, adottato eventualmente con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni interessate, emanato dal Presidente della Repubblica, reso pubblico e sottoposto allo scrutinio e all'approvazione del Parlamento mediante leggi di conversione»; nello stesso senso, di v. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 9, ove «con l'adozione di un decreto legge, in un momento di grande tensione nella vita democratica del paese, si sarebbe coinvolto, chiamandolo alla emanazione, il Presidente della Repubblica, garante dell'unità nazionale; e si sarebbe restituita al Parlamento la centralità che gli compete, chiamandolo alla conversione in legge». Sul rapporto decreto-legge e d.P.C.M., si v. M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, cit., con riferimento al D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020 ed ai successivi decreti del Presidente del Consiglio, scrive che «tale decreto legge [...] autorizza limitazioni assai invasive ai diritti fondamentali, ma lo fa in maniera generica, sicché tutte le regole sono delegificate, in quanto il loro contenuto è rimesso a decreti del Presidente del Consiglio. Questi ultimi sono sottratti a qualsiasi controllo preventivo, dato che non sono emanati dal Presidente della Repubblica (come decreti-legge e regolamenti) e non sono sottoposti a conversione in legge come i decreti legge e quindi non sono soggetti a esame parlamentare [...] questo schema appare costituzionalmente problematico e ci si può chiedere se le esigenze di efficacia che hanno spinto a disegnarlo non possano essere soddisfatte con soluzioni procedurali più compatibili con la struttura costituzionale italiana»; sulle tensioni del modello normativo, specie osservando il caso campano, A. LUCARELLI, *Stop uscite? Non solo in una regione. Quelle ordinanze non hanno valore*, intervista a *Il Mattino*, 15 marzo 2020. Ancora, v. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit., 1-6. Sulle conseguenze che il ricorso alle fonti secondarie ha prodotto sul sistema delle fonti e sul rapporto Governo-Parlamento,

timità delle misure in discorso. Qui un profilo di maggiore criticità attiene al carattere aperto delle fonti di autorizzazione¹⁵⁹: circostanza indubbiamente problematica, e su cui occorre riflettere; ma forse almeno quanto la difficoltà del legislatore di regolare nell'estrema urgenza – e nel caso di specie nell'impossibilità – fattispecie concretamente non prevedibili con chiarezza. Di qui le osservazioni, in chiave adesiva e in chiave critica, del ricorso a fonti di legittimazione aperte¹⁶⁰ o con «caratteri peculiari»¹⁶¹.

Emerge, nel contesto della tesi adesiva, la circostanza della persistenza di più livelli di controllo: si tratta di fattispecie soggette al sindacato della giustizia amministrativa, in grado di valutare – in tempi rapidi – la proporzionalità, l'adeguatezza, il «nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la “qualità e natura degli eventi”»¹⁶²: ovvero, la legittimità della misura recata in relazione alla concretezza del fatto

si v. F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 5-7; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit. Inoltre, si v. S. CASSESE, «La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi», intervista a *ilDubbio.news*, 14 aprile 2020. Considerazioni critiche sulle ricadute che l'azione governativa ha prodotto sul paradigma costituzionale dello Stato costituzionale di diritto sono compiute da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit., 593-594, in cui, specie con riferimento al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 rileva come ci si fosse mossi su di una «sottile linea di frontiera tra il rispetto dello Stato costituzionale di diritto e la sua trasfigurazione nello “Stato di prevenzione”», in un paradigma in cui «la soglia di ingerenza del potere pubblico nelle sfere di libertà di persone viene anticipata ad un momento molto precedente il possibile realizzarsi degli eventi temuti». Inoltre, in ragione della mancata specificazione dei limiti, G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, spec. 6.

¹⁵⁹ Ragionando sulle categorie dello *stato di eccezione*, ritiene che i d.P.C.M. siano espressione – non illegittima ma neppure conforme a Costituzione – di uno stato eccezionale. «È l'autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità», così G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, editoriale, III.

¹⁶⁰ Cfr. su questo tipo fattispecie, A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.

¹⁶¹ Così, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, cit., 896, ove «Le relative misure di contrasto al rischio pandemico tendono a prospettarsi, allora, come legittimate dallo stato reale di emergenza, generatore del presupposto logico-formale su cui si fonda l'intero impianto normativo».

¹⁶² Cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 1995. In questo senso, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Virtual Studium*, ora in *ConsultaOnline*, 27 marzo 2020.

emergenziale che essa è chiamata a regolare¹⁶³, oltre che il sindacato costituzionale, per il tramite dell'accesso in via incidentale; senza dimenticare, chiaramente, il ruolo della giurisdizione ordinaria.

Ciò, nel contesto del primo e inderogabile limite all'impiego di questi strumenti: il fattore tempo. Se è l'emergenza a giustificare l'adozione di questi atti, allora non può che ammettersene l'impiego soltanto se transitorio, oltre che, naturalmente, adeguatamente proporzionato e motivato dalla situazione di emergenza, pena la mancata coerenza dello stesso con l'ordinamento giuridico e con i suoi principi.

In questo senso, circa la conformità di questi atti all'ordinamento costituzionale, depone la giurisprudenza costituzionale anche risalente¹⁶⁴. E, in una linea di continuità nel tempo – che ha trovato conferma anche nella giurisprudenza amministrativa – ne ha confermato il modello: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; conformità del provvedimento ai principi dell'ordinamento giuridico»¹⁶⁵.

Ora, prescindendo dai differenti orientamenti teorici qui richiamati¹⁶⁶, occorre riconoscere che siamo indubbiamente in un quadro di prerogative intese a rafforzare la capacità di indirizzo della sede governativa e del suo vertice. Ma ciò si colloca, al di là di ogni possibile (e sempre valido) ragionamento sulle dinamiche della forma di governo a prevalenza dell'Esecutivo, sulle medesime disposizioni vigenti già prima dell'emergenza sanitaria, rintracciabili nel codice della protezione civile.

Infatti, in base al codice, il Presidente del Consiglio è «autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia» (art. 3, co. 1, lett. a, Codice), dotato di «poteri di ordinanza in materia di protezione civile», esercitabili «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile» (art. 5, co. 1, Codice), salvo non sia diversamente stabilito nella deliberazione dello stato di emergenza (art. 24, Codice).

¹⁶³ «La garanzia giurisdizionale contro eventuali abusi dei poteri *extra ordinem* dell'amministrazione sembra rappresentare, non solo un tratto caratterizzante dell'istituto, ma soprattutto un elemento fondante dello stesso, che trova nella generalità del suo limite il bilanciamento all'eccezionalità della sua disciplina» (Cfr. E. RAFFIOTTA, *Sullalegittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 6). Cfr. anche A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 219.

¹⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 8 del 1956.

¹⁶⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1961.

¹⁶⁶ Per una riflessione e per un invito ad abbassare i toni della polemica politica nell'analisi delle categorie giuridiche, M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà personali al tempo del coronavirus*, in *questioneigiustizia.it*, 7 aprile 2020.

Inoltre, in via diretta – vale a dire senza doversi avvalere del capo della protezione civile – il Presidente del Consiglio «determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale» e adotta le direttive con cui dare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile [...] al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori» (art. 5, co. 2, Codice). Nonché, sempre ai sensi del codice di protezione civile, la disciplina prevede tre ipotesi di emergenza (art. 7): quelle connesse a calamità di origine naturale o causate dall'attività dell'uomo, gestibili con interventi dei singoli enti competenti mediante strumenti ordinari; quelle emergenze che impongono, per le loro caratteristiche, l'intervento di più enti, mediante l'impiego di strumenti straordinari definiti dalle regioni e dalle province con legge propria; le emergenze di portata nazionale, che per ampiezza e intensità non aprono a soluzioni diverse da quelle dei mezzi e dei poteri straordinari, in tempi limitati e predefiniti¹⁶⁷.

Se tutto ciò può valere quanto alla legittimazione del modello in cui tali atti si collocano, pare difficile smentire la circostanza della loro sottrazione a un altro tipo di controllo: parlamentare, da un lato; del Capo dello Stato¹⁶⁸, dall'altro.

Inoltre, quale circostanza solo in apparenza superficiale, non godono di alcuna numerazione: ciò impedisce di ricostruirne un elenco destinato alla pubblica banca dati della formazione, riducendo considerevolmente gli spazi di pubblicità degli stessi¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 3.

¹⁶⁸ Cfr. N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 135, dove, ragionando in tema di d.P.C.M., afferma che «saltano a piè pari e il Presidente della Repubblica, il quale pure com'è noto svolge nella prassi un significativo ruolo di controllo in sede di emanazione dei regolamenti governativi, e anche dei decreti-legge».

¹⁶⁹ Cfr. sul punto V. DI PORTO, *La carica dei Dpcm*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016, 2 s.

6. Notazioni sulla prassi endogovernativa

Quello sin qui delineato, sebbene per linee principali, è il quadro istituzionale e normativo in cui si può collocare l'azione dell'Esecutivo. È utile, tuttavia, indagare anche ulteriori vicende, in prevalenza organizzativo-amministrative, in cui si sono formate alcune delle principali scelte dal Governo, a partire da quella dei d.P.C.M.: procedure e dinamiche endogovernative¹⁷⁰, in cui si produce, in concreto, la decisione politica di indirizzo governativo¹⁷¹.

È il tema, talvolta poco esplorato ma centrale in questo caso, del coordinamento dell'attività normativa del Governo: quel complesso di regole e di prassi – istruttorie, di coordinamento, consultazione, deliberazione – interne alle sedi dell'Esecutivo, che si producono negli uffici e nei dipartimenti della Presidenza del consiglio in raccordo con gli uffici ministeriali, e che presiedono al percorso che conduce un provvedimento alla deliberazione del Consiglio dei ministri¹⁷².

Si tratta di un processo di decisione piuttosto deregolamentato, connotato da un elevato tasso di autonomia, la cui osservazione consente di cogliere le ragioni per cui, specie nell'emergenza, l'Esecutivo opta per misure come quelle in discorso¹⁷³.

¹⁷⁰ Su questa consapevolezza di indagine, si v. G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, 8, ove spiega come «il quadro non sarebbe completo se non si facesse riferimento anche alle previsioni contenute nel regolamento interno del Consiglio dei Ministri [...] che hanno portato ad emersione alcuni profili essenziali del procedimento endogovernativo di elaborazione e approvazione dei disegni di legge e degli schemi di atti normativi del Governo».

¹⁷¹ Su questi temi, B.G. MATTARELLA, *Il ruolo degli uffici legislativi dei Ministeri nella produzione normativa*, in *Nomos*, 1993, 119 s.; G. VETRITTO, *Gabinetti e uffici legislativi ministeriali, tra storia e dato normativo*, in *Riv. Trim. scien. Amm.*, 1, 2000.

¹⁷² Cfr. F. COCOZZA, *L'ufficio centrale per il coordinamento dell'iniziativa legislativa, le «procedure di governo» e il «Governo in Parlamento»*, in *Foro.it.*, 1989, V, 368 s. Sul regolamento interno del Consiglio dei ministri, si v. S. MERLINI, *Regolamento del Consiglio dei Ministri*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XXVI, Roma, 1996; ID., G. GUIGLIA, *Il regolamento interno del Consiglio dei Ministri*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, 477 s.; L. D'ANDREA, P. NICOSIA, A. RUGGERI, *Prime note al regolamento del Consiglio dei Ministri*, in *Archivio di diritto costituzionale*, 1993, 2, 103 s.

¹⁷³ Su questi profili, per l'esperienza meno recente, cfr. G. D'AURIA, *La "funzione legislativa" dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1995, 706; sul confronto tra i meccanismi di tipizzazione del procedimento parlamentare, con le dovute differenziazioni tra Camera e Senato, e la dinamica «a maglie larghe» del procedimento governativo, cfr. V. LIPPOLIS, *Maggioranza, opposizione e Governo nei regolamenti e nelle prassi*

In questo contesto, l'istruttoria, in particolare, rappresenta un segmento dirimente per la definizione dei provvedimenti governativi: e, ancor più in casi come questi in discorso, di misure urgenti, riconducibili all'esclusiva responsabilità del Governo, con maggiore o minore accentuazione di responsabilità per le figure coinvolte, come il Presidente del Consiglio e i Ministri¹⁷⁴.

La prassi interna a queste sedi, infatti, anche ove regolata, si conforma nel modello organizzativo agli obiettivi dell'indirizzo politico, talvolta anche in ragione delle strutture di supporto del Presidente del Consiglio. Qui viene in rilievo un fattore, che ha connotato anche il modello decisionale nell'emergenza sanitaria: la ricerca di un consenso preliminare sui provvedimenti da adottare. In concreto: si tratta della contrattazione tecnico-giuridica, dietro cui si cela l'accordo politico; nonché della ponderazione economico-sociale, quando le misure sono destinate a impattare su determinati settori. Si tratta di un profilo da non sottovalutare: la ricerca del consenso, che si esprime in forme diverse (*concerto, intesa, parere*, ecc.), configura un modello decisionale di cui in altra sede si è detto: di tipo negoziale o a vocazione negoziale¹⁷⁵. In particolare il concerto – determinante nell'emergenza sanitaria – tra Presidente del consiglio e Ministro della salute, indica la condivisione – che è anche assunzione di responsabilità – del Ministro concertante sugli esiti che saranno determinati dall'entrata in vigore delle nuove norme. La natura tecnica di queste intese si traduce in un «giudizio puramente politico sulla congruenza delle nuove norme a quella parte di programma di

parlamentari dell'età repubblicana, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Torino, 2001, 643.

¹⁷⁴ La complessità del coordinamento normativo dell'Esecutivo, se da una parte risiede nella sostanziale e reale difficoltà, da parte dei dipartimenti della Presidenza del Consiglio, di controllare e tipizzare il procedimento interno anche a causa della quotidiana pressione politica dettata dall'indirizzo programmatico del Governo, che è sempre più di tipo emergenziale, dall'altra è ascrivibile a una sorta di «concorrenza» tra ministri e sottosegretari. Com'è stato sostenuto, «Talvolta dotati di una delega specifica in determinate materie, i sottosegretari proliferano non solo perché l'aumento del loro numero è funzionale alla spartizione del potere fra i partiti della coalizione [...] ma anche perché sono gli stessi gruppi di interesse che riescono talora ad imporre un rappresentante loro gradito, incline a recepire favorevolmente le loro istanze», così G. PASQUINO, *Rappresentanza degli interessi, attività di lobby e processi decisionali: il caso italiano di istituzioni permeabili*, cit., 413.

¹⁷⁵ Al riguardo, si v. U. RONGA, *La rappresentanza degli interessi nel procedimento legislativo*, in *Nomos*, 1, 2019, spec. 4 s.

Governo che attiene al ministro concertante [nonché] sulla [possibile] congruenza rispetto all'intero programma di Governo»¹⁷⁶.

Ma l'elemento forse di rilievo maggiore attiene al ruolo assunto dal comitato tecnico-scientifico¹⁷⁷: circostanza di interesse, nello studio del modello di decisione¹⁷⁸, in quanto ripropone quello schema di produzione normativa a vocazione negoziale – più correttamente, tecnico-negoziale – rilanciando il tema del rapporto tra tecnica e politica¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Così, C. ZUCHELLI, *Il ruolo del Dipartimento degli Affari Giuridici e Legislativi*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2002, 21. Dal punto di vista politico, invece, il concerto assume un significato di tipo anche (e in alcuni casi soprattutto) politico, in quanto indica che i provvedimenti proposti non sono destinati a incidere negativamente sul corpo normativo rientrante nelle competenze del Ministro proponente – e questa è una verifica di impatto di cui è responsabile ciascun Ministero.

¹⁷⁷ Istituito con ordinanza del capo del dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

¹⁷⁸ Cfr. U. RONGA, *Rappresentanza di interessi e modelli di legislazione. Per una legge sulle lobby*, in AA.VV., *Democrazia degli interessi e interessi della democrazia. Migliorare la qualità della decisione pubblica*, Bologna, 2019, 474 s.

¹⁷⁹ Sul ruolo del Comitato tecnico-scientifico nel «valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti», si v. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., par. 2. Sulla rilevanza del parere tecnico-scientifico nelle determinazioni normative del Governo, si v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 1, 2020, 44-45. Le prerogative del comitato si sono imposte sin dall'inizio, anche quando lo statuto del comitato recava prerogative prevalentemente di supporto alle attività del Consiglio dei ministri. Infatti, il comitato è stato dapprima istituito (con ordinanza del capo della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020) come struttura di supporto nella definizione delle misure di protezione civile. Successivamente (con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19) è stato esteso il suo ambito di competenza (art. 2, co. 1), ove è disposto che i successivi provvedimenti limitativi, adottati nella forma del d.P.C.M., saranno preceduti di norma dal parere del Comitato tecnico-scientifico. In conseguenza di questo rafforzamento delle prerogative del comitato, soprattutto a partire dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020, le misure sono state adottate tenendo conto dei verbali delle sue attività, pur evocando l'esigenza di assicurare pubblicità sugli stessi; cfr. al riguardo, A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020, 6, ove è considerato, ad esempio, il caso del d.P.C.M. del 26 aprile 2020, che è «è stato adottato “visti i verbali n. 57 del 22 aprile e n. 59 del 24 aprile 2020 del Comitato tecnico-scientifico [...]”». Il parere tecnico-scientifico ha inteso rafforzare la legittimazione delle scelte restrittive adottate dal Governo, come già considerato dalla Corte cost., ad esempio con le sentt. n. 282 del 2002 e n. 151 del 2009; su questi profili, muovendo dallo studio della giurisprudenza costituzionale, cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto*

Una ulteriore conferma di come l'emergenza abbia inciso nelle procedure endogovernative riguarda il "Preconsiglio" dei ministri, che è sede di negoziazione legislativa dei provvedimenti destinati all'iscrizione del Consiglio dei ministri¹⁸⁰. Questa sede rappresenta uno snodo «centrale di tutta l'istruttoria legislativa e soprattutto della formazione del consenso tecnico-politico sui provvedimenti»¹⁸¹, e assume una valenza politico-istituzionale rimarchevole per dar conto della collegialità del lavoro del Governo e dell'esigenza di una condivisione tra i ministri circa l'azione dei singoli dipartimenti. Ora, durante l'emergenza sanitaria, il "Preconsiglio" è stato sospeso e parzialmente sostituito da una dinamica telematica: la "diramazione con osservazioni".

Ancora quanto ai quanto ai d.P.C.M., non vi è dubbio che il loro procedimento di formazione, in questo contesto, abbia reso più agevole e rapida l'attività del Governo: non solo rispetto al procedimento di adozione dei decreti-legge, ma anche rispetto a quello delle ordinanze di protezione civile¹⁸². Si pensi, peraltro, che con il primo decreto legge (n. 6 del 2020) è stato previsto che i d.P.C.M. non dovessero recare

di costituzionalità, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 6-8; e, sul rapporto tra tecnica e politica nella giurisprudenza costituzionale, ma specificamente sul tema dei vaccini, si v. C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 aprile 2018. Sulle ricadute del rapporto tra tecnica e politica nelle dinamiche della forma di governo, si v. M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 45, ove si mette in rilievo la potenziale ricaduta di questa interlocuzione tecnico-politica sulla forma di governo «se il dialogo tra quei due complementari elementi finisce con l'esaurirsi al di fuori del circuito della rappresentanza, escludendo dalla comunicazione il Parlamento [...] al quale compete, oltre all'esercizio della funzione legislativa, il [...] compito di controllare l'operato dell'Esecutivo». Si ricorda che il coordinamento interno dell'attività normativa e amministrativa del Governo contempla, altresì, il regime dei pareri ministeriali. Si tratta di quelli del Ministro dell'interno, del Ministro della difesa, del Ministro dell'economia e delle finanze e degli altri Ministri competenti per materia, nonché dei Presidenti delle regioni competenti, o del Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni. Questi pareri assumono, nel contesto della straordinarietà, natura non vincolante benché obbligatoria.

¹⁸⁰ Cfr. art. 4 (*Riunione preparatoria del Consiglio dei ministri*), d.P.C.M. 10 novembre 1993, recante Regolamento interno del Consiglio dei Ministri.

¹⁸¹ C. ZUCHELLI, *Il ruolo del Dipartimento degli Affari Giuridici e Legislativi*, cit., p. 22.

¹⁸² Nel caso dell'emergenza sanitaria, prevedono l'intesa tra il Presidente del Consiglio dei ministri, cui compete l'adozione e l'emanazione dell'atto, e il Ministro della salute, cui è attribuita la prerogativa in ordine alla proposta della misura.

espressamente – come invece è previsto per le ordinanze di protezione civile – le disposizioni che intendono abrogare: in tal modo contribuendo fortemente, com'è evidente, alla celerità nel procedimento di predisposizione degli stessi¹⁸³.

L'autonomia¹⁸⁴ del modello qui considerato, rafforzata dalla sottrazione di questi atti – a differenza dei decreti-legge, alla interlocuzione istituzionale, almeno formale, sia con il Parlamento, sia con il Presidente della Repubblica¹⁸⁵ - si riproduce anche su un piano ulteriore: quello della comunicazione politica. Ciò accade, in questi tempi straordinari, in ragione delle esigenze correlate all'emergenza (e non solo); ma anche in tempi ordinari, in considerazione delle dinamiche in atto nel sistema dei partiti e nella a tempo nella rappresentanza politica, fortemente condizionate dall'impiego degli strumenti di comunicazione di massa¹⁸⁶.

7. Conclusioni provvisorie

L'indagine condotta consente di compiere alcune provvisorie considerazioni conclusive, in particolare sul modello di produzione normativa che viene in rilievo nella emergenza da Covid-19, nonché sulle ten-

¹⁸³ Cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 7.

¹⁸⁴ Sul punto, circa un possibile «riordino dei poteri normativi del Governo», e per ulteriori apprendimenti e approfondimenti, S. MATTARELLA, *Strumenti normativi ed equilibri della forma di governo*, in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013, 313.

¹⁸⁵ Sul rapporto tra decreto-legge e Presidenza della Repubblica, cfr. D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 285; E. STRADELLA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2016; N. MACCABIANI, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2002.

¹⁸⁶ Su questo punto, e più in generale sulle dinamiche della rappresentanza, anche in relazione al maggior ruolo assunto dagli Esecutivi, si v. F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, 2006: in particolare, in un ragionamento sulle derive degli ordinamenti democratici, l'A. considera proprio «l'influenza dei mezzi di comunicazione di massa di tipo individualistico». Ancora sulla incidenza della comunicazione politica, P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2011; S. BENTIVEGNA (a cura di), *La politica in 140 caratteri. Twitter e spazio pubblico*, Milano, 2014.

denze più generali della legislazione, connotate, come si è detto, dalla stabilizzazione dell'emergenza.

L'assenza nella Costituzione italiana – a differenza di altre carte costituzionali – di una disposizione sullo stato di eccezione, e la degradazione del decreto-legge – da istituto per l'emergenza ad atto ordinario di indirizzo politico – contribuiscono a definire la cornice, e forse a qualificare il modello legislativo, in cui si è trovato a operare il Governo innanzi all'inedita e gravissima crisi sanitaria.

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, infatti, l'Esecutivo ha messo in campo una massiccia ed eterogenea mole di misure – di cui si è cercato di dare conto mediante una specifica proposta ricognitiva – intesa alla limitazione e al contrasto dell'epidemia. Ne è emerso un quadro connotato da elevata complessità, indocile a tentativi di riordino sistematico da parte della dottrina (tendenzialmente divisa, specie nelle proposte di sistematizzazione delle fonti impiegate), ma che, tuttavia, ha offerto un osservatorio quanto mai privilegiato, probabilmente unico, per ritornare a studiare i caratteri del modello di decisione italiano, di cui questa emergenza (normativa) forse rappresenta (soltanto) un precipitato.

Insomma, un quadro difficile e un modello incerto, ma almeno quanto il contesto complessivo in cui si è prodotta la reazione del decisore politico: sotto la pressione, specie in una prima fase, di una minaccia senza precedenti nella storia repubblicana recente, quella reazione è stata intesa alla massima rapidità, anche laddove gravemente restrittiva di libertà costituzionalmente protette.

Della straordinarietà dei contesti e dei modelli venuti in rilievo si è tentato di dare conto sia mediante la ricostruzione degli eventi, sia attraverso lo studio delle tesi dottrinali in campo e l'analisi giuridica degli istituti maggiormente impiegati: circostanze che hanno consentito qualche conclusione (sul dato contingente) e suggerito ulteriori ricerche (in prospettiva).

Una osservazione riguarda, dal punto di vista del modello legislativo, quella che si potrebbe qualificare come *l'emergenza dell'emergenza*. Il ricorso a strumenti (e prassi) in deroga al procedimento legislativo parlamentare, l'impiego di atti straordinari per disciplinare l'ordinarietà e la marginalizzazione del Parlamento sono temi diffusamente evocati durante queste settimane di crisi sanitaria, ma che appartengono alla storia non soltanto recente del modello decisionale italiano.

Infatti, i dati sulla legislazione e i precedenti (normativi e fattuali)

considerati dimostrano come il rapporto tra Parlamento e Governo sia da tempo caratterizzato da uno sbilanciamento, sull'asse del secondo, della decisione politica. Benché con accentuazioni differenti – determinate, tra l'altro, dalle trasformazioni del sistema partitico, nel quadro delle dinamiche della forma di governo – la circostanza di un Esecutivo assunto a *dominus* della legislazione pare oramai difficile da smentire. In particolare, sembra conclamato il dato che, su tutti, è stato centrale ai fini di questa indagine: la stabilizzazione del ricorso al decreto-legge. Circostanza che non interessa soltanto dal punto di vista dello statuto teorico dell'istituto (quello di strumento straordinario impiegato in via ordinaria), ma anche dal punto di vista dei suoi riflessi fattuali (quelli che si rinvergono nella prassi e nelle distorsioni procedurali che in essa si producono, anche in sede parlamentare).

L'arretramento del Parlamento, pertanto, nonostante una serie di meritori tentativi variamente compiuti in sede legislativa, si configura come premessa – e non soltanto come conseguenza – dello stato emergenziale in cui è oggi trascinato il modello legislativo a causa dell'emergenza sanitaria. Ciò non può certo indurre a superficiali sottovalutazioni circa le ulteriori torsioni in atto nel modello legislativo, né alla ricerca di argomenti approssimativi circa le tendenze che sono in corso di maggiore consolidamento. Ma occorre compiere questa precisazione, allo scopo di ridurre un rischio ulteriore, forse non trascurabile nell'analisi dei processi di governo: quello della sovrapposizione di emergenze di segno diverso. Indicazione che si rende indispensabile, almeno sul piano metodologico, se si vuole elaborare qualche proposta intesa al recupero della centralità del Parlamento, muovendo dal presupposto della distinzione tra ciò che è emergenza (reale) e ciò che è emergenza (politica).

In questo contesto, pertanto, possono costruirsi due linee di elaborazione teorica e di proposta in sede istituzionale. Una prima intesa alla valorizzazione delle sedi parlamentari in tempi di stretta emergenza: in tal senso, si è prodotto un interessante dibattito sulle ipotesi di valorizzazione delle sedi parlamentari, circa le attività esterne (autorizzate, in via sperimentale, a distanza) e circa le più complesse, sul piano teorico e su quello tecnico, attività deliberative del Parlamento¹⁸⁷, nonché sulle

¹⁸⁷ Ha lanciato questo dibattito, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2, 2020, spec. 2, ove le proposte sono declinate anche in funzione di diverse ipotesi di emergenza; in chiave adesiva, anche per ulteriori

ipotesi di conversione dei decreti-legge in sede decentrata e sulle ulteriori proposte di accelerazione delle procedure.

Una seconda intesa al rafforzamento delle funzioni parlamentari in tempi ordinari, anche mediante la valorizzazione delle attività in commissione, delle procedure d'urgenza e della maggiore collaborazione tra sedi istituzionali.

Un'altra osservazione riguarda la sede del Governo: si è dato conto di alcune fasi del procedimento endogovernativo, a partire da quella istruttoria, e del peso che esse assumono in ordine alla definizione dell'indirizzo politico. Qui sono emerse alcune delle ragioni del ricorso ai d.P.C.M, a partire dalla facilità dei rispettivi procedimenti di formazione e dalla conseguente, maggiore autonomia di azione del Consiglio dei ministri. Altresì, sono emersi i profili problematici, anche di carattere istituzionale, derivanti dalla ridotta interlocuzione che questo modello ha determinato rispetto alle sedi del Parlamento e della Presidenza della Repubblica: ciò, come si è visto, pur nella prospettazione della «catena» normativa che si è prodotta nel rapporto tra le fonti.

Un ulteriore profilo, che sembra confermare alcune ricostruzioni teoriche sui fattori determinanti della decisione politica, è quello del modello negoziale, venuto in rilievo, tra l'altro, attraverso l'attività del comitato tecnico-scientifico. Ciò rimette al centro della riflessione temi di importante portata anche teorica, relativi al rapporto tra politica e tecnica, e alla esigenza (sperimentata, nell'esperienza recente, anche nel dibattito in tema di vaccini) di stabilire un confine tra responsabilità dell'indirizzo politico e apporto di carattere tecnico. Pur nella consapevolezza della problematicità intrinseca alla materia sanitaria, e del principio di precauzione sotteso all'azione di governo innanzi alla minaccia per la salute e per la vita, resta la constatazione di un modello di deci-

apprendimenti sulla complessità delle questioni in gioco, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, spec., 22 s., quanto alla partecipazione da remoto in Aula e in Commissione. Tra le ipotesi contrarie, Cfr. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020, spec. 10 s.; V. LIPPOLIS, *Voto a distanza no grazie. La presenza in Aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1 aprile 2020, 14; con un approccio problematico ma aperto alle prospettive del tema, N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto "da remoto" dei parlamentari*, in *Luiss open*, 2 aprile 2020, ma consapevole della necessità di compiere una riflessione più ampia, anche sul rapporto tra procedure e tecnologia, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, 31 marzo 2020.

sione ispirato alla negoziazione. La decisione, pertanto, si forma nella contrattazione (e qui non è stata indagata quella con le dimensioni locali e sovranazionale) tra soggetti diversi, anche estranei al circuito della rappresentanza politica, in considerazione di una legittimazione (in questo caso tecnico-scientifica) che si è in grado di produrre nella decisione.

In conclusione, non vi è dubbio che in questa vicenda si siano prodotte sovrapposizioni tra emergenze che hanno volti (anche) diversi. Se, infatti, è difficile negare che l'emergenza sanitaria sia (stata) anche emergenza normativa, qui si è inteso guardare anche oltre il dato contingente: al passato, per ricostruire le tendenze distorsive di un modello normativo che, in realtà, si è consolidato da tempo nel nome di un osimoro, *l'emergenza permanente*; e al futuro, per sviluppare analisi e proposte ulteriori, dopo un adeguato periodo di "raffreddamento". Una cautela forse utile per meglio ponderare questioni complesse, la cui portata – in ispecie politica – resta ancora incandescente.

DINAMICHE DEI RAPPORTI TRA GOVERNO, MAGGIORANZA E MINORANZE PARLAMENTARI

FULVIO PASTORE*

SOMMARIO: 1. Premessa: le connotazioni del sistema politico-istituzionale italiano con riferimento alle relazioni tra governo, maggioranza e opposizioni. – 2. L'atteggiamento del governo di fronte all'emergenza Covid-19 e le scelte compiute dall'esecutivo in ordine all'utilizzo delle fonti di produzione normativa. – 3. La maggioranza e le minoranze parlamentari di fronte all'emergenza. – 4. Riflessioni riassuntive e conclusive.

1. Premessa: le connotazioni del sistema politico-istituzionale italiano con riferimento alle relazioni tra governo, maggioranza e opposizioni

La forma di governo parlamentare italiana è demunita di un adeguato statuto delle opposizioni parlamentari, inteso, in via stipulativa, come un insieme di garanzie previste a livello costituzionale, legislativo e parlamentare (queste ultime previste da norme sia regolamentari, sia convenzionali, sia consuetudinarie), che consentano alle opposizioni parlamentari di svolgere efficacemente la loro funzione contrappositiva e preparare le basi di un'alternativa di governo¹.

La funzione di controllo sull'attività del governo viene svolta dal parlamento nella sua unitarietà. Di fatto, proprio la maggioranza parlamentare svolge più efficacemente quella funzione di critica e di proposta che si configura come un vero contrappeso rispetto ai poteri dell'esecutivo. Negli ultimi decenni, già a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso abbiamo, tuttavia, assistito a un rafforzamento dei poteri dell'esecutivo e a un complessivo indebolimento delle funzioni parlamentari di controllo e di indirizzo.

Il governo, in assenza di efficaci elementi costituzionali di stabilizzazione e di razionalizzazione, si è rivelato piuttosto instabile, come attesta

* Associato di Diritto costituzionale, Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Sul tema, per esigenze di sintesi, sia qui consentito il richiamo a F. PASTORE, *Forme di governo e statuto delle opposizioni parlamentari*, Napoli, 1999.

la durata media di poco superiore all'anno solare degli esecutivi in epoca repubblicana².

Paradossalmente, tuttavia, la durata media dei governi, nella fase c.d. consociativa o convenzionale della forma di governo parlamentare italiana (1946-1994), è stata quasi la metà della durata media dei governi verificatasi durante la fase quasi contrappositiva della forma di governo parlamentare italiana (1994-2018), conseguita alla prevalenza del principio maggioritario nel sistema elettorale e alla bipolarizzazione del sistema partitico. Mentre negli ultimi due anni, con il ritorno ad una forma di governo parlamentare di tipo convenzionale o consociativo, determinato dall'affievolimento del principio maggioritario nel sistema elettorale e dalla fine del bipolarismo del sistema partitico, si è tornati a una durata media più simile a quella della prima fase consociativa, sebbene il dato non sia particolarmente significativo dal punto di vista statistico, per la breve estensione del periodo considerato.

La maggiore instabilità dei governi, nella prima fase consociativa o convenzionale della nostra forma di governo parlamentare, è stata determinata soprattutto dalla mancanza di un'alternativa di governo, per la sussistenza di una *conventio ad excludendum*, sia nei confronti del partito comunista italiano che nei confronti del movimento sociale italiano, con una democrazia sostanzialmente bloccata. Infatti, la mancanza di una maggioranza alternativa, rendendo del tutto irrealistica la pos-

² Sulle trasformazioni della forma di governo parlamentare italiana, cfr., da ultimo, ampiamente, S. STAIANO, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti. Relazione introduttiva*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna on-line*, fasc. n. 1 del 2020. Lo scritto riordina i contenuti delle relazioni introduttive presentate, tra maggio e giugno del 2019, in due convegni di studi tenutisi presso l'Università degli studi di Napoli Federico II (Trasformazioni della forma di governo e sorti della democrazia, 6 maggio 2019; Partiti politici e dinamiche della forma di governo, 15-16 giugno 2019); in esso si riprendono – pressoché integralmente per la parte teorica, con aggiornamenti e integrazioni nella parte applicativa – le tesi contenute nel saggio *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Bologna 2019.

Per un inquadramento della forma di governo italiana in rapporto alla forma di Stato e in particolare al sistema partitico e al sistema elettorale cfr., soprattutto, G. AMATO, *Forme di Stato e forme di Governo*, Bologna, 2006; M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, 1951; L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX (1970); L. ELIA, voce *Forme di Stato e forme di governo*, in *Aa. Vv. (a cura di)*, *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, 2006; F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981; M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, *Annali III* (2010); G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Bologna, 2006.

sibilità che si avverasse il rischio di una rotazione periodica delle maggioranze di governo, accentuava la conflittualità interna alla maggioranza parlamentare, poiché le c.d. seconde file dei parlamentari di maggioranza, vedevano nella crisi di governo la possibilità di conseguire posizioni di maggiore potere. Del resto, il carattere estremamente frammentato del sistema partitico e conseguentemente, grazie a un sistema elettorale proporzionale pressoché puro, anche delle assemblee parlamentari, in uno con la caratterizzazione ideologica marcata dei partiti, rendeva le coalizioni di maggioranza particolarmente composite e rissose.

Di fatto, le numerose crisi di governo che hanno caratterizzato la prima fase consociativa della forma di governo parlamentare italiana, non sono mai scaturite da una contrapposizione particolarmente forte ed efficace delle opposizioni parlamentari, quanto, piuttosto, dalla difficoltà di relazioni interne alla maggioranza parlamentare. Tanto è vero che non c'è mai stata l'approvazione di una mozione di sfiducia da parte di una camera parlamentare nei confronti del governo, né dimissioni spontanee dell'esecutivo scaturite da un'azione di denuncia o di protesta delle opposizioni sull'operato del governo, nonostante i frequenti episodi di ostruzionismo parlamentare particolarmente acceso e le manifestazioni di piazza molto partecipate e vivaci organizzate spesso dalle minoranze³.

In questa prima fase consociativa della esperienza repubblicana, peraltro, nei rapporti infragovernativi risultava preminente il principio di collegialità rispetto a quello gerarchico. Quindi, il presidente del consiglio era un *primus inter pares* più che il capo del governo. Il presidente del consiglio, del resto, non era mai il *leader* della coalizione e spesso non era neppure il *leader* del singolo partito della maggioranza, ma veniva scelto come punto di equilibrio interno alla coalizione anche in dipendenza dei veti contrapposti e delle dinamiche correntizie. Anche perché i partiti, in virtù del sistema elettorale proporzionale, si presentavano agli elettori con un proprio segretario, un proprio simbolo, un proprio programma politico. Solo dopo le elezioni, si avviavano, all'interno della coalizione di maggioranza, le trattative per la formazione del governo, con la scelta del presidente del consiglio, dei ministri e

³ Sul rapporto fiduciario cfr. *ex plurimis*, M. VILLONE, Art. 94 Cost., in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna - Roma, 1994.

dei sottosegretari e si stilava il programma di governo da presentare alle camere parlamentari⁴.

Nella fase in esame, che va dal 1946 al 1994, tutte le maggioranze di governo, sia pure con varie formule nelle diverse legislature, si sono impennate sulla Democrazia cristiana, che era il partito di maggioranza relativa e che non è mai andata all'opposizione. Il Partito comunista italiano e il Movimento sociale erano esclusi dalla formazione delle maggioranze di governo. Tuttavia, il Partito comunista italiano veniva quasi sempre coinvolto in parlamento nell'approvazione delle proposte di legge che nella stragrande maggioranza dei casi passavano nelle commissioni in sede legislativa, evitando così di passare in assemblea, dove si ponevano le questioni identitarie e di bandiera anche in considerazione della maggiore pubblicità e visibilità dei lavori.

La trasformazione della forma di governo parlamentare italiana, sebbene a Costituzione testualmente invariata, è risultata evidente con la riforma elettorale prevalentemente maggioritaria del 1993 (c.d. *Mattarellum*) e la conseguente bipolarizzazione del sistema partitico. In questa fase, i rapporti tra governo, maggioranza e opposizioni parlamentari sono divenuti quasi conformi a quelli che si instaurano solitamente tra gli stessi soggetti nelle forme di governo parlamentari contrappositive. In particolare, si sono formate due coalizioni di partiti contrapposte che si sono presentate agli elettori, ciascuna con un programma unico; è stato individuato un simbolo unico della coalizione e un leader di coalizione; per la prima volta, si è verificata nelle diverse legislature una rotazione periodica delle maggioranze di governo; soprattutto nella prima fase delle legislature, in presenza di una particolare forza e coesione del circuito elettori-parlamento-governo, nei rapporti infragovernativi si è verificata una preminenza del principio gerarchico su quello collegiale, con un ruolo particolarmente incisivo del presidente del consiglio dei ministri; la durata media dei governi è quasi raddoppiata rispetto a quella della prima fase consociativa della forma di governo parlamentare repubblicana; la distinzione dei ruoli tra maggioranza e opposizioni si è mostrata più marcata, con il riconoscimento di una serie di garanzie delle minoranze in sede parlamentare e con un minore coinvolgimento delle stesse nell'approvazione delle proposte di

⁴ Sui rapporti infragovernativi e sulla figura del presidente del consiglio dei ministri, *ex plurimis*, cfr. P. CIARLO, *Art. 95 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1994.

legge. Anche in questa fase quasi contrappositiva della forma di governo italiana, tuttavia, è perdurata una eccessiva frammentazione e caratterizzazione ideologica del sistema partitico e conseguentemente della composizione delle camere parlamentari. Le coalizioni di maggioranza sono risultate ancora molto litigiose e frammentate. Sicché, nel perdurare della assenza di adeguati elementi di stabilizzazione e di razionalizzazione costituzionale, non sono mancate frequenti crisi di governo in corso di legislatura e si sono manifestate difficoltà significative dell'esecutivo nel portare avanti l'indirizzo politico di maggioranza attraverso il lavoro nelle camere parlamentari.

L'avvento di movimenti politici nuovi, estranei alle coalizioni tradizionali dei partiti politici, ha portato negli ultimi anni al superamento del bipolarismo del sistema partitico, che si è andato ora conformando in senso sostanzialmente tripolare, anche in virtù di un sistema elettorale misto altamente disfunzionale (c.d. Rosatellum). Così, nell'attuale diciottesima legislatura, inaugurata il 23 marzo 2018, il Movimento cinque stelle, partito di maggioranza relativa, ha prima concorso a formare a una maggioranza parlamentare sulla base di un contratto di governo con la Lega, che si era presentata alle elezioni in un cartello di liste che comprendeva anche Forza Italia e Fratelli d'Italia; quindi, dopo circa un anno e mezzo, a seguito della crisi del governo Conte I, ha dato luogo a una diversa coalizione di maggioranza, sulla base di un'alleanza programmatica con il Partito democratico e con Liberi e uguali, sostenendo il governo Conte II.

La forma di governo parlamentare italiana si è andata così conformando nuovamente in senso consociativo o convenzionale ma secondo dinamiche inedite, ovvero con maggioranze a geometria variabile nel corso della medesima legislatura, rese ora possibili dalla disponibilità del partito di maggioranza relativa a formare coalizioni di maggioranza con partiti di ispirazioni culturali e ideologiche antipodiche. In questo quadro, le opposizioni hanno avuto, in sede parlamentare, un ruolo marginale, poiché, in assenza di adeguati istituti di garanzia, sono state raramente coinvolte nella determinazione dei contenuti delle proposte legislative, come dimostra la mancata approvazione di proposte di legge avanzate dalle minoranze e soprattutto la rarissima approvazione di emendamenti proposti dai parlamentari delle opposizioni.

Quello sopra esposto, in estrema sintesi, è il quadro generale delle relazioni tra governo, maggioranza e minoranze parlamentari, per come si è delineato in Italia nel corso dell'esperienza repubblicana. Tuttavia,

si deve anche notare come l'atteggiamento delle minoranze parlamentari, durante le situazioni di emergenza, sia stato sostanzialmente di solidarietà e di coesione, alla ricerca di posizioni unitarie con la maggioranza che consentissero di fronteggiare con maggiore efficacia gli eventi nel superiore interesse del Paese. Emblematica, da questo punto di vista, la posizione assunta dalle minoranze parlamentari di fronte all'eversione terroristica, nel corso degli anni Settanta. In tal senso, significativo è anche il contegno tenuto dalle minoranze di fronte a calamità naturali come frane, terremoti, inondazioni. Così, nella maggior parte dei casi, le minoranze parlamentari hanno manifestato un atteggiamento unitario e di solidarietà con la maggioranza, nel sostegno alle missioni militari italiane all'estero.

Altrettanto, non sembra potersi affermare, con riferimento all'emergenza Covid-19, durante la quale non solo non si è formato un fronte unitario tra le forze politiche per fronteggiare la crisi, ma si è aperto un conflitto aspro tra maggioranza e opposizioni parlamentari, caratterizzato da polemiche, accuse reciproche e affermazioni propagandistiche.

2. L'atteggiamento del governo di fronte all'emergenza Covid-19 e le scelte compiute dall'esecutivo in ordine all'utilizzo delle fonti di produzione normativa

La Costituzione italiana del 1947 non prevede espressamente e, quindi, non disciplina la dichiarazione dello stato di emergenza. L'art. 78 Cost. prevede, invece, espressamente, la dichiarazione dello stato di guerra da parte delle camere parlamentari e il conferimento al governo dei poteri necessari. Si tratta di una c.d. delegazione anomala, poiché fa riferimento alla possibilità che le camere parlamentari deleghino al governo l'esercizio della funzione legislativa senza la osservanza dei limiti formali e sostanziali che è richiesta per la normale delegazione legislativa, prevista dall'art. 76 Cost. Neppure in questa ipotesi, del resto, siamo di fronte al trasferimento al governo dei pieni poteri, come previsto solitamente in caso di guerra dalle costituzioni liberali ottocentesche, poiché il limite al conferimento dei poteri al governo nell'art. 78 Cost. è individuato nel concetto di necessità. La necessità, infatti, in questa ipotesi, a differenza di quanto accade nella decretazione d'urgenza disciplinata dall'art. 77 Cost., non è solo il presupposto fattuale del conferi-

mento di funzioni ma assume rilievo anche al fine di definire la estensione dei poteri da conferire, nonché al fine di delimitare temporalmente la durata del conferimento⁵.

Nonostante la mancata previsione della dichiarazione dello stato di emergenza, si deve ritenere che la Costituzione italiana fornisca tutti gli strumenti e le coordinate utili per fronteggiare adeguatamente le situazioni di emergenza. In primo luogo, viene in evidenza, a questo proposito, la figura del decreto-legge, disciplinata dall'art. 77 Cost. per fronteggiare casi straordinari di necessità e urgenza. Si tratta di uno strumento provvisorio che il governo adotta sotto la sua responsabilità per fronteggiare situazioni di emergenza che richiedono un intervento legislativo immediato e non consentono di attendere i tempi fisiologicamente richiesti per l'approvazione di una legge ordinaria da parte delle camere parlamentari. In questo caso si verifica una autorottura della Costituzione, in quanto si deroga al principio di legalità, che è un principio fondamentale della Costituzione, secondo il quale ogni espressione di autorità deve trovare il suo fondamento in una previa norma di legge.

Alle sue origini, nelle costituzioni liberali ottocentesche, che risentivano molto della cultura illuministica, la *ratio* del principio di legalità risiedeva nella parificazione della legge con la volontà generale della Nazione. Idee dalle quali derivava un vero e proprio mito della sovranità e onnipotenza della legge che veniva identificata con la verità, la giustizia, la razionalità. Pertanto, era inconcepibile che la legge potesse essere considerata viziata e che potesse essere sottoposta a un controllo di legittimità costituzionale ed eventualmente annullata all'esito dello stesso. Questo mito – funzionale al paradigma monoclasse dello stato borghese di ispirazione giacobina – risulta totalmente superato nelle costituzioni pluraliste adottate dalle democrazie mature dell'Europa continentale durante il secondo dopoguerra. Infatti, queste costituzioni, tra le quali rientra a pieno titolo la Costituzione italiana del 1947, affermano il principio di rigidità della Costituzione e ammettono il controllo sulla legittimità costituzionale della legge. Alla legge, tuttavia, si continua a riconoscere un ruolo centrale nel sistema delle fonti, come garanzia rispetto alle altre espressioni di autorità. La *ratio* del principio di legalità, però, non risiede più nella identificazione della legge con la volontà generale, quanto, piuttosto, nel fatto che la legge è manifestazione

⁵ Sul tema cfr., in particolare, M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969.

di volontà delle camere parlamentari e le camere parlamentari sono gli organi che più di ogni altro assicurano un elevato grado di rappresentatività del corpo elettorale e di pluralismo. All'interno delle camere parlamentari, infatti, non è rappresentata solo la maggioranza, dalla quale promana il governo, ma anche le minoranze parlamentari. La complessità e le garanzie del procedimento di formazione della legge ordinaria, garantendo una adeguata partecipazione delle minoranze alla formazione della volontà legislativa, conferiscono alla legge quella capacità di offrire tutela alla persona e alle formazioni sociali rispetto ad altri poteri meno rappresentativi e pluralisti.

Non a caso, in effetti, il decreto legislativo, si basa su una legge di delega delle camere parlamentari che ne costituisce il presupposto giuridico, tanto che il primo comma dell'art. 77 Cost. ribadisce come il governo non possa, senza delegazione delle camere parlamentari adottare atti aventi forza di legge. Tuttavia, dando luogo alla citata autorottura, il medesimo articolo prevede che, in casi straordinari di necessità e urgenza, venga adottato dal governo un atto provvisorio da convertire in legge, a pena di decadenza, entro sessanta giorni. Si tratta di una situazione che secondo il costituente avrebbe dovuto essere del tutto eccezionale e che viene ricondotta, sia pure a posteriori, entro l'alveo del principio di legalità attraverso la legge di conversione. Del tutto coerentemente, il disegno di legge di conversione deve essere presentato immediatamente alle camere parlamentari, le quali, anche se sciolte, si riuniscono, per esaminarlo, entro cinque giorni.

Proprio per il fatto che il decreto-legge è visto come un atto eccezionale, l'ordinamento giuridico appresta una serie di limiti e di garanzie rispetto al rischio di un suo abuso da parte del governo. Infatti, il decreto-legge, in sede di conversione in legge, può essere respinto per insussistenza dei requisiti di costituzionalità o può essere bocciato nel merito. In tale ipotesi, i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto-legge non convertito non possono essere disciplinati da un altro decreto-legge ma possono essere disciplinati solo da una legge ordinaria. Inoltre, anche in caso di conversione in legge, le camere parlamentari possono emendare il testo emanato, sopprimendo delle disposizioni, integrando quelle contenute nell'atto o aggiungendo delle disposizioni nuove, purché omogenee al contenuto del decreto. In aggiunta al controllo parlamentare, non va dimenticata la possibilità che il decreto-legge sia sottoposto a controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, con la possibilità che perda efficacia retroatti-

vamente a seguito di dichiarazione di incostituzionalità. Né la conversione in legge del decreto può essere considerata come una sanatoria o una convalida, atteso che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il vizio originario del decreto-legge si trasmette alla legge di conversione con la possibilità che possa condurre alla dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultima. Un'altra garanzia rispetto al decreto-legge consiste nella possibilità che lo stesso possa essere sottoposto a referendum abrogativo, quindi a un controllo di opportunità del corpo elettorale, su richiesta di cinquecentomila elettori o cinque consigli regionali. Il suo carattere provvisorio, infatti, non preclude la possibilità che il quesito formulato dai promotori venga trasferito sul decreto-legge che reiteri il decreto-legge in questione o sulla eventuale legge di conversione.

Le garanzie suindicate di tipo politico e giuridico che l'ordinamento italiano appresta avverso il decreto-legge, non sono utilizzabili per i regolamenti dell'esecutivo, sia che si prendano in considerazione i regolamenti governativi, sia che si considerino i regolamenti ministeriali o interministeriali. Frutto di esclusiva volontà dell'esecutivo, infatti, tali regolamenti non devono essere esaminati né tanto meno approvati dalle camere parlamentari. Inoltre, non possono essere sottoposti a controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, né possono essere sottoposti a referendum abrogativo. Sicché, per certi versi, i regolamenti rappresentano uno strumento a disposizione del governo per aggirare il confronto parlamentare e nel contempo per schivare la corte costituzionale e le iniziative referendarie.

Le garanzie nei confronti dei regolamenti dell'esecutivo sono offerte dal fatto che i regolamenti devono trovare il proprio fondamento positivo e il proprio limite negativo nella legge. Quindi, il regolamento può essere annullato o disapplicato, a seconda della sede giurisdizionale adita, dai giudici comuni, in caso di mancata conformità alla legge. Tale garanzia, però è particolarmente flebile, quando la legge si limiti ad autorizzare l'intervento del regolamento senza dettare dei limiti sostanziali o di contenuto abbastanza specifici, come principi, criteri, obiettivi da raggiungere. In queste ultime ipotesi, infatti, il principio di legalità viene inteso in senso meramente formale, poiché manca il parametro legislativo sostanziale rispetto al quale il giudice dovrebbe operare la verifica di conformità. Con il rischio che si creino delle vere e proprie zone franche rispetto al controllo di legittimità. I c.d. regolamenti indipendenti del governo, ad esempio, rientrano tra i regolamenti dell'esecutivo che sfuggono a ogni forma di controllo sostanziale da parte dei giudici.

Questo vero e proprio *vulnus* del nostro ordinamento risulta attenuato solo dal fatto che in molte materie, nelle quali sono in gioco diritti fondamentali, la Costituzione pone delle riserve di legge assoluta, affidando alla legge il compito di prevedere una disciplina dettagliata della materia, o pone delle riserve di legge relativa, affidando alla legge il compito di dettare, quanto meno, una disciplina di principio. I rischi connessi alla mancanza di adeguate garanzie politiche e giuridiche rispetto ai regolamenti dell'esecutivo sono ulteriormente attenuati dal fatto che ormai quasi tutte le materie, anche se non riservate alla legge, sono legifimate, ovvero disciplinate dalla legge, quindi i regolamenti, essendo fonti subordinate alla legge, trovano uno spazio limitato.

Con delibera del 31 gennaio 2020, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. 26 del 1.2.2020 – vista la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020, viste le raccomandazioni alla comunità internazionale della Organizzazione mondiale della sanità circa la necessità di applicare misure adeguate, il consiglio dei ministri, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 ha dichiarato per sei mesi lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Successivamente, il governo Conte II, seguendo la via maestra indicata dalla Costituzione, ha adottato il decreto-legge n. 6 del 23.2.2020, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13 (in G.U. 09.03.2020, n. 61). In questo decreto-legge, il governo ha previsto la possibilità di adottare la limitazione di diritti fondamentali della persona al fine di contenere la diffusione del contagio⁶. Tuttavia, ha anche previsto che le misure su indicate po-

⁶ In particolare, all'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 23.2.2020, si legge testualmente: “Art. 1 - Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19: 1. Allo scopo 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, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. 2. Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; b) divieto di ac-

tessero essere adottate in virtù di DPCM, ovvero decreti del presidente del consiglio dei ministri⁷.

cesso al comune o all'area interessata; c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3.”

⁷ A tal proposito, l'articolo 3 del decreto-legge n. 6 del 23.2.2020, rubricato “Attuazione delle misure di contenimento”, al comma 1, recita testualmente: “Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presi-

Questa ultima modalità di produzione del diritto suscita numerosi dubbi di legittimità, tanto più che molti precetti giuridici introdotti per tale via sono andati a incidere significativamente su diritti fondamentali della persona⁸. Infatti, si deve ritenere del tutto illegittimo l'utilizzo dei

enti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.”

⁸ Sulle limitazioni ai diritti fondamentali durante l'emergenza Covid-19 cfr, *ex plurimis*, V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale (o colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 2/2020.

Cfr., altresì, C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La Peste di Camus*, in *Diritti regionali*, Forum la gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed Enti locali, 28.3.2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Diritti fondamentali*, 31.5.2020; V. BALDINI, *Frammenti di riflessione su un capolavoro all'italiana*, in *Diritti fondamentali*, Attualità, 31.5.2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti fondamentali*, fascicolo 1/2020; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del Coronavirus*, in *Diritti fondamentali*, fascicolo 1/2020; G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 5.5.2020; P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione giuridica degli stranieri*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in *Diritti fondamentali*, 3.4.2020; G. M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID.19. Una questione di diritto internazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020; G. CHIOLA, *Il coronavirus e la rivolta nelle carceri italiane*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 1.4.2020; P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28.4.2020; L. CONTE, *“Prima la salute” o “prima i bambini”? Riflessioni sui diritti dell'infanzia al tempo del Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, Attualità, 29.4.2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid.19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 5.5.2020; D'AUGE A., *Emergenza CoViD-19: alcuni spunti di riflessione sulla natura giuridica, sull'obbligatorietà e sul corredo sanzionatorio della c.d. autocertificazione per la mobilità individuale*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 2/2020; G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 18.3.2020; G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *LaCostituzione.info*, 1.4.2020; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 15.4.2020; S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020; M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 23.5.2020; M. MIDIRI, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 2/2020; S. NICODE-

DPCM in materie coperte da riserva assoluta di legge, a meno che non si tratti di disposizioni meramente esecutive di una disciplina legislativa dettagliata. Quanto all'utilizzo dei DPCM in materie coperte da riserva relativa di legge, come le limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno, la legittimità di tali atti presuppone che la disciplina di principio dettata dalle norme legislative sia sufficientemente chiara e definita⁹. In ogni caso, sul piano dell'opportunità politica, si deve rilevare come l'utilizzo dei DPCM, sebbene consenta al governo di intervenire rapidamente per fronteggiare l'emergenza, rappresenti un aggiramento della dialettica parlamentare e non favorisca certo la collaborazione della maggioranza e delle minoranze parlamentari. Si tratta, quindi, indubbiamente, di un modello di produzione normativa che appare dissonante rispetto alla configurazione della nostra forma di governo parlamentare e la sua adozione, da parte del governo, appare discutibile sia sotto il profilo della legittimità che sotto il profilo della opportunità, anche in periodo di emergenza come quella in questione. Va altresì rilevato come la qualità della redazione dei testi normativi in questione abbia lasciato molto a desiderare, anche sotto il profilo più squisitamente stilistico e linguistico¹⁰. Certamente, si tratta di un modello di produzione normativa da abbandonare una volta finita l'emergenza¹¹.

MO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte dell'emergenza (Covid-19)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 6.5.2020; M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 11.3.2020; M. PLUTINO, *"Immunì". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *Diritti fondamentali*, 26.5.2020; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 24.3.2020.

⁹ Sul tema cfr., in particolare, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali*, Forum la gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed Enti locali, 30.3.2020.

¹⁰ Sul tema cfr., *ex plurimis*, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020.

¹¹ Pienamente condivisibile appare, a tal proposito, l'invito di Gaetano Azzariti a pensare al dopo: G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1/2020.

Sulle tecniche di produzione normativa utilizzate dall'esecutivo durante l'emergenza Covid-19, cfr., *ex plurimis*; U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del Coronavirus?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna, 28.3.2020; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione*

3. *La maggioranza e le minoranze parlamentari di fronte all'emergenza*

La dichiarazione dello stato di emergenza non ha implicato assolutamente la chiusura delle camere parlamentari, né la sospensione dei lavori. Gli organi parlamentari hanno continuato a lavorare, sia pure adottando delle misure di prevenzione e di profilassi per evitare la diffusione del contagio tra le persone che operano in parlamento. Le maggiori difficoltà si sono manifestate per lo svolgimento dei lavori in assemblea, dove, in considerazione dei numeri, era più complicato garantire il distanziamento sociale tra i componenti. Il problema è stato risolto, in parte, con l'autoregolamentazione dei gruppi che, in varie occasioni, sulla base di intese informali, hanno partecipato in numero ridotto alle sedute, garantendo la proporzione tra presenti e componenti. Inoltre, sono state utilizzate le tribune, occupate tradizionalmente dal pubblico e dalla stampa, nonché altri spazi contigui agli emicicli per estendere gli ambienti destinati agli scranni dei parlamentari e consentire un maggiore distanziamento. Alcuni parlamentari avevano proposto di introdurre la possibilità, durante l'emergenza, di fare ricorso al voto telematico e di partecipare ai lavori da remoto ma la proposta è stata bocciata perché ritenuta incompatibile con i principi che disciplinano la partecipazione ai lavori parlamentari. Durante tutta l'emergenza, maggioranza e minoranze hanno garantito il numero legale¹².

dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio costituzionale AIC, Fascicolo 3/2020; CALAMO SPECCHIA M., *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in Osservatorio costituzionale AIC, Fascicolo 3/2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 18.3.2020; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, Editoriale, 27.5.2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 22.4.2020; L. A. MAZZAROLLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 23.3.2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 18.3.2020.

¹² Su queste tematiche cfr., *ex plurimis*, S. CECCANTI, *Per una ragionevole disciplina costituzionale del ruolo del Parlamento nelle situazioni di emergenza*, in *DPCE online*, Osservatorio Covid-19, 27.3.2020; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus)*. *Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; S. CURRERI, *Il Parla-*

Nonostante i numerosi DPCM adottati dal governo¹³, le camere parlamentari sono state chiamate in poco più di tre mesi, dall'inizio dell'emergenza, a esaminare e discutere più di dieci decreti-legge, molti dei quali sono stati convertiti in legge con modifiche. Si tratta di centinaia di disposizioni legislative nelle più svariate materie, dal sistema sanitario nazionale, al sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, dalla giustizia alla ricerca scientifica ed epidemiologica¹⁴. Sono stati impegnati centinaia di miliardi di spesa pubblica attraverso una miriade di interventi in svariati settori, con una dimensione economica complessiva di gran lunga superiore alle normali manovre di bilancio.

Nello stesso periodo di tempo sopra considerato, le camere parlamentari hanno anche avuto modo di svolgere regolarmente le attività ispettive. Inoltre, anche su sollecitazione delle minoranze parlamentari, sono state affrontate questioni politiche spinose che solo marginalmente e incidentalmente riguardavano l'emergenza Covid-19, come la sfiducia al ministro della giustizia Bonafede. Non sono mancate occupazioni di aule, sospensioni dei lavori per proteste veementi delle opposizioni, manifestazioni pubbliche organizzate dalle minoranze nelle piazze antistanti le sedi parlamentari.

Insomma, camere parlamentari niente affatto paralizzate o inattive, che anzi hanno svolto in modo vivace ed efficace le loro funzioni, nonostante le difficoltà logistiche e sanitarie imposte dalla pandemia.

La maggioranza parlamentare – abbandonata la via del contratto di governo seguita dalla coalizione tra M5S e Lega nella prima parte della legislatura in occasione della formazione del governo Conte I – è tornata all'alleanza programmatica, più congeniale alla forma di governo par-

mento nell'emergenza, in *Osservatorio costituzionale AIC*, Forum Emergenza covid-19, Fascicolo 3/2020; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1.4.2020; C. FUSARO, *Le camere nell'emergenza della pandemia*, in *Progresso, Europa, Riforme*, 18.3.2020; V. LIPPOLIS, *Parlamento a distanza? Meglio di no*, in *Il dubbio*, 1.4.2020; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020; N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di Coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020.

¹³ Si fa riferimento a più di dieci DPCM. Il lungo elenco, con i link per arrivare ai relativi testi, è reperibile all'indirizzo telematico: <http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa>

¹⁴ Si fa riferimento a più di dieci decreti-legge. Il lungo elenco, con i link per arrivare ai relativi testi, è reperibile all'indirizzo telematico: <http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa>

lamentare italiana, con la formazione del governo Conte II, sorretto da una coalizione sostenuta originariamente da M5S, PD, Liberi e uguali, ai quali si è aggiunto successivamente il partito di Italia viva, formatosi a seguito di una scissione dal PD di un gruppo consistente di parlamentari che fanno capo a Matteo Renzi. Indubbiamente, la mancanza di un vincolo forte all'azione di governo, quale sarebbe derivato dalla stipula di un contratto, ha favorito la ricerca di una sintesi tra i partiti di maggioranza, man mano che emergevano nuove questioni da affrontare, sia pure nell'ambito di una cornice programmatica elastica e generica¹⁵.

Complessivamente – nonostante i continui distinguo, le critiche e le richieste di correzione avanzati da Italia viva – si può dire che la maggioranza abbia retto all'impatto della pandemia, affrontando l'emergenza in modo coeso e responsabile. Anche in occasione delle mozioni di sfiducia individuale proposte dalla destra e da più Europa nei confronti del ministro di giustizia Bonafede, la maggioranza si è ricompattata, respingendo le mozioni e Italia viva, pur dichiarando di condividere ampiamente gli argomenti esposti dalle opposizioni, ha votato a favore del ministro per salvaguardare la stabilità del governo, atteso che il presidente del consiglio aveva annunciato le dimissioni del governo in caso di approvazione di una delle mozioni di sfiducia.

Per quanto riguarda le minoranze parlamentari, si deve constatare, in generale e in primo luogo, la mancata assunzione da parte delle stesse di una posizione unitaria e di solidarietà nazionale con la maggioranza per fronteggiare la pandemia, contrariamente a quanto avvenuto in passato di fronte ad altre emergenze. Sicuramente l'atteggiamento assunto da alcune minoranze, come Forza Italia, Azione e Più Europa, può essere definito moderato e di opposizione costruttiva, soprattutto con riferimento ai rapporti dell'Italia con l'Unione Europea¹⁶. Al contrario, sia

¹⁵ Sia consentito, in questa sede, sul tema in questione, il rinvio a F. PASTORE, *Dal programma al contratto di governo*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna on-line*, fasc. n. 1 del 2020.

¹⁶ Sui rapporti tra Italia e Unione Europea durante l'emergenza Covid-19, cfr. *ex plurimis*, L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione Europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 8.4.2020; M. BURSI, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati: una possibile base per i Recovery Fund?*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 29.4.2020; G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE online*, Osservatorio Covid-19, 29.3.2020; G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, in *aisdue.eu*, dibattito Coronavi-

Lega che Fratelli d'Italia, hanno scelto una opposizione frontale e veemente. Tutte le minoranze hanno comunque lamentato un atteggiamento poco dialogante e poco propenso all'ascolto da parte della maggioranza parlamentare e del governo.

Il fatto che alcune regioni tra le più colpite fossero governate dai partiti di opposizione non ha favorito la ricerca di una posizione unitaria tra le forze politiche, generando, piuttosto, una serie di polemiche e di accuse reciproche tra governo nazionale e governi regionali, con uno sterile rimbalzo di responsabilità e con l'adozione di misure spesso disarmoniche e talvolta pienamente contraddittorie tra diversi livelli territoriali di governo¹⁷. I meccanismi di leale collaborazione tra Stato e re-

rus e diritto dell'Unione, 18.4.2020; J. ZILLER, *Europa, coronavirus e Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 24.3.2020.

In generale, sui rapporti tra Costituzione italiana e diritto dell'Unione Europea, cfr., *ex plurimis*, M. SCUDIERO (a cura di), *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n. 7, Napoli, 2005; M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n° 5, Napoli, 2002.

¹⁷ Cfr. sul tema, *ex plurimis*, G. ALBERICO, *Le ordinanze contingibili e urgenti nella gestione dell'emergenza sanitaria: il ruolo dei sindaci nella disciplina del D.L. 33/2020*, in *Diritti fondamentali*, Attualità, 1.6.2020; U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna, 9.4.2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici... e rischiosi*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 1/2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 1/2020; M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biodiritto*, 22.3.2020; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali*, Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed Enti locali, 24.3.2020; A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l' "isola della ragione nel caos delle opinioni" (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10.4.2020; M. COSULICH, *Lo stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei "propri confini"*, in *Diritti fondamentali*, Attualità, 18.4.2020; A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 15.4.2020; V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020; G. DI GENIO, *Una ordinanza regionale covid 19 come atto di iniziativa (proposta regionale) di DPCM*, in *Diritti fondamentali*, Attualità, 29.4.2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibri*

gioni non hanno funzionato sempre al meglio e questo dipende, oltre che dall'atteggiamento delle forze politiche, dalla mancanza al centro di adeguate sedi di svolgimento del rapporto di leale collaborazione e di rappresentanza delle autonomie territoriali. Limite, questo ultimo, che costituisce una delle più gravi lacune del nostro sistema di relazioni tra livelli territoriali di governo, rispetto alla quale la riforma del Titolo V non ha saputo dare risposte convincenti¹⁸.

4. Riflessioni riassuntive e conclusive

Nonostante l'assenza della previsione a livello costituzionale della dichiarazione di emergenza, la Costituzione italiana contiene tutti gli strumenti per affrontare un'emergenza come quella prodotta dalla pandemia da Covid-19, senza che ci sia bisogno di sospendere le garanzie democratiche o di derogare all'ordinario funzionamento dell'organizzazione costituzionale¹⁹. Sebbene alcuni atti adottati dal governo nella forma del DPCM suscitino dei dubbi sotto il profilo della legittimità, si può ritenere che, complessivamente, i comportamenti dei poteri pubblici si siano tenuti nell'alveo tracciato dalla Costituzione.

A differenza di quanto accaduto in altri Paesi membri dell'Unione Europea, come l'Ungheria, in Italia non c'è stata nessuna svolta autori-

rapporti fra Stato e Regioni, in *Diritti comparati*, 24.4.2020; A. ROMANO, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 20.5.2020.

Sul riparto di competenze amministrative tra Stato e autonomie territoriali cfr., in particolare, S. STAIANO (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali. Profili analitici e ricostruzione sistematica*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n. 8, Napoli 2006.

¹⁸ Il tema è approfonditamente e ampiamente sviluppato in M. SCUDIERO (a cura di), *Le autonomie al centro*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n. 9, 2 Tomi, Napoli, 2007.

¹⁹ Sul tema cfr. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, Fascicolo 1/2020; T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta-online*, n. 1/2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferita tenuta del sistema istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta-online*, n.1/2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10.4.2020.

taria, né si può parlare di instaurazione di un regime dittatoriale come da qualcuno paventato.

A sua volta, la forma di governo parlamentare italiana si è mostrata matura ed equilibrata, con un rendimento elevato, anche in confronto con le forme di governo di altre democrazie occidentali. Il parlamento ha operato quasi a pieno ritmo e ha potuto svolgere quasi del tutto normalmente le sue funzioni di controllo e di indirizzo politico, sia mediante l'esercizio del potere legislativo, sia con attività non legislative.

Probabilmente, anche le minoranze parlamentari avrebbero potuto dare un contributo più fattivo e costruttivo alla gestione dell'emergenza se si fosse riuscito a trovare un dialogo più proficuo tra governo, maggioranza parlamentare e opposizioni. Tuttavia, questo limite, manifestato dal nostro sistema politico-istituzionale durante l'emergenza, non è certamente imputabile alla Costituzione o alla forma di governo ma dipende dalla frammentazione e dalla caratterizzazione ideologica eccessiva del sistema partitico.

Al contrario, le evidenti disarmonie e contraddizioni tra le scelte assunte a livello statale e quelle di livello regionale non sono dipese solo dalla disomogeneità politica di alcuni governi regionali rispetto al governo nazionale e dalla scarsa propensione al dialogo costruttivo tra personalità appartenenti a schieramenti politici contrapposti, quanto, soprattutto, dalla mancanza a livello centrale di adeguate sedi di svolgimento del rapporto di leale collaborazione tra Stato e autonomie territoriali. Infatti, a conferma di tale assunto, si deve rilevare come difficoltà di collaborazione tra Stato e regioni siano emerse anche con riferimento a regioni governate da esponenti politici appartenenti ai partiti della maggioranza parlamentare di governo.

NAZIONALISMO BANALE E LIVELLI DI GOVERNO DELL'EMERGENZA

GENNARO FERRAIUOLO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nazionalismo: presenza, assenza, rimozione. – 2.1. Epidemia e guerra. – 2.2. Patriottismo *versus* nazionalismo? – 2.3. Limiti discorsivi e ricadute analitiche. – 3. Una nazione per l'Europa? – 3.1. Unione europea, Stati, prove di solidarietà. – 4. Crisi epidemiologica e persistenza dello Stato nazione.

1. Premessa

Le analisi sulle implicazioni giuridiche dell'emergenza Covid-19 spaziano su molteplici piani, con toni spesso diversificati, ed evocano talora categorie forti del diritto costituzionale: la necessità come fonte del diritto¹, lo stato d'eccezione², la rottura della Costituzione³ o la sospensione delle garanzie da essa apprestate⁴. Anche chi ha cercato di re-

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Cfr. G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, spec. II ss.: «È una prassi conforme a quanto la Costituzione ha stabilito? Direi di no. Sono atti illegittimi? Anche in questo caso darei una risposta negativa. È l'autoassunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità. Posta in questi termini, credo che si comprenda bene come non si possano sottovalutare né le esigenze che muovono il Governo a salvaguardare la salute pubblica in una situazione di fatto di estremo pericolo, né la necessità di delimitare il più possibile – nel tempo e nel contenuto – le deroghe o le sospensioni della legalità ordinaria» (III).

² Ad esempio, G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 20 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2020, che intravede (9) un «tentativo di nascondimento semantico dell'avvenuta ipostatizzazione dello stato di eccezione su suolo italiano».

³ *Ibidem*, dove l'assetto delineatosi durante la pandemia è collocato «fuori dalla architettura portante, sia in chiave di gerarchia normativa sia assiologica, dell'ordine costituzionale, nella sua totalità o in alcuni suoi aspetti». Di «rottura, seppur temporanea, del principio gerarchico delle fonti» discorre A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2020, 559; parla di «gestione (in)costituzionale dell'emergenza» A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020, 60 ss.

⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi*

stituire, in termini più rassicuranti, il quadro di un'ordinaria gestione costituzionale dell'emergenza, non ha potuto esimersi dal rilevare come il formale rispetto della *catena di produzione normativa* (dalla Costituzione fino ai diversi atti estrinsecazione del potere di ordinanza)⁵ non significhi necessariamente che problemi di conformità alla Carta non possano darsi nelle modalità di messa in opera del modello, per ragioni riferibili tanto al piano qualitativo (i contenuti) quanto a quello quantitativo (il numero, e dunque il frenetico sovrapporsi) dei provvedimenti adottati⁶.

Al di là delle tesi che, in questa dimensione generale, si ritenga di seguire, l'emergenza sembra possedere una dirompente forza disvelatrice. Non ci si riferisce qui al problema schmittiano del decisore ultimo nello stato d'eccezione⁷: non è affatto certo, come si diceva, che tale schema sia applicabile alle attuali circostanze; e, peraltro, assumerlo potrebbe significare, di per sé, già muoversi al di fuori delle coordinate del costituzionalismo democratico degli ordinamenti pluralisti⁸. La forza disvelatrice concerne, più semplicemente, la capacità di mettere in luce le reali dinamiche delle relazioni tra livelli di governo, la cui analisi spesso risente del fatto che alcuni elementi siano omessi dal piano analitico-discorsivo, in quanto presupposti o rimossi. Tali omissioni rischiano di compromettere la percezione dei termini reali delle questioni in gioco e, dunque, il loro soddisfacente inquadramento (giuridico e non solo). In questa prospettiva, l'emergenza epidemiologica può divenire un utile strumento di interpretazione della ordinarietà, assecondando lo sforzo – qui tentato – di ancorarne l'analisi ad un quadro sistematico e

palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, in *ConsultaOnline*, n. 1, 2020, 212, nella parte in cui riferisce della «torsione marcata sofferta dal modello disegnato nella Carta»; sul rischio di una «Costituzione in quarantena», v. M. OLIVETTI, *Così le norme contro il Coronavirus possono rievocare il "dictator"*, in *Avvenire.it*, 11 marzo 2020; parlano di una «Costituzione svalutata» M. BETZU – P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, 574 ss..

⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo* (*Giurcost.org*), 11 aprile 2020, 1 ss.

⁶ Ivi, 25, nonché, in questo volume, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*.

⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, München-Leipzig, 1922 (seconda edizione 1934), trad. it. *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, 33 ss.

⁸ Sul punto v. le considerazioni di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020.

concettuale che permetta di sganciarsi dalle drammatiche vicende del contingente.

2. Il nazionalismo: presenza, assenza, rimozione

La categoria analitica che si intende adoperare come principale chiave di lettura della presente riflessione è quella del *nazionalismo banale*, che va ascritta a Micheal Billig⁹.

La valenza *banale* del nazionalismo, contrariamente a quanto potrebbe suggerire la formula, non ne mette in luce la marginalità ma la forza e il radicamento. Un radicamento talmente profondo da rendere il nazionalismo lo scenario non focalizzato (e dunque non messo in discussione) delle riflessioni condotte nei più svariati ambiti di studio. Vi è una immagine che può ben esemplificare il concetto: si tratta dei due giovani pesci, resi celebri da un saggio di David Foster Wallace, che nuotando si chiedono cosa sia l'acqua¹⁰. La banalità, *à la* Billig, indica una «ideologia che è talmente familiare da essere assai difficile da notare»¹¹: per quanto in apparenza assente dal piano analitico, di fatto ne orienta in maniera decisiva gli esiti.

Billig mette in luce come negli Stati nazione consolidati «abbia luogo un continuo “sbandieramento”, o richiamo mentale, alla nazione. [...] In tanti piccoli modi, alla cittadinanza viene quotidianamente ricordato il proprio posto come nazione in un mondo di nazioni. Tuttavia, questo richiamo mentale è talmente familiare e continuativo che non viene consciamente percepito come tale. L'immagine metonimica del nazionalismo banale non è quella della bandiera sventolata con coscienza e con passione fervente; è semmai quella della bandiera che pende da un edificio pubblico senza essere notata»¹².

La costruzione gioca, a ben vedere, sul rapporto tra persistenza e dimenticanza, frequente negli studi sulla nazione a partire dal noto ap-

⁹ M. BILLIG, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. it. *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018.

¹⁰ Si veda l'esordio del discorso tenuto dallo scrittore al Kenyon College il 21 maggio 2005, che può essere letto, nella traduzione italiana, in D. FOSTER WALLACE, *Questa è l'acqua*, Torino, 2017, 140.

¹¹ M. BILLIG, *op. cit.*, 25.

¹² Ivi, 18. Affine all'idea di nazionalismo banale è quella di *micronazionalismo*, formulata di recente da J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018.

porto di Renan¹³. La dimenticanza, in questo caso, non opera però rispetto ad un mitico (ed efferato) passato che si perde nel tempo ma alla ordinarietà del quotidiano, allorquando la nazione agisce sottotraccia e sembra scomparire, per riemergere in tutta la sua forza nei momenti di crisi. Ma, avverte Billig, «non sono le crisi a creare gli Stati nazionali in quanto tali [...]. Nelle nazioni consolidate il nazionalismo, lungi dall'essere un umore intermittente, ne costituisce invece la condizione endemica»¹⁴. La coppia dimenticanza-persistenza si sovrappone così a quella ordinarietà-crisi; se è nella crisi che il nazionalismo appare più visibile in quanto *ferventemente sbandierato*, ciò è possibile solo grazie al suo *banale penzolamento* nell'ordinario: «il mondo delle nazioni è il mondo del quotidiano»¹⁵.

Il terreno su cui tale schema meglio può essere colto è quello della guerra, a cui Billig ricorre, ripetutamente, a fini esemplificativi. Il rumore di fondo del nazionalismo banale, impercettibile ma incessante, esprime «istituzioni dotate di vasti arsenali. [...] è possibile mobilitarne le forze senza dover condurre prolungate campagne di preparazione. Le armi sono cariche, pronte all'uso in combattimento. E anche le popolazioni nazionali sembrano cariche, pronte a sostenere l'uso di tali armi»¹⁶.

È in ragione di questo esito estremo che in molti passaggi dell'analisi si denunciano le «pericolose potenzialità» e la *non innocenza* del nazionalismo banale¹⁷. Si tratta però di un rilievo critico generalizzato, che assume come termini di riferimento tutti gli Stati nazione. Gli schemi di funzionamento del nazionalismo banale sono dunque efficacemente illustrati senza la necessità di evocare esperienze antidemocratiche, ma – ad esempio – ricorrendo alle guerre delle Falkland e del Golfo, nelle modalità portate avanti, rispettivamente, dal Regno Unito (con Margareth Thatcher alla guida dell'Esecutivo) e degli Stati Uniti (sotto la presidenza di George Bush)¹⁸. È nella sua portata generalizzan-

¹³ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, conferenza tenuta alla Sorbona l'11 marzo 1882, trad. it. *Che cos'è una nazione*, in ID., *Che cos'è una nazione?*, Roma, 2004, spec. 6-7.

¹⁴ M. BILLIG, *op. cit.*, 14-15.

¹⁵ Ivi, 14.

¹⁶ Ivi, 16.

¹⁷ Ivi, 238 e 12.

¹⁸ Ivi, 6-10; al nazionalismo statunitense è dedicato l'intero capitolo "La filosofia come bandiera per la *Pax Americana*" (287 ss.).

te che la categoria rivela – anche ai fini del presente lavoro – la propria capacità disvelatrice.

2.1 Epidemia e guerra

Non è possibile, tanto sono risultati frequenti, passare in rassegna i casi in cui la retorica bellica è stata utilizzata in riferimento alla recente pandemia. Non interessa qui stabilire se, quello tra epidemia e guerra, sia un parallelismo più o meno appropriato¹⁹, e se lo sia in particolare dal punto di vista giuridico²⁰. Semplicemente, si vuol prendere atto del diffuso ricorso ad esso su diversi piani (mediatico, scientifico, politico, istituzionale): le perdite di vite umane, spesso rapportate a quelle dei conflitti mondiali; le categorie (personale medico e operatori sanitari su tutti) *in trincea*, in prima linea nella battaglia al virus; i sacrifici imposti alla popolazione dal nemico invisibile, in termini di esercizio dei diritti fondamentali; le ricadute economiche e sociali della pandemia, di entità tale da richiedere un vero e proprio programma di «ricostruzione post-bellica»²¹; i futuribili scenari da guerra fredda nelle relazioni tra Stati; in ultimo, le prospettazioni che direttamente qualificano il virus quale arma batteriologica.

Se lo sfondo è quello della crisi, e di una crisi che evoca – nella sua effettiva portata o nella narrazione che ne viene proposta – scenari bellici, gli schemi di funzionamento del nazionalismo banale potrebbero risultare anche in questo caso facilmente riconoscibili. E infatti, nella pandemia, lo *sbandieramento* della nazione si è fatto particolarmente visibile.

Non sono certo misurabili i tricolori comparsi alle finestre degli italiani, ma di un qualche significato appaiono decisioni come quella della Corte costituzionale in virtù della quale «la facciata del Palazzo della Consulta [...] sarà illuminata di bianco, rosso e verde dal tramonto

¹⁹ In senso critico, sul tema, cfr. A. SOLIDORO, *Guerra alle metafore di guerra sul coronavirus*, in *Il Manifesto*, 3 aprile 2020.

²⁰ Sul punto, con diversità di posizioni, cfr. S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit.; discorre di «situazione paragonabile a quella di uno stato di guerra» F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 27 marzo 2020, 1 (nonché 5 ss.); A. CELOTTO, *op. cit.*, 60-61, ritiene che «per il coronavirus si sarebbe potuto applicare [...] l'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di 'guerra'».

²¹ F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019, 583 ss.

all'alba fino alla fine dell'emergenza coronavirus»²². La medesima scelta ha riguardato un gran numero di edifici pubblici (e di sedi di organi costituzionali) e di monumenti. Al di là del grado di formalizzazione, non si tratta di fenomeni confinati a isolate esperienze ordinamentali: l'emergenza sanitaria ha messo bene in luce come essi siano stati riprodotti nell'intero mondo degli Stati nazione.

«Ce que je sais, ce que je sais à ce moment, mes chers compatriotes, c'est que notre Nation se tient debout, solidaire, dans un but commun»: è un passaggio dell'*adresse aux Français* del Presidente Macron del 13 aprile, in cui si parla anche di «moment de vérité qui impose plus d'ambition, plus d'audace, un moment de refondation», che pone la necessità di «rebâtir notre économie plus forte afin de produire et redonner plein espoir à nos salariés, nos entrepreneurs, garder notre indépendance financière. Il nous faudra rebâtir une indépendance agricole, sanitaire, industrielle et technologique française et plus d'autonomie stratégique pour notre Europe»²³.

Il messaggio di Macron è interessante per diverse ragioni. In primo luogo perché proviene da uno dei leader su cui l'europèismo ripone le sue maggiori speranze²⁴. Colpisce pertanto l'enfasi posta sulla *indipendenza* della Francia: il 13 aprile è il momento di crisi e ad essere *sbandierata* è la nazione francese. Tale operazione non sarebbe stata però possibile senza una *banale* preparazione: «La France n'est pas un pays comme les autres. Le sens des injustices y est plus vif qu'ailleurs. L'exigence d'entraide et de la solidarité plus forte [...]. C'est pourquoi la France est, de toutes les nations, une des plus fraternelles et des plus égalitaires. Chacun partage le destin des autres et chacun est appelé à décider du destin de tous: c'est tout cela, la Nation Française. Comment

²² Così il comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 7 aprile 2020.

²³ Il testo del messaggio (miei i corsivi) può essere consultato al link <https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-15482-fr.pdf>.

²⁴ Lo si evince, diffusamente, anche dagli apporti della dottrina: cfr. ad esempio J. HABERMAS, *Unsere große Selbsttäuschung Ein Plädoyer gegen den Rückzug hinter nationale Grenzen*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 8, 2018, trad. it. *La nostra grande illusione. Appello contro il ritiro nei confini nazionali*, in J. Habermas, *L'ultima occasione per l'Europa*, Roma, 2019, 78-79; con accenti più problematici, D. RODRIK, *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton, 2018, trad. it. *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, Torino, 2019, 72 ss.

ne pas éprouver la fierté d'être Français?»²⁵. Sono ancora parole del Presidente Macron, contenute in un messaggio del gennaio 2019: in quel tempo, quando sventolava la bandiera europea e quella nazionale era (banalmente) riposta, quei passaggi passavano quasi inosservati.

A ridosso di questi rilievi si pone un ulteriore punto nevralgico della riflessione di Billig. Questi evidenzia come «sia nella letteratura popolare che in quella accademica il nazionalismo è associato a quanti lottano per creare nuovi Stati o a politiche di estrema destra. [...] Eppure, vi è qualcosa di fuorviante in quest'uso comunemente accettato della parola "nazionalismo". Essa infatti sembra collocare il nazionalismo ai margini dello Stato nazionale. [...] Di conseguenza, quanti vivono in nazioni consolidate – al centro di tutto – sono indotti a vedere il nazionalismo come qualcosa che appartiene ad altri, non a "noi". È qui che l'idea comunemente accettata diviene fuorviante: a essa sfugge infatti il nazionalismo degli Stati nazionali occidentali»²⁶. Ciò fa sì che «il nostro senso di attaccamento al nostro Stato nazionale [possa] essere difeso, persino lodato. È necessaria una distinzione retorica per mettere in atto questa difesa. Il nostro nazionalismo non è presentato come un nazionalismo, il quale invece è pericolosamente irrazionale, eccessivo, a noi estraneo. Per esso viene escogitata una nuova identità, un'etichetta differente. Il nostro nazionalismo figura come "patriottismo", una forza benefica, necessaria e spesso americana»²⁷.

Le parole di Macron, nel quotidiano come nell'emergenza, saranno sempre le parole di un patriota, mai di un nazionalista. Siamo di fronte ad una lacuna discorsiva che merita di essere attentamente analizzata, in quanto «nel linguaggio politico le lacune raramente sono innocenti»: sono anzi «le lacune del linguaggio che permettono al nazionalismo banale di esser dimenticato»; e le lacune del linguaggio «sono anche lacune del linguaggio della teoria»²⁸.

2.2 Patriottismo versus nazionalismo?

Ramón Máiz ha segnalato come il nazionalismo, nella valenza che ne viene usualmente proposta, sia «fijado para siempre en un vocabulario

²⁵ Sono alcuni passaggi del messaggio del 13 gennaio 2019 del Presidente della Repubblica francese, consultabile sul sito www.elysee.fr.

²⁶ M. BILLIG, *op. cit.*, 12-13.

²⁷ Ivi, 105.

²⁸ Ivi, 15 e 19.

organicista y sustancial», rispetto al quale si sarà inevitabilmente spinti a porsi da una prospettiva di «completa exterioridad a la dimensión nacional como postula el patriotismo cívico, republicano o constitucional»²⁹. Tale atteggiamento significa però lasciare completamente nelle mani di *quel* nazionalismo «el monopolio del escenario mismo en el que, en buena medida, se solventa la lucha cotidiana (política, comunicativa y emocional) por la dirección intelectual y moral de una comunidad»; un atteggiamento che rischia dunque di risolversi nella rinuncia a «repensar el lugar de la nación desde el horizonte teórico de la democracia republicana»³⁰.

Le ricadute pratiche che si producono nel dibattito pubblico, per effetto dell'approccio criticato da Máiz, sono colte da Joseph Weiler in una intervista rilasciata alla stampa spagnola. Una delle chiavi di lettura degli scenari politici del presente è individuata dallo studioso nella abdicazione alla difesa del *patriottismo* basata sul timore di evocare il *nazionalismo* (se non addirittura il fascismo): lo spazio non coltivato attraverso un *patriottismo liberale* è stato occupato dal *nazional-populismo*. Per superare l'attuale crisi culturale dell'Europa occorrerebbe allora rilanciare il primo. Per Weiler, però, non si tratta però di attingere esclusivamente alla dimensione *individuale*, ma anche a quella delle *identità collettive*: «no podemos ignorar que ser español, o francés, o lituano... tiene una especificidad no fungible que se debe respetar. Si se desprecia esto es una agresión a una *dimensión esencial del sentido de la vida*»³¹. Ne deriva una netta contrapposizione valoriale tra *nazionalismo* e *patriottismo*, con il secondo che può essere a sua volta declinato in due varianti: una esclusivamente individuale (più orientata, dunque, in chiave procedurale), l'altra tesa a valorizzare maggiormente la prospettiva collettivo-identitaria.

Tale paradigma pare ricalcare la distinzione tra *nazionalismo*, *cosmopolitismo* e *patriottismo*, prospettata da Maurizio Viroli, il quale non manca di ricordare come «la storia insegn[i] che contro il nazionalismo

²⁹ R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, 13.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ «Millones de europeos ni son fascistas ni idiotas», *La Vanguardia*, 23 febbraio 2019 [https://www.lavanguardia.com/politica/20190302/46601256688/populismo-nacionalismo-europa-elecciones-weiler.html]; sul ruolo delle identità collettive, anche nazionali, l'autore si è soffermato di recente in J. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 235 ss. (spec. 237).

serve poco alzare la bandiera del cosmopolitismo, un ideale nobile che convince la ragione ma non tocca le passioni ed è sempre stato, e sarà sempre, principio di ristrette élites intellettuali»³². Su questa visione si riscontra un consenso trasversale, forse inaspettato: per Dani Rodrik «la costruzione di comunità politiche transnazionali è un progetto di élites globalizzate sintonizzate largamente sulle loro esigenze»³³; Francis Fukuyama rileva come, nel liberismo moderno, «il principio di riconoscimento universale e paritario si è mutato nello specifico riconoscimento di gruppi particolari»³⁴; Marco Aime segnala il dualismo che rischia di prodursi tra una «sorte di élite cosmopolita, che potremmo definire “extraterritoriale”, di persone generalmente potenti e ricche, che dividono la loro esistenza in continenti diversi, che si considerano cittadini del mondo e che pertanto oggi non hanno più bisogno della comunità» e la *gente comune* «incatenata al suolo»³⁵.

Proposte analitiche (e discorsive) come quelle di Weiler e di Violi potrebbero risultare, nella loro sostanza, convincenti. Esse assumono tuttavia un netto *gap* semantico tra patriottismo e nazionalismo. Occorre chiedersi se non sia proprio quella distanza ad occultare, come avvertiva Máiz, il campo della nazione, di identità collettive non rinunciabili che sono ancora, in larga parte, identità nazionali: Benedict Anderson, in un noto volume (talvolta frainteso), ricordava che «la “fine del nazionalismo”, così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la “nazione” è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»³⁶.

³² Cfr. M. VIOLI, *Nazionalisti e patrioti*, Bari-Roma, 2019, 16 ss. e 80 (da cui è ripresa la citazione).

³³ D. RODRIK, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, 324.

³⁴ F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, London, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, 106.

³⁵ Così M. AIME, *Comunità*, Bologna, 2019, 20-21. Per ulteriori immagini affini a quelle richiamate, v. pure M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 39 ss.; G. ORSINA *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, 94; G. SCACCIA, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2017, 23.

³⁶ B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate*, Roma, 1996, 22. La persistenza del nazionalismo quale *forza attiva della politica mondiale* è oggi ribadita da F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., spec. 12-13 e 91 ss.

Va anche considerato che dalla riflessione dello stesso Weiler traspare come il concetto di patria possa evocare anch'esso esperienze autoritarie e tristi pagine della storia: ci si imbatte così spesso in una *nazione dei patrioti* e in una *patria dei nazionalisti*. Non è un caso che lo sforzo di rilanciare il patriottismo ne imponga sempre un'aggettivazione: il patriottismo deve essere *costituzionale* (nella nota restituzione habermasiana), il patriottismo deve essere *liberale* (la formula cui ricorre Weiler, più attento alla dimensione collettiva).

Perché non parlare, allora, di un nazionalismo *costituzionale* o *liberale*?

Quest'ultima formula non sarebbe peraltro affatto eccentrica, ma ricondurrebbe il discorso ad apporti da tempo disponibili in sede scientifica, che contrappongono nazionalismo (appunto) *liberale* e nazionalismo *illiberale*³⁷; o, su un piano concettuale diverso ma comunicante, nazionalismo *organico* (o *naturalistico*) e nazionalismo *civico* (o *volontaristico*). Su questo secondo versante, convince invero l'approccio che individua in tutti i nazionalismi elementi tanto del primo tipo (simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto del secondo; ciò che varia in ogni singola esperienza storica è il dosaggio delle due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra³⁸. È chiaro – e si torna così alla prima delle distinzioni richiamate – che quanto più un nazionalismo si strutturerà su basi organiche, tanto più si verrà connotando in senso escludente, con il rischio di assumere caratteri incompatibili con i principi del costituzionalismo democratico. È qui che si annida il vero nemico: il *nazionalismo illiberale* (o *etnico*). Fintantoché quest'ultimo non si materializzi, potranno però darsi – e si sono dati e si danno tuttora – progetti nazionali che si coniugano perfettamente con la democrazia,

³⁷ Sulla distinzione in parola cfr., ad esempio, W. KYMLICKA, *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, in ID., *Fronteras territoriales*, Madrid, 2006, spec. 52-61; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, spec. 329 ss.

³⁸ Cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos*, cit., 19-21; R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo*, cit., 91 ss.; A. CIRULLI, *Etnoregionalismi*, Milano, 2019, 63-66. Diversamente, in alcune ricostruzioni il concetto di nazionalismo è interamente schiacciato sulle componenti organiche e, dunque, su una dimensione naturale: cfr., ad esempio, ancora M. VIROLI, *Nazionalisti e patrioti*, cit., 4 ss., che definisce il nazionalismo attraverso il richiamo, in particolare, alle posizioni di Herder, definendolo in termini di «linguaggio che esalta l'omogeneità culturale o etnica» (78).

nella veste in cui essa si è storicamente manifestata: la democrazia come forma dello Stato nazione.

Un ricco filone di studi – quello, appunto, del *liberal nationalism*³⁹ – individua proprio nelle costruzioni nazionali gli strumenti che hanno assolto (e assolvono) funzioni fondamentali per gli ordinamenti democratici: prima di tutto la creazione di vincoli solidaristici, irrinunciabili per reggere l'edificio dello Stato sociale⁴⁰, e lo sviluppo dei processi discorsivi (e rappresentativi) della democrazia, che presuppongono un'opinione pubblica consapevole e un dibattito collettivo aperto, al quale abbiano accesso larghe fasce di cittadini (sottratto, dunque, al controllo esclusivo di élite ristrette)⁴¹.

Di recente, anche Francis Fukuyama – su un piano di analisi lessicalmente diverso da quello appena richiamato⁴² – ha individuato alcune

³⁹ Si vedano, senza pretesa di esaustività: A. MARGALIT – J. RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, n. 87, 1990, 439 ss.; C. TAYLOR, *Multiculturalism and "The politics of Recognition"*, Princeton, 1992, trad. italiana *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993; Y. TAMIR, *Liberal Nationalism*, Princeton, 1993 (e ora ID., *Why nationalism*, Princeton, 2019); W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. italiana *La cittadinanza multicultural*, Bologna, 1999.

⁴⁰ W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 135; Y. TAMIR, *Liberal*, cit., 85-86; nello stesso senso, cfr. M.C. NUSSBAUM, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, 2013, trad. italiana *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, 269 ss.

⁴¹ Cfr. W. KYMLICKA, *Fronteras*, cit., 68 ss., che ricorda come «la política democrática es política en la lengua vernácula» (74). Sul legame tra *libertà nazionale e culturale e qualità democratica*, cfr. F. REQUEJO, *El fuste de la democracia liberal sigue siendo demasiado recto*, in *Foro Interno*, n. 10, 2010, spec. 63.

⁴² Cfr. F. FUKUYAMA, *Identità*, cit.: l'autore conduce un discorso costruito sulla dialettica tra *nazionalismo* (associato alla religione – spec. 75 ss. – e che pare concepito, in alcuni passaggi, come fenomeno connotativo di una particolare fase storica – v., ad esempio, la definizione offerta a p. 78) e *identità nazionale* (spec. 139 ss.). Tuttavia, come spesso accade negli studi su tali tematiche, la pretesa di separare rigidamente due nozioni concettualmente troppo affini rende talvolta necessario aggettivare l'etichetta del nazionalismo (parlando, ad esempio, di nazionalismo *etnico*: 75, 82, 143; o di nazionalismo *populista*: 103). Anche in questo caso, dunque, da una iniziale pretesa di assolutezza, in termini deteriori, del concetto, si passa prima ad un riconoscimento implicito di una sua diversa faccia (si dà campo alla possibilità di un nazionalismo *non etnico*, o *non populista*), poi disvelata attraverso una nuova categoria virtuosa: in alcune ricostruzioni già richiamate il *patriottismo* (che tende ad un maggiore occultamento della nazione), in quella di Fukuyama il paradigma di una *identità nazionale* che, oltre che in forma etnica, può «costituirsi attorno a valori politici liberali e democratici, e alle comuni esperienze che forniscono il tessuto connettivo entro il quale comunità diverse tra loro possono fiorire» (143).

funzioni democraticamente benefiche della *identità nazionale*⁴³: questa «rende possibile la democrazia liberale in sé e per sé. [...] Per funzionare, le democrazie hanno bisogno di una propria cultura [...]; una cultura di tolleranza e reciproca comprensione deve avere la meglio sulle passioni di parte»⁴⁴. Una identità nazionale con tali caratteristiche diviene lo strumento per contrastare la *minaccia* che «la protezione di identità sempre più ristrette» costituisce per «la possibilità di comunicazione e di azione collettiva»⁴⁵. Uno strumento, dunque, in grado di contenere il «campo di azione dell'ultimo uomo di Nietzsche»⁴⁶ aperto dalle democrazie liberali o, in una prospettiva affine, le connotazioni *narcisiste* che le stesse vanno assumendo⁴⁷.

È per molte delle ragioni appena richiamate che gli ordinamenti statali contemporanei non sono mai, pur nella loro democraticità e nella loro apertura verso l'esterno, nazionalmente neutrali, ma alimentano costantemente (e banalmente) progetti identitari ben definiti⁴⁸. Ed è per le medesime ragioni che, in maniera speculare, la crisi delle identità nazionali si intreccia spesso con la crisi delle democrazie liberali (questa la prospettiva da ultimo valorizzata da Fukuyama). Un'affermazione che, in una fase storica in cui la democrazia sembra schiacciata proprio dal ritorno dei nazionalismi, appare paradossale; ma che può non esserlo se si individua la crisi nel trionfo di identità nazionali reazionarie ed esclu-

⁴³ Ivi, 143-145.

⁴⁴ Ivi, 145-146.

⁴⁵ Ivi, 138 (v. pure 106 e 179). Nello stesso senso, cfr. L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 52.

⁴⁶ «[...] "uomini senza petto" che passano la vita nell'incessante ricerca della soddisfazione consumistica, ma che non hanno niente dentro di sé, nessuna meta o ideale superiori per i quali siano disposti a lottare e a sacrificarsi». Tale tema, riproposto ora in F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 12-14 (citazione a p. 13), era già prospettato nella nota opera ID., *The End of History and the Last Man*, 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2020, 411 ss.

⁴⁷ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia*, cit., spec. 51 ss.; alla trasformazione in senso narcisista della società fa riferimento anche F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 108 ss. (spec., e in modo esplicito, 114-115).

⁴⁸ Lo rilevano W. KYMLICKA, *Estados, naciones y culturas*, Cordoba, 2004, 55-56; F. REQUEJO, *Cultural pluralism, Nationalism and Federalism. A revision of Democratic Citizenship in Plurinational States*, in *European Journal of Political Research*, vol. 35, n. 2, 1999, 255 ss.; J. CAGIAO Y CONDE, *Multiculturalisme et théorie de la fédération. L'apport de la critique multiculturaliste aux études sur le fédéralisme*, in J. Cagliao y Conde – A. Gómez-Muller (a cura di), *Le multiculturalisme et la reconfiguration de l'unité et de la diversité dans les démocraties contemporaines*, Brussels, 2014, 43-46.

denti, dovuto anche all'incapacità di proporre di alternative, in grado di abbracciare e sostenere i valori democratici: in altre parole, all'incapacità di riarticolare – talvolta di concepire – un nazionalismo liberale.

2.3 Limiti discorsivi e ricadute analitiche

La contrapposizione tra patriottismo e nazionalismo è dunque un efficace strumento discorsivo al servizio del nazionalismo banale degli Stati nazione consolidati. Da essa discendono, sul piano analitico, due importanti conseguenze: da un lato, si asseconda l'occultamento della nazione pur laddove essa è pienamente operante; dall'altro, rischiano di evaporare, con la nazione, alcune delle funzioni che essa tradizionalmente assolve negli ordinamenti statuali. Sono questi potenziali esiti a rendere la questione qui posta non confinata al piano meramente terminologico.

In tale chiave, occorre interrogarsi sul rapporto tra Stato e Nazione. Quanto i due concetti sono tra loro scindibili? L'esperienza ci pone senz'altro innanzi a nazioni senza Stato; e dunque, corrispondentemente, ad ordinamenti statuali in cui coesistono più nazioni: ciò si risolve o in conflitti – più o meno irrisolti – o in equilibri – più o meno stabili – che, lungi dal negare il pluralismo nazionale (e dunque lungi dal negare le nazioni), rendono i meccanismi della sua regolazione un essenziale tratto connotativo del sistema. Qualificare ordinamenti di questo tipo come a-nazionali potrebbe pertanto rappresentare un errore di prospettiva.

Ma possono darsi – si danno nell'esperienza – *Stati senza nazione*, ovvero non sostenuti, materialmente, da quei *manufatti culturali*⁴⁹ costruiti sull'amalgama, in differenti dosaggi, di elementi organici e volontaristici? Se così non fosse, l'occultamento della nazione potrebbe facilmente ridondare in occultamento dello Stato: l'affermazione di una prospettiva post-nazionale (prodottasi, auspicata o solo narrata) con-

⁴⁹ L'espressione è di B. ANDERSON, *Comunità immaginate*, cit., 23: l'*artificialità* è assunta senza attribuire a tale formula alcuna connotazione valutativa, ma ricorrendovi semplicemente per qualificare ciò che è frutto della creazione umana; si rinuncia, dunque, alla pretesa di distinguere i nazionalismi *veri* da quelli *falsi*, i nazionalismi *autentici* da quelli *immaginati*, perché tutte le nazioni sono immaginate; di conseguenza, lo studioso critica la posizione di Gellner, che al concetto di invenzione associa, in senso de-teriore, quello di falsità (25).

durrebbe anche ad un approdo post-statuale (e probabilmente, come è stato di recente evidenziato, post-politico)⁵⁰. L'aprioristico disvalore associato al nazionalismo (che va accuratamente *banalizzato*, anche attraverso lo slittamento semantico verso il patriottismo) si salda così a quel *topos* del dibattito pubblico (e pubblicistico) che è la crisi dello Stato: proposta, nel tempo presente, sotto la veste di una progressiva erosione del suo ruolo da parte dei processi di globalizzazione (e di integrazione sovranazionale) e da dinamiche centrifughe interne.

Su quest'ultimo versante, si può invero immediatamente cogliere un'aporia della rappresentazione appena richiamata. Allorquando lo Stato è seriamente messo in discussione da spinte disgregatrici interne (ovvero quando quelle spinte, sostenute a livello sociale, si radicano su linee di frattura reali e consolidate nel processo storico⁵¹ e non sono espressione di rivendicazioni contingenti, dal sapore spesso propagandistico)⁵² ciò accade perché vi sono gruppi (nazionali) che reclamano uno Stato proprio nei confronti di altri gruppi (nazionali anch'essi). E la resistenza opposta dall'ordinamento che vede minacciata la propria unità territoriale arriva a fare di quest'ultima un principio tirannico, in no-

⁵⁰ In chiave critica, sul punto, v. di recente O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, *passim* (spec. 23).

⁵¹ Dunque, per dirla con Rokkan, quando si è innanzi ad una frattura *centro-periferia* o *culturale-territoriale*, generata da «un conflitto tra la cultura del centro costruttore della nazione e le popolazioni assoggettate nelle province e periferie distinte etnicamente e linguisticamente»: così S. ROKKAN, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan*, Oxford, 1999, ed. italiana *Stato, nazione e democrazia in Europa*, Bologna, 2002, *passim* (il passaggio riportato è ripreso dall'introduzione all'opera, nella edizione italiana appena richiamata: v. P. FLORA, *Introduzione e interpretazione*, 63, fig. IX).

⁵² Le rivendicazioni del leghismo padano, ad esempio, di rado sono trattate negli studi sulle nazioni senza Stato; ad esse invece, sin dalla loro affermazione, si è dato spazio negli studi sul populismo, ricordando come «raramente la costruzione di una "comunità immaginata" è stata tentata in maniera così insistente e maldestra» (Y. MÉNY – Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple*, Paris, 2000, trad. italiana *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, 283 ss., citazione 285). Con riferimento ai conflitti territoriali nell'esperienza italiana, parla di *uso congiunturale dell'autonomia* A. RUGGERI, *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovvero sia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 aprile 2003; di recente la formula è ripresa da A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. speciale 2/2019; A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. speciale 2/2019, 18 ss.

me del quale ammettere anche, talvolta con sorprendente disinvoltura, un arretramento delle proprie credenziali democratiche⁵³. Se in siffatti conflitti vi fosse in gioco poco o nulla, non si spiegherebbe la pervicacia del rivendicare e del resistere intorno all'oramai vuoto guscio della statualità.

Si colgono peraltro bene, ancora una volta, gli schemi di funzionamento del nazionalismo banale: i nazionalisti – o i sovranisti – saranno sempre coloro che rivendicano, mai coloro che resistono, i quali appariranno mossi, al più, dall'aprioristicamente virtuoso patriottismo. Per giungere a tale inquadramento, non occorrerà neanche scomodarsi a guardare ai contenuti delle istanze in conflitto. Attraverso il *linguaggio della frammentazione*, avrà gioco facile quel «conservatorismo panglosiano che ama immaginarsi che ogni status quo sia graziosamente normale», che esalta l'ideologia dei *grandi paesi* collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del “meschino” nazionalismo»⁵⁴. Il nazionalismo banale degli Stati consolidati può dunque agevolmente giocare, a proprio vantaggio, le carte della metafora bellica e di quella epidemiologica: il nazionalismo periferico (quello degli altri) è ineluttabilmente *guerra* e, dunque, un *virus da debellare*⁵⁵ (al limite anche con mezzi poco ortodossi dal punto di vista democratico).

Non c'è nulla che faccia sorgere il dubbio che l'aspirazione alla sovranità statale possa essere funzionale a progetti ispirati da ideali di democrazia, di solidarietà, di integrazione. Questa diffusa percezione cambia difficilmente anche quando le vicende storiche si incaricano di metterne a nudo i limiti: la *Brexit* dovrebbe aver reso incontestabile come il nazionalismo scozzese (le cui responsabilità, al tempo del referendum indipendentista, erano paragonate a quelle che avevano condotto alla Prima guerra mondiale)⁵⁶ presenti tratti più aperti alla pro-

⁵³ Per alcune considerazioni sul punto, si rinvia a D. AMOROSO – G. FERRAIUOLO, *Breaking a “Taboo”: the Case for a Dynamic Approach to Secessionist Claims*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2019, spec. 101-102 e 120 ss.

⁵⁴ Così B. ANDERSON, *Comunità immaginate*, cit., 219-221.

⁵⁵ È l'impostazione su cui si regge il contributo sulle recenti vicende catalane di N. MAGALDI, *El nacionalismo es la guerra. Una explicación contextual de la situación en Cataluña*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3, 2017, *passim* (spec. 33).

⁵⁶ Si veda l'articolo di Enrico Letta *Se la Scozia ci ricorda l'attentato di Sarajevo*, pubblicato sul *Corriere della sera* del 16 settembre 2014.

spettiva dell'integrazione europea rispetto al nazionalismo (banalmente invisibile) dello Stato da cui intende emanciparsi⁵⁷.

È ad ogni modo sul piano sovranazionale e globale che, in alcune visioni, la crisi dello Stato nazione dovrebbe condurre (è auspicabile che conduca) alla sua fine. L'economista Dani Rodrik ha provato a ragionare su tale prospettiva attraverso uno schema trilemmatico: dati *iper-globalizzazione, democrazia e autodeterminazione nazionale*, sarà possibile sostenere solo due dei tre elementi, con inevitabile sacrificio del terzo⁵⁸. Lo studioso si mostra scettico nei confronti di una *iper-globalizzazione democratizzata*, che lasci cadere l'autodeterminazione nazionale⁵⁹. Si potrebbe immaginare che, in quello scenario, la politica democratica «non avrebbe bisogno di tirarsi indietro, e non lo farebbe: si dislocherebbe a livello globale»⁶⁰. Tale esito è però ritenuto non solo di complessa realizzazione, quantomeno nel breve periodo, ma anche non desiderabile⁶¹: come è stato osservato, «in un mondo altamente differenziato [...] tanto più il potere politico è lontano dai cittadini, tantomeno può essere definito autenticamente democratico»; «la legittimazione democratica di una simile *governance* globale sarebbe finzionale, piuttosto che effettiva»⁶².

Ma, sul punto, l'argomento dirimente è forse un altro. Il vagheggiato ordinamento globale dovrebbe sorgere sotto la spinta di forze che ricalcano le fattezze dell'*antisovrano* descritto anni addietro da Massimo

⁵⁷ In merito, si rinvia alle considerazioni svolte in G. FERRAIUOLO, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2016. Non è da escludere che il medesimo schema possa riscontrarsi, se anche con minore evidenza, in altre esperienze: v., ad esempio, le osservazioni sviluppate, in relazione all'ordinamento spagnolo, da J. CAGIAO Y CONDE, *Nationalisme et populisme en Espagne à la lumière de la «crise catalane»*, in C. Barbéri (a cura di), *L'Union européenne face à la montée des nationalismes et des populismes*, Paris, 2019, 111 ss.; in termini più ampi, A. CIRULLI, *Etnoregionalismi*, cit., spec. 67 ss.; da una prospettiva di taglio internazionalistico, D. AMOROSO, *Whither the Principle of Self-determination in the Post-colonial Era? Building the Case for a Policy-oriented Approach*, in *The Palestine Yearbook of International Law*, XX, 2019, spec. 103 ss.

⁵⁸ Il *trilemma* è prospettato in D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, cit., *passim* (spec. 284 ss.) e, più di recente, richiamato in ID., *Dirla tutta*, spec. 20 ss. Le tesi di Rodrik sono diffusamente richiamate, in senso adesivo, da M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, 117 ss.

⁵⁹ D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 286 ss.

⁶⁰ Ivi, 287.

⁶¹ Ivi, 288 e 293 ss.

⁶² M. BETZU, *op. cit.*, rispettivamente 122 e 121.

Luciani: una entità che, strategicamente, «non aspira alla soggettività, non pretende di formalizzare il proprio ruolo costitutivo del nuovo ordine mondiale [...] giovandosi di tutti i vantaggi che derivano da una ridotta visibilità e da una contenuta esposizione, nonché da una presenza articolata su tutti i livelli possibili di dominio»⁶³. L'*antisovrano* («come l'anticristo») non può che essere, anche in forza della sua *aspirazione alla universalità* (invero «un'universalità più che dubbia»), «l'agente che determina la crisi del mondo (qui, del mondo democratico) come lo abbiamo sino ad oggi conosciuto»; l'*antisovrano* è, costitutivamente, un *antisovrano antidemocratico*⁶⁴.

Se dunque non si vuole rinunciare alla democrazia – questa la risposta di Rodrik al trilemma – non resta che ridimensionare la iperglobalizzazione, accettando che «ciò che ci serve è un'economia internazionale pluralista in cui i vari Stati mantengano un sufficiente grado di autonomia per delineare i propri contratti sociali e sviluppare le proprie strategie economiche»⁶⁵. Lo Stato – e l'autodeterminazione nazionale – non risultano affatto vecchi arnesi di cui auspicare la dismissione.

Da economista di approccio istituzionale, Rodrik presta particolare attenzione agli assetti giuridici, ai presupposti e alle esigenze dei processi democratici, alla necessità di garantire alla politica strumenti per orientare e controllare, entro una certa misura, le dinamiche economiche: è in rapporto a tutto questo che difende la perdurante centralità di uno Stato-nazione «legato a filo doppio con il progresso economico, sociale e politico»⁶⁶. Lo studioso sceglie però, deliberatamente, di concentrare la propria analisi «non tanto sulla componente “nazionale”, bensì sull'elemento “Stato” [...] come entità giurisdizionale delimitata sul piano spaziale»⁶⁷. Nelle parole dell'economista, tale approccio deriva, ancora una volta, dalla paura di evocare il nazionalismo.

Anche la ricostruzione di Rodrik potrebbe risentire, in qualche modo, dell'opera di occultamento messa in atto dal nazionalismo banale. L'autodeterminazione nazionale, pur nella sua irrinunciabilità, perde

⁶³ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 1, 1996, 164 ss. (citazione 172).

⁶⁴ Ivi, rispettivamente 175, 166, 172-173.

⁶⁵ D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 15. In senso analogo, F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 152-153.

⁶⁶ D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 24.

⁶⁷ Ivi, 26: «ponendomi in quest'ottica, vedo la nazione come una conseguenza dello Stato, e non il contrario. [...] Non intendo disquisire su cosa sia una nazione, né se ogni nazione dovrebbe avere uno Stato, o quanti Stati dovrebbero esistere».

paradossalmente contatto con la nazione: ovvero con quell'elemento che, nella declinazione liberale innanzi richiamata, consente di rinsaldare i vincoli di solidarietà e favorisce le pratiche discorsive della rappresentanza politica; due aspetti che esprimono un preciso modo di essere della forma di Stato democratica, consacrato nei compromessi delle costituzioni del secondo dopoguerra. Evocare (con lo Stato) la nazione non dovrebbe tradursi pertanto, automaticamente, nella difesa di chiusure identitarie: in chiave civica, può significare la ricerca dei presupposti necessari per garantire la fluidità – in termini di responsività e responsabilità – delle dinamiche rappresentative interne, che si rifletterà su quelle istituzioni sovranazionali (irrinunciabili per il governo dei processi di globalizzazione) in cui quelle dinamiche non sono (o non sono ancora del tutto) riproducibili. Solo così tali istituzioni potranno essere orientate verso linee di azione coerenti con i fini del costituzionalismo democratico, come accaduto in altre fasi storiche⁶⁸: si tratta, in definitiva, «di ripristinare la logica armonia fra la politicità (e la democraticità) degli attori e la politicità (e la democraticità) delle loro scelte»⁶⁹.

È in questa chiave ragionava Roberto Bin in un saggio di alcuni anni fa, segnalando il rischio che la riallocazione di competenze nella dimensione sovrastatale fosse funzionale ad un preciso *obiettivo strategico*: mettere l'economia al riparo dalla politica, giungendo a «escludere o almeno limitare l'incidenza delle decisioni provenienti dal circuito della rappresentanza sulla gestione dei "diritti economici"»⁷⁰; laddove la *incorporazione del conflitto sociale* era invece la principale cifra connotativa delle Costituzioni democratiche (e di quella italiana tra queste)⁷¹. Al cospetto dei molti dubbi sulla capacità di definire, su scala sovranazionale (ed europea), strumenti in grado, autonomamente, «di svolgere la funzione che compete alla costituzione delle nostre democrazie»⁷², il

⁶⁸ Cfr. M. BETZU, *op. cit.*, spec. 39 ss. e 118 ss.; l'autore guarda, in maniera particolare, alla filosofia alla base degli accordi di Bretton Woods, anche sulla scorta dell'analisi dello stesso Rodrik.

⁶⁹ M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 184, che guardava a questa strada attraverso «un recupero della cifra originaria del diritto internazionale come diritto (soprattutto) degli stati» (184-185).

⁷⁰ Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, 46.

⁷¹ Ivi, *passim*.

⁷² Ivi, 49, con riferimento alla specifica vicenda del Trattato costituzionale, che pure ha rappresentato il più avanzato tentativo condotto, a livello istituzionale, in chiave di integrazione europea. La medesima valutazione può essere espressa in ordine alle soluzioni proposte a partire dal *Six-pack*, sorrette dalla «idea per cui le scelte economiche

principale nodo da sciogliere era individuato nella necessità di «restituire all'ordinamento costituzionale dei singoli stati la strumentazione necessaria a ripristinare il controllo democratico dell'azione che il governo svolge nelle sedi internazionali»⁷³. Può dunque senz'altro convenirsi con il fatto che, oggi, «il deficit democratico nasce soprattutto in patria»⁷⁴. Ma i rimedi ad esso passano probabilmente ancora *per la patria*: almeno fino a quando non si daranno nuovi spazi in cui ricorrano i presupposti per costruire una partecipazione democratica *effettiva*, non subalterni alla logica della *governance*, che su responsività e responsabilità afferma la supremazia della decisione tecnica, nella sua pretesa (e ideologica) neutralità, oggettività, efficienza⁷⁵.

Anche su tale terreno il Covid-19 palesa tutta la sua forza disvelatrice, ponendoci davanti agli occhi, in termini nitidi, «ciò che chiunque dovrebbe sapere: la scienza [la tecnica] non offre tutte le soluzioni. Vi è sempre un “ultimo miglio” che deve essere percorso con responsabilità dal decisore e dal singolo»⁷⁶.

3. Una nazione per l'Europa?

Il bisogno di nazione (nella valenza ampia del concetto che sin qui si è cercato di valorizzare), la sua essenzialità per un qualunque progetto

fondamentali dovessero essere poste al di fuori dell'area del *conflitto* politico e sociale, per rispondere piuttosto ad un modello di *ordine*, presidiato come valore massimo da regole di rilievo materialmente e formalmente costituzionale»: così E. OLIVITO – G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'U.E. in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 6.

⁷³ R. BIN, *op. ult. cit.*, 51.

⁷⁴ Ivi, 51 (vedi pure 43-44). Più di recente, cfr. sul punto F. PALERMO, *L'Europa delle domande sbagliate*, in *Il Mulino*, n. 5, 2016, 846 ss. (spec. 853).

⁷⁵ In tema, cfr. S. STAIANO, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2018, 8-9, che parla della *governance* in termini di concetto «neutro dal punto di vista delle ideologie politiche, poiché l'ideologia che lo sorregge è semplicemente quella del massimo rendimento delle decisioni in un quadro di razionalità tecnica (meglio: postulato come tale), quali che siano siffatte decisioni». Sul punto v. pure M. BETZU, *op. cit.*, 24 ss.

⁷⁶ F. FRACCHIA, *op. cit.*, 583. In tema cfr. le osservazioni di C. ACOCELLA, *Spigolature sulla dimensione del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos*, n. 2, 2020, 6 ss.; A. FARANO, *La Repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 28 marzo 2020; nonché, in questo volume, A. FARANO – V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*.

di integrazione politica, si percepisce bene anche nella dimensione europea. E non solo (anzi forse non tanto) in negativo, ovvero in ragione delle resistenze opposte al processo eurounitario dagli Stati, ma anche in positivo: si intravedano infatti significativi indizi di un tentativo di costruzione di una nazione – di una identità collettiva – europea, non interessa in questa sede dire quanto avanzato e riuscito.

Sono ad esempio ben visibili alcuni tasselli del *kit* europeo della «creazione collettiva delle identità nazionali»⁷⁷: una bandiera e un inno, ad esempio; il richiamo a padri fondatori e, più di recente, a monumenti e ad una storia reinterpretati con l'obiettivo di radicare nel tempo i valori su cui si regge l'edificio europeo⁷⁸. Non mancano, tra i movimenti che con più passione e forza difendono la prospettiva europeista, diretti richiami ad una Europa *comunità di destino*⁷⁹, formula rievocata, durante l'emergenza epidemiologica, anche dal Presidente federale tedesco in un dialogo con il Presidente Mattarella⁸⁰. Ancora: il «discorso sulle ra-

⁷⁷ La formula è di A.M. THIESSE, *La Création des identités nationales. Europe XVIIIe-XXe siècle*, Paris, 1999, trad. it. *La creazione delle identità nazionali in Europa*, Bologna, 2001, 9, che si richiama a O. LÖFGTEN, *The Nationalisation of Culture, in Et-nologica Europea*, XIX, 1, 1989, 5 ss.

⁷⁸ Si considerino, ad esempio, alcune delle letture proposte nel dibattito pubblico nei giorni dell'incendio della cattedrale di Notre-Dame, nell'aprile del 2019: sul punto, criticamente, cfr. A. GENIOLA, *Notre-Dame di tutte le patrie*, in *Ethnos & Demos*, 18 aprile 2019 [<https://ethnosdemos.wordpress.com/2019/04/18/notre-dame-di-tutte-le-patrie>, ultima consultazione 12 aprile 2020]. Un discutibile tentativo di interpretazione della storia, inteso alla riaffermazione dei valori oggi dominanti nella costruzione europea, può essere invece colto nella risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 ("Importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa"), su cui cfr. le condivisibili osservazioni critiche di G. FILIPPETTA, *Una Costituzione nata dal totalitarismo?*, in *Diritti comparati*, 28 gennaio 2020.

⁷⁹ Si veda il recente documento del *Movimento federalista europeo (sezione italiana dell'Unione europea dei federalisti e del World Federalist Movement)* del 6 aprile 2020, intitolato, appunto, *Per un'Europa comunità di destino* [<http://www.mfe.it/site/index.php/4525-per-un-europa-comunita-di-destino>, ultima consultazione 21 aprile 2020].

⁸⁰ "L'insegnamento è che dobbiamo essere il più vicini possibile gli uni agli altri", in *agi.it*, 26 maggio 2020 [<https://www.agi.it/estero/news/2020-05-26/mattarella-steinmeier-recovery-fund-8731932/>, ultima consultazione 16 giugno 2020]; del colloquio dà notizia anche il comunicato stampa della Presidenza della Repubblica del 26 maggio 2020 (*Colloquio telefonico tra Mattarella e Steinmeier*, <https://www.quirinale.it/elementi/49253>). La formula della *nazione come comunità di destino* è generalmente ascritta a O. BAUER, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie*, 1907, II ed. 1924, trad. francese *La question des nationalités et la social-démocratie*, tomo I, Parigi, 1987, 139 ss., secondo cui essa «ne signifie pas soumission à

dici», la loro «affannosa ricerca»⁸¹ (per quanto criticabile, come operazione in sé o per alcuni degli esiti cui ha condotto o ha rischiato di condurre), rappresenta anch'esso uno dei paradigmi della identità europea, che «ha raggiunto il più alto picco negli anni della preparazione del Progetto di Trattato per la Costituzione dell'Europa»⁸².

Ma anche il versante civico-volontaristico, irrinunciabile per dar corpo ad una nazione rispondente ai paradigmi liberaldemocratici, trova costante alimento: in particolare nell'enfasi spesso posta sui partiti europei, componente essenziale di una rappresentanza politica democratica che voglia fondarsi su dinamiche partecipative aperte ad un'opinione pubblica ampia e consapevole. Pure su tale terreno, si intravedono lo schema costruttivista e i suoi esiti, invero parziali: il percorso di affermazione dei partiti europei è sostenuto da una dinamica spiccatamente *top-down*, che non sembra aver eroso spazi significativi alle arene partitiche degli Stati membri.

La costruzione del sistema partitico europeo procede infatti non da una realtà sociale che preesiste (e condiziona il successivo riconoscimento formale) ma da interventi normativi tesi a conformare, secondo un paradigma predefinito, una realtà sociale ancora informe. Più che ciò che i partiti europei sono, viene in rilievo ciò che i partiti europei devono essere⁸³. *Devono essere* strumenti di espressione della volontà dei cittadini dell'Unione (art. 10.4 TUE, nonché art. 12.2 della Carta dei diritti

une même sort, mais expérience commune du même sort dans un échange constant et une interaction continuelle» (140): si tratta di una declinazione meno radicale rispetto a quella di recente proposta da Alberto De Bernardi (*Caro Scurati, la "comunità di destino" è un riflesso totalitario*, in *Linkiesta.it*, 14 marzo 2020), che confina la formula al perimetro dei regimi totalitari, dove «i cittadini diventati sudditi hanno la sola libertà di "credere obbedire" al destino che l'ideologia del regime ha imposto con la forza a tutti [...] L'esito della comunità di destino è Auschwitz o Kolima».

⁸¹ Cfr. P. PRODI, *Un'identità in movimento: l'Europa come rivoluzione permanente*, in *Quaderni di sociologia*, n. 55, 2011, 25, che in proposito parla di «grande inganno», della «manifestazione più evidente di una patologia al servizio del potere».

⁸² V. COTESTA, *Paradigmi per lo studio dell'identità europea*, in *Quaderni di sociologia*, n. 55, 2011, 15 ss. (citazione a pag. 17).

⁸³ Ciò nonostante la cd. relazione Tsatsos (*Relazione sulla posizione costituzionale dei partiti politici europei*, 30 ottobre 1996, considerata «lo sforzo più compiuto delle Istituzioni comunitarie, per condensare il dibattito sui partiti politici a livello europeo»: così G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Tomo II, Torino, 2008, 615) rinnegasse la prospettiva di istituire i partiti europei «mediante un atto dell'Unione europea», assumendo invece il «fatto storico che le grandi famiglie politiche europee si sono riunite in organizzazioni che si sono definite partiti politici europei» (punto III.4).

ti fondamentali): partiti di cittadini, dunque, non semplici partiti-gruppi parlamentari o federazioni/confederazioni di partiti nazionali. *Devono essere* caratterizzati da un certo grado di stabilità e strutturazione, dunque «più di una semplice organizzazione di campagna elettorale o [...] di sostegno di un gruppo politico e di lavori parlamentari»⁸⁴. *Devono essere* tendenzialmente integrati a livello istituzionale, attraverso procedure di registrazione, il connesso controllo sul rispetto dei principi portanti della UE⁸⁵ e il legame con i gruppi parlamentari⁸⁶. Soprattutto – e qui l’approccio costruttivista si fa particolarmente evidente – la loro missione è fissata al più elevato livello normativo: *devono essere* «fattore per l’integrazione in seno all’Unione» (art. 191 TCE, già 138A del Trattato di Maastricht), strumento rivolto a «formare una coscienza politica europea» (art. 10.4 TUE oggi vigente).

Appare netta la distanza tra la realtà dei partiti europei e il modello prefigurato in astratto. Lo testimonia il diffuso rilievo di competizioni elettorali ancora condotte «su base nazionale in assenza di veri partiti “europei-transeuropei”»⁸⁷; o l’equilibrismo cui sono spesso costretti partiti nazionali in principio europeisti ma obbligati a contenere i loro slanci in ragione dell’ascesa in patria (ancora l’arena politica decisiva) di formazioni antieuropee⁸⁸. Anche i congegni più innovativi mediante i quali si è inteso dare nuova linfa alla dinamica partitica sovrastatale hanno portato a risultati inferiori alle aspettative: si pensi alle sorti delle

⁸⁴ Anche siffatta prospettiva era delineata nella relazione Tsatsos (punto III.9, lett. c).

⁸⁵ Cfr. il Regolamento (CE) n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 (*relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo*); e ora il Regolamento (UE, EURATOM) n. 1141/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 (*relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee*), modificato dal Regolamento (UE, EURATOM) 2018/673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 maggio 2018; nonché dal Regolamento (UE, EURATOM) 2019/493 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2019.

⁸⁶ In tal senso, la dimensione *triangolare* dei partiti europei (su cui v., anche per i rinvii alla dottrina, G. GRASSO, *Partiti*, cit., spec. 620 e 631; O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2014, p. 799 ss.) può ritenersi sia in realtà indotta, per molti versi, da precise scelte normative assunte in sede europea.

⁸⁷ Il rilievo è prospettato di recente, all’esito dell’ultima tornata delle elezioni europee, da G. PASSARELLI, 2019: *Elezioni europee. Lezioni nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2019, 2; v. pure E.C. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell’UE*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2019, 14; G. GRASSO, *Partiti*, cit., 621 e 631.

⁸⁸ È un tema emerso, in particolare, per la Germania: in merito v. D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 75.

liste transnazionali (di cui il Parlamento europeo ha finora bocciato una compiuta istituzionalizzazione)⁸⁹ o a quella degli *Spitzenkandidaten* alla Commissione⁹⁰.

Accanto agli elementi di incompiutezza, se ne riscontrano altri di incoerenza. La missione, preconfezionata, assegnata ai partiti europei (*l'integrazione dell'Unione attraverso la creazione della coscienza politica europea*), al di là della portata piuttosto angusta⁹¹, stride con un sistema in cui presupposti, velocità, profondità e modi dell'integrazione sono (o dovrebbero essere) ancora oggetto di dibattito politico. È anzi proprio l'assenza di un dibattito politico su tali aspetti, che coinvolga – prima di tutto attraverso i partiti (nazionali o europei che siano) – i cittadini, a rappresentare forse uno dei principali limiti dell'edificio euro-unitario. Un edificio che contempla tra le norme di diritto convenzionale una espressa clausola di recesso: se l'*exit* è una opzione giuridicamente praticabile, essa dovrebbe essere tema, per quanto scomodo e sgradito, politicamente (e partiticamente) assumibile anche nella dimensione europea⁹².

Rifiutandone la rappresentazione, l'UE rischia di operare quale dimensione di elusione dei conflitti, consegnati alla dimensione nazionale o a quella – da sola inadeguata – del dialogo tra Corti. Elusione in primo luogo dei conflitti che corrono lungo la linea di frattura nazionalistico-territoriale: un *cleavage* strutturale e connotativo dell'ordinamento europeo, che riecheggia nei trattati attraverso i ripetuti riferimenti ai popoli europei e alle identità nazionali; una frattura destinata, con ogni probabilità, a conservare un carattere *dominante*⁹³ ancora a lungo (per

⁸⁹ In merito L. DI STEFANO, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018.

⁹⁰ Sul punto cfr. N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo (Consulta online)*, 9 marzo 2020, 4 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten*, cit., 9 ss. Per una serie di rilievi critici sull'istituto, in rapporto alle previsioni dei Trattati, v. B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 10 ottobre 2014.

⁹¹ Come rilevato da F. BILANCIA, *Referendum, populismo e moneta unica. A proposito della costituzione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2005, § 4.

⁹² Si tratta, in altri termini, di uno dei *conflitti costituzionali* che l'Unione dovrebbe affrontare politicamente, e di cui invece tende ad omettere la rappresentazione: in tema cfr. E. OLIVITO – G. REPETTO, *op. cit.*, 1 ss. e, nella specifica prospettiva qui indicata (qualificata dagli autori in termini di «conflitto costituzionale "esemplare"»), 10 ss.

⁹³ Sul rapporto tra fratture per *timing*, *gerarchia* e *intersezione*, cfr. S. ROKKAN, *op.*

una questione non di volontà, ma di realtà), che conduce a chiedersi quanto possa ritenersi prossimo un approdo in senso compiutamente transnazionale degli assetti partitici, fino all'esito di un sistema pienamente integrato, in cui i partiti nazionali si configurino quali mere articolazioni periferiche di quelli europei⁹⁴.

Ma anche il conflitto sociale, nella dimensione europea, risulta (quantomeno) anestetizzato. Giovanni Orsina ha di recente messo in luce come gli attori politici nazionali abbiano gradualmente perso la capacità di governare e orientare le crescenti richieste di *autodeterminazione soggettiva*, prima cedendovi indiscriminatamente, poi demandandone il contenimento a istituzioni esterne ai circuiti rappresentativi; in questo scenario, «l'utilizzo delle regole europee al fine di riportare all'ordine un sistema politico al limite dell'ingovernabilità è particolarmente visibile nella vicenda italiana»⁹⁵. I risultati di questa strategia possono essere oggetto dei più diversi (e controversi) giudizi. In questa sede ci si limita a segnalare come essa sia, in primo luogo, strategia degli Stati: alla strada della composizione, per via politica, di conflitti sempre più disarticolati essi preferiscono quella della deresponsabilizzazione (*ce lo chiede l'Europa*). In questo modo, al di là di ogni alta valutazione, si infligge un colpo durissimo alla logica rappresentativa: «quando ricorre la retorica della necessità, la politica si suicida, poiché la sua essenza consiste precisamente nell'amministrare la scelta fra possibilità alternative»⁹⁶. Depoliticizzazione e deresponsabilizzazione fanno sì che, «non potendo differenziarsi a sufficienza gli uni dagli altri, i partiti tradiziona-

cit., spec. 361 ss.

⁹⁴ Si tratta di una prospettiva prefigurata, nella fase di elaborazione del Trattato costituzionale, da F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni sui valori e sui fini dell'Unione nel progetto di Costituzione europea*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2003, 815.

⁹⁵ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia*, cit., 79 ss. (citazione a p. 92). Nella ricostruzione di Orsina (anche in ragione del rilievo che al suo interno è attribuito all'incontrollato e frammentato «dilatarsi dei diritti», 100), potrebbero scorgersi alcune assonanze con quella offerta, sul piano costituzionalistico, da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, 1643 ss.: come ovvio, non si tratta di essere *contro i diritti*, ma di cogliere le criticità di quelle visioni che paiono assumere la possibilità di una loro indiscriminata espansione (sul piano interno o su quello sovranazionale) rimessa alle virtù creative delle giurisdizioni e non soggetta alle mediazioni (e alle selezioni) che dovrebbero realizzarsi nelle sedi della rappresentanza. Il legame tra *identity politics* e *juristocracy* (con la connessa perdita di centralità delle istituzioni rappresentative), è di recente ben colta da L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *Dall'identità*, cit., 38 ss.

⁹⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia*, cit., 101 (in merito v. pure 106).

li faticano sempre di più a dare un senso alla competizione democratica. E [...] lasciano spazio a nuovi attori politici che vengono detti in genere “populisti”, ma la cui autentica ragion d'essere consiste molto spesso nel rifiuto del consenso consolidatosi intorno alla linea individualismo-diritti-mercato e nel desiderio di ridare spazio alla politica come impresa identitaria e collettiva»⁹⁷. Anche l'Unione europea, quale punto di quella linea, diviene così un loro bersaglio critico.

3.1 Unione europea, Stati, prove di solidarietà

Vi è, nel presente, una propensione a rappresentare la realtà in termini dicotomici: quanto più il reale si fa complesso tanto più si tende a incasellarlo entro coppie semplificatorie che sembrerebbero imporre preliminari e nette scelte di campo, senza lasciare spazio a sfumature. Ciò accade spesso anche nel dibattito sulle sorti dell'integrazione europea, impostato come scontro tra europeisti e sovranisti, tra una visione progressista delle sorti unitarie del continente e posizioni di retroguardia, ancorate ai nazionalismi statali⁹⁸: rischia di discenderne, nel complesso, l'idea di un irresolubile antagonismo tra Unione europea e Stati nazione⁹⁹.

Da questo tipo di inquadramento si ritiene di dover rifuggire: è possibile mantenere fermo il valore altissimo degli ideali filosofico-politici in principio sottesi al processo di integrazione (riconducibili, in senso ancor più ampio, a visioni cosmopolite)¹⁰⁰ senza che ciò comporti la rinuncia a calarlo nelle dinamiche politiche concrete e attuali. Non si fa dunque questione della auspicabilità di una rappresentanza politica pienamente europea, ma ci si interroga su quanto quell'approdo sia rea-

⁹⁷ G. ORSINA, *op. cit.*, 102.

⁹⁸ L'uso fuorviante e strumentale dell'etichetta di *sovranismo* (e di *nazionalismo*) è stato di recente messo in luce, sul piano del rapporto tra giurisdizioni, da I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, 80 ss.

⁹⁹ Sul punto, criticamente, M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, spec. 290.

¹⁰⁰ In tema, cfr. le considerazioni svolte da M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 176 ss. Per alcuni riferimenti alle analisi che inquadrano le dinamiche dell'integrazione europea come «parte di un processo di costruzione di una cittadinanza cosmopolita a livello mondiale fondata sui diritti umani», «di tendenziale formazione di una cittadinanza democratica globale», cfr. V. COTESTA, *op. cit.*, 18; e, con più specifico riferimento alle tesi habermasiane, F. D'ANIELLO, *Introduzione*, in J. Habermas, *L'ultima occasione*, cit., 6.

listico nel breve-medio periodo, quali siano i passaggi da compiere in quella direzione, quali gli attori chiamati a percorrerli, cosa serva nell'attesa di quell'esito. Non si fa neanche questione della portata, talvolta globale prima che europea, di determinati temi: della pandemia da Covid-19 naturalmente, ma più ancora dell'emergenza ambientale, alla prima relazionata e su cui molti "competenti" richiamano l'attenzione da tempo; il nodo, piuttosto, è quello del dove si decida in ordine al livello di allocazione di determinate politiche, secondo quali schemi democratici e con quali ricadute in termini di responsabilità.

Discutere, in chiave critica, di UE potrebbe così esprimere un modo di essere diversamente europeisti, contribuendo a mettere a fuoco i fattori di blocco e ad ordinare i passaggi da compiere in vista del (non contro il) successo del processo d'integrazione. In tale ottica, andrebbero valorizzati i punti di contatto tra visioni spesso collocate su fronti rigidamente contrapposti. Nella nota polemica tra Habermas e Grimm sulla Costituzione europea¹⁰¹, ad esempio, entrambi gli intellettuali aderivano in definitiva a quell'approccio costruttivista cui ci si è più volte riferiti, riconoscendo le due necessarie facce dell'integrazione: quella giuridico-istituzionale e quella politico-sociale. Rispetto ad esse individuavano, semplicemente, un diverso ordine di priorità.

L'*effetto inducente* di «nuove istituzioni politiche create da una costituzione europea»¹⁰², per Habermas passaggio preliminare, non è contestato in radice da Grimm, consapevole «che tra strutture sociali e istituzioni politiche non vi è un rapporto di dipendenza unilaterale», e che, pertanto, «anticipazioni istituzionali potrebbero anche avviare l'evoluzione sociale»¹⁰³. La distanza, su questo punto, sembra attestarsi su di un piano quantitativo, sul dosaggio tra spinte costruttiviste impresse

¹⁰¹ Cfr. J. HABERMAS, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, Frankfurt am Main, 1996 e D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, conferenza tenuta alla Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 19 gennaio 1994, entrambi nella traduzione italiana pubblicata in G. Zagrebelsky – P.P. Portinaro – J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996 (rispettivamente: *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, 369 ss.; e *Una costituzione per l'Europa?*, 339 ss.). La discussione tra i due studiosi è proseguita, negli anni successivi, con i termini di fondo delle questioni toccate sostanzialmente immutati: si vedano, in merito, i riferimenti offerti da F. D'ANIELLO, *Introduzione*, cit., 8 ss.

¹⁰² Cfr. J. HABERMAS, *op. ult. cit.*, 375.

¹⁰³ D. GRIMM, *op. ult. cit.*, 367. In senso diverso, V. COTESTA, *op. cit.*, riferisce il *paradigma costruttivista dell'identità europea* esclusivamente alla visione habermasiana (14-15), mentre quella dell'*euroscettico* Grimm (15) risponderebbe al *paradigma dell'etnia e della nazione* (12 ss.).

dall'alto (dal giuridico-politico) e dal basso (dal politico-sociale)¹⁰⁴: «l'anticipazione istituzionale non può [...] essere eccessiva»; «la creazione dei presupposti non è [...] impresa da poco»¹⁰⁵. Siffatte cautele paiono legate al timore di dar vita ad una «istituzione ampiamente autoreggentesi e più che mai lontana dalla propria base»¹⁰⁶, con esiti potenzialmente deleteri per le sorti della costruzione europea medesima. L'ammonimento a non cadere nella *semplificazione statale* può essere dunque collocato anche in quest'ottica, costruttiva e costruttivistica, rivolta a non omettere dall'analisi un dato di realtà offerto dall'esperienza: «il successo delle costituzioni democratiche non dipende soltanto dall'intima bontà delle loro disposizioni ma anche dalle condizioni esterne della loro efficacia», in particolare «dall'ambito di intermediazione costituito da partiti, gruppi, associazioni, movimenti dei cittadini e mezzi di comunicazione»¹⁰⁷.

Se diviene centrale il rilievo della *identità collettiva* (di una società con «un senso di appartenenza sufficientemente idoneo a sostenere le decisioni della maggioranza e le prestazioni di solidarietà, e a comunicare discorsivamente scopi e problemi»), questa non deve essere necessariamente pensata in rapporto ad una «omogenea comunità popolare» o «radicarsi in una etnia», ben potendo derivare – questa la prospettiva che Grimm chiaramente predilige – «dalla società che si costituisce co-

¹⁰⁴ Su questa duplice dinamica cfr. F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 156-157.

¹⁰⁵ D. GRIMM, *op. ult. cit.*, rispettivamente 367 e 359 (mio il corsivo). Per alcuni significativi dati sul senso di cittadinanza (nazionale, globale, europea) nella UE, cfr. D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 23-24: in base ad essi l'autore rileva che «agli europei l'idea di appartenenza all'Unione Europea appare estranea almeno quanto quella di cittadinanza globale, a dispetto dei molti decenni di integrazione».

¹⁰⁶ D. GRIMM, *op. ult. cit.*, 367.

¹⁰⁷ Ivi, 357-358. Un limite analogo è riscontrato, rispetto alla prospettiva della *governance globale*, da D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 296: «molte precondizioni devono essere soddisfatte prima che la delega a organismi sovranazionali venga accettata. Dovremmo creare un "corpo politico globale", con norme comuni, una comunità politica transnazionale e nuovi meccanismi di *accountability* adatti all'arena globale»; una visione invece raffrontabile a quella habermasiana, sul piano della costruzione di una «comunità politica globale» fondata su particolari «processi deliberativi», potrebbe essere quella di Joshua Cohen e Charles Sabel (analizzate ivi, 299 ss.). Per Rodrik, però, proprio le difficoltà di avanzamento dell'*esperimento europeo* (nonostante il vantaggio di una tendenziale omogeneità degli Stati che ne sono partecipi: 305-306) svelerebbero i limiti di quelle visioni: a ben vedere, «il dilemma dell'Europa non è diverso da quello davanti al quale si trova l'economia mondiale nel suo insieme» (306). In merito alle prospettive dell'UE, l'autore è tornato, con accenti più pessimistici, in ID., *Dirla tutta*, cit., 49 ss.

me unità politica»¹⁰⁸. Una prospettazione che rievoca, da una parte, le differenti componenti (organiche e volontaristiche) dei fenomeni nazionali e, dall'altra, il legame tra identità collettiva, processi politici e democrazia (già valorizzato, come ricordato, dal filone di studi del *liberal nationalism*).

Occorre peraltro ricordare come molte delle criticità del processo di integrazione siano diffusamente ricondotte proprio ad una operazione connotata da un eccesso costruttivista (o di un inadeguato ordine di priorità nella costruzione), per effetto del quale l'integrazione economico-monetaria ha anticipato quella politico-istituzionale, disallineandosi da essa¹⁰⁹. Armati delle migliori intenzioni, ci si sarebbe potuti attendere, anche in quel caso, un *effetto inducente* tale da realizzare «l'aspettativa e la promessa politica che tutti gli Stati membri avrebbero raggiunto le stesse condizioni di vita, mentre poi si è realizzato il contrario di questa prognosi»¹¹⁰. Un riallineamento tra le due dimensioni può essere senz'altro un modo di riparare all'errore: è lecito però interrogarsi sull'utilità di un intervento che, in difetto dei presupposti discorsivi indispensabili per il funzionamento delle istituzioni democratiche, rischierebbe di incidere solo sul piano formale, risultando, anche in questo caso, controproducente rispetto ad un percorso di integrazione effettiva, orientato alla costruzione di una Europa sociale¹¹¹.

Ricostruzioni di questo tipo potrebbero apparire troppo poco entusiastiche, oltremisura caute e dunque destinate, di fatto, a mantenere perennemente incagliato (e rinviato) l'avanzamento dell'integrazione.

¹⁰⁸ D. GRIMM, *op. ult. cit.*, 363-364; v. pure 365, dove l'A. si riferisce alla «autodeterminazione dei cittadini dell'Unione sulla forma e il contenuto della loro unità politica».

¹⁰⁹ Lo rileva lo stesso J. HABERMAS, *Der Konstruktionsfehler der Währungsunion*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 5, 2015, trad. it. *L'errore di costruzione dell'Unione monetaria*, in J. Habermas, *L'ultima occasione*, cit., 73 ss.

¹¹⁰ Così J. HABERMAS, *Wo bleibt die proeuropäische Link?*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 12, 2018, trad. it. *Dov'è andata a finire la sinistra europeista*, in J. Habermas, *L'ultima occasione*, cit., 85. Sul punto v. D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 50-51. Diffida delle *virtù inducenti*, sulla scorta dell'esperienza del processo di integrazione, A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, *passim* (spec. 9-12).

¹¹¹ Sulla decisività, per la costruzione europea, di un sistema di *welfare* centralizzato, cfr. S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2015, spec. 12 ss.; D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 77-78, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2016, 4 ss.

Le occasioni di superamento dello stallo, invece, sono tutt'altro che infrequenti. «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto». Sono le parole della nota dichiarazione di Schuman, del 1950: la costruzione europea, e la sua solidità, passano per prove concrete di solidarietà transnazionale¹¹², che sappiano guardare alle esigenze fondamentali del cittadino europeo, contribuendo ad immaginarlo in maniera pienamente compiuta. In tale direzione, vi sono state, di recente, alcune importanti occasioni mancate¹¹³; oggi l'emergenza epidemiologica mette l'Unione di fronte ad una nuova prova, attraverso cui misurare quanto e in che modo i popoli e gli Stati europei riescano a immaginarsi come unità politica.

I popoli e gli Stati europei: malgrado tutto, gli Stati nazione (con le nazioni) restano ancora la chiave dell'integrazione. Rappresentarli esclusivamente come ostacoli di quel processo, senza interrogarsi su come rivitalizzare al loro interno le dinamiche democratiche *in funzione di quel processo*, rischia di essere oggi un errore di prospettiva, già esemplificato efficacemente attraverso l'immagine kantiana della *colomba leggiera* che «mentre vola vagheggia il vuoto: stanca del suo affanno, so batter d'ali, ha l'impressione che, se non ci fosse l'aria, volerebbe più veloce»¹¹⁴. L'Europa politica non è sorta (e probabilmente non avanzerà) su un antagonismo ma su di una sinergia rivolta a «mantenere quello che c'è di umano e di nobile in queste forze nazionali, pur coordinandole verso uno scopo di civiltà supernazionale che possa equilibrarle, rias-

¹¹² Sulla differenza tra *lealtà* e *solidarietà* (la seconda presupposto dell'«agire politico comune»), cfr. J. HABERMAS, *La nostra grande illusione*, cit., 74-76; nonché, di recente, A.M. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del Covid 19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020, 440 ss.

¹¹³ Cfr. in particolare J. HABERMAS, «Für ein starke Europe» - aber was heißt das?, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 3, 2014, trad. it. «Per un'Europa forte». *Ma che significa?*, in J. Habermas, *L'ultima occasione*, cit., 43 ss. Ad avviso di D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 66, «finora le riforme istituzionali dell'Unione europea seguite alla crisi [...] hanno aggravato il deficit democratico dell'Unione». In senso analogo, v. pure M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Milano, 2012, 360; A. GUAZZAROTTI, *Crisi*, cit., spec. 103 ss.; C. CARUSO, *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1, 2018, 123 ss.

¹¹⁴ Lo spunto è offerto da F. CIARAMELLI, *Europa depressa. Appunti sull'odierna crisi dell'integrazione europea*, in *Rivista di Politica*, n. 4, 2014, 61 (che a sua volta si richiama a A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, 2005, 28).

sumerle e comporle in una corrente irresistibile di progresso»¹¹⁵. Quando i termini di questa sinergia sono stati in equilibrio (grazie anche ad una certa fluidità dei processi rappresentativi garantiti dagli Stati membri) è allora che l'integrazione europea ha progredito, e lo ha fatto sulla base di un effettivo consenso democratico, riflesso ma diffuso. Quella sinergia potrebbe essersi spezzata allorquando si assiste alla «affermazione della stabilità monetaria e di una concezione radicale della proprietà privata e della libertà d'iniziativa economica come norme fondamentali sostanziali del diritto comunitario», anche in contrasto con alcune delle premesse poste (e praticate) nella prima fase della integrazione¹¹⁶. L'UE ha rischiato così di trasformarsi in un progetto costituzionalmente fondato sulla prioritaria accettazione di una visione economica determinata (e del modello di sviluppo ad essa sotteso), e non di evolvere in spazio di effettiva partecipazione democratica in cui anche quella visione sia oggetto di dibattito politico. Da questo punto di vista, l'avanzamento del progetto potrebbe mettere in discussione un profilo connotativo delle identità nazionali statuali: connotativo in senso non organico ma civico-volontaristico, implicando una disponibilità «a riconsiderare i propri impegni fondativi in base a questa nuova agenda politico-costituzionale»¹¹⁷.

4. *Crisi epidemiologica e persistenza dello Stato nazione*

In chiave giuridico-istituzionale, il discorso sull'emergenza Covid-19 deve necessariamente confrontarsi anche con le questioni in questa sede sinteticamente ripercorse: il ruolo dello Stato-nazione, dell'Unione europea, delle istituzioni sovranazionali in genere (economiche e non solo); i nodi delle dinamiche democratico-rappresentative (sedi e meccanismi di assunzione delle decisioni; vincoli alle stesse; imputazione delle relative responsabilità; adeguatezza degli strumenti di controllo democratico), in rapporto alle politiche perseguite nel passato, durante l'emergenza e a quelle che dovranno essere definite per il futuro più e meno immediato.

¹¹⁵ Sono parole pronunciate da Alcide de Gasperi nel 1951, riportate in L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *op. cit.*, 42.

¹¹⁶ M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *op. cit.*, 303 ss. (citazione a p. 309; in tema si veda pure 324).

¹¹⁷ Ivi, 316.

Il dato che forse la crisi epidemiologica meglio ha messo in luce è la persistente vitalità dello Stato¹¹⁸: dello Stato nazione, con il suo armamentario nazionalistico, che opera nell'ordinario *banalmente*, quasi cancellando le sue tracce, ma che riappare con evidenza innanzi ad una crisi che richiede di mobilitare risorse e senso di solidarietà. Protagonista, ovviamente, nel bene e nel male: l'efficacia della risposta alla pandemia viene a dipendere dalla efficienza e la solidità – politica e amministrativa – degli apparati statuali. Ne deriva «la perdurante necessità che lo Stato sia stabilmente organizzato», rendendo «recessiva la tesi di chi, anche culturalmente, vagheggia il superamento della sovranità e la sua dissoluzione/attenuazione in (o sostituzione da parte di) un ordine globale tecnico, concepito come il “dover essere”. L'esperienza drammatica che stiamo vivendo [...] ha confermato come non colga nel segno la prospettiva secondo cui la soluzione a problemi globali passerebbe attraverso l'applicazione di regole o decisioni globali o, a un livello diverso, solo europee»¹¹⁹. Profili, quelli appena richiamati, già sottolineati in passato per le crisi economiche che hanno toccato il sistema europeo¹²⁰.

Centralità dello Stato (nazione) non significa però, necessariamente, centralismo statale né, tantomeno, una sua chiusura verso l'esterno.

La vicenda italiana ha mostrato un ruolo oscillante delle Regioni nella gestione della pandemia¹²¹. La sensazione di fondo è però che lo Stato sia stato sempre il vero regolatore delle dinamiche tra livelli di governo: dosando il ricorso a strumenti di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti degli enti territoriali¹²²; evitando di attivare i più penetranti meccanismi costituzionali posti a presidio delle esigenze unitarie (in specie i poteri sostitutivi previsti all'art. 120 Cost., tra i cui presupposti ricorre il «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubbli-

¹¹⁸ In tema, v. ad esempio, A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020, 7 ss.

¹¹⁹ F. FRACCHIA, *op. cit.*, 578-579. Sul punto v. pure R. BIN, *Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente*, in *lacostituzione.info*, 28 marzo 2020; sul «ritorno dei paradigmi concettuali dello Stato-nazione» v. anche A.M. POGGI, *Dove va l'Europa*, cit., 444 ss. (citazione 446).

¹²⁰ Cfr. D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 293-294 e, con più specifico riferimento alla UE, 307 ss.

¹²¹ Per alcuni tentativi di bilancio, inevitabilmente provvisori, cfr. U. ALLEGRETTI – E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 aprile 2020; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2 aprile 2020.

¹²² Sul tema cfr., in questo volume, A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*.

ca») ¹²³; dettando previsioni normative ora con una bassa capacità conformativa, ora espressamente rivolte a dare copertura (*ex ante* o *ex post*) agli interventi regionali ¹²⁴. Tutto questo nella ricerca probabilmente, oltre che di una – in ipotesi – più efficace gestione della crisi epidemiologica, di una condivisione, talora forse di una vera e propria dismissione, delle responsabilità politiche ¹²⁵: uno Stato, e il suo Governo, non tanto succube delle regioni ma che piuttosto accetta, modera, in alcuni casi alimenta, una schizofrenia autonomista ¹²⁶, pur avendo a disposizione strumenti per contenerla.

Anche in questo caso, si badi, non si intende discutere dell'efficacia della strategia (che anzi, nel complesso, appare particolarmente disfunzionale per l'elevato tasso di incertezza legato alla frammentarietà della regolazione prodotta) ma individuarne il regista. Su un punto però si ritiene di dover insistere: il principale elemento di criticità nella dinamica delle relazioni Stato-regioni emerso nella pandemia è stato probabilmente rappresentato da un eccesso di ruolo dei Presidenti di regione ¹²⁷, epicentro di assetti organizzativi fortemente sbilanciati in chiave monocratica e dunque spesso dediti, prima di ogni altra cosa, a catalizzare

¹²³ Cfr. R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in *Iacostituzione.info*, 3 aprile 2020; A. MORELLI – A.M. POGGI, *Editoriale. Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2020, 1-2.

¹²⁴ Su tale profilo, relativamente alle previsioni di cui agli artt. 2-3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13), cfr., con diversità di posizioni, S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 17 ss.; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei Dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, 361 ss. Uno schema analogo di articolazione di interventi statali e territoriali è riproposto nel D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito in legge 22 maggio 2020, n. 35), sempre agli artt. 2-3.

¹²⁵ Tale approccio è rinvenibile, oltre che nelle già richiamate previsioni degli artt. 2-3 dei D.L. 6/2020 e 19/2020, nella complessiva struttura del DPCM del 17 maggio 2020 (*Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica*), pubblicato in G.U. n.126 del 17 maggio 2020.

¹²⁶ Esemplicativi i dati riportati da A. CELOTTO, *op. cit.*, 13 ss.

¹²⁷ Si consideri la vicenda analizzata da A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'*, in *Dirittifondamentali.it*, 18 aprile 2020. Più in generale, sul punto, cfr. F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in questo volume.

consensi sulla propria persona (talora in vista di consultazioni elettorali destinate a svolgersi immediatamente a ridosso del superamento della fase critica della pandemia)¹²⁸. Nella polemica che ciclicamente investe il regionalismo italiano, sorprende che le numerose ipotesi di riforma messe in campo non abbiano mai riguardato gli attuali assetti della forma di governo, addebitando anche alla loro peculiare conformazione alcuni dei limiti di rendimento degli enti; sorprende, allo stesso modo, come durante la crisi epidemiologica, a fronte delle numerose voci levatesi, giustamente, a denunciare i rischi di marginalizzazione del Parlamento derivanti dalle modalità di produzione normativa prescelte, in pochi si siano chiesti dove fossero intanto finiti i Consigli regionali in rapporto all'azione solitaria dei presidenti. Anche su tale terreno, la dolorosa esperienza del Covid-19 dovrebbe aver messo a nudo i limiti non tanto delle regioni e del regionalismo¹²⁹ ma di quella «ideologia dell'«efficienza» della decisione politica come valore in sé, cioè prescindente dalla causa e dallo scopo, «efficienza» da conseguire concentrando il potere nel singolo *leader*»¹³⁰, ideologia che a livello regionale ha trovato la più compiuta concretizzazione.

Anche sul piano europeo, se la solidarietà transnazionale diviene snodo cruciale per il governo dei devastanti effetti della pandemia, è la voce degli Stati, spesso dall'esterno dei circuiti eurounitari, a risuonare alta, in chiave sia di impulso sia di resistenza alla definizione degli strumenti concreti di intervento. È esemplificativo, nel primo senso, il vigore impresso alle complesse negoziazioni sugli strumenti finanziari da mettere in campo (e sulla loro conformazione) dalla *Initiative franco-allemande pour la relance européenne face à la crise du coronavirus* del 18 maggio 2020¹³¹; o, in chiave di freno, la decisione del Tribunale costitu-

¹²⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *op. cit.*: «La carenza di criteri pre-definiti, lascia largo spazio ad una disordinata corsa a riempire veri o presunti vuoti di disciplina o a dar luogo a normative anche fortemente differenziate non solo per obiettive necessità di adeguamento a situazioni locali, ma anche per pura polemica politica con il Governo nazionale o per smania individualistica di visibilità, in vista del possibile, successivo sfruttamento elettorale. Forse è l'aspetto più triste e squallido delle attuali difficoltà di coordinamento tra autorità nazionali, regionali e locali».

¹²⁹ Difendono il ruolo essenziale delle regioni, anche in ambito sanitario, R. BIN, *Caro Orlando*, cit.; A. MORELLI – A.M. POGGI, *Editoriale*, cit., 3 ss.

¹³⁰ S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 16; in senso analogo M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, spec. 5.

¹³¹ Il testo del comunicato congiunto può essere consultato al link <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/05/18/initiative-franco-allemande-pour>

zionale federale tedesco del 5 maggio 2020, relativa al *Piano di acquisti di titoli di debito pubblico* (PSPP) da parte della Bce, che ha immediatamente generato, anche in Italia, un ampio dibattito, spesso polarizzato ma con spunti di estremo interesse, anche nella chiave analitica del presente contributo.

Vengono infatti in evidenza – da qualunque punto di osservazione ci si collochi – i limiti di una integrazione che faccia leva, oltre una certa soglia, sulla dimensione giurisprudenziale. Al di là delle specifiche criticità della decisione (legate anche alla delicatezza del momento in cui interviene), appare infatti problematico denunciarne la *politicità*¹³² in rapporto ad un processo europeo alimentato, in molti passaggi decisivi, proprio dal ruolo creativo delle Corti (europee e nazionali). Detto in altro modo: l'invito al giudice tedesco a «leggere il sistema europeo con gli occhiali del *federalizing process*»¹³³ rischia di risolversi nella richiesta di prestazioni di diversa *politicità*, laddove determinati nodi andrebbero invece sciolti al di fuori dei circuiti giurisprudenziali, in sedi pienamente politiche. D'altro canto, se limiti ed esiti argomentativi del Tribunale federale rischiano di porsi «al servizio dell'antipolitica europea e del revanscismo nazionalista»¹³⁴, è stato evidenziato – su un piano più generale – come anche «la deriva elitaria delle Corti sovranazionali» (con la parallela marginalizzazione delle dinamiche rappresentative) rappresenti uno «degli elementi su cui fanno leva i populismi europei che in molti casi assumono le vesti di nuovi nazionalismi/sovranismi»¹³⁵.

Pur nella diversità di inquadramento, tendono così ad emergere fondamentali elementi di consapevolezza: è essenziale che l'evoluzione del progetto europeo sia ricondotto su binari *stricto sensu* politici, ad esempio «rimettendo il tema delle competenze in materia di “politica economica” al centro della Convenzione per il futuro dell'Europa»¹³⁶.

la-relance-europeenne-face-a-la-crise-du-coronavirus.

¹³² Cfr. B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meditato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2010, iv ss.

¹³³ Ivi, v.

¹³⁴ Ivi, xii; nello stesso senso M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *VerfBlog*, 6 maggio 2020, <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>.

¹³⁵ L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *op. cit.*, 47.

¹³⁶ B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *op. cit.*, xiv; A.M. POGGI, *Dove va l'Europa*, cit., 449. Allo stesso modo, pur offrendo, una lettura nel

Ciò anche al fine di poter definire in maniera compiuta, innanzi ad emergenze come quella che stiamo vivendo, strategie che oggi rischierebbero di risultare disallineate dalla visione economica *ortodossa* che domina i Trattati¹³⁷.

Per procedere però in questa direzione, politica, «le istituzioni europee non potranno prescindere dalla valorizzazione delle sovranità statali [...]. Liquidare [...] questa dimensione, con una punta di disprezzo e alimentando polemiche anti-sovraniste forse rivolte a un bersaglio sbagliato, come banale populismo, nazionalismo o generico sovranismo significherebbe insistere in un grave errore culturale»; «lo Stato avrà spazi di ingerenza maggiori nel mercato, auspicabilmente contando sul forte supporto di un'Europa che (e se) si sarà destata da una sorta di letargo, convinta del proprio compito essenziale di rafforzare e affiancare gli Stati perché liberata dalle sirene che vorrebbero che li soppiantasse»¹³⁸.

complesso diversa della sentenza del giudice tedesco, cfr. P. DE SENA – S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog*, 14 maggio 2020, che si chiedono, retoricamente, se sia «davvero possibile continuare a pensare che contraddizioni di questa portata possano essere governate – se non sciolte – da organi tecnici o giudiziari, e non per la via maestra, politica e democratica, del procedimento di revisione dei Trattati».

¹³⁷ Cfr. O. CHessa, *Il Recovery Fund: ovvero, come l'Eurozona può schivare il divieto di monetizzare il disavanzo di bilancio*, in *lacostituzione.info*, 26 aprile 2020; P. DE SENA – S. D'ACUNTO, *op. cit.*

¹³⁸ F. FRACCHIA, *op. cit.*, rispettivamente 580 e 586.

EXPERTISE TECNICHE E DECISORI POLITICI
RAZIONALITÀ LEGISLATIVA
E USO DELL'ARGOMENTO SCIENTIFICO
NELLA PRODUZIONE DEL DIRITTO EMERGENZIALE

ALESSIA FARANO - VALERIA MARZOCCO*

SOMMARIO: 1. Il governo della pandemia tra decisore politico e sapere esperto: prospettive e metodo dell'indagine. – 2. Regolare *la* scienza o regolare *a partire dalla* scienza? Razionalità legislativa e canoni della “buona legislazione” al tempo del Covid-19. – 3. Tra politica e scienza. *Expertise* tecniche e processi decisionali pubblici. – 4. Gli atti normativi nel governo dell'emergenza. – 5. Dal legislatore deferente alla funzione argomentativa della scienza. – 6. Il Comitato tecnico-scientifico in prospettiva comparata. – 7. Il governo dell'incertezza oltre il principio di precauzione.

1. *Il governo della pandemia tra decisore politico e sapere esperto: prospettive e metodo dell'indagine*

La sempre maggiore pervasività del diritto nell'alveo della “vita materiale”¹, secondo la *verità*, di certo mai stata così *ovvia*, della vulnerabilità di tutti e di ciascuno², non è un dato che origina con l'emergenza epidemiologica in atto. Di questa penetrazione della regola giuridica nella *nuda vita*³ le fasi in cui si è articolato il governo della pandemia

* Rispettivamente assegnista di ricerca, LUISS Guido Carli – Roma e associata di Filosofia del diritto, Università di Napoli Federico II. Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione congiunta, Valeria Marzocco è autrice dei §§ 1, 2, 3 e Alessia Farano dei §§ 4, 5, 6, e 7.

¹ Con riguardo alla “vita materiale” nella prospettiva del diritto, nel superamento costituzionalmente orientato del pervicace “agnosticismo” dei codici ottocenteschi: L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXVI, IV, 1982, 1117-1136 (118).

² Sulla vulnerabilità intesa come “precarietà” del corpo biologico e, per questo, “truismo” o “ovvia verità” dalla quale discende una delle condizioni di legittimazione dell'ordinamento giuridico, si pronuncia esplicitamente Herbert Hart: H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2002, 225 ss.

³ Il tema della “nuda vita” – *bloß Leben* – (W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* (1921), in ID., *Angelus novus*, tr. it. R. Solmi, Torino, 1999, 5-31) recuperato da Giorgio Agamben (*H. Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 5-28) è implicitamente richiamato da quest'ultimo, assieme alla categoria schmittiana dello *stato di*

rappresentano però un quadro specificamente complesso, questo sì inedito.

In termini di premessa, ciò può ricondursi al singolare intreccio che la crisi sanitaria ha istituito tra il diritto dell'emergenza e la relazione di co-produzione che si è osservata tra scienziati e decisori circa la sua produzione⁴: è uno scenario che conferisce complessità ai canoni consolidati della legislazione su basi scientifiche, sotto il profilo della formazione della volontà politica e dei modelli di teoria e tecnica della legge, ricadendo criticamente sulla razionalità e sui canoni di *ragionevolezza scientifica* adottati dal legislatore⁵.

Valutare la normazione prodotta nel corso dell'emergenza epidemiologica alla luce delle prospettive appena indicate rappresenta senz'altro una delimitazione del campo d'indagine, considerato il più ampio spettro delle questioni teorico-generaliste poste dal diritto emergenziale⁶. A farsi immanente è una forma di esercizio accentrato della decisione che, sebbene non in contrasto con il modello costituzionale⁷,

eccezione quale chiave di una lettura, invero assai discutibile, dell'epidemia: <https://ilmanifesto.it/lo-stato-decezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata/>.

⁴ Sul linguaggio della co-produzione: S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, London and New York, 2004.

⁵ Nella vasta letteratura in materia: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1-23; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-842; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591-618; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatori e giudici*, Napoli, 2016.

⁶ Ben oltre l'asserita prospettiva di "risalire la catena normativa" del diritto emergenziale, una disamina acuta di questi aspetti, anche ricadenti sul rapporto tra "stato d'assedio", "stato d'eccezione" ed "emergenza" si trova in: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 11 aprile 2020. In via sistematica, a vagliare l'inopportuno e diffuso ricorso ad una "emergenza stabilizzata" nell'ordinamento italiano: S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 649-661.

⁷ La discussione costituzionalistica in materia, animatasi sin dalle prime fasi dell'epidemia, è ormai già molto ampia. In termini di schematizzazione, e limitandosi alle questioni del diritto pubblico e costituzionale interno, lo sforzo degli interpreti si è prodotto in tre macroaree: la prima, concentrata sul vaglio delle forme di accentramento della decisione in capo al governo alla luce dei profili teorico-generalisti del diritto dell'emergenza (su questo punto, pur avvertendo circa la necessità di "tutelare la nostra democrazia costituzionale dalla pandemia", vi sarebbe da accogliere tale processo come "autoassunzione di un potere *extra-ordinem* che si legittima per via di necessità": G.

gli estesi poteri di ordinanza e l'irradiarsi orizzontale delle competenze tra Stato e Regioni hanno certamente consolidato⁸, definendo una retrocessione della centralità del Parlamento⁹. Senonché, proprio la tensione cui i DPCM e gli atti derivati hanno sottoposto diritti e libertà fondamentali¹⁰ non si colloca in un processo intellegibile alla luce del solo diritto dell'emergenza, giacché il circuito costituitosi tra decisore politico ed esperti di esso rappresenta elemento decisivo e critico, sotto il profilo della giustificazione razionale e pubblica della volontà politica e, in prospettiva, per le ricadute interpretative dei testi prodotti.

Questo *diritto dell'emergenza basato sulle evidenze scientifiche* è uno dei dati normativi che occorre considerare, anche solo alla luce di una rappresentazione di un ruolo dell'*expertise* scientifica nel campo

AZZARITI, *Il diritto costituzionale dell'eccezione*, *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, II e III); in parte ricollegandosi a questa, si è poi distinto un profilo di analisi teso a valutare la tenuta costituzionale delle misure di temporanea ma severa compressione delle libertà fondamentali ad opera dei DPCM (su ciò, con riguardo al soddisfacimento della riserva di legge ex art. 16 Cost., in tema di libertà di circolazione e alla loro “duplice legittimazione”: B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus. Rileggendo la Costituzione italiana delicata, federalismi.it*, 6, 2020); infine, perché ricadente su profili valutativi che tornano a considerare la riforma del Titolo V della Carta fondamentale, ma anche giacché destinata, come dimostra l'impugnazione del provvedimento della Regione Calabria (Ordinanza P.G.R. Calabria n. 37, 29 aprile 2020) ad opera del Ministro degli Affari Regionali, è la criticità del quadro dei rapporti tra Stato e Regioni messa a fuoco dalla pandemia.

⁸ V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici... e rischiosi*, *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

⁹ Sul punto, occorre specificare che, al netto degli evidenti meccanismi di accentramento della decisione originati dalla Dichiarazione dello stato di emergenza (CdM 31 gennaio 2020) e dal D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, che conferiva “alle autorità competenti” il potere di adottare le misure di contrasto alla diffusione pandemica (art. 1), la condizione di effettiva impossibilità del Parlamento a riunirsi ha aperto una discussione, soprattutto in seno alla dottrina costituzionalistica, sulle modalità che potessero assicurare un voto a distanza, sulla scorta delle scelte operate in altri paesi. Per una prospettiva di diritto interno, ciò implicherebbe l'adozione di un'interpretazione evolutiva della “presenza” parlamentare: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit.

¹⁰ Tra queste, accanto alla libertà di circolazione (cfr. *supra*, nt. 7), particolarmente rilevante è l'aspetto che riguarda il diritto alla difesa nel processo penale, compromesso nella sua declinazione “materiale” – ossia, con riguardo allo specifico contributo che l'imputato può fornire – dalla “normalizzazione” ex art. 83 co. 12 D.L. 18/2020 degli istituti di “partecipazione virtuale al processo” già previsti a partire dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p.: O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, *Archivio penale*, 1, 2020. Sulla diagnosi di una “grande contrazione” dei diritti fondamentali: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, *Consulta Online*, 1, 2020, 205 ss.

dell'esercizio della decisione politica sulle libertà fondamentali mai stato così penetrante. Sebbene siano molte le questioni che si aprono da ciò¹¹, vi è in tutte, riconoscibile, un nodo teorico e, più ancora, sistematico.

La pandemia generata dal virus SARS-CoV-2 mette in forma un ordine deliberativo tra sapere esperto e decisore politico che consacra un ruolo delle *expertise* mai sperimentato in precedenza. Più nel dettaglio, vi è uno spazio specifico e inedito che la consulenza tecnico-scientifica occupa *dall'interno* nella gestione dell'emergenza, in cui la natura di "forum ibrido" di questi consessi, interpreti di tensioni normative che sono ad un tempo *scientifiche* e *politiche*, si fa vedere appieno¹². Per cogliere questo aspetto non occorre limitarsi a considerare la forma che la legittimazione del sapere scientifico ha assunto sul piano del discorso pubblico, che è un elemento, ma non il solo, e non quello che rileva più immediatamente sotto il profilo giuridico. Appare piuttosto più opportuno collocare gli atti normativi prodotti nell'ambito del diritto "evidence-based"¹³, per analizzare quale sia *l'uso* che del sapere esperto fa il decisore nel contesto dell'emergenza, e isolare, conseguentemente, alcune prime considerazioni sull'integrazione dei canoni di razionalità e ragionevolezza rinvenibili nella forma del rinvio alla conoscenza tecnico-scientifica.

¹¹ La moltiplicazione dei comitati tecnico-scientifici, ai vari livelli in cui essi partecipano alla formazione della decisione, frammenta le strategie di governo della crisi epidemiologica, costruendo discrasie sul piano dell'armonizzazione dei testi tra *centro* e *periferia* destinate a ricadere *esternamente* sul piano interpretativo: cfr., *infra*, § 6.

¹² A sottolineare l'ambiguità del contributo epistemico prodotto dalle *expertise* nelle politiche pubbliche – non un *sapere*, quanto, piuttosto, una *competenza* –, vi è la difficoltà a tenere separati gli aspetti meramente "cognitivi" da quelli espressione di punti di vista "normativi", sia etici che politici: F. FISCHER, *Democracy and Expertise. Reorienting Policy Inquiry*, Oxford, 2009.

¹³ In questo lavoro, il richiamo al diritto "evidence-based" si limita alla considerazione di quei prodotti normativi che in dottrina sono meglio conosciuti come *atti normativi fondati su evidenze (o premesse) scientifiche*. Tenendosi in questo specifico ambito, va rilevata in premessa una distanza tra l'approccio che si è privilegiato in questi anni in Italia, dalla prospettiva emergente nell'analisi giuridica europea e angloamericana: mentre in quest'ultimo caso si tende a fondere la tipologia della "evidence-based legislation" nel contesto della funzione esercitata dall'"empirical knowledge" sulla regolazione (per uno sguardo d'insieme: S.T. TRAUTMANN, *Empirical Knowledge in Legislation and Regulation: A Decision Making Perspective, The Theory and Practice of Legislation*, 553, 2009, 533-542), in Italia gli studi si sono concentrati piuttosto sul rapporto tra valutazione legislativa e controllo sulla ragionevolezza scientifica da parte del Giudice delle Leggi (nella vasta letteratura in materia: P. VERONESI, *Cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale, Quaderni costituzionali*, XXIX, 3, 2009, 591-618).

L'esame dei modelli di teoria di legislazione relativi agli atti basati su evidenze scientifiche, nel cui quadro generale il diritto dell'emergenza si lascerebbe cogliere, può contribuire a fornire strumenti decisivi per l'intelligenza di queste dinamiche?

Con riguardo ai principali aspetti su cui si concentrano gli studi in materia, la produzione normativa dell'emergenza restituisce certamente una peculiarità, che è data dalla oscillante rilevanza del *contesto giustificativo esterno* in base al quale trova fondamento l'adozione delle norme di condotta prescritte: non assumendo un particolare rilievo il tema della "normazione tecnica", questo aspetto orienta l'indagine sull'argomento scientifico che, ora implicitamente, ora in termini espressi, si ritrova richiamato nella produzione del diritto emergenziale¹⁴. In questi termini, prevalendo l'obiettivo del contenimento della diffusione del virus, la decisione politica sulla materia dell'emergenza epidemiologica si è tradotta nella scrittura di disposizioni in cui l'inevitabile ricorso a terminologie scientifiche ("normazione tecnica")¹⁵ non revoca in dubbio la natura di un linguaggio tipico della norma di condotta il cui orientamento teleologico assume l'argomento scientifico come riferimento implicito¹⁶. Ciò, come si vedrà, pone in una specifica prospettiva il peso

¹⁴ Giova precisare i significati con cui ci si intende riferire ai due lemmi riportati nel testo: per "norme tecniche" vale la definizione che fa leva sulla *giustificazione teleologica* della regola giuridica ("la regola tecnica ricava un obbligo di comportarsi in un certo modo dal perseguimento di questo interesse assunto come un fine": G.H. VON WRIGHT, *The Foundation of Norms and Normative Statements* (1965): tr.it. a cura di R. Guastini, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1987, 74); quanto alla "normazione tecnica" si intende invece riferirsi al contenuto della disposizione normativa, quando esso è ricavata *da* o attinge *a* un linguaggio specialistico (per i problemi che ne discendono, cfr. *infra*, § 5).

¹⁵ Su questo punto, tuttavia, è di non poco conto che tali riferimenti si limitino ad una terminologia generica all'interno dei testi direttamente emanati dal Governo – quali, ad esempio, il diffuso richiamo a "pandemia" o a "rischio epidemiologico" – mentre, come si legge nell'art. 2 del D.L. 25 marzo 2020, "Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630".

¹⁶ Nella lettura privilegiata da questo lavoro, il complesso delle misure previste (e poi variamente articolate) a partire dal DPCM 8 marzo 2020 (con le severe limitazioni della libertà di circolazione, ma anche in virtù delle misure che, ex art. 1, impattavano in vari ambiti – scolastico, culturale, sportivo, sanitario – sulla sua concreta espressione) costituiscono disposizioni che possono essere annoverate quali "regole tecniche", se si considera il loro esplicito atteggiarsi quale *mezzo* per il raggiungimento di un *fine* (cfr. *supra*, nt. 14). Assumendo la premessa di cui all'art. 1 D.L. 25 marzo 2020 recante "Mi-

dei canoni ai quali è dato ricostruire la *ragionevolezza scientifica* delle scelte del legislatore, alla luce delle misure in cui l'esigenza dell'azione precauzionale si esplicita concretamente, e in considerazione del ruolo esercitato su entrambi gli accennati profili dal sapere esperto¹⁷.

Se si vuole ritrovare negli atti basati sulle evidenze scientifiche una prospettiva utile all'indagine occorre per questo osservare più di qualche cautela, a partire da una considerazione preliminare che riguarda i processi che si stanno analizzando.

Nel regime politico e giuridico dell'emergenza, la scienza – o, più correttamente, quella sua particolare e ibrida espressione, che è l'*expertise* tecnico-scientifica¹⁸ – si colloca in uno spazio di relazione con il decisore dai contorni sfuggenti, che fatica a stare nel perimetro consolidato in cui essa ha trovato legittimazione nel discorso giuridico. Se si considera il modello teorico della co-produzione, di cui tanto si è discusso negli ultimi anni¹⁹, non poche sono le questioni poste dalla produzione del diritto emergenziale su basi scientifiche: i criteri di legittimazione democratica degli esperti o, ancora, i canoni ai quali deve soggiacere la selezione delle evidenze scientifiche da parte del legislatore (con ciò che consegue in termini di scrutinio di ragionevolezza dei contenuti adottati) sono temi il cui segno si torce e si ridetermina alla luce delle peculiarità della crisi epidemiologica. Anche in ragione di ciò, vale la pena domandarsi se i criteri della “buona legislazione” elaborati per gli atti normativi su base scientifica indichino effettivamente un quadro di riferimenti sufficienti.

Sotto il profilo del metodo, per questa tipologia di atti, un'iniziale attenzione va rivolta agli studi in materia di *drafting* legislativo, e al particolare privilegio accordato in questo contesto ai canoni linguistici prevalenti per la loro redazione giuridica. Sebbene la normazione emergenziale, soprattutto della cd. “fase 1”, sia *prima facie* esteriore alle specifi-

sure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19”, ciò può ricavarsi dal riferimento alla finalità di “contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del COVID-19”, alla luce del quale, ex art.2, si giustificano le misure (non cumulative) di limitazione del novero di attività personali e pubbliche elencate nella disposizione (da a] a z]).

¹⁷ Cfr. *infra* § 5.

¹⁸ Sul contesto veritativo nelle democrazie contemporanee: N. URBINATI, *Democrazia sfigurata: il popolo tra opinione e verità*, Milano 2014.

¹⁹ In Italia, in opera di diffusione e sviluppo originale della ricerca di Sheila Jasanoff (cfr. *supra* nt. 4): M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336.

cità emergenti in quelle ipotesi, da ciò possono trarsi comunque elementi utili alla riflessione, con riguardo al rapporto tra teoria della legislazione e *drafting* normativo e, più specificamente, nella prospettiva di tentare una possibile codificazione dei modelli degli atti basati sulle evidenze scientifiche in base ai canoni cui risponde il rinvio al sapere esperto da parte del decisore.

Dagli studi sul *drafting* “evidence-based” emerge che anche quando gli atti giuridici basati sulle evidenze scientifiche facciano un “uso” della scienza finalizzato alla validazione di contenuti di ordine tecnico, il prodotto giuridico non sia affatto contenutisticamente neutro: non è possibile, in altre parole, tenere distinta la scrittura delle disposizioni di *natura tecnica* – siano esse “regole tecniche” o mera “normazione tecnica”²⁰ – dalle scelte politiche (e talvolta morali) che il linguaggio fa trasparire²¹. Per altro verso, sul piano specifico degli atti normativi “evidence-based”, dalla teoria della legislazione che si occupa di questa materia viene in evidenza un quadro della co-produzione che integra diversamente i canoni della razionalità legislativa in base alla forma che il rinvio alla scienza può assumere nella volontà del decisore: tra essi, occorre tra le altre considerare l’ipotesi che fa del sapere esperto funzione di un discorso di *giustificazione pubblica* capace di conferire *legittimazione* alla produzione del diritto.

In considerazione dei profili appena accennati, il denominato *diritto dell'emergenza su basi scientifiche* è un’evenienza radicale nella sua forma, ma dalla quale si irradiano considerazioni teorico-generalì di non poco momento. Esso fa vedere i limiti di una tendenza tecnicizzante che si è accreditata in via generale negli studi in materia di teoria e tecnica della legislazione, troppo spesso irrigiditi su di una distinzione metodologica tra *formazione della decisione* e *scrittura normativa* che affanna dinanzi ad ipotesi in cui andrebbe privilegiata, in termini di comprensione dei processi, la loro reciproca connessione.

Come lo scenario dell’emergenza dimostra, i primi DPCM non traggono dagli enunciati scientifici definizioni sulle quali costruire solo ed esclusivamente “norme tecniche”, ma neanche hanno nell’irrigidimento normativo di definizioni scientifiche il proprio punto focale: più precisamente, come si dimostrerà, essi esprimono una valutazione *politica* di

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 14.

²¹ G.E. GARZONE, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws, Lingue, culture, mediazioni/Language, Culture, Mediation*, 2, 2018, 9-36.

un “contesto informativo” sul quale il principio di precauzione, per un verso, e i criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, per l’altro, indicano il perimetro dell’azione del decisore nell’attività di ponderazione in sede legislativa. Proprio su questo aspetto, il governo della crisi epidemiologica articola le ragioni già fatte valere da parte della dottrina circa i canoni elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di *ragionevolezza scientifica*²², alla luce di un ruolo non ordinario dell’*expertise* nel processo di formazione della volontà del legislatore e della severa limitazione delle libertà fondamentali che origina in un quadro siffatto.

Nella prospettiva appena illustrata, considerare la normativa sulla pandemia originata dal virus SARS-CoV-2 all’interno degli atti normativi fondati sulle evidenze scientifiche consente alcune considerazioni sistematiche. Ciò, tuttavia, vale solo alla condizione di ripensare criticamente la tendenza a tenere separati i due ambiti in cui si fa apprezzare la “buona legislazione”, quelli riguardanti i processi di formazione della decisione e del *drafting* giuridico: quando in questione vi è il rapporto tra decisore politico ed *expertise* scientifica, assume poco rilievo questa distinzione e, anzi, essa si dimostra assolutamente fuorviante, giacché non consente, come si illustrerà, di cogliere gli specifici problemi che questa normazione pone.

Il governo della crisi epidemiologica è un *casus* di normazione “evidence-based”? Se è così, alla luce di quali criteri è possibile vagliare tale ipotesi? Adottando un approccio integrato alla teoria della legislazione – in cui cioè si rifiuta l’idea che vi sia una fase “politica” e una “tecnica” a definirne il processo – i criteri emergenti nel contesto della riflessione su questi atti normativi dimostrano che sia possibile isolare e lavorare su due “usi” che il decisore può fare della scienza, nell’ottica di isolare le diverse *motivazioni della legge* che ne derivano²³.

²² S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-841.

²³ Per “motivazione della legge”, si assume qui lo specifico significato conferito al lemma da Giacomo Gavazzi: le motivazioni sono un “discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione (...) esposizione delle ragioni (...) che possono venire portate a giustificazione della prescrizione”: G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, *Il Politico*, 39, 1974, 173-193: 177.

2. Regolare la scienza o regolare a partire dalla scienza? Razionalità legislativa e canoni della “buona legislazione” al tempo del Covid-19

Che tipo di circuito il governo della pandemia istituisce tra decisore politico e scienziati? Quale funzione ha, in questo contesto, il rinvio al sapere esperto da parte del legislatore? La formulazione di queste domande ha chiari risvolti sulla valutazione dei criteri di razionalità legislativa individuabili nella normazione in esame e, in prospettiva, incide sulla definizione in via interpretativa dello specifico atteggiarsi dei criteri di *ragionevolezza scientifica* operata dal decisore.

Al fine di illustrare le condizioni per valutare entrambi gli aspetti del problema, soccorrono gli strumenti di teoria della legislazione elaborati in materia di normazione fondata su evidenze scientifiche, alla luce dei quali il diritto dell'emergenza assume i suoi propri e specifici connotati, pur collocandosi nel quadro generale del rapporto tra diritto e scienza.

Diversamente dalle sue origini illuministiche²⁴, e in un senso certamente più determinato rispetto agli studi sulla razionalità legislativa²⁵, questa materia ricade all'interno di una lemma polisemico, quello della “qualità della legislazione” (cd. *better regulation*), che si presta al vaglio di differenti criteri, di ordine fattuale (effettività), linguistico (chiarezza e coerenza del testo), o più strettamente legati a canoni di tipo giuridico (proporzionalità, trasparenza, ragionevolezza)²⁶. Di questo quadro ampio, la normazione su base scientifica, che pure parrebbe espressione di un'ipotesi speciale, è in grado di illuminare alcune contraddizioni interne.

²⁴ Di queste origini, nella modernità, è testimonianza *De l'Esprit des Lois* di Montesquieu che, al Cap. XXXIX, consacra lo studio delle *Choses a observer dans la composition des lois*: Ch. -L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), 2 voll., a cura di Sergio Cotta, Torino, 1952. Sul tema delle regole per l'elaborazione delle leggi non può non ricordarsi altresì il contributo di Gaetano Filangieri: *Scienza della legislazione* (1780), introduzione di V. Frosini, a cura di F. Riccobono, 2 voll., Roma, 1984.

²⁵ È del tutto evidente tuttavia che, evocando il canone della razionalità legislativa, si sia dinanzi ad un tema che si fa declinare almeno sotto due profili: per un verso vi è la *factio* del “legislatore razionale”, per altro la tensione a definire la razionalità secondo canoni oggettivi e nei suoi rapporti con la ragionevolezza: F. FERRARO-S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2019; F. FERRARO, *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi. Un'introduzione teorica*, Milano, 2020.

²⁶ A. FLÜCKIGER, *Can Better Regulation be achieved by guiding Parliaments and Governments? How the Definition of the Quality of Legislation affects Law improvement Methods*, *Legisprudence*, 4, 2, 2010, 213-218.

Quando ad essere in questione è il ruolo degli esperti nel processo di formazione delle norme, ci si addentra in un campo di indagine complesso, per le differenti angolazioni dalle quali esso si fa osservare. Chiameremo la prima “politica”, riferendoci alla scienza come *fonte* dei contenuti da normare e la seconda “tecnica”, indicando con ciò il sapere scientifico come linguaggio che co-produce la regola giuridica (comprendendo, con ciò, entrambi gli usi della declinazione “tecnica” della norma precedentemente indicati)²⁷.

Questa precisazione consente di perimetrare due diverse aree in cui la normazione fondata sulle evidenze scientifiche si articola, e di isolare due altrettanto distinte rifrazioni del sapere esperto sull’attività del legislatore: una prima, in cui il decisore interviene su procedimenti che a vario titolo siano espressione degli sviluppi del sapere tecno-scientifico, e un’ulteriore, in cui la scienza è invocata quale autorità (o ragione) epistemica esterna, alla quale ancorare la posizione di regole che riguardano la condotta dei consociati. Pur collocandosi nella medesima cornice, che è quella del rapporto tra diritto e scienza, tra l’una e l’altra si fanno osservare specificità che occorre considerare, se si vogliono rintracciare elementi utili a valutare la normazione prodotta nel corso della crisi pandemica, sotto il profilo della tipologia di norme emanate, dei canoni di scrittura del testo, dei criteri e delle criticità, infine, che investono l’attività interpretativa.

L’inquadramento più consolidato del rapporto che si instaura tra lo scienziato e il decisore pubblico riguarda la produzione di una normazione *tecnica*, caso che gli esperti di questi temi studiano come esempio di inferenza di contenuti “extra-giuridici” nel linguaggio normativo²⁸. In

²⁷ Gli elementi appena considerati fanno della legislazione basata sulle evidenze scientifiche un genere di normazione per il quale non tiene la regolare distinzione, che si legge in parte della letteratura, tra analisi del processo decisionale politico e *drafting*, con la canonizzazione delle tecniche di scrittura del diritto. Se certamente riduttiva è la considerazione della scrittura della legge come un’attività meramente tecnica e dunque autonoma rispetto al processo della definizione politica dei contenuti e degli scopi, ancor più ciò vale quando il *drafter* è chiamato a declinare, della stesura, criteri ed esigenze che tengano conto di linguaggi *extra-giuridici*, come accade nel caso di un’attività di normazione che debba tradurre in enunciati giuridici le evidenze provenienti dal sapere scientifico. Su questi aspetti: N. LUPO, *Le tecniche (e la politica) della legislazione come strumenti essenziali per il legislatore contemporaneo, Iter legis*, 2002, 103 ss.

²⁸ Il riferimento è al primo dei “canali” attraverso i quali, secondo Pauline Westerman la conoscenza scientifica può influenzare il legislatore: a) l’inferenza di contenuti extra-giuridici e tecnici; b) la selezione degli scopi e la loro specifica determinazione; c) il giudizio di effettività riguardo la regolazione (analisi di impatto): P. WESTERMAN,

queste ipotesi, si considera il ruolo degli esperti quali autorità che formulano, trasferendoli al lavoro del decisore, enunciati che per loro natura si sottraggono al senso comune. Nella gran parte dei casi, l'opera di traduzione che impegna il legislatore si concretizza nella elaborazione di "regole tecniche"²⁹, le quali sono regole funzionali al raggiungimento di un fine mentre, in altre ipotesi, essa si consolida in definizioni che conferiscono forza normativa a fatti di natura scientifica.

Negli studi di area angloamericana, queste ipotesi mappano una tipologia specifica di prodotti normativi, che è studiata tanto nel campo dei processi di formazione della decisione politica, quanto sotto il profilo dei criteri cui deve informarsi la scrittura giuridica³⁰. In questa cornice si palesano differenti aree di indagine, giacché negli studi di teoria della legislazione questi aspetti rientrano nel novero di "ciò che influenza il legislatore" nella selezione degli scopi³¹, mentre nel campo degli studi sul *drafting* normativo, le suddette ipotesi conducono a prestare particolare attenzione alla definizione delle condizioni alle quali il processo della "traduzione" del linguaggio scientifico in disposizioni normative risponda o meno a determinati canoni, idonei ad assicurarne la chiarezza e la funzionalità del testo in relazione agli scopi.

Ora, vale la pena considerare come proprio nell'ambito di queste ultime analisi emerga la *non neutralità* della legislazione "tecnica", giacché le esigenze alle quali risponde questa tipologia di regolazione non si sottraggono alle influenze *esterne e interne* al processo di formazione della decisione. Ciò ricade nella specifica concezione della legge che in essi trova fondamento³², e si concentra sul linguaggio normativo, anche con riguardo ai criteri della elaborazione e della scrittura giuridica.

Breaking the Circle: Goal-Legislation and the Need for Empirical Research, Theory and Practice of Legislation, 1, 3, 2013, 395-414.

²⁹ Cfr. *supra*, nt. 14.

³⁰ Occorre però precisare che se la legislazione "evidence-based" è un tema assai indagato nell'analisi dei processi decisionali, più ostica è la sua trattazione nel campo degli studi sul *drafting* normativo, ambito in cui le più interessanti prove si sono date nella cornice degli approcci di linguistica, con riguardo all'analisi dei linguaggi specialistici della scienza e del diritto. Per il primo punto di vista: A. SEIDMAN-R.B. SEIDMAN, *Drafting Evidence-Based Legislation for Democratic Social Change*, *Boston University Law Review*, 89, 2, 2009, 435-486.

³¹ Si tratta del secondo dei "canali" descritti da Westerman: cfr., *supra*, nt. 28.

³² N. LUPO-G. PICCIRILLI, *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law*, *Legisprudence*, 6, 2, 2012, 229-242.

La questione linguistica, intesa qui come centralità della funzione *significante* operata dal linguaggio giuridico³³, entra in effetti in campo non senza accenti problematici quando elementi di *opacità* nella comprensione del contenuto si frappongono tra lo scienziato, il decisore e il giurista interprete: una evenienza, quest'ultima, che ha chiare e sostantive ricadute sul ragionamento giuridico nel processo di costruzione della regola individuale ad opera del giudice³⁴.

Vi è, oltre a ciò, il caso in cui oggetto dell'attività normativa siano specifici contenuti scientifici che interferiscono per loro natura con scelte individuali, talvolta moralmente rilevanti, una prospettiva anch'essa indagata negli studi sul *drafting evidence-based* e connessa al processo di formazione della decisione politica. Per le evidenze delle scienze biomediche, ad esempio, il carattere non neutro della norma tecnica adottata dal decisore è un effetto, anche in questo caso, del cortocircuito linguistico che si instaura tra scienza e legislazione. Cassa di risonanza di tale specifico aspetto della traduzione nel linguaggio normativo degli enunciati scientifici è il ricorso nella scrittura del testo a definizioni che *determinano* 'il' significato scientifico di concetti ed entità biologiche alle quali ci si riferisce³⁵. Si tratta di una prassi che non tiene conto, nella gran parte dei casi, dello spettro semantico che i lemmi o sintagmi esprimono nel linguaggio specialistico al quale essi appartengono – spesso, questi ultimi sono non più che “concetti ombrello”³⁶ e lo scien-

³³ Su questi aspetti: R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto a servizio di una lingua uniforme)*, *Rivista di diritto civile*, 42, 1, 1996, 57-65.

³⁴ I modelli e le teorie con le quali la scienza è in grado di fornire spiegazioni rispetto a un dato fenomeno sono spesso in conflitto tra loro e ciò determina in rapporto al ragionamento giuridico problemi di non proco conto. Come è stato osservato di recente, quanto che siano controllabili i criteri di selezione della “migliore scienza”, il tratto dell'asimmetria che caratterizza i due linguaggi (quello delle *definizioni* della scienza e quello della *qualificazione* del diritto) rende *opaci* all'uno e all'altro dei soggetti della co-produzione normativa (l'esperto e il giurista) i punti chiave del processo interpretativo. Più specificamente, se non sono chiari, perché ricadenti all'interno di un linguaggio specialistico, i termini (o le teorie su cui essi si fondano) ciò che accade è che, nell'approccio a un testo normativo, all'interprete non è intellegibile la disposizione – come atto linguistico – e da ciò il significato stesso della norma con riguardo ai criteri procedurali che ne guidano l'ingresso nel processo: D. CANALE, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 93-124.

³⁵ G.E. GARZONE, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting*, cit.

³⁶ R. TEMMERMAN, *Towards New Ways of Terminology Description: The Sociocognitive Approach*, Amsterdam and Philadelphia, 2000, 63-67.

ziato sa di doverne specificare il significato in rapporto ai contesti e agli usi, e non una volta per tutte –, finendo per irrigidirne il significato, grazie alla capacità di “amplificazione” di cui il testo normativo è portatore³⁷.

In questi contesti, sono proprio gli strumenti rinvenibili nel *drafting* a consentire di mettere a fuoco il punto di vista normativo accolto dal legislatore, nel privilegio accordato all’uno all’altro degli enunciati del sapere scientifico, stante la *non univocità* con cui la comunità scientifica definisce un medesimo oggetto.

Sebbene la disamina, per ovvie ragioni, sia stata breve, è comunque possibile provare a trarre qualche provvisoria conclusione.

Nella legislazione “evidence-based” l’approccio di *drafting* è argomento assai complesso, che procede secondo sue proprie specificità, in ragione di un’analisi del linguaggio del testo giuridico che tiene conto degli strumenti di linguistica applicata³⁸. Queste analisi finiscono per farsi funzione di operazioni rivolte a demistificare la pretesa neutralità della normazione basata su contenuti scientifici, come precipitato consapevole o meno delle scelte operate dal legislatore. Si tratta di aree di studio che sperimentano, attraverso la ricerca sui testi, che nessuna tecnica di scrittura su temi tecnico-scientifici possa tenersi distinta dalla relazione comunicativa e di *significazione* che si instaura tra il sapere esperto, il decisore e il *drafter*.

La parzialità del punto di vista che si produrrebbe dal tener distinti *tecnica della scrittura e formazione della volontà politica* emerge ancor di più quando si consideri l’altro “uso” che del sapere esperto fa il decisore politico. Si tratta di quelle ipotesi in cui la scienza si attegga ad autorità epistemica che contribuisce a fondare i canoni della razionalità legislativa, nella misura in cui è richiamata in funzione giustificativa *esterna*

³⁷ Scrive di una funzione di “amplificazione” esercitata dall’opera di significazione operata dal linguaggio normativo: A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in A. BELVEDERE-M. JORI-L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 349-482 (spec. 468-469).

³⁸ Più specificamente, la linguistica applicata ha offerto, in questo campo, contributi su alcune questioni specifiche: a) la traduzione/traslazione del contenuto (dell’enunciato scientifico) in significato (accolto nella qualificazione giuridica); b) la considerazione in chiave comparativa degli scopi (della scienza e del decisore politico); c) la possibilità di formulare *ex ante* giudizi di adeguatezza sul testo, in rapporto alla sua funzione di orientamento della condotta dei destinatari, garantendo l’efficacia della norma così prodotta.

della normazione, integrandone lo spazio che riguarda i motivi del legiferare.

Si profila in questi casi una diversa forma di interazione del sapere esperto con il processo di formazione della decisione, in cui il legislatore radica nell'autorità della scienza l'esercizio di una razionalità *esteriore* alla norma, dalla quale derivare il contesto informativo su cui fa leva la regolazione di una condotta o un complesso di condotte sociali. In casi come questi, l'autorità scientifica è il sapere al quale il decisore attinge per *giustificare* la normazione, la quale è costruita come tecnica di orientamento rivolta ai destinatari comuni: più nello specifico, in siffatte ipotesi, non è in questione un complesso di statuizioni riguardanti *direttamente* procedimenti scientifici né si è al cospetto di un apparato definitorio che *normativamente* traspone nel linguaggio della regola enunciati di tipo scientifico. In termini più immediati, in casi come questi, il decisore non regola *sulla* scienza, ma regola *a partire dalla* scienza.

Come per le ipotesi di *regolazione sulla scienza*, l'opportunità di considerare il lato "politico" e quello "tecnico" quali aspetti reciprocamente non irrelati è da tenersi in conto anche per il caso di questo specifico "uso" del sapere esperto da parte del legislatore. Prima di soffermarsi a valutare quale sia il riconoscimento del ruolo che il sapere esperto ha nella formazione della volontà politica di queste ipotesi, può tentarsi una distinzione all'interno di questi casi, utile per provare a comprendere in quale ipotesi eventualmente versi il diritto dell'emergenza su basi scientifiche prodotto per fronteggiare la diffusione pandemica da Covid-19.

Più nel dettaglio, è possibile distinguere qui almeno due diverse forme di legittimazione che la scienza può assumere nella formazione della volontà del legislatore, e con riguardo specifico alla funzione di validazione che da essa si proietta sulle disposizioni normative: al sapere esperto il decisore può far rinvio in termini di *autorità* alla quale ancorare un principio di razionalità, che motiva la legislazione su di una specifica materia ovvero quale *fonte* nella quale è dato rinvenire un giudizio predittivo su di un rapporto di causalità probabilistica, al quale il legislatore riconosce rilevanza giuridica e il *drafter* conferisce *significazione* normativa.

Non è difficile ritrovare esempi per la prima ipotesi di legislazione fondata su enunciati scientifici, che ora, lo si rammenti, si sta esaminando sotto il profilo della sua funzione di *giustificazione* della legislazione, e nella chiave, dunque, della sua capacità di integrare i canoni della ra-

zionalità legislativa. Soprattutto nel campo delle questioni bioetiche, il decisore – che, pure, come è chiaro, avrà la necessità di ricorrere a definizioni e trapianti di significazione degli enunciati internamente al linguaggio giuridico – rivolge il proprio intervento di regolazione vietando, facoltizzando o regolando le condotte, tenendo in conto, nel giudizio di bilanciamento in sede di valutazione legislativa, il quadro dei principi fondamentali, la cornice delle condizioni soggettive, i rapporti, giuridicamente rilevanti, infine, che ne discendono³⁹.

Diverso caso si dà, invece, nell'ipotesi in cui evidenze scientifiche restituiscano al decisore nessi in taluni specifici campi, indicando, ad esempio, un rapporto di causalità probabilistica tra determinate condotte e il darsi di una conseguenza che integri un'ipotesi di danno per la salute o la sicurezza individuali o collettive⁴⁰. Si tratta talvolta di enunciati accolti dalla comunità scientifica, che ritrovano in quella sede la propria formulazione (è il caso già rammentato del cambiamento climatico, che pone il decisore dinanzi ad un'evidenza maturata in seno ad un dibattito scientifico pubblico articolato secondo canoni di "better science"⁴¹), ovvero di formulazioni non ancora solide, giacché prive del *consensus* della comunità scientifica. Sono le ipotesi in cui dalla comunità degli scienziati non deriva alcuna certezza, giacché in esse è possibile revocare in dubbio lo stesso lemma della "evidenza" scientifica, che cede il passo al più sfumato concetto di "contesto informativo": qui l'*argomento di autorità* radicato nella scienza come comunità retrocede in favore di un nuovo soggetto, *in limine* tra politica e sapere scientifico, che è l'*expertise*.

Diversamente dalla regolazione della scienza, ma anche articolando-

³⁹ È l'ipotesi, ad esempio, della regolazione in materia di fiscalità ambientale. Qui la comunità scientifica può considerarsi come la fonte autoritativa dalla quale il decisore ricava la motivazione a legiferare, incentivando o disincentivando condotte non compatibili con gli scopi della sostenibilità ambientale: su questi aspetti, G. DE MAIO, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, Napoli, 2020.

⁴⁰ Il campo ordinario ed elettivo per siffatte ipotesi è quello del diritto penale (F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990). Sotto il profilo storico-giuridico, è la scienza (e, particolarmente, la statistica e la medicina) a legare la propria ricerca allo sviluppo della legislazione sociale, soprattutto nella materia del diritto del lavoro: su ciò, F. EWALD, *L'État Providence*, Paris, 1986.

⁴¹ Per un'analisi circa l'utilizzo di canoni di "better science" nel campo della politica UE di gestione del rischio: L. SCHREFLER-J. PELKMANS, *Better Science for Better EU Regulation*, *European Journal of Risk Regulation*, 5, 3, 2014, 314-323.

si specificamente all'interno delle ipotesi di "uso" del sapere scientifico quale contesto di giustificazione da parte del decisore, questi casi hanno come propria premessa epistemica l'incertezza delle formulazioni provenienti dalla comunità scientifica che apre spazio al sapere esperto, costruendo il tipico scenario in cui si esplicitano le azioni politiche e giuridiche di governo precauzionale del rischio.

Con riguardo a queste ipotesi, come si vedrà, si sono consolidati specifici orientamenti giurisprudenziali circa i parametri di ragionevolezza (nella selezione dei contenuti) e di proporzionalità (nella adozione delle misure di condotta in relazione ai primi) della legislazione fondata su evidenze scientifiche. Nel quadro della produzione giuridica dell'emergenza, sono criteri che vale la pena discutere, in ragione della particolare criticità che ricade sull'affidabilità (*accountability*) degli enunciati del sapere esperto, e in rapporto alla loro idoneità a farsi funzione del perseguimento degli scopi attesi dal decisore.

3. Tra politica e scienza. Expertise tecniche e processi decisionali pubblici

Le questioni illustrate nel paragrafo precedente in materia di legislazione *evidence-based* consentono di isolare nel rapporto tra scienziati e decisore politico due distinti problemi, che ritrovano un loro specifico radicamento all'interno dell'articolazione in cui gli atti normativi su base scientifica si fanno distinguere. Alla luce dei due diversi "usi" della scienza che il decisore politico può concedersi – nella prospettiva di una "normazione di tipo tecnico" o in chiave "giustificativa" – è possibile discutere di una altrettanto diversa funzione che il sapere esperto esercita sul legislatore. Ciò offre la cornice entro la quale può rappresentarsi con maggiore dettaglio il modello di validazione della scienza al quale il governo della crisi epidemiologica in atto ha fatto appello.

Nel considerare gli atti giuridici fondati su evidenze scientifiche ci si addentra in un'area di esercizio del potere normativo legata a due processi paralleli e sovrapponibili: la specializzazione moderna dei saperi e dei loro linguaggi⁴² e la tendenza alla saturazione degli spazi

⁴² Si tratta della specializzazione scientifica e della differenziazione tecnica, propria della civiltà occidentale descritta da Weber: M. WEBER, *Economia e società* (1922), tr. it. a cura di P. Rossi, Roma, 1981.

dell'esistenza sottratti alla normazione giuridica, secondo uno sviluppo che progressivamente contrae l'area di ciò che può indicarsi come "giuridicamente irrilevante"⁴³. È in questo itinerario che trova fondamento la pervasiva colonizzazione del diritto nei fatti di scienza e, con essa, l'esigenza di integrare *verso l'esterno* una parte dei processi che governano la formazione della decisione politica.

La maggiore complessità del mondo contemporaneo, l'incombere delle possibilità offerte dalle tecno-scienze, le questioni che sorgono dalla tutela degli ecosistemi, pongono il decisore in un dialogo necessario con soggetti esperti, la cui presenza si trova variamente istituzionalizzata nell'ambito di comitati e organismi deputati alla consulenza tecnica del legislatore. Nelle fasi che preparano la decisione e definiscono il linguaggio al quale i contenuti da normare dovranno attingere, il sapere scientifico è così ormai ufficialmente uscito dai laboratori, e ha travalicato gli stessi confini del processo, in cui, almeno sin dall'Ottocento, esso aveva fatto ingresso. Giunta dinanzi al legislatore, quale soggetto istituzionale e accreditato, la scienza ha però trasfigurato anche la sua stessa identità, curvando le proprie inclinazioni alle dinamiche politiche in cui le è richiesto di intervenire⁴⁴.

Prima di discutere nello specifico questi aspetti, occorre considerare più da vicino quali continuità corrano tra due lemmi, "scienza" ed "expertise scientifica", che sin qui si sono adoperati come sinonimi e che, invece, sinonimi non sono.

La formazione della volontà politica origina chiaramente e sempre in un esercizio di conoscenza della realtà, ma questa è una considerazione generale, che non riesce ad assorbire ciò che i politologi studiano sotto il nome di "dimensione cognitiva della politica"⁴⁵. Ridotto ai suoi termini, si tratta di esaminare il ruolo degli esperti nella formazione delle politiche pubbliche, sebbene, più radicalmente, la questione riguardi

⁴³ Su ciò, almeno: S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

⁴⁴ Nonostante ciò (o, più probabilmente, *in ragione di ciò*), si radicalizza un affidamento veritativo che i soggetti istituzionali fanno sulla scienza, rispetto al quale è opportuno ricordare il monito ad una vigilanza critica rivolto da Feyerabend: P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), tr. it. Milano, 1979; ID. *How to Defend Society against Science*, in H. KLEMKE et al. (eds.), *Introductory Readings in the Philosophy of Science*, Buffalo, 1998, 54-65.

⁴⁵ Sul ruolo degli esperti e delle "comunità epistemiche" nella dimensione cognitiva che costruisce le politiche pubbliche: F. FISCHER, *Technocracy and the Politics of Expertise*, London, 1990.

da vicino le trasformazioni della *natura* (e delle *forme* di esercizio) del potere nei sistemi democratici contemporanei⁴⁶. Difetto di trasparenza, depoliticizzazione della decisione, sospetto nei riguardi degli organismi parlamentari sono alcuni dei portati critici di questi modelli, ed essi, in fondo, possono bene esser resi come un paradosso: per un verso, i processi decisionali si fanno complessi, per l'altro la semplificazione del conflitto e la logica dell'efficienza guadagnano spazio.

Il ruolo delle *expertise* si incardina negli interstizi di queste trasformazioni che investono la formazione della decisione politica, alle quali si affianca la dimensione dell'incertezza che ricade strutturalmente in talune delle materie oggetto dell'intervento del sapere esperto nella regolazione giuridica⁴⁷. Entrambi questi aspetti integrano una particolare "dimensione cognitiva" di cui la politica ha necessità per normare nella materia del *rischio*⁴⁸, chiamando in causa il principio di precauzione quale specifico modello per atti normativi che consolidano nel ricorso all'*expertise* il governo del contesto informativo incerto proveniente dalla comunità scientifica propriamente detta⁴⁹.

In questo dialogo, non è la scienza come "comunità" ad esser in questione, cedendo quest'ultima il campo a quelle "comunità epistemiche"⁵⁰ interdisciplinari che sono investite di una specifica competenza

⁴⁶ In questa prospettiva, con riguardo ad un certo disincanto ideologico per la democrazia, merita una riflessione specifica il contributo di Niklas Luhmann sulla legittimazione dei sistemi democratici: si tratterebbe, come il sociologo sostiene, non di fondare questa pretesa su di un illusorio consenso dei cittadini quanto, piuttosto, di promuoverne la "disponibilità ad accettare" le decisioni attraverso la partecipazione alla procedure (D. ZOLO, *Complessità, potere e democrazia, Introduzione a N. LUHMANN, Potere e complessità sociale* (1975), Milano, 2010, X).

⁴⁷ Su questo punto: M. CALLON-P. LASCOUMES-Y. BARTHE (éd. par), *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, 2001.

⁴⁸ Nella definizione del rischio, ad avviso di Luhmann, va compreso il processo di "tecnicizzazione" e di "individualizzazione" di situazioni di fatto e di processi che "in passato erano concepiti come natura" e che, ora, "vengono considerati come conseguenze di decisioni": N. LUHMANN, *Sociologia del rischio* (1991), Milano, 1996, 58.

⁴⁹ È interessante come, in questa specifica connessione tra *expertise* e governo del rischio, si muova soprattutto l'Unione europea. L'*expertise*, ad avviso della Commissione, è "varietà di forme di conoscenza specialistica posseduta da una parte selezionata della popolazione": Commissione Europea, *Democratising Expertise and Establishing Scientific Reference Systems, White Paper of Governance, Report of the Working Group 1b*, 2001, 8.

⁵⁰ Nel 1992, Peter M. Haas forniva per la prima volta i criteri in base ai quali poter riconoscere una "comunità epistemica": prevaleva così il profilo ancora oggi corrente nella sua validità di "una rete di professionisti con una *expertise* ed una competenza ri-

sull'oggetto da normare, i comitati tecnico-scientifici istituiti a livello centrale e periferico.

Valutando il circuito di validazione che si instaura tra scienziati e legislatori, la costruzione giurisdizionale dei criteri di ragionevolezza che debbano guidare il decisore nella selezione dei contenuti tiene in adeguato conto la configurazione che la scienza assume nei processi di formazione della decisione politica⁵¹: dottrina e giurisprudenza, detto in altri termini, hanno ben chiaro che la scienza che si costituisce quale interlocutrice del legislatore non è la sua comunità, ma una forma che ne è specifica e peculiare rappresentazione, incardinata in quei "forum ibridi" che sono le *expertise* scientifiche⁵².

È nel rapporto con queste (le *expertise*) e non in dialogo con quella (la comunità scientifica) che si costruisce il circuito di validazione dei contenuti oggetto della selezione del decisore politico, con uno specifico ruolo che i comitati tecnici, nel cui alveo l'*expertise* è variamente istituzionalizzata⁵³, ricoprono nella comunicazione e nel consolidamento normativo degli enunciati in cui si esprimono linguisticamente le evidenze scientifiche.

In sociologia della scienza, e con una certa e ormai diffusa attenzione anche nel campo degli studi dei processi decisionali pubblici su materie tecniche e specialistiche, si è riconosciuto da tempo quale sia il quadro entro il quale le forme di istituzionalizzazione delle *expertise* scientifiche ricadano⁵⁴.

A muovere dall'identità *tecnica* e *politica* dell'*expertise*, se ne è indicata la maggiore criticità in un ruolo, in fondo, sempre meno pervasivo

conosciute in una particolare sfera e che autorevolmente vantano di possedere conoscenze di rilevanza politica in quel dominio o nelle questioni che lo riguardano" (P.M. HAAS, *Epitsemic Communities and International Policy Coordination, International Organization*, 46, 1, 1992, 1-35 (3).

⁵¹ Su questi aspetti: S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *Forumcostituzionale.it*, 2014. Per un'analisi sistematica dei medesimi temi: A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., spec. 65 ss.

⁵² Cfr., *supra*, nt. 12.

⁵³ Su questi aspetti, anche in chiave di comparazione, cfr. *infra*, § 6.

⁵⁴ Ciò ha condotto la filosofia e la sociologia della scienza ad una riflessione critica sul ruolo degli esperti nella formazione delle decisioni pubbliche, alla ricerca di una più diffusa trasparenza nei criteri di selezione e di partecipazione di questi ultimi ai processi deliberativi, polarizzando "saperi esperti" e "saperi laici": B. WYNNE, *Misunderstood misunderstanding: Social Identities and Public Uptake of Science*, in A. IRWIN-B. WYNNE, *Misunderstanding Science*, Cambridge and New York, 1996, 19-46.

che la scienza come “comunità” esercita nel circuito democratico: l’esperto non è, in questo senso, il semplice scienziato, in ragione “delle competenze specifiche o degli specifici generi di conoscenza che il non esperto non possiede”⁵⁵ e con riguardo al fatto che queste ultime, molto spesso, siano specificamente rivolte a “trasgredire” i canoni tradizionali e codificati del processo scientifico *tout court*⁵⁶.

Di questi studi e delle molte sollecitazioni che essi offrono, particolarmente interessante è la già accennata configurazione del profilo pubblico delle *expertise* in termini di consessi dalla composizione ibrida, che giocano sul doppio tavolo della azione politico-giuridica e del contesto scientifico di provenienza, tendendo a fonderne le distinte istanze normative in un unico e ambiguo processo decisionale: detti organismi, per questo, non sono del tutto *depoliticizzati*, sia perché non sono sottratti alle influenze esterne (comprese quelle del decisore), sia perché i profili di conflittualità in gioco sono richiamati dagli attori che partecipano ai forum decisionali. Per altro verso, le *expertise* non sono neanche del tutto *politicizzate*, perché restano pur sempre ancorate all’accertamento del fatto scientifico che hanno davanti e, in ragione della tensione normativa che proviene dal proprio contesto di provenienza, la scienza, sono ben disposti a ritrovare soluzioni tecniche e, dunque, anche “impolitiche”⁵⁷.

Le considerazioni che precedono richiamano alcuni aspetti dello specifico quadro di relazione con il sapere scientifico in cui si è collocato il decisore politico nella produzione del diritto dell’emergenza sanitaria in atto.

Sebbene con le diverse curvature che il ricorso al sapere esperto ha

⁵⁵ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità* (1990), Bologna, 1994, 133.

⁵⁶ Su ciò, valga l’analisi di Luigi Pellizzoni, il quale, in tema di relazione tra *expertise* e decisione pubblica, ha individuato tre caratteri dei comitati di consulenza legislativa: a) la competenza (*in luogo* della conoscenza); b) la trasgressione (perché le decisioni non si fanno immediatamente riconoscere per la loro specificità tecnica; c) l’asimmetria (tra *chi è esperto*, e come tale detentore della competenza, e *chi non lo è*): L. PELLIZZONI, *Dalla retta alla spezzata. Il ruolo dell’expertise nei conflitti ambientali*, in N. PODESTÀ-T. VITALE (a cura di), *Dalla proposta alla protesta, e ritorno. Conflitti locali e innovazione politica*, Milano, 2011, 105-134.

⁵⁷ Su questo aspetto della *depoliticizzazione*, va rilevato come si tratti di un’istanza che classicamente si accompagna al modello di democrazia deliberativa, che promuovono una sorta di “salvezza” della democrazia dalla sua forma rappresentativa, garantita *da fora* deliberativi di esperti e cittadini: P. PETTIT, *Depoliticizing Democracy*, *Ratio Juris*, 17, 1, 2004, 52-65.

mostrato tra la prima fase, con le misure adottate dal DPCM del 4 marzo volte a contenere attraverso il confinamento personale la diffusione della pandemia, e la seconda, apertasi con il DPCM del 30 aprile, contenente provvedimenti frutto di un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti, la specifica “dimensione cognitiva” della politica sin qui descritta è andata rappresentando in capo alle *expertise* una funzione *politica* e *tecnica* di governo precauzionale del rischio.

Il circuito che il governo politico e giuridico della pandemia istituisce tra diritto e scienza non può vagliarsi senza la considerazione della dinamica che estende lo spazio del sapere esperto nel cedimento delle certezze della comunità scientifica. Sebbene la funzione consultiva affidata ai comitati tecnico-scientifici nella fase di formazione della decisione pubblica abbia ormai forme più o meno istituzionalizzate, nel contesto emergenziale, che istituisce una permanente logica dell’azione precauzionale, si instaura un giudizio di validazione formulato dal decisore sui contenuti scientifici di natura assai diversa rispetto al quadro ordinario di una razionalità legislativa misurata sul canone scientifico, radicalizzando il ruolo delle *expertise*.

Ciò, oltre a costituire un’evidente attestazione circa la natura del tutto politica del principio di precauzione, che è ormai ben al di là del suo ancoramento alla mera materia ambientale in cui esso pure ha trovato la prima forma di riconoscimento giuridico, dice qualcosa di specifico su diritto dell’emergenza su basi scientifiche co-prodotto da *expertise* e decisori politici.

4. *Gli atti normativi nel governo dell’emergenza*

Giova, a questo punto, indicare sinteticamente la progressione e il contenuto dei provvedimenti normativi assunti a partire dal 31 gennaio 2020. Data, questa, in cui il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera in cui è stato dichiarato lo “stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”⁵⁸. Con tale delibera, il Consiglio dei Ministri ha autorizzato l’emanazione delle ordinanze di protezione civile, prevedendo

⁵⁸ Pubblicata in G.U. Serie generale n. 26, del primo febbraio 2020 (dichiarazione, questa, che trova fondamento di legalità nell’art. 7, comma 1, lett. c) del D.lgs n. 1 del 2018.

che queste potessero essere assunte *“in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea”*⁵⁹.

Parallelamente, il governo ha adottato due principali decreti-legge (D.L. 23 febbraio 2020 n. 6; 25 marzo 2020 n. 19) e una serie di DPCM, cui hanno fatto seguito nel contempo le rispettive leggi di conversione⁶⁰.

Con il primo D.L. si era inteso perseguire una strategia, poi superata, di contenimento dell’epidemia attraverso l’individuazione di “zone rosse”⁶¹: limitatamente a tali aree, dunque, si autorizzava l’emanazione di provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e della libertà personale in termini assai generici, rimettendo la loro determinazione concreta ai successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, fonte privilegiata in questa gestione dell’emergenza. Oltre al divieto di allontanamento dalla zona interessata e di accesso alla stessa, l’art. 2 prevedeva, infatti, una clausola generale che autorizzava “ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza”.

Il successivo D.L., adottato il 25 marzo, facendo seguito a numerosi DPCM che hanno progressivamente disposto misure via via più restrittive su tutto il territorio nazionale, ha provveduto a fornire un’indicazione dettagliata e tassativa di tali misure, anche in risposta alle molte obiezioni sollevate in termini mancata soddisfazione della riserva di legge.

In via esemplificativa, le misure indicate, ed effettivamente adottate con regime di parziale differenziazione sul territorio nazionale, sono state le seguenti: la chiusura di parchi; la sospensione di eventi di vario genere (sportivi, musicali, ludici, culturali, religiosi); il divieto di assembramenti in luoghi pubblici; la sospensione di attività ludiche, ricreative, sportive, e motorie all’aperto o in luoghi aperti al pubblico; la sospensione delle attività scolastiche e universitarie, così come dei servizi

⁵⁹ Ivi.

⁶⁰ L. 5 marzo 2020, n. 13, in conversione con modifiche del D.L. 23 febbraio; l. 22 maggio 2020, n. 19.

⁶¹ “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, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica”. D.L. 23 febbraio 2020 n. 6.

educativi per l'infanzia; la sospensione dell'accesso a istituti e luoghi di cultura; la limitazione della presenza fisica dei dipendenti delle P.A. e l'agevolazione del lavoro da remoto anche per il settore privato; la sospensione delle procedure concorsuali; la chiusura delle attività commerciali di vendita al dettaglio ad eccezione di quelle necessarie all'approvvigionamento dei beni di prima necessità; la chiusura delle attività di somministrazione di bevande e alimenti. A ciò si aggiungano una rimodulazione dell'accesso ai servizi sanitari, con la limitazione dell'accompagnamento a visite o degenze, e l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio.

Scorrendo la lista di tali provvedimenti, e alla luce della definizione di "normazione tecnica" precedentemente proposta⁶², le norme ivi contenute risultano agevolmente ascrivibili anche a tale categoria.

Come nell'ultimo provvedimento suindicato, l'assunzione obbligatoria di protocolli, ivi compresa l'eventuale adozione di dispositivi di sicurezza individuale, si è inevitabilmente sostanziata nell'adozione di norme contenute specialistiche, spesso previste in allegati ai DPCM⁶³.

Tuttavia, adottando la tassonomia precedentemente introdotta, non ci troviamo di fronte a una normazione che declina il rapporto tra diritto e scienza solo in senso "tecnico": epidemia, situazione epidemiologica, contagio, contenimento, sono questi i termini di un lessico normativo per certi versi inedito, ma senz'altro accessibile al senso comune.

Piuttosto, a rilevare è il modello filosofico di giustificazione *politica*

⁶² Cfr. *supra* nt. 14.

⁶³ È il caso, a titolo meramente esemplificativo, delle misure igienico-sanitarie allegato al DPCM 1 marzo 2020 (allegato 4):

"Misure igieniche:

a) lavarsi spesso le mani. Si raccomanda di mettere a disposizione in tutti i locali pubblici, palestre, supermercati, farmacie e altri luoghi di aggregazione, soluzioni idroalcoliche per

il lavaggio delle mani;

b) evitare il contatto ravvicinato con persone che soffrono di infezioni respiratorie acute;

c) evitare abbracci e strette di mano;

d) mantenimento, nei contatti sociali, di una distanza interpersonale di almeno un metro;

e) igiene respiratoria (starnutire e/o tossire in un fazzoletto evitando il contatto delle mani con le secrezioni respiratorie);

f) evitare l'uso promiscuo di bottiglie e bicchieri, in particolare durante l'attività sportiva;

g) non toccarsi occhi, naso e bocca con le mani".

che il decisore pubblico ha adottato in quello che si è definito “diritto dell'emergenza basato sulle evidenze scientifiche”.

5. Dal legislatore deferente alla funzione argomentativa della scienza

L'approccio “evidence based”, cui la “normazione tecnica” spesso inconsapevolmente rimanda, si è rivelato di frequente espressione di un atteggiamento deferenzialista⁶⁴, per usare il lessico di Susan Haack, denotando l'attitudine di subordinazione spesso rinvenuta nel decisore politico che si trovi a regolare materie scientificamente sensibili.

In questo senso insistere sui contributi degli *Science and Technology Studies* si rivela proficuo, giacché consente di intendere le ragioni sottese a tale approccio, e di percepirne distintamente i limiti. Tali ragioni fanno leva su una visione della scienza idealizzata, sul modello della “Republic of Science” di Micheal Polanyi⁶⁵, in cui la comunità scientifica è ritenuta in grado di pervenire spontaneamente ad un accrescimento progressivo della conoscenza. Sotto il profilo normativo, tale modello comporta che una scienza asseritamente neutrale indichi il contenuto della normazione al potere legislativo (“*speaking truth to power*”⁶⁶).

E ciò vale nella duplice articolazione, prima delineata, che il rapporto tra legislazione e sapere esperto ha assunto: non solo nel caso in cui la scienza sia adoperata quale *fonte* diretta della normazione, inserendosi nel processo di significazione che le conferisce il *drafter* trasponendo nel linguaggio giuridico un contenuto scientifico; ma anche quando la scienza funga da *autorità* epistemica esterna, cui la razionalità della legislazione sia tenuta a parametrarsi.

In questo senso, è di certo non priva di interesse la giurisprudenza costituzionale in tema di “giudizio di scientificità” delle leggi prodottasi negli ultimi venti anni⁶⁷. A leggere alcune sentenze, infatti, si potrebbe affermare che il dato scientifico sia diventato un ulteriore vincolo esterno alla discrezionalità legislativa, spingendo a ri-declinare la teoria della legislazione in senso deferenzialista.

⁶⁴ S. HAACK, *Defending Science Within Reason: Between Scientism and Cynicism* [2003], Prometheus Books, New York, 2007, 31.

⁶⁵ M. POLANYI, *The Republic of Science. Its Political and Economic Theory*, Minerva, 1962, 1-21.

⁶⁶ A. WILDAWSKY, *Speaking Truth to Power*, Little Brown and Co., Boston, 1979.

⁶⁷ Cfr. *supra* nt. 5.

Come di recente affermato, “in determinati ambiti, le risultanze scientifiche paiono assumere un peso giuridico che le porta a condizionare la stessa legittimità costituzionale delle leggi”⁶⁸, così da affiancare al tradizionale parametro giuridico “uno tecnico – rappresentato da una più o meno stringente tessitura di regole tecniche, *standards* valutativi e linee-guida – nella diretta influenza sui processi decisionali del potere pubblico”⁶⁹.

Il dato scientifico, dunque, è parso configurarsi come vero e proprio parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, sostanzando in capo al decisore pubblico un “vincolo modale”⁷⁰, tanto più stringente quanto più sia forte la convergenza della comunità scientifica sul tema.

Non sono mancate, nei confronti di tale approccio, obiezioni relative alle modalità di formulazione del giudizio di scientificità, che si appuntavano sull’insufficienza dei poteri istruttori della Corte⁷¹. In mancanza di uno strumento assimilabile alla prova scientifica, almeno fino a pochi mesi fa⁷², che consentisse l’immissione nel giudizio di costituzionalità di elementi per valutare l’affidabilità scientifica del sapere prodotto in giudizio, la Corte si è avvalsa delle conoscenze scientifiche per co-

⁶⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. Terza edizione*, Giappichelli, Torino, 2012, 177. In tal senso anche F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 2017, 10.

⁶⁹ S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnicomediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, *Rivista aic*, n. 1, 2014, 4.

⁷⁰ D’ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, 2 voll., Giappichelli, Torino, 2012, 56.

⁷¹ Sul funzionamento di tali poteri si vedano, almeno, A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1, 1978, 1348; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 521.

⁷² Proprio al fine di porre rimedio a tale lacuna la Corte è di recente intervenuta a modificare le “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale” (16-24 marzo 1956, n. 71), introducendo l’art. 14-bis: “La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l’autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti”.

me filtrate dalle parti, oppure reperendo per via privata le stesse⁷³. Ben si comprende, allora, l'auspicio di frequente formulato di recente di estendere ai giudici costituzionali i cd. criteri "Daubert", i criteri elaborati dalla Corte Suprema statunitense per indirizzare lo scrutinio di affidabilità scientifica delle teorie prodotte dalle parti a fondamento dei fatti di causa⁷⁴.

Al di là delle possibili critiche, non v'è dubbio che ciò abbia consentito alla Corte di porre effettivamente rimedio a situazioni ascrivibili al cd. "anacronismo tecnologico"⁷⁵, nel caso, cioè, in cui la norma rinvii a conoscenze tecnico-scientifiche superate, o comunque erranee.

E tuttavia, come efficacemente mostrato⁷⁶, il percorso ermeneutico della Consulta si articola in un duplice itinerario, in ragione del differente grado di "certezza" del sapere che informa le scelte legislative⁷⁷. Affinché "si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale – afferma la Corte – occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erranei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice"⁷⁸. Qualora manchino "sicuri riferimenti scientifici"⁷⁹, per converso, non sarà consentito alla

⁷³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, pubblicato all'interno del *Forum: le responsabilità nei confronti della scienza*, *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2017, 9.

⁷⁴ *Daubert vs. Dow Merrel Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 590 (1993). La sentenza è pubblicata in versione italiana in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, 277, con nota di DONDI, 261. I primi commenti italiani alla sentenza sono stati: G. PONZANELLI, *Scienza, verità, diritto: il caso Benedictin*, *Foro it.*, 1994, IV, 184; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1996, 119. E, più di recente, M. TALLACCHINI, *Scienza politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in AA. VV., *Scienza e normatività. Profili etici, giuridici e politico-sociali*. Atti del XXIV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia del diritto, 181-214, spec. 200 ss.

⁷⁵ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina, 2008, 24.

⁷⁶ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 817-841.

⁷⁷ Di "doppio regime di esercizio dei pubblici poteri" ha parlato E. CAVASINO, *I «vincoli» alla potestà legislativa regionale in materia di «tutela della salute» tra libertà di scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, cit., 3294

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 114/1998. In commento alla sentenza citata si veda L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, *Giur. cost.*, 1998, 965.

⁷⁹ *Ivi*.

Corte di sindacare la discrezionalità legislativa, dovendosi attribuire specifica rilevanza al bilanciamento con altri diritti⁸⁰.

Questo secondo itinerario è, ai fini della presente analisi, di particolare interesse, giacché è senza dubbio l'incertezza del sapere scientifico ciò che connota l'attuale gestione dell'emergenza epidemiologica. In questo senso, dunque, si può affermare che la scienza non operi più come autorità epistemica, limitandosi a fornire argomenti che il legislatore potrà adoperare in bilanciamento con altri principi costituzionalmente rilevanti.

Ciò è sicuramente indicativo di un atteggiamento che supera il deferenzialismo prima indicato, riconducendo la scienza ad una inevitabile interazione con la dimensione assiologica del diritto.

Il deferenzialismo, del resto, si è dimostrato ampiamente inadeguato, non solo da un punto di vista teoretico – per l'emersione di una rinnovata autocomprensione della scienza, di cui è stata evidenziata con diverse declinazioni la dimensione sociale⁸¹ – ma anche per la peculiarità già richiamata delle forme con cui il rapporto tra decisore pubblico e scienza – l'*expertise* – si è articolato negli ultimi anni⁸².

In questo senso, la tendenza della Corte a limitare il suo sindacato nel caso in cui siano intervenuti nel procedimento di formazione della legge Comitati tecnico-scientifici è il segno della natura ibrida degli stessi, e della difficoltà di comporre il quadro teorico facendo ricorso a consolidate categorie interpretative.

Il riconoscimento in capo a tali soggetti di un potere decisionale insindacabile va probabilmente ripensato a fronte del ruolo sempre più pervasivo svolto dagli stessi nella gestione dell'emergenza, o quantomeno soggetto a più compiuta indagine. Diversamente, si prospetterebbe

⁸⁰ È questa la posizione che emerge in A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio «Gianfranco Mor» sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 27. In senso conforme anche S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, *Politica del diritto*, 2, 2015, 271.

⁸¹ Almeno a partire dai classici: T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Einaudi, Torino, 1999; I. LAKATOS; *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici* [1970], Il Saggiatore, 2001; P. FAYERABEND, *Contro il metodo*, cit. Su ciò cfr. anche *supra*, nt. 44.

⁸² S. JASANOFF, *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990.

una delega in bianco al sapere esperto – nella forma del deferenzialismo – che, in condizioni di incertezza come quelle che stiamo vivendo, non appare di certo auspicabile.

6. *Il Comitato tecnico-scientifico in prospettiva comparata*

Una adeguata comprensione del Comitato tecnico scientifico attualmente in carica, formatosi a seguito all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile in data 3 febbraio 2020, sconta di certo la scarsa formalizzazione normativa di ruolo e funzioni⁸³.

A partire dal DPCM del primo marzo 2020, e in molti degli atti normativi a seguire, si fa espressa menzione del parere reso dagli esperti, con la formula generica: “Tenuto conto delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico-scientifico (...)”⁸⁴. E tuttavia, sin dalla sua genesi normativa, il comitato in questione risulta piuttosto un organismo consultivo del Capo della Protezione civile, con il compito, previsto dal Decreto del Capo Dipartimento (n. 371 del 5 febbraio 2020) di “garantire il necessario supporto tecnico alle attività da porre in essere per la realizzazione degli obiettivi previsti”, ovvero la gestione dell'emergenza da Covid-19 da parte della Protezione civile. Le interazioni tra governo e Comitato tecnico-scientifico, dunque, si sono articolate *ab origine* con

⁸³ In questa sede l'attenzione si concentrerà sul Comitato tecnico-scientifico costituitosi presso la Protezione civile, che ha avuto il ruolo principale nel corso della cd. fase 1. Successivamente si sono costituiti altri due comitati tecnico-scientifici, deputati a consigliare il governo durante la fase 2: la Task force in materia economica e sociale per la fase 2; e il Gruppo di lavoro *data driven* istituito dal Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. Quest'ultimo, composto da 74 esperti multidisciplinari scelti da Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità e Organizzazione Mondiale della Sanità (oltre ad avere alcuni componenti designati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali) ha anche prodotto delle relazioni tecniche liberamente consultabili al seguente indirizzo web: <https://innovazione.gov.it/task-force-dati-le-relazioni-delle-attivit -dei-gruppi-che-hanno-valutato-le-app/>.

⁸⁴ Nel DPCM 26 aprile la formula è più specifica, facendosi menzione di una relazione prodotta dal Comitato tecnico-scientifico: “Visti i verbali n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 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”.

modalità sostanzialmente de-procedimentalizzate⁸⁵. Non c'è nessun obbligo né facoltà, in fonti di rango primario, relative alla consultazione del Comitato, circostanza, questa, che si è ampiamente verificata, sia a guardare l'indicazione in preambolo dei DPCM, sia per come riportato dai media e dagli stessi decisori politici nel corso delle numerose comunicazioni.

Non sorprende che tale interazione sia avvenuta con modalità incerte, se solo si ponga mente al fatto che, a differenza di altri sistemi legislativi – tra tutti, quello statunitense – il nostro non prevede espressamente il ricorso all'*expertise* come fase formalizzata della decisione pubblica (non sono mancate a riguardo le proposte di intervento a modifica di tale lacuna⁸⁶). In questo senso, giova senz'altro il raffronto con altre esperienze nazionali, in cui si è registrata una diversa incidenza del ruolo dei comitati coinvolti, così come del contenuto dei pareri resi⁸⁷.

L'esempio del *Conseil scientifique* francese è significativo, giacché, da una parte, esso è costituito con legge (n. 2020-290 del 23 marzo 2020), dall'altro viene espressamente indicata la sua funzione, che è quella di rendere pareri pubblici, basati sullo stato delle conoscenze scientifiche, sulla situazione emergenziale⁸⁸. Non è prevista, evidentemente, alcuna forma di vincolatività del parere, come dimostrato anche dall'aperto dissidio tra Presidenza ed esperti in ordine all'opportunità di riaprire le scuole.

Resta il dato significativo del carattere pubblico dei pareri resi, che sono facilmente consultabili dalla cittadinanza sul sito web dell'organismo.

⁸⁵ Sottolinea questo aspetto I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, *Questione giustizia*, 18 marzo 2020, richiamando l'opportunità di rendere note le modalità di nomina del comitato, che “sono da considerarsi determinanti, anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo”.

⁸⁶ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, spec. 51.

⁸⁷ Per una descrizione comparata dei diversi comitati intervenuti nella gestione dell'emergenza sanitaria in corso si veda F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 31 marzo 2020), *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 42 ss.

⁸⁸ <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>.

Un ulteriore elemento sul quale vale la pena soffermarsi è la composizione del Comitato. Nella sua prima composizione, i membri del Comitato tecnico-scientifico italiano erano stati individuati tra soggetti in posizione apicale all'interno di organismi politici e scientifici: il Segretario Generale del Ministero della Salute, il Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, il Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, il Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", il Presidente dell'Istituto superiore di sanità, un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato. A questa originaria lista, sono stati aggiunti altri esperti, sempre mantenendo il criterio del ruolo rivestito all'interno di istituti o dipartimenti scientificamente rilevanti⁸⁹.

⁸⁹ L'ordinanza n. 663 del 18 aprile 2020 del Capo della Protezione civile ha integrato al composizione del Comitato tecnico-scientifico, che attualmente è composto da: Agostino Miozzo, Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile - con funzioni di coordinatore del Comitato; Silvio Brusaferrò, Presidente dell'Istituto superiore di sanità; Claudio D'Amario, Direttore Generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute; Mario Dionisio, Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima-aerea e di frontiera del Ministero della salute; Achille Iachino, Direttore Generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della salute; Sergio Iavicoli, Direttore Dipartimento di medicina, epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale dell'INAIL; Giuseppe Ippolito, Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani"; Franco Locatelli, Presidente del Consiglio Superiore di Sanità del Ministero della salute; Nicola Magrini, Direttore Generale dell'Agenzia Italiana del Farmaco; Giuseppe Ruocco, Segretario Generale del Ministero della salute; Nicola Sebastiani, Ispettore Generale della sanità militare del Ministero della difesa; Andrea Urbani, Direttore Generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute; Alberto Zoli, rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome.

Fanno parte del Comitato i seguenti esperti: Massimo Antonelli, Direttore del Dipartimento emergenze, anesthesiologia e rianimazione del Policlinico Universitario "A. Gemelli"; Roberto Bernabei, Direttore del Dipartimento Scienze dell'invecchiamento, neurologiche, ortopediche e della testa – collo del Policlinico Universitario "A. Gemelli"; Fabio Ciciliano, dirigente medico della Polizia di Stato, esperto di medicina delle catastrofi – con compiti di segreteria del Comitato; Ranieri Guerra, rappresentante dell'Organizzazione Mondiale della Sanità; Francesco Maraglino, Direttore dell'Ufficio prevenzione delle malattie trasmissibili e profilassi internazionale del Ministero della

Anche in questo caso è stata diversa la scelta della Francia, la quale, invece di indicare i ruoli di responsabilità burocratica e scientifica, ha utilizzato un differente criterio, che sembrerebbe quello della autorevolezza scientifica, oltre che – aspetto questo, di estrema rilevanza – del pluralismo metodologico. E ciò perché nel *Conseil scientifique* sono stati nominati sin dai primi giorni anche esperti in scienze sociali, un'antropologa e un sociologo. Sono poi presenti, oltre a infettivologi, virologi, ed epidemiologi, un esperto di dati, un rappresentante del mondo delle associazioni, uno dei medici di base, e un matematico.

Sempre relativamente alla composizione, è senz'altro da segnalare il caso del Regno Unito, in cui i componenti del SAGE (*Scientific Advisory Group of Experts*) in tema di pandemia da Covid-19 non sono stati resi noti al pubblico, per garantirne sicurezza e indipendenza di giudizio⁹⁰. Vi è di più: ha destato grande scandalo la notizia trapelata sulle colonne del *Guardian* relativa alla partecipazione di due consiglieri personali del *Prime Minister* alle riunioni del Gruppo di esperti⁹¹, giacché si ritiene che detto Comitato debba agire in modo del tutto scevro da condizionamenti politici di sorta.

Come si vede dalla sintetica descrizione, i tre modelli presi in considerazione sono espressione di differenti approcci teorici al problema della regolazione pubblica “su base scientifica”, a riprova del fatto che, come sostenuto da Sheila Jasanoff, il rapporto tra decisore politico e scienza è fortemente connotato in senso culturale⁹².

salute; Luca Richeldi, Presidente della Società italiana di pneumologia; Alberto Villani, Presidente della Società italiana di pediatria.

⁹⁰ In una comunicazione ufficiale al Parlamento Sir Patrick Vallance, il volto pubblico del Comitato di esperti, ha affermato che la segretezza della composizione: “contributes towards safeguarding individual members’ personal security and protects them from lobbying and other forms of unwanted influence which may hinder their ability to give impartial advice”. Il testo della lettera è consultabile al seguente indirizzo web: <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmselect/cmsctech/correspondence/Patrick-Vallance-to-Greg-Clark-re-SAGE-composition.pdf>, e indica il numero, la sotto-composizione, e la provenienza degli esperti.

⁹¹ Si tratta di Dominic Cummings e Ben Warner, quest'ultimo esperto di dati, che hanno in più occasioni consigliato Boris Johnson nella delicata procedura di uscita dall'UE. La notizia è riportata in *Revealed: Cummings is on secret scientific advisory group for Covid-19*, in *The Guardian*, 24 aprile 2020, consultabile al seguente indirizzo web: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/24/revealed-dominic-cummings-on-secret-scientific-advisory-group-for-covid-19>

⁹² In *Fabbriche della natura (Biotecnologie e democrazia*, il Saggiatore, Milano, 2008, 293) Sheila JASANOFF afferma infatti: “Non esiste un unico contratto sociale con la

Anzitutto, tali modelli differiscono per l'immagine della scienza che restituiscono: lo scandalo seguito alla presunta contaminazione politica del SAGE britannico sottende senza dubbio la visione della scienza idealizzata cui si faceva cenno: una comunità di *optimates*, che persegue con indipendenza di giudizio il fine della verità. In realtà, anche a non voler prendere sul serio le critiche provenienti dalla sociologia della scienza a tale immagine – e non solo dal cd. “programma forte” a vocazione costruttivista⁹³ – il problema principale è relativo, come si diceva, alla natura costitutivamente ibrida dei comitati esperti. Questi non sono chiamati a elaborare teorie e a sottoporle a verifica sperimentale, bensì a immaginare modelli e scenari – comunque elaborati scientificamente – in cui l'azione umana, e la sua natura imprevedibile, gioca un ruolo centrale nella tenuta degli stessi.

Al polo opposto potremmo immaginare di situare il modello italiano, in cui del ruolo anche politico degli esperti coinvolti non si è fatto mistero.

Una ragione di tale peculiarità potrebbe anche essere rinvenuta nel meccanismo di attribuzione e verifica della responsabilità pubblica. Il fatto di ricoprire dei ruoli istituzionali potrebbe, cioè, essere garanzia di affidabilità e “accountability” in senso propriamente anglosassone: gli effetti dei pareri resi e la loro eventuale tenuta potrebbero astrattamente riverberarsi sui ruoli rispettivamente ricoperti dai singoli membri, così da consentire il loro re-inserimento (certo, solo parziale) in quel circuito democratico dal quale diversamente resterebbero estromessi⁹⁴.

Il modello francese, invece, sembra fare maggiore affidamento sulle capacità individuali, sulla storia personale di accreditamento scientifico – in senso lato, come si è visto – rispetto al ruolo ricoperto. A ciò fa da contraltare, in termini di responsabilità pubblica, la pubblicità dei pareri resi, non prevista nel sistema italiano. Come nel modello consolidato di *expertise* invalso negli Stati Uniti, l'idea della visibilità del potere, an-

scienza nelle società occidentali, bensì relazioni particolari, storicamente e culturalmente situate, che si rivolgono ad aspettative differenti su come la scienza e la politica dovrebbero unirsi per finalità pubbliche”.

⁹³ Il carattere socialmente connotato della scienza, emerso a partire da Kuhn, ha infatti condotto, com'è noto, allo scetticismo radicale del programma forte di sociologia della scienza, perfetta espressione della temperie post-moderna (su cui si veda almeno D. BLOOR, *Knowledge and Social Imagery* (1976), The University of Chicago Press, Chicago, 1991).

⁹⁴ Considerazioni analoghe, ma sul modello tedesco, in S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., 312.

che quello degli esperti, è centrale per il controllo democratico, e si nutre di una filosofia della verità (che nel processo americano *adversarial* trova il più noto epifenomeno) dialogica, in cui il confronto tra le diverse posizioni è ritenuto in grado di assicurare la sua emersione⁹⁵.

7. Il governo dell'incertezza oltre il principio di precauzione

La consapevolezza della inevitabile differenziazione dei modelli di regolazione *a partire* dalla scienza, tuttavia, non può esimere da una considerazione di fondo, che è relativa al significato dell'incertezza, e alle sue implicazioni normative.

Giacché, se è vero che i comitati tecnico-scientifici sono organismi ibridi, a natura anche politica, la narrazione e l'auto-rappresentazione pubblica del loro ruolo risentono ancora dell'impostazione deferenzialista.

Sheila Jasanoff riporta molto efficacemente numerosi episodi della storia politica statunitense in cui i membri di tali organismi hanno interpretato il loro ruolo esattamente in questo senso⁹⁶. Del resto, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale prima richiamata ha perimetrato lo scrutinio di ragionevolezza scientifica tenendo esplicitamente fuori i casi in cui fossero intervenuti Comitati tecnico-scientifici in ausilio del legislatore⁹⁷.

E tuttavia, come si diceva, l'incertezza fisiologica dei saperi esperti

⁹⁵ Secondo la notissima tesi di J.H. WIGMORE, *Wigmore on Evidence*, Little, Brown and Co., vol. V, 1974, 1367, che definiva la *cross-examination* "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth".

⁹⁶ Già a metà del secolo scorso, gli ingegneri militari statunitensi avevano iniziato a insistere sulla pretesa oggettività della analisi costi/benefici da loro svolte, al fine di giustificare i progetti di controllo delle inondazioni. M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1995. Di ciò dà conto S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., 33.

⁹⁷ Pare, questo, un principio interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale, che, a partire dalla sentenza sul metodo Di Bella (185/1998), ha costantemente affermato l'esistenza di una presunzione di legittimità qualora la valutazione scientifica sia avvenuta a mezzo organismi tecnico-scientifici. La Corte Costituzionale, nelle sue parole, "Non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici». Su quest'aspetto si veda A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatori e giudici*, cit., 65.

qui invocati impone di ripensare il significato di tali comitati, proprio a partire dalla presa di coscienza del loro ruolo latamente normativo. A fronte della frammentazione dei possibili scenari prospettati dagli esperti diventa, infatti, sempre più evidente l'impossibilità di distinguere nitidamente i giudizi su come conoscere il mondo per governarlo da quelli su come governare il mondo per come lo conosciamo⁹⁸.

Se è vero, come si è provato a dimostrare, che l'*expertise*, anche oltre le differenziazioni culturali di cui si è dato conto, esibisce soprattutto in questi casi la sua natura "incipite", tecnica e politica, è necessario che nel circuito di validazione dei saperi così istituito non si perda di vista il destinatario della decisione pubblica, che in questa fase appare sprovvisto degli ordinari strumenti di partecipazione democratica.

Quale spazio residua, infatti, per controllare che tale circuito si esprima in forme democraticamente accettabili (a intendere, per democrazia, la non esclusione autoritativa di nessun sapere⁹⁹)?

E come evitare, all'opposto, che la dimensione politica fagociti quella tecnica, irrigidendo la decisione su valutazioni meramente normative?

A quest'ultima conseguenza vanno incontro le strategie normative improntate ad un male inteso principio di precauzione, in cui, cioè, l'analisi del rischio sia condotta a partire da dati scientificamente inattendibili. Del resto, è stata la stessa Corte Costituzionale a interpretare il proprio sindacato di ragionevolezza scientifica in senso estensivo, anche rispetto al principio di precauzione, affermando che il dato scientifico che motiva la valutazione precauzionale non può fondarsi su dati privi di fondamento scientifico¹⁰⁰.

Il problema, cioè, è quello di individuare una nuova misura per l'agire pubblico in condizioni di incertezza, che, abbandonato il defe-

⁹⁸ S. JASANOFF, *Science and Public Reason*, Routledge, New York, 2012, 19.

⁹⁹ M. TALLACCHINI, *Stato di scienza, validazione sociale della scienza, e stato di diritto*, Ibis, Pavia, 2003, 3.

¹⁰⁰ Nella sent. 116/2006 la Corte afferma che «l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base 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"». Sul punto si veda M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 27.

renzialismo, non si faccia ostaggio di una decisione pubblica irragionevole, in quanto scientificamente inattendibile.

È da alcune decadi che la sociologia della scienza più avvertita, infatti, definisce le situazioni come quella in corso come ipotesi di scienza post-normale, in cui il prefisso, lungi dall'ammiccare al costruttivismo post-modernista¹⁰¹, indica piuttosto la necessità di rendere esplicita l'incertezza che connota i momenti come quelli in corso – momenti che si affiancano a quelli di scienza cd. normale in senso kuhniano¹⁰² – in cui le decisioni sono pressanti, i valori conflittuali e le ricadute sulla collettività considerevoli¹⁰³. In tali casi, le valutazioni di affidabilità scientifica normalmente condotte, che chiamano in causa il meccanismo della revisione tra pari, si rivelano inadeguate, per la complessa trama di relazioni tra descrizione dei fatti in vista dell'assunzione della decisione e governo del mondo per come lo conosciamo. La proposta di una comunità di pari estesa, che coinvolga anche cittadini e associazioni private, rende il

¹⁰¹ Il sintagma “postnormal science” è stato introdotto in un articolo assai autorevole di S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Post-normal Science: A New Science for New Times*, in *Scientific European*, 1990, 20-22. Tale nozione è stata poi oggetto di ulteriori specificazioni: in S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Science for the Post-normal Age*, in *Futures*, 1993, 739-755, gli Autori prendono espressamente le distanze dal costruttivismo post-moderno, esplicitando piuttosto l'eredità kuhniana che ha mosso la loro ricerca: “We call it ‘postnormal’ to indicate that the puzzle-solving exercises of normal science (in the Kuhnian sense) which were so successfully extended from the laboratory to the conquest of Nature, are no longer appropriate for the resolution of policy issues of risks and the environment” (ivi, 750). Di recente Silvio Funtowicz, insieme ad altri studiosi che condividono la medesima impostazione teorica, è intervenuto sul tema dell'emergenza sanitaria, qualificandola come esempio di “post-normal science”: D. WALTNER-TOEWS - A. BIGGERI - B. DE MARCHI - S. FUNTOWICZ - M. GIAMPIETRO - M. O'CONNOR - J. R. RAVETZ - A. SALTELLI - J. P. VAN DER SLUIJS, *Pandemie post-normali. Perché CoViD-19 richiede un nuovo approccio alla scienza*, in *Recenti progressi in medicina*, 4, 2020, 202-204.

¹⁰² Per scienza normale, infatti, Kuhn intende quei momenti della storia dell'impresa scientifica in cui un dato modello è in grado di rendere sufficientemente ragione dei fenomeni che intende descrivere, e in cui le anomalie – la cui proliferazione darà luogo ad un cambio di paradigma – sono ancora sporadiche eccezioni. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 75. Sulla rilevanza che il modello kuhniano ha per la teoria del diritto si veda V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁰³ S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Science for the Post-normal Age*, cit., 744.

senso dell'inadeguatezza della descrizione dicotomica, a cui gli stessi comitati tecnico scientifici vanno incontro¹⁰⁴.

In questo senso, e in parziale assonanza con la proposta di Funto-wicz e Ravetz, Sheila Jasanoff ha parlato di epistemologie civiche¹⁰⁵, a intendere le pratiche istituzionalizzate attraverso le quali i cittadini mettono in atto pratiche conoscitive per compiere scelte collettive.

Il ruolo della comunicazione scientifica diventa, in questo senso, fondamentale nell'edificazione di strumenti costruttivi che mettano i cittadini in condizione non solo di comprendere passivamente le informazioni scientifiche prodotte¹⁰⁶, ma di partecipare attivamente alla creazione di pratiche e norme per l'agire in cui le informazioni scientifiche agiscono come leva motivazionale al pari di valori e principi giuridicamente rilevanti.

¹⁰⁴ Sull'insufficienza del modello dei comitati tecnico-scientifici si è in più occasioni espressa Sheila Jasanoff. In particolare, si veda S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., spec. 321.

¹⁰⁵ Ivi, 295 ss. Più nello specifico, per epistemologia civica, Jasanoff intende "pratiche istituzionalizzate con cui i membri di una data società testano e mettono in atto asserzioni conoscitive, utilizzate come base per compiere scelte collettive". Ivi, 304-305.

¹⁰⁶ È, questo, il modello della "Public Understanding of Science", in cui la comunità dei cittadini non esperti (*lay citizens*) è ritenuta destinataria passiva di indagini atte a verificare il livello di comprensione di contenuti scientifici. Ciò al solo fine di modulare la formazione di base e la comunicazione scientifica, permanendo forti i confini epistemologici tra scienza e cittadini. Su come questo modello sia entrato in crisi a partire dalla sperimentazione della comunità LGBT di farmaci per la cura dell'HIV, si veda S. EPSTEIN, *The Construction of Lay Expertise: AIDS Activism and the Forging of Credibility in the Reform of Clinical Trials*, in *Science, technology and human values*, 20, 1995, 408-437. In generale, sulla PUS si veda W. BRYAN, *Public Understanding of Science*, in: S. JASANOFF (a cura di), *Handbook of Science and Technology Studies*, Sage Thousand Oaks (CA)-London, 1995, 361-389.

LE DIMENSIONI DEL TEMPO E L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE NELLA STAGIONE DELL'EMERGENZA

CARLA ACOCELLA*

SOMMARIO: 1. Delle priorità del dibattito e dei condizionamenti imposti dalle preoccupazioni per le libertà alla percezione del tempo – 2. Oltre i termini di efficacia delle misure di gestione dell'emergenza: il tempo delle ripercussioni economico-sociali. Cenni – 3. Il peso della tecnica incerta sul tempo (e non solo) – 4. Tempo e principio di precauzione – 5. Il tempo dell'emergenza: linee di svolgimento del fattore temporale tra esigenza di controllo dell'incertezza ed aspirazione alla stabilità – 6. Il tempo degli interventi diretti a fronteggiare l'emergenza: immediatezza dell'intervento, provvisorietà degli effetti, certezza della durata delle misure – 7. La rilevanza "circolare" del fattore temporale: dal tempo della decisione (l'adozione degli atti emergenziali) al tempo dell'efficacia dei provvedimenti emergenziali, e ritorno. – 8. Rilievi sul tempo sospeso e sull'esercizio della funzione pubblica. 8.1. Attività amministrativa e competitività nella stagione dell'emergenza – 8.2. La rimodulazione dei principi di tempestività e di certezza del tempo dell'agire amministrativo imposta dall'emergenza pandemica. – 8.3. La continuità nell'esercizio della funzione durante la gestione dell'emergenza epidemiologica. – 8.4. La rilevanza della discrezionalità dell'amministrazione e di un approccio selettivo nell'applicazione della norma sulla sospensione dei termini procedurali. – 8.5. Gli interessi protetti dalla norma sulla sospensione: la posizione dei privati. – 8.6. Il tempo che appare sospeso a detrimento dell'affidamento dei privati. L'attrazione del silenzio assenso nell'ambito di applicazione della norma sulla sospensione: *ratio* dell'istituto ed accomodamenti funzionali a recuperi di stabilità e certezza.

1. Delle priorità del dibattito e dei condizionamenti imposti dalle preoccupazioni per le libertà alla percezione del tempo

L'emergenza innescata dalla diffusione rapidissima di un virus ha offerto alla considerazione comune evidenze andate ben oltre le iniziali prefigurazioni sulla portata espansiva e sugli effetti del contagio. Effetti peraltro territorialmente non omogenei, né su scala globale, anche per lo sfasamento dei tempi nei quali è stata registrata la diffusione del co-

* Associata di Diritto amministrativo, Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

ronavirus nelle diverse zone geografiche colpite¹; né a livello nazionale, dove la capacità diffusiva del virus ha raggiunto in specifiche aree, in particolare coincidenti con alcune regioni del Nord, livelli di intensità assai significativa. Ciò persino in corrispondenza della fase recessiva imboccata dal contagio e nel solco della prospettiva avviata da qualche settimana – che si gioca su un terreno invero scivoloso – di ridimensionare le misure di contenimento del contagio e di pianificare, per questa via, la riattivazione delle dinamiche economiche e sociali frenate e contenute dalle prime². Le pieghe del dibattito scientifico (con riguardo qui a quello della scienza giuridica) che è venuto articolandosi intorno agli eventi della sequenza epidemiologica, appaiono molteplici, tanto da definirlo già come un dibattito vivo e articolato, sebbene non immune da una serie di fraintendimenti, che non sono sfuggiti³. Si tratta al contempo di un confronto molto polarizzato; e se è vero che – intendendo fare ordine almeno con riguardo alle questioni che si pongono nello scenario

¹ È noto, a tal proposito, come la progressione degli eventi sia stata scandita da una “graduazione” nella valutazione del rischio operata dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che lo scorso 30 gennaio 2020 ha dichiarato l’epidemia di coronavirus in Cina “emergenza internazionale di salute pubblica”, successivamente (28 febbraio) ha qualificato il livello di minaccia per l’epidemia “molto alto”, e l’11 marzo ha definito la diffusione del Covid-19 una pandemia per il suo carattere globale (cfr. le informazioni sul punto riportate dal sito del Governo <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5338&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>).

² Sui c.d. “contagi di ritorno” in Cina, paese nel quale è stato registrato il primo cluster di contagi da Covid-19, si veda S. CARRER, *Coronavirus, la Cina tra allentamenti e nuove restrizioni*, in *Ilsole24ore.com*, 3.4.2020. In tema pure *Coronavirus, in Cina 11 nuovi casi e nessun decesso*, in *androkonos.com*, 26.4.2020. Sull’andamento del livello dei contagi durante la predisposizione dei piani di eliminazione delle misure restrittive e di ripartenza si veda P. VALENTINO, *Coronavirus Germania, aumenta l’indice di contagio: doccia fredda sulla ripartenza*, in *Il Corriere.it*, 28.4.2020.

³ Sembra ravvisarsi il riferimento al fraintendimento - nelle parole di S. STAIANO, nell’intervista di G. ROBERTI, *De Luca, atti illegittimi. Ma non è un eversore*, del 18.3.2020 in *Ilquotidianodelsud.it* – che si sarebbe consumato nelle frequenti evocazioni di questo periodo dello “stato di eccezione”, non contemplato dalla Costituzione, dovendosi invece “leggere entro il modello costituzionale ... quanto sta avvenendo ... perché lì si colloca, non fuori di esso”. Si veda dello stesso A., *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in questo volume dove si torna diffusamente sul punto. Si veda nello stesso senso C. CARUSO – nell’intervista di F. De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, del 2.4.2020 in *giustiziainsieme.it* – “è necessario sgombrare il campo da una serie di fraintendimenti che ricorrono nel dibattito attuale. Trovo del tutto fuori bersaglio il richiamo, per descrivere i provvedimenti atti a fronteggiare la pandemia, allo stato di eccezione e ai suoi epigoni”.

nazionale oggetto di studio per la giuspubblicistica – esse riguardano essenzialmente i diritti, da un lato, e l'assetto dei poteri, dall'altro⁴, è altrettanto evidente che siano i diritti, se non a “rubare la scena” al resto, almeno a condizionare profondamente le considerazioni che si rivolgono all'articolazione dei poteri⁵. Per semplificare in misura estrema su questo punto, si è molto ragionato nelle scorse settimane di modalità e di limiti entro i quali dovessero essere esercitati i poteri soprattutto perché il “cuore” delle misure messe in campo, come esito dell'esercizio appunto di quei poteri, è stata la restrizione dei diritti⁶. La prospettiva dunque in cui ci si colloca giudicando la congruità dei percorsi e delle sedi, sinora scelti, di esercizio dei poteri – rispetto per esempio all'alternativa Parlamento-Governo, o all'alternativa tra legislazione (ancorché di emergenza, e che si svolge come noto tipicamente attraverso la decretazione di urgenza) e amministrazione (D.P.C.M. e altre ordinanze emergenziali, pur fornite di portata normativa⁷), o ancora

⁴ Condivisibile appare sul punto la prospettazione di M. LUCIANI – nell'intervista di F. De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit. – secondo il quale, accanto alle questioni poste sul piano del diritto internazionale (dimensione globale o piuttosto nazionale della sovranità) e sovranazionale (capacità del sistema economico-finanziario dell'UE di moltiplicare le disuguaglianze), sul piano del diritto interno “le questioni fondamentali attengono ai diritti e all'assetto dei poteri”.

⁵ Lasciando qui impregiudicata ogni possibile valutazione sul carattere fallace di tale tendenza. In proposito si rinvia agli ammonimenti di M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2016 che, nel richiamare la relazionalità dei diritti formalizzati dalle costituzioni rispetto a specifici interessi sociali contrapposti, osserva: “mi sembra chiara la differenza che intercorre fra questa posizione e quella che oggi sembra più fortunata, che ha fatto dei diritti il solo oggetto rilevante di studio del diritto costituzionale e ha cancellato la questione – che a me continua ad apparire essenziale – della sostanza di potere che giace sotto ogni diritto. La retorica dei nuovi diritti e il diffuso convincimento che ogni arricchimento del catalogo dei diritti sia un progresso si sposano a meraviglia con l'illusione che anche la moltiplicazione delle sedi di protezione dei diritti sia in sé un fenomeno positivo”.

⁶ Percorsa dalla preoccupazione di ribadire la necessità di tornare agli “schemi normativi predisposti direttamente dalla Costituzione o dalla stessa specificamente previsti nelle loro linee generali”, che rendono superfluo e pernicioso evocare, nello stato di emergenza, la sospensione delle garanzie costituzionali, è l'analisi di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in <https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>, 10.4.2020. Con riguardo ai riflessi dell'emergenza sulle libertà personali si veda F. LANCHESTER, nell'intervista *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, 6.3.2020, in <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-alprofessor-fulco-lanchester>.

⁷ Sulla qualificazione dei D.P.C.M. adottati per fronteggiare l'emergenza Coronavi-

all'alternativa tra i diversi livelli di Governo (*in primis* statali e regionali, quindi D.P.C.M., ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali, ma anche centrali e locali⁸) – è confermata dalla preoccupazione, senz'altro comprensibile, che il sacrificio delle libertà personali e di altre libertà fondamentali, che indubitabilmente ne deriva, possa non essere adeguatamente ponderato, non attraverso le forme (e quindi gli interlocutori, le sedi e gli strumenti in cui tali forme si concretizzano) a tale scopo previste dal nostro quadro ordinamentale. Lo dimostra, per esempio, la veemenza dei toni della contrapposizione che si è registrata in ordine alla necessità che, anche nella situazione di estrema difficoltà in cui è stato imposto il c.d. “distanziamento sociale”, le Camere si riunissero, ed in quali forme, per l'esercizio delle loro funzioni (secondo le ordinarie procedure o in via telematica)⁹. Lo stesso “primato delle assemblee

rus, a valle del D.L. n. 6 del 23.2.2020, già condivisibilmente M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18.3.2020, secondo il quale “essi non hanno natura regolamentare, ma devono senz'altro essere ricondotti al *genus* delle ordinanze: con tutto quel che ne consegue anche rispetto alla possibilità di derogare temporaneamente alle norme di legge. Benché non vi sia un espresso riferimento alla contingibilità e urgenza delle misure adottate, la disciplina dei rapporti con le ordinanze del ministro della salute, dei Presidenti delle giunte regionali e dei Sindaci ne esclude la natura regolamentare”. Per i profili di criticità legati all'impiego di atti amministrativi diversi dai regolamenti governativi si veda 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*, n. 5/2020. Sugli atti amministrativi che, nella forma di ordinanze emergenziali, operano “come atti normativi”, si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 18.3.2020, 1 ss., e più diffusamente ID., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 3 ss..

⁸ Su cui si veda, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha visto, lo scorso 9 aprile, esercitare il potere di annullamento straordinario del Governo ex art. 138 TUEL nei confronti di un'ordinanza sindacale (la n. 105 del 5 aprile 2020) con cui era stato disposto l'obbligo per chiunque avesse inteso fare ingresso in Sicilia attraverso il porto di Messina, di registrarsi online e di acquisire dal Comune un nulla osta allo spostamento nonché l'obbligo di registrazione prima dell'imbarco per chi avesse inteso fuoriuscire dalla Sicilia attraverso lo stesso collegamento. Per un commento all'ordinanza si rinvia a N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Dir. regionali*, 1/2020, 12.4.2020.

⁹ M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *Progresso, Europa, Riforme*, 19.3.2020; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biolaw Journal*, 17.3.2020; ID., *Per una ragionevole disciplina costituzionale del ruolo del Parlamento nelle situazioni di emergenza*, in *DPCE – online*, 27.3.2020; F. CLE-

legislative” che dà corpo, secondo taluno, all’ambizione della nostra Costituzione di “assoggettare lo stato d’eccezione alle regole dello Stato di diritto”¹⁰, e gli istituti funzionali a presidiare tale primato – principio di legalità e riserva di legge¹¹ – guardano con evidenza oltre la dialettica tra poteri su cui direttamente insistono, avendo di mira appunto la sfera delle libertà (la loro latitudine e integrità) di rilievo costituzionale. E’ agevole allora intuire come, accanto alla variabile della consistenza del sacrificio imposto, si situi quella della durata dello stesso sacrificio, variabili entrambe rilevanti nella valutazione della tollerabilità del primo, inserendosi nella sostanza nelle maglie della eventuale verifica da condurre sui contenuti delle misure rispetto ai parametri di proporzionalità e adeguatezza¹². Ché anzi, a ben guardare, la variabile temporale assume

MENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettiva (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, 6/2020, 18.3.2020; S. CURRERI, *Il Parlamento ai tempi del Covid-19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, in *Progresso, Europa, Riforme*, 20.3.2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 24.3.2020; N. LUPO, *Perché non è l’art. 64 a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, *ivi*, 31.3.2020.

¹⁰ Così M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19.3.2020, riferendosi all’assenza nel quadro costituzionale repubblicano di disposizioni facoltizzanti, come accade in altri ordinamenti, l’amministratore a “decidere senza consultare i propri amministrati”.

¹¹ Su cui ci si limita a rinviare a G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, 2011, 10; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino, 1994; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I e II, Genova, 1980; A.M. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 630-651. Sulla incertezza che sottende il principio di legalità nella giurisprudenza amministrativa si veda A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1/1995, 91 ss..

¹² Le valutazioni in ordine al profilo formale della legittimità delle misure investono essenzialmente la sussistenza della copertura legislativa delle stesse, laddove quelle in ordine al merito consistono in una verifica della proporzionalità e adeguatezza devoluta alla sede giurisdizionale: su questo cfr. E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, cit., *passim*. Sul punto si segnala infatti la posizione di E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in *federalismi.it*, 16/2020, che avverte anzitutto come «il giudizio di pro-

valore decisivo anche riguardo all'altra, e cioè alla entità della limitazione subita dai diritti, consentendo di decifrarne la portata, quasi completandola e riempiendola di significato. In altre parole il trascorrere del tempo consente di dimensionare in concreto la compressione, ed è in questa prospettiva che va letta la notazione diffusa secondo la quale, ove le misure dirette a gestire e contrastare l'emergenza si presentino come misure restrittive di diritti individuali, la temporaneità ne definisca un connotato essenziale, finendo per costituirne un parametro di (valutazione della) legittimità¹³, secondo una elementare dinamica di svolgimento: scaduto il termine di efficacia della misura restrittiva "la sfera piena della libertà" si riespande¹⁴. Il rilievo in base al quale al venir meno della causa della limitazione del diritto quel diritto si riespande, rende di empirica evidenza l'importanza di un termine breve oltre che certo, e induce a puntare i riflettori sugli effetti degli atti che formalizzano quella causa attribuendole giuridica rilevanza; atti che nel definire l'agenda di contenimento del contagio, dettano limitazioni per una serie di libertà.

2. Oltre i termini di efficacia delle misure di gestione dell'emergenza: il tempo delle ripercussioni economico-sociali. Cenni

Piuttosto, oltre la omologante difficoltà a rinunciare e a mettere in discussione i diritti – la cifra della loro mobilità ne rende inevitabili non solo la moltiplicazione¹⁵, ma anche la non definitività dell'acquisizione¹⁶

porzionalità *sia* sovente difficile da distinguere da un giudizio di merito sul contenuto delle misure di volta in volta adottate» ed inoltre il dibattito acceso dalla emergenza in atto si sia concentrato sul criterio della proporzionalità «finendo per offuscare, o comunque far calare l'attenzione sul secondo: la *temporaneità*».

¹³ M. LUCIANI, nell'intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.: "la temporaneità è uno degli elementi che, per costante giurisprudenza costituzionale, vanno inseriti nell'apprezzamento della legittimità o meno delle misure restrittive dei diritti".

¹⁴ "Automaticamente e senza bisogno di ulteriori interventi dell'autorità" secondo G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27.3.2020.

¹⁵ Il moto espansivo dei diritti è già prefigurato da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 66 ss.; in tema si veda anche M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65 ss.; P. COSTA, *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. Dir., Annali II*, Milano, 2008, 365-417, spec. 406.

¹⁶ Sulla non irreversibilità delle conquiste in cui si sostanziano i diritti di recente proprio in riferimento alle vicende innescate dalla emergenza sanitaria da Coronavirus si

– si registra un approccio di analisi selettivo che si spinge sino ad isolare tra i diritti compressi quelli che, nonostante il formale superamento degli ostacoli al loro pieno dispiegamento (guardando all'oggi, quindi, non la fine dell'emergenza sanitaria in sé, ma la perdita di efficacia delle misure di contrasto restrittive), faticeranno più di altri a ritrovare una compiuta espressione, perché il piano della loro effettività sarà inevitabilmente compromesso dalle ripercussioni di carattere economico-sociale della crisi, che non sono certo di breve periodo. Al di là di ogni formale decorso del tempo – in questo caso oltre la nominale scadenza dei termini di efficacia delle misure emergenziali – rileverà una dimensione sostanziale del tempo: la ricostruzione potrebbe, come opportunamente segnalato, mostrare differenziali di resilienza nei diversi sistemi paese¹⁷; di talché le coordinate di svolgimento di questo processo condizioneranno profondamente la possibilità in concreto di agire diritti di libertà, come quello di iniziativa economica privata, o diritti sociali, come sono una serie di declinazioni del diritto al lavoro¹⁸. Le difficoltà di ripresa registrate nella fase di superamento delle restrizioni inizialmente disposte lo testimoniano. Ciò conferma, per inciso, la resistenza e la perdurante necessità di riferirsi a paradigmi statali di sovranità, sconfessando ambizioni globalistiche¹⁹. L'eventualità che, “come accaduto in

veda M. LUCIANI, nell'Intervista di C. Caruso, *La necessità del parlamento in un momento di libertà compresse*, in *Il Foglio*, 23.3.2020.

¹⁷ A. GUAZZAROTTI, *Mercati globali e pandemia*, in *Lacostituzione.info*, 24.3.2020. Sul punto mette conto segnalare anche la posizione del Consiglio europeo – cfr. il documento *Una tabella di marcia per la ripresa. Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa*, accolto il 23.4.2020, in <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2020/04/23/> – che, a fronte di “uno shock simmetrico” provocato dalla pandemia, avverte in ordine alla necessità di “evitare che la ripresa diventi asimmetrica”, sulla scorta della considerazione che “non tutti hanno sofferto allo stesso modo, non tutti dispongono delle stesse capacità di leva e non tutte le regioni saranno in grado di riavviare rapidamente le loro economie”.

¹⁸ A tal proposito C. CARUSO, nell'intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit. segnala che “le compressioni più gravose non vengono portate alle libertà civili, ma a situazioni soggettive che hanno un riflesso economico e sociale. Penso non solo all'iniziativa economica privata, ma anche al diritto al lavoro”. La qualificazione di libertà di iniziativa economica e diritto al lavoro operata nel testo non pone in discussione l'insostenibilità della contrapposizione dei diritti sociali ai diritti di libertà su cui si rinvia ad A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1, ss., 29, e alle considerazioni svolte e alla bibliografia riportata in C. ACOCELLA, *Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 23/2019, a cui si rinvia anche per la sintesi delle diverse declinazioni associabili a ciascuno dei diritti sociali presi in considerazione.

¹⁹ Sul punto si veda F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e*

altre recenti esperienze, una crisi non economica diventi economica”²⁰, esibisce con evidenza un tempo, quello appunto delle ragioni dell’economia e del suo andamento, diverso, aumentato, rispetto a quello degli eventi pandemici²¹. Costatazione di senso comune alla luce della quale la stessa prospettiva nella quale si è recentemente mosso il Governo, che ha prospettato l’emergenza sanitaria in atto come la principale fonte di condizionamento della politica di bilancio in corso di definizione, appare forse eccessivamente semplificante nella misura in cui pare confortare una corrispondenza, quasi in termini di sovrapponibilità, tra il “congruo” periodo di efficacia delle misure precauzionali e la

diritto amministrativo. Nulla sarà più come prima?, in *Il Dir. dell’economia*, 3/2019, 575-588, che nel riflettere sulla fragilità “delle società moderne e democratiche” osserva che “esse, improntate a una sfrenata globalizzazione, si sono rivelate deboli e assai vulnerabili proprio a fronte di un problema globale” ... “la categoria giuridica ... che è emersa con prepotenza ... è costituita dalla sovranità dello Stato” e che “l’esperienza drammatica che stiamo vivendo, infatti, ha confermato come non colga nel segno la prospettiva secondo cui la soluzione a problemi globali passerebbe attraverso l’applicazione di regole o decisioni globali o, a un livello diverso, solo europee”. Si veda anche M. LUCIANI nell’intervista *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit., secondo il quale “Sul piano del diritto internazionale, la pandemia mostra quanto sarebbe importante un governo globale di fenomeni – come questo – altrettanto globali, ma allo stesso tempo mette in luce la dura realtà della perdurante esattezza del *dictum* weberiano, che vuole lo Stato unico detentore dell’uso legittimo della forza. Non è il tempo delle illusioni cosmopolitiche alimentate dall’inverosimile *global constitutionalism*, ma quello del realismo diplomatico, di una rinnovata iniziativa politica e culturale per un nuovo ordine internazionale, cooperativo, sì, ma westfaliano”. Sulla opportunità di “completare – o quantomeno ... approfondire – l’Unione economica e monetaria”, anziché puntare esclusivamente sul ruolo della Banca centrale europea, nella prospettiva di rendere sostenibili i debiti pubblici nazionali il cui innalzamento assurgerà a tratto permanente nelle economie della ricostruzione post emergenza Coronavirus, si veda L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all’emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, 8.4.2020.

²⁰ In questo senso F. FRACCHIA, *op. cit.*, 586-587 che indugia peraltro su un quadro ben più articolato di quello determinato da coordinate meramente economiche, in particolare sulla crisi politica, non solo in termini di conseguenza della emergenza sanitaria in atto, quanto di risultato di “precedenti debolezze politiche e istituzionali”.

²¹ R. LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?*, in *federalismi.it*, 12/2020, segnala poi che “il rischio paventato da molti, che l’autunno porti ad una recidiva” renderebbe “gli effetti sull’attività economica, ma anche sulla vita di tutti i giorni” “strutturali piuttosto che congiunturali”. L’A. mette altresì in evidenza i tratti distintivi, *rectius* gli elementi di novità assoluta delle ripercussioni economiche dell’attuale crisi pandemica rispetto a quelle precedenti (crisi sia endogene – al sistema economico – che esogene), in particolare a quelle generate dalla epidemia Sars del 2003 e dalla crisi finanziaria del 2008.

durata dell'impatto economico delle prime²², contenendo al più in una manciata di mesi il disallineamento tra i termini (finali) entro i quali si esauriranno gli effetti delle due dinamiche, la pandemia, da un lato, lo scenario economico che ad essa consegue, dall'altro lato²³.

3. Il peso della tecnica incerta sul tempo (e non solo)

La accettabilità delle limitazioni dei diritti rimonta dunque alla dimensione transitoria (oltre che straordinaria) dell'emergenza. Tale nesso relazionale conserva naturalmente la sua validità quando la consistenza dell'emergenza risulti avvolta dall'incertezza. Ciò accade, come mostra l'emergenza sanitaria da Covid-19, laddove gli elementi di valutazione siano offerti al decisore politico prima di tutto dalla tecnica, dalla scienza²⁴, intesa qui evidentemente come scienza di carattere non giuridico. Il dato da cui muovere è in questi casi "l'assenza di certezza delle rispo-

²² Si veda il Documento di Economia e Finanza 2020 (disponibile sul sito del Governo http://www.dt.mef.gov.it/news/2020/def_2020.html) ove, nell'introduzione del quadro complessivo e della politica di bilancio del Governo si segnala che a fronte dei drammatici eventi "nel mese di marzo l'attività economica, che a inizio d'anno aveva ripreso vigore dopo la battuta d'arresto del quarto trimestre, ha subito una caduta senza precedenti nella storia del periodo postbellico", e sullo specifico punto si osserva che "poiché le misure precauzionali dovranno restare in vigore per un congruo periodo di tempo e la pandemia ha nel frattempo investito i principali Paesi partner commerciali dell'Italia, l'economia ne verrà fortemente impattata per diversi mesi e dovrà probabilmente operare in regime di distanziamento sociale e rigorosi protocolli di sicurezza per alcuni trimestri".

²³ In questo senso nel DEF 2020 si legge infatti: "La previsione macroeconomica del presente documento è costruita in base all'ipotesi che le misure di chiusura dei settori produttivi non essenziali e di distanziamento sociale vengano attenuate a partire dal mese di maggio e l'impatto economico dell'epidemia si esaurisca completamente nel primo trimestre del 2021. Tuttavia, si considera anche uno scenario alternativo in cui la ripresa sarebbe più graduale e non si radicherebbe fino al secondo trimestre del 2021".

²⁴ Rifletterebbe la contiguità della scienza al decisore pubblico, la continua e capillare presenza nel dibattito pubblico degli esperti, secondo A. FARANO, *La Repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, alla quale si rinvia anche per una analisi delle letture "deferenzialiste" maturate nei confronti della scienza sulla scorta della idealizzazione del modello della Republic of Science di Michael Polanyi, e per l'avvertimento sulla necessità di evitare di dissolvere "il discorso scientifico in un irrazionalismo che renderebbe impossibile ... il controllo in termini di ragione da parte dei cittadini", rivendicando perciò un ruolo della scienza che implichi una "opinione pubblica informata" piuttosto che una "delega in bianco alla comunità degli scienziati".

ste che la scienza e la tecnica danno ad alcune domande”²⁵, troppo spesso liquidata in termini di opinabilità (tecnicamente divergenza di posizioni con riguardo alla qualificazione dei fatti) piuttosto che in termini di fisiologica rilevanza della “probabilità” in sede di accertamento e verifica del fatto. Evenienza questa seconda che si colloca al di là delle ipotesi in cui vi siano margini di apprezzamento²⁶. Questo duplice ordine di indeterminatezza, sul piano delle opinioni riguardo alla qualificazione dei fatti, ma prima ancora sul piano dei fatti oggetto di riscontro (più che di apprezzamento), trova una rappresentazione nitida negli accadimenti delle scorse settimane. Per un verso si è registrata infatti la difficoltà della scienza medica, e in particolare di quella virologica, di accedere ad una valutazione univoca sull’approccio che fosse preferibile intraprendere, e ve ne erano anche di nettamente alternativi in campo, come quelli esibiti con riguardo alla opportunità di diffusione del virus al fine di conseguire una risposta immunologica estesa nella popolazione. Si tratta di posizioni effettivamente espresse, stavolta sì, di una opinabilità che fa guadagnare alle prime – al di là dei toni enfatici scelti nel comunicare, per esempio riguardo alla questione della “immunità di gregge”²⁷ – un posto nel dibattito scientifico e contribuisce ad arricchirlo²⁸. Per altro verso, nell’emergenza virale ancora non cessata è stata

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2019, 313 ss.

²⁶ Su questo specifico punto, infatti, parte della dottrina (v. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*), valorizzando l’insegnamento di F. LEDDA (*Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’Amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss., spec. 430 ss.), sulla discutibilità della distinzione tra accertamenti e apprezzamenti tecnici, atteso il rilievo trasversale dell’impossibilità di proposizioni empiriche assolutamente certe, osserva come la validità della contrapposizione possa essere messa in dubbio sol che si pensi alle ipotesi in cui “l’incertezza verte sul livello delle probabilità che determinati fatti si siano verificati nel passato o si verificheranno nel futuro”.

²⁷ Le iniziali dichiarazioni rese dal premier britannico Boris Johnson hanno in questo senso sollevato un acceso dibattito intorno alla accettabilità di una prospettiva che sacrificasse le generazioni più vulnerabili in nome dell’obiettivo di conseguire una risposta immunologica diffusa nel paese. Per una ricostruzione delle coordinate giuridiche rilevanti nel quadro ordinamentale interno rispetto a cui collocare un simile approccio, si veda G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18.3.2020. Sull’immunità di gregge C. NADOTTI, *Coronavirus, cos’è l’immunità di gregge e perché potrebbe non funzionare*, 14.3.2020, in *repubblica.it*, e E. LONGO, *Immunità di gregge Covid-19/Il virologo “ha logica”, lo pneumologo “teoria sballata”*, 18.3.2020, in *il-sussidiario.net*.

²⁸ Avverte però, valorizzando il pensiero di Foucault, il pericolo di un governo che si fondi su fatti dichiaratamente falsi, riferendosi alla assimilazione talvolta occorsa negli

immediatamente percepibile l'incertezza che circonda i fatti (prima ancora che la loro qualificazione e le valutazioni), e che attiene alla probabilità che essi si verifichino nel futuro: si pensi solo ai riscontri fattuali che hanno ad oggetto il grado di virulenza dell'elemento patogeno, il numero dei contagi, il numero dei decessi (dunque l'andamento di entrambi i fenomeni), l'efficacia delle terapie impiegate, la risposta dell'impiego di farmaci, e così via. Allora, già solo sul piano della tecnica chiamata in causa dalla sequenza epidemica, l'incertezza ha investito al contempo il processo conoscitivo (a volte ricognitivo) dei fatti ma anche l'attività di scelta, e ciò senza scomodare la "fragile" contrapposizione tra scienze esatte e inesatte, neutralizzata in qualche misura già sul fronte della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive colpite da decisioni che incorporino valutazioni tecnico-scientifiche²⁹. E se

accadimenti di cui si discute tra "Covid-19 e banale influenza": A. FARANO, *La Repubblica degli scienziati?*, cit.. Nella medesima prospettiva segnala "forme di sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico ... come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico", come identificazione del livello di pericolosità del coronavirus con quello caratterizzante "una normale influenza", L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *Bio-law Journal*, 2/2020, 18.3.2020

²⁹ Su questo specifico punto appare di utilità la sintesi fornita ancora da F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, che compendia il passaggio in cui la giurisprudenza amministrativa abbandona un sindacato di mera ragionevolezza sui processi decisionali in cui avessero luogo valutazioni tecnico-discrezionali, per approdare a un sindacato sulla attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione, sulla scorta della considerazione che "l'applicazione dei saperi 'inesatti' non produce dunque risultati che sono senz'altro opinabili, e che per questa ragione mancano di un parametro che decida della loro accettabilità". Il dibattito in tema è ampissimo e di questo si indicano qui, senza pretese di esaustività, alcuni riferimenti: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 11 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *op. cit.*; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 974 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.) (ad vocem)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 471 ss. Parte qualificante della riflessione in argomento è stata occasionata dall'analisi dell'attività delle autorità indipendenti, e del sindacato sul loro operato dal giudice amministrativo. Su questo si veda: P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 175 ss.; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 201 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI - M. RAMAJOLI - M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005. Sulle evoluzioni del sindacato del giu-

l'indeterminatezza (in parte irriducibile) della tecnica ha assunto significativa rilevanza sul piano della controllabilità delle decisioni dell'amministrazione, complicandone lo svolgimento tutte le volte in cui sia apparso arduo isolare l'esercizio dell'attività conoscitiva (idealmente precedente) dal provvedere (successivo) e quindi le scelte collocabili in tale secondo momento³⁰, l'incertezza della scienza della quale si è fatto esperienza nel tempo di contenimento del contagio da Covid-19, prelude e accompagna, non solo l'assunzione di decisioni connotate da discrezionalità politico-amministrativa³¹ ma, decisioni *lato sensu* politiche.

Accanto alla indeterminatezza della tecnica v'è quindi un terreno riconducibile al potere di autodeterminazione del decisore, prima che amministrativo, politico, che naturalmente apre spazi di incertezza, connaturati alla "libertà del fine" – che caratterizza l'attività del legisla-

dice amministrativo, ed in particolare sulle aperture schiuse al sindacato del GA sull'attendibilità delle operazioni tecniche si veda A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le controversie tecnico-scientifiche formule vecchie e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 nonché anche per un'analisi critica di volta in volta utilizzati dalla giurisprudenza F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 137 ss.; dello stesso A., già, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 601; ID., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto*, in *giustamm.it*, 2008; ID., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1311-1327.

³⁰ La sindacabilità della discrezionalità tecnica e i progressi registrati dalla giurisprudenza amministrativa in tale direzione sono come noto ancorati oltre che alla distinzione tra opportunità ed opinabilità, alla possibilità di isolare le valutazioni sull'interesse pubblico oggetto di riserva dell'amministrazione dai giudizi tecnici: sul punto si rinvia alla bibliografia citata alla nota precedente.

³¹ "Nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio *lato sensu* politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza": così A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, spec. 87 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1046 ss.

tore e, secondo gradazioni diverse, altri atti di carattere normativo³² nonché la categoria degli atti politici³³ – e alla necessità di seguire in qualche misura la scienza, come si è detto, incerta³⁴. Uno degli elementi sui quali si scarica comprensibilmente il margine di indeterminatezza dei saperi che guidano le scelte del decisore pubblico, nel tracciare l'agenda di contenimento del contagio e di gestione della emergenza sanitaria, è l'orizzonte temporale entro il quale cessino gli accadimenti³⁵ che hanno dato causa alle misure di cui si fa questione. Tornando alle dinamiche di svolgimento dell'attività conoscitiva di cui si discorreva, tale orizzonte era dipendente dal grado di probabilità che una serie di fatti smettessero (e smettano ancora in parte) di verificarsi, o specularmente che una serie di fatti (terapie farmacologiche e non, strategie di distanziamento sociale, crescente disponibilità e impiego di dispositivi di ventilazione in terapia intensiva³⁶, e così via) producessero una serie

³² A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria - Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 189-190.

³³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 27.7.2011, n. 4502, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2011, 2439: “gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge”. In tema si veda per un'analisi dell'incidenza spiegata dalla disposizione di cui all'art. 7, c. 1, c.p.a. sul dibattito intorno alla questione dell'atto politico, essenzialmente esaurita nella scienza amministrativista, dal tema della sua sindacabilità, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3, 2012, p. 329 ss., che rinvia per la riproposizione della tesi dell'atto politico come atto libero nel fine a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 240. In tema v. pure G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *Lacostituzione.info*, 7.2.2019, e S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, *ivi*, 9.2.2019.

³⁴ Sulle valutazioni tecnico-scientifiche sottese alle scelte legislative si veda R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1, ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

³⁵ V. ancora R. LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19*, cit.: “allo stato attuale manca certezza su almeno tre aspetti rilevanti. Nessuno per ora, sembra in grado di fornire previsioni ragionevolmente attendibili sull'epidemiologia del virus; esiste una evidente eterogeneità nella definizione e nell'efficacia delle misure di contenimento; non esiste alcuna certezza sui tempi di sviluppo di un eventuale vaccino”.

³⁶ Accanto all'aumento della disponibilità dei posti letto in terapia intensiva, obiettivo identificato come prioritario sin dall'avvio della strategia di contenimento del nuovo Coronavirus (su questo cfr. l'aggiornamento Tabella potenziamento servizi sanitari

di conseguenze fattuali leggibili in termini quantitativi (numeri dei contagi, numeri dei decessi). I fatti, accertati ed apprezzati dalla tecnica – in parte indeterminata, come si è detto – sono al centro quindi non solo delle misure precauzionali restrittive, ma anche di quelle, speculari, che erodono la latitudine delle restrizioni progressivamente imposte, disegnando la strada, incerta, del ritorno alla stagione della ordinarietà. Non è un caso che la formalizzazione di questo rapporto di connessione assai significativo tra politica e tecnica – che, si è accennato, non può leggersi riduttivamente come dipendenza della prima dalla seconda – abbia trovato un suo snodo manifesto, dal punto di vista organizzatorio, in un processo di entificazione. Quest’ultimo ha operato, in senso debole³⁷, affidando la funzione tecnico-consultiva di valutazione dei rischi rilevanti nell’attuale contesto emergenziale a Comitati di esperti scelti³⁸,

del 20.3.2020 n. 3803 in <http://www.regioni.it/newsletter/n-3803/del-20-03-2020/coronavirus-aggiornamenti-sui-servizi-sanitari-20977/>), viene documentato un allentamento della pressione sui reparti di terapia intensiva sin dalla fine di aprile (su cui cfr. *Terapia intensiva, occupati 2.635 posti letto* del 20.4.2020, in <https://www.truenumbers.it/coronavirus-terapia-intensiva/>). Questo andamento, accompagnato alla determinazione – pure in qualche misura registrata (sul punto cfr. *Coronavirus, le Regioni riducono le terapie intensive e il governo lancia l’allarme: “è troppo presto”*, 25.4.2020 in https://www.ilmattino.it/primopiano/sanita/coronavirus_news_terapie_intensive_ridotte_regioni_morti_contagi_mappa_oggi-5191628.html) – di rimodulare in senso riduttivo, in ragione della tracciata contrazione del numero dei contagi, le postazioni disponibili nei reparti di terapia intensiva, è determinante nella adozione di misure funzionali al graduale superamento del distanziamento sociale e alla ripresa delle attività economiche. La cifra corrispondente all’attuale disponibilità di posti letto nei reparti di terapia intensiva a livello nazionale è riportato nel Documento del 22.4.2020, Valutazione di politiche di riapertura utilizzando contatti sociali e rischio di esposizione professionale su cui vedi *infra* nota 48.

³⁷ Ci si riferisce all’alternativa tra una entificazione di tipo forte, basata sull’attribuzione delle funzioni rilevanti ad un organismo/autorità indipendente, ed una entificazione di tipo debole che, invece, conserva la funzione decisoria in capo all’organo politico che controlla le valutazioni scientifiche operate dall’organismo tecnico. Sul punto, con riguardo alla settore della sicurezza alimentare, rispetto al riparto delle competenze rispettivamente di valutazione e di gestione del rischio, si veda M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 4/2015, 657 ss..

³⁸ Per una ricostruzione del ruolo esercitato in vari Paesi, non solo europei, dalla scienza nell’adozione delle misure di contrasto all’emergenza Coronavirus, e per la “entificazione” che ha dato corpo a questa richiesta di supporto scientifico da parte della politica, si veda L. CUOCOLO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 31.3.2020. Sulla scelta del Governo di avvalersi dell’ausilio di un comitato tecnico scientifico si veda pure L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus* ..cit..

operanti presso il Governo, e lo ha fatto, appunto prevedendo un doppio registro: quello (l'unico fino allo scorso 10 aprile) delle valutazioni tecnico-scientifiche che hanno fondato le misure di contenimento, e quello, più di recente venuto in emersione, degli apprezzamenti destinati a guidare la simmetrica dinamica di riduzione delle restrizioni. Gli accertamenti e gli apprezzamenti che hanno informato le prime appaiono far capo essenzialmente alla scienza medica, come indica chiaramente la composizione del Comitato tecnico-scientifico – istituito ai principi di febbraio scorso per coadiuvare il Capo del Dipartimento della protezione civile nell'adozione delle “più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione delle patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”³⁹ – destinato a valutare i pericoli operanti essenzialmente sul piano sanitario. In vista della graduale ripresa delle attività economiche inibite e della mitigazione delle ulteriori restrizioni ha preso corpo l'idea che la tecnica sino ad un certo punto a disposizione del decisore politico – quella medica – dovesse essere integrata con saperi esperti attinti dall'area economica e sociale, condivisi nell'insieme dai membri del Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con un D.P.C.M. del 10 aprile⁴⁰. Questo doppio registro di competenze, e la scelta di affidarlo a due diversi comitati tecnici, la cui rispettiva composizione riflette le prime, non sembrano peraltro essere stati sconfessati dalla integrazione del (primo) Comitato tecnico-scientifico, ancorché essa sia stata dichiaratamente collegata “alla fase di ripresa graduale delle attività sociali, economiche e produttive”⁴¹. La presenza nel

³⁹ Così il Decreto del Capo Dipartimento del 5.2.2020 n. 371 (art. 2) di istituzione del Comitato scientifico previsto dall'art. 2 della Ordinanza del 3.2.2020 n. 630.

⁴⁰ Cfr. il D.P.C.M. del 10.4.2020 che istituisce il Comitato di esperti in materia economica e sociale destinato ad operare in coordinamento con il Comitato tecnico scientifico di cui all'art. 2, c. 1, dell'Ordinanza n. 630/2020 cit.. La compagine del Comitato risulta costituita da esperti di psicologia sociale, economia, statistica economica, statistica sociale, diritto del lavoro, sociologia economica, discipline giuridiche, psichiatria. Che la recente istituzione del Comitato in materia economica e sociale fosse funzionale soprattutto a supportare l'adozione delle misure di allentamento del regime di contenimento delineato in forza della decretazione intervenuta sino ad aprile 2020 viene confermato anche dalle dichiarazioni del P.d.C.M. che hanno accompagnato l'approvazione del D.P.C.M. del 10.4.2020 cit., e il riferimento espresso ivi operato, alla c.d. “fase 2”, programma attraverso il quale “far ripartire il sistema produttivo” che “poggia su due pilastri: l'istituzione di un gruppo di lavoro di esperti e il protocollo di sicurezza nei luoghi di lavoro” (su cui cfr. <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>).

⁴¹ Cfr. in questo senso le premesse dell'Ordinanza n. 663 del 18.4.2020 recante “Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio

Comitato di ulteriori esperti – che esprimono tutti perizie attinte dalla scienza medica o, quanto alle apparenti eccezioni, competenze comunque rilevanti per il ruolo istituzionale esercitato dai primi in compagini burocratiche attive nel comparto sanitario⁴² – è cioè funzionale ad operare il coordinamento con l'altro Comitato, che esaurisce in qualche misura la funzione di confortare una transizione sostenibile verso un regime economico e sociale ordinario. Il contemperamento di differenti esigenze⁴³ – schematizzando, di contenimento e prevenzione dell'emergenza sanitaria da un lato, di conservazione di un accettabile livello di esercizio delle attività economiche e di integrazione sociale, dall'altro lato – prelude in linea di principio all'adozione non solo di misure contenitive e di distanziamento, ma anche di quelle, successive, che hanno tracciato e tracciano il graduale e inverso percorso. Se si accoglie l'idea che quel contemperamento debba essere operato alla luce di acquisizioni tecnico-scientifiche, anche la scelta di estendere l'ambito della tecnica interrogata in una fase avanzata dell'emergenza non è del tutto esente da rilievi critici.

sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” con la quale è stata resa stabile la presenza nel Comitato tecnico-scientifico di ulteriori esperti con i quali la composizione del primo era stata integrata (possibilità contemplata dall'art. 2, c. 1, dell'Ord. n. 630 del 2020 cit.) in relazione “a specifiche esigenze”.

⁴² L'Ord. n. 663/2020 cit., nell'integrare stabilmente la composizione del Comitato tecnico-scientifico, ha modificato l'art. 2 dell'ord. n. 630/2020 cit.. Tra i componenti dello stesso, accanto a quelli iniziali, figurano al momento: il presidente del Consiglio superiore di sanità del Ministero della salute; il Direttore generale dell'Agenzia italiana del farmaco; l'Ispettore generale della sanità militare del Ministero della difesa; il Direttore generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute e il Direttore generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della salute. La formazione rispettivamente economica e giuridica per gli ultimi due non altera la fisionomia disciplinare dell'organo. Segnala criticamente la marginalizzazione della presenza di virologi tra i componenti G. MINEO, *Coronavirus, nel comitato anti-virus neanche un virologo*, in *il tempo.it*, 29.4.2020.

⁴³ Tra le misure che il Comitato in materia economico-sociale è stato chiamato a elaborare e proporre al Presidente del Consiglio vi sono, accanto a quelle “necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica” – formula, come visto, che ricalca quella ricorrente nel Decreto n. 371/2030 cit. per il Comitato tecnico-scientifico – le misure “per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive, ... che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza”. La lettera della disposizione pare quasi riflettere l'idea che questo Comitato possa farsi carico, sul piano scientifico, di entrambe le istanze che rappresentano i termini del bilanciamento.

4. Tempo e principio di precauzione

Sui nodi segnalati rileva l'incidenza del principio di precauzione, del quale in questa sede non può neanche richiamarsi la traiettoria di sviluppo⁴⁴, ma ci si limita a segnalare che esso trova come fisiologico terreno di esercizio proprio la complessità e il margine indeterminato schiuso dai saperi esperti⁴⁵, e che è in sostanza diretto a fornire un criterio guida per dare una risposta e governare l'incertezza dei rischi⁴⁶.

Le scelte regolative che riflettono il principio traducendosi in misure precauzionali – come quelle che nelle scorse settimane hanno inciso sulle condotte dei consociati nel senso di restringerne la sfera di libertà⁴⁷, o come quelle che specularmente provano a rispristinare le dinamiche di ordinario esercizio di certe libertà nell'attuale contesto di “ripar-

⁴⁴ In particolare sul passaggio che si situa nella dinamica procedurale di applicazione del principio, rappresentato dall'obbligo per le autorità di richiedere una valutazione scientifica del rischio, ancorché non accompagnato dall'obbligo per le medesime di conformarsi al parere degli esperti, e sulla circostanza che nel caso dell'emergenza virale da Covid-19 vi sarebbe al riguardo una assenza di dati e una mancanza di informazione tale da non permettere di chiarire se tale obbligo sia stato rispettato effettivamente in Italia, si veda A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 16.3.2020. Sul principio di precauzione si veda F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, e ID., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 509 ss.; ID., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la 'precauzione inutile'?*, in *La sicurezza del territorio. Pianificazione e Depianificazione*, Quaderni Riv. giur. ed., Milano, 2014, 55.

⁴⁵ Peraltro, per la lettura del principio nel senso che lo stesso, rimarcando “lo statuto epistemologico dell'ignoranza nella scienza contemporanea” affrancherebbe il diritto dalla “sottomissione alla scienza”, “optando per azioni orientate a favore della sicurezza”, si veda T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 20.3.2020, che richiama sul punto M. TALLACCHINI, *Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law*, in *Toxicology and Applied Pharmacology*, 207, 2005, 645-651.

⁴⁶ Sulla distinzione tra incertezza e rischio R. LEONCINI, *op. cit.*, segnala come “la prima manchi totalmente della possibilità di fornire una misura quantitativa circa le probabilità di un evento”, laddove “quando è possibile esprimere questa misura si parla di rischio”.

⁴⁷ Per l'idea che le due forme di confinamento incidano direttamente sulla libertà personale piuttosto che solo sulla libertà di circolazione si veda L. CUOCUOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 12 ss..

tenza”⁴⁸ – sono operate sulla base di una valutazione delle probabilità,

⁴⁸ Ci si riferisce alla c.d. Fase Due della strategia di contenimento dell'emergenza Covid-19, il cui avvio lo scorso 4 maggio era stato annunciato dallo stesso Presidente del CdM nella conferenza stampa del 26.4.2020 (cfr. Covid-19 La “FASE DUE” <http://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-conte/14518>) che ha preceduto la pubblicazione del D.P.C.M. del 26.4.2020 recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6”, in GU n. 108 del 27.4.2020. Nel quadro di attività e di condotte consentite da tale DPCM in una prospettiva di graduale allentamento delle misure restrittive precedentemente dettate, si segnala innanzitutto il prolungamento di una serie di limitazioni all'esercizio di libertà e diritti [si vedano quelle relative allo svolgimento delle attività scolastiche, la cui frequenza continuava ad essere sospesa: cfr. art. 1, c. 1, lett. k) D.P.C.M. del 26.4.2020 cit.); come quelle relative alla libertà di culto che avrebbe continuato (in ragione della formulazione testuale delle relative disposizioni) a non poter essere esercitata nel contesto di cerimonie religiose, quindi fruendo della somministrazione dell'eucarestia, ma solo nelle forme consentite dalla previsione – già contemplata dalla previgente disciplina dell'emergenza in atto (si veda il DPCM del 10.4.2020, art. 1, c. 1, lett. i) e prima DPCM del 8.3.2020, artt. 1, c. 1, lett. i) e 2, c. 1, lett. v)) – di un'apertura dei luoghi di culto “condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro” (cfr. altresì art. 1, c. 2, lett. h), D.L n. 19/2020 cit.). In secondo luogo è intervenuta la prescrizione di (nuove) condotte attive, rese necessarie da un'attenuazione del distanziamento sociale (come ad esempio l'uso obbligatorio di “protezioni delle vie respiratorie nei luoghi chiusi accessibili al pubblico e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuativamente il mantenimento della distanza di sicurezza” - cfr. art. 3, c. 2, D.P.C.M. del 26.4.2020 cit.). L'incidenza delle valutazioni tecniche sulle determinazioni assunte dall'Esecutivo nei sensi qui, solo parzialmente, richiamati sarebbe in particolare valutabile alla luce dei contenuti di una relazione (pubblicata tra gli altri su https://www.corriere.it/cronache/20_aprile_28/valutazione-politiche-riapertura-utilizzando-contatti-sociali-rischio-esposizione-professionale-827d5f1a-894d-11ea-8073abb9eae2ee6.shtml) del 22.4.2020 elaborata dal Comitato tecnico-scientifico intitolata “Valutazione di politiche di riapertura utilizzando contatti sociali e rischio di esposizione professionale”, nella quale tra le altre cose – rinviandosi qui ai profili disciplinati dal DPCM del 26.4.2020 ai quali si è scelto di riferirsi in questa sede – si legge che “riaprire le scuole innescherebbe una nuova e rapida crescita epidemica di Covid-19. In particolare la sola riapertura delle scuole potrebbe portare allo sfioramento del numero di posti letto in terapia intensiva attualmente disponibili a livello nazionale”, o ancora che “ci sono delle incertezze sul valore dell'efficacia dell'uso di mascherine per la popolazione generale dovute a una limitata evidenza scientifica, sebbene le stesse siano ampiamente consigliate”, e che pertanto “la raccomandazione all'uso delle mascherine per comunità in tutti i luoghi pubblici confinati o a rischio di aggregazione ... da parte di tutta la popolazione” vada considerata tra le “variabili determinanti per contenere il valore di $R_0 < 1$ ”. Tra le reazioni critiche sollevate dagli esiti della selezione dei settori da attrarre nella strategia di allentamento delle restrizioni operata dal D.P.C.M. n. 26.4.2020 si segnalano quelle della Conferenza episcopale italiana, sintetizzate nel documento n. 34 del

appunto, che si verifichino dei rischi, e dunque sono dirette ad evitarne il prodursi, sebbene finiscano di frequente per porre in concreto una questione di rapporto e di bilanciamento tra diversi (ulteriori a quelli

26.4.2020 in https://www.olir.it/wp-content/uploads/2020/04/DPCM-laposizione-della-CEI-%E2%80%93-Chiesacattolica.it_.pdf, in cui la Chiesa segnalava la necessità di “riprendere la sua azione pastorale” parallelamente alla riduzione delle “limitazioni assunte per far fronte alla pandemia”. Sugli esiti che i rilievi della CEI hanno prodotto sull’adozione di misure atte a garantire una graduale riespansione della libertà di culto si veda il Protocollo del 7.5.2020 riguardante la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo – ora Allegato 1 al D.P.C.M. del 17.5.2020 – che ha dettato una serie di prescrizioni utili ad assicurare, a far data dal 18.5.2020, che lo svolgimento delle funzioni religiose avvenisse nel rispetto delle “norme di distanziamento”. In ordine a questo specifico profilo, per il periodo della c.d. Fase DUE, ossia quello che ha preso avvio dal 18 maggio, assume rilievo la previsione di cui all’art. 1, c. 8 del D.L. n. 33 del 16.5.2020 che, fermo il divieto di “assembramento di persone in luoghi pubblico o aperti al pubblico”, ha distinto le sorti delle cerimonie religiose da quelle di “manifestazioni, eventi e spettacoli di qualsiasi natura con la presenza di pubblico”, per i quali le modalità atte a garantirne uno svolgimento in linea con le prescrizioni funzionali a evitare una nuova diffusione del contagio, continuano ad essere stabilite con dei DPCM (la norma fa riferimento ai “provvedimenti adottati ai sensi dell’art. 2, del DL. n. 19/2020”). Sul punto è intervenuto il D.P.C.M. del 17.5.2020 cit. che all’art. 1, c. 1, lett. o) ha stabilito che “le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7”, riprendendo l’omologa previsione recata dal D.L. n. 33/2020, art. 1, c. 11 in tal senso fornendo copertura alla prassi avviata con il citato Protocollo del 7.5.2020, e proseguita con la sottoscrizione in data 15.5.2020 di ulteriori protocolli (con le Comunità ebraiche; con le Chiese Protestanti, Evangeliche, Anglicane; con le Comunità ortodosse, islamiche, etc..) che figurano tra gli Allegati da 2 a 7 del D.P.C.M. del 17.5.2020 cit.. Nel solco della riflessione in ordine alla necessità del Governo di conservare una interlocuzione con le confessioni religiose funzionale ad elaborare le regole di svolgimento delle funzioni religiose sino al termine della fase di emergenza, si situa la scelta in inserire in sede di conversione in legge del D.L. n. 19/2020, dopo la previsione relativa alla possibilità di sospendere (adottando le misure di cui all’art. 2 dello stesso decreto) le cerimonie civili e religiose e di limitare l’accesso ai luoghi di culto, quella (art. 1, c. 2, lett. h-bis) relativa alla “adozione di protocolli sanitari, d’intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza”. Sullo sviluppo diacronico, attraverso le varie fasi della gestione dell’emergenza, del bilanciamento della libertà religiosa con il diritto alla salute si veda G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *federalismi.it*, 5.5.2020, anche per l’analisi della questione del bilanciamento in questo settore alla luce della peculiarità del tema dei rapporti tra Stato e Chiesa, e degli spettri assiologici che ne sono espressione, risolta nel senso della necessità per il legislatore emergenziale di orientarsi con la “bussola della neutralità”.

che si è inteso fugare) rischi⁴⁹, bilanciamento secondo taluno ben più problematico di quello tra diritti, proprio perché ancorato alla dose di incertezza connaturata all'impiego di saperi tecnico-scientifici⁵⁰.

Il rischio è espressamente evocato, con tutto ciò che ne consegue in termini di legittimazione dello svolgimento di una dinamica incerta, per esempio dal D.L. n. 19 del 25 marzo scorso, e per giunta in una posizione strategica. Il decreto, che operava chiaramente nella prospettiva di far ordine tra le misure di regolazione restrittiva sino a quel momento messe in campo⁵¹, elencando quelle di possibile adozione per il futuro, all'art. 1, c. 2, ha riportato la dimensione dell'accettabilità (secondo i noti parametri dell'adeguatezza e della proporzionalità) delle restrizioni che ne sarebbero scaturite al “rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio ovvero sulla totalità di esso”. La quantificazione del rischio si sostanzia in accertamenti ma anche in apprezzamenti, operazioni che i saperi esperti conducono – come si è cercato di dire per rapidi cenni – su un terreno spesso scivoloso⁵². L'aspirazione ad un

⁴⁹ Alcuni dei quali sono cioè dipendenti proprio dalle condotte imposte dalle misure regolative/restrittive e quindi sostituiscono i rischi che le misure stesse tendono a scongiurare, come mette in rilievo G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto, in giustiziansieme.it*, 24.3.2020 che sostiene sul punto anche una contraddizione con il principio di precauzione.

⁵⁰ Sul punto sempre G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, che oppone al dato dell'indeterminatezza della tecnica il carattere definito della portata dei diritti, funzionale alla determinazione sufficientemente precisa, da parte dell'interprete più in generale e nello specifico in sede giurisdizionale, dell'entità del sacrificio accettabile per i termini posti in relazione.

⁵¹ Intravede un “approccio sistematico al regime dell'emergenza” nel D.L. n. 19/2020 (nella versione precedente alla conversione in legge 22.5.2020 n. 35), che ha il “merito di predeterminare, questa volta in modo puntuale ... la tipologia di restrizioni che possono essere arretrate alle libertà” e che sottende “l'idea di stilare un regime – eccezionale ma stabile – dell'emergenza”, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6.4.2020. Sui rischi che sottendono la teorizzazione di “uno stato d'eccezione permanente”, si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, che sul punto però si riferisce all'eventualità che si radichi l'opinione in base alla quale “in fondo dalla tragedia si può uscire con nuove e più efficienti regole che valgono anche per il futuro, nell'ordinaria amministrazione”, prefigurando per esempio l'impiego stabile del “voto a distanza”.

⁵² Sul punto cfr. R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella “società del rischio”*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 10, 2005, 3356 ss.: “è davvero evidente che ogni pur superficiale e approssimativo discorso sui temi del rischio e dell'emergenza (oltre che, naturalmente, dell'incertezza) deve fare i conti con il nodo terribile della Scienza, con la

tempo “finito”, determinato e certo, reclamata, come si dirà, dalle regole dell'emergenza, e riproposta anche in questo decreto per necessità di aderire al modello – laddove al c. 1 la stessa disposizione di apertura impone, con riguardo alle misure adottabili, la predeterminazione dell'efficacia temporale (“per periodi determinati”), del termine di durata massima (“ciascuno di durata non superiore a trenta giorni”), il rispetto del termine finale utile per la reiterazione delle misure stesse (“fino al 31 luglio 2020”)⁵³ – nei fatti è messa in discussione dal ponte gettato, attraverso il richiamo al rischio, ad operazioni conoscitive dell'andamento epidemiologico connotate da assenza di certezze assolute. Chè se poi da considerazioni in ordine al metodo si passa ad un giudizio sul merito delle scelte operate in Italia per fronteggiare la sequenza epidemica, e qualora dovesse giudicarsi non ragionevole il bilanciamento dei contrapposti interessi seguito alla istruttoria sui rischi prefigurabili⁵⁴, ci si potrebbe anche avvedere di una dilatazione del “tempo della precauzione”, e quindi della durata delle misure restrittive adottate in questa prospettiva. Taluno in questo senso sottolinea come, per esempio, la scelta iniziale di evitare una serie di misure di contenimento per tutelare le ragioni dell'economia abbia rivelato una incapacità di individuare rischi, oltre che per la salute pubblica, per la stessa protezione degli interessi economici, di fatto danneggiati dalla successiva adozione di misure restrittive ben più gravose di quelle inizialmente evitate⁵⁵.

Gli orizzonti temporali delle misure precauzionali schiusi dal *risk*

sua cronica, e non superabile, inidoneità a saper fornire verità assolute o comunque sempre controllabili. Ossia: con l'intrinseco modo di essere della Scienza e delle tecnologie, con il loro essere sempre relative ed in continuo superamento”.

⁵³ Si tratta, come rammenta anche la lettera della disposizione, del termine originariamente fissato dalla delibera del CdM con cui è stata attivata – ai sensi dell'art. 24 del d. lgs. n. 1/2018 – l'intera sequenza emergenziale, del 31.1.2020, recante “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, per la durata di sei mesi dalla data del provvedimento.

⁵⁴ Sul processo di individuazione dei rischi, e quindi sull'istruttoria che precede il bilanciamento degli interessi, si rinvia alle considerazioni svolte da R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella “società del rischio”*, cit., con riguardo all'esemplare caso della VIA: “tanto più fondato, ragionevole ed opportuno sarà un procedimento di valutazione di impatto ambientale, con il connesso provvedimento conclusivo, quanto maggiore sia stata la capacità del valutatore, e dunque del decisore pubblico, di supportare l'iter ricognitivo e decisionale con una razionale attività di comparazione e di misurazione dei rischi eventualmente implicati”.

⁵⁵ L. DEL CORONA, *op. cit.*, 6.

management, nella duplice prospettiva di azione e inazione in cui esso si traduce, sono perciò, in certa misura, incerti.

5. *Il tempo dell'emergenza: linee di svolgimento del fattore temporale tra esigenza di controllo dell'incertezza ed aspirazione alla stabilità*

Eppure c'è nel rischio e nell'uso che aspira a farne il modello della precauzione, un'ambizione a vincere e a regolare l'incertezza, e con questo a ridefinire il volto del tempo, facendogli assumere "un diverso ruolo ordinatore" e informandone il passaggio "da entità infinita e disponibile a valore organizzato"⁵⁶. A questo tentativo di strutturare una strategia di controllo e gestione dei rischi sarebbe cioè sottesa la volontà di controllare l'emergenza, prevederla, pianificarla, producendone in certa misura una normalizzazione⁵⁷, e in ciò, più che in una dinamica di progressione, sarebbe ravvisabile la contiguità tra i concetti (pur distinti) di rischio ed emergenza⁵⁸.

⁵⁶ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, nel riportare le considerazioni di J. Le Goff, *L'Europe est elle née au Moyen Age?*, Parigi, 2003, sulla scoperta nel Medioevo del valore del rischio.

⁵⁷ Muovendo anzi dal dato della "costante" presenza della emergenza secondo taluno: in questo senso R. FERRARA, *op. ult. cit.*, sottolinea che "l'incertezza si diversifica, anzi, dal rischio perché, a differenza di questo stesso, non sarà agevolmente misurabile e dunque quantificabile, mentre il valore dell'emergenza, il suo presentarsi come un'eventualità costante e reale in ogni tempo ed in ogni ordinamento giuridico complesso, evidenzia, per così dire, la natura stessa delle cose". Sulla "società del rischio" U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Parigi, 2001. In tema si veda A. POLICE, M. D'ORSOGNA (a cura di), *Dal diritto del rischio al diritto dell'emergenza*, Napoli, 2018.

⁵⁸ Distinzione che rimonta secondo A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 12, alla "prevedibilità dell'evento" insita nel rischio, che può quindi essere regolato dal diritto, e alla situazione imprevista rappresentata dall'emergenza "che normalmente non è esplicitamente regolata dal diritto vigente e che deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema dei valori giuridicamente riconosciuti". Per questi infatti la contiguità tra i due concetti, diffusamente praticata, anche nel diritto amministrativo dove i due termini vengono utilizzati come sinonimi, andrebbe ravvisata nelle possibili relazioni instaurabili tra gli stessi, in una dinamica sostanzialmente di progressione: si veda ad esempio l'ipotesi in cui l'emergenza si presenti "come risultato di un'attività rischiosa ma autorizzata dall'amministrazione sulla base di specifiche norme (il rischio che produce l'emergenza)". Nella prospettiva di progressione si pone pure T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, cit., in riferimento al passaggio da un'amministrazione del rischio a un'amministrazione di emergenza, compendiato dall'abbandono di "misure di

Nondimeno la difficoltà di “misurare” – nella durata oltre che rispetto ad altri parametri – l'evento che giustifica l'intrapresa di interventi emergenziali è stata segnalata anche con riguardo alle vicende della pandemia da Covid-19, tanto da consentire per qualcuno di distinguere le sorti dalle stesse calamità naturali tradizionalmente⁵⁹ oggetto della regolazione dettata dalle ordinanze di necessità e urgenza⁶⁰. Per quanto la misurabilità del rischio, intesa quale slancio teso a dominare l'incertezza, consenta al fondo di tracciare una distinzione tra il primo e la seconda, l'intensità del rischio è per vero indicativa (in senso inverso) del grado di conoscibilità della situazione che è suscettibile di prodursi o non prodursi. E questa è l'idea che pare sottendere l'impostazione accolta in Italia nel conformare l'attività di monitoraggio della circolazione del virus alla quale è stato subordinato l'allentamento delle misure di *lockdown* e l'adozione di misure funzionali alla riattivazione del tessuto economico e sociale. Quello prefigurato è un sistema di classificazione

contenimento localizzate” a quelle dirette a fronteggiare gli “ulteriori focolai dislocati in diverse aree del Paese”.

⁵⁹ Nonostante i tratti del tutto peculiari della “stagione dell'emergenza” prodottasi tra fine del secolo scorso e primo decennio del nuovo, anche a valle dell'adozione della legge quadro in materia di protezione civile, e anche con un esercizio dei poteri in esame “ai limiti del concetto di emergenza”, come sottolineato da F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, spec. 5 ss.. Osserva come non sia possibile alcuna assimilazione “tra l'attuale eccezionale stato di necessità e le ordinarie crisi perpetue o le emergenze perenni cui siamo abituati in tempi ‘normali’” G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione, cit.*. Sempre in ordine alla peculiarità dell'emergenza sanitaria in atto e quelle “che sovente affliggono il Paese” M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10.4.2020, 109 ss., spec. 125, che coglie l'elemento differenziale nella circostanza che queste ultime si traducano in “fatti, ormai verificatisi” e che la prima si declini, invece, come un “processo, in continua e imprevedibile evoluzione”. Avverte pure l'esigenza di distinguere tra le emergenze, in particolare in ragione del fatto che alcune di queste, piuttosto che essere imprevedibili – “si devono proprio alla insipienza dell'uomo” – A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. reg.*, 1/2020, 368 ss., spec. 371, che evoca farraginose regole, carenze nelle strutture, nei mezzi e nel personale, riferendosi a titolo esemplificativo ai tempi dei processi, o ancora a “precise determinazioni di politica economica”.

⁶⁰ Sul punto F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, afferma: “La calamità naturale, pur nella sua estrema tragicità, quando colpisce una zona terremotata o alluvionata, è un evento comunque ‘misurabile’ e l'ordinanza libera appresta rimedi che valgono per quella vicenda”. Sottolinea come il carattere “pandemico” della emergenza in atto non si riferisca solo all' “aspetto territoriale” ma anche “agli ambiti sociali attraversati” A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 368.

del rischio basato su un set di indicatori, di valori soglia e di valori di allerta da sottoporre ad un controllo periodico, i cui esiti sono determinanti al fine di confermare o rivedere le misure adottate, ed in definitiva dunque, al fine di stabilire la durata di ciascuna fase di gestione della epidemia, la velocità di avvicendamento tra una fase e l'altra⁶¹. Accanto a questi tempi dalla quantificazione incerta, esistono tempi "certi" ai quali la *ratio* stessa del sistema di classificazione rimanda, assolvendo quest'ultimo alla funzione di scandire la frequenza dell'aggiornamento che le amministrazioni sono chiamate ad effettuare⁶². L'adozione (conferma/modifica) delle misure di contenimento è condizionata dalla valutazione del livello del rischio – suggerendo il suo intensificarsi una rivalutazione delle stesse misure⁶³ – secondo una dinamica in cui dalla diffi-

⁶¹ Si veda il Decreto del Ministro della Salute del 30.4.2020 di adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui di cui all'allegato 10 del D.P.C.M. 26.4.2020. Secondo il Documento elaborato dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria e direzione generale della programmazione sanitaria ("*Principi per il monitoraggio del rischio sanitario* connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2"): "Le soglie definite negli indicatori proposti sono volte a monitorare il mantenimento di questi criteri" per la fase di transizione nella gestione Covid-19 (mantenimento di un numero di nuovi casi di infezione stabile o un aumento limitato; mantenimento o riduzione del numero di casi di trasmissione in strutture che ospitano popolazioni vulnerabili e assenza di segnali di sovraccarico dei servizi sanitari); "sono inoltre identificati valori di allerta che devono portare ad una valutazione del rischio congiuntamente nazionale e della/e regioni/PP.AA. interessate, per decidere se le condizioni siano tali da richiedere una revisione delle misure adottate/da adottare ed eventualmente anche della fase di gestione dell'epidemia".

⁶² Si tratta di una frequenza settimanale secondo l'All. 10 cit.: "Una classificazione aggiornata del rischio per ciascuna Regione/P.A. deve avvenire almeno settimanalmente. Il Ministero della Salute, tramite apposita cabina di regia, che coinvolgerà le Regioni/PP.AA. e l'Istituto Superiore di Sanità, raccoglie le informazioni necessarie per la classificazione del rischio e realizza una classificazione settimanale del livello di rischio di una trasmissione non controllata e non gestibile di SARS-CoV-2 nelle Regioni/PP.AA.".

⁶³ Cfr. infatti la previsione di cui all'art. 2, c. 11 del DPCM del 26.4.2020 cit., a mente della quale "i dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle Regioni al Ministero della Salute, all'Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico ... nei casi in cui dal monitoraggio emerga un aggravamento del rischio sanitario, individuato secondo i principi per il monitoraggio del rischio sanitario di cui all'allegato 10 ... il Presidente della Regione propone tempestivamente al Ministro della Salute, ai fini dell'immediato esercizio dei poteri di cui all'art. 2, c. 2, D.L. n. 19/2020, le misure restrittive necessarie e urgenti per le attività produttive delle aree del territorio regionale specificamente interessate dall'aggravamento". L'omologa previsione introdotta del D.L. n. 33/2020 cit., art. 1, c. 16, che prelude ad una fase di ulteriore allentamento delle misure restrittive nell'ambito della c.d. FASE DUE, avviata lo scorso 18 maggio, include

coltà di apprezzamento – dunque dalla irriducibilità dell'incertezza – deve inferirsi appunto un grado elevato di rischio⁶⁴.

E diretta conseguenza di questa resistenza alla “misurabilità” della

tra le attività di cui garantire uno svolgimento in condizioni di sicurezza grazie al monitoraggio in parola, le attività economiche e sociali, accanto a quelle produttive; assorbe il precedente duplice riferimento ai Principi di cui all'Allegato 10 del DPCM del 26.4.2020 e ai criteri oggetto del decreto ministeriale, nell'esclusivo rinvio al Decreto del Ministro della Salute del 30.4.2020 cit. che adotta appunto detti criteri; ma, soprattutto, in ordine alla eventualità che debbano essere operate delle rimodulazioni – per il futuro non solo in ragione di un aggravamento del rischio sanitario, ma più in generale “in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio” – delle misure di contenimento in vigore, che conseguentemente per l'avvenire vengono definite non più solo restrittive “necessarie e urgenti”, ma anche “ampliative”, in luogo dell'ordinanza del Ministro della Salute ai sensi dell'art. 2, c. 2 del D.L. n. 19/2020, da adottare su proposta dei Presidenti delle Regioni, prevede l'esercizio del potere di ordinanza regionale, con contestuale comunicazione al Ministro della Salute. Ciò peraltro accompagnato dalla puntualizzazione che tale potere può essere esercitato solo “nelle more dell'adozione dei DPCM di cui all'art. 2, del D.L. n. 19/2020”, nel tentativo di esibire coerenza con la previsione di cui all'art. 3, c. 1 dello stesso D.L. n. 19/2020, ma con l'ampliamento del ventaglio delle misure adottabili – anche meno restrittive, quindi ampliative – e dei motivi della rimodulazione, non solo aggravamento del rischio sanitario ma anche attenuazione. Della trasmissione non sempre tempestiva dei risultati del monitoraggio effettuato in sede regionale danno conto M. GUERZONI e F. SARZANINI, *Misure, dati e spostamenti. Le regole per aprire dal 18*, in *Il Corriere della Sera*, 15.5.2020, riferendo della comunicazione inviata dai Ministri della Salute e per gli Affari regionali e le autonomie il 14.5.2020 nella quale si sollecitavano i Presidenti delle Regioni e si rimarcava che “la acquisizione tempestiva dei dati costituisce condizione essenziale per il corretto funzionamento del sistema di rilevazione e contenimento del rischio collegato alla gestione di una nuova epidemia non controllata”.

⁶⁴ Si veda ancora l'Allegato 10, *Principi per il monitoraggio del rischio sanitario*, cit., nel quale, dopo la definizione della nozione di rischio rilevante ai fini della valutazione di cui si discute – esso è “definito come combinazione della probabilità e dell'impatto di una minaccia sanitaria”, per ciascuno dei quali il documento riporta degli algoritmi di calcolo – si avverte: “se non sarà possibile una valutazione secondo le modalità descritte, questa costituirà di per sé una valutazione di rischio elevata, in quanto descrittiva di una situazione non valutabile e di conseguenza potenzialmente non controllata e non gestibile”. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. ...cit.*, svolge rilievi critici in relazione alla mancata ostensione dei «dati di monitoraggio» su cui si fonda la classificazione tempestiva del livello di rischio e dell'algoritmo utilizzato per trasformare i parametri rilevanti in un unico «indice di pericolosità», sottolineando il «vulnus alla democrazia costituzionale» scaturente dalla sottrazione a «qualsiasi valutazione ed eventuale falsificazione» della verificabilità in concreto da parte della comunità scientifica dei dati di cui si è detto, soprattutto in considerazione del fatto che nell'attuale fase di convivenza con il virus, apparendo il c.d. «test di proporzionalità» più aleatorio e discutibile, «diventa assolutamente imprescindibile» un «rigoroso aggancio a dati certi, verificabili, pubblici».

pandemia – volto speculare dell’incertezza – connessa anche alla “continuità della fonte dell’emergenza”,⁶⁵ è la possibilità di prolungare lo stato di emergenza che, per un verso, si legge nella previsione, ad opera del D.L. n. 19/2020, della reiterabilità delle misure, e per altro verso, è connessa alla eventualità⁶⁶ che l’orizzonte temporale semestrale nel quale si è originariamente mosso il Consiglio dei Ministri con la delibera iniziale che la proclamato lo stato di emergenza, lo scorso 31 gennaio – fornendo al legislatore elementi per fissare, allo stato dei fatti, il termine ultimo delle reiterazioni possibili⁶⁷ – possa essere rivisto⁶⁸, con ciò cur-

⁶⁵ Così F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 8. Tutto ciò a tacer del carattere durevole delle conseguenze socio-economiche (cfr. *supra* note 17 e 18) innescate dalla crisi in atto.

⁶⁶ Cfr. art. 1, c. 1, D.L. n. 19/2020, anche dopo la conversione in L. n. 35/2020, per la reiterabilità delle misure e per l’indicazione del termine finale dello stato di emergenza inizialmente dichiarato con la delibera del 31 gennaio 2020.

⁶⁷ Sul punto mette conto evidenziare come, secondo il Codice di protezione civile, il termine della durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale sia di dodici mesi e sia prorogabile per ulteriori dodici mesi (d. lgs. n. 1/2018, art. 24, c. 3). Una deroga espressa a tale previsione è recata dall’art. 15, c. 1 del D.L. n. 162/2019, come modificato in sede di conversione in L. 28.2.2020 n. 8, in relazione allo stato di emergenza proclamato per gli eventi verificatisi nel Comune di Genova a seguito del crollo del Ponte Morandi, che “può essere prorogato fino ad una durata complessiva di tre anni”, nonché per lo “stato di emergenza conseguente agli eventi sismici che hanno colpito i comuni della Provincia di Campobasso, a far data dal 16 agosto 2018” (art. 15 citato, c. 2). Per gli ulteriori stati di emergenza “in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili” ai sensi della disciplina qui richiamata è stata prevista da ultimo una proroga di “ulteriori sei mesi” dal D.L. 19.5.2020, n. 34 recante “*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*”, c.d. Decreto Rilancio (art. 14, c. 4) su cui v. *infra* nota 127.

⁶⁸ Del resto in questa direzione sembra muoversi il carattere aperto delle previsioni in ordine al “termine dello stato di emergenza” da quantificarsi in base al rinvio – che esse operano per *relationem* – alle previsioni della delibera del CdM che ha dichiarato lo stato di emergenza. Solo a titolo esemplificativo si veda l’art. 6, c. 4 del D.L. 8.4.2020, n. 22, conv. in L. n. 41 del 6.6.2020, in materia di misure urgenti per lo svolgimento degli esami di Stato di abilitazione all’esercizio delle professioni regolamentate e dei tirocini. La disposizione, nel contemplare il periodo che le amministrazioni competenti devono tenere in conto nel valutare il conseguimento dei requisiti necessari alla partecipazione agli esami di Stato, fa riferimento al “periodo ricompreso tra il 9 marzo 2020 e il termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020”, con ciò evidentemente indicando un termine finale che, sulla scorta di una deliberazione ulteriore rispetto a quella del 31 gennaio scorso, potrebbe essere differito rispetto a quello inizialmente previsto. Di tenore analogo la previsione di cui all’art. 4, c. 1 e 32, c. 1, del D.L. 8.4.2020, n. 23, conv. in L. n. 40 del 5.6.2020, in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali, di poteri speciali nei settori strategici, nonché di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali (c.d. Decreto Liquidità).

vando nella prospettiva della “stabilità” la stessa emergenza e le misure in cui essa viene rappresentandosi⁶⁹.

Nella progressione degli eventi prodottisi a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza lo scorso 31 gennaio, il fattore tempo viene continuamente in rilievo, esibendo prospettive funzionali di volta in volta diverse – coordinata di esercizio della funzione (espressa attraverso gli atti tipici di gestione dell'emergenza); condizione di legittimità degli atti adottati (delle misure restrittive delle libertà per esempio); oggetto di considerazione diretta da parte del regolatore (per esempio nella disciplina – adottata in questa fase emergenziale – di sospensione dei termini procedimentali e processuali); orizzonte entro il quale si sviluppa l'emergenza (la durata della emergenza da regolare e governare) – e declinandosi di conseguenza in termini differenti, addirittura, a volte, alternativi: come un tempo sospeso, come un tempo dilatato, come un tempo certo o incerto, come un tempo breve/accelerato o prolungato, come un tempo compresso o dilatato. Le molteplici linee di svolgimento che il tempo viene descrivendo nella stagione dell'emergenza, ed in questa in particolare, si aprono proprio nell'area in cui: l'ambizione a governare la “società del rischio” attraverso modelli precauzionali si misu-

⁶⁹ In ordine alla “emergenza stabilizzata” su di un piano più generale si rinvia all'analisi di S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, 649 ss.. Una “stabilizzazione” del registro delineato sulla base delle misure emergenziali pare cogliersi nell'auspicio, formulato dal Ministro per la pubblica amministrazione nella Direttiva n. 3/2020 del 4.5.2020 recante “Modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'evolversi della situazione epidemiologica da parte delle pubbliche amministrazioni”, relativo all'incremento del “lavoro agile nella fase successiva all'emergenza”, conseguibile perseguendo la “necessità di mettere a regime e rendere sistematiche le misure adottate nella fase emergenziale, al fine di rendere il lavoro agile lo strumento primario nell'ottica del potenziamento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa”. Sulle insidie che sottendono la prospettiva di conservare nell'ordinaria amministrazione le regole sperimentate durante l'emergenza si veda però, ancora, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., IV, nonché E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit.. per il quale la scelta di attribuire significato pregnante al principio di temporaneità delle misure adottate, che ne circoscrive la tollerabilità all'obiettivo raggiungimento dello scopo sotteso, induce a ritenere “sommamente pericolosi ... e minacciosi per la tenuta dell'ordine costituzionale, i discorsi di chi oggi prova a sostenere che, dopo la pandemia, ‘nulla potrà essere come prima’”, sicché “È vero esattamente il contrario. Tutto (nel senso della nostra vita individuale e sociale e dell'esercizio dei nostri diritti individuali e collettivi) deve il più presto possibile tornare ad essere proprio come prima e tutti devono agire affinché tale obiettivo sia raggiunto”.

ra con la complessità del calcolo e dell'apprezzamento; la logica del controllo dell'emergenza in una prospettiva di gestione del rischio, fisiologicamente, di lungo periodo, cui è sottesa un'aspirazione di stabilità, si confronta con l'orizzonte di breve periodo degli atti che tradizionalmente regolano l'emergenza (si vedano, per esempio, le coordinate della necessità e dell'urgenza); l'esigenza di certezza appare in tensione con un quadro di regole (sia del diritto che della tecnica) non sempre e non integralmente certo, e con fatti (prima ancora che con regole) che faticano a trovare regolazione in una previa disciplina, ché anzi integrerebbero significativamente essi stessi per questo loro modo di apparire, quale necessità appunto, la fonte della regola⁷⁰. Gli accadimenti tipici di

⁷⁰ La qualificazione della stessa necessità come fonte legittimante – che qui è intesa, invece, solo integrata dalla necessità – è stata autorevolmente sostenuta, come noto, da S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 parte I, 251-272: “La necessità ... deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regole e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge ... il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto”. Segnala come “ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo”, e che “se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale” M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113. Sul punto si rinvia a S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., secondo il quale, dinanzi alle modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto durante l'emergenza “è solo possibile tenere saldi alcuni punti di orientamento, di tipo in prevalenza metodologico: non concepire, come si diceva, la necessità come fonte autonoma del diritto ... perché non vi sono, nei fatti che è dato osservare, ragioni che possano indurre a non riportare il fenomeno nella sfera deontica della Costituzione come norma”. Per una diversa prospettiva, secondo la quale “non si può negare che la necessità ‘di fatto’ assurga a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento”, si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.. Sulla distinzione tra fonte del diritto e presupposto giustificativo, riferibile alla necessità rispetto all'adozione di provvedimenti di urgenza, tipicamente decreti-legge, si veda anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 235 ss.. Si veda altresì R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 777 ss., spec. 779 per la puntualizzazione, con riguardo alla teoria della necessità come fonte del diritto – e per il periodo antecedente all'adozione della l. n. 100 del 1926 per la collocazione della decretazione d'urgenza nella gerarchia delle fonti secondo un assetto poi recepito dalla Costituzione – che “la necessità (fonte) non era nemmeno per un momento confusa con la legge, e neanche al tempo lo poteva divenire se non attraverso un riconoscimento da parte

una stagione emergenziale sono in misura qualificante – almeno per quella parte che si è detto non risulta prevedibile – fatti indeterminati e incerti, ma le misure dirette a fronteggiare tali accadimenti sottendono un bisogno di dominare questa incertezza, e di recuperare margini di certezza: in questa direzione vanno anche le stesse cautele che il legislatore ha apprestato per salvaguardare un indirizzo per quanto possibile unitario e unico dell'agenda di contenimento del contagio epidemico – dettando una clausola di cedevolezza dell'esercizio dei poteri di ordinanza regionali, collegata alla competenza, alla salvaguardia delle attività strategiche “per l'economia nazionale”⁷¹, alla tempestività dell'in-

dell'ordine costituito a mezzo degli organi competenti a farlo in quel determinato periodo storico (parlamento). Ove difettasse il riconoscimento del fatto illegale del governo ... della necessità non si sarebbe più potuto parlare come diritto oggettivo”. Per la peculiare collocazione nel sistema delle fonti della disciplina tesa a salvaguardare la salute pubblica si veda O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1929, secondo il quale vi sono “momenti in cui la massima *salus publica suprema lex*, ha il più illimitato e incondizionato valore”.

⁷¹ Cfr. in questo senso D.L. n. 19/2020 cit., art. 3, c. 1, a mente del quale “le regioni ... possono introdurre misure ulteriormente restrittive ... esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”. Su questo particolare profilo mette conto segnalare come il giudice amministrativo abbia avuto modo di esprimersi in relazione alla apertura disposta in sede regionale, attraverso l'esercizio del potere di ordinanza – contingibile e urgente – (si veda l'ord. del Presid. Reg. Calabria n. 37 del 29.4.2020), a favore delle attività di ristorazione. Con la sent. n. 841 del 9.5.2020 il TAR Calabria ha annullato, su ricorso della P.d.C.M., l'ordinanza, in ordine alla previsione con cui, in difformità dalla disciplina nazionale (cfr. in particolare art. 1, c. 1, lett. aa), D.P.C.M. 26.4.2020 cit.), consentiva per il periodo dal 4 maggio al 17 maggio 2020, lo svolgimento “non solo con consegna a domicilio e con asporto” ma altresì mediante “servizio al tavolo, purché all'aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario”. In particolare non sarebbero stati integrati i limiti entro i quali è dato intervenire alle Regioni ai sensi dell'art. 3, c. 1, D.L. n. 19/2020 – in luogo del Presidente del CdM al quale è attribuito dal medesimo D.L. (cfr. art. 2, c. 1) il potere di adottare misure a contenimento e a contrasto dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus – ossia: la perimetrazione dell'efficacia oltre che dell'ambito di competenza che fonda l'adozione delle stesse misure; sopravvenienze legate ad un aggravamento del rischio sanitario registrato in sede regionale; il carattere “ulteriormente restrittivo” delle misure rispetto alle attività sociali e produttive esercitabili nella Regione. L'inadeguatezza del corredo motivazionale del provvedimento sarebbe inoltre derivato dal mero riferimento ivi riportato al “rilevato valore di replicazione del virus ... misurato in un livello tale da indicare una regressione dell'epidemia”, laddove il rischio epidemiologico andrebbe collegato non solo al valore di replicazione del virus in un territorio circoscritto ma “anche ad altri elementi, quali l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'efficienza che sulla diffusione del virus producono le misure di conteni-

tervento regionale rispetto a quello statale⁷² – cautele che, tuttavia, non è escluso abbiano alimentato e alimentino, anche semplicemente per i termini in cui sono formulate, profili di incertezza⁷³.

6. *Il tempo degli interventi diretti a fronteggiare l'emergenza: immediatezza dell'intervento, provvisorietà degli effetti, certezza della durata delle misure*

Che i poteri pubblici si siano tradizionalmente misurati con l'emergenza attingendo a istituti diversi è acquisizione non recente, e anche convenientemente approfondita secondo molteplici prospettive di indagine, che qui non è necessario richiamare se non nella misura in cui esse consentono rapidamente di constatare che due delle principali forme assunte nelle scorse settimane dai provvedimenti (termine usato qui in senso atecnico)⁷⁴ adottati per contenere il contagio e gestirne le

mento via via adottate o revocate”, come ad esempio, la diminuzione delle limitazioni alla circolazione extraregionale.

⁷² Cfr. art. 3, c. 1, D.L. n. 19/2020 cit. che puntualizza che l'esercizio dei poteri di ordinanza regionale debba avvenire “Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento”.

⁷³ Sul punto F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 14, sottolinea, per esempio, elementi di ambiguità nella formulazione della disposizione legati alla difficoltà di individuare i D.P.C.M. che inibiscono l'adozione delle misure regionali e quindi i tempi del possibile intervento regionale. Del tutto critici i rilievi formulati nei confronti delle previsioni recate dall'art. 2, c. 3 del D.L. n. 19/2020 – che, nel rappresentare un compromesso raggiunto tra Stato ed autonomie, espressesi sino a quel momento con un profluvio di ordinanze, sulla questione della unitarietà dell'agenda di contenimento del virus, va letto congiuntamente al citato art. 3, c. 1 – da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 135. La salvezza degli effetti delle pregresse ordinanze regionali, accanto a quelle statali pregiudica, secondo il condivisibile avviso dell'A., oltre che l'esigenza di conduzione unitaria della emergenza, cui si è fatto cenno, proprio quella di “chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza”.

⁷⁴ Inteso cioè non come “provvedimento amministrativo”, sulla cui nozione, per il suo carattere non univoco, ascrivibile anche alla molteplicità di rappresentazioni che il primo viene assumendo nella realtà ordinamentale, la dottrina ha avviato una profonda riflessione critica: sul punto S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017. Sul tema della erosione del potere amministrativo a vantaggio di formule alternative – si vedano in tal senso le spinte liberalizzatrici e la dif-

conseguenze – nella specie decreti legge e ordinanze, queste ultime principalmente nella forma di D.P.C.M. – sono accomunate da un fatto: essi sono espressione dei medesimi poteri, quelli “di emergenza o di necessità e urgenza”⁷⁵, ferma l'esigenza di conservare salda la distinzione tra le categorie di atti in cui si traduce il loro esercizio⁷⁶. Non può questa essere la sede in cui ripercorrere la densa riflessione che ha circondato le aperture sull'attribuzione di valore normativo alle ordinanze emergenziali dell'amministrazione e sulla loro collocazione tra le fonti del diritto⁷⁷, né si intende qui indugiare sulla questione, senz'altro nodale

fusione di moduli consensuali – cfr. A. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *Annuario Aipda 2001. L'atto autoritativo*, Napoli, 2012, 363 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168.

⁷⁵ Che, sulla scorta della ricostruzione operata da R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777, “possono essere distinti in quattro classi di diritto obiettivo”: la prima “data dagli studi sul diritto non scritto e dalle elaborazioni sul potere costituente, ove si è distinto tra fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di stato”; la seconda studiata “sotto la denominazione dello Stato di assedio interno o civile instaurato dal governo contro fermenti politico-sociali o a seguito di fenomeni naturali”; la terza rappresentata dal decreto legge nonché dai poteri straordinari in tempo di guerra (ex art. 78 Cost.); la quarta costituita dalla “grande famiglia delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza”.

⁷⁶ Sulla necessità della distinzione tra decretazione d'urgenza e ordinanze contingibili ed urgenti nel quadro dei poteri d'emergenza si rinvia sempre a R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 781-782 che inoltre tratteggia la “disciplina giuridica essenziale” dei poteri di ordinanza dell'amministrazione, consistente, al di là delle differenti qualificazioni (di necessità e urgenza, contingibili ed urgenti, d'emergenza) alle quali sono sottesi presupposti e materie di intervento diversi, nell' “efficacia in deroga della legislazione vigente, fermo restando l'inderogabilità dei principi dell'ordinamento giuridico”.

⁷⁷ Per questo esito si veda per tutti A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 75. Per la sintesi delle diverse posizioni a confronto rispetto alla tradizionale prospettazione dell'impossibilità per il legislatore ordinario di attribuire forza di legge alle ordinanze amministrative, si rinvia ancora a R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, *passim*. Sulla fragilità della posizione – che sottende la sent. C. cost. n. 4/1977 – che esclude dal novero delle fonti le ordinanze di cui ammette la natura normativa, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss., al quale si rinvia anche per l'argomentazione che riconnette la portata derogatoria del quadro giuridico vigente delle ordinanze in parola ad un meccanismo assimilabile a quello caratterizzante la delegificazione e quindi all'autorizzazione della legge che le prevede alla cedevolezza delle norme derivate. In tema si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019. Tradizionalmente contrari alla prospettazione della natura normativa delle ordinanze F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2007, 303 ss., G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in

nell'attuale dibattito innescato dall'emergenza Covid-19, della appropriatezza degli strumenti utilizzati – anche in termini tra di loro comparativi, e anche con specifico riguardo all'alternativa tra decretazione d'urgenza e ordinanze libere⁷⁸ – rispetto alla loro portata dispositiva e in

Noviss. Dig. It., XII, Torino, 1965, 93; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 579. In generale sui poteri di ordinanza cfr. G. MANFREDI, *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in *Dir. on line – Treccani*, 2019.

⁷⁸ Sul punto G. SILVESTRI, *op. cit.*, osserva infatti che “Resta fuori dal quadro costituzionale, in ogni caso, la rimozione in blocco del controllo parlamentare e, di conseguenza, del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Ne deriva che, nelle ipotesi di emergenza, lo strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati, è il decreto legge”. Ancora M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 9 secondo il quale “le forti limitazioni” alle libertà “avrebbero dovuto essere disposte con un provvedimento che, pur giustificato dalla straordinarietà, dalla necessità e dall'urgenza, è mitigato nella sua portata autoritaria da garanzie che non ne compromettono l'efficacia”. In tema si vedano altresì F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13.3.2020; A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?#Alcune riflessioni sul #DPCM #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, in *ridiam.it*, 14.3.2020; F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, 1/2020, 1 ss.; G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo/caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *Il sussidiario.it*, 26.2.2020. Sui limiti della decretazione di urgenza in questa fase F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 10 ss.. Critico sulla possibilità di legittimare “una generalizzata facoltà di decretazione d'urgenza riconosciuta in capo al Governo (nella sua collegialità) per contrastare” l'epidemia da Coronavirus, anche alla luce della relativa stabilità del fenomeno oggetto di contenimento, che indurrebbe, pertanto, a scambiare “la drammaticità dell'evento con l'eccezionalità delle misure da adottare”, è A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20.4.2020 che avverte il rischio di disattendere “l'assetto delle fonti stabilito dall'ordinamento costituzionale, incentrato per buone ragioni sulla ‘preferenza’ della legge parlamentare”. In senso ancora diverso, per la considerazione che è “evidente nei fatti come il solo decreto-legge non risulti sufficiente a governare crisi eccezionali le cui necessità di contrasto variano di giorno in giorno e a seconda dei territori” attesa anche la difficoltà del Parlamento “di svolgere regolarmente le sue funzioni”, si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.. Nella stessa direzione si pone il rilievo di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 125, secondo il quale l'emergenza in atto, e le sue peculiarità rispetto ad altre, impongono di tollerare “un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell'usuale” e di “meglio intendere la scelta di servirsi dello strumento più flessibile delle ordinanze e non (solo) di quello dei decreti-legge”. In tema si veda nel medesimo senso E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, ... cit.. secondo il quale «paradossalmente nei casi in cui il governo ha deciso di intervenire con decreto legge, spesso quel decreto legge, dopo la sua approvazione in Consiglio dei Ministri, ha dovuto attendere svariati

particolare alla circostanza che essi limitano delle libertà; o sulle questioni della adeguatezza e della proporzionalità delle misure, delle possibili ripercussioni dell'impiego di uno strumento piuttosto che di un altro sulla solidità delle relative garanzie giurisdizionali e sullo spettro di strumenti che ha a disposizione il (diverso) giudice al quale si accede in ragione della natura dello strumento normativo utilizzato⁷⁹.

I punti che sembrano di interesse per questo ragionamento sui percorsi del tempo, sono rappresentati dal rilievo della necessità e dell'urgenza, dal fatto che tali presupposti si traducono in esigenze di celerità e quindi impongono un intervento immediato. Questo discorso vale, operando una duplice semplificazione, sia per entrambe le forme di esercizio della funzione pubblica di emergenza che qui si stanno considerando (decretazione d'urgenza e ordinanze) – rilevando sul punto l'idea che la necessità sia un “valore costituzionale il quale non si esaurisce nel solo art. 77 Cost. e nei provvedimenti ex art. 78 Cost.”⁸⁰ – sia per tutte le ordinanze libere urgenti, schematizzando perciò all'interno di un panorama, duttile e articolato, in cui quelle in materia di protezione civile operano senza dubbio come un modello paradigmatico del nesso tra emergenza e (questo) potere di ordi-

giorni, se non settimane, per la sua effettiva entrata in vigore» «laddove i vituperati e forse “illegali” DPCM hanno avuto l'indubbio merito di consentire che quelle misure di distanziamento sociale, in quel momento assolutamente indispensabili per impedire il rapido collasso del pronto soccorso e delle terapie intensive, entrassero in vigore davvero immediatamente».

⁷⁹ A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 13.3.2020. Sul punto segnala come, il controllo giurisdizionale affidato alla giurisdizione amministrativa, nella forma della verifica della ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento tra valori in conflitto operato dalle ordinanze libere, sia per più ragioni, legate alla contingenza della emergenza in atto, “sostanzialmente assente”, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 9-10. Sui margini schiusi invece al controllo giurisdizionale del giudice comune dalla presenza di una norma primaria che detta i presupposti dell'emergenza non limitandosi a “normare *per relationem*” si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 118, anche per la puntualizzazione in ordine all'auspicabile conservazione in capo al giudice amministrativo di un sindacato “esterno” di legittimità. L'A. si sofferma in generale sull'adeguatezza delle garanzie di controllo giurisdizionale consentito, al giudice amministrativo e al giudice ordinario, per diversi profili, dalle misure restrittive, in particolare da quella quarantena.

⁸⁰ Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*. Si vedano F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, 513 ss. che individuano negli artt. 77 e 78 le disposizioni di riferimento per l'adozione di misure nelle situazioni di crisi e di emergenza.

nanza dell'amministrazione⁸¹. La notazione relativa all'assenza di una riserva a favore del decreto legge per dettare misure d'urgenza serve poi, in questo caso, non a sostenere l'opportunità di un intervento dell'amministrazione⁸² – ancorché con uno strumento di carattere normativo – in luogo di quello del legislatore, o comunque a reclamare e a ricavare a favore della prima spazi di espressione, ma più semplicemente ad osservare che la variabile di cui ci si occupa agisce in entrambi i casi anzitutto come un tempo estremamente ridotto. Chè anzi l'esigenza di dare una risposta immediata alla emergenza finirebbe per fornire essa stessa un parametro in base al quale verificare l'attingibilità in concreto dei principi fondamentali, rispetto ai quali valutare poi la compatibilità del contenuto dispositivo delle ordinanze. Se è indiscutibile, infatti, che tra i limiti che le ordinanze incontrano nella prospettiva di ricondurre entro le maglie della legalità – ancorché in un'accezione per taluno “non coerente con i canoni classici”⁸³ – vi

⁸¹ Sul punto G. MORBIDELLI, *op. cit.*, secondo il quale la L. n. 225/1992 di istituzione del servizio nazionale di protezione civile, nell'introdurre una previsione generale di ordinanze libere a seguito della dichiarazione di stato di emergenza avrebbe collegato “istituzionalmente emergenza e ordinanze libere, al punto da poter essere considerata legge ‘quadro’ della materia ‘ordinanze libere’”. Il potere di ordinanza in materia di protezione civile attribuito al P.d.C.M. è attualmente disciplinato dall'art. 5 del più volte citato d. lgs. 2.1.2018 n. 1, recante il Codice della protezione civile.

⁸² Che invece riceverebbe un sostegno teorico secondo G. MORBIDELLI, *op. cit.*, “proprio nelle situazioni di emergenza” declinandosi come “riserva di procedimento” posto che in tali circostanze “solo la *vicinitas* dell'amministrazione può stabilire cosa è opportuno fare”.

⁸³ Così ancora G. MORBIDELLI, *op. cit.*: “Non v'è dubbio che la giustificazione di un potere normativo secondario capace di derogare alle fonti primarie richiede di aderire a nozioni di legalità non coerenti con i canoni classici, nel senso che la legalità viene ad inverarsi attraverso il combinato disposto di procedure e garanzie, che suppliscono all'astratta discendenza da una (del resto) mitica volontà popolare: si sostituisce cioè alla ragion pura la ragion pratica”. Sul punto si rinvia anche alle considerazioni svolte da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 124 in ordine alla posizione della giurisprudenza amministrativa (in particolare Cons. St., Sez. VI, 8.2.2019, n. 953) sulla impraticabilità di una “rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare” motivata dall'esigenza di assicurare “la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente”. L'Autore segnala come “non si tratti di mettere fra parentesi il principio di legalità, ma semplicemente di ammetterne una lettura adeguata alla particolarità della fattispecie. È proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano a priori definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure”.

siano i principi dell'ordinamento giuridico⁸⁴, è ragionevole aspettarsi che la portata di questi ultimi subisca nei fatti un ridimensionamento laddove essi si pongano inevitabilmente in contraddizione con le esigenze di celerità di cui si è detto⁸⁵.

Il carattere incalzante della progressione degli eventi legati all'epidemia, la particolare rapidità del fenomeno diffusivo e dunque dell'incremento del numero complessivo dei contagiati, registrato sino ad un certo punto dell'azione di gestione dell'emergenza⁸⁶, e i pericoli derivanti per la salute pubblica e per la tenuta di un sistema complessivamente volto a proteggerla nonostante i primi, rende l'urgenza delle scelte intraprese su questo fronte un fatto autoevidente. E la natura *extra ordinem* dei poteri attivati per fronteggiare una situazione, straordinaria, come quella che in parte ancora stiamo vivendo⁸⁷ si giustifica, e dunque il discrimine tra itinerari ordinari e straordinari di intervento da percorrere si colloca, in misura qualificante, intorno alla disponibilità di tempo, alla sostenibilità dei tempi di esercizio dei relativi poteri⁸⁸, da

⁸⁴ Per una ricostruzione delle condizioni di compatibilità con il quadro costituzionale dell'esercizio dei poteri in parola enucleate dalla giurisprudenza costituzionale (sin dalla sent. del 2.7.1956, n. 8: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non avesse carattere individuale; coerenza con i principi dell'ordinamento giuridico) e poi puntualizzate dalla stessa giurisprudenza amministrativa si segnala ancora lo studio di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza ... cit.*.

⁸⁵ È emblematica in questo senso la sorte del principio del giusto procedimento che si porrebbe in antitesi secondo G. MORBIDELLI, *op. cit.*, con la necessità ed urgenza e che del resto, nel solco tracciato dallo stesso art. 7 della L. n. 241/1990 che esemplifica l'ipotesi di impedimento della partecipazione per esigenze di celerità, può cedere di fronte all'urgenza.

⁸⁶ Gli indicatori quantitativi al cui andamento viene ancorato il giudizio sull'efficacia delle strategie di contenimento del contagio messe in campo sono: il numero dei nuovi casi di contagio, dei pazienti guariti, dei decessi, dei pazienti che concorrono a determinare la complessiva quantità di positivi (contagiati). Per le cifre e il relativo andamento – nel senso della decrescita del numero totale dei casi positivi a partire dal 20 aprile – si rinvia al sito web del Ministero della Salute <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5351&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>.

⁸⁷ Lo stesso miglioramento della situazione, che la fase di transizione verso il superamento dell'emergenza testimonia – c.d. FASE DUE – si colloca entro un tempo in cui gli effetti dell'iniziale sviluppo dell'epidemia si dispiegano pienamente sotto molteplici profili, creando conseguenze di carattere emergenziale ulteriori e diverse rispetto a quelle avvertite al principio.

⁸⁸ Sull'insostenibilità delle dinamiche della sede parlamentare “di fronte a situazioni di emergenza” in chiave giustificativa della presenza necessaria nel sistema dei decreti-

ponderare alla luce della gravità dell'emergenza. Lo schema binario che il decisore politico ha inteso adottare, almeno da un certo punto in poi della vicenda pandemica⁸⁹ – e a tacer degli innesti che sullo schema produce il sistema delle autonomie⁹⁰, e non solo⁹¹ – è basato in misura qualificante da un lato su decreti-legge, e dall'altro lato su decreti del Presidente del Consiglio cui i primi preludono e ai quali è rimessa, in sede di attuazione⁹² delle previsioni recate dai primi, la scelta di adottare misure tese a governare la situazione epidemiologica⁹³. Modello che

legge, si veda G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1993, I, 174 ss..

⁸⁹ Il decreto che ha inaugurato lo schema è il D.L. n. 6/2020 citato, essendo state per il periodo precedente, e successivo alla dichiarazione dello stato di emergenza, adottate ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della L. n. 833/1978. Integrando, in via speciale, tale schema binario quello altrimenti (cioè in via generale) operante in ragione del dialogo tra il Codice della protezione civile e le ordinanze di protezione civile (di cui all'art. 25 dello stesso d. lgs. n. 1/2018): sul punto si veda ancora M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 121-123.

⁹⁰ Per il proliferare di ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali – queste adottate anche ai sensi dell'art. 32 della L. n. 833/1978 cit. – nonché sindacali. Nel vivace dibattito in ordine alla illegittimità delle ordinanze presidenziali regionali importanti limitazioni delle libertà personali si vedano tra gli altri S. STAIANO, nell'intervista *De Luca, atti illegittimi. Ma non è un eversore*, cit.; dello stesso A. per l'analisi del carattere articolato del “quadro del potere di ordinanza” si veda pure S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit.. In tema si veda pure F. MARONE, *È giusto rimanere a casa ma lo decide il Governo*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 15.3.2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Osservatorio -AIC*, 2/2020, 558 ss.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Sulle criticità relative all'esercizio dei poteri di ordinanza dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni in questa emergenza si rinvia ancora a G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit..

⁹¹ Il modello binario che descrive nella sostanza l'interlocuzione tra decretazione d'urgenza e ordinanze del Governo, non esaurisce la disciplina emergenziale anche successiva al 23 febbraio scorso: si collocano in questo orizzonte ulteriori ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 cit., decreti ministeriali – oltre a circolari e note – ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile, Ordinanze del PCdM. Sulla composizione binaria del modello di cui si viene discorrendo incide con evidenza anche la duplice legittimazione dei DPCM su cui cfr. *infra* nota 100.

⁹² Le premesse dei DPCM in questione si riferiscono generalmente alla necessità di “disciplinare il quadro ... delle misure attuative del d.l.” che resta il n. 6/2020 sino all'adozione del D.L. n. 19 del 25.3.2020 cit., al quale continua a fare riferimento anche il D.L. n. 33/2020.

⁹³ Su questo punto si segnala la discontinuità tra la previsione di ampio tenore contenuta nell'art. 1, c. 1 del D.L. n. 6/2020 cit. (“le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di conteni-

consentirebbe, tra l'altro, di ricostruire un dialogo tra fonte primaria e secondaria al quale sarebbe in sostanza ancorata la legittimità⁹⁴ delle ordinanze (nella forma di D.P.C.M.⁹⁵) adottate a valle dei decreti-legge rilevanti. L'immediatezza dell'intervento rileva in una duplice sede: quella in cui l'emergenza induce il Governo ad eleggere la via della decretazione d'urgenza⁹⁶, in luogo dell'attivazione del procedimento ordinario di formazione della legge, e successivamente ove il Governo, autorizzato sulla base della prima⁹⁷, decide di esercitare in concreto i poteri

mento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica⁹⁸) e quella recata dall'omologa disposizione del D.L. n. 19/2020, art. 1, c. 1 ("possono essere adottate ... una o più misure tra quelle di cui al comma 2"). Per i riflessi di questo cambio di passo sul profilo della determinatezza della norma attributiva del potere cfr. *infra* nota 97.

⁹⁴ Lasciando impregiudicato lo scrutinio, condotto alla stregua dei parametri di proporzionalità e adeguatezza, della predeterminazione operata dal legislatore per circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione, in particolare in vista della capacità di quest'ultima di derogare a settori del quadro normativo vigente: G. MORBIDELLI, *op. cit.*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., per l'analisi dei nodi critici sollevati dalla lettura delle disposizioni che nel corso dell'emergenza da Covid-19 disciplinano i poteri di ordinanza ("norme sulla produzione giuridica") in relazione all'osservanza del principio di legalità sostanziale. Nel senso della legittimità dei provvedimenti amministrativi *extra ordinem* adottati dal Governo in questa vicenda si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.. Contra 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*, 23.3.2020, proprio per criticità che si annidano nella successione decreti legge/DPCM.

⁹⁵ Sulla loro qualificazione in questa emergenza come ordinanze si veda M. CAVINO, *op. cit.*, nonché E.C. RAFFIOTTA, *op. ult. cit.*, 4.

⁹⁶ Sul punto M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 119 osserva che "sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei 'provvedimenti provvisori con forza di legge' previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza".

⁹⁷ Si ripete, non rilevando nell'economia della presente analisi la valutazione in ordine all'effettiva osservanza da parte dei D.P.C.M. adottati dei "controlimiti" enucleati dalla giurisprudenza (cfr. *supra* nota 84) nonché in ordine alla legittimità della disciplina attributiva del potere per i termini in cui è formulata. Su questo secondo profilo, in particolare con riguardo alla criticità rappresentata dalla natura "in bianco" delle previsioni recate dal D.L. n. 6/2020 cit. e sulle correzioni di tiro operate, anche per la sua più elevata puntualità, con il successivo D.L. n. 19/2020 cit. si veda G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.. Peraltro, secondo F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 8 ss., anche assumendo la possibilità che le ordinanze libere limitino libertà costituzionali e diritti fondamentali per la ragione che "nella legge che le fonda esiste una sorta di 'delega in bianco'", l'A.

amministrativi di emergenza; e così esibisce anche il doppio livello dello scrutinio relativo all'urgenza⁹⁸. L'idea che i decreti-legge, come quelli di cui si discute, perdano “la parte più importante della *loro* natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che intendono ottenere” per il differimento di questi ultimi all'adozione “di questo o quel d.P.C.M.”⁹⁹, andrebbe riconsiderata, e in questa chiave andrebbero ridimensionati i rilievi critici che da essa scaturiscono, in ragione della funzione assolta in questo particolare frangente dalla fonte primaria nei confronti del potere amministrativo di emergenza, e cioè quello di legittimare il secondo, dettando prescrizioni altrimenti – ove cioè non ricorressero le straordinarie condizioni di necessità e urgenza – contenute in una legge

sottolinea come nell'attuale situazione sia la particolare intensità delle misure amministrativa – “massima e talora assoluta” – a costituire un problema, ricordando tale stato, quello di guerra – nell'ambito del quale il conferimento al Governo dei poteri necessari è circondato, sulla base di prescrizioni di ordine costituzionale, da una serie di cautele – unitamente al fatto che la via del controllo giurisdizionale, chiamato a verificare in concreto la rispondenza delle ordinanze libere al principio di legalità, in questa fase risulta svuotata di effettivo contenuto. Critico sul richiamo all'art. 78 Cost., che giudica eccessivo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., al quale si rinvia anche, con riguardo alla questione oggetto specifico di attenzione in questa sede, per la sottolineatura della portata del D.L. n. 19/2020 risolutiva del “difetto di determinatezza che comprometteva la tenuta della catena”, ascrivibile al previgente D.L. n. 6/2020 cit.. Analogamente in ordine al richiamo fuori campo all'art. 78 Cost. si veda S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., al quale si rinvia anche per la considerazione della ragioni per le quali l'aspirazione al riordino e alla stabilizzazione dell'esercizio dei poteri di ordinanza, coltivata dal D.L. n. 19/2020 sarebbe stata disattesa; nonché E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*. ... cit.. Rilievi critici sulla conformità del D.L. n. 19/2020, rispetto alla sua funzione conformativa dei poteri esercitati con DPCM, ai principi di legalità formale e sostanziale – nonostante al decreto si riconosca il tentativo di precisare il “contenuto di diversi strumenti restrittivi” – sono espressi da D. TRABUCCO, *op. cit.*, 13 ss.

⁹⁸ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, parla a tal proposito di “doppia necessità o meglio” di “una necessità scrutinata due volte. La prima è quella che sta alla base della legge che prevede l'ordinanza in deroga: è dunque una necessità ipotetica, o prevista in astratto. La seconda è invece valutata in concreto, in sede di azione amministrativa, quando si devono individuare le misure da adottare e tra di esse quelle che necessitano di andare in deroga alla legge vigente”.

⁹⁹ Così L. A. MAZZAROLI, “*Riserva di legge*” e “*principio di legalità*” in tempo di emergenza nazionale ... cit., 15. Diversa è la distorsione prodotta da un intervallo temporale consistente – che testimonia un impiego dello strumento condotto in “manifesta assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza” – tra “approvazione del decreto-legge e sua entrata in vigore” documentato da A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica*, cit., 2.

ordinaria; e peraltro considerando che la decretazione d'urgenza integra sul piano della legittimazione, in questa particolare vicenda emergenziale, i presupposti dettati in via generale da altra fonte primaria, nello specifico dal Codice della protezione civile¹⁰⁰. In altri termini delle due l'una: o si nega che le ordinanze in questione possano avere come terreno di esercizio quello che questa emergenza sanitaria è venuta rappresentando (nello specifico nella parte in cui i DPCM mettono in campo vistose limitazioni dei diritti, o si traducono in misure derogatorie che sollevano particolari profili di criticità), e in questa chiave si sostiene che per le previsioni all'esame fosse appropriata una sede che valorizzasse in ogni caso l'interlocuzione tra Governo e Parlamento¹⁰¹; oppure, se si ammette tale possibilità, il problema si sposta, come visto, sulla legittimità delle misure e naturalmente anche, a monte, sulla tenuta della stessa fonte primaria che le ha autorizzate sotto il profilo della legalità sostanziale. Ma allora la rimessione alla sede amministrativa di una serie di scelte, e la potenziale moltiplicazione (che essa produce) delle decisioni di emergenza, che (e se) restano intraprese in un tempo immediato, compreso, non mi pare possa essere letta come un profilo di alterazione del modello (della decretazione d'urgenza)¹⁰², ove si consideri che

¹⁰⁰ L'idea di una legittimazione recata dalla fonte primaria è compatibile con la prospettiva di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 116, secondo la quale "la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria". Sulla "duplice legittimazione" dei DPCM adottati nel corso dell'emergenza da diffusione del virus Covid-19 si veda B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit..

¹⁰¹ Ed in questa prospettiva si giustificerebbe l'avviso secondo il quale è censurabile l'impiego dell'atto amministrativo al posto del decreto legge, su cui G. SILVESTRI, *op. cit.*, che peraltro l'A. configura come un effetto collaterale all'abuso della decretazione d'urgenza (su cui cfr. *infra* nota 103): "diventato il decreto legge una formula anomala ... di legislazione corrente ... si è verificato un 'effetto domino': il decreto legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge". Critico sull'"autoemarginazione" del Parlamento prodottasi nella gestione italiana dell'emergenza epidemica è S. CECCANTI, *Di chi è la responsabilità per un evidente caso di autoemarginazione? Il Parlamento italiano durante la crisi Coronavirus*, in *la Riv. Il Mulino*, 24.4.2020 che segnala gli spazi utili che l'uso della decretazione d'urgenza aprirebbe – al di là dello stesso eccesso dei Dpcm registratosi in termini comparativi rispetto alla prima – in questo senso: "resta il fatto che i decreti-legge vanno convertiti, che è possibile emendarli, specie in Commissione, e che dentro gli emendamenti alle leggi di conversione è possibile anche inserire i contenuti emersi come problematici se affidati ai Dpcm".

¹⁰² Rappresentando la moltiplicazione delle sedi di esercizio del potere amministrativo (quelle in cui si adottano i vari D.P.C.M. a valle del decreto legge legittimante) la

quest'ultimo determina, con immediatezza, effetti (quelli legittimanti) che sarebbero altrimenti prodotti da una legge, e soprattutto che esso opera in una prospettiva per così dire tipica della decretazione di urgenza, e in cui appare evidente cioè l'assenza di strumentalizzazioni della necessità, che connotano una tendenza, come noto, diffusamente stigmatizzata perché all'origine della normalizzazione di uno strumentario eccezionale¹⁰³.

La cifra del tempo, breve, che accompagna l'adozione degli atti normativi primari e sub-primari attraverso i quali si è inteso dare risposta a questa emergenza, si declina in ragione dell'apprezzamento dei presupposti giustificativi degli interventi *extra-ordinem* determinandone la tempestività, nella misura in cui necessità ed urgenza non rendano attingibili strumenti ordinari, altrettanto tempestivamente e dunque, in tempo utile.

Al tempo compreso della scelta dell'azione appropriata a rispondere alle circostanze straordinarie, e della concretizzazione – anch'essa urgente e indifferibile – dell'azione straordinaria prefigurata, si lega indefettibilmente l'orizzonte temporale corto dell'applicazione delle stesse

sostanziale occasione di produzione degli effetti e quindi di svolgimento della funzione altrimenti assolta dalla decretazione di urgenza: L. MAZZAROLLI, *op. cit.* parla di una “contraddizione in termini” riferendosi a quella generata dall'inserimento in un decreto-legge di “una disposizione non autosufficiente che rinvia necessariamente, per la sua attuazione, al successivo intervento normativo di un altro soggetto”, D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus.*, cit., che richiama sul punto l'analisi di D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod pluris non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 20.

¹⁰³ La letteratura sull'abuso della decretazione d'urgenza è troppo estesa perché se ne possano richiamare qui anche solo i principali riferimenti, per cui ci si limita a rinviare ad A. CELOTTO, *L'“abuso” del decreto-legge. Vol. 1, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997. Sul punto pare utile richiamare la posizione di M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 120, che, in ordine alla questione relativa alla possibile violazione “del principio della straordinarietà” – che per l'A. si declina non come presupposto della decretazione d'urgenza, ma come elemento qualificante questo strumento di normazione, escludendo che esso possa trasformarsi in uno “strumento ordinario di normazione primaria” su cui più diffusamente si veda dello stesso A., *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2001, 1163 ss. – e visto che nell'ambito dell'attuale emergenza sanitaria la normazione primaria si è “ridotta alla sola decretazione d'urgenza”, puntualizza che “la moltiplicazione dei decreti-legge non è altro che la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento, sicché la decretazione d'urgenza resta pur sempre (legata a una contingenza) extra-ordinaria”.

misure, e di conseguenza dei loro effetti. Per ragioni con evidenza diverse¹⁰⁴, legate alla specificità delle due categorie di provvedimenti normativi del Governo qui prese in considerazione, che neanche l'impiego in concreto operato nella direzione della fungibilità dei due strumenti vale ad elidere¹⁰⁵, la provvisorietà degli effetti (la forza di legge per i decreti legge, la capacità di derogare alle norme primarie da parte delle ordinanze emergenziali) perimetra l'area di ammissibilità di entrambe¹⁰⁶, definendo nel caso delle ordinanze emergenziali lo spazio del tempo, limitato appunto, entro il quale è consentito il prodursi della loro capacità di derogare le fonti primarie, profilo distintivo che sottopone alle più vistose sollecitazioni il principio di legalità sostanziale¹⁰⁷. La temporaneità degli effetti delle prescrizioni dettate per fronteggiare la diffusione del contagio, ai diversi livelli di fonte primaria e sub-primaria, è quindi evidentemente collegata alla natura transeunte e all'imprevedibilità della situazione – caratteristiche che questa sequenza pandemica esibisce in misura peculiare rispetto ad altre vicende emergenziali¹⁰⁸ – che le prime si propongono di fronteggiare. Pertanto, per

¹⁰⁴ Che l'economia di questo contributo non consentono di indagare, e delle quali la stessa questione su cui in precedenza si è indugiato relativa alla fonte di legittimazione dei poteri di ordinanza, è in qualche misura il riflesso.

¹⁰⁵ Sull'utilizzo in termini di fungibilità della decretazione d'urgenza e delle ordinanze per fronteggiare l'emergenza si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 125. G. MANFREDI, *Potere di ordinanza*, cit., segnala come l'impiego massiccio delle ordinanze di protezione civile, oltre gli autentici confini dell'emergenza, evidenziasse un uso surrettizio dello strumento teso ad ampliare i poteri del Governo, finendo per proporre le ordinanze come "sucedaneo del decreto legge", richiamando sul punto l'avviso di G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 ss., spec. 2189 che inferiva da tale prassi una elusione dell'art. 77 Cost..

¹⁰⁶ Alla quale per i decreti legge si lega, come noto, la questione della reiterabilità – in relazione alla quale, nel senso della ammissibilità, era stata in passato valorizzata la distinzione tra la mancata conversione per mera infruttuosa decorrenza del termine costituzionale e la conversione negata in forma esplicita – negata dalla storica pronuncia della C. cost. n. 360/1996: in tema F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3157 ss..

¹⁰⁷ Sulla lettura del principio di legalità da adottare in ragione della peculiarità della fattispecie rappresentata dalle ordinanze libere si rinvia alle considerazioni richiamate *supra* nota 83.

¹⁰⁸ Sul carattere non "finito" ma in svolgimento dinamico della situazione legata alla diffusione del Covid-19 rispetto ad altre emergenze tra gli altri A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *Biolaw Journal*, 2/2020, 18.3.2020, che a tale peculiare fisionomia collega anche l'esigenza dei

un verso, la dimensione di precarietà in cui si situano i fatti che le misure emergenziali puntano a governare dà conto e rende comprensibile la non definitività dell'applicazione e degli effetti delle prime, per altro verso, la non definitività¹⁰⁹ rende accettabili gli atti di cui si discute, vista la loro natura *extra-ordinem* – in particolare la loro capacità di alterare un modello ordinario (quello di esercizio del potere normativo primario e quello rappresentato dalla portata delle fonti normative sub-primarie¹¹⁰) – e la peculiare curvatura sovente assunta dal loro contenuto dispositivo nell'attuale emergenza virale, nel senso della restrizione dei diritti. La prospettiva di rigore che sottende la delimitazione temporale della operatività e della efficacia dei provvedimenti emergenziali, che appare quindi irrinunciabile, vale ad assecondare esigenze di certezza giuridica, che si caricano dell'ulteriore bisogno – particolarmente avvertito nella gestione dell'emergenza da nuovo Coronavirus – di garantire la sostenibilità (anche) in senso diacronico del sacrificio imposto ad una serie di prerogative che si muovono su piani diversi, esprimendo pure questo profilo una dimensione essenziale della proporzionalità delle misure. Il rischio di superare questo orizzonte di precarietà – al di fuori chiaramente dell'area in cui è la stessa Costituzione a prefigurare una riconciliazione delle fonti *extra-ordinem* con la definitività, come accade per esempio nel solco del procedimento di conversione dei decreti-legge – solleva per ovvie ragioni rilevanti preoccupazioni, nel merito, per l'entità e la gravosità delle limitazioni cui si faceva cenno, esito che si produrrebbe, sul piano del metodo, nel solco di una tendenza ad utilizzare surrettiziamente e persino a snaturare¹¹¹ lo strumento straordinario prescelto¹¹². Sennonché oltrepassare la dimensione di un tempo

decreti-legge di non intervenire solo ex-post rispetto ad eventi verificatisi.

¹⁰⁹ A tal proposito mette conto richiamare la puntualizzazione operata da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 114, in ordine alla distinzione tra la “definitività” che caratterizza la deroga ordinaria, e il registro in cui opera la deroga recata dalle fonti emergenziali che “per quel periodo di tempo, disciplinano certe fattispecie in modo diverso” dalle norme anteriori.

¹¹⁰ Chè, infatti, la possibilità di derogare a norme legislative vigenti va esclusa per le “ordinanze ordinarie”, come vanno considerate quelle disciplinate dall'art. 54, c. 4 TUEL, essendo invece attingibile “nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti”: C. cost. n. 115/2011.

¹¹¹ Sulla normalizzazione scaturente dalla trasformazione della straordinarietà in ordinarietà si vedano le considerazioni riportate *supra* alla nota 103.

¹¹² La relativa opzione – nel clima di incertezza registrato dalla dottrina (B. CARA-

contingentato – anzitutto quello annunciato, di volta in volta, dai decreti del Presidente del Consiglio¹¹³, con riguardo ai termini di efficacia, finali¹¹⁴ o iniziali¹¹⁵, delle misure ivi previste – è un esito in qualche mo-

VITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit., VII) in ordine a tale passaggio – andrebbe guidata anche dal “riferimento ai contenuti degli atti di volta in volta riguardati: laddove i contenuti intervengano solo nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, rispettando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza, della proporzionalità con l'emergenza a cui si fa riferimento, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (che sembrano avere una duplice legittimazione, una basata sul primo decreto legge, l'altra in quanto ordinanze di protezione civile) possono essere uno strumento adeguato; qualora invece i contenuti non rispondano a queste caratteristiche ovvero abbiano effetti permanenti o incidano sul bilancio ovvero manchi la necessaria proporzionalità e pertinenza si dovrebbe ritenere doveroso – anche nel caso straordinario e urgente provocato dall'emergenza coronavirus – l'intervento con atto con forza di legge”.

¹¹³ Operando una semplificazione all'interno della normativa emergenziale prodotta finora a ritmi assai sostenuti, ove ci si riferisca in particolare alle “misure di contenimento” sulle quali si è fondata essenzialmente l'agenda di gestione dell'emergenza sanitaria, la definizione dei termini di efficacia delle misure risulta affidata, infatti, in particolare ai D.P.C.M., unitamente alla declinazione delle misure individuate, quanto alle tipologie, già dai decreti-legge di riferimento, e in sede di attuazione di questi ultimi, secondo lo schema esemplificato dal D.L. n. 19/2020 cit. (indicazione dei termini massimi di efficacia delle misure adottabili con plurimi successivi D.P.C.M., entro il complessivo termine di durata dell'emergenza: art. 1, c. 1; cfr. già art. 1 del D.L. n. 6/2020). Rispetto a tale modello appare recessivo quello in cui vengano fornite in sede di decretazione d'urgenza indicazioni di ordine temporale – ulteriori a quelle insite nella efficacia provvisoria degli stessi decreti legge – rispetto alle misure urgenti di contrasto alla diffusione del virus (essendo diverso il caso di disposizioni che disciplinino *ex professo* termini processuali o procedurali, per cui cfr. ad es. gli artt. 83, 84, 85 e 103 del D.L. n. 18/2020; gli artt. 36 e 37 del D.L. n. 23/2020; l'art. 81 del D.L. n. 34/2020. Su questi profili si veda M.A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 83 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, 26.3.2020; M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, 27.3.2020; L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, in *federalismi.it*, 1.4.2020). Per l'impostazione “recessiva” si veda il D.L. n. 33/2020 cit. che indica una serie di termini di efficacia iniziali e finali (art. 1, cc. 1-4) oltre a quello valido per tutte le ulteriori misure previste dal decreto (art. 3, c. 1) e fatti salvi i diversi termini di efficacia stabiliti dai D.P.C.M. per quelle stesse misure (art. 1, c. 11).

¹¹⁴ Il termine finale di efficacia è previsto in via generale dal D.P.C.M. del 17.5.2020, per tutte le misure ivi dettate, ché, andando nella direzione complessiva del contenimento, ancorché in una FASE DUE, implicano l'impostazione garantista sottesa alla prefigurazione della delimitazione temporale (art. 11: “Le disposizioni del presente decreto si applicano dalla data del 18 maggio 2020 in sostituzione di quelle del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020 e sono efficaci fino al 14 giugno

do connaturato alla fisionomia delle contingenze¹¹⁶ nelle quali l'emergenza epidemiologica da Covid-19 si sostanzia. Le misure che consentono di inferire la strategia di governo del tempo si collocano peraltro in un quadro assai articolato: vanno ancora complessivamente nella direzione del contenimento¹¹⁷, e quando si muovono nel senso dell'attenua-

2020"); e per specifiche misure limitative – come rammentano le disposizioni finali (art. 11, c. 2: “Restano salvi i diversi termini di durata delle singole misure previsti dalle disposizioni del presente decreto”) – tra le quali, a titolo esemplificativo, quella dettata per la sospensione (art. 1, c. 1, lett. m)) degli “spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri spazi anche all'aperto”, disposta sino al 14 giugno 2020, essendo tale attività per il periodo successivo ammessa subordinatamente all'attivazione di una serie di cautele.

¹¹⁵ Solo a titolo esemplificativo, la decorrenza della possibilità di svolgimento da parte di bambini e ragazzi delle “attività ludiche, ricreative ed educative, ... al chiuso o all'aria aperta” (art. 1, c. 1, lett. c), D.P.C.M. 17.5.2020) è fissata al 15 giugno 2020, con facoltà delle Regioni di determinare un diverso termine iniziale di efficacia in ragione di una autonoma valutazione di compatibilità delle relative attività con il particolare andamento della situazione epidemiologica registrato nel territorio interessato, e subordinatamente all'adozione di ulteriori Linee guida e protocolli rispetto a quelle nazionali – come noto allegate allo stesso D.P.C.M. (All. 8) – e con essi compatibili. Analogamente è fissata al 25 maggio la decorrenza della possibilità di svolgere “attività sportiva di base e motoria” presso “palestre, piscine, centri e circoli sportivi, pubblici e privati, ovvero presso altre strutture” “nel rispetto delle norme di distanziamento sociale e senza alcun assembramento” (art. 1, c. 1, lett. f).

¹¹⁶ Come noto l'etimologia del lemma “contingenza”, al pari di quella del lemma “contingibile”, fa diretto riferimento – *contingere* (toccare, succedere) – agli accadimenti, a fatti circostanziali.

¹¹⁷ Misure di contenimento alternativamente rese, sul piano testuale, attraverso prescrizioni di divieto – ad es. in ordine alla permanenza nelle sale d'attesa di dipartimenti emergenze e accettazione e dei pronto soccorso di accompagnatori (art. 1, c. 1, lett. aa) DPCM 17.5.2020) – di sospensione – (art. 1, c. 1, lett. q) DPCM 17.5.2020) per la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado; (art. 1, c. 1, lett. z) DPCM 17.5.2020) secondo cui “sono sospese le attività di centri benessere, centri termali ... centri culturali e centri sociali “ – o attraverso prescrizione di obblighi di fare (quello, ad esempio, si usare sull'intero territorio nazionale “protezioni delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso accessibili al pubblico, inclusi i mezzi di trasporto e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuativamente il mantenimento della distanza di sicurezza”: art. 3, c. 2, DPCM 17.5.2020) – o formulate in termini di conferma di previgenti disposizioni limitative (cfr. art. 6, c. 2, DPCM 17.5.2020 a mente del quale “dal 3 al 15 giugno 2020, restano vietati gli spostamenti da e per Stati e territori diversi da quelli di cui al comma 1, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute”; oppure art. 1, c. 1, lett. ff): “restano comunque aperti gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande siti negli ospedali e negli aeroporti, con obbligo di assicurare in ogni caso il rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro”; o

zione delle restrizioni precedentemente dettate¹¹⁸, lo fanno attraverso percorsi diversi. Uno di questi è muovere dalla tecnica della individuazione espressa delle attività consentite per il tramite della loro inclusione in elenchi chiusi¹¹⁹ (anche perciò evidentemente) nell'ambito di un regime eccezionale, a quella della mera indicazione dei condizionamenti subiti (proprio per la necessità di gestire, ancora, un'emergenza) da "attività libere", indicazione questa seconda, sintomatica del graduale ripristino di un dosaggio "ordinario" dei termini del rapporto autorità-libertà¹²⁰.

ancora art. 1, c. 1, lett. hh) "restano garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi").

¹¹⁸ Il progressivo allentamento delle restrizioni che hanno caratterizzato la prima fase di gestione dell'emergenza epidemiologica, emerge dalla lettura delle disposizioni rispettivamente recate dal D.P.C.M. del 26.4.2020 e dal D.P.C.M. del 17.5.2020. Per esempio nel comparto della ristorazione, laddove il primo (art. 1, c. 1, lett. aa) D.P.C.M. 26.4.2020), nel sospendere i relativi servizi, consentiva esclusivamente "la ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie ... nonché la ristorazione con asporto ... fermo ... il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi", il secondo (art. 1, c. 1, lett. ee) DPCM 17.5.2020) consente le relative attività "a condizione che le regioni e le province autonome abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio".

¹¹⁹ Il caso paradigmatico è rappresentato dalle attività economiche, e specificamente da quelle commerciali, che ancora nel D.P.C.M. del 26.4.2020 cit. erano in via generale sospese (art. 1, c. 1, lett. z) "fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 1" (si veda nello stesso senso la previsione omologa recata dal D.P.C.M. del 10.4.2020, art. 1, c. 1, lett z); dalle attività produttive industriali e commerciali, sospese "ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 3" (art. 2, c. 1, DPCM 26.4.2020); o ancora dai c.d. "servizi alla persona", le cui attività continuavano – per il passato provvedeva in questo senso già l'art. 1, c. 1, lett. cc) del D.P.C.M. del 10.4.2020 cit. – ad essere sospese in via generale, con la eccezione di quelle "individuate nell'allegato 2" (art. 1, c. 1, lett. cc).

¹²⁰ Esemplifica questa tendenza in atto nella c.d. FASE DUE la previsione di cui all'art. 1, c. 1, lett. dd), D.P.C.M. 17.5.2020: "le attività commerciali al dettaglio si svolgono a condizione che sia assicurato, oltre alla distanza interpersonale di almeno un metro, che gli ingressi avvengano in modo dilazionato e che venga impedito di sostare all'interno dei locali più del tempo necessario all'acquisto dei beni; le suddette attività devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali e comunque in coerenza

7. *La rilevanza “circolare” del fattore temporale: dal tempo della decisione (l’adozione degli atti emergenziali) al tempo dell’efficacia dei provvedimenti emergenziali, e ritorno*

Il profilo della contingibilità – l’“efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza”¹²¹ – va posto in relazione ad un fatto emergenziale, nella vicenda pandemica senz’altro, si è detto, non concluso, in divenire, e articolato in una serie di accadimenti. In relazione a questi viene in rilievo un intreccio significativo tra un approccio rimediale ed uno prospettico dell’emergenza, in cui la capacità di governare eventi e conseguenze verificatisi si integra con la capacità predittiva di nuovi eventi e conseguenze¹²². La stessa necessità di scandire in fasi l’andamento e la gestione dell’emergenza rispecchia l’idea che più fatti (i presupposti delle misure emergenziali) di volta in volta diversi da quelli accaduti (dunque nuovi), anche in relazione a singoli

con i criteri di cui all’allegato 10”. Il riferimento all’equilibrio praticato in “tempi ordinari” tra autorità e libertà, offre occasione di rammentare che si tratta di termini entro i quali, nell’amministrazione dell’economia, si registra una costante oscillazione consentita dal quadro costituzionale vigente, del quale, come noto, sono state proposte revisioni (cfr. d.d.l. 9.2.2011, recante Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, c. 4 della Costituzione) anche nel senso della costituzionalizzazione di un modello che formalizzasse il rilievo assunto dalle liberalizzazioni, assumendo quale dato qualificante la sostituzione dell’attività autorizzatoria vincolata con atti di natura dichiarativa dei privati comprovanti il possesso dei requisiti legali necessari per lo svolgimento dell’attività. Ciò in coerenza con il principio in base al quale “è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”, inciso che si proponeva di inserire dopo l’affermazione della libertà della iniziativa e dell’attività economica privata: in tema cfr. F. LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 3/2011, 445-474.

¹²¹ Che declina quindi uno dei presupposti di compatibilità delle ordinanze libere con l’ordinamento costituzionale repubblicano sulla base dell’opera di razionalizzazione compiuta dalla C. cost., tra le altre, nella sent. n. 26 del 1961 (v. *supra* nota 84). Sin dalle prime battute della vicenda in esame la dottrina ha colto (M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 5) nella espressa “dichiarazione del periodo compreso tra l’inizio e la fine della propria vigenza” da parte dei decreti del presidente del consiglio sino a quel punto emanati un profilo rilevante nel connotare gli stessi provvedimenti e nel fondarne l’ascrivibilità alla categoria delle ordinanze.

¹²² C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020: “l’emergenza presentava e tuttora presenta per gli esperti del settore incognite tali da rendere ancora più ardue le decisioni delle autorità di governo. Più le risorse predittive della discrezionalità tecnica si riducono, più è inevitabile navigare a vista. Ecco perché i decreti del Presidente del Consiglio presentano una durata media di due settimane”.

profili e a causa di un mutamento di coordinate di contesto¹²³, esigano bilanciamenti e ponderazioni ulteriori; rispetto ai quali la duttilità dei poteri di ordinanza¹²⁴ e le rimodulazioni a questi affidate trovano un fisiologico terreno di esercizio. Ma non si può negare che l'afferenza di quei fatti, e delle misure in cui i primi trovano risposta, ad una sequenza, dunque ad un processo unitario, cui pure rimanda l'articolazione in fasi, determini una tensione con la prospettiva di un tempo delimitato.

Situazioni che, a parte profili di discontinuità, dovessero definirsi come stabili, rivelerebbero uno scollamento tra la realtà, oggetto del provvedere, e i presupposti fattuali che giustificano l'attivazione di poteri straordinari di governo dell'emergenza, difettando in sostanza la necessità¹²⁵ e l'urgenza. La stabilizzazione del presupposto restituirebbe alla ponderazione e al bilanciamento degli interessi rilevanti un tempo "congruo", tale da consentire di ristabilire dinamiche ordinarie nell'esercizio della funzione, normativa ed amministrativa. Premesse di questo tipo si verificano quando gli eventi che hanno "scosso" il decisore politico, e gli elementi che hanno innescato la sequenza pandemica recedono (ad esempio si inverte, come accaduto, l'andamento crescente del numero dei contagi).

Sotto angolo visuale speculare la misura del tempo entro cui i provvedimenti che regolano i fatti emergenziali si collocano, è condizionata dal contenuto dispositivo di quegli stessi provvedimenti, e dalla circostanza che il segno della produzione normativa emergenziale sia stato sino ad una fase molto recente quello della limitazione di una serie di diritti costituzionali. Sicché una dilatazione dell'orizzonte temporale en-

¹²³ Si pensi a titolo esemplificativo all'acquisizione di una più ampia disponibilità dei posti nei reparti di terapia intensiva sul territorio nazionale.

¹²⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, cit.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia* ..., cit., 13.

¹²⁵ Che qui si intende (cfr. *supra* nota 70) non quale fonte autonoma dei provvedimenti emergenziali (così invece G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.) ma come qualificazione dei presupposti richiesti dalla fonte legittimante i poteri emergenziali perché possano in concreto operare. Sul punto E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*. ...cit.. osserva «È sul terreno del tempo, non su quello dello spazio, che si misura la capacità della democrazia costituzionale di fare fronte all'emergenza senza perdersi. Lo sforzo dello Stato-apparato, così come dello Stato-comunità, dovrebbe convergere sul creare rapidamente le condizioni affinché quelle misure, indipendentemente dal fatto che siano legali o illegali, diventino il più presto possibile ingiustificate (ossia irrazionali rispetto allo scopo). Che si spezzi dunque la catena necessità – legittimità – effettività».

tro il quale le misure limitative esplicano i propri effetti¹²⁶, non influenza solo la valutazione della sostenibilità (per i destinatari) degli effetti – e tra questi dei termini di efficacia – delle misure emergenziali, ma altresì la valutazione dell’appropriatezza degli strumenti utilizzati¹²⁷, nello sviluppo diacronico di un’emergenza composita (un processo) come è quella a cui si sta assistendo. Così, se i modi della decisione finiscono per essere giudicati incongrui – perché il tempo “sospeso” delle attività e delle libertà limitate è percepito come insopportabile – ad essere reclamato è, ancora, un tempo diverso della decisione, che sia funzionale all’adozione di strumenti di cura dell’interesse pubblico non straordinari.

8. *Rilievi sul tempo sospeso e sull’esercizio della funzione pubblica*

8.1 *Attività amministrativa e competitività nella stagione dell’emergenza*

Tra le misure dettate a contenimento e a contrasto dei rischi (non

¹²⁶ In questa prospettiva si colloca l’attenzione per i termini di efficacia di prescrizioni che vadano, come si è detto, nella direzione del contenimento. Questione del tutto diversa è quella relativa alla portata di particolari disposizioni adottate nel corso di questa emergenza, ove esse appaiano rilevanti per incisività ed esplicino i propri effetti nel lungo periodo; questione che pure suggerisce riflessioni in ordine alla appropriatezza degli strumenti impiegati per introdurre le relative misure. In tema si vedano i rilievi critici espressi da S. CASSESE, nell’editoriale *DL Rilancio, le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della Sera*, 13.5.2020, sulle modalità che hanno accompagnato un’operazione di attribuzione di risorse dagli effetti complessivamente redistributivi.

¹²⁷ La sede della decretazione d’urgenza è stata giudicata inappropriata alla previsione di un prolungamento, di sei mesi, dello stato di emergenza da Covid-19, da G. CERRINA FERONI, *Golpe per decreto: siamo al fine Conte*, in *Ilgiornale.it*, 17.5.2020, anche per la consistenza del lasso temporale intercorrente tra l’adozione del decreto (“a metà maggio”) e l’evento (termine attuale dello stato di emergenza, fissato al 31 luglio 2020) di cui si intendeva disciplinare il differimento. L’A. si riferiva ad una formulazione, presente nella bozza del c.d. Decreto Rilancio, della norma relativa alla “Proroga dei termini previsti per la scadenza degli stati di emergenza e delle contabilità speciali”, poi modificata nel testo finale nel senso di escludere espressamente dall’ambito applicativo della disposizione lo stato di emergenza “dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 per il Covid-19” (cfr. art. 14, c. 4, D.L. n. 34/2020 cit.). Sull’esclusione della riferibilità della disposizione nella sua precedente formulazione all’emergenza Covid si veda F. PALLANTE, *Il mistero della proroga dell’emergenza Covid-19*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-mistero-della-proroga-dell'emergenza-covid-19/>.

solo sanitari, ma anche sul tessuto sociale ed economico, come si è più volte segnalato) derivanti dalla diffusione del virus, vi sono quelle oggetto di disposizioni tese *ex professo* alla disciplina del tempo. In particolare dalla lettura di alcune di queste possono trarsi elementi utili a tracciare un bilancio, ancorché sommario, dell'impatto che le misure di governo dell'emergenza hanno determinato sull'esercizio delle attività che influenzano, a vario titolo, il livello di competitività del paese, e anche quindi l'impatto sulle categorie che possono essere riguardate come soggetti di tale azione. Semplificando in maniera estrema sul punto, deve guardarsi all'alternativa pubblico-privato, e dunque, da un lato, alle amministrazioni pubbliche, che esercitano funzioni o rendono servizi, e dall'altro lato, agli amministrati – cittadini (per esempio, in ordine allo svolgimento dell'attività edilizia) e operatori economici – che sono appunto condizionati dall'esercizio dell'azione amministrativa. Che la macchina amministrativa sia in diretta relazione con la crescita, come mostra la eterna questione della sua riforma e del suo ammodernamento sia sul piano dell'attività che dell'organizzazione¹²⁸, è una acquisizione in qualche modo scontata. Ciò appare ancor più evidente in stagioni di riforme, come quella che da poco ci siamo lasciati alle spalle, che pongono particolare enfasi sulla necessità di riguardare l'amministrazione come volano fondamentale per la crescita e lo sviluppo economico¹²⁹; o

¹²⁸ F. BASSANINI, *Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano (1990-2010)*, in *Astrid Rassegna*, 2010, n. 4; M. SAVINO, *Le riforme amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da S. CASSESE, II, Milano, 2003, 2169 ss., F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Milano, 2007; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, Bologna, 2009; S. BATTINI, *Una nuova stagione di riforme amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1017 ss.; S. CASSESE, *Rifare l'Italia? Il Governo Renzi e la questione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 785 ss.; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss.; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, 29 ss.. Per l'inquadramento delle riforme amministrative in termini di interventi funzionali all'adattamento delle strutture e delle procedure delle pubbliche amministrazioni ai cambiamenti economici e sociali intervenuti diacronicamente si veda per tutti S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1, 79 ss.. Sull'estensione degli apparati pubblici – delle funzioni e dei servizi erogati – in relazione ai progressi economici e sociali già M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986. Dello stesso A., per il ripensamento complessivo dell'amministrazione pubblica attraverso le riforme, si veda il noto *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, V, 298 ss..

¹²⁹ A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, 549 ss., che con riguardo all'intervento riformatore recato dalla

anche ove semplicemente si evochi il mai sopito e densissimo dibattito in tema di semplificazione amministrativa, che conferma – al di là della natura articolata del processo, accentuata sul piano semantico – la tendenza a trattare l'alleggerimento degli oneri burocratici¹³⁰ e della presenza stessa dell'amministrazione quale strumento per realizzare obiettivi di crescita economica e una sostenibile alchimia tra apparati pubblici e cittadini in ragione delle utilità che i primi sono chiamati a soddisfare¹³¹. Misure che fronteggino una emergenza sanitaria determinando complessivamente, almeno per buona parte dell'agenda di contenimento, come accaduto nella vicenda che ci occupa, una inibizione di una serie di attività – pubbliche e private – o quanto meno una complicazione delle loro condizioni di esercizio, quindi un loro rallentamento, un differimento e una sospensione, non possono che riverberarsi sulla tenuta del sistema economico secondo la dinamica di correlazione qui solo richiamata. In questa prospettiva una previsione specificamente dedicata alla modulazione, nel corso dell'emergenza, dei tempi di eser-

Legge n. 124/2015 rileva: "Il denominatore comune della riforma è costituito ... dalla consapevolezza che la qualità dell'amministrazione costituisce un elemento fondamentale per la competitività del Paese".

¹³⁰ Sul punto F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. – S.C.I.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1223 ss. rileva come "Le incertezze degli strumenti di semplificazione cominciano dalla delimitazione degli stessi confini della semplificazione amministrativa. L'estensione semantica dell'espressione è infatti giunta fino all'identificazione con la stessa riforma della pubblica amministrazione che, da ultimo, è diventata sinonimo di "sburocratizzazione", brutto neologismo posto al centro dell'agenda dell'attuale governo nazionale. ... La semplificazione comprende, dunque oggetti e politiche diversificati, esprimendo una generale opzione riformista in direzione dell'alleggerimento degli oneri burocratici".

¹³¹ A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 5, 2016, osserva infatti come nei Paesi dell'Europa occidentale i motivi ai quali viene associato il tema della semplificazione amministrativa siano essenzialmente due: il primo "rappresentato dalla convinzione che la crisi economica ... determini anche un'esigenza di maggiore efficienza della pubblica amministrazione", ed un secondo "rappresentato dall'assunzione dell'amministrazione come un costo d'impresa (sono i c.d. 'costi amministrativi', che vengono considerati una componente dei costi di produzione)". "I due motivi appena richiamati testimoniano convinzioni e posizioni differenti. Rispetto al primo la semplificazione è innanzi tutto un fattore di efficienza del settore pubblico: l'attenzione è concentrata sulla revisione dei modelli, in vista del recupero di equilibri di fondo fra gli apparati pubblici e la domanda di servizi dei cittadini. Rispetto al secondo, invece, la semplificazione è intesa come strumento di selezione delle risorse a favore delle imprese, al fine di realizzare obiettivi di crescita economica. Entrambi i motivi compaiono insieme nei Paesi dell'Europa occidentale, ma con una certa costanza la loro associazione finisce col privilegiare il secondo".

cizio della funzione pubblica e, anche solo di riflesso, dei tempi di svolgimento di attività di interesse dei privati o di cui sono onerati i privati, è destinata a produrre conseguenze – quasi ovvie per le ragioni di cui si è detto – sul piano dell'esercizio di pretese, non solo di ordine economico. Dall'altro lato, proprio per questa sua portata e in considerazione delle compromissioni del tessuto sociale ed economico “attese” dalla crisi pandemica, non tutte ancora stimabili, una previsione del genere interroga gli operatori sulla natura degli interessi che con essa si è inteso regolare e sul bilanciamento che la sottende.

8.2 La rimodulazione dei principi di tempestività e di certezza del tempo dell'agire amministrativo imposta dall'emergenza pandemica

Sullo sfondo di una disposizione che contempla, come fa l'art. 103 del D.L. n. 18 del 17.3.2020 cit., c.d. decreto Cura Italia¹³², una sospensione trasversale dei termini rilevanti nei procedimenti amministrativi – non solo dunque di quelli di conclusione¹³³ – si muovono amministrazione pubblica e cittadino, i quali trascinano in questa peculiare stagione di emergenza le istanze di cui sono rispettivamente portatori in tempi ordinari. A ciò si affianca il dato rappresentato dalla convergenza di due prospettive: quella di garantire, nel solco del principio di tempesti-

¹³² Il D.L. n. 18/2020 è stato convertito in L. del 24.4.2020 n. 27.

¹³³ Tra i termini per il computo dei quali si dispone di non tener conto del periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 e il 15 aprile 2020 – *dies ad quem* differito al 15 maggio 2020 dall'art. 37 del D.L. n. 23/2020 (immutato all'esito della conversione in legge n. 40/2020) – figurano, infatti, quelli ordinatori e perentori, propedeutici, endo-procedimentali, finali ed esecutivi, quelli riferiti a procedimenti a istanza di parte o d'ufficio”. La legge di conversione del D.L. n. 18/2020 aveva tenuto fermo il termine del 15 aprile fissato dal D.L.. Sul carattere ampio della previsione di sospensione dei termini recata dalla norma e sui differenti esiti che la sua applicazione produce in relazione alla natura dei termini di volta in volta riguardati, e di conseguenza alle diverse tipologie di procedimenti implicati, si rinvia all'analisi di L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedimentali*, cit.. Il tenore trasversale della disposizione spiega in qualche misura – in ragione dell'incertezza che alimenterebbe sul piano della interpretazione della sua portata precettiva – l'emersione di diversi orientamenti (registrati da G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.): una possibile lettura*, in *Il dir. econ.*, 1/2020, 29-48) innanzitutto da parte di autorità amministrative indipendenti, tesi a puntualizzare le tipologie di procedimenti ai quali riferire la prescritta sospensione. Si riferisce al “contesto universalistico” in cui si muove la disposizione A. CALZOLAIO, *La sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi, presentazione dell'art. 103 del D.L. n. 18 del 2020, riflessioni e interrogativi applicativi*, in *lexitalia.it*, 2020.

vo esercizio della pubblica funzione, il principio di buon andamento – in sostanza l'efficienza e la qualità dell'azione amministrativa – e quella di soddisfare, attraverso la garanzia della certezza dei tempi, più direttamente gli interessi dei privati¹³⁴.

In questa prospettiva, in cui si saldano interessi pubblici alla certezza e alla tempestività delle decisioni amministrative, anzitutto rilevano una serie di istituti posti a presidio dei primi: si pensi alla previsione di un termine di conclusione del procedimento¹³⁵, o agli strumenti che perseguono in sede di regolazione di termini endoprocedimentali¹³⁶ il

¹³⁴ In ordine ad una questione complessa come quella evocata dal riferimento alla duplice curvatura del “tempo amministrativo”, si segnala sempre per l'estremo nitore la posizione espressa da G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 234, secondo il quale “La predeterminazione del termine, introdotta in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990, può essere ricondotta al principio costituzionale del buon andamento. Nella maggior parte dei casi essa assolve anche ad una funzione di garanzia del soggetto privato – garanzia di certezza giuridica”. Sul punto si veda pure M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 250: “in definitiva, l'art. 2, l. n. 241/1990 dà corpo al principio della certezza del tempo dell'agire amministrativo. Questo principio risponde sia all'esigenza dell'amministrazione alla cura sollecita dell'interesse pubblico di cui è portatrice, sia a quella dei soggetti privati che dovrebbero poter programmare le proprie attività facendo affidamento sulla tempestività nell'adozione degli atti amministrativi necessari per intraprenderla”. La progressiva affermazione, oltre che giuridicizzazione, dell'interesse alla “certezza nel tempo dell'azione amministrativa” accompagnerebbe la sostituzione dello “Stato totalizzante” con lo “Stato del mercato, che ha proprio nel fattore tempo uno dei suoi elementi caratterizzanti”, secondo F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 4, 2002, 527 ss., il quale, con riguardo alla specifica questione della soddisfazione degli interessi dei privati aggiunge: “Nello Stato del mercato la Pubblica Amministrazione è una componente del mercato. Non solo deve essere efficiente come gli operatori privati per partecipare allo sviluppo economico, ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza”.

¹³⁵ Nell'ambito della letteratura ampissima in tema ci si limita a rinviare ad A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Padova, 1995, 8 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 37; ID., *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 691 ss.; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 56 ss.; M. A. SANDULLI, *Il regime dei titoli edilizi abilitativi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, II, 301 ss.; G. D. COMPORTE, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001; S. S. SCOCA, *Il termine come garanzia del procedimento amministrativo*, in *Giustizia amm.*, 9, 2005, 704 ss..

¹³⁶ Si tratta come noto di termini riferiti ad adempimenti posti non solo a carico di

contenimento dei tempi nell'esercizio, per esempio, dell'attività consultiva, anche con possibile sacrificio della qualità delle decisioni¹³⁷; o ancora agli istituti si iscrivono a vario titolo tra le conseguenze del ritardo dell'amministrazione, disincentivandolo e stigmatizzandolo attraverso canali diversi ed ulteriori rispetto all'esaurimento del potere¹³⁸, per esempio sul piano delle responsabilità¹³⁹. In secondo luogo le regole

privati ma anche di pubbliche amministrazioni diverse da quella precedente: per tale seconda categoria si guardi alle ipotesi disciplinate dagli artt. 16 e 17 della L. n. 241/1990 o dall'art. 17-bis della stessa legge, relativo al silenzio-assenso tra amministrazioni. Per le criticità sollevate dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 cit. con riguardo alla sospensione dei termini endoprocedimentali, sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo si veda ancora L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedimentali*, cit., nonché M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedimentali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, cit..

¹³⁷ Per questo particolare rilievo, svolto con riguardo alla disciplina delle modalità di esercizio del potere consultivo recata dall'art. 16 della L. n. 241/1990, si veda M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione. Dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il dir. econ.*, 3, 2019, 27 ss.. Nel riflettere sulla logica sottesa alle "norme finalizzate a rendere sollecito l'esercizio dell'attività consultiva, contingendone i tempi" ma anche alle "norme che la obliterano del tutto", gli autori rilevano "un generale disconoscimento della carica di momento insostituibile di acquisizione di dati e conoscenze utili e talvolta necessari per adottare una decisione di qualità", concludendo che "nella disciplina vigente il parere è, al più, tollerato".

¹³⁸ Che come noto si produce in corrispondenza di termini perentori, che sono qualificati espressamente in questo senso dalla legge, in corrispondenza dell'esercizio di poteri fortemente restrittivi per la sfera giuridica dei destinatari, laddove la natura, di regola, ordinatoria dei termini, qualora essi non siano osservati, non comporta la decadenza dal potere di provvedere, nè costituisce vizio di legittimità del provvedimento. Sul punto *ex plurimis* M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 251; G. CORSO, *op. cit.*, 236; Cons. St., sez. IV, 12.6.2012, n. 2664; Cons. St., Sez. V, 11.10.2013 n. 4980; Cons. St., 18.5.2016, n. 2019. Sulla diversa questione della illegittimità di qualsiasi silenzio serbato dall'amministrazione per effetto della previsione di garanzia di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990 che declina il principio di legalità si veda M.A. SANDULLI, *Presentazione. Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modello europea a confronto*, Milano, 2000, 1; e M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19...* cit., 4. In tema diffusamente A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 228 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

¹³⁹ Si tratta, operando qui una semplificazione estrema, di conseguenze in termini di: attivazione di poteri sostitutivi (su cfr. anche art. 2, cc. 9-bis, 9-ter, 9-quater, L. 241/1990); valutazione della performance individuale e della responsabilità disciplinare,

dettate a tutela di questa peculiare dimensione di buon andamento dell'azione amministrativa lasciano all'amministrazione dei margini di flessibilità nel ponderare e dimensionare, alla luce della complessità e delle peculiarità dell'istruttoria in concreto condotta, gli interessi alla tempestività e alla celerità dei procedimenti. Ciò è confermato a titolo esemplificativo dalla formulazione del divieto di aggravamento del procedimento¹⁴⁰, o dalla regola generale in punto di sospensione dei termini finali dettata nella legge generale sul procedimento¹⁴¹.

In un primo senso l'emergenza innescata dalla diffusione del nuovo Coronavirus ha senz'altro offerto alle amministrazioni pubbliche peculiari elementi capaci di condizionare tale ponderazione, esibendo motivi ragionevoli per rivedere la certezza del termine massimo prefigurato in via generale per la sospensione dei termini finali dei procedimenti¹⁴². La celerità e la tempestività dell'azione amministrativa meritano cioè in queste circostanze di essere declinate alla luce della verosimile difficoltà per le amministrazioni di condurre, a seguito delle misure di confinamento adottate, l'istruttoria in condizioni normali, e giustificano in tal senso la previsione della sospensione dei termini per un periodo corrispondente ad una fase senz'altro critica di gestione della emergenza epidemica (periodo compreso tra il 23 febbraio sino al 15 aprile, poi divenuto 15 maggio)¹⁴³.

amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente (art. 2, c. 9, L. 241/1990); riconoscimento del risarcimento del danno da ritardo (art. 2-bis, c. 1, L. 241/1990) e dell'indennizzo per il ritardo nella conclusione dei procedimenti (art. 2-bis, c. 1-bis, L. 241/1990); etc. ...

¹⁴⁰ L'art. 1, c. 2 della L. 241/1990 dispone come noto che "La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria".

¹⁴¹ L'art. 2, c. 7 della L. n. 241/1990 dispone in tema che: "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2".

¹⁴² A questo proposito osservano, infatti, M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19...* cit., 4 che "il decreto introduce una deroga alla regola generale di cui al medesimo art. 2, comma 7, della legge n. 241/1990".

¹⁴³ Rileva a tal proposito G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, ..., cit.*, 35: "Sin dal principio è stato dunque chiaro che l'impatto generato dalle misure emergenziali sull'assetto organizzativo dell'apparato pubblico avrebbe comportato inevitabili ricadute anche sull'attività in concreto posta in essere dalle p.a.. E poiché

Sotto speculari angoli visuali le peculiari circostanze di cui si è appena detto rendono inverosimile il verificarsi dei presupposti normalmente posti a fondamento dei richiamati istituti di “reazione” al ritardo delle amministrazioni. Non a caso nella relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del D.L. n. 18/2020 si legge che la previsione di cui al comma 1 dell’art. 103 relativa alla sospensione dei termini è finalizzata a “evitare che la Pubblica amministrazione, nel periodo di riorganizzazione dell’attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo”¹⁴⁴. Questa lettura finalistica del dato normativo è del resto valorizzata nella nota circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – nonostante la puntualizzazione operi settorialmente in quanto rivolta all’attività delle stazioni appaltanti, e con tutti i limiti connessi alla natura non vincolante dell’atto¹⁴⁵ – che richiama sul punto il passaggio della relazione al d.d.l. AS 1766¹⁴⁶. Questo rilievo ha peraltro consentito nella ricostruzione degli interessi protetti dalla norma di individuare, in corrispondenza di tale *ratio* e quindi almeno per questa parte, la pubblica amministrazione come soggetto garantito dalla previsione¹⁴⁷. Ad ogni modo le coordinate entro le quali in tempi ordinari il mancato rispetto del termine attiva una serie di conseguenze – fra cui l’emersione di responsabilità di vario tipo – sono plausibilmente escluse dalle restrizioni di ordine sanitario che ostacolano l’esercizio della funzione: il carattere straordinario della situazione impone di intervenire sulla operatività di

la principale forma di manifestazione dell’azione delle p.A. è quella che si traduce nel compimento di atti e provvedimenti amministrativi, è stato inevitabile intervenire anche sul regime dei termini propedeutici alla loro adozione, oltre che sull’efficacia degli atti in scadenza”.

¹⁴⁴ Cfr. Relazione di accompagnamento al d.d.l. A.S. 1766 di conversione in legge del D.L. recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19. Sottolineano questo effetto della norma M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19...* cit..

¹⁴⁵ Per la puntualizzazione costante in giurisprudenza in ordine all’assenza nelle circolari amministrative di valore normativo e provvedimentale e di carattere vincolante rispetto ai destinatari dei relativi atti applicativi, si veda Cons. St., Sez. IV, 4.12.2017 n. 5664 e TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17.2.2020 n. 311.

¹⁴⁶ Cfr. Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell’articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁴⁷ L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, cit., 2.

tali istituti, e di esprimere per la durata della fase acuta dell'emergenza un *favor* generale per la loro inibizione.

8.3. *La continuità nell'esercizio della funzione durante la gestione dell'emergenza epidemiologica*

La previsione opera dunque per entrambi gli ordini di ragioni di cui si è detto, essenzialmente, come una valvola di sicurezza del sistema. Per questo stesso motivo essa presenta a ben guardare dei limiti: nell'apparire dotata di una vocazione uniformante, almeno in una serie di ipotesi, più che limitarsi ad offrire una risorsa alle amministrazioni, da utilizzare come si dirà anche a garanzia dei privati, essa rischia di comprimere lo spettro della discrezionalità rimessa all'amministrazione, per ragioni che risultano addirittura esaltate in una situazione di emergenza¹⁴⁸, e che sono sullo sfondo dell'art. 103 richiedendo alla p.a. un bilanciamento, e rischia nello specifico di suggerire un sacrificio del principio di continuità dell'azione amministrativa¹⁴⁹, anche oltre la misura richiesta dalla necessità. Su questo ultimo profilo vale la pena rammentare che nel corso degli ultimi tre mesi attraverso le misure di contenimento adottate (principalmente con i decreti-legge nn. 6/2020, 19/2020 e 33/2020 e dei DPCM recanti le disposizioni attuative, in particolare, DPCM del 8.3.2020, 10.4.2020, 26.4.2020, 17.5.2020) è venuto complessivamente delineandosi un sistema di "vuoti e pieni", caratterizzato da un'alchimia di attività inibite ed attività consentite. Si tratta di un quadro assai articolato al quale, per decifrarne compiutamente la portata, dovrebbe rivolgersi un approccio analitico non compatibile con l'economia di questa riflessione, ma il dato che appare qui rilevante è la volontà di preservare lungo l'intero corso dell'azione di governo dell'emergenza l'esercizio della pubblica funzione. Si muove in questa direzione, per esempio, l'affermazione del carattere espresso e tassativo

¹⁴⁸ Ci si riferisce alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti in ordine alle peculiarità delle fattispecie emergenziali e alla elasticità delle esigenze regolative che dalle prime scaturiscono, sì da giustificare l'attribuzione alla amministrazione di ampi margini discrezionali nella identificazione delle misure opportune da adottare.

¹⁴⁹ Sulla correlazione tra principio di continuità dell'azione amministrativa e principio di buon andamento si vedano C. cost. nn. 103/2007, 104/2007 e 161/2008, 27/2014, 20/2016. In argomento si veda C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007; e N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità in diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 443 ss..

delle previsioni volte a chiudere o limitare l'“attività degli uffici pubblici”, degli esercenti “attività di pubblica utilità” e “servizi pubblici essenziali”¹⁵⁰. E vale, per inciso, riguardo a questo specifico profilo, l'approccio teorico che ricostruisce e promuove un modello trasversale di attività amministrativa, nel quale funzione pubblica (se si vuole, attività autoritativa in senso stretto) e servizio pubblico integrano due rappresentazioni complementari, non alternative, della cura dell'interesse pubblico¹⁵¹. Chè anzi la necessità di garantire secondo standard di continuità – anche durante la fase dell'emergenza quindi – i servizi pubblici essenziali e di pubblica utilità assurge a criterio discrezionale per isolare tra le attività, pubbliche o private, altrimenti “ristrette” o consentite, quelle di cui deve assicurarsi, rispettivamente, invece, lo svolgimento o l'inibizione¹⁵². E anche in presenza di una sospensione generale delle attività economiche, che come segnalato in precedenza sovverte la regola della libertà valida in tempi ordinari¹⁵³, la loro natura funzionale rispetto alla fornitura di prestazioni essenziali e di pubblica utilità ha sempre operato come strumento idoneo a traghettarle nell'area del consenti-

¹⁵⁰ Così l'art. 1, c. 2, lett. k) del D.L. n. 6/2020 che annovera tra le misure oggetto di possibile adozione per contrastare e contenere il diffondersi del virus la “chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali ... specificamente individuati”.

¹⁵¹ Sul superamento della ricostruzione in termini reciprocamente oppositivi delle nozioni di funzione pubblica e servizio pubblico si rinvia alla diffusa analisi di G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo II*, IV ed., Bologna, 2005, 131 ss., e già ID., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo I*, II ed., Bologna, 1998, 893 ss., spec. 907 ss. In tema pure F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, 1/2018.

¹⁵² Paradigmatica di questo duplice ordine di evenienze la previsione (art. 1, c. 1, lett. s), DPCM del 8.3.2020) che circoscrive infatti l'ampiezza della sospensione delle attività di palestre, centri sportivi, etc.. per quelle “prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza” o ancora eccettua dalla sospensione delle attività lavorative per le imprese “quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità” (art. 1, c. 2, lett. n), D.L. n. 6/2020; cfr. pure art. 1, c. 1, lett. u), DPCM 10.4.2020; art. 1, c. 1, lett. u), DPCM 26.4.2020; o riferito all'attività di centri benessere e termali l'art. 1, c. 1, lett. z), DPCM 17.5.2020); o specularmente la previsione che sono senz'altro sospesi gli eventi congressuali e le riunioni “in cui è coinvolto personale sanitario o personale incaricato dello svolgimento di servizi pubblici essenziali o di pubblica utilità” (art. 2, c. 1, lett. a) del DPCM 8.3.2020; cfr. pure art. 1, c. 1, lett. s), DPCM 10.4.2020; nonché art. 1, c. 2, lett. s), DPCM 26.4.2020; art.1, c. 1, lett. v), DPCM 17.5.2020).

¹⁵³ Cfr. le considerazioni svolte *supra* par. 6, spec. note 119 e 120.

to¹⁵⁴. Criterio di chiusura in questa cornice è rappresentato infine dalla possibilità di svolgimento a distanza ed in modalità telematica delle attività rilevanti che, per un verso, vale anch'esso a espungerle dal raggio di operatività delle misure restrittive inibitorie¹⁵⁵, e per altro verso, con riguardo alle attività di più immediata rilevanza pubblicistica – che si concretizzano attraverso l'adozione di provvedimenti, o l'erogazione di servizi¹⁵⁶ – acquista una peculiare pregnanza, attesa la sua idoneità ad inverare il principio di continuità nell'esercizio della funzione, e rileva perciò più che come mera facoltà per le amministrazioni. Questo collegamento sembra peraltro nitidamente riflesso nelle previsioni dell'art. 87 del D.L. n.18/2020 che, oltre a indicare il “lavoro agile” come “modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni”¹⁵⁷, sgombra il campo dall'equivoco che durante l'emergenza siano assicurate solo le attività indifferibili, se per queste ultime può addirittura consentirsi la presenza del personale pubblico nei luoghi di lavoro¹⁵⁸, cioè a dire che tutto il resto è comunque garantito attraverso modalità a distanza¹⁵⁹.

¹⁵⁴ A titolo esemplificativo si veda l'art. 2, c. 3, del DPCM del 26.4.2020: “Sono comunque consentite le attività che erogano servizi di pubblica utilità, nonché servizi essenziali”.

¹⁵⁵ Cfr. art. 2, c. 2, DPCM 26.4.2020: “Le attività produttive sospese in conseguenza delle disposizioni del presente articolo possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile”. Anche per le attività di selezione concorsuale, la limitazione e la sospensione delle relative procedure – finalizzate sia all'assunzione presso i ruoli burocratici sia all'assunzione presso datori di lavoro privati – non opera laddove “la valutazione dei candidati *sia* effettuata esclusivamente su basi curricolari ovvero con modalità a distanza”: art. 1, c. 2, lett. t), D.L. n. 19/2020.

¹⁵⁶ Per le attività espressione di funzione pubblica e servizio pubblico si prenda in considerazione il caso dei servizi educativi e di istruzione, su cui cfr. già l'art. 1, c. 2, lett. d), D.L. n. 6/2020 che esclude dalla sospensione del funzionamento dei servizi del comparto, anche nella parte della formazione superiore, “le attività formative svolte a distanza”. Analogamente l'art. 1, c. 2, lett. p), D.L. n. 19/2020. Cfr. pure l'art. 1, c. 1, lett. q), DPCM 10.4.2020; art. 1, c. 1, lett. q), DPCM 26.4.2020.

¹⁵⁷ Cfr. art. 87, c. 1, D.L. n. 18/2020 cit..

¹⁵⁸ Art. 87, c. 1, lett. a), D.L. n. 18/2020, a mente del quale le pp.aa. “limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza”.

¹⁵⁹ Certo sulla effettiva possibilità di esercitare il potere pubblico e garantirne la continuità incide inevitabilmente l'orizzonte finalistico in cui pure si muovono le previsioni sul lavoro agile in questa emergenza sanitaria, in particolare la volontà del legislatore di favorire, prima di ogni cosa, il contenimento del rischio da contagio per Covid-19 all'interno degli apparati organizzativi della P.A.. Esso emerge chiaramente dal tenore

Del resto la stessa puntualizzazione operata al comma 4 dell'art. 103 che espunge dall'ambito oggettivo di applicazione della norma una serie di procedimenti relativi ad attività che vanno senz'altro garantite nel periodo emergenziale – e che peraltro presentano come tratto comune l'attribuzione di vantaggi economici ai destinatari¹⁶⁰ – è coerente con la descritta necessità di operare selettivamente nella individuazione delle aree da sottoporre a contenimento, rallentamento, interruzione dell'attività.

8.4 La rilevanza della discrezionalità dell'amministrazione e di un approccio selettivo nell'applicazione della norma sulla sospensione dei termini procedurali

Questo ultimo profilo assume rilievo proprio con riguardo alla disciplina dettata dall'art. 103, del D.L. n. 18/2020 cit. e all'esercizio dei poteri pubblici, che non è affatto congelato dalla norma in esame¹⁶¹, come conferma il passaggio successivo dello stesso comma 1 dell'art.

re del comma 3, dell'art. 87, D.L. n. 18/2020 cit., nella misura in cui, in alternativa all'impiego del lavoro agile, ove lo stesso sia risultato impraticabile, è prescritto alle amministrazioni di utilizzare “ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e analoghi istituti”, ed, una volta esauriti questi ultimi, esaurite quindi le opportunità che essi offrono in termini di distanziamento, è aperta alle amministrazioni la possibilità di “esentare il personale dipendente dal servizio”. In tale ultimo caso la disposizione provvede a chiarire che “il periodo di esenzione dal servizio” – che, come ovvio, non viene speso per l'esercizio dell'attività amministrativa – “costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge”.

¹⁶⁰ Secondo l'art. 103, comma 4 del D.L. n. 18/2020: “Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture a qualsiasi titolo, indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali, comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese comunque denominati”.

¹⁶¹ Sembra perciò condivisibile la prospettazione della distinzione tra termini e potere come possibile oggetto di disciplina della sospensione, che incide infatti sui primi a parere di A. CALZOLAIO, *La sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi ...*, cit., rimanendo intatti “il potere e il procedimento”. In senso analogo si veda F. DONEGANI, *Esiste la possibilità per le amministrazioni di dar corso a procedimenti amministrativi e adottare provvedimenti pur in pendenza del periodo di sospensione disposto dall'art. 103 del d.l. n. 18/2020?*, in *dirittopa.it*, 23.4.2020, secondo il quale: “La norma non dispone, e non avrebbe potuto farlo, una sospensione generalizzata dell'attività amministrativa, che si sarebbe posta in contrasto con il principio di buon andamento dell'Amministrazione (art. 97 Cost.), che impone la continuità nell'esercizio delle funzioni amministrative”.

103, che prescrive alle amministrazioni di adottare “ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati”. Nella disposizione convivono dunque due indicazioni: l’una di cautela, tesa a scongiurare il prodursi di una serie di conseguenze (quelle normalmente scaturenti dal ritardo), atteso il presumibile rallentamento dell’attività causato dal contenimento sanitario, l’altra che ribadisce la necessità per l’amministrazione di conformarsi a principi di continuità, celerità dell’azione, tempestività e, in ultima istanza, di certezza dei tempi. Tale circostanza non può che fare appello alla discrezionalità delle amministrazioni, e cioè confermare la sussistenza in capo alle medesime di un margine valutativo in ordine ai modi e alle soluzioni attraverso i quali garantire ragionevolmente il rispetto di questi principi in una situazione che richiede la preliminare predisposizione di misure organizzative atte allo scopo.

La vicenda della contrattualistica pubblica nel periodo emergenziale è paradigmatica della utilità e della necessità di conservare alle pp.aa. spazi utili per il bilanciamento richiesto dalla norma. L’interlocuzione avviata di fatto da Ministero per le infrastrutture e Autorità nazionale anticorruzione sulla questione della applicabilità della disposizione in parola al settore dei contratti pubblici e della sua portata – oltre a rammentare incidentalmente che la provvista di beni e servizi per le amministrazioni, pur essendo attività solo mediamente tesa all’esercizio della funzione, presenta per un tratto qualificante i caratteri tipici dell’esercizio del potere pubblico¹⁶², e perciò pure a questa va riferita la sospensione contemplata dall’art. 103 – ha segnalato le criticità sottese ad una interpretazione della norma che confortasse una “paralisi generalizzata delle attività”¹⁶³. Inevitabilmente collegato al tenore ampio del-

¹⁶² Nella Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell’articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in uno alla qualificazione in termini di “procedimenti amministrativi” delle “procedure di appalto o di concessione disciplinate dal d. lgs. 30.4.2016 n. 50” si precisa che “tali procedure rappresentano la *sedes materiae* tipica di applicabilità della suddetta disposizione, in quanto in esse la fase di formazione del vincolo contrattuale è retta da regole di diritto pubblico e si sviluppa in una sequenza procedimentale che culmina nell’adozione di un provvedimento di aggiudicazione e nella successiva stipulazione di un contratto”.

¹⁶³ Cfr. ANAC, Segnalazione n. 4 del 9.4.2020 concernente “l’applicazione dell’articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17/3/2020 così come modificato

la disposizione è, infatti, il rischio di una “sospensione generalizzata”¹⁶⁴ – nel caso della posizione espressa da ANAC e MIT – delle procedure di gara, e con questa di ripercussioni negative sia sugli approvvigionamenti (di forniture, servizi e lavori) più direttamente volti a gestire l'emergenza sanitaria¹⁶⁵, sia più in generale sulle attività economiche, la cui ripresa è uno dei grandi imperativi della stagione di allentamento delle restrizioni e del lungo periodo avviato a chiusura dell'emergenza sanitaria. L'esigenza di un approccio “selettivo” nella lettura e nell'applicazione della regola della sospensione straordinaria *ex lege* è testimoniata anzitutto dal tentativo dell'ANAC di fornire in prima battuta delle indicazioni – oltre che relative a procedimenti di propria competenza, dei quali venivano declinate le linee di svolgimento dei relativi termini alla luce dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 e destinate agli operatori interlocutori in tali procedimenti¹⁶⁶ – a vantaggio delle stazioni appaltanti in vista della rimodulazione dell'attività di evidenza pubblica che esse erano chiamate ad operare dalla norma, nell'ambito di uno spettro ampio di alternative, legate anche allo stato di avanzamento della procedura¹⁶⁷. La medesima esigenza sembra poi muovere l'esortazione al legisla-

dal decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020 nel settore dei contratti pubblici”, approvata con delib. n. 339 del 9.4.2020.

¹⁶⁴ Così ancora ANAC, Segnalazione n. 4 del 9.4.2020 cit.. La portata generale della sospensione disciplinata dall'art. 103 è confortata del resto dalla lettura resa nella Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶⁵ Sul punto rileva infatti la considerazione (cfr. le premesse alla Delibera ANAC n. 312 del 9.4.2020) della necessità di garantire, oltre che gli approvvigionamenti che in via generale appaiano “essenziali”, di quelli correlati direttamente alla gestione della crisi pandemica. Su questi ultimi si veda anche la Comunicazione della Commissione europea (2020/C 108/I01) del 1.4.2020 richiamata nelle stesse premesse alla delibera dell'ANAC in esame, avente ad oggetto orientamenti “sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”, che individua, a beneficio delle stazioni appaltanti, una serie di soluzioni disponibili nel quadro ordinamentale in materia di appalti funzionali a rispondere all'aumento della domanda di beni e servizi generato dall'obiettivo di contenere la diffusione del virus (riduzione dei termini per accelerare le procedure aperte o ristrette; ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o dell'affidamento diretto; soluzioni alternative fondate sull'interazione di committenti pubblici e fornitori). Le indicazioni rivolte dalla Commissione europea agli Stati membri presuppongono, dunque, la perdurante funzionalità del mercato delle commesse pubbliche nel corso della emergenza epidemiologica.

¹⁶⁶ Cfr. ANAC Delibera n. 268 del 19.3.2020.

¹⁶⁷ Cfr. ANAC, Delibera ANAC n. 312 del 2020 cit., nella quale si diversificano le

tore a dettare misure *ad hoc* per lo svolgimento di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici¹⁶⁸, rivolta dall'Autorità nella consapevolezza della latitudine del margine di apprezzamento schiuso dalla disposizione in parola e della delicatezza del compito di gestire tale margine, se integralmente rimesso alle singole stazioni appaltanti¹⁶⁹. In assenza di interventi normativi volti a fornire elementi ulteriori, specificamente rivolti al settore considerato, e utili a orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, più di quanto facesse il tenore della disposizione sulla sospensione, le relative valutazioni appaiono ineludibili. La preoccupazione che le indicazioni fornite nell'esercizio di poteri di regolazione settoriali potessero in qualche misura mortificare tale discrezionalità, per giunta con l'esito di provocare un generalizzato rallenta-

indicazioni in ragione della circostanza che non si fosse ancora "addivenuti alla pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte"; le procedure fossero in corso di svolgimento; si dovesse disciplinare l'esecuzione del contratto.

¹⁶⁸ Cfr. ANAC, Segnalazione n. 4 del 9.4.2020 cit.: "l'Autorità Segnala l'opportunità di prevedere, anche in vista della ripresa delle attività produttive, la cosiddetta "fase 2", misure *ad hoc* riferite allo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e all'esecuzione degli stessi, ritenendo che l'applicazione delle disposizioni adottate in generale per i procedimenti amministrativi possa creare rilevanti problemi applicativi al settore dei contratti pubblici date le sue specificità".

¹⁶⁹ Da un lato, infatti, nella Delibera ANAC n. 312/2020 cit. viene sottolineata l'opportunità, e dunque la praticabilità, di margini di scostamento dalla lettera dell'art. 103 e di autonomia interpretativa nella applicazione del medesimo dalle stazioni appaltanti ("opportunità che le stazioni appaltanti adottino ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto, valutando l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza della stessa, i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del Covid-19"; "possibilità per le stazioni appaltanti, laddove il tipo di procedura e la fase della stessa lo consentano e previa adozione di idonee garanzie, di determinarsi per la disapplicazione della sospensione di alcuni termini di gara previsti a favore dei concorrenti e di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara"); dall'altro lato, si ammette che tali indicazioni contenute nella stessa delib. n. 312/2020 rispondono alla difficoltà delle singole stazioni appaltanti di muoversi in sede interpretativa alla luce dell'ampia formulazione del comma 1 dell'art. 103, e di determinarsi per così dire in "solitudine" nel senso della esclusione di alcune procedure dall'ambito oggettivo di applicazione della norma ... (che "non consente, in sede interpretativa, di eccettuare dall'ambito applicativo le procedure di gara né rimettere tale valutazione alle singole stazioni appaltanti, in ragione di criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, avendo riguardo alle finalità e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento"). Questi passaggi della delibera sono richiamati nella Segnalazione ANAC n. 4/2020 cit..

mento del mercato degli appalti, anche laddove non giustificato, ha indotto l'ANAC a intervenire con un comunicato, il cui titolo sintetizza in modo eloquente i contenuti della precisazione: "Mai chiesta alle stazioni appaltanti la sospensione delle procedure di gara durante l'emergenza sanitaria"¹⁷⁰.

Nella sostanza, per assicurare la continuità della funzione, laddove possibile in ragione delle cautele adottate, e con essa la tempestività e la speditezza dell'azione, l'amministrazione – non solo la stazione appaltante, per sollevare lo sguardo dal caso specifico delle commesse pubbliche – è chiamata ad agire in ossequio al principio del buon andamento, e a modulare in questa prospettiva e alla luce della specificità delle fattispecie cui si trova di fronte, una indicazione di cautela, quella di sospendere, che opera limitatamente ad una cornice emergenziale pur se in via generale¹⁷¹. La necessità di operare dei distinguo¹⁷² in ordine

¹⁷⁰ Cfr. il Comunicato del Presid. F. Merloni nel 20.4.2020, "Coronavirus Precisazione Anac: Mai chiesta alle stazioni appaltanti la sospensione delle procedure di gara durante l'emergenza sanitaria".

¹⁷¹ Dell'approccio selettivo sono espressione le stesse indicazioni fornite dall'ANAC nella delib. n. 312/2020 cit. (cfr. *supra* nota 166), che confermavano: per le procedure programmate l'opportunità di differirne l'avvio e la necessità, per l'alternativa ipotesi di indizione ritenuta praticabile per le gare "urgenti e indifferibili", di adottare le cautele necessarie funzionali all'assicurazione della massima partecipazione e *par condicio* tra i concorrenti; per le procedure in corso, la possibilità di disapplicare la sospensione di alcuni termini di gara previa adozione di cautele idonee a favorire la partecipazione (acquisizione della dichiarazione dei concorrenti della volontà di avvalersi o meno della sospensione) e in generale la possibilità di svolgere le procedure sulla base di specifiche valutazioni; per la fase esecutiva delle procedure l'impossibilità di considerare i ritardi dovuti all'emergenza sanitaria rilevanti ai fini della responsabilità del debitore, all'applicazione di decadenze o penali, in ossequio all'art. 91 del D.L. n. 18/2020. In argomento si veda A. CRISMANI, *Emergenza COVID-19: i chiarimenti ministeriali sulla sospensione dei termini nelle procedure di gara*, in *dirittoegustizia.it*, 27.3.2020, che con riguardo all'applicazione dell'art. 103 alle procedure di gara in essere osserva: "proprio alla luce della c.d. clausola di efficienza di cui al comma 1 dell'art. 103 si sarebbe potuto fare una distinzione tra i vari momenti della procedura e, in particolare, prevedere la sospensione del termine di scadenza dei bandi, ma non della presentazione delle offerte laddove l'offerente in caso di scadenza dei termini può invocare la riapertura dei termini di gara sulla base di un fatto impeditivo incolpevole che assuma una valenza oggettiva e generalizzata. Del pari, in base alla clausola di efficienza, i lavori delle Commissioni andrebbero temperati con la sospensione solo laddove non fosse possibile organizzare le sedute in forma virtuale di cui all'art. 77, comma 2. Per converso i sistemi digitali di approvigionamento potrebbero ovviare la predetta disciplina (ad es. attraverso il sistema Mepa)".

¹⁷² A. CRISMANI, *Emergenza COVID-19: i chiarimenti ministeriali sulla sospensione*

all'impatto della sospensione dei termini procedurali viene declinandosi sia in relazione alla natura (quindi alla tipologia) dei procedimenti riguardati e degli interessi curati nell'ambito dei medesimi, operando una selezione "a monte" che condiziona, orientandola, la successiva spendita di discrezionalità, sia con riguardo alle specifiche situazioni che in concreto – e "a valle" – l'amministrazione si trovi a fronteggiare, e nelle quali la sostenibilità dei tempi predeterminati e la opportunità di profittare della sospensione siano valutate alla luce delle capacità organizzative ridisegnate per far fronte all'emergenza. Emblematiche della prima tendenza appaiono le indicazioni fornite da una serie di amministrazioni – è il caso di autorità indipendenti nell'esercizio della propria autonomia organizzativa – a salvaguardia di peculiari interessi pubblici (quello per esempio di scongiurare danni gravi ed irreparabili alla concorrenza e ai diritti dei consumatori per il tramite dei poteri cautelari, o a ripristinare condizioni concorrenziali attraverso la rimozione di un illecito accertato¹⁷³). Rappresentativa dell'approccio "aper-

dei termini nelle procedure di gara, cit., riconduce come visto la opportunità di operare delle distinzioni (nello specifico tra i vari momenti della procedura rispetto ai quali far valere differentemente la previsione di sospensione), alla "c.d. clausola di efficienza di cui al comma 1 dell'art. 103".

¹⁷³ Cfr. sul punto Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 così come modificato dall'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, approvata dal Collegio dell'Autorità nelle sedute del 1° aprile e del 10 aprile 2020, sul sito istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, www.agmc.it, nella quale si premette che "al fine di continuare a garantire l'efficiente ed efficace svolgimento delle proprie funzioni istituzionali ... l'Autorità ha individuato i casi che non rientrano nella sospensione"; tra questi figurano "i termini dei procedimenti cautelari" per i quali "l'intervento tempestivo dell'Autorità è necessario a impedire il prodursi di un danno grave e irreparabile alla concorrenza e ai diritti dei consumatori che, nelle more della sospensione, potrebbe invece consolidarsi definitivamente". Si aggiunge che "esulano dalla sospensione ... anche i termini entro cui le imprese devono ottemperare alla diffida, trattandosi di un'attività che non solo non è amministrativa e non si svolge nell'ambito di un procedimento, ma che è necessaria a rimuovere dall'ordinamento un illecito anticoncorrenziale o consumeristico. Applicare la sospensione a questi termini significherebbe prolungare ingiustificatamente la durata di una condotta illecita, con conseguente lesione degli interessi alla cui tutela è istituzionalmente preposta l'Autorità". Della necessità di calibrare – in termini di sospensione dell'intervento pubblico – l'esercizio della funzione pubblica di tutela della concorrenza e dei consumatori nella stagione eccezionale dell'emergenza è peraltro consapevole l'AGCM che, nella Comunicazione del 24.4.2020 "*Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli accordi di cooperazione e l'emergenza COVID-19. Il COVID-19 e le implicazioni per la tutela della concorrenza*", annuncia che "nelle circostanze attuali, l'Autorità non intende intervenire nei confronti di misure necessarie,

to” del secondo tipo, è la considerazione che “nei procedimenti che saranno avviati” a seguito delle indicazioni rilevanti e “sino alla cessazione dello stato di emergenza” sia opportuno stabilire “termini procedurali che tengano conto di detta situazione eccezionale”¹⁷⁴. A scongiurare il rischio che per tale via possa riproporsi una concezione del tempo come “una componente della discrezionalità”¹⁷⁵, che sarebbe inconci-

temporanee e proporzionate, adottate per scongiurare la scarsità delle forniture”. Le potenzialità della cooperazione tra imprese – nella forma di accordi di cooperazione – in termini di ricorso atta a consentire una “produzione e adeguata distribuzione dei beni e servizi essenziali che durante la crisi potrebbero scarseggiare in ragione di un’imprevedibile crescita della domanda”, e al contempo i problemi sotto il profilo concorrenziale che la prima può sollevare, motivano l’Autorità a mettere in campo poteri di orientamento e di “regolazione flessibile” strumentali rispetto ai poteri di valutazione e sanzionatori a tutela della concorrenza di cui è titolare. In particolare l’AGCM, sulla scorta del quadro di riferimento temporaneo per la valutazione degli accordi di cooperazione orizzontale delineato nella Comunicazione della Commissione Europea dell’8.4.2020, e degli strumenti di cui a tal fine la Commissione si è dotata – ossia lo strumento orientativo delle “Guidelines on the optimal and rational supply of medicines to avoid shortages during the COVID-19 outbreak” e lo strumento procedurale delle “comfort letters” – ha anticipato i criteri di massima in base ai quali valutare i progetti di cooperazione e ha chiarito l’intenzione di introdurre una “procedura transitoria” per dotare le imprese delle informazioni richieste, in particolare attraverso l’adozione di *comfort letters*. Per i riflessi della c.d. Modernizzazione del diritto antitrust e dei poteri della Commissione europea – atteso in particolare il passaggio dal sistema di notifica al sistema di autovalutazione degli accordi da parte delle imprese – sulle “comfort letter amministrative” così come sugli altri atti marginalizzati all’esito di tale processo (decisioni di esenzione individuale, attestazioni negative) in favore delle decisioni di constatazione d’infrazione si veda M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell’arte” dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 408 ss.; nonché C. DESOGUS, *L’estensione della ‘regola di convergenza’ europea alle norme nazionali sulle condotte unilaterali*, in *Giur. comm.*, 1, 2014, 133 ss.. Sul posizionamento della tutela della concorrenza dinanzi alla gestione dell’emergenza sanitaria cfr. A. PEZZOLI, *La concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, in *Il menabò - eticaeconomia.it*, 7.5.2020.

¹⁷⁴ Così la Delibera n. 69 del 2020 dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti, “Emergenza epidemiologica da COVID-19 sul territorio nazionale. Disposizioni in materia di termini relativi ai procedimenti dell’Autorità”. Per una ricostruzione degli orientamenti delle diverse autorità amministrative relativi alla portata e alla latitudine applicativa dell’art. 103, si rinvia a G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall’art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.) ...*, cit., 30 ss.. Sulle criticità e sulle ricadute negative in punto di certezza determinate dalla stratificazione delle “decisioni generali e singolari” in ordine ai termini si veda ancora L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, cit..

¹⁷⁵ Nella suggestiva riflessione sulle coordinate spazio-temporali in cui si muove

liabile con la irrinunciabile prospettiva di prevedibilità, certezza e sicurezza giuridica che attualmente conforma l'esercizio dei poteri pubblici¹⁷⁶, è la circostanza che tra le variabili oggetto di ponderazione al fine di stabilire l'opportunità di portare avanti l'azione amministrativa anche oltre i vantaggi offerti dalla sospensione¹⁷⁷, vi sia senz'altro la considerazione degli interessi di cui sono portatori gli interlocutori dell'amministrazione, a presidio dei quali la stessa norma è diretta. Vi sono semplicemente circostanze nelle quali gli interessi degli interlocutori potrebbero rivelarsi maggiormente assistiti da un'attività amministrativa condotta in un tempo sollecito, più che in un tempo (inutilmente) sospeso.

l'azione amministrativa svolta da F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., si legge, infatti, che: "Una volta si diceva che il principio di legalità aveva garantito la prevedibilità dell'atto amministrativo nel dove, ma non nel quando. Stabilire quando una pubblica amministrazione dovesse curare un interesse pubblico rientrava, salvo espresse disposizioni legislative in senso contrario, tra le componenti caratteristiche del potere discrezionale". Fino a quando "L'antica discrezionalità nel quando che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione viene sovvertita", tanto è che "la legge sul procedimento è, prima che una legge sulla partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa, una legge sulle certezze temporali dell'agire della Pubblica Amministrazione".

¹⁷⁶ Il tema è evidentemente ampissimo e ci si limita qui a rinviare alla riflessione in ordine alla dimensione della sicurezza giuridica integrata dalla prevedibilità delle qualificazioni su cui AA.VV., *Incertezza delle regole*, Napoli, 2014, Annuario AIPDA 2015; G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e la razionalità amministrativa*, in *federalismi.it*, 23/2019. Sui profili della questione legati anche all'esercizio della funzione giurisdizionale, in termini di intervento razionalizzante del giudice amministrativo, si veda M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale" (federalismi.it, 6 dicembre 2017)*, in *federalismi.it*, 2018; e F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018. Sulle peculiari criticità che circondano il tema della certezza delle regole per effetto della semplificazione dei controlli sulle attività economiche si veda M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2012, 435 ss..

¹⁷⁷ E senza tacer delle ambiguità e delle difficoltà applicative che la formulazione della norma solleva nella misura in cui evoca concetti indeterminati quali "l'urgenza" come opportunamente messo in rilievo da L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, cit., 3.

8.5 Gli interessi protetti dalla norma sulla sospensione: la posizione dei privati

La questione dell'applicabilità dell'art. 103 alla contrattualistica pubblica ha avuto inoltre il merito di richiamare l'attenzione su un profilo che in questo settore emerge vistosamente: l'obiettivo di "assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati"¹⁷⁸, che, accanto a quello di garantire la parità di condizioni fra i concorrenti, informa costantemente il bilanciamento di interessi sotteso alle procedure ad evidenza pubblica, e che in questo peculiare frangente deve svolgersi "nonostante la situazione emergenziale in atto"¹⁷⁹, e cioè considerando che, al pari delle amministrazioni, gli operatori economici incontrano presumibilmente, per il periodo di massima intensità delle misure restrittive di una serie di libertà, delle difficoltà nel porre in essere gli adempimenti di cui sono onerati. Si tratta con tutta evidenza di difficoltà non limitate al settore degli appalti pubblici, ma trasversali ai privati che si confrontano con l'esercizio del potere pubblico, e che pongono perciò al centro dell'orizzonte in cui si muove l'art. 103 del D.L. n. 18/2020 la concreta possibilità di far confluire nel procedimento gli interessi da parte dei loro portatori, secondo le ben note prospettive finalistiche – collaborativa e garantista – che animano gli istituti di partecipazione¹⁸⁰. Una modulazione dei tempi del procedimento nel senso della celerità e della tempestività (nell'istruzione, nell'avanzamento, nella conclusione) che superi, non profittandone, la previsione della sospensione e la sua vocazione generale, in ragione delle specificità del caso e delle concrete

¹⁷⁸ Così la Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nell'individuare tale necessità accanto a quella di sanzionare la PA per incolpevoli ritardi (su cui cfr. *supra* note 144 e 146) come *ratio legis* dell'art. 103 D.L. n. 18/2020 cit..

¹⁷⁹ Cfr. sempre la Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁸⁰ La letteratura in tema di partecipazione è sconfinata: ci si limita qui a rinviare a G. BERLI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 780 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.

condizioni messe in campo dell'amministrazione (lavoro agile, etc.), dovrebbe considerarsi preclusa nell'eventualità di arrecare, tra gli altri, pregiudizi alla partecipazione dei destinatari del potere; rappresentando questo passaggio uno snodo decisivo nel connotare come ragionevole l'azione amministrativa. Il contributo dei destinatari si spiega tipicamente attraverso atti che animano il procedimento nel suo svolgersi, e sono perciò scanditi tra gli altri mediante i termini endoprocedimentali, il riferimento ai quali nella lettera della disposizione è fra gli elementi che inducono a considerare quelli dei privati tra gli interessi protetti dalla norma¹⁸¹.

È evidente che, sempre nell'ottica di garantire i destinatari dell'attività amministrativa, in particolare quella di segno ampliativo risoltasi nel rilascio di "certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati", in considerazione della presumibile difficoltà di ottenere i rinnovi degli atti abilitativi precedentemente rilasciati a causa dell'emergenza, e dunque al fine di assicurare senz'altro la prosecuzione dell'attività di interesse dei privati, il legislatore abbia affiancato alle opportunità schiuse dalla sospensione

¹⁸¹ Sul punto si veda A. CALZOLAIO, *La sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi, presentazione dell'art. 103 del D.L. n. 18 del 2020, riflessioni e interrogativi applicativi*, cit., che guarda nella medesima prospettiva al riferimento "ai termini esecutivi"; L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedimentali*, cit., 2, che, riferendo anche l'espressione "termini esecutivi" alla finalizzazione della sospensione a beneficio dei privati, ne sottolinea però il carattere fantasioso. Critico sul punto anche G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.): una possibile lettura*, cit., 44 ss., che rileva come non "arrecherebbe alcuna utilità" "una eventuale sospensione dell'esecutività del provvedimento" intesa quest'ultima quale "produzione automatica ed immediata degli effetti" da parte del provvedimento, tanto più considerato che i provvedimenti per la cui attuazione è richiesta un'attività esecutiva non sono connotati da esecutività; concludendo naturalmente nel senso che il riferimento "improprio" ai termini esecutivi è da intendersi riferito alla esecuzione dei provvedimenti amministrativi. È evidente che la considerazione degli interessi dei destinatari non valga a far operare a loro favore la sospensione dei termini laddove l'attività di cui sono onerati sia una conseguenza di una condotta illecita come conferma la posizione dell'AGCM nella già citata Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 103, in relazione ai termini concessi alle imprese per ottemperare alle diffide. L'Autorità riserva lo stesso trattamento, disapplicando la norma sulla sospensione, alle autorizzazioni condizionate di concentrazione, ritenendo che l'attività prescritta alle imprese autorizzate per preservare la concorrenza non possa essere differita, attesi gli interessi pubblici tutelati con i provvedimenti di specie.

dei termini procedurali quelle offerte dalla proroga dell'efficacia¹⁸² di atti in scadenza – tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020¹⁸³ – per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza¹⁸⁴.

Nell'equilibrio tra le diverse istanze che l'applicazione in concreto della norma sulla sospensione impone di perseguire, l'amministrazione è chiamata a considerare la possibilità concreta per il privato di esercitare le prerogative che ineriscono alla partecipazione procedimentale, e su questo versante il grado di maturità dell'istruttoria. Chè ovviamente emerge una sostanziale differenza, ai fini di legittimare il compimento di atti durante il periodo di sospensione, tra i procedimenti avviati e giunti ad uno stadio avanzato al principio del periodo emergenziale preso in considerazione dalla norma (il 23 febbraio) e quelli a tale data non ancora avviati o nell'ambito dei quali gli elementi rilevanti per la valutazione della p.a. non fossero stati ancora acquisiti¹⁸⁵. In considerazione di questo fisiologico nesso tra i due poli – interessi partecipativi e avanzamento dell'istruttoria – l'Autorità Nazionale Anticorruzione, per esem-

¹⁸² Sebbene la disposizione si esprima in termini di “validità” degli atti, ma, come opportunamente messo in rilievo da M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. ...*, cit., 11, “Anche alla luce di quanto correttamente disposto dalla rubrica, ciò che il legislatore vuole conservare, in verità, è l'idoneità dell'atto in scadenza a produrre effetti (la sua efficacia, dunque), non anche la sua conformità alle norme (la quale, com'è noto, anche a fronte di un atto amministrativo efficace può invero, non sussistere)”.

¹⁸³ La formulazione originaria del comma 2 dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 contemplava come arco temporale interessato dalla proroga quello compreso tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020; in sede di conversione in legge n. 27/2020 cit. è stato considerato il periodo sino al 31 luglio 2020.

¹⁸⁴ Anche su questo punto una modifica introdotta in sede di conversione prolunga la durata della proroga dal 15 giugno 2020, termine previsto nella formulazione iniziale del comma 2, ad un termine finale computato attraverso un “rinvio dinamico” alla fine dello stato di emergenza. In sede di conversione viene peraltro operata una significativa estensione – su cui, per le criticità che essa solleva, non è dato soffermarsi in questa sede – delle fattispecie contemplate dalla sospensione (termini in materia edilizia, termini in materia di convenzioni urbanistiche, termini di procedure relative ai permessi di soggiorno) alcune delle quali sono difficilmente equiparabili a quelle contemplate da una norma che richiede di equilibrare gli interessi meta-individuali curati dall'amministrazione con quelli individuali, pur sempre filtrati dalla valutazione della p.a. (si pensi ad ipotesi di rilievo meramente privatistico come i termini di inizio e fine lavori nei contratti tra privati, di cui al c. 2-ter).

¹⁸⁵ Sul punto fra gli altri G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.): una possibile lettura*, cit..

pio, circoscrive la possibilità, con riguardo ai “provvedimenti urgenti”, di concludere il procedimento anche prima della scadenza del periodo di sospensione, a tutti i casi in cui siano stati “acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio” o, con riguardo ai pareri di precontenzioso, prevede la possibilità di rendere gli stessi “anche prima della scadenza del termine, come sospeso ai sensi dell’articolo 103, comma 1, qualora ne facciano espressa richiesta le parti interessate, rinunciando all’applicazione della sospensione disposta dal decreto legge n. 18/2020”¹⁸⁶. Questa ultima notazione, che salda il profilo soggettivo – relativo ai titolari degli interessi protetti dalla norma, in questo caso i privati raggiunti dall’esercizio del potere – alla prospettiva operata dai medesimi, ricorre anche nella citata Circolare del MIT laddove si puntualizza che, essendo la sospensione del termine stabilita “in favore del soggetto onerato di osservarlo, nulla vieta che quest’ultimo possa comunque validamente porre in essere l’attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione”, con l’ulteriore precisazione che, in tale ultima evenienza, la portata garantista della norma deve essere preservata per tutte le attività conseguenti (“rimane comunque ferma l’applicazione dell’articolo 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020”¹⁸⁷), per le quali opera la medesima cautela a favore del soggetto chiamato a porle in essere rispetto alla opportunità di avvalersi della sospensione. Nella prospettiva di assumere la prospettiva operata dalle parti interessate come un elemento di conforto e orientamento della determinazione assunta dall’amministrazione sul punto, che consente perciò di decifrarne a valle anche la ragionevolezza, rileva poi la valutazione dell’urgenza dell’attività da portare avanti, sottraendola al raggio di operatività della sospensione. Il riferimento all’urgenza vale nella lettera dell’art. 103, c. 1 a connotare la “clausola di efficienza”¹⁸⁸ in forza della quale l’amministrazione è chiamata ad “assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti”. Non è un caso che proprio le sollecitazioni dei privati interessati vengano espressamente evocate dal legislatore (non-

¹⁸⁶ Cfr. ANAC, delibera n. 268 del 2020 cit.

¹⁸⁷ Cfr. Circolare del MIT avente ad oggetto: applicazione dell’articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁸⁸ Per l’espressione si veda ancora A. CRISMANI, *Emergenza COVID-19: i chiarimenti ministeriali sulla sospensione dei termini nelle procedure di gara*, cit..

ché nelle indicazioni fornite sul piano applicativo dalle diverse autorità¹⁸⁹ come qualificate ai fini della rappresentazione dell'urgenza. Ciò evidentemente perché una simile prospettazione, ove proveniente dai destinatari del provvedimento, assorbe i profili destinati ad essere sciolti mediante l'apporto partecipativo degli stessi, nella misura in cui, implicando l'adesione di questi ultimi ad un'accelerazione, scongiura l'ipotesi che venga pretermessa la considerazione dei loro interessi, e per tale via semplifica la ponderazione cui è chiamata la p.a.¹⁹⁰. D'altro canto, in assenza di una simile prospettazione delle parti – che non è una condizione indefettibile per operare la valutazione di cui si discute¹⁹¹ – all'amministrazione è ovviamente dato rilevare l'urgenza, ponendosi come necessario in tal caso uno specifico temperamento tra l'interesse a procedere nonostante la previsione di cui all'art. 103, c. 1 e l'eventuale interesse coltivato dalle parti a beneficiare del periodo di sospensione¹⁹².

¹⁸⁹ Si veda la stessa delibera n. 268/2020 dell'ANAC in relazione ai provvedimenti urgenti che l'autorità si riserva di concludere “in tutti i casi in cui ... ritenga che esistano particolari motivi di urgenza per l'adozione del provvedimento finale”.

¹⁹⁰ Secondo G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.): ... cit.*, 40, nelle circostanze in cui siano i privati ad “avere un interesse alla sollecita definizione del procedimento di cui sono parte ... la deroga al regime di sospensione dei termini procedurali può essere garantita” essendo “convergenti” “gli interessi dei privati e della p.a. alla celere definizione del procedimento”.

¹⁹¹ In questo senso appaiono condivisibili le osservazioni di M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. ... cit.*, 10, secondo i quali “la norma per come è scritta, scongiura quindi il pericolo che l'urgenza della definizione della domanda venga esclusa nel caso in cui non sia pervenuta una previa richiesta di celere conclusione da parte degli interessati, sui quali dunque non graverà alcun onere di segnalare all'amministrazione l'urgenza della definizione della propria questione”, non costituendo la segnalazione dei privati “*condicio sine qua non*” affinché l'amministrazione rilevi “*ex officio*” l'urgenza di definire i procedimenti pendenti”.

¹⁹² Cfr. la delibera ANAC n. 312/2020 cit. che, nel riferirsi alle procedure in linea di massima da avviare, in quanto ritenute “urgenti e indifferibili”, avverte sulla necessità di adottare “tutte le cautele volte a favorire la massima partecipazione e garantire la *par condicio* tra i concorrenti”. Cfr. la Circolare del MIT cit. che sul punto riprende la formulazione dell'art. 103, c. 1. In tema G. VERCILLO, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18 (e ss.mm.): ... cit.*, 42, sottolinea la necessità che “l'avvio di provvedimenti o l'adozione di provvedimenti d'urgenza, ancor più nel periodo di sospensione dei termini istituito dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, debba essere anche accompagnato da un onere motivazionale aggravato a carico della p.a.”, ritenendo che il riferimento all'urgenza presente nella norma imponga di riferirsi ai generali presupposti validi per l'esercizio dei poteri cautelari e d'urgenza che l'ordinamento attribuisce alla p.a.

8.6 *Il tempo che appare sospeso a detrimento dell'affidamento dei privati. L'attrazione del silenzio assenso nell'ambito di applicazione della norma sulla sospensione: ratio dell'istituto ed accomodamenti funzionali a recuperi di stabilità e certezza*

Se la *ratio* che anima la previsione dell'art. 103, comma 1 è dunque anche quella di garantire la posizione del privato che interloquisce con l'amministrazione, e di evitare che le difficoltà a vario titolo prodotte dall'emergenza sanitaria ed in particolare dalle misure di contenimento assunte, incidenti sul rapporto del privato con la p.a., si traducano in un pregiudizio, non possono non segnalarsi le questioni che la previsione dell'ultimo alinea del comma 1 solleva. L'inclusione nell'ambito applicativo della norma dei "termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento"¹⁹³ – previsione che ha resistito anche al tentativo di espunzione in sede di conversione del D.L. n. 18/2020 in L. n. 27/2020 cit.¹⁹⁴ – comporta, infatti, indiscutibilmente l'impossibilità del privato di giovare della formazione tacita di un provvedimento ampliativo; non destando chiaramente, invece, alcuna preoccupazione per il destinatario

¹⁹³ Che a mente dell'art. 103, c. 1 sono "prorogati o differiti, per il tempo corrispondente".

¹⁹⁴ Si fa riferimento alla proposta di emendamento all'art. 103 (n. 103.21) del D.L. in sede di conversione – cfr. d.d.l. AS n. 1766 – approvato al Senato il 9 aprile 2020, poi espunto nella versione definitiva del D.L. convertito in L. n. 27 del 24.4.2020. Lo stesso prevedeva la sostituzione dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 103 con quello a mente del quale: "Sono esclusi dall'applicazione del presente comma i termini relativi alle ipotesi di silenzio significativo previsto dalla legge, nonché quelli relativi ai procedimenti di cui agli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241". Rilievi critici sono stati sollevati in ordine alle conseguenze scaturenti dalla proposta approvata in Senato che avrebbe imposto alla p.a., nei procedimenti ad istanza di parte, non essendo operante la sospensione, di pronunciarsi nei termini originari, nonostante le difficoltà dell'emergenza sanitaria, pur di evitare il formarsi del provvedimento tacito: cfr. *Vanificata la sospensione dei procedimenti p.a.*, in *Italia Oggi*, del 10.4.2020. A parere di chi scrive ingiustificata sarebbe stata la esclusione dal raggio di operatività della sospensione – pure proposta con l'emendamento in parola – dei termini procedurali relativi ai procedimenti di cui all'art. 19 (posto che quelli di cui all'art. 20 sarebbero stati già interessati dalla esclusione relativa alle ipotesi di silenzio significativo), posto che non l'attività intrapresa dal privato, ma quella di controllo della sussistenza dei requisiti legali e quelle conseguenti a carico della p.a. sono a tutti gli effetti attività di esercizio del potere. Sulla sottoposizione della SCIA e delle "formule che si richiamano a questo modello" alla sospensione già nella formulazione originaria dell'art. 103, c. 1 si veda L. GIANI, *op. ult. cit.*, 3.

la speculare ipotesi del mancato perfezionamento del silenzio-diniego¹⁹⁵. Il caso del silenzio-assenso, del quale la norma in commento preclude la formazione nel periodo di sospensione emergenziale, sembra portare in emersione un decorso del tempo che opera a sfavore del cittadino, o sotto speculare angolo visuale, un tempo sospeso, che invece in condizioni ordinarie fluirebbe – per il periodo corrispondente all'originario termine procedimentale – a favore del cittadino, e apparentemente senza onerare la pubblica amministrazione di particolari attività, secondo la dinamica sintetizzata dalla felice (eppur talvolta ingannevole) formula della semplificazione, assistita come noto da una vocazione trasversale, a favore dell'amministrazione e/o del cittadino¹⁹⁶. Sennonché ove alla semplificazione si attinga come “tecnica impropria per la gestione degli apparati amministrativi”, ossia laddove essa rappresenti “una risposta a problemi organizzativi e di cattiva gestione della pubblica amministrazione” che prendono paradigmaticamente forma nelle ipotesi di “inoservanza dei termini per l'ultimazione del procedimento”¹⁹⁷, a cui si ap-

¹⁹⁵ Su questo già M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. ...*, cit., 6, che segnalano come “oltretutto, la sospensione dei termini di impugnazione degli atti amministrativi disposta dall'art. 84, consente di attendere la - presumibile - ‘riformazione’ del provvedimento reiettivo tacito”.

¹⁹⁶ Nell'assumere come qualificante la prima delle due – a favore dell'amministrazione e/o del cittadino – curvature della *ratio* semplificatoria dell'istituto del silenzio assenso e nel configurarlo quindi quale strumento di semplificazione procedimentale, segnala come questo consenta la riduzione di formalismi superflui: G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss., spec. 278, nonché di evitare l'istruttoria: ID., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 1351. Valorizza la seconda declinazione con riguardo all'impiego in via generale degli strumenti di semplificazione, ritenendoli finalizzati a “garantire una più agevole tutela delle pretese del cittadino” piuttosto che essi stessi “un fine”, M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 3041 ss.

¹⁹⁷ Sono notazioni di A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit., che individua in ciò la matrice delle politiche semplificatorie messe in campo dai Governi di molti Paesi europei, che documentano “una crisi piuttosto che la sua soluzione”. Sulle scelte sbagliate del legislatore per rimediare all'inefficienza della p.a. nella misura in cui esse si traducono nell'inserimento di automatismi in deflazione del potere discrezionale sia a livello organizzativo che nel processo decisionale “come il valore endo e eso-procedimentale del silenzio, reso equivalente all'assenso o alla stessa determinazione finale”, invece che in un incremento sul piano della responsabilità e dei controlli si veda M. CAMMELLI, *Pubblica amministrazione: domande forti, risposte deboli*, in *Astrid Rassegna*, 5/2017.

presti allora un rimedio – quale risulta essere in sostanza il silenzio-assenso¹⁹⁸ – la formula semplificatoria rivela la sua capacità di fuorviare l'interprete nella individuazione del reale obiettivo in vista del cui perseguimento essa viene invocata¹⁹⁹.

La formulazione del periodo finale del comma 1 dell'art. 103, e la circostanza che essa sia stata preservata in sede di conversione del D.L. n. 18/2020 riflettono – forse non del tutto consapevolmente da parte del legislatore – gli esiti di un percorso in cui l'istituto del silenzio-assenso ha mostrato, specie se riguardato nella prospettiva di garanzia della posizione del cittadino e quindi come strumento che ne agevola il conseguimento di utilità attraverso la produzione degli effetti scaturenti *ex lege* dal decorso del termine, una serie di limiti sostanzialmente legati

¹⁹⁸ Risposta rimediata apprestata dall'ordinamento a fronte della intollerabile tendenza dell'amministrazione a disattendere il dovere di esercitare la funzione: F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

¹⁹⁹ Sul punto lucidi gli esiti dell'analisi – a cui si rinvia anche per la ricca bibliografia – di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, 17/2020 che, dopo aver segnalato come il “silenzio assenso possa senza dubbio essere annoverato tra gli strumenti di semplificazione se lo si osserva dal lato del cittadino ... ma non se lo si osserva nella prospettiva delle amministrazioni”, osserva come “nel contesto di cui ci si occupa, la semplificazione non solo non rappresenta il fine, ma nemmeno il mezzo per il conseguimento di ulteriori risultati giuridici, bensì unicamente la (eventuale) conseguenza indiretta di un rimedio avente altre finalità”. In relazione alla tradizionale individuazione di una *ratio* semplificatoria – in punto di incremento di speditezza nei rapporti tra p.a. e cittadino” – dell'istituto del silenzio-assenso si veda G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2007, 83 ss.; L. GIANI, *Art. 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 411 ss.; L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 4/2006, 765; P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008; F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2020, 3 ss., che con una formula di sintesi si riferisce al silenzio assenso e alla scia come a “gli istituti più rappresentativi della semplificazione”; istituti le cui differenze emergono con nettezza nella riflessione dello stesso A., di cui tra gli altri si veda, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.*, in F. LIGUORI, *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, II ed., Napoli, 2017, 11 ss.; ID., *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 19 ss.; ID., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, cit.. Sulla portata semplificatoria del silenzio assenso nella prospettiva dell'amministrazione si veda ancora G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., spec. 278.

alla incapacità di fornire allo stesso cittadino un elevato grado di stabilità e di certezza. Le grandi attese riposte nella generalizzazione del regime del silenzio assenso operata dalla riforma del 2005²⁰⁰ nel solco della semplificazione – considerando che essa si è tradotta in una erosione dell'area in cui è imposto il rilascio di un provvedimento espresso – sono state evidentemente frustrate, anche solo che si guardi alla perdita delle certezze derivanti dalla motivazione del provvedimento e quindi dalla possibilità di ricostruire il percorso logico seguito dall'amministrazione²⁰¹, e dalla disponibilità di un titolo di assenso espresso al fine di dimostrarne il possesso e di esibirlo nei rapporti con i terzi, anche privati²⁰². “Le preoccupazioni derivanti dalle minori garanzie di

²⁰⁰ Come è noto, la formulazione dell'art. 20 della L. n. 241/1990 è stata modificata dal D.L. n. 35/2005 nel senso di trasformare il silenzio-assenso in istituto a carattere generale, e successivamente lo stesso regime è stato previsto (cfr. art. 17 del d. lgs. n. 59/2010) per il rilascio di tutte le autorizzazioni relative alla prestazione di servizi, eccetto che per le ipotesi nelle quali “sussista un motivo imperativo di interesse generale” e possa pertanto “essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso”. Le criticità che la generalizzazione dell'istituto solleva nelle ipotesi di esercizio del potere discrezionale alle quali si applichi, in particolare in termini di tenuta rispetto al quadro anche costituzionale dei principi rilevanti (buon andamento, imparzialità, trasparenza) che si traducono principalmente nella ponderazione degli interessi e nella motivazione del provvedimento, sottolineate da F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, 211 ss.. Sulla “abdicazione” da parte della p.a. “al proprio ruolo di cura dell'interesse pubblico” ove il silenzio-assenso operi in ipotesi di esercizio di poteri discrezionali cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254. L'esito della Riforma Madia sulla disciplina dell'istituto, specie nella parte in cui il d. lgs. n. 222/2016, che ha raccolto la delega recata dalla L. n. 124/2015, ha indicato in maniera espressa i casi in cui opera il meccanismo del silenzio assenso, consentendo perciò di operare un bilancio di ordine quantitativo sui relativi procedimenti, ha mostrato una marginalizzazione dell'istituto sconfessando la precedente tendenza alla generalizzazione. In tema si veda M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 800 ss..

²⁰¹ Sul punto E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, 568 che osserva: “il silenzio assenso non assicura certezza mancando una valutazione di primo grado da parte dell'amministrazione ed essendo esposto per tale mancanza ai poteri di autotutela più di quanto non lo sia il provvedimento espresso”. Sulla fragilità delle garanzie derivanti dallo strumentario di semplificazione del sistema autorizzatorio si veda M. A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; ID., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, cit.; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, cit..

²⁰² Le preoccupazioni per l'adeguatezza dello strumentario a tutela dell'affidamento

‘copertura’ offerte²⁰³ dallo strumento rischiano di essere enfatizzate dall’emergenza sanitaria che si è inteso fronteggiare, anche, con le previsioni di cautela dettate dall’art. 103 del D. L. n. 18/2020, essendo verosimile che in tale periodo si siano ridotte le occasioni e si siano complicate le circostanze nelle quali l’amministrazione è comunque – fino alla prova contraria che la “clausola di efficienza” del comma 1 richiederebbe – chiamata a condurre l’attività istruttoria indispensabile a verificare l’insussistenza di motivi che ostino al perfezionamento dell’assenso tacito, e che impongano in tale evenienza alla p.a. l’adozione di un provvedimento espresso di diniego²⁰⁴. Ciò in considerazione

(dei privati) scaturente da titoli abilitativi tacitamente rilasciati animano la riflessione di M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 17/2015. Si rinvia sul punto all’approfondita analisi dei diversi profili di incertezza che connotano la posizione del privato che abbia beneficiato degli effetti scaturenti dalla formazione del silenzio significativo condotta da M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., il quale riserva un significativo spazio alle difficoltà per il cittadino di dimostrare il possesso del titolo “nei rapporti con i terzi (soggetti pubblici o privati)”, e prefigura, anche alla luce del formante giurisprudenziale rilevante, tra le soluzioni funzionali a soddisfare la certezza dei rapporti giuridici, quella di inferire la sussistenza in capo alla p.a. del dovere di rilasciare un atto a carattere ricognitivo che attesti “l’avvenuta produzione degli effetti scaturenti *ex lege* dal mero decorso del termine procedimentale”, a fronte del quale il cittadino vanterebbe un diritto soggettivo attesa la natura paritetica e non provvedimentale dell’atto.

²⁰³ Messe in luce da M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit..

²⁰⁴ Sul dovere di procedere all’istruttoria che, affiancandosi ad un *onere* di concludere in maniera espressa il procedimento, determinerebbe una trasformazione di quest’ultimo, nella descritta evenienza di verifica di ragioni impeditive per la formazione del meccanismo tacito, in dovere di provvedere con un diniego espresso si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit.. Ritiene sussistente un onere e non l’obbligo di provvedere G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1345. Sul silenzio assenso come deroga al principio generale del dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 228 ss.. In senso diverso, in ordine all’impossibilità di ritenere, per via dell’introduzione del silenzio assenso, superata “la doverosità del provvedere” e trasformato in “‘onere’ ciò che precedentemente costituiva un ‘dovere’”, ponendo il meccanismo “rimedio a una situazione patologica dell’azione amministrativa” A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1996 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993, 607; dello stesso A., *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985. Valorizza tale seconda lettura in punto di compatibilità tra il dovere di concludere il procedimento entro il termine legale mediante un provvedimento espresso e il regime del silenzio as-

del fatto che l'operatività del meccanismo disciplinato in via generale dall'art. 20 della legge n. 241/1990 non esclude l'obbligo in capo all'amministrazione di condurre l'attività istruttoria rispetto alla sussistenza dei presupposti normativi per il conseguimento da parte del richiedente dell'atto ampliativo e del conseguente svolgimento dell'attività²⁰⁵, come del resto conferma la sottoposizione della p.a., nelle ipotesi in cui sia operativo il regime del silenzio assenso, a tutte le "regole generali in tema di istruttoria e partecipazione procedimentale"²⁰⁶.

I profili che in tempi "ordinari" incidono negativamente sul regime del silenzio assenso – l'assenza di solide garanzie alle pretese di affidamento e certezza delle situazioni giuridiche coltivate dal privato e scaturenti dagli atti ampliativi tacitamente formati, dunque la frustrazione dell'effetto utile conseguito dal provvedimento favorevole tacito, da una parte, e l'impossibilità dell'amministrazione di ritrarsi dalla funzione, dall'altra parte – inducono allora a ridimensionare, al tempo dell'emergenza sanitaria, i vantaggi – sia per il privato²⁰⁷ che per l'amministrazione – derivanti dal garantire la formazione in via tacita nel periodo (altrimenti) di sospensione (quanto meno) dei titoli ampliativi, e convergono pertanto nel senso di scoraggiare l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 103 dei termini di formazione della volontà della p.a. nella forma del silenzio accoglimento. L'opzione accolta lascerebbe d'altro canto aperta all'amministrazione la strada di un approccio (anche su questo punto) selettivo. In coerenza con la c.d. clausola di efficienza e quindi con la conduzione di un'attività istruttoria completa, sin dove possibile alla luce delle misure organizzative adottate e dispo-

senso per giungere a prospettare soluzioni tese a recuperare margini di certezza a favore dell'interessato – nello specifico inferendo il dovere della p.a. di rilasciare (cfr. *supra* nota 202) un atto ricognitivo attestante l'avvenuta formazione del silenzio e la possibilità (previa modifica dell'art. 20 della L. n. 241/1990) per l'istante di rinunciare al regime del silenzio assenso – M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., *passim*.

²⁰⁵ In questo senso invece, come si è detto, G. MORBIDELLI, *Il Procedimento amministrativo*, loc. cit., di cui si veda anche per l'esclusione del dovere di emanare un provvedimento espresso, ID., *Il silenzio-assenso*, cit., 278.

²⁰⁶ Così M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 43 che sottolinea a tal riguardo come "il regime del silenzio assenso assume rilevanza giuridica unicamente allo scadere del termine procedimentale".

²⁰⁷ Ché anzi, per gli utilizzatori lo strumento si sarebbe rivelato un "boomerang" secondo M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit., 7.

nibili, ed in coerenza con l'acquisizione pacifica (nel dibattito sviluppatosi a margine dell'istituto del silenzio assenso) della permanenza in capo all'amministrazione del potere di amministrazione attiva fino allo spirare del termine procedimentale²⁰⁸, la formazione di un quadro chiaro in relazione ai presupposti normativi per l'esercizio dell'attività assensibile tacitamente, suggerirebbe l'adozione di un provvedimento (positivo o negativo) espresso.

Se a questo ridimensionamento delle attitudini semplificatorie dell'istituto – riguardate entrambe le categorie di portatori dell'interesse a semplificare – si aggiunge la considerazione del rilevante peso che assume, nel conformarne la disciplina, la finalità di stigmatizzare una condotta inerte della pubblica amministrazione²⁰⁹, apparirà ancor più confortata la scelta di estendere la cautela della sospensione ex art. 103, D.L. n. 18/2020 ad un tempo astrattamente “utile” all'adozione di provvedimenti favorevoli al privato, ma che non può ritenersi infruttuosamente trascorso – per lo meno non aprioristicamente – a causa di un atteggiamento colpevole dell'amministrazione. Se è vero dunque che la sospensione serve anche ad evitare che la PA “incorra in eventuali ritardi”²¹⁰, essa non può che operare precludendo l'operatività di un meccanismo che invece li presuppone e li sanziona. Tanto più che se, come detto, l'attività della p.a. non deve ritenersi “congelata” per effetto della disposizione in parola, sarebbero comunque attingibili, pur nella cornice

²⁰⁸ Sulla consumazione del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva una volta formatosi il silenzio assenso M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit.. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti in tema di potere di provvedere nelle fattispecie coperte dal silenzio assenso, anche per quelli inclini a ravvisare spazi residui di esercizio del potere di provvedere all'esito della formazione del titolo tacito, si rinvia ancora all'ampio lavoro di M. CALABRÒ, *op. cit., passim*.

²⁰⁹ Sintetizza questa posizione il passaggio del parere del Cons. Stato, Commiss. Spec., n. 1640 del 13.7.2016 nel quale si osserva che “il meccanismo del silenzio-assenso si basa su una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle ‘sanzioni’ o il più efficace dei ‘rimedi’, che si traduce, attraverso l'equiparazione del silenzio all'assenso, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento”. Ragioni per le quali il Cons. Stato esclude che la generalizzazione del silenzio assenso implichi una normalizzazione dell'inerzia amministrativa “quasi che essa fosse un fenomeno fisiologico ed ineliminabile” e per questa via una degradazione dell' “obbligo di provvedere in un mero onere di provvedere”.

²¹⁰ Ancora la Relazione di accompagnamento al d.d.l. A.S. 1766.

emergenziale, a favore del privato le maggiori certezze derivanti da provvedimenti espressi, ove possibile secondo l'apprezzamento della p.a.

Per di più l'idea che l'amministrazione, a causa delle trascorse misure di contenimento, non abbia operato, in linea di massima, entro coordinate organizzative e funzionali idonee a consentire lo svolgimento dell'istruttoria sui requisiti richiesti per l'attività da assentire, è sufficiente a rendere poco accettabile la prospettiva dell'autotutela come unica eventuale strada per la p.a. da percorrere²¹¹, al fine di intervenire in momento successivo per "rimediare" al mancato esercizio della funzione di amministrazione attiva, funzione che verosimilmente non si è stati in condizione di esercitare. Consentire il perfezionamento tacito dell'accoglimento delle istanze dei privati nelle circostanze in cui è venuta svolgendosi la gestione dell'emergenza avrebbe verosimilmente accresciuto le probabilità di gravare²¹² lo snodo dell'autotutela come sede deputata a riaprire spazi di intervento all'amministrazione.

In definitiva, se è innegabile la frustrazione prodotta dalla disposizione di cui all'art. 103 nei confronti delle aspettative dei cittadini che avessero confidato nel perfezionamento, entro l'arco di tempo contem-

²¹¹ Aderendo sul punto alle prospettazioni che segnalano il *vulnus* in termini di certezza derivante dall'ammissibilità, nelle fattispecie attratte nell'ambito di applicazione della disciplina del silenzio assenso, dell'adozione di provvedimenti tardivi ad esito negativo. Per il quadro completo delle diverse posizioni, e per la preferibilità della tesi che inferisce la decadenza del potere in caso di decorso del termine, si rinvia ancora a M. CALABRÒ, *op. ult. cit.*. Per un'analisi della "ridefinizione dei limiti ... entro i quali l'amministrazione può intervenire sui titoli implicitamente formati", operata nel solco della Riforma Madia e dei suoi effetti sulla fondamentale questione della tutela dell'affidamento maturato sulla scorta di titoli abilitativi tacitamente rilasciati si veda M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit., 6 ss..

²¹² Più di quanto avvenga secondo una dinamica fisiologica in tempi ordinari: sul punto si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 255: "dal punto di vista del soggetto privato che ha presentato l'istanza, il silenzio-assenso non soddisfa l'esigenza di certezza in relazione allo svolgimento di attività sottoposte a controllo pubblico. Infatti, formatosi il silenzio-assenso, il privato non è in grado di sapere se dietro l'atteggiamento silenzioso dell'amministrazione si celi un'inerzia assoluta degli uffici ... oppure se una qualche istruttoria sia stata in realtà compiuta, anche se l'amministrazione non è stata in grado di provvedere nel termine. Pertanto il rischio che l'amministrazione intervenga in autotutela è molto maggiore nel caso del silenzio-assenso di quanto non sia in quello dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento positivo espresso". Sulla maggiore esposizione all'esercizio dei poteri di autotutela dei provvedimenti tacitamente formati rispetto a quelli espressi cfr. ancora E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, loc. cit..

plato dalla norma, di un atto di accoglimento tacito²¹³, non può escludersi che tale previsione abbia per altro verso contenuto le ulteriori incertezze alimentate, anzitutto in pregiudizio dei privati, da una definizione silenziosa di assetti di interessi operante in un contesto connotato, come quello emergenziale, da un irriducibile margine di instabilità. I fisiologici limiti dell'istituto qui richiamati rischiano di essere enfatizzati in un quadro che affida in certa misura alle amministrazioni, proprio in forza della previsione di cui all'art. 103, come si è visto, la modulazione in concreto dell'esercizio della funzione amministrativa attiva in coerenza con i principi di celerità e speditezza dell'azione.

Il tempo dell'emergenza prefigura, attraverso la disposizione in commento, una soluzione coerente con la *ratio* dell'istituto del silenzio assenso, nel solco della quale "l'esigenza di rapidità del traffico giuridico"²¹⁴ – nei fatti comunque compromessa dagli assetti instabili di cui si è detto – appare recedere rispetto all'esigenza di preservare un esercizio consapevole della funzione amministrativa, in modo da poter giustificare, se occorre, l'impiego dello strumentario "rimediale" – nell'ambito del quale si colloca anche il silenzio assenso – apprestato dall'ordinamento per un cattivo esercizio del potere, tra gli altri, sotto il profilo della mancato rispetto del principio di tempestività e di "certezza del tempo" dell'azione amministrativa, con ricadute positive anche sul piano della certezza delle situazioni e dei rapporti giuridici.

²¹³ Secondo M.A. SANDULLI e N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, cit., 6 "gli amministrati che avevano fatto affidamento sul tacito accoglimento della loro istanza, avviando di conseguenza l'esercizio di un'attività (non necessariamente rientrante tra quelle attualmente 'sospese') ... si troveranno privati *ex lege*, ora per allora del titolo, in tutti i casi in cui i termini per provvedere espressamente siano spirati successivamente al 23 febbraio e fino alla fine dell'emergenza".

²¹⁴ In nome della quale sarebbe stato sacrificato il "giusto procedimento" e quindi il "riscontro tra fattispecie astratta e fattispecie concreta" e "la speculare istruttoria": secondo G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1345 nel richiamare sul punto F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 204.

I CONTRATTI DI FORNITURA NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO DI FRONTE ALLA PANDEMIA

ANDREA ABBAMONTE*

SOMMARIO: 1. Gli interventi emergenziali nella prima fase del COVID-19. Le ragioni di un'analisi. – 2. Le misure emergenziali: dal sistema della Protezione Civile al sistema dell'emergenza COVID. – 3. Il procedimento di acquisizione dalle forniture in emergenza COVID: dalle ordinanze di Protezione Civile a quelle dei soggetti attuatori. – 4. Soggetti chiamati a gestire l'emergenza COVID. – 5. Le deroghe al T.U. 50/2016, ed alle normative relative agli affidamenti di pubbliche forniture. – 6. Conclusioni.

1. Gli interventi emergenziali nella prima fase del COVID-19. Le ragioni di un'analisi

Le vicende sanitarie, amministrative, e soprattutto umane, di questa drammatica primavera 2020 relative alla cd. “Emergenza COVID” saranno esaminate, con i dovuti approfondimenti – anche statistici – dagli scienziati delle diverse discipline interessate nel corso dei prossimi anni, naturalmente inclusi i tecnici del diritto, che, a loro volta, avranno non poco materiale da esaminare a loro disposizione.

Sin dal primo apparire dell'emergenza, e dei susseguenti provvedimenti emergenziali, è emersa la necessità di approfondire alcuni profili di immediato rilievo, di diritto pubblico – in senso ampio –¹.

* Avvocato, cultore di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

¹ I commenti sulle misure emergenziali adottate dal Governo e dagli Enti locali sono assai numerosi (vedasi fra gli altri l'Osservatorio Emergenza COVID-19, sulla rivista online *Federalismi.it*: fra gli altri si segnalano gli articoli di B. CARAVITA, *Editoriale. L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede a una sorta di presiden-

Il presente lavoro è stato elaborato e definito con riferimento alla data del 4 maggio 2020, termine della fase del lockdown.

Le ragioni di un'analisi "a caldo" di tale situazione scaturiscono, però, anche dalla oggettiva necessità di fornire agli attori del processo decisionale eventuali indicazioni, e/o spunti, nello sviluppo della gestione dell'emergenza, auspicabilmente mettendo "a tesoro" alcuni dati emersi in queste prime settimane: come si dirà lo stesso assetto decisionale, la cd. "catena di comando", dovrà evidentemente essere sottoposta ad una serena riflessione alla luce delle inevitabili incongruenze dell'azione amministrativa emergenziale, che si sono manifestate in questa prima fase, naturalmente augurandosi di non dover replicare tale esperienza ma, inevitabilmente, preparandosi al meglio per una messa a sistema dell'assetto gestionale di un'emergenza pandemica.

L'analisi che si andrà schematicamente a sviluppare trae spunto, altresì, da alcune doverose riflessioni che ci vengono sottoposte da autorevoli commentatori in ordine agli effetti di tale periodo emergenziale sui futuri assetti del nostro Paese, e a ben vedere, del nostro tessuto economico, ed inevitabilmente normativo.

Si è osservato in questa prospettiva che dall'emergenza COVID emergono, purtroppo, conclamate e rinforzate alcune significative "ineguaglianze" già da tempo evidenti.²

Si è parlato di "ineguaglianza" scolastica, laddove evidentemente l'interruzione dell'anno scolastico e la pubblicizzata "didattica online" lasciano indietro intere fasce della popolazione sia per ragioni oggettive di divario tecnologico tra alcune aree del nostro territorio, sia per ragioni economiche, di immediata percezione, in ordine alla chiara indispo-

zialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente stupore della PP.AA. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16. 70 ss. 777 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; G. TROPEA, Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea, in Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; M. PERA, A. MALASCHINI, Evitare che la democrazia si indebolisca, su Il Corriere della Sera del 31 marzo 2020; F.S. MARINI, Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge, in Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19; M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta-online, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 11 aprile 2020, (anche in Rivista AIC, n. 2/2020, 10 aprile 2020); S. STAIANO, Né modello né sistema, La produzione del diritto al cospetto della Pandemia, in Rivista AIC, n. 2/2020.

² E. GALLI DELLA LOGGIA, Sanità e lavoro l'equità perduta, su il Corriere della Sera del 17 marzo 2020.

nibilità di dotazioni informatiche in capo a fasce di popolazione più disagiate.

Ed ancora viene in rilievo una “ineguaglianza” nella protezione del lavoro, anch’essa riferita evidentemente alle condizioni di minor tutela di interi settori produttivi, tecnologicamente meno avanzati: si pensi alla situazione drammatica che stanno vivendo le attività produttive agricole in ragione di un’economia, anche sommersa, di tali processi più difficilmente tutelabile proprio a causa della non ostensibilità dei rapporti di lavoro interessati – non a caso sarebbe in corso nel cd. “Decreto Rilancio” della sanatoria di qualche decina di migliaia di braccianti agricoli utilizzati “*al nero*”.

Ed infine, e da sfondo evidente, ritorna in rilievo “l’ineguaglianza” del sistema sanitario, laddove i continui tagli al comparto, e le stesse procedure di commissariamento delle regioni meno virtuose – la gran parte delle quali collocate al centro/sud della nostra penisola – hanno probabilmente indotto numerosi Presidenti Regionali ad adottare misure restrittive oltremodo rigide, al fine di evitare conseguenze tragiche scaturenti dall’eventuale dilagare dell’epidemia nelle suddette regioni.

Ci sarà tempo per esaminare le cause, e soprattutto gli effetti, di tali macroscopiche “ineguaglianze”, che con la crisi si sono evidentemente aggravate, con conseguenze da non escludersi in tema di possibili tensioni sociali.

In questa sede viene, però, anche in rilievo una notazione di fondo:

«... La verità è, infatti, che in barba ai principi sanciti nella prima parte della Costituzione e invocati ad ogni passo dalla nostra instancabile retorica ufficiale, le modifiche volute dalla sinistra al titolo V della Carta hanno molto contribuito a quell’ineguaglianza. In due modi: da un lato sottraendo competenze e poteri allo Stato Centrale e dunque limitando assai la portata di una sua eventuale azione perequativa o compensativa, dall’altro consolidando in misura sostanziale il divario Nord-Sud. In generale – come si è visto in queste settimane – la confusione/sovrapposizione delle competenze tra centro e periferia, la possibilità che un Sindaco o un Governatore – perfino in un’emergenza così grave e generalizzata e senza consultare alcuno – si metta a dettare norme di salute pubblica permessi o divieti nel proprio comune o nella propria regione, costituisce di per sé un concreto fattore

d'ineguaglianza tra i cittadini nonché di debolezza per tutto il Paese. ...»³.

Su questo tema non si potrà che avviare una riflessione, anche e soprattutto allorquando, trascorsa l'emergenza, nell'agenda politica ed istituzionale di questo Paese torneranno in auge i temi del regionalismo differenziato, e purtroppo anche prima, come è agevole pronosticare, alla luce delle tensioni di questi giorni sulla gestione della cd. "FASE 2", connessa alla riapertura delle attività produttiva, e della libera circolazione, successive alla riduzione dei contagi.⁴

Per quanto in questa sede rileva, si ritiene di affrontare, in primo luogo, una analisi della gestione dell'emergenza sin qui attuata, con l'individuazione dei profili di "confusione istituzionale" che ne hanno contraddistinto alcuni passaggi, e che ben potrebbero essere evitati nel prossimo futuro.

Superfluo segnalare che la presente analisi non ha alcuna presunzione di completezza per le ragioni sopra tratteggiate e, comunque, per il progressivo e diverso atteggiarsi di un'emergenza che, come i fatti dimostrano, si modifica quasi quotidianamente, e che, per converso, quasi quotidianamente ha richiesto variazioni nelle misure di risposta dell'apparato amministrativo alla frattura prodotta dal COVID fra i bisogni ordinari e quelli eccezionali della nostra collettività.

2 Le misure emergenziali: dal sistema della Protezione Civile al sistema dell'emergenza COVID

In punto di fatto è bene ribadire che, sotto il profilo amministrativo, l'emergenza COVID si apre con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020 che ha dichiarato lo stato di emergenza su tutto il territorio nazionale sino a tutto il 31.7.2020.⁵

Di seguito si proverà a tratteggiare l'iter normativo/regolamentare/provedimentale che ha caratterizzato questi primi mesi della gestione dell'emergenza, contraddistinti, almeno in parte, da una inizia-

³ E. GALLI DELLA LOGGIA, cit.

⁴ Vedasi le prime note di G. SALERNO, *Un federalismo malato incapace di assicurare la tenuta dei principi*, in *Guida al Diritto*, n. 14/2020, 8 e ss.

⁵ Delibera Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 in G.U. n. 26 dell'1 febbraio 2020, adottata ai sensi degli artt. 7 e 24 del D.lgs. n. 1/2018.

le, e ampiamente più che giustificata, “confusione istituzionale”, che non ha di certo aiutato l’efficacia delle misure, di volta in volta assunte a tutela della salute pubblica⁶.

L’analisi dei provvedimenti adottati dalle diverse Amministrazioni in questi primi 90 giorni deve operarsi solo per larghe linee, poiché gli interventi posti in essere dalle diverse Autorità coinvolte (Governo/Presidenza del Consiglio/Protezione Civile/Ministeri/Regioni) sono oltre 300 (al netto delle ordinanze dei Comuni), con conseguente oggettiva difficoltà (e forse inutilità) di una ricostruzione analitica di quanto accaduto⁷.

Ad avviso dello scrivente, si possono allo stato distinguere due momenti di tale complessa prima fase emergenziale (cd. “FASE 1”).

Nell’ambito di tale FASE 1 si enuclea una prima sub-fase, protrattasi dal 1.2.2020 alla promulgazione del D.L. 19/2020 (24.3.2020), ed una seconda sub-fase, che deve ritenersi estesa dal 24.03.2020 sino alla cd. “FASE 2” – tendenzialmente avviata a far data dal 4.5.2020 e che dovrebbe condurci alla graduale ripresa di tutte le attività in ragione della riduzione dei decessi e contagi giornalieri, a mezzo della individuazione di priorità e percorsi sanitari ottimali per la difficile fase della cd. “riapertura” –.

La FASE 1 è dunque caratterizzata da un primo novero di interventi costituiti da misure restrittive “mirate” a limitare i primi focolai del virus, ed un secondo novero di provvedimenti caratterizzato dalla espansione a livello “nazionale” dell’emergenza: potremmo definirle, pertanto, FASE 1 LOCALE e FASE 1 NAZIONALE, così da rispettare anche la numerazione di uso comune che ha collegato la FASE 2 alla riapertura post 4.5.2020.

A seguito della citata deliberazione/dichiarazione dello stato di emergenza le attività preliminari di gestione dell’emergenza sono state assunte dalla Protezione Civile che, con l’ordinanza n. 630 del 3.2.2020,

⁶ In misura chiaramente polemica vedasi le notazioni di M. AINIS, *I fatti e i misfatti dei mille potentati* su *La Repubblica* del 3 febbraio 2020; ed ancora le note critiche di V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all’epoca del Coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020.

⁷ Una completa rassegna, quotidianamente aggiornata dei provvedimenti emergenziali adottati dalle diverse Autorità competenti è contenuta in Osservatorio Emergenza COVID-19 sulla rivista online *Federalismi.it*; si segnala altresì l’Osservatorio, quotidianamente aggiornato disponibile sul sito della Fondazione Open Polis (openpolis.it).

ha adottato le prime determinazioni per il contenimento del virus, prevedendo da un canto l'istituzione di un Comitato Tecnico Scientifico per il coordinamento di tutti gli interventi, dall'altro l'individuazione delle leggi suscettibili di essere derogate nella successiva attività di gestione dell'emergenza – in coerenza con le previsioni del D.lgs. 1/2018 –.

Nel febbraio 2020 sono stati posti in essere, soprattutto in attuazione dichiarata del D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020, i primi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri – di seguito DPCM – di adozione delle misure restrittive che hanno interessato, come è noto, una prima fascia di Comuni lombardi e veneti colpiti dalla pandemia e, man mano, i successivi comuni limitrofi, sino ad interessare l'intero territorio nazionale⁸.

La disciplina della gestione dell'emergenza su base locale ha visto la emanazione di una serie di DPCM che hanno “articolato” la gestione dell'emergenza e, soprattutto, applicato alcune tipologie di misure restrittive astrattamente idonee a fronteggiare l'espansione del virus: “a cavallo” di tali DPCM si è avuta, l'emanazione di analoghi provvedimenti, in parte sovrapponibili, da parte dei Presidenti delle Regioni interessate⁹.

Su questi temi si è innescato – con particolare riferimento ai divieti di circolazione prima, e alle restrizioni alle attività produttive poi – un ampio dibattito da parte di commentatori ed operatori¹⁰: la FASE –

⁸ Prima dell'emanazione del Decreto Legge n. 6 del 23 febbraio 2020 erano emanate dalla Protezione Civile disposizioni relative alla composizione del Comitato Tecnico Scientifico – decreto Protezione Civile 5 febbraio 2020 n. 271 –, al rientro degli studenti dalle aree a rischio con decreto n. 631 del 6 febbraio 2020, nonché alle disposizioni in tema di appalti pubblici di cui all'ordinanza 638 del 22 febbraio 2020. Il primo atto applicativo del D.L. n. 6/2020, con istituzioni delle cd “zone rosse” è il DPCM 23 febbraio 2020 pubblicato in pari data sulla G.U. relativo alle aree ivi indicate. Con DPCM 4 marzo 2020 pubblicato in pari data, le misure precauzionali adottate per le prime “zone” erano estese a tutto il territorio nazionale.

⁹ Un ampio e ragionato elenco delle misure disposte dalle Regioni e dai Comuni interessati è contenuto nell'Osservatorio Emergenza COVID-19 sulla rivista online *Federalismi.it*.

¹⁰ G. SALERNO, cit., 8 e ss.; cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; 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; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Il Legislatore cerca di riportare al “centro” i poteri di ordinanza*, in Guida al Diritto n. 17, 11 aprile 2020; G.M. SALERNO, *Diritto “emergenziale”*:

LOCALE – è stata caratterizzata da un convulso “accavallarsi” di misure restrittive, adottate con ordinanze della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della Protezione Civile e dei Presidenti delle Regioni – trascuriamo in questa prima descrizione la disamina delle ordinanze sindacali –, che si sono succedute di giorno in giorno per effetto dell’aggravarsi del contagio, e dell’ampliamento dei territori interessati.

A tale FASE LOCALE ha fatto seguito la promulgazione del D.L. 19/2020 del 24.03.2020 – convertito al momento di chiusura del presente articolo con L. 22.05.2020 n. 33 – che ha definito, in buona parte, il successivo assetto gestionale dell’emergenza, protrattosi con l’espansione del contagio a tutto il territorio nazionale (“FASE - NAZIONALE”)¹¹.

Con il D.L. 19/2020 poi convertito in L. 35/2020, di sostanziale superamento e salvaguardia delle disposizioni adottate sino a quel momento, il Governo ha proceduto adottando un articolato novero di interventi.

Si è preliminarmente classificata la tipologia di interventi e, dunque, di restrizioni, che possono essere “ordinate” a tutela del fondamentale diritto alla salute di tutti i cittadini interessati, così dettagliando il potere regolatorio *extra ordinem* di cui all’art. 1 del D.L. 6/2020 – già oggetto di critiche –: contestualmente si è disposta la salvaguardia di tutte le misure poste in essere sino al 25.3.2020 – data di promulgazione del cit. D.L. 19/2020 - ivi incluse quelle di Presidenti delle Regioni.

Si è altresì ulteriormente ribadito il carattere transitorio degli atti autoritativi/ordinanze consentiti dall’art. 1, comma 2, del D.L. cit. a mezzo dei DPCM attuativi.

Sotto il profilo regolatorio si è prevista l’adozione dei DPCM, anche su proposta del Ministero della Salute, con pareri obbligatori degli altri dicasteri (Min. Interno/Difesa/Economia/Agricoltura ecc.), nonché dei Presidenti delle Regioni interessate – per le misure inerenti porzioni definite del territorio nazionale –, nonché del parere “di norma” del Presidente della Conferenza delle Regioni, e di quello del Comitato Tecnico Scientifico di cui all’Ordinanza n. 630 sopra cit..

Ed ancora si è disposto un autonomo potere di ordinanza del Mini-

un opportuno riordino per ristabilire i principi, in *Guida al Diritto* numero 17, 11 aprile 2020.

¹¹ Misure di contrasto all’espansione su tutto il territorio nazionale sono contenute, in concreto, a partire dal DPCM 4 marzo 2020.

stero della Salute in casi di estrema necessità ed urgenza, e cioè nelle more della adozione di eventuale DPCM; si è disposto analogo potere concorrente di ordinanza delle Regioni per l'introduzione – in casi estremi di necessità ed urgenza – di misure restrittive ulteriori, sempre nelle more della adozione dei DPCM, che saranno emanati per far fronte a tali importantissime esigenze sanitarie.

Con riferimento agli enti locali il divieto, per i Sindaci, di adottare ordinanze contingibili ed urgenti dirette ad operare in contrasto con le misure disposte dai cit. DPCM, anche in senso eccedente ai limiti restrittivi contenuti nelle misure statali (il famoso caso “Messina” sul quale si tornerà infra).

Ed infine si è disposto l'obbligo del Presidente del Consiglio, o del Ministro delegato, di riferire, ogni 15 giorni, alle Camere sulle misure adottate per fronteggiare la pandemia.

Più in generale il D.L. cit. ha collegato in maniera funzionale l'esercizio dei poteri di ordinanza *extra ordinem* all'emergenza COVID, prevedendo il termine finale di tali poteri (31.7.2020 come da dichiarazione di emergenza), la durata limitata di ciascuna ordinanza (30 gg. salvo diversa rivalutazione), ed infine e soprattutto, il collegamento tra le misure restrittive adottabili, ed ivi descritte, e “*l'andamento epidemiologico*” della diffusione del contagio.

Quest'ultimo passaggio consente di affermare che “*l'esercizio del potere regolatorio emergenziale*”¹² è stato attribuito in maniera espressa a mezzo di individuazione delle misure astrattamente idonee a fronteggiare il virus, con richiamo ai principi di proporzionalità e adeguatezza che devono caratterizzare l'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*.

Il D.L. 19/2020, così tratteggiato, è stato convertito in legge n. 35/2020 senza significative modifiche apportate dalle Camere.

Superando in questa disamina l'ampio dibattito sviluppatosi sulla FASE - LOCALE di gestione dell'emergenza – 1.2.2020/25.3.2020 –, si può osservare che l'attività di gestione si è avviata ad un assetto “compiuto”, proprio con il citto D.L. 19/2020.

A questo proposito, ed ovviamente traendo spunto dai numerosi

¹² Tale definizione, unitamente ad una condivisibile critica delle fasi sopra tratteggiate della gestione dell'emergenza, è contenuta in G.M. SALERNO, *Diritto “emergenziale”: un opportuno riordino per ristabilire i principi*, in *Guida al Diritto*, numero 17, dell'11 aprile 2020.

commenti maturatisi prima, e dopo, la FASE - LOCALE¹³, si possono meglio precisare alcuni elementi di supporto della presente analisi, che trovano conferma nel cit. D.L. 19, e, in parte, nelle disposizioni di cui ai numerosi DPCM emanati in attuazione della stessa: non senza ribadire come, nella specie, si è in presenza di una ipotesi assolutamente peculiare di emergenza, aggravatasi di giorno in giorno, così che la gestione della stessa non ha seguito quelle che sono state le prassi applicative che hanno caratterizzato gli interventi di Protezione Civile, relativamente ai fenomeni tellurici/atmosferici/franosi che hanno interessato il nostro Paese negli ultimi 30 anni¹⁴.

Il Governo è così intervenuto anche sulla “catena di comando”, superando le disposizioni e/o le incomprensioni scaturenti dall’attuazione del D.L. 6, e così precisando, anche con tensioni istituzionali e non, le rispettive sfere di intervento delle “*Autorità Competenti*” – come in prima battuta indicate nel citato D.L. 6/20 –.

Senza alcuna pretesa di esaustività devono tracciarsi, alcune considerazioni sistematiche che, naturalmente, verranno ulteriormente in rilievo nella gestione attuale dell’emergenza, e, soprattutto, nella gestione di quella “FASE 2”, di riapertura, avviatasi con il regredire del virus.

In primo luogo deve rappresentarsi, e ribadirsi, la sussistenza del potere di ordinanza, *extra ordinem*, ed a carattere normativo – e ovviamente derogatorio della disciplina ordinaria di riferimento – in capo alla

¹³ Sul tema della legittimità delle misure emergenziali adottate dal Governo dopo la dichiarazione dello stato di emergenza vedasi A. D’ALIOIA, *Costituzione ed emergenza. L’esperienza del Coronavirus*, in BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 14 marzo 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, in BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 18 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; M. LUCIANI, *op. cit.*, 5 e ss..

Ci piace, poi, ricordare le parole di G. ZAGREBELSKY, *Se non basta obbedire*, in *La Repubblica*, del 30 aprile 2020, sulla insussistenza di reali pericoli di deriva autoritaria nel Ns. paese, bensì di un eccesso di disciplina “regolamentare” nelle ordinanze emergenziali (sic!).

¹⁴ Sul carattere eccezionale dell’emergenza COVID e sulla necessità che in caso di protrazione della situazione si proceda a mezzo legislazione ordinaria, e non con D.L. in deroga anche ad alcuni precetti costituzionali, vedasi F.S. MARINI, *op. cit.*, 11 e ss., cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 23 e ss.

Protezione Civile, e per essa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁵: tale potere risultava disciplinato a partire dalle disposizioni di cui agli artt. 3 e 5 della L. 225/92, oggi assorbiti nel Codice della Protezione Civile, di cui al D.lgs. n. 1/2018.

Le ordinanze in questione «... rientrano nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettare i parametri di legittimità: per cui al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce (tra le varie: Cons. Stato, IV; 29 luglio 2008, n. 3726). ...» (Cons. St. n. 701/2015).

In presenza di una formale, e legittima, dichiarazione di stato di emergenza il potere di ordinanza *extra ordinem* in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri/Protezione Civile, quale potere atipico e a carattere normativo¹⁶, deve dunque intendersi legittimamente attivabile, e in tal senso sono chiari i richiami contenuti nelle premesse dei DPCM adottati anche prima dell'emanazione del D.L. 6/2020.

L'intervento del Legislatore del febbraio 2020 – di cui al citato D.L. 6 – integra le previsioni del Codice della Protezione Civile, e introduce un elenco di interventi/restrizioni “comminabili” per effetto dell'emergenza in corso: si è osservato che «... L'Amministrazione avrebbe potuto continuare a esercitare il potere d'ordinanza in ossequio alle normative in essere, tra l'altro come visto già attivate (su tutti il TU della Protezione Civile e l'art. 32 della legge 833 del 1978), ma l'aggravarsi repentino della situazione necessitava di ampliare (e specificare) ulteriori poteri in capo all'amministrazione. Per tali ragioni si è giunti al D.L. 6 del 2020, poi attuato attraverso i DPCM. ...»¹⁷.

Come sopra osservato la *ratio* dell'intervento apertosi, con il D.L.

¹⁵ Sui poteri di ordinanza *extra ordinem* e della Protezione Civile vedasi E.C. RAFFIOTTA, *Le Ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, *Rivista A&C* n. 3/2017; più in generale G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, *Diritto Amministrativo*, 2016, 3 e ss.; ed ancora E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla legge n. 225 del 1992)*, in *Giur. Cost.* 2009, 2231 ss.; ID. *Le “fonti” dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2, 2010, pp. 185 ss.

¹⁶ A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti fatto*, in *Lo Stato*, 2, 2019, 475 e ss.

¹⁷ In questi termini E. C. RAFFIOTTA, *op. cit.*, e ss.; cfr. CAVINO, *op. cit.*.

6/2020, e poi allo stato “definito” con il D.L. 19/2020, è per l'appunto quella di pervenire alla definizione compiuta del “*potere regolatorio extra ordinem*”¹⁸ per fronteggiare l'emergenza COVID e, nel contempo, conformare l'esercizio di tale potere a mezzo di ordinanze rispettose, oltre che del principio di legalità sostanziale delle medesime, dei principi di proporzionalità, adeguatezza e “transitorietà” delle misure restrittive di volta in volta imposte¹⁹.

Il D.L. 19/2020 ha altresì, introdotto una disciplina compiuta del procedimento di emanazione delle ordinanze di Protezione Civile, nonché del riparto di competenze nell'emergenza COVID tra Presidenza del Consiglio dei Ministri/Ministero della Salute ed altri Dicasteri, nonché del riparto tra Amministrazione Centrale e Regioni.

In questa prospettiva è da condividersi pertanto la conclusione, già prospettata da autorevoli commentatori²⁰, in ordine alla duplice legittimazione dei DPCM in questione, in quanto fondati sia sull'ordinamento della Protezione Civile, che sui citati D.L., con conseguente e logico corollario per il quale «... alla fondazione dei decreti sia sul Codice, sia sui decreti-legge che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge. ...»²¹.

Ferme restando la natura di provvedimenti amministrativi dei DPCM cit., non è a dubitarsi che sia il Giudice Amministrativo (o il Giudice Ordinario in via incidentale, o la Consulta, attivata in via incidentale) che si dovrà interessare *principaliter* della legittimità dei suddetti DPCM e, dunque, della rispondenza degli stessi alle disposizioni di cui al Codice della Protezione Civile e a quelle di cui ai cit. D.L., anche sotto il profilo più strettamente procedimentale²²: di tanto si sono avuti primi riscontri, in sede cautelare ovviamente, da parte dei TAR – e

¹⁸ G.M. SALERNO, *Diritto “emergenziale”: un opportuno riordino per ristabilire i principi*, in *Guida al Diritto*, numero 17, 11 aprile 2020

¹⁹ Sul rapporto tra D.L. e ordinanze emergenziali vedasi A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e D.L. alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinarie del potere extra ordinem ...*, in *osservatiosullefonti.it*, n. 3/2016.

²⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 10 e ss.; cfr. RAFFIOTTA, *op. cit.*, 4 e ss.

²¹ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 12.

²² Sulla procedimentalizzazione del potere di ordinanza, per effetto della L. 225/92 e succ. mod., vedasi A. CARDONE, *op. cit.*, p. 19 e ss.

dello stesso Consiglio di Stato – aditi proprio con riferimento ad alcune disposizioni in tema di quarantena e di chiusura di attività produttive, riscontri allo stato di sostanziale “tenuta” del sistema così conformato²³.

Si è osservato nelle pagine che precedono come l'intervento del Legislatore operato con il D.L. 19/2020 rispondeva anche all'esigenza, a tutti apparsa evidente, di disciplinare i rapporti fra il Governo e le Regioni, connotati in determinati momenti, soprattutto della FASE LOCALE, da chiari profili di tensione istituzionale, e comunque caratterizzati da una “congerie” di ordinanze di difficile interpretazione sistematica da parte dei comuni cittadini e delle Forze dell'Ordine, che quotidianamente hanno operato sul territorio per garantire il rispetto delle prescrizioni di tutela dal contagio.

È noto che la materia della Protezione Civile – così come del resto quello inerente la tutela della salute – è stata ritenuta “concorrente”, e per l'effetto le relative attribuzioni devono intendersi ripartite tra l'Amministrazione Centrale e le Regioni: anche di recente la Corte Costituzionale con la sentenza 246 del 2019, ha del resto confermato che «... in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della Protezione Civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (cfr. sentenza n. 8 del 2016)”, entro un principio di “coinvolgimento delle Regioni [che] è previsto in generale dal Codice della Protezione Civile del 2018. ...» (Corte Cost., sent. 246 cit. ed anche Corte Cost. n. 8/2016.).²⁴

²³ Fra le altre TAR Sardegna, D. Pres. 141 del 20 aprile 2020 sulla legittimità di un'ordinanza regionale di chiusura integrale delle librerie in attuazione ampliata dell'ord. PCM n. 19 del 13 aprile 2020: più di recente vedasi la sentenza TAR Calabria n. 841 del 9 maggio 2020, sulla quale si tornerà infra;

²⁴ Proprio in tema di riparto di competenze la decisione 246/2019 cit. ha precisato ulteriormente che: «... Inoltre, la «protezione civile», proprio perché inevitabilmente tocca competenze diverse, anche regionali, ha altresì assunto un ruolo di competenza statale “trasversale”, seppur concorrente, idonea a condizionare o a limitare l'esercizio di competenze regionali in altri settori, come quello relativo al «governo del territorio» o, più specificamente, agli interventi edilizi in zone sismiche. A doppio titolo, pertanto, la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato, deve prevedere un idoneo coinvolgimento delle Regioni: da una parte, la chiamata in sussidiarietà a livello centrale di funzioni amministrative in materia di «protezione civile» in caso di emergenza di rilievo nazionale richiede il rispetto del principio di leale collaborazione; dall'altra parte, tale necessario coinvolgimento viene in rilievo anche perché

Nella FASE - LOCALE dell'emergenza, che ha interessato solo alcuni territori, si sono avute numerose ordinanze regionali in contrasto,

l'avvio della ricostruzione incrocia altresì la competenza concorrente delle Regioni in materia di «governo del territorio». Ha evidenziato questa Corte (sentenza n. 22 del 2012) che la riforma attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) ha inserito la «protezione civile» tra le materie di potestà legislativa concorrente, riservando allo Stato la sola determinazione dei principi fondamentali, con la conseguenza che i poteri legislativi e amministrativi, già attribuiti allo Stato, possono trovare attuazione esclusivamente in forza della «chiamata in sussidiarietà», e che la gestione degli stessi deve essere improntata al principio di leale collaborazione. In attuazione di tale principio il coinvolgimento delle Regioni è previsto in generale dal codice della protezione civile del 2018, che, in linea di continuità con la legge n. 225 del 1992, contiene, in plurime disposizioni, ripetuti momenti di collegamento con le Regioni (nonché con le Province autonome di Trento e di Bolzano) e, altresì, è stato adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata. In particolare, l'art. 3 del codice prevede che fanno parte del Servizio nazionale della protezione civile, articolato in strutture operative nazionali e regionali, anche i presidenti delle Regioni in qualità di autorità territoriali di protezione civile, assegnatarie delle attribuzioni specifiche di cui all'art. 6. In generale, poi, il successivo art. 15 stabilisce che le direttive del Presidente del Consiglio dei ministri, che assicurano l'indirizzo unitario, nel rispetto delle peculiarità dei territori, per l'esercizio della funzione e lo svolgimento delle attività di protezione civile, sono adottate su proposta del capo dipartimento della protezione civile e previa intesa, da sancire in sede di Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni. La stessa tipologia degli eventi calamitosi, che attivano l'intervento della protezione civile, chiama in causa le Regioni per la gestione delle emergenze di estensione e rilevanza intermedia: quelle di cui alla lettera b) dell'art. 7 del codice. Invece le emergenze riconosciute come di rilievo nazionale sono fronteggiate con mezzi e poteri straordinari (con tipica chiamata in sussidiarietà), da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24 del codice, e segnatamente con le ordinanze commissariali di cui all'art. 25. In ogni caso sia la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 24), sia le ordinanze commissariali di protezione civile (art. 25), sono adottate previa intesa con i presidenti delle Regioni interessate. Il tipico coinvolgimento delle Regioni, in attuazione del principio di leale collaborazione, che governa sia la chiamata in sussidiarietà a livello statale, sia l'intreccio delle materie, nella fattispecie, di competenza concorrente, si colloca quindi a livello di codeterminazione di numerosi atti, specificandosi pertanto nella prescrizione della previa intesa, prevista infatti altresì da numerose ulteriori norme del codice (artt. 8, 9, 15, 17, 29, 37, 38, 42 e 45). Sono proprio i principi di sussidiarietà e di adeguatezza – ha sottolineato questa Corte (sentenza n. 32 del 2006) – ad aver indotto il legislatore statale a prevedere un'articolazione delle competenze amministrative in maniera tale da conciliare le necessarie esigenze unitarie e il carattere decentrato e diffuso dell'organizzazione della protezione civile. ...».

apparente o sostanziale non viene in questa sede in rilievo, con le disposizioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri (caso Marche)²⁵.

Il D.L. 19/2020 ha, pertanto, disciplinato un “eccezionale” riparto di competenze nei termini descritti nel capo che precede, e ha sostanzialmente adottato soluzioni volte ad una gestione unitaria ed accentrata dell'emergenza, nonché ad una concreta semplificazione della “catena di comando”: in caso di provvedimenti a valenza territoriale limitata ha previsto un parere del Presidente della Regione interessata, nel caso di ordinanza a valenza nazionale si è statuito di procedere con il parere del Presidente della Conferenza delle Regioni.

Sulla ammissibilità di interventi volti alla gestione unitaria di situazioni emergenziali, la Consulta si era già espressa ritenendo conformi al dettato costituzionale le ordinanze di Protezione Civile, in quanto espressive di principi fondamentali della materia «... che assumono una valenza particolarmente pregnante quando sussistono ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato ...» (Corte Cost. sent. 284/2006).

In sede di approvazione del T.U. n. 1/2018 il Consiglio di Stato, con parere espresso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi (Adunanza del 19/12/2017), rilevava l'esigenza di “misure di semplificazione” del riordino del sistema nazionale della Protezione Civile, segnalando che talora «... lo strumento dell'intesa, sicuramente rispettoso delle autonomie, potrebbe rischiare di rendere sub-valente l'interesse nazionale rispetto a quello regionale», così che l'intesa è stata sostituita in alcuni casi (art. 9 T.U. 1/2018) con il mero “raccordo”. Non di meno, la stessa citata decisione 246/2019 della Consulta ha dichiarato illegittimo in parte qua il D.L. 109/2018 – sul tema della messa in sicurezza della rete nazionale infrastrutture e trasporti – ritenendo che il testo emerso in sede di conversione, laddove escludeva l'intesa con le Regioni interessate, costituisse un ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle amministrazioni regionali in violazione del principio di leale collaborazione e dei parametri di sussidiarietà di cui all'art. 117.3 e 118.1

²⁵ Vedasi il provvedimento del TAR Marche, I sez, Decr. Pres. 27 febbraio 2020 che ha sospeso ordinanza del Pres. Reg. Marche che, pur in assenza di casi di contagio conclamati nella Regione Marche alla data del 25 febbraio 2020 (sic!), procedeva ad applicare sul territorio regionale il regime emergenziale già disposto per alcuni Comuni della Lombardia e del Veneto.

Cost. laddove, e per la parte in cui, il Legislatore aveva sostituito l'intesa con il "parere"²⁶.

In ordine alla disciplina positiva dei contenuti e limiti delle ordinanze regionali, in entrambi i casi sopra tratteggiati di cui al D.L. 19/2020, appare evidente che si è in presenza di norme di semplificazione volte ad una "forma di consultazione rafforzata"²⁷, e non certo ad una intesa in senso forte: maggiori perplessità suscita in questa prospettiva il ruolo attribuito al Presidente della Conferenza delle Regioni ma, anche in questo caso, le previsioni di legge eccezionale di cui al D.L. 19/2020 appaiono inevitabilmente coerenti con gli scopi di semplificazione e accelerazione che hanno caratterizzato gli interventi di Protezione Civile nella attuale FASE 1 dell'emergenza.

Se non siamo in presenza, dunque, di un "intesa forte", così come del resto configurata dall'art. 25 del T.U. della Protezione Civile, è altresì evidente che le ragioni eccezionali del superamento di tale intesa, operata con il D.L. 19/2020 (naturalmente si dovrà verificare il testo della legge di conversione), appaiono di immediato rilievo.

Non di meno lo stesso D.L. 19/2020 contiene alcune ulteriori precisazioni in ordine al contenuto, possibile, delle ordinanze regionali dal carattere assai più stringente e conformativo: se è vero, infatti, che le Regioni, quali soggetti/autorità del sistema della Protezione Civile ex art. 6 del T.U. 1/2018 possono emanare autonome ordinanze in specifiche situazioni di pericolo, ebbene tale potere è stato nella specie limitato solo nelle more dell'adozione di apposito DPCM, così confermando l'accentramento in senso unitario della gestione dell'emergenza COVID in capo al Governo.²⁸

Si è osservato che il rapporto in materia di interventi di Protezione Civile fra i diversi possibili livelli di gestione dell'emergenza, e dunque di tutela della salute, è collegato ad una valutazione complessiva

²⁶ La tenuta costituzionale dell'intervento emergenziale di cui al D.L. 19/2020 dovrà essere verificata con peculiare rilievo anche, e soprattutto, ai poteri conferiti al Commissario Arcuri dall'art. 122 del D.L. 18/2020, nell'ambito del quale la posizione delle regioni è chiaramente posta in un ruolo di subordinazione rispetto all'attività del Commissario – vedasi infra Cap II –.

²⁷ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 4 e ss.

²⁸ Non è a dubitarsi che la tenuta costituzionale dell'impianto normativo così descritto, sotto il profilo dei rapporti con le Regioni, è inversamente proporzionale ai limiti temporali e funzionali delle norme derogatorie adottate in ragione della ampiezza e durata degli interventi limitativi delle funzioni ordinarie delle Regioni interessate.

dell'impatto economico e sociale delle misure emergenziali che inevitabilmente, vengono ad incidere sul sistema economico e sui diversi strati sociali che lo compongono²⁹.

Lo stesso D.L. 19/2020 introduce un limite contenutistico ulteriore alle ordinanze regionali disponendo che le stesse non possono contenere misure che incidano su attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia.

Le tensioni con le Regioni maggiormente colpite dal contagio sul tema della limitazioni/restrizioni delle attività produttive sono sotto gli occhi di tutti³⁰ e, nella prospettiva della FASE 2³¹, appare evidente come questo sia uno dei profili di maggiore criticità della gestione dell'emergenza.

È assolutamente ragionevole l'accentramento in capo al Governo, e per esso alla Protezione Civile, della gestione dell'emergenza in ragione del progressivo evolversi del contagio su scala nazionale, e delle misure precauzionali necessarie a fronteggiarlo, e del loro rilievo economico sociale nei termini sopra esposti. Non di meno la sussistenza di una funzione concorrente delle Regioni, in materia di Protezione Civile rende particolarmente complessa la gestione della fase di riapertura delle attività/servizi, e della stessa circolazione all'interno del nostro Paese.

Su questi temi si è avuto un primo, e più motivato, riscontro giurisprudenziale, con la citata sentenza del TAR Calabria 841 del 9.5.2020 che ha accolto, nel merito, il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l'ordinanza della Presidente della Regione

²⁹ M. LUCIANI, *op. cit.*, osserva che «... Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può che essere affidato allo Stato. Non si tratta, dunque, soltanto di far valere quella "esigenza di uniformità della tutela di diritti costituzionalmente garantiti, uniformità che risulterebbe compromessa da una frazionamento istituzionale di competenze", di cui parla una risalente pronuncia sempre della Corte Costituzionale, ma di tenere complessivamente conto di tutti gli interessi e diritti in giuoco, necessariamente su scala nazionale. ...».

³⁰ Il tema dei contrasti sulla FASE 2 è di quotidiana evidenza: le stesse iniziative dei Presidenti della Regione Veneto, della Regione Lombardia e della Regione Campania sulla conformazione delle modalità di ripresa delle attività produttive rendono evidente come tale previsione del D.L. 19/2020 non sia oggettivamente "rispettata".

³¹ Le tensioni sulla cd. "FASE 2" sono agli onori della cronaca anche in relazione ai passi "in avanti" della Regione Calabria sul tema della gestione delle attività di ristorazione all'aperto.

Calabria ampliativa delle possibilità di ristorazione all'aperto: come era facile prevedere la disciplina della FASE 2 è stata caratterizzata da "spinte regionali" distinte sia in termini di riapertura delle attività produttive, sia in termini di libera circolazione fra Regioni ecc. ecc..

In questa prospettiva la Presidenza del Consiglio ha ritenuto che l'ordinanza "ampliativa" delle possibilità di ristorazione all'aperto, promulgata dalla Presidente della Regione Calabria in data 29.4.2020, se configurasse in aperto contrasto con le previsioni di cui alla Ord. PCM del 26.4.1990 di disciplina (nel periodo 4.5.2020/17.05.2020) della graduale riapertura di alcune attività economiche con limitazione per quelle di ristorazione alla sola attività on line, da asporto.

I Giudice calabresi di prime cure hanno accolto il ricorso del Governo, confermando la giurisdizione amministrativa sulle ordinanze contingibili ed urgenti, e recependo, in buona sostanza, le tesi sin qui sviluppate in ordine al carattere di disciplina complessiva dell'emergenza COVID, sotto il profilo procedimentale, assegnato al D.L. 19/2020: lo stesso TAR adito individua nell'art. 117, comma 2, lett. q) il parametro costituzionale "fondativo" dell'intervento statale "accentratto", così come nell'art. 118, comma 1 – principio di sussidiarietà – l'ulteriore base dell'intervento del Legislatore a mezzo del cit. D.L. 19/2020.

Per effetto delle predette considerazioni il TAR adito ha escluso qualsivoglia ipotesi di illegittimità costituzionale dell'assetto/riparto di competenze ex D.L. 19/2020 sin qui descritto, ed inevitabilmente si è accolta la domanda di annullamento della ordinanza del Presidente della Regione Calabria³².

In prospettiva futura la materia dovrebbe essere, a sommosso avviso dello scrivente, oggetto di una disciplina normativa integrativa del Codice della Protezione Civile contenente, per l'appunto, i tratti procedurali ed il riparto di competenza sopra descritti, per le ipotesi di emergenza nazionale derivanti da contagio che assumono caratteristiche del tutto peculiari.

Nel breve termine una disciplina compiuta potrebbe essere oggetto di una intesa all'interno della Conferenza Stato/Regioni – da recepire se del caso con apposita norma di legge – al fine di superare le cennate cri-

³² Su questa vicenda vi è ampia rassegna stampa e i primi commenti appaiono in gran parte adesivi alle tesi del TAR Calabria.

ticità: in tal senso, e con riferimento alla FASE 2 è stata attivata una fase di “intesa” sulle riaperture proprio in sede di Conferenza Stato/Regioni, poi culminata nella promulgazione del D.L. 16.05.2020 n. 33, che ha reintrodotto una fase disciplinata dalle Regioni in ordine alle modalità di riapertura delle attività economiche.

Il potere di ordinanza, contingibile ed urgente, preordinato a fronteggiare situazioni di emergenza che mettano in pericolo la pubblica e privata incolumità è, come noto, attribuito nel nostro ordinamento anche agli enti locali, e per esso ai Sindaci (ex artt. 50.5 e 54 del TUEL)³³: tali poteri sono stati significativamente estesi dal D.L. 20.3.2017 n. 14 (conv. in L. 48/17) anche alle ipotesi di incuria, degrado del territorio dell’ambiente e pregiudizio al decoro medesimo e alla vivibilità urbana così ampliando il concetto di contingibilità ed urgenza al settore della “Sicurezza Urbana”.

Analoghi poteri sono stati posti in capo agli enti locali anche in materia ambientale e sanitaria: lo stesso art. 32 della L. 833/78 ha previsto che, in materia di sanità pubblica, i poteri di ordinanza fossero distribuiti tra Ministero Sanità, Presidenti delle Regioni e Sindaci in ragione della dimensione dell’emergenza sanitaria che originava l’intervento³⁴.

L’esercizio di siffatti poteri negli ultimi mesi ha dato la “stura” alla emanazione di disposizioni spesso non coerenti con il quadro degli interventi posti in essere dalla Protezione Civile.

In particolare se da un canto, e per effetto di quanto sopra esposto, c’era da ritenersi, inequivocabilmente, la sussistenza di un potere di ordinanza in capo ai Sindaci interessati, è altresì vero che il tenore generico del D.L. 6/2020 – che come già detto parlava di “Autorità competenti” in ordine alla individuazione dei soggetti facoltati all’esercizio di funzioni di Protezione Civile – ha finito per legittimare ulteriormente l’operato dei Sindaci che, ai sensi dell’art. 3.2 del cit. D.L. 6 avrebbero

³³ In generale sul sistema delle ordinanze contingibili ed urgenti degli enti locali vedasi G. MANFREDI, *Potere di ordinanza - Dir. Amm.* -, in Treccani on-line 2019.

³⁴ Sul fondamento dei poteri di ordinanza in base all’art. 32 della L. 833/1978 si sofferma anche la citata sentenza del TAR Calabria 841/2020 al fine di escludere la possibilità di invocare siffatta disposizione in presenza di ordinanze della PCM emanate ex D.L. 19/2020 e sostanzialmente “tipizzate” nella stessa previsione di cui all’art. 1 del D.L. cit. – principio della *Lex specialis posterior* .

dovuto limitarsi a non adottare ordinanze in contrasto con i già cit. DPCM³⁵.

È accaduto così che nella cd. FASE - LOCALE di prima gestione dell'emergenza, vi siano state situazioni di evidente confusione a mezzo dell'adozione di ordinanze sindacali, anche in parte sovrapponibili con i cit. DPCM, ma che hanno condotto inevitabilmente ad un accavallarsi di misure precauzionali che hanno confuso cittadini ed operatori.

Per converso non può non segnalarsi come in alcuni casi – vicenda Ischia³⁶ gli stessi interventi dell'Amministrazione Centrale, ed in particolare dei Prefetti, sono stati centrati ad un “rispetto letterale” delle disposizioni di Protezione Civile nazionale vigenti, “rispetto” che di lì a poco è apparso travolto dall'espandersi del contagio.

Queste vicende hanno, pertanto, originato, come già cennato, l'intervento di cui al D.L. 19/2020 che ha, infine, disciplinato, questa volta con maggiore chiarezza, il ruolo residuale delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti nel senso di limitare le attività di competenza degli enti locali³⁷.

Tale disciplina è stata oggetto di un primo accertamento incidentale di legittimità – e dunque di efficacia – da parte del Consiglio di Stato con il parere di cui all'Adunanza della Sez. I del 7.4.2020³⁸ con riferimento alla illegittimità, e dunque annullabilità, dell'ordinanza del Sindaco di Messina, che ha ritenuto di istituire un sistema di registrazione comunale – e susseguente autorizzazione – al fine di fare ingresso in Sicilia attraverso il porto di Messina.

³⁵ Sul punto vedasi di L. A. MAZZAROLLI, *op. cit.*.

³⁶ La vicenda delle ordinanze sindacali COVID messe per limitare gli accessi all'isola, oggetto di annullamento prefettizio, è descritto da A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del COVID-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza COVID.

³⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*, 22 e ss., correttamente precisa che «... Il significato precettivo e chiaro l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale ...».

³⁸ Sull'argomento vedasi il commento di A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: "l'isola della regione nel caso delle opinioni"*, (una lettura del parere 7/4/2020 n. 260/2020) in *GiustiziaAmministrativa.it*, sito istituzionale che si sofferma, per l'appunto, sulla necessità di una riflessione profonda sulle modalità giuridiche di gestione dell'emergenza; ed anche N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il COVID-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *www.dirittiregionali.it*.

Su questa vicenda viene in rilievo la lettura delle disposizioni del D.L. 19/2020 da parte del Ministero

Interno, condivisa integralmente dal Consiglio di Stato³⁹, che conferma, in prima battuta, il quadro ricostruttivo di tale primo “bimestre emergenziale” proposto nei capi che precedono.

Anche in ordine al rapporto tra misure di protezione civile adottate dagli enti locali e gestione unitaria ed accentrata dell'emergenza COVID, così come conformata con il D.L. 6/2020, e con il successivo D.L. 19/2020, valgono le più generali considerazioni sopra sviluppate sul carattere di eccezionalità dell'emergenza pandemica e delle misure così adottate.

Non senza ribadire come è evidentemente necessaria una lettura prospettica, costituzionalmente orientata, che consenta di riprendere gli ammonimenti di Corte Cost. 14.4.1995 n. 127 che, pronunciandosi su di un conflitto di attribuzione in tema di emergenza ambientale nel territorio della Regione Puglia, affermava che «... l'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale L'esercizio del potere di ordinanza del Presidente del Consiglio deve dunque risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali ...», principio questo che naturalmente deve ritenersi estensibile anche alle misure limitative, attualmente in vigore con riferimento ai poteri di ordinanza agli enti locali.

3. Il procedimento di acquisizione dalle forniture in emergenza COVID: dalle ordinanze di Protezione Civile a quelle dei soggetti attuatori

Sulla scorta della disciplina “generale” oggetto dei capi che precedono o si deve procedere ad esaminare, più da vicino, i procedimenti di

³⁹ «... Sussistono dunque i vizi di legittimità, per diretta violazione della normativa statale speciale sopra richiamata, come denunciati sia dal Min. Interno, sia dalla PCM, anche tra l'altro perché l'ordinanza in esame viola i limiti di oggetto di cui al comma 1 dell'art. 3 del D.L. 19/2020, con “incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale” (quale il transito e trasposto di merci sullo stretto di Messina), in violazione del divieto sancito dal comma 1 dell'art. ora cit., e perché non adduce adeguatamente quelle “specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso” che sole avrebbero potuto legittimare l'adozione ...» (Cons. St. parere cit., capo 8.4) dell'ordinanza del Sindaco di Messina.

acquisizione dei famigerati “DPI – Dispositivi Protezione Individuale –”⁴⁰ che si sono resi immediatamente necessari con lo svilupparsi del virus. È apparso, infatti, evidente sin dalle prime settimane dell'emergenza che né le prime Regioni interessate dal contagio (Lombardia, Veneto, Piemonte, Marche ecc.), né le altre, avevano, in concreto, le dotazioni necessarie per fronteggiare l'espansione del virus.

È necessario, quindi, descrivere le ordinanze della Protezione Civile che hanno caratterizzato la fase di avvio della gestione dell'emergenza, e, procedere ad un tentativo di individuazione dei soggetti che sono stati chiamati ad attivarsi sul territorio nazionale, anche alla luce dei successivi D.L. che, come si dirà, si sono poi occupati della materia.

Sin d'ora è, purtroppo, agevole segnalare come numerose iniziative sono apparse sostanzialmente “improvvide”, e/o comunque si sono manifestate non utili: nel contempo è, altresì, evidente che nella situazione di emergenza COVID è purtroppo maturato un “sistema” derogatorio generalizzato in materia di affidamento dei contratti pubblici “sistema”, che ha manifestato sin dalla partenza carenze “gestionali” di non scarso rilievo.⁴¹

4. Soggetti chiamati a gestire l'emergenza COVID

Le ordinanze della Protezione Civile che hanno caratterizzato questa prima fase prendono le mosse con l'ordinanza n. 630 del 3.2.2020 e

⁴⁰ Sui dispositivi necessari per fronteggiare l'emergenza COVID vedasi le indicazioni dell'ISS, nel testo aggiornato sino al 28.3.2020, disponibile sul sito dell'Istituto

⁴¹ S. STAIANO, *op. cit.*, p. 549 e ss. Si è osservato che «... benché si sia operato, come nell'ordine delle cose nella fase dell'emergenza con modalità in deroga, i problemi strutturali delle amministrazioni pubbliche sono regolarmente riemersi in tutta la loro cruda evidenza ...».

Nelle ultime settimane le vicende relative all'acquisizione dei DPI da parte delle diverse Amministrazioni sono state agli onori della cronaca (vedasi La Repubblica del 25.4.2020 e Corriere della Sera di pari data): indipendentemente dagli accertamenti penali, che seguiranno il loro corso, le difficoltà operative delle attività di approvvigionamento sono state descritte in modo molto interessante dal prof. M. Comba in una lunga intervista pubbl. su Italia Oggi del 25.4.2020, laddove l'interessato, nella qualità di Presidente della S.C.R. Piemonte Spa – Centrale di Acquisti della Regione Piemonte – ha individuato i profili di criticità di tali approvvigionamenti, e più in generale le difficoltà scaturite dall'attuale TUA, anche alla luce di significative esperienze maturate in altri Ordinamenti Europei.

seguenti, con le quali –, seguendo uno schema utilizzato anche in altre fattispecie emergenziali, il Dipartimento della Protezione Civile –, per effetto della delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020 - dichiarativa dello stato di emergenza (per 6 mesi) –, ha individuato la funzione di coordinamento degli interventi in capo al Dipartimento della Protezione Civile, l'utilizzo di soggetti attuatori, l'istituzione – come già detto – del Comitato Tecnico Scientifico per fronteggiare la pandemia, e, all'art. 3 dell'ordinanza citata, le disposizioni normative oggetto di deroga da parte del Dipartimento e dei soggetti attuatori.

Lo schema seguito è, come detto, omogeneo a quello, seguito in altre fattispecie emergenziali sulla scorta delle previsioni dell'art. 5 della L. 225/92, – oggi artt. 5 e 24 del TU 1/2018 –: al verificarsi di stati di emergenza, dichiarati dal Consiglio dei Ministri, a partire dalla L. 225/92 è stata disciplinata l'adozione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per essa del Dipartimento della Protezione Civile, di «ordinanze in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (art. 5 cit.): la legge del '92 ha, in buona sostanza, disciplinato il tradizionale potere di ordinanza extra ordinem da sempre connaturato alla gestione di eventi emergenziali, così come del resto riconosciuto a partire da Corte Cost. n. 8/1956⁴².

La disciplina di riferimento dell'ordinanza n. 630 citata, è costituita

⁴² Sui temi generali delle ordinanze emergenziali vi è notevole produzione: fra gli altri si segnalano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo* 2016, 33 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Poteri di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; C. MARZUOLI, *Il Diritto Amministrativo dell'Emergenza*, Milano, Giuffrè 2006; M. BROCCA, *L'Altra Amministrazione. Profili strutturali e funzionali del Potere di Ordinanza*, ESI Napoli, 2012; G. MANFREDI, *Poteri di Ordinanza – Diritto Amministrativo* - Voce della Treccani -Online, 2019; F. TEDESCHINI, *Emergenza - Diritto Amministrativo* - Voce della Treccani, - Online, 2017.

Sui rapporti tra i poteri di ordinanza del Governo e i Decreti Legge vedasi A. CARDONE, *Il Rapporto tra Ordinanze di Governo e Decreti Legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012 fascicolo 2.

Sull'esercizio dei poteri di ordinanza, e più in generale sul funzionamento della Protezione Civile, vedasi E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le Ordinanze di Protezione Civile per l'attuazione di decreti legge e altri scostamenti dalla legge n. 625/92*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2131 e ss.; ed ancora E. RAFFIOTTA, *LE Ordinanze Emergenziali nel Diritto Comparato*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; S. SPUNTARELLI, *Normatività ed Efficienza del Sistema delle Ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visco*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo n. 3/2017.

per l'appunto, dal richiamo allo stato di emergenza dichiarato dal Governo e, in tale ambito, ha precisato le disposizioni di legge oggetto di deroga espressa: di lì a breve lo stesso Dipartimento ha proceduto alla individuazione dei soggetti attuatori nella persona dei Presidenti delle Regioni interessate (vedasi ordinanze Prot. Civ. dal 22 febbraio 2020 al 27 febbraio 2020): analoga designazione si è avuta in favore del Segretario Generale del Ministero della Salute (ordinanza del 7.2.2020) e di CONSIP (ordinanza del 5.3.2020), società pubblica designata per l'acquisizione delle forniture al sistema sanitario, nonché di INAIL (vedasi art 10 D.L. 18/2020).

Il “*modus procedendi*” della Protezione Civile è, come osservato, coerente alle disposizioni del T.U. n. 1/2018 ed alla prassi applicativa seguita in fattispecie simili: su questi temi si è osservato che, pur in presenza delle previsioni di cui alla L. 225/92, il rapporto fra le ordinanze “aperte”⁴³ a carattere normativo della Protezione Civile, ed i decreti legge è sempre stato eterogeneo: se è vero che tali ordinanze costituiscono a tutti gli effetti atti formalmente amministrativi, è altresì evidente che le stesse, proprio per il loro carattere *extra ordinem*, non hanno un contenuto tipizzato, poiché né la L. 225/92, né i successivi provvedimenti normativi (di volta in volta emanati in relazione alle singole fattispecie emergenziali), hanno caratterizzato/individuato il contenuto delle successive ordinanze applicative, proprio in ragione della “variegatezza” delle situazioni emergenziali e delle susseguenti soluzioni praticabili⁴⁴.

Si è osservato, nella ricerca del fondamento costituzionale, di tali ordinanze che l'interazione fra D.L. e ordinanze di emergenza nel corso degli anni si è evoluto a partire dalle vicende del terremoto del

⁴³ Sul tema delle ordinanze aperte vedasi G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 37 e ss.; ed ancora vedasi V. Cerulli Irelli, *Principio di Legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 377 e ss.. La stessa Corte Costituzionale parla delle ordinanze di Protezione Civile quali atti amministrativi a contenuto sostanzialmente aperto, ma caratterizzati dalla funzione temporanea di salvaguardare interessi che trascendono da quelli delle singole Comunità Locali (vedasi Cort. Cost. sent. n. 8/2016; cfr. sent. n. 159/2014).

⁴⁴ Sul tema della “variegatezza” delle ordinanze, e dunque del loro carattere libero e, più in generale non tipizzato, vedasi le note di S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 9 e ss.; cfr. R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 147 e ss.. In generale sul tema del rispetto del principio di legalità sostanziale, anche in presenza di ordinanze a contenuto libero, vedasi G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 35 e ss.

23/nov./80. Con la L. 225/92 si è strutturato un sistema di Protezione Civile che ha condotto, almeno in parte, ad una tipizzazione del potere extra ordinem⁴⁵, e, più nello specifico di una “procedimentalizzazione del potere di ordinanza”⁴⁶.

Sotto il profilo strutturale dell’esercizio del potere di ordinanza si sono previste con la L. 225/92 ordinanze generali, a carattere normativo, attributive di poteri in deroga, atti attributivi di poteri, di solito connessi alla dichiarazione di emergenza, con onere di motivazione e di istruttoria: sotto quello funzionale devono, invece, essere inquadrati gli adempimenti “pubblicitari” (di cui infra), e quelli in tema di rendicontazione delle contabilità speciali, di volta in volta istituite⁴⁷.

Da tali previsioni è uscito confermato che il carattere “aperto” di tali provvedimenti debba essere verificato sotto il profilo della legalità “procedimentale”; in altri termini in assenza di specifiche disposizioni di legge, la correttezza dei provvedimenti emergenziali – anche quelli a carattere generale come nella specie – deve essere verificata in ragione dei caratteri di adeguatezza, proporzionalità e transitorietà degli effetti dell’intervento emergenziale. In questa ottica la Consulta ha ritenuto che l’esercizio del potere di ordinanza debba essere motivato – indicazione del resto recepita anche dall’art. 5 L. 225/92 –, e che l’esercizio di tali poteri non possa incidere su settori dell’Ordinamento «... con approssimatività senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione...» (Corte Cost. n. 127/1995). La stessa Consulta ha, del resto, individuato nel rispetto del principio di proporzionalità tra il sacrificio imposto ai cittadini/impresenti/enti locali ed i fini di interesse pubblico specifico scaturenti dalla situazione di emergenza, un elemento di necessaria valutazione per la verifica della legittimità “procedimentale degli interventi emergenziali”.

L’art. 42 del D.Lgs. 33/2013 ha ulteriormente regolato l’esercizio del potere di ordinanza espressamente prevedendo che: «... i provvedimenti emergenziali debbano contenere l’indicazione espressa delle

⁴⁵ Sull’analisi della “procedimentalizzazione del potere di ordinanza”, e delle sue fasi, vedasi A. CARDONE, *op. cit.*, 18 e ss.

⁴⁶ A. CARDONE, *op. cit.*, 21 e ss.

⁴⁷ Una verifica di tali elementi strutturali e funzionali dei poteri di ordinanza nell’ambito dell’emergenza COVID dovrà essere sviluppata anche alla luce delle deroghe – di cui infra – contenute nei D.L. poi culminati della L. 27/2020.

norme di legge derogate i termini temporali per l'esercizio dei poteri di ordinanza ed il costo previsto per l'attuazione di tali interventi...».

Si può, dunque, affermare che le disposizioni della Protezione Civile nella FASE 1 dell'emergenza COVID appaiono, prima facie, legittime in ragione della sussistenza dichiarata dello stato di emergenza, della transitorietà dello stesso (allo stato previsto in 6 mesi), e del carattere adeguato e proporzionale delle deroghe previste, ab origine, con l'ordinanza n. 630 cit., al regime ordinario degli appalti pubblici.

I successivi D.L. nn. 9/2020, 11/2020, 14/2020 – abrogati dall'art. 1 della L. 27/2020 – hanno inteso descrivere il novero degli interventi azionabili a mezzo DPCM per effetto dell'emergenza COVID, e, più in generale, hanno inteso regolare – o sarebbe il caso di dire “provare a regolare” – la “catena di comando” ed il riparto di competenze per fronteggiare il virus su scala nazionale⁴⁸.

Le deroghe alla normativa ordinaria previste, e di seguito attuate a partire dall'ordinanza n. 630 cit., appaiono dunque adeguate e proporzionate, rispetto ad un sistema ordinario di acquisizione delle commesse pubbliche ex T.U. 50/2016 che, come da più parti osservato, non consente, né avrebbe consentito, rapidità ed efficacia nell'azione amministrativa di approvvigionamento delle suddette forniture di DPI.

Il modificarsi del quadro emergenziale, sin dalle prime settimane del febbraio 2020, ha generato la innegabile esigenza di allargare il novero dei soggetti attuatori⁴⁹, sia a livello centrale (Ministero Salute/CONSIG/INAIL, ecc.), sia a livello locale, attribuendo le funzioni relative ex art 25 T.U. 1/2018 ai Presidenti di tutte le Regioni: anche tale previsione appare coerente con il quadro normativo di riferimento dal momento che il T.U. 1/2018 – art. 25.6 – ha individuato nei Presidenti delle Regioni i soggetti corresponsabili degli interventi di Prote-

⁴⁸ Sul tema generale delle ordinanze di Protezione Civile in deroga al TUA, vedasi S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 9 e ss.: sul tema specifico vedasi U. FRANGIPANE, *Gli Appalti Pubblici al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it* – Osservatorio Emergenza COVID-19; ed ancora V. SCARPA, *Emergenza Sanitaria COVID-19, possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti*, in *Biodiritto.it*, marzo 2020

⁴⁹ Sul tema dei “soggetti attuatori” deve precisarsi che i Presidenti delle Regioni, unitamente ai Sindaci Metropolitan, sono individuati dall'art. 6 del T.U. 1/2018 quali Autorità Territoriali di Protezione Civile: l'art. 25.6 del medesimo T.U. 1/2018 individua, “di norma”, nei predetti rappresentanti locali i soggetti attuatori delle ordinanze di Protezione Civile.

zione Civile su base locale, seguendo le indicazioni in tal senso provenienti dal T.U. n. 1/2018⁵⁰.

In altri termini si parla di soggetti ai quali è assegnato – ex art. 6 del T.U. 1/2018 –, sotto il coordinamento della Protezione Civile, la gestione degli interventi emergenziali su base locale.

La scelta di avvalersi dei Presidenti delle Regioni operata dalla Protezione Civile a partire dall'ordinanza 630 cit, e messa in esecuzione con le successive designazioni dei Presidenti di tutte le Regioni e Province Autonome è, dunque, coerente, soprattutto nel caso dell'emergenza COVID, con l'esigenza di intervenire con efficacia nei territori interessati dal contagio.

Ferma restando la legittimità di tale opzione procedimentale, sotto un profilo operativo la “disseminazione dei poteri in deroga” deve ritenersi quanto meno anomala⁵¹, se non operata nei limiti della estrema necessità ed urgenza dei singoli interventi.

Se la disciplina di cui alla L. 225/92, e succ. modifiche, ed il potere di ordinanza extra ordinem ivi previsti hanno evidentemente una ratio legis condivisibile e costituzionalmente ritenuta legittima, è altresì evidente che la sussistenza di un numero, praticamente indefinito, di soggetti attuatori che operano in deroga, può conformarsi come una profonda incisione al principio di legalità sostanziale dei procedimenti amministrativi, astrattamente ammissibile, solo ove tale delega sia effettivamente conformata, e limitata, alle esigenze scaturenti dalla situazione di emergenza, e nell'ambito di una concreta attività di coordinamento da parte della Protezione Civile.

Naturalmente non è questa la sede per un'analisi della legittimità sul

⁵⁰ Sul tema della “disseminazione” dei poteri in deroga, e più in generale sulle criticità ricostruttive della deroga esercitata dai soggetti attuatori, vedasi S. SPICARELLI, *op. cit.*, 17 e ss.: ed ancora M. BROCCA, *op. cit.*, 166 e ss., che parla di effetto moltiplicatore dei soggetti, e con essi dell'esercizio dei poteri, in deroga. Ed ancora F.S. SEVERI, *Ordinanze Derogatorie del Sistema delle Fonti*, in, *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Iovene Napoli, 2007, 2070 e ss.

⁵¹ Si è già precisato come i Presidenti delle Regioni abbiano, in concreto, subdelegato le funzioni di acquisti di DPI a soggetti “disparati”: in Piemonte avrebbe operato la S.C.R. Piemonte Spa, ed ancora in Lazio e Lombardia avrebbero operato le Agenzie Regionali di Protezione Civile, ed in Campania avrebbero operato la Società di Acquisti Regionali – SORESA –, e anche le ASL e le strutture ospedaliere interessate: il condizionale è d'obbligo poiché è assai difficile, allo stato degli atti, ricostruire il novero dei soggetti attuatori, e più in generale il novero dei soggetti chiamati a rifornirsi di DPI per le esigenze derivanti dal contagio.

sistema di intervento della Protezione civile, e più in generale in ordine all'individuazione dei soggetti attuatori, ma non può non segnalarsi, ab initio, che ciascuna delle Regioni interessate, in ordine sparso, ha a sua volta "disseminato" le facoltà di deroga conferite ai soggetti attuatori in capo a Agenzie Regionali della Protezione Civile, Società e Aziende Regionali di Committenza Pubblica, Aziende Sanitarie, Aziende Ospedaliere, e chi più ne ha più ne metta.

Su questi temi si ritornerà, infra, poiché, – come si dirà – alla base della cattiva gestione dei procedimenti di acquisizione delle forniture predette, vengono purtroppo in rilievo anche alcune iniziative, molteplici e non coordinate, di tali soggetti/sub attuatori.

Sempre sotto il profilo procedimentale deve altresì precisarsi che con il D.L. 18/2020 – nel testo oggetto di conversione con la 27/2020 – si è proceduto alla individuazione di un ulteriore soggetto "attuatore": all'art. 122 si è, infatti, prevista la figura del Commissario Straordinario per l'Attuazione ed il Coordinamento delle Misure di Contenimento e Contrasto dell'Emergenza COVID-19 (di seguito solo "Commissario").

Di lì a qualche giorno il Governo procedeva alla designazione del dott. Domenico Arcuri con DPCM del 18.3.2020.

La disposizione di legge citata – art. 122.1 – prevede che il suddetto Commissario: «...attua e sovrintende ad ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contrastare l'emergenza stessa o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarlo, nonché programmando e organizzando ogni attività connessa, individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie individuando i fabbisogni e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale...».

Il Commissario: «...provvede inoltre al potenziamento della capienza delle strutture ospedaliere...» (art. 122.1) e: «...dispone, anche per il tramite del Capo del Dipartimento della Protezione Civile e ove necessario del Prefetto territorialmente competente ai sensi dell'art. 6 del presente decreto la requisizione di beni mobili registrati ed immobili...» (art. 122.1).

Il Commissario: «...pone in essere ogni intervento utile per preservare e potenziare le filiere produttive dei beni necessarie per il contrasto ed il contenimento dell'emergenza...» (art. 122.1). Per la medesima finalità "... può provvedere alla costruzione di nuovi stabilimenti e alla

riconversione di quelli esistenti per la riproduzione di detti beni tramite il Commissariamento di rami d'azienda...» (art. 122.2).

Lo stesso art. 122, al comma 3, attribuisce al Commissario le attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte alla emergenza sanitaria nonché alla gestione coordinate del Fondo Solidarietà dell'Unione Europea – FESUE – di cui al Reg. CEE 2012/2002, nonché delle risorse del Fondo di sviluppo e coesione destinato all'emergenza.

Sotto il profilo procedimentale l'art. 122, attribuisce, altresì al Commissario, l'esercizio dei poteri «... in accordo con il Capo di Dipartimento della Protezione Civile» previa “collaborazione con le Regioni interessate»: lo stesso Commissario potrà avvalersi di soggetti attuatori (Quali? Quelli già designati dalla Prot. Civile?) di società in house e centrali di acquisto.

Con una disposizione particolarmente “interessante” si prevede, altresì, che in ordine alle attività di acquisizione per l'acquisto di beni di cui al co. 1, nonché per ogni altra attività negoziale, il Commissario opera in deroga all'art. 29 del DPCM 22.11.2010 (Disciplina dell'autonomia contabile della Presidenza del Consiglio dei Ministri), e tali atti negoziali sono altresì sottratti al controllo della Corte dei Conti, fatti salvi gli obblighi di rendicontazione.

La disposizione predetta (art. 122.8) continua prevedendo che: «... per gli stessi atti la responsabilità contabile e amministrativa e comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione». Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori non appena posti in essere.

«La medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifico rese dal Comitato Tecnico Scientifico ...».

Il co. 9 prevede altresì: «la facoltà del Commissario di procedere a mezzo apertura di apposito conto corrente per consentire la celere regolazione delle transazioni che richiedono il pagamento immediato o anticipato delle forniture anche senza garanzia...».

Un commento a tale previsione normativa, ed ai poteri attribuiti al predetto Commissario non è certamente agevole: è facile richiamare la necessità che su questi temi si debba devolvere “... ai posteri l'ardua sentenza...”. Di certo la “tenuta costituzionale” di tale attribuzione di “pieni poteri” privi di qualsivoglia controllo (preventivo e/o successivo) è difficilmente compatibile con i precetti di adeguatezza e proporzionalità, nell'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*.

Sotto il profilo funzionale alcune osservazioni di prima lettura devono essere però sviluppate.

In primo luogo ci si deve chiedere se vi era necessità di un Commissario/Speciale distinto dal Capo della Protezione Civile? Appare evidente sin dalla prima lettura della previsione di cui all'art. 122 D.L. cit., che i poteri "smisurati" attribuiti al predetto Commissario appaiono in evidente sovrapposizione con molte delle attribuzioni del Dipartimento della Protezione Civile, con il quale, del resto, si dice che il Commissario debba operare in "raccordo".

Sotto distinto profilo è altresì evidente che i poteri attribuiti al predetto Commissario dal Legislatore "Governativo" appaiono esorbitare la stretta gestione della dichiarata emergenza COVID, quanto meno sotto il profilo delle previsioni di "*costruzione di nuovi stabilimenti...*", e, più in generale, della gestione di fondi europei: anche in questo caso le attività affidate al predetto Commissario si vengono inevitabilmente, a sommare a quelle di strutture e Dicasteri certamente operativi, e comunque si inseriscono in un ambito di attività amministrativa più ampia delle esigenze emergenziali strictu sensu.

Le stesse osservazioni sviluppate anche di recente dalla Consulta sul carattere "polcentrico" dell'organizzazione della Protezione Civile (sent. n. 246/2017), e sul successivo coordinamento delle attività della Protezione Civile con le Regioni interessate, sono a ben vedere travolte dalle previsioni dell'art. 122 co. 2 che, da un canto prevede a carico del Commissario l'onere di "collaborazione" con le predette Amministrazioni Regionali (e non di intesa), dall'altro descrive tale "collaborazione" in termini di evidente subordinazione dal momento che si limita a prevedere che «... i provvedimenti del Commissario di natura non normativa...» – precisazione probabilmente opportuna per quanto si sta illustrando – sono comunicati alla Conferenza Stato/Regioni e/o alle singole Regioni, su cui il provvedimento incide, «... che possono richiederne il riesame...» (!?).

Da ultimo deve segnalarsi che le disposizioni in termini di autonomia contabile sopra tratteggiate possono ritenersi coerenti, quanto alla assenza di controllo preventivo contabile, con quelle introdotte dalla D.L. 90/08 per le attività della Protezione Civile: ciò che appare assolutamente "singolare" è la clausola di esonero di responsabilità introdotta, ab initio, per l'attività del predetto Commissario. Fermo restando il regime delle deroghe sulle quali si tornerà infra, tale previsione ha provocato, come era ragionevole attendersi, analoghe disposizioni di esonero

di responsabilità in favore del Dipartimento della Protezione Civile, e dei soggetti attuatori come designati, e (di seguito dei soggetti sub attuatori di cui si è detto), come previsti dall'art. 5 quater del D.L. 18/2020 – introdotto in sede di conversione –⁵².

Le distinte perplessità sui poteri del Commissario che precedono hanno trovato una implicità, quanto “singolare”, conferma in alcune delle attività susseguenti poste in essere dal predetto Commissario.

Da un canto non vi è traccia “trasparente”, allo stato, delle attività negoziali svolte dal predetto Commissario che, sino a tutto il 30.4.2020, si è limitato a comunicare il novero di DPI messi a disposizione delle Regioni in termini statistici, dall'altro – con una lettura ulteriormente ampliativa del testo di cui al citato art. 122 del D.L. 18/2020 – con ordinanza n. 11 del 26.4.2020 ha ritenuto di fissare «... il prezzo finale di vendita al consumo dei prodotti indicati nell'allegato 1) praticato dai rivenditori finali...» (il prezzo delle mascherine chirurgiche per intenderci).

Quale sia il fondamento costituzionale (in palese deroga ai precetti di cui all'art. 41 Cost.) e normativo di una simile iniziativa non è dato comprendere: il Commissario nello stabilire un prezzo predefinito ha, in buona sostanza, introdotto un regime di prezzo “imposto”, omettendo di considerare l'evolversi del libero mercato nella commercializzazione di DPI – non equiparabili a prodotti farmaceutici – la cui vendita è come noto “libera”, cioè affidata sia alle normali farmacie, che alle cosiddette “parafarmacie”, oltre che ad altri esercizi commerciali.

Sul punto sarebbe stata auspicabile una politica di coordinamento, a monte dell'approvvigionamento dei suddetti DPI, anche a mezzo di requisizione di tali prodotti da parte della Protezione Civile: di certo appare assai difficile sostenere la legittimità di un siffatto intervento “a gamba tesa” nei confronti di tutti gli operatori economici (farmacisti e non) che si sono attivati con mezzi propri per poter commercializzare tali presidi. Con l'ulteriore precisazione che all'atto della definizione del presente scritto l'unico effetto tangibile di tale ordinanza, è stato, come era ragionevole attendersi, la scomparsa di tali dispositivi da tutti i punti di commercio al dettaglio.

Condivisibile è la posizione di ANCI che, in maniera assai più cor-

⁵² Sul tema del cd. “scudo” vedasi le interessanti, e polemiche, notazioni di F. TESCHINI, *Uno scudo per gestire meglio l'emergenza*, in *Sole 24 Ore* del 15 maggio 2020.

retta, ha richiesto al Commissario di provvedere a collocare in capo ai Comuni o agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale un congruo numero di mascherine per le famiglie più disagiate.

Trattasi di questione che esula dalla presente nota, ma che viene in rilievo in questa sede proprio in ragione dei poteri “smisurati” – e anche del loro esercizio – affidati al predetto Commissario da un Legislatore quantomeno disattento.

5. Le deroghe al T.U. 50/2016, ed alle normative relative agli affidamenti di pubbliche forniture

All’esito della “generale individuazione” dei soggetti chiamati ad applicare le disposizioni della Protezione Civile per fronteggiare l’emergenza, si deve procedere ad una analisi del quadro di riferimento normativo applicato nel predetto periodo.

Abbiamo disposizioni legislative in deroga alle normali procedure in tema di acquisizione di pubbliche forniture di cui al T.U. 50/2016, di seguito TUA, – contenute nel D.L. 18/2020, nonché nei D.L. n. 9/2020 e n. 14/2020 – poi soppressi dalla L. 17/2020 –, nonché disposizioni derogatorie generali previste dalla già citata ordinanza n. 630/2020 della Protezione Civile – recepita nella L. 17/2020 –, applicata “a cascata” da tutti i soggetti chiamati ad operare.

Preliminarmente si deve precisare che il TUA contiene, a ben vedere, già disposizioni derogatorie rispetto all’iter ordinario, volte a semplificare e velocizzare l’acquisizione delle predette forniture in periodi emergenziali⁵³.

Da un canto, in tal senso depone l’art. 63.2 del TUA che, alla lett. C), prevede l’ipotesi di affidamento di pubbliche forniture senza pubblicazione di un bando di gara, nella misura strettamente necessaria per fronteggiare eventi imprevedibili per l’Amministrazione aggiudicatrice.

Analogamente l’art. 163 del medesimo TUA contiene la disciplina delle procedure di affidamento nei casi di somma urgenza e di prote-

⁵³ In argomento vedasi U. FRANGIPANE, *op. cit.*, 6 e ss.; più in generale sul funzionamento operativo degli artt. 63 e 163 del TUA, vedasi F. CARINGELLA, T. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo Diritto dei Contratti Pubblici*, Dike 2017. Con tempestività degna di miglior causa in data 30.04.2020 ANAC ha pubblicato un vademecum per gli “affidamenti rapidi” ex T.U. 50/2016.

zione civile, disposizione che viene in rilievo soprattutto con riferimento al co. 9) che regola l'esecuzione dei lavori, e le forniture e servizi in circostanze "di somma urgenza" (di importo superiore ad €. 40.000,00, ed inferiore alle soglie comunitarie).

Su questi temi si è soffermata anche la Commissione UE con la Comunicazione pubblicata in CGUE del 1.4.2020, nella quale il Governo Europeo ha condiviso le ragioni dell'urgenza nell'attività negoziale susseguente all'emergenza COVID, e precisato che in relazione alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, «... poiché le Amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal Trattato, la Corte di Giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale...» (cfr. CGUE causa C-257/2008; C-352/2012)⁵⁴.

Sotto un profilo interpretativo la stessa Comunicazione UE precisa che il richiamo all'urgenza eccezionale non può essere invocato per l'affidamento di appalti la cui durata richieda più tempo di quanto necessario per una procedura ordinaria, fattispecie questa che potrebbe venire in rilievo alla luce di una serie di deroghe normative introdotte dalla L. 27/2020.

L'apertura dell'Esecutivo Europeo è di rilevanza interpretativa assolutamente pregnante. Il Legislatore Italiano ha però seguito, sin dalle prime battute un regime di più spiccata deroga con riferimento ai descritti procedimenti del TUA, evidentemente ritenuti non sufficienti a fronteggiare la situazione emergenziale, sia pure a mezzo delle procedure speciali di cui agli artt. 63 e 163 cit.

Con il D.L. 18/2020, nel testo convertito dalla L. 27/2020, si è pertanto ritenuto di procedere a disciplinare in deroga alcune fattispecie che possono essere schematicamente così tratteggiate:

1. Con gli artt. 5 *bis* e 5 *quater* sono state recepite in legge le procedure di cui alla citata ordinanza n. 630 della Protezione Civile;

⁵⁴ E La stessa Comunicazione precisa che: «... per rispondere alle esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie in tempi molto brevi non può essere ragionevolmente messo in dubbio il nesso di causalità con la pandemia COVID-19... Le procedure negoziate possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze immediate... sino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili... tramite procedure regolari ...».

2. Con l'art. 72 si è prevista la possibilità di attivare la procedura di cui all'art. 63 co. 6) del TUA per le misure di "*Internalizzazione del sistema paese*", di competenza del Min. Esteri;

3. Con l'art. 75 si sono autorizzate le acquisizioni da parte di Amministrazioni/Stazioni Appaltanti, ivi comprese le Autorità Indipendenti, di sistemi informatici di agevolazione dello *smart working*, ai sensi del già citato art. 63.2 lett. c), anche in deroga ai termini di cui all'art. 32 del TUA sulla stipulazione del contratto;

4. Con l'art. 86 si è attribuita analoga facoltà di deroga al fine di ripristinare le condizioni di agibilità degli Istituti Penitenziari, deroga disposta a mezzo richiamo dell'art. 163 del TUA sopra citato, ed in ulteriore deroga ai limiti di importo ivi previsti;

5. Con l'art. 86 *bis* – introdotto in sede di conversione – la facoltà di deroga innanzi descritta è stata ampliata anche alla proroga dei progetti di accoglienza degli Enti Locali e del Min. Interno, anche con modifica delle convenzioni già in essere;

6. Con l'art. 87 *bis*, introdotto in sede di conversione, sono state ampliate a CONSIP SpA le disposizioni in deroga al T.U. 50/2016, anche con riferimento all'ampliamento delle convenzioni quadro in tema di forniture di pc portatili e tablet per le P.A.;

7. Con l'art. 91 si è disposta, in ampliamento delle disposizioni di cui all'art. 35.18 del TUA, l'erogazione dell'anticipazione del corrispettivo, anche in ipotesi di esecuzione anticipata dei servizi;

8. Con l'art. 92 si è data facoltà – alle Regioni ecc., di sospendere le procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, sino alla conclusione dell'emergenza, con contestuale proroga degli affidamenti attualmente in essere;

9. Con l'art. 99 è stato altresì previsto per tutti gli operatori del S.S.N. di utilizzare, a mezzo affidamento diretto, e quindi senza obbligo di gara di alcuno tipo – nei limiti delle soglie di valore di cui all'art. 35 del TUA – le risorse economiche provenienti da atti di liberalità;

10. Con l'art. 120.3 è stato previsto anche in capo alle istituzioni scolastiche la possibilità di procedere all'acquisto di pc per l'apprendimento a distanza anche in deroga al T.U. 50/2016;

Lo stesso Legislatore ha altresì previsto, a mezzo dell'art. 34 del D.L. n. 9 del 2.3.2020, che il Dipartimento della Protezione Civile, e i soggetti attuatori ex ordinanza 630, sono autorizzati ad acquisire i DPI anche a mezzo pagamenti anticipati dell'intera fornitura – disposizione poi inserita nel citato art. 5 *bis* della L. 17/2020 –.

Ed ancora con il D.L. 9.3.2020 n. 14 – art. 12 – si è prevista per CONSIP SpA nella qualità di soggetto attuatore della Protezione Civile, l'autorizzazione ad acquistare con la procedura di cui all'art. 34 D.L. 9/2020, e dunque a mezzo di trattativa privata (senza i limiti di cui all'art. 163 TUA), 5.000 impianti di ventilazione assistita, e relativi materiali di supporto, per una spesa prevista per circa 185/mil./euro – disposizione poi inserita nell'art. 5 quinquies della L, 17/2020 –.

Superfluo segnalare come le considerazioni sopra sviluppate sulla evidente “confusione” nella individuazione dei soggetti “operativi” per fronteggiare l'emergenza COVID si riverberano, anche, nella riportata disciplina del regime delle deroghe.

Pur in presenza di indicazioni della Commissione Europea nei termini sopra riportati, il Legislatore ha inteso intervenire ulteriormente ampliando le deroghe al TUA nei termini sopra riportati – a tacere di quanto si dirà sul contenuto delle ordinanze derogatorie della Protezione Civile –, introducendo un regime autorizzativo generalizzato all'acquisizione dei DPI in capo al Dipartimento della Protezione Civile ed ai nuovi soggetti attuatori, ma senza, nel contempo, precisare contenuti e metodi del coordinamento degli interventi della struttura emergenziale così costituita. Con l'ulteriore precisazione che lo stesso dipartimento della Protezione Civile con ordinanza n. 653 del 25.03.2020 assegnava anche agli enti locali «... in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza ...» la facoltà di procedere in deroga a tempi e modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli artt. 60/61/72/73 e 74 del Codice degli Appalti.

Il tema non è di poco momento poiché, nel breve volgere di poche settimane, alle strutture centrali della Protezione Civile in sé considerate (Protezione Civile/ed i soggetti attuatori “centrali”, CONSIP/INAIL, ecc.), si sono affiancate le attività negoziali dei soggetti attuatori di rango regionale, quelle delle strutture delle Protezioni Civili Regionali (vedasi le attività della Protezione Civile del Lazio e del Piemonte) e dei soggetti sub/attuatori individuati dalle diverse Regioni: a tali strutture si sono aggiunte le Aziende Ospedaliere, le Aziende Sanitarie Territoriali quelle Universitarie e gli Istituti di Ricerca, ed in Campania e Lombardia anche società di committenza pubblica.

Tale indeterminato numero di soggetti, sostanzialmente non coordinato, ha intrapreso una doverosa, quanto non coordinata attività negoziale “a trattativa privata” con i soggetti più disparati, nel tentativo di

acquisire i DPI e le forniture di attrezzatura sanitaria di terapia intensiva e subintensiva necessarie a fronteggiare il virus⁵⁵, finendo in molti casi per attivare un'attività di concorrenza fra soggetti pubblici nel settore, con l'inevitabile effetto di sostanziale incremento indiscriminato dei prezzi relativi.

In assenza di una concreta funzione di coordinamento, la situazione non è venuta a migliorare con l'intervento del Commissario ex art. 122 che, nell'esercizio dei poteri "smisurati" innanzi descritti, avrebbe intrapreso a sua volta un ulteriore intervento di acquisizione, anche a mezzo di requisizioni, di DPI in favore delle medesime strutture sanitarie, con le difficoltà operative, anche di distribuzione, che hanno caratterizzato le prime settimane di attività in questione.

La innegabile eccezionalità dell'emergenza COVID funge da necessario sfondo dell'attività amministrativa così brevemente tratteggiata: non di meno, come è stato fatto notare⁵⁶, appare veramente singolare la previsione dell'art. 67 del D.L. Cura Italia per la parte in cui ha previsto la sospensione dall'8.3.2020 al 31.5.2020 di tutte le disposizioni in tema di attuazione del diritto di accesso sia esso quello specifico di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/90, sia esso quello generalizzato/civico di cui al D.Lgs. 33/2013.

Dalla cronaca di questi giorni si evince come momenti di "opacità" degli affidamenti posti in essere sembrano essersi verificati, e, come di consueto, la trasparenza dell'azione amministrativa avrebbe probabilmente agevolato quanto meno una gestione più coordinata delle diverse iniziative contrattuali.

A tacer poi della elementare circostanza che, anche a voler escludere dal novero degli atti pubblicabili nel periodo emergenziale quelli relativi alle intere procedure di affidamento per alleviare il carico degli uffici sul punto – spesso caratterizzate da meri scambi di lettere commerciali di proposta/accettazione –, non di meno la pubblicazione dei dati sui soli affidamenti "contrattualizzati" in corso avrebbe potuto sicuramente evi-

⁵⁵ Sulle difficoltà di approvvigionamento dei DPI, in questa prima fase di emergenza COVID, vedasi le dichiarazioni di M. Comba nell'intervista citata alla nota sub. 2.).

⁵⁶ Leggasi R. SAVIANO, *La conoscenza negata in tempo di morbo*, in L'Espresso del 26.4.2020 cfr.; vedasi anche la nota redazionale della Fondazione Open Polis, nell'omonimo sito, nella quale si richiede, con fermezza, l'accesso agli atti di fornitura di DPI di cui alla presente nota.

tare il sovrapporsi di iniziative simili, e, comunque, l'evidenziazione di prezzi/tempi/ditte fornitrici con i relativi risultati.

Ancora una volta vi è da rimarcare un grave difetto di coordinamento che mai come in questa fattispecie, sarebbe stato auspicabile dal momento che, in ipotesi di pandemia mondiale, l'accentramento delle attività di approvvigionamento dei DPI avrebbe quanto meno favorito l'unitarietà delle procedure di acquisto, e forse dei prezzi, così evitando l'accavallarsi di iniziative del tutto simili, con innegabile incremento del prezzo di riferimento dei DPI⁵⁷.

Da ultimo, allo stato degli atti, vengono in rilievo le deroghe espresse contenute alle disposizioni in tema di contratti pubblici di cui alla citata ordinanza 630/2020 della Protezione Civile, nel testo poi recepito dalla L. 27/2020).

Si è osservato⁵⁸ come la disposizione predetta contenga un elenco considerevole di disposizioni di legge in tema di affidamenti di contratti pubblici, suscettibili di deroga sulla scorta delle ragioni di estrema urgenza che sono alla base dell'intervento del Dipartimento della Protezione Civile e dei soggetti attuatori.

In linea generale la previsione delle deroghe in questione è volta all'esigenza, condivisibile, di massimizzare l'efficienza di quei pubblici affidamenti, così da incrementare rapidità ed efficacia dell'azione amministrativa⁵⁹ di contrasto dell'emergenza COVID.

Si è già osservato come il fondamento normativo dell'ordinanza "aperta", e derogatoria, della Protezione Civile risieda nelle ragioni dell'urgenza: la risposta in termini di maggiore tempestività dell'approvvigionamento dei DPI scaturente dalle deroghe innumerevoli disposte con l'ordinanza 630/2020 cit. è chiaramente fondata e condivisibile.

In questa prospettiva, del resto, la sussistenza delle esigenze emergenziali è stata rilevata, e fatta propria dalla stessa Commissione UE nei termini sopra esposti, ed il Legislatore Italiano, come spesso accade in

⁵⁷ Si pensi che la sola Regione Lazio, per il tramite dell'Agenzia Regionale di Protezione Civile, nella seconda settimana di marzo 2020 aveva intrapreso oltre 15 procedure negoziali per l'acquisizione di DPI, per un totale di spesa di circa 130 milioni di euro, come ricostruito sul sito del quotidiano "La Verità" di aprile 2020;

⁵⁸ U. FRANGIPANE, *op. cit.*, 6 e ss.

⁵⁹ Su questi temi F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivanti da cause fattori interni all'Amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2005 n. 4; ed ancora E. FREDIANI, *Vigilanza Collaborativa e Funzione Pedagogica dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017.

tema di interventi di Protezione Civile con i DD.LL. citati nei capi che precedono, e con la L. 27/2020, ha fatto proprie “normativizzandole” le deroghe predette: queste ultime hanno interessato, quindi, le fasi di pubblicità preventiva a bandi/avvisi ecc. ecc. delle procedure di affidamento, hanno snellito i controlli sul soggetto appaltante, in gran parte posticipandoli alla fornitura, hanno introdotto deroghe anche alle procedure ristrette di scelta del contraente, ridotte come già detto allo scambio di lettere commerciali di proposte e accettazione.

Non di meno si deve chiaramente segnalare come le ordinanze della Protezione Civile, pur essendosi analiticamente soffermate sul novero delle disposizioni di legge derogate – includendo in tale esercizio dei poteri in deroga anche i soggetti attuatori e sub attuatori – non si sono sino ad oggi soffermate nella indicazione di attività di coordinamento delle iniziative poste in campo dal descritto novero di soggetti attivati per il reperimento dei DPI.

Lo stesso Commissario, allo stato degli atti, non risulta - ad oggi - aver posto in essere una disciplina di coordinamento, che avrebbe consentito forse di evitare la confusione gestionale, per molti versi sotto gli occhi dei commentatori.

In altri termini la previsione delle deroghe, come di prassi attivata a partire dall’ordinanza n. 630/2020, non ha poi visto una susseguente e coerente, attività di coordinamento tra i soggetti attuatori della Protezione Civile, di sicura competenza dell’Amministrazione Centrale: su questo tema, ad oggi, lo stesso Legislatore, con la L. 27/2020 si è ben guardato dall’introdurre una qualsivoglia indicazione al novero delle attività di competenza di ciascuno dei soggetti di Protezione Civile.

Sotto il profilo operativo, e proprio in ragione della peculiarità del momento e delle forniture necessarie, si è altresì prevista la possibilità di un regime ampliato delle facoltà di anticipazione del prezzo e della stessa, anticipata esecuzione delle forniture richieste, con abolizione del periodo di stand and still, e posticipazione dei controlli sugli affidatari.

Le problematiche sopra tratteggiate hanno, dunque, condotto ad un sostanziale sacrificio dei procedimenti ordinari del TUA, in ragione dell’esigenze di tutela della salute pubblica evidenziate, del resto condivise dalla stessa Commissione UE.

Quello che resta sullo sfondo è, evidentemente, la innegabile necessità, sia nell’emergenza COVID, che in quelle che l’hanno tristemente preceduta, di agire in deroga alle disposizioni principali del TUA, così confermando l’inadeguatezza di tale Testo Unico a far fronte alle esi-

genze “variegata” delle Stazioni Appaltanti, e più in generale agli interessi pubblici sottesi a tali forniture.

Non vi è dubbio che, come da più parti segnalato, potrebbe essere questa l’occasione per procedere ad uno snellimento delle previsioni del TUA, ed in particolare ad un recepimento semplificato delle Direttive Comunitarie di riferimento sulla falsariga di quanto operato in altri Ordinamenti Europei.

Si è correttamente rappresentato, infatti, che in altri paesi, soprattutto con riferimento agli appalti di rilievo comunitari, si è proceduto con una disposizione di estrema semplicità volta al mero recepimento delle indicazioni di cui alle predette direttive⁶⁰.

6. Conclusioni

Le criticità tratteggiate nei capi che precedono sono evidentemente comprensibili alla luce di un contagio che per diffusione e violenza non ha precedenti negli anni della Ns. storia repubblicana.

L’emergenza non è però ancora dietro le Ns. spalle e, soprattutto, gli esperti rappresentano la possibilità che la stessa si possa ripresentare, anche in forma distinta, nei prossimi mesi. Indipendentemente da questa ipotesi nefasta, il tema della gestione di una emergenza pandemica, e dunque dell’approvvigionamento dei dispositivi medici e dei DPI necessari ad affrontare un contagio di tali dimensioni, deve essere comunque oggetto di future riflessioni.

Su questi temi è stato emanato il Regolamento U.E. n. 745/2017 che: «... mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno per quanto riguarda i dispositivi medici, prevedendo come base un livello elevato di protezione della salute dei pazienti...»... Nel contempo, esso «fissa standard elevati di qualità e sicurezza dei dispositivi medici al fine di rispondere alle esigenze comuni di sicurezza relative a tali prodotti. Entrambi gli obiettivi sono perseguiti contemporaneamente e so-

⁶⁰ La questione del recepimento semplificato delle direttive UE è cennata da M. Comba nella lunga intervista di cui alla nota 2); con particolare riferimento al recepimento “cavilloso” delle direttive UE in relazione all’art. 63 del TUA vedasi V. MINIERO, *Occorre liberare la procedura negoziata senza bando dai cavilli procedurali previsti dalla normativa nazionale*, in *Appalti&Contratti.it*, aprile 2020

no indissolubilmente legati, senza che uno sia secondario rispetto all'altro...» (considerando n. 2 del Reg. U.E. cit.).

Tale obiettivo di armonizzazione, volto a garantire il buon funzionamento del mercato interno, scaturisce (considerato punto 101, del Regolamento U.E. 745 cit.) dall'interesse dell'Unione ad intervenire affinché anche in settori non di competenza esclusiva del Governo Europeo, vengano assicurati, in virtù di principi di sussidiarietà, obiettivi di migliore qualità della vita comune certamente perseguibili in maniera ottimale a mezzo di una azione comune a livello comunitario.⁶¹

Tale Regolamento, la cui piena efficacia è stata in buona parte postposta dall'intervenuto Regolamento U.E. 2020/561 (in G.U., del 24.4.2020), costituisce il fondamento di base dello studio elaborato dal Ministero della Salute, sin dal marzo 2019 contenente anche linee strategiche di governance dei presidi medici, in buona parte recepito in sede di Conferenza Stato/Regioni a mezzo della Intesa del 18.12.2019, che ha dato luogo al cosiddetto Patto della Salute 2019/2021.

In quella sede si sono individuati obiettivi strategici sulla scorta del documento/proposta del Ministero della Salute volti a ottimizzare le attività di governance, e dunque, il Governo della spesa, quello della domanda e quello della sicurezza e vigilanza sui dispositivi medici al fine di pervenire all'individuazione di un unico soggetto che debba operare, in rete con i centri regionali, a cui affidare l'attività complessiva di valutazione delle tecnologie sanitarie (le cosiddette health technology assessment - HTA -) e connesse attività di acquisizione.

Non vi è dubbio che né l'intervento dell'Unione di cui al Regolamento U.E. 2017/745, né il susseguente Patto per la Salute 2019/2021 siano stati elaborati per fronteggiare l'attuale emergenza COVID-19: in particolare è evidente che l'azione comunitaria, ed il suo preliminare recepimento di cui al citato Patto per la Salute, sono stati indirizzati alla creazione di un percorso unitario di acquisizione di nuovi dispositivi medici, nel rispetto delle doverose misure di sicurezza ed efficienza che caratterizzano, nell'interesse della salute dei cittadini, tali percorsi di approvvigionamento. L'intervento del Regolamento era motivato anche dalla presupposta sussistenza di disfunzioni operative, sia a livello nor-

⁶¹ F. CUTTAIA, *La questione dell'emergenza conseguente alla pandemia da COVID-19 con particolare riguardo alle criticità evidenziate nella governance dei dispositivi medici. Profili Giuridici e spunti evolutivi*, in *Federalismi.it*, Osservatorio, Emergenza COVID-, 6 e ss.

mativo che gestionale, fra i diversi Stati, disfunzioni che avrebbero inciso sugli obiettivi comuni di salute pubblica e di funzionalità del mercato interno. In altri termini il sistema era preordinato a testare, garantire – con indipendenza del processo valutativo medico sanitario – e, dunque, acquisire in maniera adeguata, nel rispetto dei principi di economicità ed efficienza ben noti, i nuovi dispositivi medici che, di volta in volta, la scienza farmaceutica avrebbe sottoposto agli operatori e alle Pubbliche Amministrazioni.

Tale impianto regolamentare sanitario/amministrativo è divenuto, per effetto dell'emergenza COVID, di evidente attualità sia in prospettiva futura per l'acquisizione dei nuovi prodotti (medicine e vaccini) che le aziende farmaceutiche introdurranno sul mercato, ma anche in ordine al processo di acquisizione dei DPI, chiaramente non caratterizzati da quei processi di valutazione preventiva medico/sanitaria, di cui si è detto.

Appare oltremodo evidente che le esigenze di approvvigionamento per l'acquisizione dei suddetti DPI manifestati in questa emergenza avrebbero dovuto essere trattate con un processo centralizzato di coordinamento delle procedure di acquisizione che, invece, sino ad oggi è mancato: non vi è altresì dubbio che, in prospettiva di immediato futuro, debba essere attivata una governance complessiva di tali approvvigionamenti, a mezzo di un coordinamento nazionale (in capo alla Protezione Civile in emergenza, e poi ragionevolmente in capo al Ministero della Salute "*a regime*"), processo che in maniera snella funzionalizzi l'attività di approvvigionamento, mettendo in rete i centri regionali di acquisto – che all'uopo saranno individuati – i relativi processi decisionali di acquisizione, e non da ultimo, le procedure di emergenza per le ipotesi di contagio, come quello che ha colpito l'intero Paese.

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLE MISURE DI CONTRASTO ALLA PANDEMIA *

ALFONSO VUOLO **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni. – 3. Il ruolo del giudice comune. – 4. Il rilievo della tutela cautelare. – 5. La nuova configurazione di alcuni istituti processuali.

1. Premessa

È doverosa un'avvertenza di carattere generale. Le vicende normative dell'emergenza epidemiologica hanno assunto una consistenza ciclopica, sicché ogni sforzo, pur sovraumano, di darne integrale conto è illusorio.

Si susseguono, infatti, a ritmo incalzante, tra gli altri, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze regionali e contro-ordinanze sindacali coi relativi chiarimenti, decreti-legge, circolari, FAQ.

Si tratta di una sorta di dannazione di Sisifo con l'ulteriore aggravio che, già in partenza, non c'è la prospettiva di venirne a capo talmente è rapido il processo di produzione normativa, che, per giunta, al crepuscolo tende a essere più intenso¹. Per non perdere il senno a causa della frustrazione, bisogna accontentarsi di ricostruzioni parziali, coltivando però il ragionevole auspicio che, a differenza della figura mitologica, la nostra pena non sarà per l'eternità.

Con questa consapevolezza, mi soffermerò su quattro punti che ritengo essenziali relativamente al sindacato giurisdizionale sugli atti di governo dell'emergenza.

* Il presente lavoro è aggiornato alla data dell'11 maggio 2020.

** Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Si vedano le considerazioni di A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, spec. 3 e ss.

2. *L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni*

La Corte costituzionale, finora, non è stata chiamata a intervenire sulle vicende in atto.

Non è stato possibile farlo nella sede del giudizio di legittimità, in quanto l'attività di regolazione dell'emergenza, nella fase iniziale, è deflagrata in atti non ascrivibili al novero di quelli legislativi, che, come ovvio, esulano dal giudizio di legittimità costituzionale.

Non è accaduto nella successiva fase, quando ai proteiformi provvedimenti statali e sub-statali² è stata offerta copertura da fonti di rango primario (decreti-legge e leggi di conversione), per la semplice ragione che non sono state sinora proposte pregiudiziali di costituzionalità³.

Ciò non si è verificato in via incidentale probabilmente perché non vi è stato ancora il tempo per farlo, ancorché nella fase cautelare dei giudizi comuni possa essere sollevata la pregiudiziale di costituzionalità⁴; ma, soprattutto, perché gli atti normativi hanno riscontrato il tendenziale favore dell'autorità giurisdizionale, come si dirà di qui a poco.

Questioni di legittimità non sono state però proposte neanche in via principale, laddove, nell'eventualità, sarebbe stato lecito immaginarsi un

² Si tratterebbe di "sfregi" costituzionali della prima fase dell'emergenza, cancellati *ex post* dagli atti con forza di legge, secondo G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 2020, par. 3. Pur non essendo critico riguardo alla generale strategia di contrasto all'epidemia, sulla legittimità di questa sorta di sanatoria manifesta perplessità M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *rivistaic.it*, 2, 2020, 112.

³ Diversamente è accaduto in Francia. Si veda *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

⁴ Diverse sono le opzioni per l'autorità dinanzi alla quale si pone il dubbio di legittimità. Ad esempio, il remittente si riserva di pronunciarsi sulla domanda cautelare all'esito del giudizio di costituzionalità, conservando, dunque, la relativa *potestas iudicandi*; si veda sentenza n. 10 del 2018. Oppure può rilasciare un provvedimento interinale con effetti limitati fino alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, adita con coeva pronuncia; si vedano le sentenze n. 83 del 2013 e n. 128 del 2010. È stata anche ritenuta ammissibile la pregiudiziale sollevata dal giudice amministrativo *a quo* benché si fosse pronunciato sull'istanza cautelare, considerato che ora l'art. 55, c. 11, d. lgs. 104 del 2010, stabilisce che l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito, sicché l'incidente sarebbe ancora rilevante nel giudizio principale; si veda sentenza n. 200 del 2014, riguardo alla quale sia consentito rinviare ad A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 23, 2014.

tempestivo intervento della Corte se avesse fatto uso del potere cautelare: l'art. 35, l. n. 87 del 1953⁵, lo àncora, infatti, al “rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini”, che sarebbe stato spontaneo ipotizzare in ragione delle profonde limitazioni delle libertà che hanno costellato l'azione di contrasto alla pandemia.

In effetti, tra Stato e Regioni pare esservi stato un sostanziale *agreement* volto a desistere dall'intraprendere la via giurisdizionale (qualunque essa sia), pur se l'interlocuzione istituzionale sia stata sovente aspra e lo sia stata specie lungo la faglia politica: governo nazionale giallo-rosso, da un lato, e regioni con guida di centro-destra, dall'altro.

Questo andamento incontra due eccezioni ma nella sede del giudizio amministrativo.

La prima è quella recente costituita dall'impugnazione del provvedimento del Presidente della Regione Calabria, con il quale è stata accelerata la riapertura di bar e ristoranti. Sul punto si dirà più avanti.

La seconda, invece, è risalente agli albori del contrasto all'epidemia. Mi riferisco all'ordinanza con la quale il Presidente della Regione Marche adottava alcune misure che, a distanza di qualche settimana, sarebbero poi state varate a livello nazionale⁶. La Presidenza del Consiglio la impugnava davanti al Tribunale amministrativo; con decreto monocratico, era accolta l'istanza di provvedimenti cautelari anticipatori sulla base della considerazione che le più incisive compressioni non erano giustificate dalla presenza di focolai nella regione (nonostante la circostanza che questa sia confinante con l'Emilia-Romagna, in cui già vi era stato un consistente numero di contagi)⁷.

Una considerazione. Il Presidente del Consiglio non ha sollevato conflitto di attribuzioni⁸ ed è problematico presagire le ragioni che

⁵ Modificato dall'art. 9, l. n. 131 del 2003, che, addirittura, riconosce un potere d'ufficio alla Corte. L'art. 21 delle Norme integrative ha poi contemplato anche l'istanza di sospensione avanzata dal ricorrente.

⁶ Chiusura delle scuole, università, musei, biblioteche nonché la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche.

⁷ T.a.r. Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, decreto n. 56. Il decreto è stato poi confermato con ordinanza 5.3.2020, n. 63. Su tali decisioni si vedano le notazioni di G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *Coronavirus, il TAR sospende l'ordinanza della Regione Marche (che ne fa un'altra)*, in *laCostituzione.info*, 28 febbraio 2020; nonché G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, *biodiritto.org*, 16 marzo 2020.

⁸ Almeno da quello che risulta pubblicato sulla Gazzetta ufficiale nel momento in cui si scrive. È appena il caso di rilevare che, secondo costante giurisprudenza, i due

stanno alla base di tale strategia difensiva. Naturalmente si potrebbe liquidare il problema sostenendo che non fossero in discussione competenze di livello costituzionale. Tuttavia, può darsi che abbia inciso anche una ragione di carattere strettamente processuale: la mancanza di un rito monocratico innanzi alla Corte anche nel conflitto intersoggettivo, pur avendo questo dimostrato nel corso del tempo una maggiore dimestichezza con la tutela cautelare per effetto della risalente previsione di cui all'art. 40, l. n. 87 del 1953. Su questo punto però deve evidenziarsi che una nuova prospettiva potrebbe aprirsi per effetto del decreto della Presidente Cartabia del 20 aprile 2020⁹. Questo stabilisce che le modalità dello svolgimento delle udienze e delle camere di consiglio per il periodo dell'emergenza non si applicano a eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza per le quali la Presidente, sentito il Collegio, ravvisi la necessità di trattazione immediata in udienza pubblica, con modalità che saranno all'uopo stabilite¹⁰.

3. *Il ruolo del giudice comune*

Il quadro appena tratteggiato, inevitabilmente, conduce a ritenere che la sede della tutela dei diritti e degli interessi lesi sia, almeno per il momento, quella della giurisdizione comune.

È possibile però un'ulteriore delimitazione di campo. Salvi gli aspetti penali, pare assumere una posizione di primo piano il giudice amministrativo, almeno relativamente al primo periodo di applicazione delle misure varate.

Il ruolo del giudice civile, di contro, sembra essere in un cono d'ombra. A tal riguardo, al netto delle decisioni di carattere strettamente processuale¹¹, non si rinvergono filoni significativi¹². Tuttavia, in pro-

rimeredi (giudizio amministrativo e conflitto tra enti) non sono in regime alternativo. Sul punto, in dottrina, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, spec. 332.

⁹ Che, invero, in questa parte reitera il precedente del 24 marzo 2020.

¹⁰ Si veda il par. 1, lett. e). Sul punto si veda M. TROISI, *Il processo costituzionale nella fase dell'emergenza: tra omologazione necessaria e rivendicazione della propria autonomia*, in *federalismi.it*, in corso di pubblicazione.

¹¹ In dottrina F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in *giurcost.org*, 17 aprile 2020; nonché P. SERRAO D'AQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid - 19, 23 marzo 2020; N. GIAL-

spettiva potrebbe esservi un'inversione di tendenza, dal momento che la depenalizzazione delle violazioni delle ordinanze restrittive, compiuta dall'art. 2, d.l. n. 19 del 2020, comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria impugnabile innanzi al giudice ordinario¹³.

Per di più, proprio in ragione della sua natura ancipite, l'attivismo del giudice amministrativo si realizza secondo un duplice canale: accanto a quella giurisdizionale, viene in rilievo la funzione consultiva e, a tal proposito, si segnala il parere che ha preceduto l'annullamento straordinario, da parte del Governo, dell'ordinanza sulla c.d. "chiusura dello Stretto" adottata dal sindaco di Messina¹⁴.

Il protagonismo dei giudici amministrativi non sembra incontrare ostacoli dal momento che finora non si è messa in discussione la loro giurisdizione¹⁵. Questo non è un dato affatto scontato, se solo si riflette

LONGO - A. PROTO PISANI, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in *judicium.it*, 2020.

¹² È meritevole di qualche notazione solo qualche pronuncia riguardo alla possibilità o meno per il genitore non affidatario di spostarsi per incontrare i figli minorenni oppure per condurli presso di sé. Si sono finora fronteggiati due orientamenti. Uno, minoritario, che interpreta i decreti presidenziali e le ordinanze regionali nel senso che sarebbe una situazione di necessità in quanto essenziale all'equilibrio psico-fisico del minore, così Tribunale di Torre Annunziata, 6 aprile 2020, in *Redazione Giuffré*, 2020. L'altro, maggioritario, secondo il quale per il mantenimento dei rapporti è sufficiente lo strumento telematico, così Tribunale di Vasto, 2 aprile 2020, *Redazione Giuffré*, 2020; Tribunale di Terni, 30 marzo 2020, in *Guida al diritto*, 2020, 18, 15; Tribunale di Bari, 26 marzo 2020, *ivi*, 21.

¹³ Tuttavia, è contemplata anche la sanzione accessoria della chiusura provvisoria dell'attività per una durata non superiore a cinque giorni, per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione, sulla quale ci sono pronunce cautelari di segno opposto circa la spettanza o meno, in caso di loro impugnazione, del sindacato al giudice amministrativo. In senso favorevole T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, decreto 24.4.2020, n. 183; in senso contrario T.a.r. Campania, Napoli, 23.4.2020, decreto n. 933.

Non è da trascurare poi il ruolo del giudice penale in base a quanto previsto dall'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, e in particolare dal comma 6.

¹⁴ C.d.S., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, sul quale si vedano le notazioni di N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *dirittiregionali.it*, 11 aprile 2020; A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020. Nell'ambito dell'attività consultiva viene in rilievo anche C.d.S., Commissione speciale, 11 marzo 2020, n. 571, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 3, c. 1, d.l. n. 11 del 2020, con specifico riguardo alla sospensione dei termini processuali nel giudizio amministrativo.

¹⁵ Bisogna rilevare che numerose ordinanze recano in calce la possibilità di adire il giudice amministrativo nel termine di 60 giorni.

sulla generale sospensione di alcuni diritti fondamentali. Si sarebbe potuto ragionare della loro incoercibilità da parte del potere pubblico. Si pensi al caso della libertà di culto che, per espressa previsione costituzionale, incontra il solo limite dei “riti contrari al buon costume”¹⁶. In effetti, appare confermato che il diritto inviolabile assume frequentemente la consistenza e la forma di interesse legittimo: il potere pubblico sorge per bilanciare/contemperare l’interesse sotteso a un bene della vita, pur di rango costituzionale, con altri interessi pubblici e privati, specie poi in uno Stato a forte a caratterizzazione sociale¹⁷. Il potere pubblico, quindi, è funzionale per attuare il catalogo dei diritti costituzionali.

Per riprendere (e capovolgere) un’indicazione di Massimo Luciani, anche (forse, soprattutto) in questa temperie storica, “i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi” e, ancor prima, “il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi”¹⁸.

In relazione a quest’ultimo aspetto, come già evidenziato, i primi provvedimenti varati non sembravano avere un’adeguata base legislativa, tant’è che è stata ravvisata l’esigenza di darvi copertura: prima l’art. 3, d.l. n. 6 del 2020, ha fatto salvi gli effetti delle sole ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell’art. 32, l. n. 833 del 1978; successivamente l’art. 2, c. 3, d.l. n. 19 del 2020, ha fatto da scudo, in generale, ai provvedimenti emanati in precedenza¹⁹.

Ma non s’indugia su tale aspetto non essendo l’oggetto di questa riflessione.

¹⁶ Lo ricorda F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2020, 137. Sul punto si vedano le considerazioni anche di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020.

¹⁷ N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *federalismi.it*, 12, 2020, spec. 185 e ss.

¹⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, par. 3.

¹⁹ Su questi aspetti. 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 *osservatoriocostituzionale.it*, 3, 2020, spec. 14 e ss.

4. Il rilievo della tutela cautelare

La tutela in questa fase è stata di tipo soltanto cautelare proprio in ragione del fatto che, di norma, le misure contestate hanno efficacia molto limitata nel tempo, finendo a volte ad esaurirsi nel torno di pochi giorni²⁰.

Viene così enfatizzato uno degli elementi connotativi del sistema di giustizia amministrativa, ovvero la centralità della tutela d'urgenza²¹, la quale, nel periodo contingente, racchiude *tutta* la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali²².

Anzi, può dirsi che, in molti casi, la tutela è solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti. In relazione ai provvedimenti che hanno disposto la quarantena domiciliare, ad esempio, non è stato sporadico assistere alla cancellazione della causa

²⁰ Ciò specie in ragione di quanto previsto dall'art. 3, d.l. n. 19 del 2020, secondo il quale: "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. 2. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1 (...)". Il rapporto sussidiario finisce con il privare di efficacia gran parte di questi provvedimenti ingenerando enorme confusione, come notano A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *giurcost.org*, 1, 2020, 218; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai temi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020, 526; R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, *ivi*, spec. 675 e ss.

²¹ Tra i tanti, si veda F. G. COCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2012, 371 e ss.

²² Ancorché possa residuare un merito come stabilito dal T.a.r. Marche, sez. I, 5.3.2020, ordinanza n. 63. Resta da verificare in futuro il margine concreto per eventuali domande risarcitorie derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati (ma non sospesi). In argomento le notazioni di F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid - 19, 15 aprile 2020, spec. 5 e ss.

dal ruolo²³. In altre ipotesi, nemmeno la tutela monocratica si è mostrata congeniale allo scopo, mancando pochi giorni alla fine del periodo di isolamento imposto²⁴.

In questo ha avuto un ruolo anche l'art. 84, d.l. n. 18 del 2020, secondo il quale la domanda cautelare ordinaria, fino al 16 aprile²⁵, comunque avrebbe dovuto avere uno svolgimento bifasico: prima davanti al presidente e poi davanti al collegio²⁶. Si sono delineati, dunque, i decreti monocratici (non su istanza ma) "prescritti" dal legislatore per compensare lo spostamento in avanti della trattazione dell'istanza cautelare ordinaria in ragione dell'impedimento derivante dal picco del contagio.

Peraltro, la dilatazione di questa fase nell'economia generale del processo amministrativo è stata emblematica allorché si è avuto nel medesimo giudizio la riedizione del potere cautelare monocratico: rigettata la richiesta volta alla specifica tutela, a distanza di due giorni la stessa è stata reiterata con favorevole considerazione, questa volta, da parte del Presidente, in ragione del supplemento di documentazione prodotta²⁷; in altre occasioni, invece, il rigetto dell'istanza è stato ribadito in quanto, ad avviso del giudice, nelle more non è mutata la situazione di fatto²⁸.

Dinanzi a questo scenario potrebbe rappresentare un'eccezione la

²³ Ad esempio, si vedano i ricorsi innanzi al T.a.r. Campania, Napoli, contrassegnati con r.g. 1048/2020 e r.g. 1120/2020.

²⁴ C.d.S., sez. III, 30.3.2020, decreto n. 1553; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19.4.2020, decreto n. 221; Id., 24.4.2020, decreto n. 270. Si veda anche T.a.r. Veneto, sez. II, 21 aprile 2020, decreto n. 205, secondo il quale "non va sospesa l'ordinanza sindacale che dispone la chiusura temporanea dei cimiteri, atteso che il pregiudizio lamentato si è già ormai per la più gran parte (30 giorni) consumato, e che il residuo periodo di chiusura del cimitero (ulteriori 13 giorni), non appare di rilevanza temporale tale da aggravare in modo determinante il danno già patito". E ancora T.a.r. Sardegna, sez. I, decreto 20.4.2020, n. 141, in cui è stato sancito che l'ordinanza impugnata, concernente la chiusura delle librerie, ha effetto fino al 26 aprile 2020, per un numero oramai limitatissimo di giorni feriali, sicché, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale, a fronte di una compressione di alcune libertà individuali, deve essere accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica.

²⁵ Si veda la nota prot. n. 7400 del 20 aprile 2020 del Presidente del Consiglio di Stato, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Invece, l'art. 3, d.l. n. 11 del 2020, aveva previsto la sola eventualità della trattazione in due tempi dell'istanza cautelare ovvero sia su richiesta di almeno una parte.

²⁷ T.a.r. Napoli, V, decreto 19.3.2020, n. 424; e decreto 21.3.2020, n. 436.

²⁸ T.a.r. Lombardia, decreto 27.4.2020, n. 651, secondo il quale, in ogni caso, la domanda è priva di fondamento.

pronuncia del T.a.r. Catanzaro, con la quale è stato annullato il decreto del Presidente della Giunta calabrese che aveva consentito la ripresa dell'attività di ristorazione²⁹. Invero, attraverso la sentenza c.d. breve, la definizione del giudizio in appena cinque giorni dal deposito del ricorso trae origine proprio dall'incidente cautelare ordinario, unitamente alla rinuncia ai termini a difesa offerta dalle parti³⁰.

Non solo i profili strettamente processuali destano interesse. Sono degni, altresì, di notazione i dispositivi di quei provvedimenti con i quali il giudice amministrativo ha accolto in parte l'istanza di tutela d'urgenza, con la rimodulazione della misura inflitta³¹.

Non v'è dubbio che, nella valutazione degli opposti interessi, sia prevalso quello al mantenimento degli effetti del provvedimento impugnato, giacché si farebbe carico delle esigenze di tutela della salute pubblica³².

In effetti, le ordinanze volte alla restrizione delle libertà dei singoli hanno retto, specie nel periodo in cui maggiore è stato l'allarme circa la diffusione del virus. Con la sola eccezione del decreto già citato del T.a.r. Marche³³, può dirsi che il giudice amministrativo ha condiviso la maggiore prudenza che ha ispirato questa o quella autorità istituzionale nel disporre la concreta misura oggetto del giudizio. In questa logica concorrente (*more germanico*³⁴), la stella polare è rappresentata dal convincimento che la linea minima della tutela – inderogabile per gli altri

²⁹ T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 8.5.2020, n. 841.

³⁰ Tale pronuncia è molto interessante in quanto si sofferma su molteplici eccezioni d'illegittimità sollevate nei confronti del d.l. n. 19 del 2020, reputandole tutte manifestamente infondate. Per una più ampia disamina di questa decisione sia consentito rinviare al mio *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, in corso di pubblicazione.

³¹ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, decreto 21.3.2020, n. 436.

³² T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 18.3.2020, decreto n. 416, relativamente alla questione dell'attività motoria; il giudice discorre di limitata compressione della situazione azionata. Sul tema si vedano le considerazioni di G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

³³ In questo solco può annoverarsi anche l'annullamento prefettizio delle ordinanze sindacali adottate nell'isola di Ischia, volte ad impedire l'accesso a coloro che provenivano dalla Cina, Lombardia e Veneto. In argomento A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio sull'emergenza Covid – 19, 15 aprile 2020.

³⁴ Secondo M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *cortisupreemeealute.it*, 1, 2020, 5.

enti – sia quella dettata dal Presidente del Consiglio dei ministri³⁵. Ciò è tanto più significativo se si considera che le misure anticipatorie sono state negate in assenza di contraddittorio con la parte istituzionale che avrebbe dovuto difendere i provvedimenti impugnati.

In effetti, il test di ragionevolezza/proporzionalità è stato sempre positivamente superato, ancorché con motivazioni raramente esaustive, giustificabili invero alla luce della estrema celerità che connota i procedimenti in questione. Ciò anche quando forse si sarebbe potuta immaginare una maggiore articolazione delle misure in ragione della diversa virulenza con la quale il Covid-19 ha interessato le diverse zone del Paese (non solo tra regioni ma anche tra aree ad alta e bassa densità demografica)³⁶.

Nel reticolo dei provvedimenti che si sono succeduti, sovente, è stato disagevole individuare “chi fa cosa”. La casistica offre numerosi spunti. Mi limito a indicarne alcuni.

Ad esempio, è meritevole di considerazione un decreto presidenziale secondo il quale non può essere sospesa l’ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione Sicilia che reitera il divieto di ogni attività motoria all’aperto anche in forma individuale, comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori, e ciò in quanto l’art. 3, comma 2, d.l. n. 19 del 2020, vieta tassativamente ai soli Sindaci di provvedere “in contrasto con le misure statali”, mentre altrettanto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale³⁷.

Così come non può essere inibita l’efficacia dell’ordinanza sindacale che ha disposto stringenti limitazioni alle uscite per gli acquisti di generi alimentari, non essendo incise posizioni di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale³⁸.

In qualche occasione, all’accoglimento della domanda cautelare si è frapposto un ostacolo di carattere strettamente procedurale come la

³⁵ Paradigmatica, da ultimo, T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9.5.2020, n. 841. Ma echi vi sono anche nella sede consultiva a partire dal parere citato.

³⁶ Sul tema, tra gli altri, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio sull’emergenza Covid – 19, 6 aprile 2020, spec. 13 e ss.

³⁷ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 17.4.2020, decreto n. 458.

³⁸ C.d.S., sez. III, 17.4.2020, decreto n. 2028; T.a.r. Sardegna, sez. I, 7.4.2020, decreto n. 122. Sulla vendita dei generi alimentari non preconfezionati si veda anche T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, 24.4.2020, decreto n. 183.

mancanza di atti applicativi delle disposizioni impugnate, circostanza che ridondava sulla mancanza di un interesse attuale alla domanda cautelare³⁹.

In definitiva, è stata ritenuta prevalente la funzione preventiva e precauzionale, sottesa alle misure disposte⁴⁰, volta – è stato affermato testualmente – a prevenire “un danno infinitamente più grande” di quello economico avanzato, nell’occasione, dai ricorrenti le cui attività imprenditoriali erano state inibite⁴¹.

Solo in un caso non ha retto l’ordinanza normativa di tipo restrittivo: si trattava di un provvedimento sindacale in cui si ordinava la chiusura dei distributori automatici di bevande e alimenti confezionati, rientrando questa tra quelle di vendita di generi alimentari, seppure in forma automatica, che la stessa ordinanza faceva salve; tra l’altro, dall’esecuzione dell’ordinanza derivava un danno irreparabile al ricorrente che traeva dall’attività l’unica fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia⁴².

Molto più stringente il controllo del giudice amministrativo sulle misure normative tese ad ampliare le facoltà dei privati. Emblematico il caso recente della sospensione di un’ordinanza del Presidente della Lombardia con la quale, in deroga al DPCM, era stata autorizzata la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche. Il ricorso è stato presentato dalle organizzazioni sindacali e il Giudice ha riconosciuto fondata l’esigenza di tutelare il diritto alla salute dei lavoratori rappresentati: il pregiudizio sarebbe stato di tale intensità da non consentire la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile⁴³. Pronuncia, questa del giudice milanese, che ha resistito anche alla successiva richiesta di revoca avanzata dalla Regione Lombardia, respinta con motivazione talmente ampia da apparire superflua la fase davanti al collegio⁴⁴.

Non pare indugiare più di tanto il giudice amministrativo sulle impugnative riguardanti la legittimità della scelta effettuata per la costituzione di un Comitato di esperti presso la Presidenza del Consiglio⁴⁵.

³⁹ T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 15.4.2020, decreto n. 219.

⁴⁰ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 14.4.2020, decreto n. 779.

⁴¹ T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 10.4.2020, decreto n. 61.

⁴² T.a.r. Sardegna, sez. I, 10.4.2020, decreto n. 133.

⁴³ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 23.4.2020, decreto n. 634.

⁴⁴ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 27.4.2020, decreto n. 651.

⁴⁵ T.a.r. Lazio, sez. I, 20.4.2020, decreto n. 2915. Si veda anche C.d.S., sez. III,

Diversamente (almeno in parte) è accaduto con riferimento ai singoli provvedimenti applicativi laddove qualche spiraglio per i ricorrenti si è aperto in ragione della specificità del caso⁴⁶.

In questa direzione sono stati sospesi i provvedimenti della Azienda Sanitaria nella parte in cui, immotivatamente, dispongono il ricovero presso una struttura privata accreditata residenziale di una paziente proveniente dal Molise senza imporre preventivamente il tampone di controllo per verificare che la paziente medesima non sia affetta da coronavirus⁴⁷.

Analogamente è stata sospesa la messa in quarantena per 14 giorni nei confronti di un avvocato che si era recato in tribunale per impegni professionali relativi ad alcuni giudizi pendenti⁴⁸.

Resta fermo comunque un orientamento complessivamente sfavorevole ai ricorrenti da parte del giudice amministrativo, il quale ritiene prevalente le esigenze di tutela della salute mediante il rispetto delle restrizioni e delle clausole volte al distanziamento sociale al fine di evitare il diffondersi del contagio⁴⁹.

23.4.2020, decreto n. 2128, in cui l'appello viene dichiarato inammissibile in quanto non viene in rilievo la perdita di beni direttamente garantiti dalla Costituzione.

⁴⁶ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 25.3.2020, decreti n. 595 e n. 575, relativi alla quarantena domiciliare irrogata.

⁴⁷ T.a.r. Molise, 30.3.2020, decreto n. 62. Di contro, è stata respinta la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, atteso che "nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, si deve dare prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio", T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28.3.2020, decreto n. 165.

⁴⁸ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 20.3.2020, n. 433. Viceversa, è stata respinta la richiesta di misure cautelari avanzata da un giornalista contro l'obbligo di quarantena domiciliare non avendo questi disconosciuto le inottemperanze alla prescrizione di cui al punto n. 1 dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, né risultando asserita la sussistenza di alcuna delle cause giustificative di esclusione dal disposto obbligo di "rimanere nelle proprie abitazioni", T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 24.3.2020, decreto n. 471.

⁴⁹ T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, 27.3.2020, decreto n. 2225, riguardo al caso di chiusura degli uffici comunali e della conseguente sospensione degli incontri tra il padre e la figlia che si svolgevano con la mediazione di una figura professionale del servizio sociale. Si veda anche T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 7.3.2020, decreto n. 293.

5. La nuova configurazione di alcuni istituti processuali

È dato anche assistere a un adattamento degli istituti processuali.

Ciò è avvenuto, in via normativa, con la moltiplicazione dei riti nel processo amministrativo introdotti dai decreti-legge che si sono rincorsi nell'arco di qualche settimana⁵⁰. Uno addirittura, specialissimo, la cui vigenza ha interessato il periodo dal 6 al 15 aprile, definito efficacemente “rito pasquale”.

Ma vi è stata anche una trasfigurazione in via pretoria di quelli esistenti.

Emblematico, tra i tanti⁵¹, il caso dell'appellabilità proprio dei decreti cautelari monocratici.

Va precisato che l'art. 56, c. 1, c.p.a., stabilisce che: “Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del Tar, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie”.

⁵⁰ Per un'ampia disamina R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio sull'emergenza Covid – 19, 15 aprile 2020.

⁵¹ Occorre segnalare anche C.d.S., sez. VI, 21.4.2020, ordinanza n. 2538, secondo la quale l'art. 84, c. 5, d. l. n. 18 del 2020, in tema di rito cartolare “coatto”, va interpretato in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato. Per cui “ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica ‘acuta’)”. Sul punto M. A. SANDULLI, *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è “riservata” alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo. Con postilla per una proposta di soluzione flessibile*, in *federalismi.it*, Osservatorio sull'emergenza Covid – 19, 9 aprile 2020; C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

Aggiunge il comma 2 dello stesso articolo: “Il presidente o un magistrato da lui delegato (...) provvede con decreto motivato *non impugnabile*”⁵².

Per di più, questa *voluntas legis* è stata ribadita da ultimo, in quanto lo schema iniziale dell’art. 84, d.l. n. 18 del 2020, contemplava la facoltà dell’appello dei decreti monocratici *ex lege*, poi espunta nel testo definitivo⁵³.

Orbene, a fronte di tale quadro viene in evidenza la posizione assunta dai presidenti di alcune sezioni del Consiglio di Stato, secondo i quali, sulla scorta di due isolati precedenti⁵⁴, l’appello sui decreti monocratici sarebbe ammissibile – e qui si tratterebbe di una novità assoluta – “nei soli limitatissimi casi in cui l’effetto del decreto presidenziale del TAR produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita che corrisponda a un diritto costituzionalmente garantito”⁵⁵.

Molto si potrebbe dire riguardo alla nozione di “diritto costituzionalmente garantito” specie in ragione dell’oscillante lettura circa la clausola (aperta o meno) che sarebbe insita nell’art. 2 della Costituzione⁵⁶, sicché, ammettendosi, come nella sostanza accade, anche i “nuovi” diritti nel tessuto costituzionale, è difficile circoscrivere il raggio applicativo dell’istituto processuale. Con la conseguenza che esso potrebbe prestarsi ad applicazioni soggettive (se non arbitrarie).

⁵² Corsivo non testuale.

⁵³ M. A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell’applicazione dell’art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l’incertezza del Consiglio di Stato sull’appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it*, Osservatorio sull’emergenza Covid – 19, 13 marzo 2020.

⁵⁴ C.d.S., sez. IV, 7.12.2018, decreto n. 5971; C.d.S., sez. III, 11.12.2014, decreto n. 5650.

⁵⁵ C.d.S., sez. III, 30.3.2020, decreto n. 1553, con il quale l’appello, dichiarato ammissibile, viene però rigettato, attesa la priorità nazionale costituita dalla rigorosa prevenzione anti-Covid19. Si veda anche C.d.S., sez. VI, 23.3.2020, n. 1343, con il quale è respinta la domanda di concessione di decreto monocratico cautelare, non essendo rilevate situazioni di estrema gravità e urgenza; C.d.S., sez. III, 17.4.2020, decreto n. 2028, con il quale, richiamato il precedente decreto n. 1553 della sezione, l’appello è dichiarato inammissibile perché non inciderebbe su posizione di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale.

⁵⁶ Si veda, tra i tanti, E. ROSSI, *Art. 2*, in *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Torino, 2007 spec. 47; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 138.

Ma, in disparte tali pur non trascurabili aspetti, si vuole appuntare l'attenzione sul fatto che l'istituto è di derivazione prettamente pretoria, il che non sorprende, tenuto conto dell'inarrestabile ascesa del diritto – anche processuale – a formazione giurisprudenziale⁵⁷.

Sorprende invece che la creatività del giudice si realizzi in collisione col chiaro dettato normativo: se la lettera della disposizione mostra lacune nella tutela dei *diritti costituzionali*, il *diritto costituzionale* impone che venga sollevata una questione di legittimità, affinché, ai sensi dell'art. 134 della Carta, la Corte possa esercitare il suo sindacato.

Non è da escludere che questa apertura all'impugnazione di decreti monocratici sia funzionale a che il Consiglio di Stato – per il tramite dei presidenti di sezione – conservi almeno il “controllo” di quelle decisioni cautelari rese su fondamentali atti di governo dell'emergenza, evitando di confinare il relativo sindacato al presidente di una sezione del tribunale amministrativo territorialmente competente (o al magistrato delegato).

Del resto, nell'ambito della basilare posizione occupata in questo intervallo temporale dalla giustizia amministrativa, il Consiglio di Stato, in modo paradossale, rischia di essere relegato in un ruolo complementare anche in considerazione della circostanza che, di fatto, non è coinvolto nel processo di comando volto a contrastare la pandemia: tutti gli atti finora emanati, infatti, sono sottratti al suo parere preventivo⁵⁸.

⁵⁷ Sul punto diffusamente S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, 17, 2018.

⁵⁸ Con l'eccezione, ma in tutt'altro campo, del richiamato avviso espresso in ordine all'annullamento, in via straordinaria, della già citata ordinanza del sindaco di Messina.

IL PROCESSO INNANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE
NELLA EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA:
SPECIFICITÀ E OMOLOGAZIONE
DELLE MODALITÀ TELEMATICHE

MICHELA TROISI*

SOMMARIO: 1. Una premessa: il tempo e la forma dell'emergenza. – 2. L'amministrazione emergenziale della giustizia. – 3. I giudizi davanti alla Corte costituzionale: le misure adottate. – 3.1 Prime (e provvisorie) indicazioni sul rendimento. – 4. Spunti in materia di processo costituzionale telematico. – 4.1 Le aperture della giurisprudenza costituzionale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Una premessa: il tempo e la forma dell'emergenza*

La Corte costituzionale, con un comunicato stampa del 7 aprile del 2020¹, ha annunciato che la facciata del Palazzo della Consulta, ogni giorno dal tramonto all'alba e fino alla fine dell'emergenza sanitaria, sarà illuminata di bianco, rosso e verde. La lotta alla «pandemia»² ha così investito, anche simbolicamente, la Corte costituzionale, come numerosi altri organi costituzionali.

A partire dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio del 2020, con la quale si procedeva alla «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»³, la normazione emergen-

* Ricercatore di diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Il comunicato è consultabile su: https://www.corte costituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200407102643.pdf.

² In data 11 marzo del 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha qualificato «pandemia» l'infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2.

³ La delibera è stata pubblicata nella G.U., Serie generale, n. 26 del 1° febbraio 2020. Dell'esigenza di risalire la «catena normativa» riferisce M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista Aic, n. 2/2020. Sul tema, si v. A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in Consulta OnLine, n. 1/2020, 6 aprile 2020, in cui si parla di «crisi endemica del sistema delle fonti»; nonché, anche, E. C. RAFFIOTTA,

ziale ha progressivamente coperto tutti gli spazi della vita pubblica e privata, suscitando una serie di interrogativi circa la natura degli strumenti utilizzati, l'organizzazione dei rapporti tra i poteri dello Stato, il riparto delle competenze tra i diversi livelli territoriali di governo e, non da ultimo, il difficile bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse della collettività e la garanzia dei diritti costituzionali fondamentali⁴.

In tale quadro, ancora in divenire, questo contributo si propone di analizzare le misure adottate per la disciplina dello svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale nella fase dell'emergenza, nella convinzione che gli elementi di novità⁵ in esse contenuti possano fornire utili spunti di interesse, anche in una prospettiva *de iure condendo*, da riferire in futuro all'attività ordinaria.

2. L'amministrazione emergenziale della giustizia

La Corte costituzionale, «nell'esercizio delle propria autonomia e tenuto conto della specificità dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa»⁶, ha adottato una serie di provvedimenti che, sebbene apparentemente stringati, mirano a disciplinare in modo organico i giudizi davanti alla Corte nella fase emergenziale: dallo svolgimento dei lavori alle modalità di trasmissione degli atti del processo, fino alla definizione di ulteriori misure organizzative.

Appare di una qualche utilità dar conto, preliminarmente, di quelle misure che hanno riguardato l'amministrazione emergenziale della giustizia e, segnatamente, quella amministrativa: ciò in virtù del rinvio ope-

Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 18 marzo 2020.

⁴ Sui diversi aspetti, si vedano i numerosi contributi pubblicati nell'*Osservatorio sull'emergenza Covid-19*, in www.federalismi.it; sul *Forum "Emergenza Covid-19"*, in *Osservatorio costituzionale*; sul *Forum. La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Diritti regionali*; sull'*Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*; in *Problemi giuridici dell'emergenza Coronavirus*, in *Nomos*; nel *Dossier Covid-19*, in *Astrid*.

⁵ Tra i primi a cogliere le «rilevanti e forse anche storiche novità», P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2020, 25 marzo 2020.

⁶ Così si legge già nel provvedimento, rubricato «Misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19», adottato il 12 marzo del 2020.

rato dall'articolo 22 della legge n. 87 del 1953 alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato, in quanto applicabili, per la disciplina dei procedimenti davanti alla Corte costituzionale⁷.

In relazione a tale aspetto, in primo luogo, appare doveroso precisare che la Corte, tradizionalmente, attribuisce alla disciplina approntata da questo regolamento un ruolo solo sussidiario, ossia integrativo delle proprie disposizioni normative interne⁸ e cedevole rispetto alla regolazione dettata con specifico riferimento ai giudizi costituzionali⁹. La Corte, infatti, valorizza da sempre i caratteri distintivi dei giudizi costituzionali, anche esasperandoli¹⁰, ribadendo il proprio ruolo di unico gestore del processo costituzionale e della sua disciplina¹¹. Questo appare tanto più evidente se si considera come lo stesso Giudice delle leggi enfatizzi la portata dell'inciso «in quanto applicabili», contenuto nell'articolo 22, esercitando una sorta di giudizio di applicabilità, fondato sulla compa-

⁷ Su questo aspetto, quale ipotesi di incidenza «debole» del processo amministrativo sul processo costituzionale, cfr. N. PIGNATELLI, *Le interazioni tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2018, *passim*.

⁸ Il potere di auto-regolamentazione della Corte costituzionale si rinviene negli articoli 14 e 22 della legge n. 87 del 1953. Sul fondamento e sui limiti del potere regolamentare della Corte, con specifico riferimento alla potestà di dettare norme integrative per i giudizi, P. CARNEVALE, «Ecce iudex in ca(u)sa propria»: *ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 35 e ss.; più di recente, diffusamente, G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI, P. P. SABATELLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002; nonché, anche per i riferimenti giurisprudenziali proposti, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 45-53.

⁹ In questo senso, già Corte costituzionale, sent. n. 179 del 1987, punto 2 del considerato in diritto, in cui si legge che «il rinvio al regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale opera soltanto se manca una disposizione appositamente dettata per il giudizio costituzionale».

¹⁰ G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale*, Torino, 1992, 157 e ss.

¹¹ Sulla «straordinarietà» di un giudice che fissa le regole del proprio processo, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1974, 236. Sul punto, cfr. D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, 2033 e ss., laddove evidenzia la correlazione tra indipendenza e autonomia, «nel senso di “darsi norma”».

razione tra la struttura del processo amministrativo e quella del processo costituzionale¹².

A ciò deve aggiungersi che vi è concordia nel ritenere che il rinvio in questione sia da qualificarsi come «mobile»¹³, ossia riguardante tutte le norme che discendono dalla fonte anche per effetto delle modifiche che la riguardano. Oggi, dunque, il suddetto rinvio pare riferirsi alla disciplina emergenziale del processo amministrativo, ma solo in quanto applicabile e qualora residuino spazi privi di specifica normazione.

Ciò precisato, i provvedimenti che hanno interessato l'amministrazione della giustizia, sia ordinaria sia speciale, trovano la loro ragion d'essere nelle medesime esigenze: evitare gli assembramenti negli uffici giudiziari e i contatti ravvicinati tra le persone (per garantire il c.d. distanziamento sociale - o, meglio, fisico) e, allo stesso tempo, contenere gli effetti negativi dell'emergenza sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, garantendo così una tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive. In tale direzione, le disposizioni emergenziali hanno disciplinato la sospensione dei termini processuali, il rinvio delle udienze (seppur con una serie di rilevanti eccezioni), le modalità di svolgimento delle stesse, la previsione di distinti regimi processuali e le forme di deposito telematico di atti e documenti¹⁴.

Il d.l. n. 18 del 17 marzo del 2020¹⁵ (così come poi integrato dal d.l.

¹² E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 302. Di tenore analogo, anche, S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970, 24, in cui si legge che «sono proprio le norme del regolamento sul Consiglio di Stato ad essere in posizione subordinata rispetto alle N.I., poiché possono avere vigenza nel processo costituzionale, in quanto la Corte non le abbia ritenute inapplicabili, emanando, mediante le N.I., delle disposizioni incompatibili con esse».

¹³ La Corte qualifica espressamente il rinvio come «dinamico». Così in Corte costituzionale, sentt. nn. 161 del 2012 e 222 del 2013.

¹⁴ Per una ricognizione di questi provvedimenti, con particolare riguardo ai profili di «dematerializzazione», si v. F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in *Consulta OnLine*, 17 aprile 2020.

¹⁵ Il decreto, rubricato «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», è stato pubblicato nella G.U., Serie generale, n. 70 del 17 marzo del 2020. È stato convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile del 2020, pubblicata nel Supplemento ordinario alla G.U., Serie generale, n. 110 del 29 aprile del 2020.

n. 23 dell'8 aprile del 2020)¹⁶ prevede, nel Titolo V, «Ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del COVID-19». Tra queste, l'articolo 83 contiene «Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare». Tali misure sono qualificate «nuove» poiché sostituiscono quanto, in una primissima fase, era stato previsto dal d.l. n. 11 dell'8 marzo del 2020¹⁷, dedicato interamente a predisporre misure straordinarie e urgenti per contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria.

Per ciò che concerne la giustizia amministrativa, è l'articolo 84 del d.l. n. 18 del 2020 (integrato dall'articolo 36, terzo comma, del d.l. n. 23 del 2020) a dettarne la disciplina emergenziale, stravolgendo, come evidenziato in dottrina, «canonici istituti processuali»¹⁸.

In particolare, le disposizioni straordinarie concernono la sospensione dei termini processuali durante la fase dell'emergenza; il rinvio *ex lege* di tutte le udienze fissate fino al 15 aprile del 2020¹⁹ e il passaggio

¹⁶ Il decreto è stato pubblicato nella G.U., Serie generale, n. 94 dell'8 aprile del 2020. In fase di pubblicazione del presente contributo, è poi intervenuto il d.l. n. 28 del 30 aprile del 2020, pubblicato nella G.U., Serie generale, n. 111 del 30 aprile del 2020.

¹⁷ Il decreto è stato pubblicato nella G.U., Serie generale, n. 60 dell'8 marzo del 2020. Questo decreto non è stato convertito in legge. Le disposizioni del d.l. n. 18, infatti, retroagiscono alla data di entrata in vigore del d.l. n. 11, senza prevedere una disciplina transitoria. In senso critico su tale aspetto, con specifico riferimento alla giustizia amministrativa, F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in www.federalismi.it, 23 marzo 2020, 3.

¹⁸ P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in www.lexitalia.it, n. 3/2020, 21 marzo 2020, 2. Di tenore analogo, con particolare riferimento alla trasposizione *ex lege* dello strumento decisionale monocratico *ex art. 56 c.p.a.*, fisiologicamente operante per i casi di estrema gravità e urgenza, nel procedimento cautelare ordinario *ex art. 55 c.p.a.*, F. SAITTA, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?*, in www.federalismi.it, 6 aprile 2020. Particolarmente critica è, anche, M. A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d. l. n. 18 del 2020)*, in www.federalismi.it, 26 marzo 2020.

¹⁹ Come specificato dal comunicato del 9 marzo dell'Ufficio stampa e comunicazione istituzionale della giustizia amministrativa, che aveva accompagnato l'uscita del decreto n. 11, si tratta di una «misura drastica ma necessaria al fine di consentire su tutto il territorio nazionale comportamenti coerenti con gli obiettivi di

in decisione, sulla base dei soli atti depositati e senza discussione orale, delle controversie fissate tra il 15 aprile e il 30 giugno del 2020²⁰ (con facoltà delle parti di depositare brevi note in forma scritta fino a due giorni prima della data fissata per la trattazione)²¹; la trattazione monocratica delle domande cautelari (a prescindere da un'iniziativa di parte) secondo il rito di cui all'art. 56 del c.p.a, con relativa trattazione collegiale fissata a una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020.

La sospensione dei termini processuali, prorogata dal d.l. n. 23 fino al 3 maggio limitatamente ai ricorsi introduttivi²², non trova un analogo corrispettivo nelle misure adottate dalla Corte che, sin dal provvedimento adottato il 12 marzo, precisa che «restano fermi i termini fissati dalla Costituzione e dalla normativa sui giudizi costituzionali»²³. Come sarà chiarito in seguito, la sostenibilità del rispetto dei termini del giudi-

contenimento del virus in questa prima fase in cui ci si attende il picco epidemiologico» e volta ad ottenere che «nessuna udienza sarà celebrata».

²⁰ Dal 6 aprile al 15 aprile del 2020, le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, sarebbero passate in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne avessero fatto congiuntamente richiesta tutte le parti costituite. Così art. 84, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020. Come anticipato, in fase di pubblicazione del presente contributo, è intervenuto il d.l. n. 28 del 30 aprile del 2020, che ha sostituito il termine «30 giugno 2020» con il termine «31 luglio 2020», prevedendo la possibilità che dal 30 maggio possa essere chiesta «discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto [...]».

²¹ Ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del c.p.a, omissis ogni avviso. Così art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020.

²² Così come previsto dall'articolo 36, comma 3, del d.l. n. 23 del 2020, che recita «Nei giudizi disciplinati dal codice del processo amministrativo sono ulteriormente sospesi, dal 16 aprile al 3 maggio 2020 inclusi, esclusivamente i termini per la notificazione dei ricorsi, fermo restando quanto previsto dall'articolo 54, comma 3, dello stesso codice». In senso critico sul punto, si v. N. PAOLANTONIO, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più "speciale"*, in Giustamm, anno XVII, aprile 2020, n. 4; M. A. SANDULLI, *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è "riservata" alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al "pieno" contraddittorio difensivo*, in www.federalismi.it, 9 aprile 2020.

²³ D'altronde, la sospensione dei termini del processo amministrativo, così come disciplinata dalle misure emergenziali, richiama l'articolo 54, commi 2 e 3, del c.p.a., circa la sospensione feriale dei termini. Ebbene, questa disciplina non trova applicazione nei giudizi di costituzionalità, «in considerazione delle peculiari esigenze di rapidità e certezza cui il medesimo processo deve rispondere». Così in Corte costituzionale, sent. n. 301 del 2011, punto 2.2 del considerato in diritto. In senso analogo, già sent. n. 46 del 2011.

zio costituzionale verrebbe in realtà assicurata dal Giudice delle leggi anche attraverso l'autorizzazione del deposito di atti mediante l'invio in formato elettronico, con l'esclusione degli atti di promovimento dei nuovi giudizi, che dovranno essere comunque notificati e depositati secondo le regole ordinarie.

Per ciò che riguarda la disciplina del rinvio *ex lege* delle udienze e del passaggio in decisione delle controversie già fissate, sin da ora è opportuno precisare che la normativa approntata dal Giudice costituzionale appare dettagliata ed esaustiva. Anzi, le scelte compiute in merito dalla Corte, pur ispirandosi a quanto previsto dall'articolo 84 del d.l. n. 18 del 2020, attribuiscono un ruolo maggiore alle parti del giudizio, riconoscendo loro la possibilità di concorrere a definire la modalità di trattazione dell'udienza. Ciò, invero, nella prospettiva di assicurare il contraddittorio e di non sacrificare la pubblicità di quelle cause che rivestono un certo rilievo pubblico.

Una delle novità più interessanti della disciplina emergenziale del processo amministrativo, non esente da criticità, era probabilmente rappresentata dalla possibilità, prevista dal d.l. n. 11 del 2020, *ex art. 3*, comma 4, che le cause venissero trattate in udienza camerale o in udienza pubblica, organizzandone lo svolgimento mediante collegamento da remoto. Il primo decreto, infatti, pur prevedendo in via generale che le controversie passassero in decisione senza alcuna discussione orale, riconosceva alle parti la facoltà di richiedere la discussione con «apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione». I Presidenti, dunque, potevano consentire in questo caso che le udienze si svolgessero mediante collegamenti da remoto «con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza»²⁴. Nonostante la pubblicazione di un *vademecum*, tempestivamente predisposto dal Segretariato generale della giustizia amministrativa, lo stesso Presidente del Consiglio di Stato, con il decre-

²⁴ Così in art. 3, comma 5, d.l. n. 11 del 2020, che continua in questo modo: «assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. In tal caso è assicurato congruo avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti. Il luogo da cui si collegano magistrati, personale addetto e difensori delle parti è considerato aula di udienza a tutti gli effetti di legge. Di tutte le operazioni è redatto processo verbale».

to n. 71 del 2020²⁵, aveva precisato che rimaneva impregiudicata la facoltà del Presidente del collegio di disporre il rinvio delle cause di merito a udienza successiva al 31 maggio 2020, «in considerazione della complessità delle cause e della conseguente difficoltà di assicurare il celere ed efficace svolgimento dell'udienza con collegamento da remoto, soprattutto ove il numero di richieste di discussione orale dovesse essere rilevante»²⁶. Appariva evidente, dunque, una certa prudenza circa l'utilizzo di tale modalità di svolgimento delle udienze nel processo amministrativo, che avrebbe potuto evitare la compressione del diritto di difesa, in considerazione della possibilità di definizione del giudizio in forma semplificata²⁷.

Ebbene, con il d.l. n. 18 del 2020, la possibilità di svolgere udienze telematiche scompare²⁸, in quanto l'articolo 84, al comma 6, conserva solo la possibilità dell'utilizzo del collegamento da remoto per la partecipazione dei magistrati alla camera di consiglio²⁹.

²⁵ Decreto presidenziale n. 71 del 2020, rubricato «Disposizioni di coordinamento per lo svolgimento delle udienze e delle adunanze».

²⁶ *Ibidem*. D'altronde, anche per i procedimenti cautelari, viene auspicato che i difensori si limitino a chiedere la discussione orale «solo in caso di assoluta indispensabilità».

²⁷ C. CATALDI, *La giustizia amministrativa ai tempi del Covid-19*, in Giustamm, anno XVII, aprile 2020, n. 3. Così come poi auspicato anche da Filippo Patroni Griffi, in E. NOVI (intervista a cura di), *Il processo amministrativo è salvo, ora l'udienza virtuale sia aperta al difensore*, in ildubbio.it, 16 aprile 2020, in cui lo stesso afferma «con la possibilità di presentare note ulteriori due giorni prima dell'udienza è stato individuato un punto di equilibrio. [...] Certo la cornice ideale vorrebbe un processo amministrativo in cui il difensore possa partecipare all'udienza direttamente, seppure da remoto, con i mezzi con cui ormai si svolge la gran parte delle attività. Stiamo studiando come rendere possibile tale discussione da remoto, ma servirebbe una legge che ci consenta di adottare direttamente tali regole tecniche, senza bisogno di un regolamento del presidente del consiglio».

²⁸ Sul punto, criticamente, S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in Giustamm, anno XVII, aprile 2020, n. 4, che parla di un «passo indietro che... risalta agli occhi dell'interprete come un'occasione perduta per promuovere l'ulteriore efficientamento del sistema della giustizia amministrativa». Il d.l. n. 28 del 30 aprile del 2020 reintroduce, ma solo per le udienze che saranno celebrate dal 30 maggio, la discussione orale delle controversie, sia nella fase cautelare sia in quella di merito, con formalità da remoto.

²⁹ L'art. 84, comma 6, prevede che «Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge». La posizione del legislatore sul punto è ondivaga. Infatti, il d.l. n. 28 del 30

In relazione a tale aspetto, la disciplina per i giudizi costituzionali si rivela autosufficiente e, forse, all'avanguardia. A partire dal provvedimento del 20 aprile del 2020, infatti, la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio da remoto si affianca alla possibilità, con alcune peculiarità di cui si darà conto in seguito, di un'udienza pubblica da remoto, qualora almeno una delle parti del giudizio ne faccia richiesta.

3. I giudizi davanti alla Corte costituzionale: le misure adottate

Nella prospettiva di assicurare un ragionevole bilanciamento tra tutela della salute, come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, e principio di continuità delle funzioni dello Stato (nel caso di specie, la garanzia costituzionale), la Corte, come anticipato, ha adottato una serie di misure volte a disciplinare la propria attività nella fase dell'emergenza³⁰.

La prontezza e la reattività con cui sono stati affrontati gli aspetti cruciali dei giudizi costituzionali, in considerazione della sua specificità, dimostrano la volontà della Corte di garantire la continuità della funzione e l'effettività della tutela accordata³¹. Queste misure valgono, in

aprile del 2020, con l'art. 4, novella l'art. 84 del d.l. n. 18, statuendo che «A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale [...] mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza [...]. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto». In tema, criticamente in punto di ammissibilità costituzionale della udienza telematica, si v. C. ZUCHELLI, *Sulla udienza telematica*, in www.federalismi.it, 13 maggio 2020.

³⁰ Per una disamina complessiva della *ratio* sottesa alle misure adottate, si v. R. CONTI (intervista a cura di), *La Corte costituzionale non si ferma davanti all'emergenza, questo è il tempo della collaborazione tra istituzioni. Emergenza COVID-19. Intervista alla presidente della Consulta Marta Cartabia*, in www.giustiziainsieme.it, 27 marzo 2020. Da ultimo, si v. la Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, spec. par. 1, intitolato «La Corte «aperta», vista al tempo del Covid-19», in www.cortecostituzionale.it.

³¹ Anche altri sistemi di giustizia costituzionale sono stati caratterizzati da provvedimenti analoghi. Nel caso del *Conseil constitutionnel*, è stata adottata una legge organica. Sul punto, criticamente, cfr., P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni*

maniera indifferenziata, per tutte le tipologie di giudizio, senza forse tenere in adeguata considerazione la pluralità delle strutture processuali che corrispondono alle diverse articolazioni funzionali³².

Facendo proprio lo spirito dei provvedimenti assunti dal Governo, in data 9 marzo, il Giudice costituzionale ha deliberato di rinviare a nuovo ruolo le cause fissate per le udienze pubbliche del mese di marzo 2020, nonché la prima convocazione di esperti di chiara fama (ai sensi del novellato articolo 14-*bis* delle Norme integrative)³³, che era prevista per il 23 marzo³⁴, riservandosi poi la facoltà di predisporre nuove modalità di trattazione delle udienze, sfruttando le opportunità offerte dagli strumenti tecnologici e con l'obiettivo di assicurare il pieno svolgimento della propria attività³⁵.

Con un provvedimento adottato il 12 marzo³⁶, la Corte ha ammesso,

apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità, in Consulta OnLine, n. 1/2020, 17 aprile 2020.

³² N. PIGNATELLI, *Le reciproche incidenze tra processo amministrativo e processo costituzionale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 22 e ss.; con specifico riferimento al potere cautelare, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009; con specifico riferimento al potere istruttorio, M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in F. BIONDI, M. D'AMICO (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, 49 e ss. Sul punto, già G. BERTI, *Struttura del processo costituzionale e regime dei termini*, in *Le Regioni*, 1981, 1058.

³³ Su cui, si v. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2020, 7 aprile 2020.

³⁴ Con riguardo alla vicenda riguardante i dirigenti delle Agenzie fiscali, circa l'introduzione delle POER (posizioni organizzative di elevata responsabilità), la Corte aveva emesso una ordinanza di convocazione di esperti, depositata in cancelleria, con la quale aveva disposto l'audizione del professor Elio Borgonovi e del dottor Vieri Ceriani. Il 23 marzo 2020, in camera di consiglio, i due esperti dovevano essere ascoltati dal collegio, in presenza delle parti del processo. L'audizione si è poi tenuta nella camera di consiglio del 27 maggio 2020, intervenuta in fase di pubblicazione del presente contributo.

³⁵ Con decreto emesso il 9 marzo, la Presidente, in relazione al d.p.c.m. 8 marzo 2020, ha disposto il rinvio a nuovo ruolo dei giudizi di seguito indicati: ordd. nn. 79 e 80/2019, ordd. nn. 145 e 153/2019, ric. n. 41/2019, ric. n. 74/2019. Inoltre, con le stesse modalità, ha disposto l'anticipazione della trattazione delle cause - ord. n. 64/2019, ord. n. 103/2019, ord. n. 97/2019, ord. n. 96/2019, ord. n. 92/2019 e ord. n. 110/2019 - alla camera di consiglio del 10 marzo.

³⁶ Il provvedimento in questione, così come quelli successivi, è stato accompagnato da un comunicato stampa pubblicato sul sito istituzionale della Corte costituzionale. In questi casi, evidentemente, l'utilizzo del comunicato appare uno strumento idoneo al

in via temporanea e in deroga agli articoli 6 e 10 delle Norme integrative, il deposito di atti e memorie anche mediante invio in formato elettronico, a mezzo di posta elettronica certificata. Tuttavia, il provvedimento ha espressamente escluso che tale possibilità potesse estendersi agli atti di promovimento di nuovi giudizi, per i quali, invece, restavano ferme le regole ordinarie, probabilmente in ragione della maggiore delicatezza degli adempimenti introduttivi del processo costituzionale³⁷. L'autorizzazione espressa alla trasmissione telematica degli atti appariva necessaria, in quanto il rinvio all'articolo 3 del d.l. n. 11 del 2020 (disciplinante l'amministrazione della giustizia amministrativa nella primissima fase dell'emergenza), contenuto nel provvedimento della Corte, non avrebbe potuto automaticamente sortire l'effetto di consentire l'invio telematico, in considerazione della diversità delle fattispecie regolate e del consistente divario concernente il grado di avanzamento della telematizzazione del processo costituzionale e di quello amministrativo³⁸.

Nel comunicato stampa che ha accompagnato la misura, la Corte ha annunciato l'attivazione di uno specifico indirizzo pec limitato alla trasmissione degli atti endoprocessuali che, come specificato, si aggiunge

perseguimento dello scopo, ossia la massima pubblicità e intellegibilità delle misure adottate. Maggiori perplessità suscita, invece, l'uso del comunicato stampa quale strumento per anticipare all'opinione pubblica gli esiti di pronunce che vengono poi depositate a distanza di tempo. Sul punto, già, F. RIGANO, *Sulla "divulgazione" del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 208 e ss.; S. PANIZZA, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 27; C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 251; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le "voci di dentro" tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, 252.

³⁷ Così P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, cit., 158, che, peraltro, ricorda che, secondo l'articolo 28 delle Norme integrative, per il deposito dei ricorsi in via principale e per conflitto di attribuzioni può essere utilizzato solo il servizio postale.

³⁸ Su cui, si v. *infra*, par. 4. Già nel provvedimento del 12 marzo, la Corte, richiamando espressamente l'esercizio della propria autonomia e la specificità dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa, si riservava la possibilità di adottare ulteriori misure e di valutare l'applicabilità al processo costituzionale di quanto previsto, in materia di giustizia amministrativa, dal d.l. n. 11 del 2020, rubricato «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria».

(e, dunque, non si sostituisce) alle modalità ordinarie, ossia il deposito cartaceo e l'invio a mezzo posta.

Dopo la riunione del Collegio, tenutasi il 23 marzo, la Presidente ha adottato un nuovo provvedimento, con cui sono state previste ulteriori misure per garantire la continuità dei giudizi costituzionali durante l'emergenza epidemiologica, incidendo, per la prima volta e in modo innovativo, sullo svolgimento dei lavori della Corte.

In primo luogo, infatti, è stato stabilito che i giudici potessero prendere parte alle camere di consiglio anche mediante collegamenti da remoto. In tal senso, veniva precisato che il luogo da cui essi si collegavano fosse da considerare camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. La modalità adottata, evidentemente imposta dall'emergenza e dalle misure nazionali volte a limitare la diffusione del contagio, appare funzionale al bilanciamento degli interessi coinvolti, laddove gli strumenti telematici a supporto siano in grado di garantire, tra le altre cose, il principio di collegialità, che viene disciplinato in maniera rigorosa dalla normativa di riferimento³⁹, e di segretezza e riservatezza delle comunicazioni rese.

In secondo luogo, il provvedimento del 24 marzo ha disposto il rinvio di tutti i giudizi per i quali risultava già fissata la trattazione in udienza pubblica fino alla fine dell'emergenza, salvo che fossero le parti stesse a chiedere il passaggio in decisione della causa (sulla base dei soli atti depositati e senza discussione orale). In questa fase, dunque, la Corte ha preferito rinviare le udienze pubbliche, sulla falsariga di quanto deciso per le altre giurisdizioni, residuando, tuttavia, uno spazio di non poco rilievo a favore delle parti nella scelta relativa al rito. In ipotesi, infatti, avrebbe potuto deliberare il rinvio di tutte le cause o, al contrario, lo svolgimento d'ufficio delle stesse solo in camera di consiglio.

Nel caso in cui le parti avessero scelto il passaggio in decisione, avrebbero dovuto farne richiesta per iscritto alla Cancelleria, anche mediante invio di pec, entro un termine, espressamente qualificato come perentorio, di sei giorni liberi prima dell'udienza. Entro il medesimo

³⁹ Articolo 16 della legge n. 87 del 1957, così come rafforzato dall'articolo 17 delle Norme integrative. Sul punto, cfr. A. RAUTI, *Le nuove "norme integrative" della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*; P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 10 luglio 2009; S. LIETO, P. PASQUINO, *La Corte costituzionale ed il principio di collegialità*, in www.federalismi.it, n. 12/2016.

termine, per garantire una maggiore partecipazione, seppur in forma scritta, le parti avrebbero potuto depositare brevi note.

Infine, il provvedimento riconosceva alla Presidente, sentito il Collegio, la possibilità di trattare immediatamente in udienza pubblica, con modalità da definirsi, eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza⁴⁰. Non è agevole immaginare situazioni di tale tipo, in considerazione delle caratteristiche e dei tempi dei giudizi costituzionali. Si potrebbe ritenere che questa misura non sia stata introdotta per trovare applicazione con riguardo alle questioni pendenti e già calendarizzate, ma che sia stata pensata per quei nuovi giudizi che trovino la loro origine nella fase emergenziale in corso. Data la pluralità di atti (di grado diverso) statali e regionali adottati per fronteggiare la situazione contingente⁴¹, nonché dei numerosi provvedimenti giurisdizionali resi in materia⁴², non sarebbe implausibile ipotizzare un accesso in via principale o un conflitto interorganico o intersoggettivo⁴³. In tal senso, pur nella consapevolezza che una fissazione immediata in udienza pubblica derogherebbe, tra le altre cose, alla disciplina dei termini processuali fissati per le parti, può essere utile richiamare un precedente⁴⁴, in cui la Corte, stante il rischio di «una irrimediabile lesione dei diritti costituzionali coinvolti», garantì tempestivamente l'esame del merito del ricorso in udienza pubblica⁴⁵.

⁴⁰ Questa disposizione è ripresa nel provvedimento del 20 aprile, punto 1, lett. e).

⁴¹ Sul punto, *ex aliis*, M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 361-367; M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Diritti fondamentali, Attualità*, 24 marzo 2020, 1-8; A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei "propri confini"*, in *Diritti fondamentali, Attualità*, 18 aprile 2020, 1-8; A. MORELLI, A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Diritti regionali*, n. 2/2020, 1-6.

⁴² Su cui, cfr. N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 567-581.

⁴³ Più difficile, anche in considerazione della necessaria previa introduzione di un giudizio principale nel corso del quale venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, appare un accesso in via incidentale.

⁴⁴ Ci si riferisce a Corte costituzionale, ord. n. 172 del 2009.

⁴⁵ Il conflitto di attribuzione era stato promosso dai promotori di referendum in materia elettorale per la dichiarazione che non spettava alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi adottare le disposizioni

La nozione di «eccezionale gravità e urgenza» sembrerebbe altresì richiamare le «gravi ragioni» alle quali l'articolo 40 della legge n. 87 del 1953, integrato dall'articolo 26 delle Norme integrative, subordina l'esercizio del potere cautelare della Corte in sede di conflitto di attribuzione tra lo Stato e le Regioni⁴⁶. Come noto, poi, la legge n. 131 del 2003, nel modificare l'art. 35 della legge n. 87 del 1953, ha introdotto il rimedio della sospensione della legge impugnata anche nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, qualora l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il «rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini»⁴⁷.

Tuttavia, la stessa disciplina cautelare prevede che l'eventuale sospensione dell'atto impugnato, prevalentemente su istanza di parte⁴⁸, sia accordata con ordinanza motivata adottata dalla Corte in camera di

contenute in una delibera approvata il 14 maggio del 2009, per la violazione di norme e principi costituzionali posti a tutela del pluralismo dell'informazione e della comunicazione politica radiotelevisiva. Nell'ordinanza, la Corte ritiene che, in questo caso, si verifichi una ipotesi di non applicabilità, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953, quinto comma, dei termini processuali richiamati dagli articoli 25 e 26 della stessa legge. Ordina, dunque, comunicazioni e notificazioni immediate. L'ordinanza n. 172 viene depositata in cancelleria il 1° giugno e pubblicata in Gazzetta ufficiale il 3 giugno. L'udienza pubblica viene fissata il 9 giugno.

⁴⁶ Sull'estensibilità in via analogica della disciplina di cui all'articolo 40 ai conflitti interorganici, si v. Corte costituzionale, ord. n. 225 del 2017; sui ridotti spazi della tutela cautelare in sede di giudizio di legittimità, cfr. G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, in www.gruppodipisa.it, 30 settembre 2016. Per una disamina complessiva dei profili problematici, cfr., M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzione*, in Quaderni costituzionali, n. 2/2002; nonché, diffusamente, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 71 e ss.

⁴⁷ L'articolo 21 delle Norme integrative precisa che «Ove sia proposta istanza di sospensione ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il Presidente, sentito il relatore, convoca la Corte in camera di consiglio qualora ravvisi l'urgenza di provvedere. Con il medesimo provvedimento il Presidente può autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti e lo svolgimento delle indagini ritenute opportune. La cancelleria comunica immediatamente alle parti l'avvenuta fissazione della camera di consiglio e l'eventuale autorizzazione all'audizione».

⁴⁸ Sulla problematica coabitazione tra potere cautelare «d'ufficio» e «su istanza di parte», si v. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 109 e ss. La misura emergenziale prevista dalla Corte implicherebbe l'esercizio di un potere d'ufficio.

consiglio⁴⁹: dunque, non vi sarebbe comunque la necessità di una trattazione immediata in udienza pubblica.

Per queste ragioni, non è facile coordinare la misura dettata dalla Presidente con il potere cautelare della Corte. Al momento, lo spazio applicativo sembra essere limitato.

Da ultimo, con il provvedimento del 20 aprile, la Corte ha deciso di porre fine al rinvio delle udienze⁵⁰. Le modalità prospettate per lo svolgimento dei giudizi sono due: 1) in via generale, si prevede che tutte le questioni, fissate per la trattazione in udienza pubblica, passino direttamente in decisione in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti depositati⁵¹; 2) in alternativa, su richiesta di almeno una delle parti, l'udienza pubblica si svolge con collegamento da remoto, secondo modalità operative da comunicare alle parti. La richiesta, da produrre per iscritto, deve essere fatta pervenire alla Cancelleria e a tutte le parti del giudizio, entro il termine perentorio di dieci giorni liberi prima dell'udienza⁵².

È questa seconda modalità di trattazione a suscitare particolare interesse. Per la prima volta, infatti, le udienze pubbliche si svolgerebbero da remoto, in videoconferenza. Un debutto assoluto, seppur (si auspica) temporaneo, per il processo costituzionale, che non conosce forme di svolgimento dei propri lavori di questo genere, a differenza di altre giu-

⁴⁹ A ciò deve aggiungersi che la Corte ha interpretato restrittivamente questa possibilità, tanto più se, come per i casi prospettati, la situazione abbia un particolare rilievo politico. Sul punto, cfr. Corte costituzionale, ordd. nn. 102 del 2001 e 403 del 2001. Da ultimo, cfr. P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 196 e ss.

⁵⁰ In fase di pubblicazione, è inoltre intervenuto il decreto della Presidente dell'8 giugno, recante «Ulteriori misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ripristino dell'apertura al pubblico delle udienze», con cui la Corte ha stabilito che il pubblico possa tornare ad assistere alle udienze pubbliche svolte con collegamento da remoto, presso la sede della Corte costituzionale. La presenza è limitata a un numero massimo di 24 persone.

⁵¹ Le parti, come nella versione precedente, hanno la possibilità di depositare brevi note entro il termine perentorio di sei giorni liberi prima della data dell'udienza. Ciò è previsto anche nel provvedimento del 20 aprile, punto 1, lett. c).

⁵² La prima udienza pubblica, in collegamento da remoto ai sensi del punto 1, lett. d), del decreto presidenziale del 20 aprile 2020, si è svolta il 5 maggio 2020 (ordd. nn. 144/2019 e 27 maggio 2019).

risdizioni⁵³. L'udienza, così organizzata, coinvolgerebbe i giudici, le parti e i rispettivi difensori, ma non il pubblico in senso stretto. Si tratterebbe, quindi, prendendo in prestito l'utilizzo di categorie penalistiche, di una pubblicità solo mediata, nel senso che la pubblicità verrebbe assicurata attraverso la verbalizzazione a cura del cancelliere e la registrazione e la successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito della Corte costituzionale⁵⁴.

3.1 Prime (e provvisorie) indicazioni sul rendimento

La valutazione del rendimento delle misure adottate è chiaramente limitata al breve periodo dell'emergenza trascorso. Eppure, appaiono già rinvenibili alcuni elementi di interesse.

Innanzitutto, solo con riferimento alle cause fissate per le udienze pubbliche del 7 e dell'8 aprile, il Servizio cancelleria della Corte costituzionale, in data 2 aprile, ha pubblicato sul sito ufficiale un avviso⁵⁵, rivolto specificamente agli avvocati, che sostituiva le comunicazioni di cancelleria di cui all'articolo 5 delle Norme integrative, in considerazione della difficoltà di procedere alle stesse nei modi ordinari. Avviso di tenore analogo, invece, non è stato riproposto per i lavori del 21 e del 22 aprile⁵⁶. Ciò, dunque, la-

⁵³ Si pensi, a livello esemplificativo, alla partecipazione a distanza del detenuto nel processo penale. Su cui, anche nella fase dell'emergenza, A. ZAMPAGLIONE, L. FORTE, *La partecipazione a distanza all'epoca del coronavirus: tra contrazione del diritto di difesa materiale e esigenze di accertamento*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2020, 9 aprile 2020.

⁵⁴ Se si allarga lo sguardo oltreoceano, è interessante evidenziare che la Corte Suprema Americana ha invece introdotto la *telephone conference*, che rende possibile seguire "in diretta" i lavori della Corte, attraverso uno *streaming* accessibile a un pubblico molto vasto. Sul punto, P. MAGARÒ, *La Corte suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del Covid-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2020, 20 aprile 2020.

⁵⁵ Il suddetto avviso è consultabile su:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/varie/Avviso_Avvocati_20200402.pdf.

⁵⁶ In questa occasione, invece, è stato pubblicato un comunicato stampa con cui la Corte annunciava che, solo per la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, il comunicato «Agenda dei lavori» sarebbe stato inviato ai media, e pubblicato sul sito online della Corte, il venerdì immediatamente precedente alla settimana di udienza. Il comunicato è consultabile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200417090138.pdf.

scerebbe presumere una celere normalizzazione nella gestione (almeno) delle comunicazioni.

A volersi interrogare circa lo svolgimento dei lavori della Corte nella fase dell'emergenza, pare opportuno soffermarsi sulla possibilità riconosciuta (in un primo momento) alle parti del giudizio ad acconsentire al passaggio in decisione in camera di consiglio, senza discussione orale, sulla sola base degli atti depositati, delle questioni per cui era originariamente prevista la trattazione in udienza pubblica⁵⁷.

I casi analizzati, evidentemente, sono numericamente molto esigui. A ogni modo, è possibile evidenziare che, su un totale di sedici cause la cui trattazione era prevista in udienza pubblica, in sei casi è stata richiesta la decisione in camera di consiglio⁵⁸.

Solo a livello esemplificativo, può essere di un qualche interesse segnalare come sia stata rinviata a nuovo ruolo, probabilmente anche per ragioni di opportunità, una questione sollevata in via principale dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nei confronti della Regione Lombardia, concernente una legge regionale lombarda, che violerebbe, nella prospettiva del ricorrente, principi fondamentali in materia di tutela della salute⁵⁹. Ancora, e stavolta con riguardo agli accessi in via inciden-

⁵⁷ Questa modalità operativa ha trovato applicazione durante la vigenza della misura presidenziale del 24 marzo. Il provvedimento del 20 aprile, i cui effetti si sono prodotti nella fase di pubblicazione del presente contributo, ha invece previsto che tutti i giudizi la cui trattazione fosse fissata in udienza pubblica passassero direttamente in decisione in camera di consiglio, senza discussione orale, sulla base degli atti [...]. In alternativa, su richiesta di almeno una delle parti del giudizio, l'udienza pubblica si sarebbe svolta con collegamento da remoto. Il dato tendenziale è che la possibilità che l'udienza pubblica si svolga da remoto sia stata accolta con una cautela dalle parti. Tra il 5 maggio e il 10 giugno, di 28 cause iscritte a ruolo per la trattazione in udienza pubblica, solo in sei casi è stata scelta la modalità da remoto (ord. n. 144 del 2019, ord. n. 198 del 2019, ord. n. 140 del 2019, ord. n. 149 del 2019, ord. n. 212 del 2019 e ord. n. 113 del 2019). Le altre sono state decise senza discussione orale, sulla base degli atti depositati.

⁵⁸ Tra questi, due questioni proposte in via principale (ric. n. 69 del 2019 e ric. n. 60 del 2019) rispetto alle quattro totali; quattro questioni sollevate in via incidentale (ord. n. 166 del 2019, ord. n. 196 del 2019, ord. nn. 40 e 41 del 2019, ord. n. 39 del 2019) rispetto alle dodici totali.

⁵⁹ Ci si riferisce al ric. n. 56 del 2019, riguardante l'art. 1 della legge della Regione Lombardia n. 4 del 2019, recante «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità): abrogazione del Capo III «Norme in materia di attività e servizi necroscopici, funebri e cimiteriali» del Titolo VI e introduzione del Titolo VI *bis* «Norme in materia di medicina legale, polizia mortuaria, attività funebre», per violazione: dell'art. 117, terzo comma, Cost.;

tale, si rileva che le questioni calendarizzate per l'8 aprile riguardavano la medesima disposizione (ossia l'articolo 10 della legge delega n. 124 del 2005, recante "Legge delega al Governo sul riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", e parte del decreto legislativo di attuazione), impugnata per i medesimi parametri (articoli 5, 117 e 120 della Costituzione)⁶⁰. Eppure, solo due delle ordinanze sollevate sono state riunite e poste in decisione sulla base degli atti depositati⁶¹. Ciò, probabilmente, in ragione del fatto che non tutte le parti dei relativi giudizi (che vedevano la partecipazione delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di diverse circoscrizioni territoriali) hanno rinunciato all'udienza pubblica, acconsentendo alla trattazione immediata in camera di consiglio. Sarà interessante valutare quanto la discussione in udienza pubblica potrà incidere sugli esiti delle decisioni future, sostanzialmente analoghe per norme impuginate e per parametri invocati.

La misura adottata pare aver riscosso un discreto successo. Le parti del giudizio, in determinati casi, si sono dimostrate disposte a rinunciare alla trattazione orale della causa, pur di addivenire ad una decisione. L'omessa trattazione, inoltre, è stata comunque subordinata alla volontà delle parti e, da ultimo, il provvedimento del 20 aprile ha riconosciuto loro, come anticipato, la possibilità di chiedere che si svolga l'udienza pubblica, seppur con collegamento da remoto.

4. *Spunti in materia di processo costituzionale telematico*

Le misure emergenziali adottate dalla Corte, seppur per un tempo definito e legato al perdurare dell'emergenza, stimolano la riflessione intorno alla modalità, alla sostenibilità e alla opportunità della telematizzazione del processo costituzionale (o di alcuni suoi aspetti), anche nel suo ordinario svolgimento⁶². Invero, le categorie e il lessico propri

dell'art. 117, secondo comma lett. l), Cost.; dell'art. 117, secondo comma, lettera i), della Cost.

⁶⁰ Ci si riferisce alle ordd. nn. 163 del 2019, 165 del 2019, 166 del 2019, 184 del 2019, 185 del 2019 e 196 del 2019.

⁶¹ Le ordinanze decise allo stato degli atti sono le nn. 166 e 196/2019.

⁶² Tra i pochi contributi sulla questione, F. ROLLERI, *Processo dinanzi alla Corte costituzionale*, in *ilprocessotematico.it*, 1° febbraio 2016; nonché, da ultimo, R.

del processo telematico non si rivelano sempre familiari al giurista, a cui è richiesto di interpretare alcune delle relazioni tradizionalmente intercorrenti tra i soggetti del processo in forma dematerializzata, con il *bit* invece che con la carta, attraverso il documento informatico invece che analogico, “da remoto” invece che “in presenza”⁶³.

Come noto, il processo costituzionale è disciplinato da una serie di fonti, di grado diverso⁶⁴, tra cui la legge n. 87 del 1953 e le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, modificate, da ultimo, nel gennaio del 2020⁶⁵. In materia di procedimento davanti alla Corte, e con l'esclusione dei giudizi sulle accuse contro il Presidente della Repubblica, l'articolo 22 della legge n. 87 del 1953 rinvia, come anticipato, alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato, in quanto applicabili. Questo rinvio mobile dovrebbe consentire l'applicazione al giudizio costituzionale delle norme del Codice del processo amministrativo (approvato dal decreto legislativo n. 104 del 2010, in attuazione delle delega conferita al governo dalla legge n. 69 del 2009 per il riordino del processo amministrativo)⁶⁶ e, dal 2017, del processo amministrativo telematico⁶⁷.

GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive*, in Consulta OnLine, n. 2/2020.

⁶³ Per un inquadramento, seppur con specifico riguardo al processo civile telematico, cfr. G. G. POLI, *Il processo civile telematico e il dialogo tra le sue fonti*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, 1 e ss. Sulle peculiarità dell'atto processuale informatico, in ragione della quali non appare «del tutto appagante la spiegazione della informatizzazione del processo in termini di mera trasposizione dell'atto processuale cartaceo in atto informatico», si v. E. MANZO, *Forme degli atti e dei provvedimenti*, ivi, 150.

⁶⁴ Di «vera e propria accozzaglia di disposizioni non sempre armonizzate» riferiscono A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 38.

⁶⁵ In tema di regole processuali, «la disciplina della Corte e lo strumentario delle sue pronunce sono rimasti invariati, sostanzialmente fissati dalla legge n. 87/1953, scritta e approvata *prima* che la Corte incominciasse a funzionare», così in R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in Quaderni costituzionali, n. 4/2019, 759.

⁶⁶ Corte costituzionale, sent. n. 144 del 2015, punto 4 del considerato in diritto.

⁶⁷ Il d.l. n. 168 del 2016, rubricato «Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la Giustizia amministrativa», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 197 del 2016, ha novellato l'articolo 13 delle disposizioni attuative del codice del processo amministrativo, prevedendo che un decreto del presidente del consiglio dei ministri dovesse stabilire le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico. Il

Dunque, quali sono gli spazi che, in considerazione della normativa vigente, occupa il processo telematico nel giudizio costituzionale?

Un primo profilo di interesse è indubbiamente rappresentato dalla trasmissione degli atti processuali. Per ciò che riguarda il processo costituzionale, invero, la quasi totalità delle trasmissioni viene disciplinata in modo “tradizionale”.

Con specifico riguardo al giudizio di legittimità sollevato in via incidentale, l’ordinanza di rimessione della questione deve essere trasmessa alla Corte costituzionale insieme con gli atti e con la prova delle notificazioni e delle comunicazioni prescritte nell’articolo 23 della legge n. 87 del 1953⁶⁸. Il fascicolo che viene trasmesso dalla cancelleria dell’autorità remittente viene dunque protocollato e inserito in un registro preliminare, dal 2005 informatizzato⁶⁹. La modalità di trasmissione è tradizionalmente fonte di notevoli aggravii per il Servizio cancelleria della Corte, responsabile della verifica delle notificazioni e delle comunicazioni compiute dall’autorità remittente⁷⁰ e del controllo della effettiva trasmissione dell’intero fascicolo processuale del giudizio⁷¹. Quest’ultimo

d.p.c.m. è stato adottato il 16 aprile del 2016 (decreto n. 40 del 2016). Dal primo gennaio del 2017, il processo amministrativo telematico è divenuto obbligatorio.

⁶⁸ Così viene stabilito nell’articolo 1 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. In relazione alla notifica dell’ordinanza di rimessione a cura della cancelleria della autorità rimettente, ai sensi dell’articolo 23, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, la Corte costituzionale ritiene regolare la notifica effettuata mediante *posta elettronica*, nelle forme previste dall’articolo 149-bis del c.p.c., «in forza del rinvio contenuto nell’art. 39 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), a sua volta richiamato dall’art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale)». Così in Corte costituzionale, sent. n. 219 del 2016, punto 2 del considerato in diritto.

⁶⁹ Sul punto, si v. M. MAIELLA, *Gli adempimenti amministrativi e trasmissione dell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, Relazione, in www.giustizia-tributaria.it, giugno 2018. In questo registro preliminare viene indicata: l’autorità giurisdizionale la data di emissione e quella del deposito dell’ordinanza presso la cancelleria del giudice *a quo*, le norme censurate e i parametri invocati.

⁷⁰ Ai sensi dell’articolo 2 delle Norme integrative, che, a loro volta, richiamano il regolamento di cancelleria, che, all’articolo 8, affida al cancelliere il compito di ricevere gli atti introduttivi dei giudizi e di riferire al Presidente sulla regolarità formale degli atti introduttivi e delle notificazioni relative.

⁷¹ L’articolo 7 delle Norme integrative contiene un espresso riferimento al «fascicolo della causa», che deve essere «immediatamente» trasmesso al giudice nominato per l’istruzione dal Presidente. Sul punto, già R. ROMBOLI, *Quale la funzione della trasmissione degli atti del giudizio «a quo» alla Corte costituzionale?*, in Foro italiano, 1990, 1477 e ss.; più di recente, G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio*

aspetto, tuttavia, appare temperato dall'affermazione della preclusione (oramai consolidata) all'utilizzo degli atti di causa per superare eventuali carenze riguardanti la descrizione della fattispecie concreta o la motivazione sulla rilevanza, in ragione del principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione⁷².

Qualche timido riferimento esplicito alla possibilità di trasmissione di documenti per via telematica si rinviene nell'articolo 5 delle Norme integrative e, dopo la modifica del gennaio del 2020, nell'articolo 4-ter.

L'articolo 5, dedicato alle notificazioni e alle comunicazioni nel giudizio incidentale, prevede che, con esclusivo riferimento alle seconde, e qualora vi sia stata una specifica richiesta di parte, le stesse possano essere inviate a mezzo telefax o posta elettronica al recapito indicato dal richiedente. Questo invio deve avvenire nel rispetto della normativa concernente i documenti informatici e teletrasmessi. Il richiamo, decisamente generico e vago, alla normativa di riferimento appare doversi intendere alla disciplina dei documenti informatici, così come prevista dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005)⁷³, recepita dallo stesso processo amministrativo telematico, così come appare evidente dai numerosi richiami contenuti nel decreto del Presidente del Consiglio n. 40 del 2016⁷⁴.

costituzionale, Milano, 2015, 122, laddove si afferma che la Corte, in virtù del principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione, valuta «la plausibilità della ritenuta rilevanza della questione senza necessità di esaminare il fascicolo del giudizio principale»; per una valorizzazione del ruolo del fascicolo di parte, ai fini di una più ampia cognizione dei fatti del giudizio principale, si v. B. LIBERALI, «*Lettura non consentita*» o «*mera conferma*»: quale ruolo per il fascicolo del giudizio a quo, in www.gruppodipisa.it, n. 1/2018, 15 maggio 2018.

⁷² Sul punto, Corte costituzionale, sent. n. 225 del 2012, punto 2 del considerato in diritto, secondo cui l'ordinanza di rimessione «deve contenere – in via autonoma – tutti gli elementi necessari a consentire a questa Corte l'esame del processo logico-deduttivo attraverso cui si è pervenuti alla rimessione». Di tenore analogo, anche, Corte costituzionale, ordd. nn. 269 e 148 del 2015, 55 del 2016 e 12 del 2017. Con riferimento specifico al fascicolo, *ex aliis*, cfr. sent. n. 98 del 2014, in cui si legge che «le carenze nella descrizione delle fattispecie sottoposte al vaglio dei rimettenti - non superabili attraverso l'esame dei fascicoli dei giudizi principali, stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione - determinano l'impossibilità di effettuare il necessario controllo sulla rilevanza delle questioni». Da ciò, forse, potrebbe derivare la non necessarietà della trasmissione del fascicolo processuale.

⁷³ Il d. lgs. n. 85 del 2005 è stato modificato, da ultimo, dal d.l. n. 162 del 2019.

⁷⁴ Si pensi, a livello esemplificativo, all'articolo 1, comma 1, lettere m) e n), del decreto n. 40, dedicate, rispettivamente, al documento informatico e alla copia informatica di documento analogico, così come disciplinati dal CAD; o all'articolo 3,

Con la modifica del 2020, inoltre, anche l'articolo 4-ter delle Norme integrative, che apre il giudizio costituzionale alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, contiene più di un riferimento all'invio telematico⁷⁵. La nuova disposizione, infatti, precisa che l'opinione presentata deve essere «scritta» e che, anche in caso di ammissione con decreto del Presidente⁷⁶, le formazioni sociali e i soggetti istituzionali che le hanno presentate non assumono la qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza. L'apertura del giudizio costituzionale nei loro confronti, dunque, appare limitata a una partecipazione per iscritto, che si sostanzia in un invio *per posta elettronica* di un'opinione che non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi. E, a sua volta, anche la comunicazione di avvenuta ricezione da parte della cancelleria della Corte viene effettuata tramite *posta elettronica*.

Non può non rilevarsi come in entrambi i casi riportati il riferimento sia alla posta elettronica *tout court* e non alla posta elettronica certificata che, come noto, avrebbe garantito maggiormente la provenienza della spedizione, l'integrità del contenuto e un riferimento temporale certo⁷⁷.

comma 1, secondo il quale il Sistema informativo della giustizia amministrativa è organizzato in conformità al CPA, alle disposizioni di legge speciali regolanti il processo amministrativo telematico, al CAD e al Codice dei dati personali. Inoltre, lo stesso articolo 2, comma 6, del d.lgs. n. 82 del 2005, così come modificato dal d.lgs. n. 217 del 2017, prevede che «Le disposizioni del presente Codice si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico».

⁷⁵ Le altre innovazioni introdotte riguardanti, rispettivamente, l'intervento nei giudizi in via incidentale dei titolari di un interesse qualificato (artt. 4 e 4-bis) e l'audizione di esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio (art 14-bis) non contengono, invece, alcun riferimento all'utilizzo di strumenti telematici.

⁷⁶ L'articolo 4-ter, comma 3, prevede che «Con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

⁷⁷ La posta elettronica certificata, così come disciplinata a partire dal D.P.R. n. 68 del 2005, è «ogni sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici» (art. 1, comma 2, lett. g)). L'articolo 48 del d.lgs. n. 82 del 2005, contenente le disposizioni sulla pec, è stato di recente abrogato dal d.lgs. n. 217 del 2017, per garantire la conformità della disciplina italiana al regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno. Il

Oltre ai due riferimenti delle Norme integrative, in virtù del sopracitato rinvio operato dall'articolo 22 della legge n. 87 del 1953, pare potersi sostenere l'applicabilità al giudizio costituzionale dell'articolo 13, comma 1, del d.p.c.m. n. 40 del 2016, nella parte in cui stabilisce che «le comunicazioni di Segreteria nei confronti di qualsiasi soggetto tenuto per legge a dotarsi di PEC sono effettuate esclusivamente con modalità telematiche, avvalendosi di funzionalità disponibili nel sistema informatico, agli indirizzi PEC individuali risultanti dai pubblici elenchi»⁷⁸. Interpretando sistematicamente l'articolo 5 delle Norme integrative e l'articolo 13, comma 1, del Codice del processo amministrativo, le comunicazioni che la cancelleria della Corte dovrebbe effettuare ai difensori che hanno indicato un indirizzo pec avviene con tale mezzo.

Un secondo profilo di interesse appare costituito dalla modalità di svolgimento dei lavori.

Nei giudizi costituzionali, la regola dovrebbe essere rappresentata, almeno in teoria, dall'udienza pubblica. Solo in via eccezionale, qualora la pubblicità possa nuocere alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, o nel caso in cui, da parte del pubblico, avvengano manifestazioni che possano turbare la serenità, il Presidente può disporre che l'udienza si svolga a porte chiuse⁷⁹.

La disciplina di riferimento la troviamo nell'articolo 9 delle Norme integrative per il giudizio di legittimità in via incidentale, così come novellate nel 2008⁸⁰. Il Presidente può convocare la Corte in camera di consiglio, se nessuna delle parti si è costituita in giudizio. Ma, sentito il giudice per l'istruzione, può procedere allo stesso modo anche qualora ravvisi che possa ricorrere il caso di manifesta infondatezza, di manife-

regolamento europeo ha infatti introdotto i cosiddetti «servizi elettronici di recapito certificato», comunemente conosciuti con l'acronimo «red».

⁷⁸ In relazione a questa disposizione, il Consiglio di Stato ha precisato che per la notifica PEC del ricorso alle Amministrazioni devono essere utilizzati gli indirizzi mutuati dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia. Tuttavia, l'oscillazione giurisprudenziale riscontrata sul punto giustifica il riconoscimento dell'errore scusabile (Consiglio di Stato, sez. III, 22 ottobre 2019, n. 7170).

⁷⁹ Così l'articolo 15 della legge n. 87 del 1953. Sul rapporto tra udienza pubblica e camera di consiglio, come rapporto tra regola ed eccezione, si v. R. ROMBOLI, *Le ipotesi di convocazione della Corte costituzionale in Camera di consiglio*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 612.

⁸⁰ All'articolo 9, infatti, rinvia l'articolo 23 per il giudizio in via principale, l'articolo 24 per i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato e l'articolo 25 per il conflitto di attribuzione tra enti. Regole particolari valgono invece per il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo.

sta inammissibilità, di estinzione ovvero di restituzione degli atti al giudice rimettente. Le parti costituite, però, una volta ricevuta la comunicazione del decreto di convocazione della camera di consiglio, possono illustrare con memoria «le ragioni per le quali [ritengono] che la causa debba essere discussa nella pubblica udienza»⁸¹. La Corte, dunque, se ritiene che la causa non debba essere discussa in camera di consiglio, dispone la pubblica udienza.

Ad oggi, anche e soprattutto per ragioni di economia processuale, è sempre più usuale che i giudizi si svolgano in camera di consiglio⁸². In tal senso, non può non farsi riferimento alla natura eminentemente documentale del processo costituzionale, soprattutto se si ha riguardo alla Corte quale giudice della legittimità. L'udienza pubblica, in numerosi casi, rivestirebbe di fatto solo un carattere rituale; non si tratterebbe, secondo alcuni, di «una vera discussione»; «insomma, la parte orale non serve a capire la questione. È un rito»⁸³. Questa prospettiva, tuttavia, non pare potersi assolutizzare, in considerazione del rilievo pubblico di numerose questioni poste alla Corte, per le quali l'udienza pubblica costituisce un momento di confronto quantomeno auspicabile, per garantire l'esigenza di ampia pubblicità degli atti e dei dibattiti giudiziari co-

⁸¹ Così l'articolo 9, comma 3, delle Norme integrative.

⁸² Per una ricognizione statistica, si v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 71 e ss.; nonché, S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, cit., 17 e ss., nella parte in cui registra un aumento del ricorso all'udienza pubblica per il giudizio incidentale nel triennio considerato (188 su 474 giudizi, pari a quasi il 40%).

⁸³ Così S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 25, nella parte in cui si legge che «le udienze pubbliche sono pressoché inutili. Il relatore legge spesso la parte in fatto della ricerca (la documentazione preparata dall'assistente), nella stessa versione o in versione breve. Gli avvocati delle parti ripetono quanto hanno scritto, in qualche caso soltanto aggiungendo dettagli o replicando a punti scritti dell'altra parte. Il tono degli avvocati è noioso, con rare eccezioni. Nessuna domanda da parte dei giudici. Non una vera discussione. Insomma, la parte orale non serve a capire la questione. È un rito». Sulla partecipazione all'udienza pubblica, ma con deposito di memorie scritte, per evitare i rischi di un «ingolfamento» del processo, con ricadute sulla funzionalità e sui tempi dello stesso, si v. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., 33.

stituzionali⁸⁴; e, soprattutto, in considerazione delle recenti tendenze della Corte in tema di “apertura” del giudizio costituzionale alla società civile⁸⁵ e di maggiore garanzia della difesa⁸⁶ e del contraddittorio tra le parti⁸⁷, anche nella forma della difesa «orale»⁸⁸.

La disamina effettuata dimostra come la disciplina del processo costituzionale lasci scarsi spazi agli elementi di comunicazione digitale.

Invero, la Corte costituzionale, negli ultimi anni, ha stipulato una serie di accordi con alcuni dei soggetti istituzionali coinvolti (a vario titolo) nel processo costituzionale, al fine di avviare una reale fase di sperimentazione per le comunicazioni, le notificazioni e gli adempimenti del processo in modalità telematica. D'altronde, l'attualità del dibattito in materia è parsa confermata anche dai riferimenti contenuti nella Relazione del Presidente Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, nella parte in cui il Giudice auspicava l'introduzione di nuove regole tecniche⁸⁹.

⁸⁴ Sul tema, cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova, 1984, 81, laddove richiama H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, ora in ID., *La Giustizia costituzionale*, Milano, 197.

⁸⁵ La delibera dell'8 gennaio del 2020, rubricata «Modificazioni alle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”», è stata pubblicata sulla G. U., Serie Generale, n. 17 del 22 gennaio del 2020. La pubblicazione in G. U. è stata anticipata da un comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, dal titolo «La Corte si apre all'ascolto della società civile». Su queste recenti tendenze, in generale, già, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in Quaderni costituzionali, n. 2/2019; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, n. 4/2019.

⁸⁶ Principio qualificato come «supremo» dalla Corte costituzionale. In tema, tra le tante, si v. sent. n. 238 del 2014.

⁸⁷ Diffusamente, cfr. V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003; F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 125-152.

⁸⁸ Sul punto, già M. D'AMICO, *Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il processo costituzionale: il contraddittorio*, in Foro italiano, vol. 120, n. 10, 310 e ss.; più di recente, A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte*, in Quaderni costituzionali, n. 2/2019, in cui si afferma che il contraddittorio è comunque affievolito «ogni qual volta la Corte costituzionale decide direttamente in camera di consiglio, così precludendo agli intervenienti l'illustrazione in udienza pubblica delle proprie memorie».

⁸⁹ Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, in www.cortecostituzionale.it. Nella relazione, viene ricordato inoltre che è stato

La prima Convenzione di cui si ha notizia è la «Convenzione di cooperazione e collaborazione istituzionale», sottoscritta nel maggio del 2015 dalla Corte costituzionale con il Ministero della giustizia, al fine di agevolare l'interscambio dei dati e dei documenti in formato digitale. In particolare, nel quadro della attuazione del più generale programma di digitalizzazione della Giustizia e di velocizzazione dell'attività giurisdizionale, la Corte si proponeva di aderire agli standard dell'*European Case Law Identifier* (ECLI) e di migliorare il flusso di dati con la Corte di cassazione, aggiornando gli archivi delle sentenze (COSTSN), delle relative massime (COSTMS) e, in prospettiva, delle ordinanze di rimessione (COSTPEND). A tal fine, veniva costituito un gruppo di lavoro per la definizione delle modalità operative e la verifica del raggiungimento degli obiettivi prefissati. Di questa convenzione viene fatta esplicita menzione nella «Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia. Anno 2015», all'interno della quale il Dipartimento per gli affari di giustizia dà conto di una serie di interventi funzionali a favorire l'efficienza, la visibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Tra questi, viene richiamata la Convenzione con la Corte costituzionale e, specificamente, l'avvio della sperimentazione per la trasmissione in via telematica degli atti di promovimento ai fini della pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

Di tenore analogo, appaiono le Convenzioni di cooperazione e collaborazione istituzionale stipulate dalla Corte con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (sottoscritta il 5 dicembre del 2017), con il Consiglio nazionale forense (sottoscritta il 15 dicembre del 2017) e con l'Avvocatura dello Stato. In questi protocolli, precisato che l'obiettivo della telematizzazione può essere perseguito (seppur in via sperimentale) anche sulla base delle norme attualmente vigenti, la Corte si è impegnata a realizzare tutte le attività necessarie per la messa in opera del processo costituzionale telematico, attraverso la predisposizione dei sistemi informativi necessari a consentire l'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. D'altro canto, a titolo esemplificativo, le Regioni e le Province autonome hanno assicurato l'utilizzo di un domicilio digitale (un univoco indirizzo di posta elettronica certificata) per l'adempimento degli oneri di pubblicazione fissati dalla legge n. 87 del 1953; mentre il Consiglio nazionale forense si è

introdotto il sistema *Italgjure* (da anni utilizzato con successo presso la Corte di cassazione) e che sarebbe stata a breve disponibile la nuova procedura informatica del sistema *Indici* (a supporto delle attività degli assistenti di studio e delle segreterie dei Giudici).

vincolato a inserire, nei propri atti difensivi, una manifestazione di volontà di voler ricevere tutte le comunicazioni a un indirizzo di posta elettronica certificata e ad adottare le regole per il deposito dei documenti in formato digitale. Nella Convenzione con l'Avvocatura dello Stato, si è fatto espresso riferimento alla normativa del Codice dell'Amministrazione digitale (d. lgs. n. 82 del 2005) e, più in generale, alle norme vigenti, nella prospettiva di una valorizzazione dell'articolo 5 delle Norme integrative dei giudizi davanti alla Corte costituzionale (che, come anticipato, consentono, qualora sia richiesto dalla parte, che le comunicazioni siano eseguite dal cancelliere mediante invio per posta elettronica al recapito indicato dal richiedente, nel rispetto della normativa concernente i documenti informatici e teletrasmessi).

Da ultimo, a partire dal 15 settembre 2018, in attuazione del protocollo di intesa stipulato tra la Corte costituzionale e la giustizia amministrativa, viene stabilito che, in via sperimentale, le ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale siano trasmesse anche in modalità telematica dagli uffici della Giustizia amministrativa. Ciò, tuttavia, ferme restando le ordinarie modalità di trasmissione delle ordinanze e degli atti processuali. Le modalità telematiche, dunque, non sostituiscono ma si aggiungono a quelle già previste dalla normativa vigente.

4.1 *Le aperture della giurisprudenza costituzionale*

La Corte costituzionale, con recenti pronunce, ha mostrato di riconoscere le potenzialità dello strumento telematico, che però necessita di essere utilizzato con cautela in considerazione della specialità del processo costituzionale.

Con la decisione n. 75 del 2019, il Giudice costituzionale si è espresso in merito al processo (civile) telematico⁹⁰.

La questione di legittimità aveva ad oggetto l'articolo 16-*septies* del

⁹⁰ Su questa pronuncia, si v., almeno, F. CAMPODONICO, *Un principio irrinunciabile? La scissione degli effetti della notifica tra 'vis expansiva' e notifiche via PEC*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 6/2019, 2627 e ss.; G. G. POLI, "I'm gonna wait 'till midnight hour": *la Consulta dichiara tempestive le notifiche telematiche effettuate dalla ore 21 alle ore 24*, in *Foro italiano*, n. 11/2019, parte I, 3452 e ss.; A. TRINCHI, *Il tempo delle notificazioni a mezzo PEC*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 3/2019, 910 e ss.; C. PUNZI, *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con modalità telematiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019, 919 e ss.

d.l. n. 179 del 2012 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 221 del 2012), nella parte in cui estende l'applicazione dell'articolo 147 del codice di procedura civile alle notificazioni eseguite in modalità telematica. In particolare, la disposizione impugnata prevedeva che, in questo caso, qualora la notificazione fosse eseguita dopo le ore 21, la stessa si considerasse perfezionata alle ore 7 del giorno successivo. La giurisprudenza ordinaria di legittimità aveva interpretato in maniera pacifica la disposizione nel senso che non prevedesse la scissione tra il momento di perfezionamento della notifica per il notificante e il tempo di perfezionamento della notifica per il destinatario. A livello esemplificativo, infatti, è interessante evidenziare come la Cassazione, in composizione nomofilattica, con l'ordinanza n. 30766 del 2017 abbia avuto modo di precisare che, con riguardo al tempo del perfezionamento della notifica telematica, qualora la stessa sia effettuata in orario tra le 21 e le 7, «la notifica si considera perfezionata alle 7 del mattino. Nel fare ciò il legislatore non ha distinto la posizione del notificante da quella del destinatario della notifica. ... La disposizione è chiara anche sotto questo profilo e l'interprete non può introdurre un'aggiunta che ne modifichi il contenuto, creando una nuova norma. La giurisdizione entrerebbe nel campo riservato alla legislazione»⁹¹.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 75 del 2019, dichiara la illegittimità della disposizione impugnata, «nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricezione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricezione»⁹². Per la Corte, dunque, la regola generale di scindibilità soggettiva degli effetti della notificazione va applicata anche a quella effettuata con modalità telematiche, consentendo la *reductio ad legitimitatem* della norma impugnata. In particolare, occorre sottolineare che, in questa pronuncia, la Corte ravvisi la specificità e, si aggiunga, le potenzialità ontologicamente connesse alla telematizzazione. La Corte, infatti, denuncia la irrazionalità di una norma che, come espressamente dichiarato, inibisce «il presupposto che ne conforma indefettibilmente l'applicazione, ossia il sistema tecnologico telematico, che si caratterizza *per la sua diversità* dal sistema tradizionale di notifi-

⁹¹ Cassazione, Sez. 6, ord. n. 30766 del 22 dicembre 2017. Di tenore analogo, *ex plurimis*, Cassazione, Sez. 6-3, ord. n. 20198 del 31 luglio 2018; Cassazione, Sez. L, sent. n. 21445 del 30 agosto 2018; Cassazione, Sez. 6-L, ord. n. 393 del 9 gennaio 2019.

⁹² Corte costituzionale, sent. n. 75 del 2019, dispositivo.

cazione»⁹³. In altre parole, la norma impugnata, considerando uguali e meritevoli di essere disciplinate allo stesso modo situazioni diverse e, cioè, il domicilio fiscale e il domicilio digitale del destinatario della notifica, viola il principio di uguaglianza e di ragionevolezza. La notifica telematica, dunque, deve consentire il pieno esercizio del diritto di difesa del notificante, preservando l'affidamento che lo stesso ripone «nelle potenzialità tutte del sistema tecnologico»⁹⁴, senza per questo inibire il diritto al riposo del destinatario. Da qui, evidentemente, la scissione soggettiva degli effetti della notificazione, consentita dall'utilizzo dello strumento informatico⁹⁵.

Con la decisione n. 200 del 2019, la Corte si pronuncia, per la prima volta, su una questione riguardante la validità di una notifica via pec di un atto del processo costituzionale, confermando gli esiti dell'ordinanza letta in udienza con la quale era stata riconosciuta la tempestività della costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri⁹⁶. Come noto, ai sensi dell'articolo 25, commi 3 e 4, delle Norme integrative, la costituzione delle parti in giudizio deve avvenire, a pena di decadenza, entro il termine di venti giorni dal deposito del ricorso in cancelleria della Corte⁹⁷. Quest'ultimo, a sua volta, deve essere effettuato entro il termine perentorio di venti giorni dall'ultima notificazione effettuata. Nel caso di specie, la Regione aveva eccepito la tardività della costitu-

⁹³ Ivi, punto 3 del considerato in diritto (corsivo mio). Sulla valorizzazione della portata innovativa e peculiare delle notifiche telematiche, cfr. A. TRINCHI, *Il tempo delle notificazioni a mezzo PEC*, cit., 910. Di tenore analogo, G. G. POLI, «I'm gonna wait 'till midnight hour»: *la Consulta dichiara tempestive le notifiche telematiche effettuate dalle ore 21 alle ore 24 (note a margine di Corte cost. 75/19)*, cit., laddove critica la «pretesa antistorica del legislatore di inibire, senza alcuna utilità per la tutela del destinatario, le potenzialità del *medium* tecnologico in favore della parte notificante». La notifica telematica, dunque, deve garantire il pieno esercizio del diritto di difesa.

⁹⁴ Ivi (corsivo mio).

⁹⁵ Invero, la scissione degli effetti della notifica, anche a mezzo pec, è espressamente prevista dall'articolo 3 *bis* della legge n. 53 del 1994, così come modificato dalla legge n. 228 del 2012.

⁹⁶ Ci si riferisce all'ordinanza non numerata del 3 luglio del 2019.

⁹⁷ In tema di rispetto dei termini (perentori) per la costituzione in giudizio per conflitto di attribuzione tra enti, cfr. ord. n. 15 del 2019. Più in generale, sulla mancanza di una costituzione tempestiva di una parte del giudizio *a quo*, a causa della irregolarità della notifica dell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, cfr. ordinanza non numerata del 18 ottobre del 2016 (il cui giudizio correlato è stato poi definito con la pronuncia n. 285 del 2016). Diffusamente, sulla natura perentoria dei termini di costituzione nel giudizio, si v. Corte costituzionale, sentt. nn. 57 del 2016 e 190 del 2006.

zione in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri, assumendo come *dies a quo* di decorrenza del termine del deposito del ricorso quello corrispondente alla data della notifica effettuata via pec (che, si precisa, aveva anticipato la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario). La Corte, tuttavia, chiarisce che la modalità della notifica mediante pec (che d'altronde non è mai stata utilizzata) non risulta, allo stato, compatibile con la notifica dei ricorsi in via principale e per conflitto di attribuzione, stante «la *specialità* dei giudizi»⁹⁸ costituzionali. Si pensi, a livello esemplificativo, al fatto che, per gli adempimenti introduttivi relativi agli accessi in via principale e ai conflitti di attribuzione, l'articolo 18 delle Norme integrative richiede la spedizione postale. In questo caso, dunque, non opera il rinvio compiuto dall'articolo 22 della legge n. 87 del 1953 alle «norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale». L'applicazione della disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo, dunque, non si estende automaticamente al processo costituzionale, stante la sua specialità. La telematizzazione dei giudizi innanzi alla Corte richiederebbe, dunque, una previa e circostanziata modifica della disciplina vigente, che tenga conto, allo stesso tempo, della *ratio* delle norme preesistenti e delle potenzialità innovative dei nuovi mezzi⁹⁹.

Della discussione di una riforma compiuta in materia, tuttavia, non vi è ancora traccia. La fase dell'emergenza, in cui sono state adottate una serie di misure nella direzione della telematizzazione, avrà però il merito di suggerire la ripresa del dibattito su questo delicato tema, in vista di una eventuale riforma ponderata e organica.

5. Osservazioni conclusive

L'emergenza ha posto la Corte costituzionale di fronte alla necessità¹⁰⁰ di riarticolare canonici istituti, nella prospettiva di assicurare il

⁹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 200 del 2019, punto 2 del considerato in diritto.

⁹⁹ F. COSSIGNANI, *Il tempo delle notificazioni telematiche e la «conciliazione delle opposte esigenze»*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2018, 621, laddove osserva, criticamente, che quando il legislatore fonde norme preesistenti e innovazioni tecnologiche rischia di vanificare la *ratio* delle prime e, allo stesso tempo, sottovalutare le potenzialità innovatrici delle seconde.

¹⁰⁰ Sulla differenza tra la nozione di emergenza e quella di necessità, si v. A. FENUCCI, *Necessità, emergenza e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, n.

principio di continuità nell'esercizio delle funzioni e di effettività della tutela accordata. Questa riarticolazione, che è da considerarsi legittima qualora vi sia un «nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»¹⁰¹, deve essere però temporanea¹⁰², così che il sistema possa riprendere, cessata l'emergenza, il suo ordinario assetto, garanzia di un delicato equilibrio tra i vari interessi coinvolti.

La fase dell'emergenza e le problematiche connesse alla stessa, tuttavia, possono anche rappresentare una occasione per rimeditare alcuni aspetti del processo costituzionale, soprattutto in considerazione delle opportunità offerte dalla tecnologia. Il tema dell'innovazione tecnologica ha assunto, infatti, connotati sempre più rilevanti e il ruolo dell'informatica si è progressivamente trasformato da mero strumento di facilitazione a leva strategica di cambiamento e sviluppo¹⁰³

In tale scenario, due i profili che paiono di maggior rilievo.

In primo luogo, si ritiene che la trasmissione telematica degli atti sia una necessità non più rimandabile anche per il giudizio costituzionale. Questo risultato rappresenterebbe un sicuro passo in avanti per una istituzione che si inserisce in un complesso articolato relazionale, all'interno del quale, in molti casi, la via della telematizzazione è stata

3/2014, 2-3, laddove l'autore osserva che «necessità ed emergenza sembrano essere diventate figure autonome e scindibili solo con il passaggio dall'ordinamento liberale a quello democratico. Si è fatto notare che anche su un piano terminologico vi è differenza tra i due concetti, visto che la necessità può essere ricondotta al latino *necessitas*, intesa quindi come qualcosa che si collega ad un evento inevitabile, mentre l'emergenza richiama il latino *emergere*, come qualcosa che affiora».

¹⁰¹ Così Corte costituzionale, sent. n. 127 del 1995. Sul punto, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 26; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, 192.

¹⁰² Sull'equazione emergenza/provisorietà, quale «fattore irrinunciabile» di conservazione del sistema, si v. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro. L'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 661.

¹⁰³ I profili problematici connessi al punto sono numerosissimi e la riflessione è oramai consistente. Sul tema, senza pretesa di esaustività, cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2011; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012; T. E. FROSINI, *Liberté, égalité, Internet*, Napoli, 2015; M. R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee. Atti del convegno del 31 marzo 2017*, Roma 2017; in chiave critica, P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 71-88; AA. VV., *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *www.federalismi.it*, 2020.

già intrapresa da qualche tempo. A ciò si aggiunge che una adeguata informatizzazione del proprio sistema documentale faciliterebbe, anche sotto il profilo pratico, il dialogo tra la Corte e i giudici comuni, assicurando l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei servizi offerti¹⁰⁴. A ciò, sia consentito, non può poi non aggiungersi una considerazione "di principio" riguardante la sostenibilità ambientale ed economica di una istituzione il cui centro fotoriproduzione e stampa lavora incessantemente¹⁰⁵.

Qualche perplessità deriva, invece, dall'utilizzo dello strumento del collegamento da remoto per lo svolgimento sia delle camere di consiglio, sia delle udienze pubbliche. Queste misure, ovviamente, trovano una precisa giustificazione nella fase di emergenza epidemiologica, caratterizzata, come prima anticipato, dalla necessità di introdurre misure idonee per garantire il distanziamento, in considerazione dell'alta contagiosità del virus. In tempi "ordinari", invece, i collegamenti da remoto, soprattutto dei giudici in camera di consiglio, non sembrerebbero rispondere a nessuna esigenza specifica, svilendo, anzi, il peso di un collegio che riveste un ruolo sì giurisdizionale, ma anche istituzionale, "politico", simbolico, e che si riunisce periodicamente per l'esame di un numero di casi (tutto sommato) sostenibile. Tuttavia, la modalità sperimentata con successo contiene indubbiamente delle potenzialità che, in

¹⁰⁴ Ai sensi del codice dell'amministrazione digitale, d.lgs. n. 82 del 2005, per interoperabilità si intende la «caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi» (art. 1, comma 1, lett. dd).

¹⁰⁵ A livello esemplificativo, basti pensare che, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento servizi e personale, gli assistenti di studio del giudice relatore devono consegnare la ricerca al centro fotoriproduzione e stampa, che la distribuirà agli altri giudici, entro 15 giorni dall'udienza o camera di consiglio. Di recente, il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 2270 del 9 aprile del 2020, ha affermato che «in generale non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'Amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti» e che «l'utilizzo di procedure digitalizzate nella gestione dell'interesse pubblico sia "conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 10, comma 1, della legge n. 241/1990), i quali, secondo il principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale". In definitiva, il risparmio alla spesa pubblica può avvenire anche attraverso un migliore utilizzo di strumenti e processi propri delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

casi particolari, potrebbero rivelarsi utili anche dopo la cessazione della fase dell'emergenza. Dunque, uno strumento integrativo e sussidiario, che arricchisce ma non sostituisce.

In secondo luogo, la fase dell'emergenza e le misure conseguentemente adottate si pongono a ridosso della modifica delle Norme integrative del giudizio davanti alla Corte costituzionale, deliberate l'8 gennaio del 2020, modifica che incide, complessivamente, sul ruolo della Corte costituzionale nello spazio pubblico e sulla sua stessa legittimazione nel sistema¹⁰⁶.

La modifica delle Norme integrative interviene in tre direzioni: 1) con riferimento specifico ai giudizi in via incidentale, viene codificato l'intervento dei «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio»¹⁰⁷; 2) è disciplinata la partecipazione al giudizio costituzionale degli *amici curiae*, ossia di quelle formazioni sociali senza scopo di lucro e dei soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità. Questi soggetti possono presentare una opinione scritta, la cui ammissione è subordinata ad una valutazione circa il fatto che la stessa offra elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità. Si precisa, tuttavia, che questi soggetti non assumono la qualità di parte, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza¹⁰⁸; 3) infine, l'articolo 14-*bis* introduce la possibilità che la Corte "ascolti" esperti di chiara fama in apposita adu-

¹⁰⁶ Così P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in www.federalismi.it, n. 2/2020. Anche prima della modifica, si v. T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo alla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2019, 124 e ss.; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, 120 e ss.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte dinanzi alle questioni teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 393 e ss.

¹⁰⁷ Articolo 4, comma 7, delle Norme integrative. L'articolo 4-*bis* disciplina poi la modalità di accesso agli atti del giudizio da parte dei terzi intervenienti, prevedendo che gli stessi debbano depositare, contestualmente all'atto di intervento, apposita istanza di fissazione anticipata e separata della questione concernente l'ammissibilità dell'intervento. Il Presidente fissa la trattazione dell'istanza in camera di consiglio e ne dà comunicazione. Le parti costituite e l'istante hanno facoltà di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente l'ammissibilità dell'intervento. Questa proceduralizzazione dell'accesso agli atti riprende il contenuto di una lettera del Presidente Lattanzi del 21 novembre del 2018 indirizzata alla cancelleria.

¹⁰⁸ Su questa figura, in chiave comparatistica, B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista Aic*, n. 4/2019.

nanza in camera di consiglio, alla quale possono assistere le parti costituite, che, autorizzate dal Presidente, hanno la possibilità di formulare domande agli esperti.

Le questioni sollevate dalle rilevanti modifiche introdotte sarebbero molteplici¹⁰⁹.

In tale sede, sia consentito evidenziare come queste misure, allargando in prospettiva la partecipazione al giudizio costituzionale, soprattutto con riguardo al giudizio in via incidentale, pongano in rilievo che la Corte opera sì a garanzia delle posizioni soggettive coinvolte nel giudizio principale, ma anche a garanzia della legalità costituzionale dell'intero ordinamento.

Questo allargamento, dunque, che pur risponde a *rationes* diverse (il diritto di difesa *ex art* 24 per il soggetto interveniente; la valorizzazione del contributo argomentativo e collaborativo offerto dagli *amici curiae* e dagli esperti di chiara fama¹¹⁰), potrebbe giovare, per ragioni di celerità e di economia processuale, dell'introduzione di un processo costituzionale smaterializzato che però, allo stesso tempo, sia in grado di potenziare i momenti di "reale" confronto dialettico.

¹⁰⁹ Per una disamina degli aspetti problematici, cfr. G. L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2020; nonché, C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2020, 194 e ss.; F. CLEMENTI, *Amici curiae? A proposito delle recenti "modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Rivista il Mulino*, 9 marzo 2020; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Consulta OnLine*, 23 marzo 2020; A. VUOLO, *Il contraddittorio nel giudizio costituzionale alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *www.federalsimi.it*, n. 16/2020. In senso critico, da ultimo, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020.

¹¹⁰ Sulla relazione problematica tra contraddittorio e istruttoria, già T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 178-179; nonché, da ultimo, A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte*, cit., 368, nella parte in cui distingue un «contraddittorio in senso stretto» e una «dialettica in senso ampio».

PARTE II
AL COSPETTO DELL'UNIONE EUROPEA*

* I contributi della parte II riprendono quanto pubblicato nella rivista *Eurojus* (L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione Europea. La crisi, la cura, le prospettive).

EMERGENZA E LIBERTÀ FONDAMENTALI NEL MERCATO UNICO

AMEDEO ARENA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Misure restrittive e libera circolazione delle merci. – 3. Misure restrittive e libera circolazione delle persone. – 4. Misure restrittive e libertà d'impresa. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Per far fronte all'emergenza COVID-19, gli Stati membri dell'Unione Europea hanno introdotto, oltre alle molteplici iniziative di sostegno, anche diverse misure restrittive che incidono sulla libera circolazione delle merci, sulla libera circolazione delle persone e sull'esercizio di determinate attività d'impresa.

Quanto alla libera circolazione delle merci, alcuni Paesi europei hanno imposto delle restrizioni al commercio di prodotti ritenuti indispensabili nell'emergenza COVID-19.¹ In particolare, Germania, Francia, Repubblica Ceca e Polonia hanno limitato l'esportazione dei dispositivi di protezione individuale (in prosieguo: "DPI") verso gli altri Stati membri.² Analoghi provvedimenti sono stati presi anche a livello sub-

* Associato di Diritto dell'Unione Europea, Università di Napoli Federico II.

¹ Sul punto, D. BUDOVA, *Export, import and EU circulation of protective and medical equipment in the context of COVID-19 outbreak*, in *EU Law Live*, 1° aprile 2020, <https://eulawlive.com/analysis-export-import-and-eu-circulation-of-protective-and-medical-equipment-in-the-context-of-COVID-19-outbreak-by-darya-budova/>

² In Germania è stato adottato il decreto del 4 marzo 2020, aggiornato il 12 marzo 2020, che vieta l'esportazione verso altri Stati membri di specifiche tipologie di DPI. In Francia è stato adottato il Decreto n° 2020-190 del 3 marzo 2020, che ha imposto la requisizione di tutte le mascherine protettive detenute da imprese pubbliche o private; in Repubblica Ceca è stato imposto ai produttori, distributori ed importatori di DPI di venderli esclusivamente allo Stato o alle sue articolazioni; in Polonia, a partire dal 5 marzo, l'esportazione di DPI, farmaci ed apparecchiature mediche è stata assoggettata ad un regime di autorizzazione preventiva. Alcune di tali misure sono state successivamente revocate: www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/new-eu-national-export-controls-medical-equipment

statale.³ Inoltre, sono state adottate misure volte a calmierare il prezzo di alcuni prodotti.⁴

Volgendo lo sguardo alla libera circolazione delle persone, gli Stati membri hanno introdotto misure di distanziamento sociale di diversa intensità, vietando gli assembramenti, chiudendo totalmente o parzialmente le scuole e introducendo restrizioni ai viaggi.⁵ Alcuni Stati membri hanno subordinato gli spostamenti al di fuori del domicilio al ricorrere di specifiche e comprovate esigenze.⁶ Anche in questo caso, le misure statali sono state talvolta integrate a livello regionale o locale.⁷

³ C. SPAGNOLO, *Coronavirus, Emiliano ordina requisizione macchinari destinati al Veneto: «Servono alla Puglia per i tamponi»*, in *Repubblica (Bari)*, 3 aprile 2020: https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/04/03/news/coronavirus_il_governatore_emiliano_requisisce_macchinari_destinati_al_veneto_velocizzano_esito_tamponi_-253011590/

⁴ Con l'Ordinanza del 26 aprile 2020, n. 11, il Commissario straordinario nominato dal presidente del Consiglio italiano per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, ha fissato a 50 centesimi di euro il prezzo massimo raccomandato di vendita al consumo delle mascherine di protezione ad uso medico.

⁵ Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2020, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19, C/2020/2419, in *GUUE* C 126 del 17.4.2020, 1–11. In dottrina, G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE online*, Osservatorio COVID 19, 4 aprile 2020; S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers*, 25 aprile 2020, 1-9.

⁶ In Francia è stato adottato il Decreto n° 2020-260 del 16 marzo 2020 che regola gli spostamenti nell'ambito dell'emergenza COVID-19. In Lussemburgo è stata adottata l'Ordinanza ministeriale del 16 marzo 2020, recante varie misure restrittive per affrontare la pandemia COVID-19, in *GU* n. 149 del 16 marzo 2020. In Italia sono stati adottati il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 recante ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in *GURI* n.59 del 8-3-2020 e il D.P.C.M. del 9 marzo 2020 recante ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, *GU* n.62 del 9-3-2020. In dottrina G. VOSA, *With Tragedy Comes Farce: The 'Congiunto Rule' and the Measures Restricting Constitutional Liberties in Italy's COVID-19 Emergency*, 1° maggio 2020, in *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/with-tragedy-comes-farce/>.

⁷ Ad esempio, con l'Ordinanza n. 6 del 6/03/2020, la Regione Campania ha limitato l'accesso alle Isole del Golfo di Napoli di gruppi organizzati di visitatori provenienti dalle Regioni e Province di cui agli allegati 2 e 3 del D.P.C.M. del 1 marzo 2020; con l'Ordinanza n. 514 del 21/03/2020 la Regione Lombardia ha vietato ogni spostamento

Nondimeno, queste restrizioni sono state attenuate nell'ambito della c.d. fase due dell'emergenza sanitaria⁸

Per quanto attiene, poi, all'esercizio delle attività imprenditoriali, diversi Stati membri hanno disposto la temporanea sospensione di determinate attività economiche ritenute non essenziali. Ad esempio, il Presidente del Consiglio italiano, con il DPCM dell'11 marzo 2020, ha disposto la sospensione delle attività commerciali al dettaglio, delle attività dei servizi di ristorazione e delle attività relative ai servizi alla persona.⁹ Del pari, il Lussemburgo ha imposto la chiusura di tutte le attività commerciali e artigianali che accolgono il pubblico.¹⁰ Ancora una volta, tali provvedimenti sono stati talora accompagnati da previsioni di maggior dettaglio adottate a livello regionale o locale.¹¹ Anche in questo

delle persone fisiche in entrata e in uscita dal territorio regionale, nonché all'interno del medesimo territorio, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute; con l'Ordinanza n. Z00020 del 27/03/2020 la Regione Lazio ha imposto il divieto di allontanamento dal territorio del Comune di Fondi da parte di tutte le persone ivi presenti, anche ove le stesse svolgano attività lavorative fuori dal territorio comunale.

⁸ Il D.P.C.M. del 26 aprile 2020, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, in *GURI* n. 108 del 27-04-2020 ha introdotto, a partire dal 4 maggio 2020, la possibilità delle visite ai propri congiunti che vivono nella stessa Regione e la riapertura di parchi e giardini pubblici, nel rispetto delle prescrizioni sanitarie ed evitando comunque gli assembramenti. Successivamente, il D.P.C.M. del 17 maggio 2020, Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, in *GURI* n.126 del 17-05-2020, ha consentito, a partire dal 3 giugno 2020, gli spostamenti interregionali, salvo le limitazioni imposte in relazione a specifiche aree del territorio nazionale.

⁹ D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, recante ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, in *GURI* n. 64 del 11-3-2020.

¹⁰ Ordinanza ministeriale del 16 marzo 2020, relativa a varie misure inerenti alla lotta contro l'epidemia da COVID-19, GU n. 149 del 16 marzo 2020.

¹¹ Ad esempio, con l'Ordinanza n. 25 del 28 marzo 2020, la Regione Campania, nel sospendere ulteriormente le attività e i servizi di ristorazione, fra cui pub, bar, gastronomie, ristoranti, pizzerie, gelaterie, pasticcerie, ha vietato anche il servizio di consegna a domicilio; con l'Ordinanza n. 204 del 9 aprile 2020 la Regione Puglia ha disposto la chiusura al pubblico nelle giornate di domenica 12 aprile 2020 (Pasqua) e di lunedì 13 aprile 2020 (Lunedì dell'Angelo) delle attività commerciali al dettaglio di vendita di generi alimentari e di prima necessità sia nell'ambito degli esercizi commerciali di vicinato,

caso, tali prescrizioni sono state allentate nell'ambito della c.d. fase due dell'emergenza sanitaria.¹²

Scopo del presente contributo è valutare la compatibilità delle misure restrittive adottate a livello statale e substatale con le libertà fondamentali del mercato unico, con le deroghe a tali libertà previste dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare in tema di sanità pubblica e tutela della salute, e con il principio di proporzionalità.¹³

Dal momento che le libertà fondamentali del mercato unico sono dotate di efficacia diretta, esse potranno essere invocate dai singoli innanzi ai giudici nazionali per ottenere l'immediata disapplicazione delle misure restrittive in questione, se del caso previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Peraltro, posto che alcune misure restrittive, in particolare quelle adottate a livello substatale, sono destinate a trovare applicazione a fattispecie che si esauriscono all'interno di un unico Stato membro (c.d. situazioni puramente interne), occorrerà verificare la

sia nell'ambito della media e grande distribuzione, anche ricompresi nei centri commerciali; con Ordinanza n. 16 del 9 aprile 2020 la Regione Umbria ha disposto la chiusura di tutte le attività commerciali ivi compresi gli esercizi di vicinato, le medie e grandi strutture di vendita ed i centri commerciali nelle giornate di domenica 12 aprile 2020 e lunedì 13 aprile 2020 ad esclusione delle farmacie, parafarmacie ed edicole.

¹² Ad esempio, il D.P.C.M. del 26 aprile 2020, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, in *GURI* n. 108 del 27-04-2020, ha acconsentito, a partire dal 4 maggio 2020, la ripresa di diverse attività produttive e industriali, le attività per il settore manifatturiero e quello edile, insieme a tutte le attività all'ingrosso ad essi correlati, con l'obbligo di rispetto delle regole vigenti in materia di sicurezza sul lavoro. Da ultimo, il D.P.C.M. del 17 maggio 2020, Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, in *GURI* n.126 del 17-05-2020, ha previsto ulteriori regole di dettaglio per quanto riguarda gli esercizi commerciali, le attività di ristorazione, gli stabilimento balneari, i servizi immobiliari, le trasmissioni televisive, ecc..

¹³ Cfr. la Dichiarazione del 1 aprile 2020 di Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Spagna e Svezia, <https://www.government.nl/documents/> «Emergency measures should be *limited to what is strictly necessary, should be proportionate and temporary in nature*, subject to regular scrutiny, and respect the aforementioned principles and international law obligations» (corsivo aggiunto).

possibilità di invocare, in tali circostanze, le libertà fondamentali previste dal TFUE, posto che, in base alla c.d. regola dell'internalità (*purely internal rule*) elaborata dalla Corte di giustizia, tali libertà non trovano applicazione nei confronti delle situazioni puramente interne.¹⁴

2. Misure restrittive e libera circolazione delle merci

Per quanto attiene alle misure statali e substatali che limitano la libera circolazione delle merci, l'art. 35 TFUE vieta le c.d. restrizioni quantitative all'esportazione nell'ambito del mercato unico. Mentre le misure che vietano il trasferimento di determinati prodotti al di fuori dei confini statali si collocano senz'altro nella sfera di operatività dell'art. 35 TFUE, in quanto riguardano direttamente il commercio *tra* Stati membri,¹⁵ tale conclusione non è altrettanto scontata nel caso delle misure volte a limitare la circolazione entro specifici ambiti territoriali *all'interno* di un dato Stato membro.

Difatti, nella sentenza *Oosthoek*,¹⁶ del 1982, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che l'applicazione di una disciplina statale alla vendita in uno Stato membro di merci prodotte nel medesimo Stato «non riguarda[va] in alcun modo l'importazione o l'esportazione delle merci e non rientra[va] quindi nella sfera» di applicazione delle conferenti disposizioni del Trattato.¹⁷ Tale statuizione discende dall'applicazione della regola dell'internalità alla libera circolazione delle merci, il cui scopo, secondo l'Avvocato generale Tesauro nella causa *Hünernmund*, è la «liberalizzazione degli scambi [*tra* gli Stati mem-

¹⁴ Sul punto, sia consentito il rinvio a A. ARENA, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

¹⁵ La Comunicazione della Commissione del 16 marzo 2020, COVID-19: orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, 2020/C 86 I/01 GU C 86I del 16.3.2020, 1-4, sottolinea che tutte le frontiere interne dell'UE dovrebbero rimanere aperte al trasporto di merci; più in particolare, la Comunicazione della Commissione dell'8 aprile 2020, Orientamenti sull'approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di COVID-19 2020/C 116 I/01, in *GUUE* C 116I del 8.4.2020, 1-6, punto 3, esorta gli Stati membri ad eliminare «eventuali divieti di esportazione dei farmaci nel mercato [unico]».

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1982, *Procedimento penale a carico di Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, causa 286/81, EU:C:1982:438,

¹⁷ *Ibid.*, punto 9.

bri]»,¹⁸ piuttosto che la promozione del «libero esercizio dell'attività commerciale *nei singoli Stati membri*».¹⁹

Peraltro, in tempi più recenti, i giudici dell'Unione hanno ammesso un'eccezione alla regola dell'internalità nel contesto della libera circolazione delle merci. Nelle sentenze *Jersey Produce*²⁰ e *Kakavetsos*,²¹ la Corte di giustizia ha dichiarato delle misure nazionali che ostacolavano l'esportazione di merci da una regione all'altra del medesimo Stato membro contrarie all'art. 35 TFUE, in quanto tali merci potevano formare «oggetto di una riesportazione verso altri Stati membri»,²² donde l'idoneità delle misure nazionali in questione ad ostacolare «per lo meno potenzialmente» gli scambi tra Stati membri.²³

Alla luce di tale evoluzione giurisprudenziale, si ritiene che le misure statali o substatali volte a limitare la libera circolazione di DPI, di farmaci e di apparecchiature mediche e diagnostiche all'interno del territorio di un dato Stato membro possano ritenersi rientranti nel divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. 35 TFUE, in quanto potenzialmente idonee ad ostacolare l'esportazione dei prodotti in questione verso gli altri Stati membri. Difatti, la stessa Commissione, nella Nota di orientamento del 20 marzo 2020 (in prosieguo: la «Nota di orientamento»),²⁴ ha auspicato la revoca da parte degli Stati membri di tutte le «misure restrittive» scopo di «preservare l'integrità del mercato unico».²⁵

A questo punto, appare necessario verificare la possibilità di giustificare tali misure restrittive alla luce dell'art. 36 TFUE, nella parte in cui

¹⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Tesauo del 27 ottobre 1993, *Ruth Hünermund e altri contro Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, causa C-292/92, EU:C:1993:863, punto 1 (corsivo aggiunto).

¹⁹ *Ibid.* (corsivo aggiunto)

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2005, *Jersey Produce Marketing Organisation Ltd contro States of Jersey e Jersey Potato Export Marketing Board*, causa C-293/02, EU:C:2005:664.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos AE Epexergasias kai Emporias Stafidas contro Nomarchiaki Aftodioikisi Korinthias*, causa C-161/09, EU:C:2011:110.

²² Sentenza *Jersey Produce*, punto 79.

²³ Sentenza *Kakavetsos*, punto 29.

²⁴ Comunicazione della Commissione, Nota di orientamento agli Stati membri, del 20 marzo 2020, in relazione al regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione, modificato da ultimo dal regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione 2020/C 91 I/02, GU C 91I del 20.3.2020, 10–15.

²⁵ *Ibid.*, punto 3.

consente le restrizioni quantitative all'esportazione giustificate da motivi di «di tutela della salute e della vita delle persone».²⁶ Le misure restrittive in esame sono infatti accomunate dall'obiettivo di impedire o ostacolare l'uscita da un determinato ambito territoriale di prodotti essenziali per la gestione dell'emergenza COVID-19 allo scopo di destinarle «a coloro che ne hanno maggiormente bisogno (ad esempio ospedali, pazienti, operatori sanitari, autorità di protezione civile)».²⁷

Peraltro, come si legge nella Comunicazione “Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19” del 13 marzo 2020 (in prosieguo: la “Comunicazione sulla risposta economica coordinata”),²⁸ perché le misure restrittive della libera circolazione delle merci possono ritenersi giustificate in nome della tutela della salute occorre che le stesse siano conformi al principio di proporzionalità: siano, cioè, «appropriate, necessarie e proporzionate al raggiungimento del predetto obiettivo, assicurando una fornitura adeguata alle persone che ne hanno più bisogno, impedendo al tempo stesso l'insorgere o l'aggravarsi in tutta l'UE della penuria di prodotti considerati essenziali».²⁹

La Comunicazione sulla risposta economica coordinata fornisce preziose indicazioni in ordine alla proporzionalità delle diverse tipologie di misure restrittive.³⁰ In particolare, «il semplice divieto di esportazione» deve ritenersi sempre sproporzionato, in quanto non garantisce che i prodotti «arrivino alle persone che ne hanno più bisogno» (vale a

²⁶ In dottrina, G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, I Post di AISDUE, 30 aprile 2020, p. 83.

²⁷ Nota di orientamento, punto 3. Cfr. inoltre la Comunicazione della Commissione del 16 marzo 2020, Covid-19 Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali 2020/C 86 I/01, in *GUUE* C 86I del 16.3.2020, 1-4, del punto 4, lett. b), secondo la quale le restrizioni al trasporto di merci per ragioni di salute pubblica «devono fondarsi su argomentazioni scientifiche e devono essere avallate dalle raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) e del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC)».

²⁸ Comunicazione della Commissione, del 13 marzo 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, alla Banca Europea per gli Investimenti e all'Eurogruppo, “Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19”, COM/2020/112.

²⁹ *Ibid.*, allegato n. 2, punto 2.

³⁰ In tal senso, P. OLIVER, *COVID-19 and the Free Movement of Goods: Which Prevails?*, in *EU Law Live*, 19 marzo 2020, <https://eulawlive.com/analysis-COVID-19-and-the-free-movement-of-goods-which-prevails-by-peter-oliver/>

dire i contagiati ed il personale medico-sanitario) e non impedisce «l'ammasso o l'acquisto di prodotti da parte di persone aventi un bisogno obiettivo limitato», rivelandosi perciò inadeguato a raggiungere l'obiettivo di proteggere la salute.³¹ Del pari, secondo la Commissione, sono «molto verosimilmente sproporzionate», le misure «prive di un ambito di applicazione chiaramente individuato e dettato da bisogni concreti», così come le misure sprovviste di una «solida motivazione» o di una «durata limitata».³²

Al contrario, la Commissione ha affermato che possono contribuire a salvare vite umane le «misure che disciplinano i mercati interessati, con meccanismi adeguati per convogliare i beni essenziali laddove sono più necessari» e ciò «sia all'interno degli Stati membri che verso acquirenti qualificati in altri Stati membri».³³ Analogamente, i «provvedimenti per calmierare i prezzi» possono essere utili per evitare fenomeni speculativi, purché «si applichino allo stesso modo a tutti gli operatori commerciali interessati» e «siano accompagnati da altre misure atte a convogliare le forniture verso coloro che ne hanno più bisogno».³⁴

In definitiva, le misure che limitano la libera circolazione delle merci in ragione dell'emergenza COVID-19 potranno ritenersi giustificate, ma soltanto all'esito di un sindacato di proporzionalità che potrebbe rivelarsi piuttosto intenso. A tal fine, la Comunicazione sulla risposta economica coordinata precisa che «[t]utte le misure nazionali [...] che limitano l'accesso ai dispositivi medici e di protezione vanno comunicate alla Commissione».³⁵ La Commissione, da un lato, si è dichiarata disponibile ad «aiuta[re] gli Stati membri a correggere le misure in questione»³⁶ dall'altro, ha annunciato che «adirà le vie legali se [gli Stati membri] non adatteranno le loro norme in misura sufficiente».³⁷ Finora, infatti, diversi Stati membri hanno spontaneamente revocato alcune delle proprie misure restrittive senza l'avvio di procedure d'infrazione,³⁸ ma

³¹ Comunicazione sulla risposta economica coordinata, allegato n. 2, punto 2.1.

³² *Ibid.*, allegato n. 2, punto 2.2.

³³ *Ibid.*, allegato n. 2, punto 2.3.

³⁴ *Ibid.*, allegato n. 2, punto 2.4.

³⁵ *Ibid.*, punto 3.1.

³⁶ *Ibid.*.

³⁷ *Ibid.*.

³⁸ Sul punto, *Germany lifts export ban on medical equipment over coronavirus*, Reuters, 19 marzo 2020, www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-germany-exports/germany-lifts-export-ban-on-medical-equipment-over-coronavirus-idUSKBN2162SH

non è escluso che la “Guardiana dei Trattati” possa fare ricorso a tale strumento (e, se del caso, alla richiesta di provvedimenti cautelari)³⁹ in caso di inottemperanza.⁴⁰

3. Misure restrittive e libera circolazione delle persone

Quanto alle misure restrittive della libera circolazione delle persone, vengono in linea di conto le seguenti disposizioni di diritto primario: l'art. 20, par. 2, lett. a), TFUE l'art. 21, par. 1, TFUE e l'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali (in prosieguo: “CDF”), che riconoscono il diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, nonché l'art. 45, par. 1 e par. 3, lett. b), TFUE che riconoscono un analogo diritto ai lavoratori dipendenti.⁴¹

Per quanto riguarda i lavoratori transfrontalieri, occorre avere riguardo agli Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19,⁴² in base ai quali «gli Stati membri dovrebbero consentire e favorire l'attraversamento da parte dei lavoratori transfrontalieri [...] che operano nel settore sanitario [...] nonché in altri servizi essenziali»,⁴³ potendo prevedere procedure di screening sanitario «alle stesse condizioni previste per i cittadini che esercitano le medesime professioni»;⁴⁴ i controlli alle frontiere, peraltro,

³⁹ Da ultimo, ad esempio, la Corte di giustizia ha imposto alla Polonia di sospendere in via cautelare la propria normativa sui procedimenti disciplinari dei giudici. Cfr. l'ordinanza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia*, causa C-791/19 R, EU:C:2020:277.

⁴⁰ In dottrina, v. L. PRETE, *Infringement Procedures in the Time of COVID-19*, in *Verfassungsblog*, 15 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/infringement-procedures-in-the-time-of-COVID-19/>.

⁴¹ In dottrina, G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, I Post di AISDUE, 30 aprile 2020, p. 78.

⁴² Comunicazione della Commissione del 30 marzo 2020, Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19, in *GUUE C 102I* del 30.3.2020, 12-14.

⁴³ *Ibid.*.

⁴⁴ *Ibid.*, punto 4.

«dovrebbero essere revocati in modo coordinato» nell'ambito della c.d. fase due di gestione dell'emergenza.⁴⁵

Per quanto riguarda, invece, le misure interne di distanziamento sociale, viene ancora una volta in rilievo la regola dell'internalità: fin dalla sentenza *Saunders*,⁴⁶ del 1979, la Corte di giustizia ha affermato che «le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori non possono [...] essere applicate a *situazioni puramente interne* di uno Stato membro».⁴⁷ Tale principio è stato ribadito, alcuni anni dopo, nella sentenza *Iorio*,⁴⁸ in cui si legge che la libera circolazione dei lavoratori mira «a realizzare il libero accesso dei lavoratori stabiliti nei vari Paesi della Comunità a posti di lavoro offerti in Paesi della Comunità *diversi da quello in cui sono stabiliti*»,⁴⁹ sicché tale libertà fondamentale e le disposizioni adottate per la sua attuazione «non si applicano a *situazioni puramente interne* di uno Stato membro».⁵⁰

Pertanto, mentre il cittadino di un altro Stato membro che si trovi, anche solo temporaneamente, in Italia potrà senz'altro invocare il principio della libera circolazione delle persone per contestare le misure di distanziamento sociale dettate dalle autorità italiane, analoghe iniziative giudiziarie promosse da cittadini italiani rischiano di essere frustrate dalla regola dell'internalità: posto che le libertà fondamentali del mercato unico non trovano applicazione alle situazioni puramente interne, l'interpretazione di tali libertà non può ritenersi necessaria per la soluzione di controversie prive di elementi transnazionali, con la conseguenza che eventuali questioni pregiudiziali sollevate nell'ambito di tali controversie devono ritenersi irrilevanti⁵¹ o estranee alla competenza della Corte di giustizia.⁵²

⁴⁵ Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2020, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19, C/2020/2419, in *GUUE* C 126 del 17.4.2020, 1-11, punto 4, lettera a).

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1979, *The Queen contro Vera Ann Saunders*, causa 175/78, EU:C:1979:88.

⁴⁷ *Ibid.*, punto 11 (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 1986, *Paolo Iorio contro Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato*, causa 298/84, EU:C:1986:33.

⁴⁹ *Ibid.*, punto 13 (corsivo aggiunto).

⁵⁰ *Ibid.*, punto 17 e dispositivo (corsivo aggiunto).

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010, *Pontina Ambiente Srl c. Regione Lazio*, causa C-172/08, EU:C:2010:87, punti 29-30; Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, causa C-27/11, EU:C:2012:326, punto 60.

⁵² Ordinanza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2005, *Procedimento penale a carico di Attila Vajnai*, causa C-328/04, EU:C:2005:596.

Anche in questo caso, peraltro, occorre avere riguardo alle deroghe alla regola dell'internalità introdotte, negli anni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tra queste, assume, in particolare, rilevanza la c.d. eccezione *Guimont*,⁵³ in base alla quale la Corte di giustizia ha acconsentito a pronunciarsi in via pregiudiziale, nell'ambito di controversie aventi ad oggetto situazioni puramente interne, «nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere ai cittadini nazionali gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione».⁵⁴

Tale requisito può, di norma, ritenersi soddisfatto nel caso dei rinvii pregiudiziali operati dai giudici italiani,⁵⁵ in quanto, ai sensi dell'art. 53 della legge del 24 dicembre 2012, n. 234, essi sono tenuti ad assicurare la parità di trattamento tra i cittadini italiani e gli altri cittadini di altri Stati membri dell'Unione Europea,⁵⁶ se del caso promuovendo una questione incidentale di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.. Ciò è quanto si è verificato, ad esempio, con la sentenza n. 443/1997,⁵⁷ in cui la Corte costituzionale ha esteso ai produttori di pasta italiani la disciplina più favorevole applicabile, in forza del diritto comunitario, ai produttori stabiliti in altri Stati membri.⁵⁸

In alternativa, assume rilievo un'altra deroga alla regola dell'inter-

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000, *Procedimento penale a carico di Jean-Pierre Guimont*, causa C-448/98, EU:C:2000:663.

⁵⁴ Ordinanza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2014, *Paola C. contro Presidenza del Consiglio dei Ministri*, causa C-122/13, EU:C:2014:59, punto 15.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2018, *Memoria Srl e Antonia Dall'Antonia c. Comune di Padova*, causa C-342/17, EU:C:2018:906, punto 24.

⁵⁶ L'articolo 53 della legge del 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, in *GURI* n. 3, del 4 gennaio 2013, prevede: «Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea».

⁵⁷ Corte costituzionale, sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1997, n. 443, con note di C. TRIPODINA, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei Paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, n. 150, 2093 e ss. e di S. NINATTI, «La sola alternativa praticabile»: eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 215-233.

⁵⁸ *Ibid.*, primo capoverso del dispositivo.

nalità: la c.d. eccezione *Libert*,⁵⁹ in base alla quale la Corte di giustizia ha acconsentito a pronunciarsi sulla compatibilità con le norme sulla libera circolazione di misure nazionali «indistintamente applicabili» nell'ambito di procedimenti puramente interni volti ad accertare la validità di dette misure con effetti *erga omnes*.⁶⁰ La *ratio* sottesa a tale eccezione è che, essendo le misure nazionali contestate «indistintamente applicabili», il loro eventuale annullamento da parte del giudice di uno Stato membro produrrà effetti anche nei confronti di cittadini di altri Stati membri.⁶¹

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, sembra che l'eccezione *Libert* possa essere invocata tanto nei procedimenti innanzi alla Corte costituzionale aventi ad oggetto la costituzionalità delle leggi e degli atti dotati di forza di legge,⁶² quanto nei procedimenti innanzi al giudice amministrativo volti ad ottenere l'annullamento di atti a portata generale.⁶³

Superato l'ostacolo della regola dell'internalità, le misure restrittive adottate dagli Stati membri per far fronte all'emergenza COVID-19 appaiono *prima facie* incompatibili con il principio della libera circolazione delle persone, a norma del quale sono vietate tutte le misure nazionali che «impediscono ad un cittadino di uno Stato membro di [...] eserci-

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2013, *Eric Libert e altri c. Gouvernement flamand* (C-197/11) e *All Projects & Developments NV e altri c. Vlaamse Regering* (C-203/11), cause riunite C-197/11 e C-203/11, EU:C:2013:288.

⁶⁰ *Ibid.*, punto 35.

⁶¹ *Ibid.*.

⁶² La sentenza *Libert*, ad esempio, prende le mosse da un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte era stata adita dalla Corte costituzionale belga nell'ambito di un procedimento di annullamento di un decreto fiammingo che disciplina la vendita e la locazione di immobili in alcuni comuni delle Fiandre. Cfr., inoltre, la sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2018, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contro Generalitat de Catalunya*, causa C-233/16, EU:C:2018:280, scaturente da un rinvio del Tribunal Supremo spagnolo nell'ambito di una controversia relativa alla legittimità di un decreto del governo regionale della Catalonia che istituiva un'imposta regionale sui grandi stabilimenti commerciali.

⁶³ Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012, *Duomo Gpa Srl e altri contro Comune di Baranzate e Comune di Venegono Inferiore*, cause riunite da C-357/10 a C-359/10, EU:C:2012:283, punto 28, scaturita da un rinvio pregiudiziale operato dal TAR Lombardia. Cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 2017, *Malta Dental Technologists Association e John Salomone Reynaud contro Superintendent tas-Sahha Pubblika e Kunsill tal-Professjonijiet Kumplimentari għall-Mediċina*, causa C-125/16, EU:C:2017:707.

tare il suo diritto di libera circolazione»⁶⁴ o che comunque possano «ostacolare o scoraggiare l'esercizio» di tale libertà.⁶⁵

Anche in questo caso, si pone la questione se sia possibile giustificare le misure restrittive in virtù della deroga per la «sanità pubblica», di cui all'art. 45, par 3, TFUE. La tutela della sanità pubblica, difatti, rientra tra le ragioni imperative di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione⁶⁶ ed è altresì garantita dall'art. 35 CDF, in base al quale ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali.⁶⁷ Del pari, la direttiva 2004/38⁶⁸ ammette la limitazione del diritto d'ingresso e di soggiorno nel territorio degli Stati membri per il contrasto di «malattie [...] con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della Sanità»,⁶⁹ ma richiede l'istituzione di mezzi d'impugnazione volti a garantire che «il provvedimento non sia sproporzionato».⁷⁰

Peraltro, nel verificare la proporzionalità delle misure nazionali finalizzate alla tutela della sanità pubblica, la Corte di giustizia ha precisato che tali misure possono ritenersi «atte a garantire la realizzazione [di tale obiettivo] solo qualora rispondano effettivamente all'intento di realizzarlo *in modo coerente e sistematico*».⁷¹ Tale sindacato di «coerenza e

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri c. Jean-Marc Bosman e altri*, causa C-415/93, EU:C:1995:463, punto 96.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg*, causa C-19/92, EU:C:1993:125, punto 32.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2018, *CMVRO*, causa C-297/16, EU:C:2018:141, punto 57.

⁶⁷ Il principio sancito dall'art. 35 CDF riprende quanto enunciato agli artt. 11 e 13 della Carta sociale europea.

⁶⁸ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUUE L 158 del 30.4.2004, 77-123.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 29, par. 1.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 31, par. 3. In dottrina, G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, I Post di AISDUE, 30 aprile 2020, 92-95.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 1 marzo 2018, *CMVRO*, causa C-297/16, EU:C:2018:141, punto 57 (corsivo aggiunto).

sistematicità” può rivelarsi piuttosto invasivo: in alcune occasioni, la Corte di giustizia ha ravvisato elementi di incoerenza nell’esclusione, non suffragata da «dati statistici precisi»,⁷² di alcune fattispecie dall’ambito applicativo della misura contestata;⁷³ in altre occasioni, i giudici dell’Unione hanno evidenziato l’assenza di «criteri di regolamentazione [sufficientemente] precisi»,⁷⁴ con conseguente attribuzione di «un potere discrezionale pressoché illimitato» alle autorità deputate all’applicazione della misura in questione.⁷⁵

Pertanto, pur avendo la Corte di giustizia riconosciuto, in via generale, che «spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto»,⁷⁶ non è escluso che specifici aspetti delle misure restrittive della libera circolazione delle persone adottate dagli Stati membri per affrontare l’emergenza COVID-19 possano risultare incompatibili con il principio di proporzionalità e, segnatamente, con il sindacato di “coerenza e sistematicità” elaborato dai giudici dell’Unione.⁷⁷

4. Misure restrittive e libertà d’impresa

Volgendo lo sguardo alle misure restrittive che sospendono o limitano l’esercizio di alcune attività economiche, vengono in linea di conto la libertà d’impresa (art. 16 CDF), nonché il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE).

Tali disposizioni possono senz’altro essere invocate da parte impre-

⁷² *Ibid.*, punto 56.

⁷³ *Ibid.*, punto 50.

⁷⁴ *Ibid.*, punto 52. V. inoltre *ibid.*, punti 56-57, ove la Corte di giustizia ha invocato la necessità di «criteri trasparenti e oggettivi».

⁷⁵ *Ibid.*.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1 giugno 2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez contro Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) e Principado de Asturias (C-571/07)*, cause riunite C-570/07 e C-571/07, EU:C:2010:300, punto 44; sentenza della Corte di giustizia dell’11 settembre 2008, *Commissione c. Germania (farmacie)*, causa C-141/07, EU:C:2008:492, punto 51.

⁷⁷ Cfr. Corte costituzionale tedesca, decisione del 15 aprile 2020, 1 BvR 828/20, in cui il Giudice delle leggi federale ha ritenuto un’ordinanza del comune di Giessen, che vietava le riunioni pubbliche allo scopo di affrontare l’emergenza COVID-19, incostituzionale in quanto comprimeva in misura sproporzionata il diritto di riunione di cui all’art. 8 della Legge fondamentale tedesca: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200415_1bvr082820.html

se di altri Stati membri, che intendano operare temporaneamente o stabilmente in Italia, per contestare l'applicazione delle misure restrittive italiane. Se invece tali restrizioni sono contestate da imprese italiane, opererà la regola dell'internalità, con conseguente inapplicabilità degli artt. 49 e 56 TFUE e, in virtù della c.d. equivalenza *Fransson*,⁷⁸ dell'art. 16 CDF.

Peraltro, anche in questo caso, occorre valutare la possibilità di invocare una delle deroghe alla regola dell'internalità riconosciute dalla Corte di giustizia. Viene in linea di conto, innanzitutto, l'eccezione *Libert*, in base alla quale gli imprenditori italiani potranno invocare le norme in materia di stabilimento e servizi, nonché la libertà d'impresa, per contestare, con effetti *erga omnes*, la validità di misure restrittive applicabili sia agli imprenditori italiani che agli imprenditori di altri Stati membri.⁷⁹

Maggiori difficoltà presenta, invece, l'applicazione dell'eccezione *Guimont*, in quanto, le regole in materia di stabilimento e servizi potrebbero non essere invocabili da parte dei cittadini di altri Stati membri che si trovino «nella stessa situazione» degli imprenditori italiani, ossia siano titolari di imprese *stabilite in Italia* che intendano esercitare determinate attività economiche nel territorio della Repubblica. Così come rilevato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Sbarigia*,⁸⁰ l'art. 56 TFUE non verrebbe in rilievo, in quanto tali attività economiche non avrebbero, in ipotesi, il carattere temporaneo che caratterizza la presta-

⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, EU:C:2013:105, punti 21-22: «dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione [...] []'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza».

⁷⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2018, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contro Generalitat de Catalunya*, causa C-233/16, EU:C:2018:280, punto 22: «il giudice del rinvio è investito di un ricorso volto all'annullamento di disposizioni applicabili non soltanto ai cittadini nazionali, ma anche ai cittadini degli altri Stati membri, la decisione che tale giudice adotterà in seguito alla presente sentenza produrrà effetti anche nei confronti di questi ultimi, cosicché è necessario che la Corte risponda alle questioni che le sono state sottoposte con riferimento alle disposizioni del Trattato».

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2010, *Emanuela Sbarigia c. Azienda USL RM/A e altri*, causa C-393/08, EU:C:2010:388.

zione di servizi;⁸¹ del pari, l'art. 49 TFUE non sarebbe interessato dalle misure restrittive contestate, in quanto le imprese in questione sarebbero, in ipotesi, *già stabilite* nel territorio italiano.⁸²

Di contro, potrebbe venire in soccorso un'altra deroga alla regola dell'internalità, la c.d. eccezione *Coname*,⁸³ in base alla quale le misure restrittive italiane possono essere contestate anche da imprese italiane se riguardano attività imprenditoriali che presentano un «interesse transfrontaliero certo» per le imprese di altri Stati membri.⁸⁴ Peraltro, come chiarito nella recente sentenza *Oftalma*,⁸⁵ tale interesse transfrontaliero non può essere meramente presunto, ma «deve positivamente risultare da una valutazione concreta delle circostanze [d]el procedimento principale» che evidenzia la sussistenza di «elementi oggettivi e concordanti»,⁸⁶ quale il valore dell'attività economica in questione⁸⁷ o la prossimità ai confini nazionali del suo luogo d'esecuzione.⁸⁸

Giunti così ad una violazione *prima facie* degli artt. 49 e 56 TFUE, occorre verificare la possibilità di giustificare le misure restrittive italiane in virtù della deroga per motivi di «sanità pubblica», di cui all'art. 52, par 1, TFUE, applicabile anche alla libera prestazione dei servizi giusta il rinvio di cui all'art. 62 TFUE, nonché riconosciuto come valore meritevole di tutela dall'art. 35 CDF.

Al riguardo, sembra innanzitutto opportuno richiamare le considerazioni svolte al paragrafo precedente in ordine alla proporzionalità delle misure restrittive finalizzate alla tutela della «sanità pubblica» ed al conferente sindacato di «coerenza e sistematicità» elaborato dalla Corte di giustizia. La recente sentenza *PI*,⁸⁹ peraltro, ha rivelato che il vaglio di

⁸¹ *Ibid.*, punto 26.

⁸² *Ibid.*, punto 28.

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*, causa C-231/03, EU:C:2005:487.

⁸⁴ *Ibid.*, punto 18.

⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2018, *Oftalma Hospital Srl c. Commissione Istituti Ospitalieri Valdesi (CIOV) e Regione Piemonte*, causa C-65/17, EU:C:2018:263.

⁸⁶ *Ibid.*, punto 39.

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2017, *UAB "Borta" c. VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija*, causa C-298/15, EU:C:2017:266, punto 45.

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 2008, *SECAP SpA (C-147/06) e Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) c. Comune di Torino*, cause riunite C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 31.

⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2019, *PI c. Landespolizeidirektion Tirol*, causa C-230/18, EU:C:2019:383.

proporzionalità può, in combinato disposto con la libertà d'impresa (di cui all'art. 16 CDF) ed il diritto alla tutela giurisdizionale (di cui all'art. 47 CDF), avere significative implicazioni di carattere procedurale. Segnatamente, in tale occasione, la Corte di giustizia ha affermato che una misura nazionale che disponga la chiusura di un'attività economica per ragioni attinenti alla tutela della «sanità pubblica» deve essere debitamente motivata, nonché tempestivamente comunicata all'esercente dell'attività in questione.⁹⁰

5. Conclusioni

Per affrontare l'emergenza epidemiologica COVID-19, molti Stati membri hanno adottato misure che limitano la libera circolazione delle merci e delle persone, nonché l'esercizio di alcune attività d'impresa. La disamina svolta nell'ambito del presente contributo ha rivelato che molte di tali misure – pur se attenuate nell'ambito della fase due di gestione dell'emergenza – possono costituire una violazione *prima facie* delle libertà fondamentali del mercato unico, nonché di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

Si è inoltre rilevato che, sebbene le esigenze di sanità pubblica o di tutela della salute possano essere invocate per giustificare dette misure restrittive, non è escluso che queste ultime si rivelino inidonee a superare il vaglio di proporzionalità operato dalla Corte di giustizia, in particolare nella variante della “coerenza e sistematicità” enunciata in alcune pronunce del Giudice dell'Unione. Ciò comporterebbe l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di procedere alla disapplicazione delle misure restrittive in questione, se del caso previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Al riguardo, si è altresì evidenziato che, in ragione della c.d. regola dell'internalità, le libertà fondamentali potrebbero risultare inapplicabili alle fattispecie che si esauriscono nell'ambito di un unico Stato membro (c.d. situazioni puramente interne), con conseguente irricevibilità delle questioni pregiudiziali sollevate nell'ambito di tali controversie o estraneità delle stesse alla competenza della Corte di giustizia. Peraltro, si è osservato che, in diverse circostanze, tale ostacolo potrebbe ritenersi

⁹⁰ *Ibid.*, punto 84.

superabile grazie alle deroghe che gli stessi giudici del Kirchberg hanno introdotto, nel corso degli anni, alla regola dell'internalità.

In alternativa al procedimento pregiudiziale, resta percorribile la strada della procedura d'infrazione: come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Ullens de Schooten*,⁹¹ mentre il procedimento pregiudiziale presuppone l'applicabilità delle libertà fondamentali del mercato «nella controversia concreta» pendente innanzi al giudice remittente,⁹² il ricorso per inadempimento comporta «che la Corte verifichi se la misura nazionale contestata dalla Commissione sia, *in linea generale*, idonea a dissuadere gli operatori di altri Stati membri dall'avvalersi dell[e] libertà [di circolazione]»: trattasi, in altre parole, di un giudizio che lascia tendenzialmente sullo sfondo la regola dell'internalità.⁹³

In considerazione della durata media dei procedimenti innanzi alla Corte di giustizia, è improbabile che quest'ultima pervenga a pronunce pregiudiziali o di inadempimento in costanza dell'emergenza COVID-19.⁹⁴ Nondimeno, tali pronunce potrebbero assumere rilievo nell'ambito di successive azioni risarcitorie nei confronti degli Stati membri che hanno agito in violazione del diritto dell'Unione. Più in generale, in un contesto emergenziale caratterizzato dall'adozione di molteplici misure restrittive ai più disparati livelli di governo, le iniziative giudiziarie promosse dei singoli possono contribuire ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione ed il raccordo fra i diversi piani ordinamentali.⁹⁵

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2016, *Fernand Ullens de Schooten c. État belge*, EU:C:2016:874.

⁹² *Ibid.*, punto 49 (corsivo aggiunto).

⁹³ *Ibid.* (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Sui provvedimenti adottati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per adeguare lo svolgimento delle proprie attività durante il periodo dell'emergenza sanitaria, v. A. MAFFEO, *Gli effetti della pandemia da COVID-19 sul contenzioso dell'Unione europea*, in *Eurojus*, in corso di pubblicazione.

⁹⁵ Cfr. G. STENDARDI, *Il soggetto privato nell'ordinamento comunitario europeo*, Milano, 1967, 12-13: «I singoli soggetti [...] sono una parte attiva ed integrante [dell']ordinamento, perché [...] essi sono chiamati a far rispettare, a far realizzare, a rendere realmente operante l'ordinamento stesso».

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.
LA RECENTE PRASSI DELLA COMMISSIONE EUROPEA
E DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA
E DEL MERCATO A TUTELA DEL CONSUMATORE

TERESA CIMMINO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo cruciale svolto dalla Commissione nel periodo dell'emergenza sanitaria. – 3. La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette. – 4. Emergenza Covid-19 e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'emergenza sanitaria in corso, definita pandemia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità¹, ha determinato l'adozione di misure restrittive tanto rigide quanto necessarie per contrastare gli effetti dilaganti del virus COVID-19. Mentre i governanti si adoperano nella complessa opera di bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti dai provvedimenti adottati, sono aumentati gli operatori commerciali che, facendo leva sulla paura dei consumatori causata dalla pandemia, vendono online prodotti pubblicizzati come in grado di prevenire o curare il nuovo virus. Il Commissario europeo per la Giustizia e i consumatori, dopo aver annunciato che alcune piattaforme, come Amazon² e Fa-

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Economia, Università di Napoli Federico II.

¹ L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus ha definito la diffusione del COVID-19 non più una epidemia confinata ad alcune zone geografiche, ma una pandemia diffusa in tutto il pianeta.

² Nella mail di risposta al Commissario Reynders inviata il 27 marzo 2020, Amazon afferma di aver intrapreso diverse azioni per rimuovere elenchi di prodotti associati a dichiarazioni potenzialmente fuorvianti riguardo la capacità dei prodotti di prevenire/curare patologie COVID-19. Assicura di impegnarsi nel monitoraggio costante dei suoi negozi alla ricerca di prezzi e elenchi iniqui che presentino false dichiarazioni in merito al COVID-19. Inoltre, spiega di aver schierato un team che lavora continuamente per identificare prodotti, come maschere protettive e disinfettante per le mani, venduti a prezzi eccessivi. In tal caso, dispone la rimozione dell'offerta e prende provvedimenti contro gli operatori coinvolti.

cebook³, hanno volontariamente adottato misure contro queste pratiche commerciali ingannevoli, ha esortato tutti i soggetti interessati, tra cui i mercati online e le piattaforme di hosting dei media, ad attivarsi per combattere questi comportamenti. Ha, inoltre, assicurato che la Commissione europea e le Autorità degli Stati membri preposte alla tutela dei consumatori (in prosieguo: “ANTC”) avrebbero fatto tutto ciò che è in loro potere per contrastare tale fenomeno.

Sulla scorta di tali premesse, il presente contributo, dopo aver illustrato il ruolo assunto dalla Commissione e le ANTC nel contrasto a tale fenomeno, cercherà di ricostruire la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali, analizzandone, in generale, la capacità dissuasiva e, più in particolare, l’efficacia nel contrasto della propagazione delle pratiche commerciali sleali e nella tutela del consumatore in questa straordinaria situazione di emergenza sanitaria.

Infine, il contributo si soffermerà sul fondamentale ruolo assunto dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguo: “AGCM”) nel contrasto a tali pratiche commerciali.

2. Il ruolo cruciale svolto dalla Commissione nel periodo dell'emergenza sanitaria

La Commissione sta coordinando una risposta comune alla pandemia di COVID-19, agendo con decisione per rafforzare il settore della sanità pubblica ed attenuare l’impatto socioeconomico nell’Unione europea. Lo scopo è quello di mobilitare tutti i mezzi disponibili per aiutare gli Stati membri a coordinare le loro risposte nazionali e di fornire informazioni obiettive sulla diffusione del virus e sugli sforzi efficaci per contenerlo. Allo stesso tempo, dal momento che la disinformazione e le notizie false in ambito medico abbondano, la Commissione contribuisce

³ Nella lettera inviata al Commissario Reynders, il 26 Marzo 2020, Facebook ha illustrato le misure adottate per combattere i comportamenti ingannevoli e sfruttatori durante l’epidemia di coronavirus. Nello specifico, ha vietato la pubblicazione di annunci pubblicitari riguardanti mascherine mediche, disinfettanti per le mani e test COVID-19 kit. Ha vietato che sulle schede dei prodotti pubblicizzati vi fossero dichiarazioni sanitarie o mediche correlate a COVID-19. Tale divieto si applica anche a Marketplace e Instagram. Inoltre, ha messo in atto misure aggiuntive per limitare la diffusione della disinformazione e delle false affermazioni relative al COVID-19 chiedendo la rimozione di contenuti e bloccando o limitando anche gli hashtag che contribuiscono alla diffusione della disinformazione su Instagram.

alla lotta alla disinformazione collaborando attivamente con le piattaforme online⁴, incoraggiandole a promuovere le fonti autorevoli, a declassare i contenuti che risultino falsi o fuorvianti e a rimuovere quelli illegali o che potrebbero provocare danni alla salute. Più nello specifico, la Commissione e la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori⁵, che riunisce le ANTC, hanno intrapreso alcune azioni congiunte consistenti nel condividere attivamente le informazioni, nel lavorare insieme ad un approccio coerente per contrastare queste pratiche e garantire, mediante un'opera di sensibilizzazione, che i consumatori non siano ingannati dagli operatori commerciali sleali.

Parallelamente, la Commissione sta affiancando le ANTC nella predisposizione di orientamenti⁶ al fine di facilitare l'individuazione delle pratiche problematiche. Questi orientamenti contribuiscono a coordinare gli interventi tra dette ANTC, gli operatori e le piattaforme online e forniscono loro le indicazioni necessarie su come eliminare e oscurare le dichiarazioni mendaci. Considerata la straordinarietà della situazione, le ANTC⁷ degli Stati membri hanno il dovere di adoperarsi per adottare

⁴ Il 23 marzo 2020, il commissario Reynders ha scritto ad Allegro, Alibaba, Amazon, Bing, CDiscout, Ebay, Facebook, Google, Rakuten e Yahoo, chiedendo loro di adottare misure proattive per affrontare e prevenire truffe e pratiche sleali.

⁵La rete di cooperazione per la protezione dei consumatori, Consumer Protection Cooperation Network (CPC), composta dalle autorità nazionali di enforcement, è stata istituita dal Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'applicazione delle leggi sulla protezione dei consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004, allo scopo di affrontare congiuntamente le violazioni delle norme a tutela dei consumatori in ambito transfrontaliero.

⁶ Gli orientamenti sono indicati nel documento "*Common Position of Cpc Authorities, Stopping scams and tackling unfair business practices on online platforms in the context of the Coronavirus outbreak in the EU*" elaborato dalla Commissione europea in collaborazione con la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (CPC) con il fine di individuare una posizione comune a tutte le Autorità nell'affrontare le pratiche commerciali sleali su piattaforme online nel contesto di Focolaio di coronavirus nell'UE.

⁷ Tra gli interventi delle diverse ANTC è opportuno menzionare la *task force* lanciata dalla *Competition & Markets Authority* (CMA). La CMA ha esaminato attentamente gli sviluppi del mercato per individuare le pratiche dannose di vendita e di determinazione dei prezzi; ha lanciato moniti nei confronti delle imprese sospettate di sfruttare queste circostanze eccezionali riservandosi di intraprendere nei loro confronti azioni esecutive in caso di accertamento di violazioni delle leggi che tutelano il consumatore. Inoltre, la CMA ha provveduto a fornire una specifica consulenza al governo, necessaria in questa situazione d'emergenza. Un'iniziativa analoga è stata intrapresa anche dall'*Authority for Consumers e Markets* (ACM).

rapidamente le necessarie misure di attuazione specifiche a livello nazionale, in via prioritaria, mentre tutte le piattaforme online sono chiamate ad intensificare gli sforzi per individuare ed eliminare rapidamente le false dichiarazioni. Tutto ciò in conformità alla disciplina prevista dal regolamento (UE) 2017/2394 sulla cooperazione tra autorità nazionali per l'applicazione delle leggi sulla protezione dei consumatori.

Il nuovo regolamento⁸, operativo dal 17 gennaio 2020, adottato in sostituzione del regolamento (CE) 2006/2004, mira a proteggere i consumatori dalle violazioni transnazionali del diritto dei consumatori dell'UE modernizzando la cooperazione delle autorità nazionali competenti nei paesi dell'UE, dello Spazio economico europeo e dell'Associazione europea di libero scambio tra di loro e con la Commissione europea. Questa, dovrà essere allertata dalle competenti ANTC, laddove vi sia il ragionevole sospetto di un'infrazione diffusa⁹, e dovrà denunciare eventuali violazioni di cui è venuta a conoscenza. Se si sospetta un'infrazione su larga scala a livello dell'Unione, le ANTC devono condurre indagini appropriate e avviare un'azione coordinata sotto la direzione della Commissione¹⁰.

Il regolamento introduce, inoltre, un nuovo sistema di allerta del mercato a livello UE, in modo che le minacce emergenti vengano rilevate più rapidamente. Questo nuovo sistema combina il sistema già esistente ai sensi del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori (regolamento (CE) n. 2006/2004) con uno scambio più ampio di informazioni pertinenti e necessarie. Inoltre, alcuni organismi esterni come le associazioni dei consumatori e del commercio, i Centri europei dei consumatori e, se del caso, le associazioni degli operatori in possesso delle competenze necessarie, avranno la facoltà di formulare delle "segnalazioni esterne"¹¹ alle autorità competenti degli Stati membri interessati e alla Commissione circa le presunte infrazioni, ampliando, in questo modo, il loro ruolo, in qualità di parti interessate, nell'esecuzione delle norme previste a tutela dei consumatori. Pertanto, dopo aver individuato le linee d'azione, comuni alle diverse ANTC nei diversi Stati

⁸ Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'applicazione delle leggi sulla protezione dei consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004.

⁹ *Ibid.*, Art. 17.

¹⁰ *Ibid.*, Art. 16, comma 2.

¹¹ *Ibid.*, Art. 27.

membri, in considerazione della straordinaria situazione d'emergenza sanitaria ed in conformità a quanto previsto dal citato regolamento, la Commissione e la rete CPC hanno ribadito la loro disponibilità, nonché la loro competenza ad assistere le diverse piattaforme online durante la fase di attuazione della procedura in concreto.

3. *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette*

Una pluralità di atti legislativi dell'Unione concorre a realizzare l'obiettivo della protezione del consumatore previsto agli artt. 12 e 169 TFUE, 6 TUE e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A una direttiva trasversale ad approccio orizzontale concernente la repressione delle "pratiche commerciali sleali"¹², e alle altre fonti pro-consumeristiche a carattere trasversale, come quelle relative alle clausole vessatorie¹³ e ai diritti contrattuali dei consumatori¹⁴, il legislatore dell'Unione ha infatti affiancato diverse direttive settoriali che, con vario grado di intensità, assicurano anche la tutela del consumatore negli ambiti economici disciplinati. Possono essere ricondotti nel novero di tali ultime fonti, sia quelle relative al mercato delle comunicazioni elettroniche e della fornitura di energia elettrica e gas, come anche, almeno per determinati profili, quelle di liberalizzazione del settore postale e del trasporto ferroviario.¹⁵ A completamento del detto quadro normativo vi sono tre regolamenti (UE)¹⁶ che disciplinano la tutela del consumatore sotto il profilo processuale.

¹² Direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/Cee del Consiglio e le direttive 97/7/Ce, 98/27/Cee 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce)n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹³ Direttiva 93/13/Cee del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

¹⁴ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE.

¹⁵ M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2017, pag. 879.

¹⁶ Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I); Regolamento

La direttiva 29/2005 è stata adottata all'esito di un articolato dibattito avviato dal Libro Verde¹⁷ sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea. Il libro verde auspicava la necessità di innovare la normativa comunitaria a tutela dei consumatori, con lo scopo principale di rimuovere o quantomeno ridurre gli ostacoli che si frapponevano all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere di merci e servizi tra imprese e consumatori e, in ultima analisi, alla creazione di un mercato unico all'interno dell'Unione Europea. Tale direttiva rappresenta lo strumento omnicomprensivo dell'UE che disciplina le pratiche commerciali sleali nelle operazioni commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori con il fine di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori. L'oggetto della disciplina in questione è, quindi, la tutela degli interessi economici dei consumatori. Tali interessi si sostanziano nella libertà di scelta dei consumatori, quale presupposto indefettibile di decisioni economicamente razionali; garantire ai consumatori scelte libere e consapevoli in merito ai beni o servizi offerti sul mercato, significa essenzialmente creare le condizioni di un libero mercato e di un sistema di scambi efficienti¹⁸. In quest'ottica, è evidente che la tutela della libertà di scelta del consumatore è funzionale ad assicurare l'efficienza e la razionalità del mercato stesso, impedendo che il gioco della concorrenza risulti falsato dalle pratiche commerciali poste in essere dalle imprese¹⁹. Pertanto, la direttiva 29/2005 si applica a tutte le pratiche commerciali poste in essere ma non ai casi in cui venga in rilievo la protezione di interessi che non sono di natura economica.

Per "pratica commerciale" si intende qualsiasi azione, omissione,

to (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II); Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis);

¹⁷ Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, presentato dalla Commissione a Bruxelles, 2.10.2001 COM(2001) 531 def.

¹⁸ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, 37 s.

¹⁹ V. I. CUFFARO, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, Tesi di Dottorato di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di Palermo, 2017, 7; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 689

condotta, dichiarazione o comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità diffusa con ogni mezzo, incluso il *direct marketing* e la confezione dei prodotti, che un professionista pone in essere in relazione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi ai consumatori²⁰. La Corte di giustizia ha statuito che la pratica posta in essere dal professionista deve essere direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un bene o di un servizio al consumatore. Una pratica commerciale può essere "direttamente connessa" alla promozione di un prodotto, per esempio, se fornisce informazioni relative alla disponibilità di un prodotto a un prezzo vantaggioso per un determinato periodo²¹ e a nulla rileva il fatto che la condotta del professionista coinvolto sia stata tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore²².

Le disposizioni generali della direttiva 29/2005 riguardano le pratiche commerciali sleali, ingannevoli e aggressive che possono falsare il comportamento economico del consumatore e lo inducano o siano idonee a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. La Corte di giustizia ha statuito che la definizione di "decisione di natura commerciale" comprende non soltanto la decisione di acquistare o meno un prodotto, ma anche le decisioni che presentano un nesso diretto con quest'ultima, come ad esempio, la decisione di entrare nel negozio. In tal senso, la nozione di "decisione di natura commerciale" comprende tutte le decisioni precedenti e conseguenti all'acquisto e direttamente connesse con l'acquisto stesso²³. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva, una pratica commerciale è sleale se è contraria alle norme di diligenza professionale e falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio. Invece, gli articoli 6, 7 e 8 vietano una pratica commerciale ingannevole o aggressiva qualora induca o sia idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso²⁴.

²⁰ Direttiva 2005/29/Ce, Art. 2, lett. d.

²¹ Corte giust., 19 dicembre 2013, *Trento Sviluppo c. Centrale Adriatica*, C-281/12, punto 35.

²² Corte giust., 16 aprile 2015, *UPC c. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, C-388/13, punti 41, 42 e 60.

²³ Corte giust., 19 dicembre 2013, *Trento Sviluppo c. Centrale Adriatica*, C-281/12, punti 35, 36 e 38.

²⁴ Cfr. L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali sleali aggressive*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2007.

La direttiva 29/2005 non limita il ricorso al criterio dell'alterazione rilevante al fine di valutare se il comportamento economico del consumatore sia stato effettivamente falsato. Occorre valutare anche se una pratica commerciale sia "idonea" ad esercitare tale impatto sul consumatore medio. Le autorità nazionali di vigilanza hanno, quindi, il dovere di accertare i fatti e le circostanze del singolo caso, in concreto, ma valutare anche l'idoneità della pratica a esercitare un impatto sulla decisione di natura commerciale del consumatore medio, *in abstracto*²⁵.

Il parametro per valutare l'impatto di una pratica commerciale ai sensi della direttiva 29/2005 è la nozione di "consumatore medio" precedentemente sviluppata dalla Corte di giustizia: "... per stabilire se una denominazione, un marchio o una dicitura pubblicitaria siano o meno idonei a indurre l'acquirente in errore, occorre prendere in considerazione l'aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto"²⁶. In realtà questa nozione è stata sviluppata dalla Corte di giustizia prima dell'adozione della direttiva. È stata poi codificata dalla direttiva per fornire alle autorità e agli organi giurisdizionali nazionali criteri comuni al fine di rafforzare la certezza del diritto e ridurre la possibilità di valutazioni divergenti. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, il consumatore medio è una persona ragionevolmente critica, consapevole e avveduta nel suo comportamento sul mercato.

La direttiva 29/2005 è stata recepita nell'ordinamento italiano mediante il Decreto legislativo n. 146/2007²⁷, che apporta alcune modifiche al Codice del consumo.

²⁵ Documento di lavoro dei servizi della Commissione orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali, Bruxelles, 25.5.2016 SWD(2016) 163 final.

²⁶ Corte giust., 16 luglio 1998, *Gut Springenbeide e Tusky*, C-210/96, punto 31.

²⁷ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004, in G.U. del 6-9-2007 n. 207. Per un approfondimento riguardo il decreto, cfr. E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007; G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il decreto legislativo n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 2007, pp. 1181 e ss.; A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008; U. TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Cons., dir. e mer.*, n. 1/2008, 68 e ss.

Ai sensi della disciplina nazionale, la pratica commerciale è “scorretta” quando, in contrasto con il principio della diligenza professionale, falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta²⁸. L’art. 20 del Codice del consumo, che pone il divieto generale di pratiche commerciali scorrette, viene declinato in due divieti, altrettanto generali, aventi ad oggetto due sottocategorie di pratiche commerciali scorrette tipiche, le “ingannevoli” e le “aggressive”²⁹. Le pratiche “ingannevoli” contengono informazioni mendaci, o seppure di fatto corrette, sono idonee a indurre in errore il consumatore medio, falsandone il processo decisionale. L’induzione in errore può riguardare il prezzo, la disponibilità sul mercato del prodotto, le sue caratteristiche, i rischi connessi al suo impiego³⁰. Sono invece considerate “aggressive” le pratiche che inducono il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza o vigilanza relativamente all’uso di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza o che possano, anche indirettamente, minacciare la sicurezza di bambini o adolescenti. Se l’impresa agisce con molestie, coercizione o altre forme di indebito condizionamento, il suo comportamento è considerato “aggressivo”. L’aggressività di una pratica commerciale dipende dalla natura, dai tempi, dalle modalità, dall’eventuale ricorso alle minacce fisiche o verbali³¹.

Il Codice del consumo indica le pratiche commerciali che devono essere considerate in ogni caso “ingannevoli” o “aggressive”. Sono di per sé “ingannevoli”, ad esempio, i comportamenti attraverso i quali l’operatore economico promette di vendere un prodotto a un certo prezzo e poi si rifiuta di accettare ordini per un certo periodo di tempo; afferma, contrariamente al vero, di avere ottenuto tutte le autorizzazioni; dichiara, per indurre in errore sulla particolare convenienza dei prezzi praticati, di essere in procinto di cessare l’attività commerciale³². Sono invece di per sé “aggressivi”, ad esempio, i comportamenti che creano nel consumatore l’impressione di non potere lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto, le visite a domicilio nel

²⁸ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in G.U. del 8-10-2005 n. 235 e successive modificazioni ed integrazioni (in prosieguo: “Codice del Consumo”), Art. 20, comma 2.

²⁹ I. CUFFARO, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 22.

³⁰ Codice del Consumo, Art. 21, comma 1.

³¹ *Ibid.*, Artt. 24 e 25.

³² *Ibid.*, Art. 23.

corso delle quali il professionista ignora gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi³³.

Individuate le caratteristiche proprie di una pratica commerciale ritenuta sleale e pertanto vietata, spetta all'AGCM esercitare le attribuzioni delineate dalla detta disciplina anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori³⁴.

4. Emergenza Covid-19 e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'AGCM, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, interviene a contrastare le pratiche commerciali scorrette, inibendo la continuazione delle stesse ed eliminandone gli effetti.³⁵ Per realizzare tale scopo, l'AGCM esercita poteri investigativi ed esecutivi, anche in collaborazione con le forze dell'ordine, nello specifico con la Guardia di finanza³⁶. Il suo intervento prescinde dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro³⁷. Nei casi di particolare urgenza, l'AGCM può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea a identificarlo³⁸. L'AGCM può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione³⁹. In caso di inottemperanza, senza giustificato motivo, a quanto disposto dall'AGCM, qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere,

³³ *Ibid.*, Art. 26.

³⁴ *Ibid.*, Art. 27, comma 1.

³⁵ *Ibid.*, Art. 27, comma 2.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, Art. 27, comma 3.

³⁹ *Ibid.*

l'AGCM applica una sanzione amministrativa pecuniaria di diverso importo a seconda del caso di specie⁴⁰.

In applicazione della detta disciplina, in questo periodo di emergenza sanitaria da COVID-19, l'AGCM è intervenuta diverse volte. In particolare, ha adottato provvedimenti in via d'urgenza ritenuti indispensabili al fine di interrompere la diffusione di pratiche commerciali estremamente gravi poste in essere da operatori commerciali che profittevoli dell'allarme sociale e della paura causata dalla diffusione dell'epidemia, hanno pubblicizzato prodotti facendoli passare come preventivi o curativi del Virus.

Il primo di questi provvedimenti d'urgenza è stato adottato il 17 marzo 2020⁴¹, a seguito dell'avvio di un procedimento istruttorio volto a verificare l'attuazione di pratiche commerciali scorrette da parte del Sig. Gino Capelli. Il sig Capelli, dopo aver affermato, contrariamente al vero, di rappresentare una farmacia on line e di avere un'esperienza ultradecennale nel settore, pubblicizzava attraverso un sito web un prodotto denominato "generico Kaletra", venduto come unico farmaco e unico rimedio per combattere il Coronavirus COVID-19. L'Autorità ha giudicato i detti comportamenti come contrari alla diligenza professionale e idonei ad indurre il consumatore medio all'assunzione di decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, sulla base di una ingannevole rappresentazione della realtà che sfrutta la situazione di allarme sanitario esistente e la conseguente alterazione della capacità di valutazione del consumatore. Per di più, le promesse sull'asserita unicità ed efficacia del medicinale come rimedio per combattere il virus risultavano prive di fondamento scientifico e particolarmente insidiose per il consumatore, posto che promettevano effetti curativi in un momento di grande emergenza sanitaria. Pertanto, l'Autorità, ritenute sussistenti le esigenze di estrema gravità, urgenza e indifferibilità del provvedimento cautelare e rilevata la particolare gravità della condotta poiché ha sfruttato la tragica pandemia in atto per orientare in modo ingannevoli i consumatori all'acquisto del prodotto commercializzato, ha disposto che venisse inibito l'accesso al sito e che venisse sospesa ogni attività diretta a diffondere i contenuti del nome a dominio farmacocoronavirus.it.

Sulla scia di questo provvedimento, a distanza di pochi giorni,

⁴⁰ *Ibid.*, Art. 27, comma 4.

⁴¹ AGCM, PS11723, provvedimento n. 28173, *Farmaco coronavirus.it-Kaletra*, in Boll. 12/2020.

L'AGCM è intervenuta nuovamente con il fine di interrompere la diffusione di pratiche commerciali estremamente gravi poste in essere da operatori commerciali che cercano di sfruttare a proprio vantaggio l'allarme sociale scaturito dalla diffusione della pandemia. In due occasioni, precisamente, il 22 ed il 27 marzo 2020, l'AGCM ha adottato provvedimenti d'urgenza con cui ha disposto l'eliminazione di ogni riferimento all'efficacia preventiva e terapeutica contro il COVID-19 dei prodotti pubblicizzati e commercializzati sui siti *carlitashop.com* e *oxystore.it*. Difatti, sia la Carlita Shop s.r.l.⁴², proprietaria dell'omonimo sito, sia la Genium S.r.l.⁴³, proprietaria del sito web *www.oxystore.it*, hanno posto in essere comportamenti ritenuti dall'AGCM contrari alla diligenza professionale e idonei ad indurre il consumatore medio all'assunzione di decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, sulla base di una ingannevole rappresentazione delle proprietà di alcuni prodotti da loro venduti sfruttando così la situazione di allarme sanitario esistente e la conseguente alterazione della capacità di valutazione del consumatore.

La prima delle suddette società diffondeva, attraverso il profilo Instagram *carlitashop_online* e il profilo Instagram dell'influencer *Carlita dolce*, nonché amministratore unico della società, comunicazioni pubblicitarie che invitavano all'acquisto di prodotti detergenti e cosmetici utilizzando l'hashtag *#coronavirus* e vantando infondate capacità antivirali e di contrasto al COVID-19. Allo stesso modo, la seconda società diffondeva, attraverso il proprio sito internet "*www.oxystore.it*", comunicazioni pubblicitarie che invitavano all'acquisto online di prodotti correlati all'ossigenoterapia, vantando indimostrate capacità antivirali e di contrasto al COVID-19. In entrambi i casi, l'AGCM ha ritenuto che le condotte contestate ai professionisti fossero realizzate in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera b), 21, comma 3, 23, lettera s), e 25, lettera c), del Codice del Consumo, in quanto, le modalità di promozione e vendita dei prodotti in esame apparivano ingannevoli e aggressive, in spregio ai diritti dei consumatori sensibilmente condizionati dall'attuale situazione di emergenza sanitaria. Pertanto, rilevata l'indifferibilità degli interventi data la gravità delle pratiche commerciali, l'Autorità ha disposto che entrambi i professionisti eliminassero dai

⁴² AGCM, PS11722, provvedimento n. 28178, *Carlita shop-Integratori antivirali*, in Boll. 12/2020.

⁴³ AGCM, PS11732, provvedimento n. 28205, *Oxystore-Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, in Boll. 14/2020.

rispettivi siti internet ogni riferimento all'efficacia preventiva e terapeutica contro il COVID-19 dei prodotti pubblicizzati e commercializzati.

Nello stesso giorno, 27 marzo 2020, l'AGCM ha avviato altri due procedimenti istruttori nei confronti del Dott. Dario Sirimarco proprietario del sito internet <https://farmaciamaschile.it>⁴⁴ e nei confronti di Pharmacy Drug Store titolare del sito internet <http://farmacia-generica.it>⁴⁵. Su entrambi i siti internet veniva pubblicizzato il prodotto denominato "Kaletra", lo stesso prodotto già oggetto del suddetto provvedimento del 17 marzo 2020, come medicinale idoneo a combattere il Coronavirus. Per gli stessi motivi, l'AGCM, ritenendo che le affermazioni contenute sui siti internet generassero l'errato convincimento che il prodotto pubblicizzato avesse gli effetti curativi vantati e che il professionista operasse in un contesto di piena legalità, sebbene lo stesso non risultasse annoverato nell'elenco delle farmacie ed esercizi commerciali autorizzati alla vendita on line ed il farmaco non fosse suscettibile di vendita a distanza al pubblico, violando in tal modo la disciplina che tutela il consumatore, ha disposto l'oscuramento dei siti web.

Tutti i suddetti provvedimenti sono accumulati dal fatto che l'AGCM abbia sentito l'esigenza di intervenire adottando misure cautelari provvisorie ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3, del regolamento⁴⁶. Infatti, ha ritenuto sussistenti il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* in presenza di modalità di promozione e vendita dei prodotti ingannevoli e aggressive, pertanto, lesive dei diritti dei consumatori attraverso siti internet attivi che, potendo raggiungere un numero elevato di consumatori italiani, presentavano un elevato grado di offensività. Inoltre, risulta evidente la gravità della pratica commerciale che, sfruttando la vulnerabilità dei consumatori, dovuta alla pandemia in corso, rende indifferibile l'intervento dell'Autorità.

Quindi, sussistendo le esigenze di estrema gravità, urgenza e indifferibilità del provvedimento consistenti nell'attualità delle condotte contestate, nel coinvolgimento della generalità dei consumatori e nello

⁴⁴ AGCM, PS11733, provvedimento n. 28206, *Farmaciamaschile.it-Kaletra*, in Boll. 14/2020.

⁴⁵ AGCM, PS11735, provvedimento n. 28207, *Farmacia-generica.it-Kaletra*, in Boll. 14/2020.

⁴⁶ Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie, approvato con delibera AGCM 1° aprile 2015, n.25411.

sfruttamento della tragica pandemia in atto, l'Autorità ha disposto la sospensione in via provvisoria della pratica commerciale scorretta.

Inoltre, è bene evidenziare che in tre dei suddetti provvedimenti, l'AGCM ha deciso di porre rimedio al dilagare di informazioni pubblicitarie false esercitando uno dei "poteri minimi" attribuiti dall'art. 9 del Regolamento⁴⁷ n. 2394 del 2017, il "recente" potere di oscuramento del sito internet. Tale potere si esercita laddove non siano disponibili altri mezzi efficaci per provocare la cessazione o il divieto di infrazione contemplati dal presente regolamento e, soprattutto, al fine di evitare il rischio di gravi danni agli interessi collettivi dei consumatori.

Per tali motivi, in applicazione della recente disciplina, l'AGCM può esercitare il potere di rimuovere il contenuto o di limitare l'accesso a un'interfaccia online o di ordinare la visualizzazione esplicita di un avviso ai consumatori quando accedono a un'interfaccia online, nonché ordinare a un fornitore di servizi di hosting di rimuovere, disabilitare o limitare l'accesso a un'interfaccia online ed, infine, ordinare ai registri o ai registrar di domini di cancellare un nome di dominio pienamente qualificato e di consentire all'autorità competente interessata di registrarlo. Si può ipotizzare che l'AGCM abbia deciso di esercitare il "forte" potere di oscuramento dei siti internet, in considerazione della presenza di particolari interessi sensibili che vanno salvaguardati. Infatti, nelle suddette fattispecie viene in rilievo non solo il diritto del consumatore di poter fare le proprie scelte commerciali liberamente, senza alcun tipo di condizionamento ed alterazione dell'informazione di carattere commerciale ma anche il suo diritto, in quanto individuo, di ricevere una preminente ed adeguata tutela della propria salute.

Agli inizi del mese di aprile, è stato avviato un ulteriore procedimento istruttorio, a cui ha fatto seguito l'adozione della misura cautelare nei confronti di Tiger Group S.r.l.⁴⁸. Tale misura consiste nella sospensione della promozione e vendita, attraverso il nome a dominio <https://www.tigershop.it/>, dei dispositivi individuali di protezione, in particolare mascherine di categoria FFP2, risultati difformi da quelli pubblicizzati, in termini di caratteristiche qualitative e tecniche e non

⁴⁷ Regolamento (Ue) 2017/2394 Del Parlamento Europeo E del Consiglio del 12 dicembre 2017 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'applicazione delle leggi sulla protezione dei consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004, Art. 9.

⁴⁸ AGCM, PS11736, provvedimento n. 28219, *Tiger shop-Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, in Boll. 15/2020.

disponibili per la consegna entro i tempi indicati. In tale circostanza, l'AGCM, dopo aver chiarito i motivi posti alla base della scelta di adottare il provvedimento d'urgenza e aver descritto le condotte ritenute contrarie alla diligenza professionale ed idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio, ne illustra i profili di aggressività. Il professionista, infatti, attraverso il riferimento all'importanza di effettuare l'acquisto immediatamente per ricevere i prodotti in tempi rapidi, sfrutta indebitamente la situazione di grave emergenza sanitaria in corso, per indurre il consumatore all'acquisto dei prodotti reclamizzati, senza poi procedere all'effettiva consegna dei prodotti offerti, oppure consegnando prodotti privi delle specifiche funzioni preventive e protettive pubblicizzate e fabbricati da produttori diversi. Tali condotte rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 25, comma 1, lettera c), del Codice del Consumo che prevede l'ipotesi in cui il professionista sfrutta qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto. Inoltre, l'AGCM prospetta la possibilità di far rientrare nell'ambito applicativo del citato articolo anche la pratica consistente nell'applicazione di prezzi significativamente elevati in seguito alla diffusione del virus che ha comportato una difficoltà di reperimento di tali prodotti ritenuti essenziali.

Trascorsi diversi giorni dall'adozione dei detti provvedimenti cautelari, l'AGCM è intervenuta nuovamente adottando non solo ulteriori misure cautelari ma anche provvedimenti "confermativi" o "revocativi" delle misure stesse. In particolare, con riferimento al provvedimento cautelare⁴⁹, adottato con delibera del 17 marzo 2020, con cui l'AGCM aveva disposto l'inibizione dell'accesso al sito <https://farmacocoronavirus.it> e la sospensione da parte del professionista di ogni attività diretta a diffondere i contenuti del nome a dominio <https://farmacocoronavirus.it>, e con cui aveva invitato lo stesso professionista a presentare memorie scritte e documenti, l'AGCM è intervenuta nuovamente per confermare il citato provvedimento⁵⁰. In data 23 marzo 2020, la Guardia di Finanza ha comunicato che il professionista coinvolto si è avvalso di una falsa identità, individuata nel sig. Gino Capelli, dal momento che i dati comunicati in occasione della registrazione

⁴⁹ AGCM, PS11723, provvedimento n. 28226, *Farmaco Coronavirus.it-Kaletra*, in Boll. 18/2020.

⁵⁰ AGCM, PS11723, provvedimento n. 28173, *Farmaco Coronavirus.it-Kaletra*, in Boll. 12/2020.

del dominio presso la società fornitrice del servizio di accesso alla rete non corrispondono ad alcun soggetto di diritto. Per di più, lo stesso non ha fornito alcuna memoria scritta o documentazione a difesa del proprio operato. Alla luce di quanto detto, l'AGCM ha ritenuto ancora sussistenti i presupposti che hanno portato all'adozione del citato provvedimento cautelare, sia con riferimento al *periculum in mora* sia con riferimento al *fumus boni iuris* circa la violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b) e f), e comma 3, 23, lettere i) e s), 25, lettera c), 49, lettere b) e c), e 52 del Codice del Consumo. Infatti, risulta essere fortemente pregiudizievole per i consumatori italiani l'eventuale continuazione dell'attività di promozione e commercializzazione del "generico Kaletra", con le descritte modalità ingannevoli e aggressive. È emerso, infatti, che la situazione appare aggravata dal fatto che la condotta è stata posta in essere da un soggetto ignoto, sprovvisto della prescritta autorizzazione alla vendita online e in violazione del divieto di fornitura a distanza al pubblico dei medicinali con obbligo di prescrizione medica. Posto che, ad oggi, non risulta ancora individuato alcun medicinale o vaccino idoneo a curare o limitare il contagio del virus, la protrazione della condotta che sfrutta l'emergenza sanitaria è idonea a condizionare sensibilmente i consumatori nella loro capacità decisionale inducendoli all'acquisto del farmaco, mossi dalla convinzione che il farmaco "generico Kaletra" abbia effetti curativi del Covid-19. Pertanto, in tale circostanza, l'AGCM ha ritenuto opportuno confermare il citato provvedimento adottato in via cautelare e ha disposto l'applicazione di una consistente sanzione amministrativa pecuniaria, nel caso in cui il destinatario del provvedimento risulti nuovamente inottemperante.

Per gli stessi motivi, alla fine del mese di aprile, l'AGCM ha adottato un ulteriore provvedimento⁵¹ con il fine di confermarne un altro, disposto in via d'urgenza, un mese prima, e, quindi, disporre l'inibizione dell'accesso ai siti <http://farmacia-generica.it/> e <http://genericshop.com>⁵² e la sospensione provvisoria di ogni attività posta in essere da Pharmacy Drug Store attraverso i detti siti, consistente nella promozione e commercializzazione del farmaco "Kaletra" quale rimedio contro il COVID-19. Anche in questa circostanza, infatti, i registri dei siti oggetto della misura provvisoria risultano essere scon-

⁵¹ AGCM, PS11735, provvedimento n. 28221, *Farmacia-Generica.It-Kaletra*, in Boll. 17/20.

⁵² Regolamento (UE) 2017/2394, art. 9, comma 4, lettera g).

sciuti ed il professionista coinvolto non ha intrapreso alcuna iniziativa al fine di dare attuazione al provvedimento cautelare.

Ad un esito diverso ha, invece, condotto il procedimento istruttorio avviato nei confronti della società Carlita Shop S.r.l.s.. Quest'ultima, infatti, si è adeguata pienamente al provvedimento adottato in via cautelare⁵³ dall'AGCM, provvedendo alla cancellazione di tutti quei termini e riferimenti ingannevoli che attribuivano a integratori, detergenti e prodotti cosmetici capacità antivirali, disinfettanti, di prevenzione di infezioni respiratorie e del contagio da coronavirus. Pertanto, l'AGCM, giudicando le misure complessivamente adottate dal professionista idonee ad evitare il rischio che le pratiche commerciali oggetto di contestazione continuino a produrre effetti pregiudizievoli per i consumatori, le ha ritenute soddisfacenti e conformi al provvedimento cautelare adottato un mese prima⁵⁴.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto detto, è possibile constatare che la disciplina in materia di tutela del consumatore, innanzitutto, a livello dell'Unione e poi a livello nazionale, risulta essere esaustiva e ben articolata. Infatti, molteplici sono gli atti normativi che, susseguitisi negli anni, si sono occupati di individuare e delineare, in maniera sempre più minuziosa, le pratiche commerciali scorrette ed altrettanto numerosi risultano essere i soggetti che quotidianamente intervengono in applicazione delle dette norme.

In particolar modo, si può rilevare l'imprescindibilità degli interventi della Commissione e dell'AGCM.

La prima, estendendo il suo raggio d'azione, già ben consolidato in materia di concorrenza, anche alla tutela del consumatore, assume, in questo momento storico, un ruolo fondamentale. La Commissione, infatti, è l'istituzione che si è messa in ascolto dei cittadini, istaurando un dialogo con le associazioni rappresentative degli stessi. Inoltre, sta lavorando all'elaborazione di linee guida necessarie per consentire l'istaurazione di un'azione comune rafforzata tra tutti gli Stati membri e,

⁵³ AGCM, PS11722, provvedimento n. 28178, *Carlita shop-Integratori antivirali*, in Boll. 12/2020.

⁵⁴ AGCM, PS11722, provvedimento n. 28216, *Carlita Shop-Integratori Antivirali*, in Boll. 17/2020.

allo stesso tempo, monitora e coordina l'attività delle diverse autorità nazionali preposte alla tutela del consumatore.

L'AGCM, da parte sua, si è dimostrata pioniera tra le analoghe Autorità dei diversi Stati membri nell'applicare, in modo efficace, la normativa prevista a tutela del consumatore in questa particolare situazione emergenziale. Ha adottato il suo primo provvedimento alla vigilia della dichiarazione di pandemia e continua ad intervenire prediligendo lo strumento del provvedimento d'urgenza con il fine di garantire una tutela del consumatore celere e proficua. Si è servita del nuovo potere di oscuramento, attribuitogli dal Regolamento UE 2017/2394, impedendo ai consumatori, di accedere ad informazioni pubblicitarie che potrebbero indurli ad assumere decisioni errate in merito all'acquisto di prodotti, ritenuti ad oggi essenziali, e venduti privi delle qualità promesse ed a prezzi eccessivamente elevati. La problematica dei prezzi eccessivamente elevati da adito ad almeno due spunti di riflessione. Il primo riguarda la possibilità, solo vagamente prospettata dall'AGCM, che l'ingiustificato nonché eccessivo aumento del prezzo di alcuni prodotti, ritenuti essenziali, possa configurare un'ipotesi di pratica aggressiva per prezzi speculativi; il secondo riguarda la valutazione, spettante ai governanti, sul se lasciare alle regole del mercato la determinazione dei prezzi dei detti prodotti o pensare di introdurre alternativi meccanismi di determinazione in considerazione dello straordinario momento di emergenza sanitaria.

In conclusione, in questo momento storico in cui il consumatore appare come un individuo completamente disarmato di fronte alla situazione straordinaria di emergenza sanitaria mondiale che si trova a vivere e, pertanto, particolarmente vulnerabile dinnanzi a una incessante pubblicità online riguardante prodotti farmaceutici che promettono di "salvarlo" prevenendo il contagio o fornendo la cura contro il virus, la disciplina prevista a tutela del consumatore si presenta come un'efficace arma di difesa nelle mani della Commissione europea e dell'AGCM per fronteggiare il dilagare di questo fenomeno.

AIUTI DI STATO NELLA PANDEMIA.
IL REGIME TEMPORANEO
INTRODOTTO DALLA COMMISSIONE
E LE MISURE DI SOSTEGNO ADOTTATE
DAGLI STATI MEMBRI

CLAUDIA MASSA*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Le regole sugli aiuti di Stato ai tempi della COVID-19. – 2. *Segue*: le misure temporanee in materia di aiuti di Stato e condizioni di compatibilità. – 3. *Segue*: le prime modifiche apportate al Quadro temporaneo. – 4. *Segue*: le seconde modifiche apportate al Quadro temporaneo. – 5. Le misure nazionali di sostegno finora adottate e loro compatibilità con le regole sugli aiuti di Stato. – Conclusioni.

Introduzione

La rapidissima diffusione della malattia respiratoria acuta denominata “COVID-19”, causata dal coronavirus “SARS-CoV-2”, non solo ha dato luogo ad una gravissima emergenza sanitaria ma ha anche avuto un impatto economico negativo molto significativo.

Al fine di arginare il diffondersi del contagio, tutti gli Stati membri dell’Unione europea hanno dovuto adottare misure di contenimento, quali quelle di distanziamento sociale, restrizioni agli spostamenti, quarantena, isolamento e chiusura di alcune attività produttive e commerciali. Tali misure hanno già inevitabilmente inciso sull’economia su due versanti: quello dell’offerta (a causa della perturbazione delle catene di approvvigionamento) e quello della domanda (per una minore richiesta da parte dei consumatori, per l’incertezza sui piani di investimento e per i problemi di liquidità per le imprese).

La pandemia di COVID-19 avrà un impatto dirompente sull’economia dell’Unione nel suo complesso, con un conseguente grave rischio di recessione. Per questo motivo, un’azione coordinata delle istituzioni dell’UE e degli Stati membri è fondamentale per attenuare le ripercussioni negative. A tal uopo, la Commissione europea ha già adottato una

* Dottoressa di ricerca in Diritto dell’Economia, Università di Napoli Federico II; LL.M in European Law, Université Paris II - Panthéon-Assas.

risposta economica globale alla pandemia, ha applicato la piena flessibilità delle norme di bilancio dell'UE, ha istituito un'iniziativa di investimento in risposta al coronavirus con un bilancio di 37 miliardi di euro per fornire liquidità alle piccole imprese e al settore dell'assistenza sanitaria e, infine, ha rivisto le proprie norme in materia di aiuti di Stato. Gli Stati membri, a loro volta, hanno, tra l'altro, introdotto misure di supporto per i cittadini e per le imprese.

Il presente lavoro si concentrerà, in particolare, sull'analisi delle peculiari indicazioni della Commissione in materia di aiuti di Stato contenute in tre Comunicazioni: la Comunicazione del 19 marzo 2020 recante il "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19"¹ (in seguito, "Quadro temporaneo"), la quale ha previsto alcune agevolazioni procedurali necessarie per consentire un rapido processo di approvazione da parte della Commissione degli aiuti di Stato; la Comunicazione del 3 aprile 2020 recante la "Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19"²; la Comunicazione dell'8 maggio 2020 recante una seconda modifica del Quadro temporaneo³. In seconda battuta, il presente contributo volgerà l'attenzione alle varie misure di sostegno che comportano aiuti di Stato adottate dagli Stati membri per far fronte alla crisi odierna e sulla loro compatibilità con le norme in materia di aiuti di Stato, così come riviste dalla Commissione nelle sopracitate Comunicazioni. In particolare, saranno analizzate sei misure nazionali di sostegno

¹ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", Bruxelles, 19.3.2020 C(2020) 1863 final, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_temporary-framework_it.pdf.

² Comunicazione della Commissione del 3 aprile 2020 recante la "Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", 3.4.2020, 2020/C 112 I/01, GU C 112I del 4.4.2020, 1-9, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2020.112.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2020%3A112I%3ATOC>.

³ Comunicazione della Commissione recante "Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19", GU C 164 del 13.5.2020, 3-15, disponibile al seguente link: [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0513\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0513(01)&from=EN).

che si distinguono per specifici profili d'interesse che verranno meglio definiti in prosieguo.

1. *Le regole sugli aiuti di Stato ai tempi della COVID-19*

Le norme dell'ordinamento europeo in materia di aiuti di Stato⁴ sono contenute negli articoli da 107 a 109 del TFUE, i quali sanciscono un principio generale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno ma prevedono altresì che determinati tipi di aiuto possano essere considerati automaticamente o potenzialmente compatibili⁵. Gli aiuti automaticamente compatibili sono elencati nell'articolo 107, paragrafo 2, del TFUE e la loro caratteristica risiede nel fatto di dover essere comunque notificati alla Commissione, la quale deve sorvegliare sul rispetto delle condizioni stabilite per la loro ammissibilità e, solo in caso di esito positivo del vaglio, li autorizza. Gli aiuti potenzialmente compatibili, invece, sono aiuti che sarebbero normalmente incompatibili con il mercato interno ma che possono essere autorizzati a seguito di valutazione discrezionale della Commissione quando rispondono a determinate esigenze enunciate nell'articolo 107, paragrafo 3, del TFUE⁶.

Al fine della presente trattazione, occorre ricordare che, tra gli aiuti automaticamente compatibili, vi sono quelli “destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali” previsti all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) del TFUE e, tra gli aiuti potenzialmente compatibili, vi sono quelli “destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro” di cui all'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE.

⁴Per una definizione di aiuto di Stato, v. P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, 6 ed., Oxford, 2015, 1087-1099. Per un inquadramento generale nella cornice degli aiuti di Stato, v. L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2020, 3-6. Per una definizione della selettività degli aiuti di Stato, v. L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2015, 481 e ss..

⁵Cf. G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea (parte speciale)*, quarta ed., Giappichelli Editore, Torino, 390-398.

⁶Sulle deroghe prefigurate al paragrafo 3 dell'articolo 107 TFUE, v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, fasc. 2, 2010, 5-7.

Proprio sulla base di queste due disposizioni, la Commissione europea, il giorno 19 marzo 2020, ha adottato il Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19, applicabile fino al 31 dicembre 2020, per consentire agli Stati membri di concedere aiuti di Stato per sostenere la loro economia e contribuire a superare la situazione estremamente difficile innescata dalla pandemia da SARS-CoV-2. In generale, si può dire che il Quadro temporaneo mira principalmente a semplificare e abbreviare le procedure di approvazione di aiuto di Stato ma contiene anche indicazioni sull'interazione tra le politiche economiche nazionali e dell'UE. Preme sottolineare che tale atto specifica che, sebbene uno sforzo coordinato tra Unione e Stati membri renderà le misure adottate più efficaci, i fondi per sostenere l'economia in questa fase dovranno provenire principalmente dalle casse dei governi nazionali⁷.

È il caso di ricordare che non è la prima volta che la Commissione adotta misure temporanee derogatorie alla disciplina sugli aiuti di Stato: infatti, già per far fronte alla crisi economica e finanziaria del 2008 aveva adottato un "*Temporary Framework*"⁸. Tuttavia, quest'ultimo perse-

⁷ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, punto. 9.

⁸ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica", GU C 16 del 22.1.2009, 1-9 e successive modifiche. Sul punto, *cf.*, *ex multis*, F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *Post di AISDUE*, n. 1, 2019, 3-5; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, fasc.2, 2010, 335 e ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *DUE*, fasc.4, 2014, 733 e ss.; A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Conc. e merc.*, 2012, 569 e ss.; D. DIVERIO, *Le misure nazionali di sostegno al mercato bancario: un'applicazione à la carte della disciplina europea degli aiuti di stato alle imprese?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2017, 603 e ss.; C. BUZZACCHI, *Aiuti di stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, fasc.1, 2013, 77 e ss.; R. M. D'SA, *"Instant" State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?*, in *European State Aid Law Quartely*, 2009, 13 e ss.; V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, 23 e ss.; P. WERNER, M. MAIER, *Procedure in crisis? Overview and Assesment of ybe Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quartely*, 2009, 177 e ss.; L. WAGNER, *Aides d'Etat: la Commission européenne confrontée au risque systémique*, in *Europe*, 2009, 4 e ss.; J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, 7 e ss.; K. LANNOO, C. NAPOLI, *Bank state aid in the financial crisis. Fragmentation or level playing field?*, in *CEPS Task Force report.*, 2010.

guiva obiettivi leggermente differenti da quelli perseguiti dal Quadro temporaneo adottato in risposta alla pandemia di COVID-19. Infatti, esso mirava, da un lato, a sbloccare i prestiti bancari alle imprese e a garantire così la continuità del loro accesso ai finanziamenti e, dall'altro, ad incoraggiare le imprese a continuare ad investire nel futuro, in particolare in un'economia basata su una crescita sostenibile, per non fermare i notevoli progressi compiuti in campo ambientale. Per tale motivo, si ritenne necessario che alle imprese venisse concesso un sostegno temporaneo per investimenti in progetti ambientali, combinando, così, l'aiuto finanziario urgente e necessario con benefici a lungo termine per l'Europa⁹.

Ritornando al Quadro temporaneo oggetto della presente trattazione ed in particolare al suo contenuto, occorre innanzitutto sottolineare che esso divide le misure nazionali di sostegno in tre categorie e si concentra soltanto su una delle tre¹⁰.

In primo luogo, il Quadro temporaneo indica le misure che non rientrano nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato dell'UE e che possono essere adottate dagli Stati membri senza il coinvolgimento della Commissione¹¹. Tra queste misure figurano quelle applicabili a tutte le imprese, quali, ad esempio, le integrazioni salariali e la sospensione del pagamento delle imposte sulle società, dell'IVA o dei contributi previdenziali, o il sostegno finanziario concesso direttamente ai consumatori per i servizi cancellati o i biglietti non rimborsati dagli operatori interessati. Tali misure, che sono state prese in considerazione anche nella Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020 relativa a una risposta economica coordinata alla

⁹Si noti che tale Quadro temporaneo è stato consolidato e modificato nel febbraio 2009 e nuovamente modificato nel dicembre 2009 per inserirvi alcuni adeguamenti tecnici, in particolare per quanto riguarda gli aiuti concessi sotto forma di garanzie. Nell'ottobre 2009 la Commissione ha introdotto un'ulteriore modifica per autorizzare un importo compatibile di aiuti limitato a 15.000 EUR per il settore agricolo. Infine, il Quadro è stato sostituito nel 2010 in quanto, benché si fosse dimostrato utile come strumento a breve termine nel momento in cui la crisi economica e finanziaria era al suo apice, esso ha anche provocato disparità nel mercato interno. Pertanto, la Commissione ha ritenuto, nell'ambito di una strategia di riduzione graduale, di dover tornare a misure di aiuti di Stato meno distorsive e più orientate alla crescita, in particolare chiedendo ai beneficiari una contropartita diretta a un particolare obiettivo di interesse comune.

¹⁰Sul contenuto del Quadro temporaneo, *cf.* anche P. RIEDEL, T. WILSON, S. CRANLEY, *EU State aid and COVID-19*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 24 marzo 2020.

¹¹*Ibid.*, punto 12.

pandemia di COVID-19¹², non formano oggetto di approfondimento da parte del Quadro temporaneo.

In secondo luogo, vi sono misure, come gli incentivi diretti alle piccole e medie imprese (“PMI”), che sono suscettibili di esenzione per categoria ai sensi del Regolamento UE n. 651/2014¹³, per cui possono essere adottate dagli Stati senza essere notificate alla Commissione e sono soggette solo a requisiti generali di trasparenza¹⁴. Neanche questo tipo di misure è oggetto di analisi nel Quadro temporaneo.

In terzo luogo, vi sono le misure di aiuti di Stato che, prima di poter essere attuate da parte degli Stati membri, devono essere notificate alla Commissione, la quale è tenuta a valutarne la compatibilità con il diritto dell’UE ai sensi delle due clausole previste dall’articolo 107, paragrafi 2 e 3, del TFUE.

Il Quadro temporaneo si concentra su questa categoria di misure di sostegno. In particolare, esso prevede che, sulla base delle disposizioni del Trattato sopracitate, gli Stati membri possono notificare regimi di aiuti per indennizzare le imprese di settori particolarmente colpiti dalla pandemia (ad esempio, il settore dei trasporti, del turismo, della cultura, dell’accoglienza e del commercio al dettaglio) o gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dalla pandemia¹⁵ oppure per far fronte alle acute necessità di liquidità e sostenere le imprese in difficoltà finanziarie dovute o aggravate dalla pandemia di COVID-19¹⁶.

Inoltre, il Quadro elenca una serie di misure temporanee di aiuti di Stato che la Commissione ritiene compatibili a norma dell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, che possono essere approvate molto rapidamente dopo la notifica da parte dello Stato membro interessato. In considerazione del fatto che la pandemia di COVID-19 sta avendo un impatto su ciascuno dei settori dell’economia, dalla sanità al turismo,

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all’Eurogruppo relativa a una risposta economica coordinata all’emergenza COVID-19, COM(2020) 112 final del 13.3.2020.

¹³ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (GU L 187 del 26.6.2014, 1).

¹⁴ Comunicazione della Commissione recante il “Quadro temporaneo”, *supra*, punto 13.

¹⁵ *Ibid.*, punto 15.

¹⁶ *Ibid.*, punto 14.

dai trasporti alla cultura, dalle piccole e medie imprese (“PMI”) alle grandi, dalla vendita al dettaglio al settore bancario, il Quadro temporaneo prevede una vasta gamma di possibili interventi statali che comprendono sia misure di supporto settoriale specifico che misure più generali per incentivare il flusso di liquidità e l’accesso al credito.

2. Segue: *le misure temporanee in materia di aiuti di Stato e condizioni di compatibilità*

Come si è detto, tra le misure di sostegno che, prima di poter essere attuate da parte degli Stati membri, devono essere notificate alla Commissione, vi sono quelle destinate ad “ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali” (previste dall’articolo 107, paragrafo 2, lettera b) del TFUE) e quelle che mirano “a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro” (previste dall’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE)¹⁷.

Quanto alle prime, che, a seguito della notifica, possono essere dichiarate *de jure* compatibili con il mercato interno, il Quadro temporaneo fornisce poche indicazioni. In effetti, esso sembra esclusivamente prevedere che qualsiasi misura che si intenda adottare per indennizzare le imprese di settori particolarmente colpiti dalla pandemia o gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dalla pandemia sarà considerata dalla Commissione automaticamente

¹⁷ Per un approfondimento su queste disposizioni, cf. P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, supra*, 1093-1096. Si noti che in relazione all’articolo 107, paragrafo 2, lettera b) del TFUE, la Corte di giustizia ha specificato che ai sensi di tale disposizione “possono essere compensati unicamente gli svantaggi economici direttamente causati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali” (v. Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, C-278/00, *Repubblica ellenica contro Commissione delle Comunità europee*, EU:C:2004:239, punti 81 e 82). In relazione all’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, invece, la Corte di giustizia ha chiarito che “un progetto si può definire di comune interesse europeo a norma dell’art. [107], n. 3, lett. b), solo qualora faccia parte di un programma transnazionale europeo sostenuto congiuntamente da diversi governi di Stati membri, oppure si inserisca in un’azione concordata da diversi Stati membri onde far fronte ad una minaccia comune [...]” (v. Sentenza della Corte di giustizia dell’8 marzo 1988, Cause riunite 62 e 72/87, *Exécutif régional wallon e SA Glaverbel contro Commissione delle Comunità europee*, EU:C:1988:132, punto 22).

compatibile con il mercato interno. Ad ogni modo, la Commissione, a seguito della notifica, deve comunque verificare l'eccezionalità della situazione e che siano soddisfatte alcune condizioni: che il danno per il quale è concesso l'indennizzo sia diretta conseguenza della pandemia, che l'aiuto non comporti una sovracompensazione del danno e che l'aiuto compensi soltanto il danno causato dalla pandemia¹⁸.

Inoltre, sempre a proposito di questo tipo di aiuti di Stato tesi all'indennizzo dei danni, il Quadro specifica in che modo verranno applicate le misure relative alla COVID-19 in relazione agli "Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà"¹⁹. In particolare, la Commissione dà indicazioni sull'applicazione del principio dell'aiuto "una tantum", secondo il quale gli aiuti dovrebbero essere concessi alle imprese in difficoltà per una sola operazione di ristrutturazione, in quanto, se un'impresa che ha già beneficiato di aiuti ha bisogno di ottenere ulteriori aiuti, significa che le sue difficoltà sono di natura ricorrente o non sono state affrontate adeguatamente quando è stato concesso il precedente aiuto²⁰. A tal proposito, il Quadro afferma che tale principio non si applica agli aiuti dichiarati compatibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE. Pertanto, gli Stati membri possono compensare i danni derivanti direttamente dalla pandemia di COVID-19 alle imprese che hanno ottenuto aiuti sulla base degli orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione²¹.

Quanto alle seconde misure oggetto della presente analisi, ossia quelle potenzialmente compatibili con il mercato interno a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE, il Quadro temporaneo fornisce ampie indicazioni.

Innanzitutto, esso chiarisce quali criteri saranno seguiti dalla Commissione nel valutare i regimi di aiuto di Stato che gli Stati membri notificheranno. In primo luogo, specifica che la Commissione interpreterà la disposizione eccezionale e derogatoria di cui all'articolo 107, paragra-

¹⁸ A. BIONDI, *State Aid in the Time of COVID-19*, in *EU Law Live*, 25 marzo 2020.

¹⁹ Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, GU C 249 del 31.7.2014.

²⁰ *Ibid.*, punto 3.6.1.

²¹ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, para. 15. A tal proposito, A. BIONDI (*op. cit.*) fa notare che, ad esempio, la probabile concessione di misure di aiuto ad Alitalia – società che è attualmente presa in considerazione per gli aiuti al salvataggio – dovrebbe essere esentata ai sensi del Quadro temporaneo.

fo 3, lettera b) del TFUE in senso stretto, in linea con quanto stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea²². Inoltre, la Commissione considererà compatibili con il mercato interno soltanto le misure necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato. Infine, la Commissione potrà autorizzare gli aiuti di Stato soltanto qualora essi rispettino pienamente tutte le condizioni contenute nel Quadro temporaneo. Queste ultime si basano principalmente su principi sviluppati nel contesto delle crisi bancarie e su una serie di indicatori macroeconomici²³.

A questo punto, il Quadro temporaneo elenca cinque tipi di aiuti di Stato che, qualora notificati, la Commissione considererà compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE:

- aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali²⁴, per un massimo di 800.000 EUR²⁵ a imprese che si trovano di fronte ad un'improvvisa carenza o addirittura indisponibilità di liquidità;

- aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti²⁶, al fine di garantire alle imprese l'accesso alla liquidità;

- aiuti alle imprese sotto forma di tassi d'interesse agevolati per i prestiti²⁷ per un periodo limitato e per importi limitati;

- aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari²⁸, i quali sono direttamente destinati alle imprese clienti delle banche e non alle banche stesse (anche se possono anche costituire un vantaggio indiretto per queste ultime), per cui il Quadro fornisce alcune linee guida su come garantire una distorsione minima della concorrenza tra le banche²⁹;

²² Cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH/Commissione*, ECLI:EU:T:1999:326, punto 167.

²³ Così A. BIONDI, *op. cit.*.

²⁴ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, punti 21-23.

²⁵ Per le imprese operanti nel settore della pesca e dell'acquacoltura il limite è di 120.000 EUR mentre per quelle operanti nel settore della produzione primaria di prodotti agricoli il limite è di 100.000 EUR. Tutti i valori utilizzati sono al lordo di qualsiasi imposta o altro onere.

²⁶ *Ibid.*, punti 24-25.

²⁷ *Ibid.*, punti 26-27.

²⁸ *Ibid.*, punti 28-30.

²⁹ Gli enti creditizi o altri enti finanziari dovrebbero, nella misura più ampia possibile, trasferire ai beneficiari finali i vantaggi della garanzia pubblica o dei tassi di inte-

- assicurazione del credito all'esportazione a breve termine³⁰ (nota come STEC³¹) per i rischi che sono normalmente coperti dalle compagnie di assicurazione private ma la cui copertura ora non è temporaneamente disponibile sul mercato a causa della pandemia di COVID-19³².

Gli aiuti appena elencati possono essere approvati molto rapidamente dopo la notifica da parte dello Stato membro interessato. Tuttavia, resta possibile notificare provvedimenti alternativi, che siano regimi di aiuto o singole misure individuali. Il nuovo quadro, infatti, non sostituisce ma integra le molte altre possibilità di cui dispongono gli Stati membri, in linea con le norme sugli aiuti di Stato³³ e con la Comunicazione relativa a una risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19 adottata il 13 marzo 2020³⁴.

La Commissione si riserva comunque la possibilità di operare un ulteriore controllo in merito agli aiuti concessi, ed infatti il Quadro temporaneo prevede che gli Stati membri devono presentare relazioni an-

resse agevolati sui prestiti. V. Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, punto 31.

³⁰ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, punti 32-33.

³¹ Comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, GU C 392 del 19.12.2012, pagg. 1-7.

³² Questa è in realtà una deroga alle norme ordinarie applicabili allo STEC.

³³ In particolare, il Regolamento generale di esenzione per categoria, Regolamento n. 651/2014/UE della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara, a date condizionali, alcune categorie di aiuti di Stato compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE, OJ L 187, 26.6.2014, 1-78, esentandole dall'obbligo di notifica preventiva alla Commissione UE. Parimenti esentati dall'obbligo di notifica preventiva sono, poi, gli aiuti di Stato di importanza minore, cd. "*de minimis*", di cui al Regolamento n. 1407/2013/UE della Commissione, del 18 dicembre 2013, OJ L 352, 24.12.2013, 1-8, al Regolamento n. 1408/2013/UE del 18 dicembre 2013, OJ L 352, 24.12.2013, 9-17, come da ultimo modificato dal Regolamento n. 2019/316/UE della Commissione, del 21 febbraio 2019, OJ L 51I, 22.2.2019, 1-6, per il settore agricolo, e al Regolamento n. 717/2014/UE della Commissione, del 27 giugno 2014, OJ L 190, 28.6.2014, 45-54, per il settore ittico. Inoltre, rimane comunque applicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese in difficoltà, ammissibili alle condizioni previste dai relativi Orientamenti (Comunicazione della Commissione 2014/C 249/01, OJ C 249, 31.7.2014, 1-28).

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo relativa a una risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, *supra*.

nuali alla Commissione ed entro il 31 dicembre 2020 devono fornire un elenco delle misure poste in essere sulla base dei regimi approvati in virtù del regime temporaneo in commento³⁵. Inoltre, la Commissione può richiedere informazioni supplementari per verificare se siano state rispettate le condizioni di cui alla decisione della Commissione che approva la misura di aiuto³⁶.

3. Segue: le prime modifiche apportate al Quadro temporaneo

Con la Comunicazione del 3 aprile 2020, la Commissione ha modificato per la prima volta il Quadro temporaneo ampliando il novero delle misure di aiuto di Stato che, a seguito di notifica, la Commissione considererà compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE e che, quindi, saranno approvati molto rapidamente³⁷.

La necessità di ampliare le suddette fattispecie nasce in quanto, nell'attuale contingenza, non è soltanto importante garantire l'accesso alla liquidità e ai finanziamenti ma è anche fondamentale agevolare le attività di ricerca e sviluppo in materia di COVID-19, sostenere la costruzione e l'ammodernamento degli impianti di prova per prodotti connessi alla malattia COVID-19 e la produzione dei prodotti necessari per rispondere alla pandemia. Tali prodotti comprendono, ad esempio, i medicinali (inclusi i vaccini), i trattamenti, i principi attivi e le materie prime per uso farmaceutico, i dispositivi medici, le attrezzature ospedaliere e mediche, i disinfettanti, gli strumenti di raccolta e trattamento dei dati. Inoltre, un altro essenziale obiettivo è quello di preservare l'occupazione e, a tal uopo, può essere utile differire il pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali al fine di ridurre i problemi di liquidità delle imprese. Tali differimenti, se non riguardano tutta l'economia ma conferiscono un vantaggio selettivo soltanto a talune imprese, si configurano come aiuti ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE e, pertanto, devono sottostare alle relative regole.

Al fine di raggiungere i predetti scopi, la Commissione ha esteso il

³⁵ Comunicazione della Commissione recante il "Quadro temporaneo", *supra*, punti 35-36.

³⁶ *Ibid.*, punto 38.

³⁷ Sul punto, *cf.* P. RIEDEL, T. WILSON, S. CRANLEY, *Update on the EU's State aid response to COVID-19*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 11 aprile 2020.

Quadro temporaneo introducendo cinque ulteriori tipi di misure di aiuto di Stato:

- aiuti per la ricerca e lo sviluppo in materia di COVID-19 sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali (in questo ambito, sostegni supplementari possono essere concessi a progetti transfrontalieri di cooperazione tra Stati membri)³⁸;

- aiuti agli investimenti per le infrastrutture di prova e *upscaling* sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali o anticipi rimborsabili e garanzie a copertura di perdite per consentire di costruire o ammodernare le infrastrutture necessarie per elaborare e testare prodotti utili a fronteggiare la pandemia fino alla prima applicazione industriale³⁹;

- aiuti agli investimenti per la produzione di prodotti connessi alla malattia COVID-19 sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali, anticipi rimborsabili e garanzie a copertura di perdite⁴⁰;

- aiuti sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali al fine di ridurre ulteriormente i vincoli di liquidità cui devono far fronte le imprese e di preservare l'occupazione⁴¹;

- aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante la pandemia di COVID-19⁴².

Per quanto concerne gli aiuti volti a sostenere la costruzione o l'ammodernamento delle infrastrutture e quelli che puntano ad incentivare la produzione di prodotti per fronteggiare la pandemia, al fine di incoraggiare la cooperazione e sostenere la rapidità d'azione, la Commissione prevede che le imprese possono beneficiare di un sostegno supplementare se in esse investe più di uno Stato membro e se l'investimento è concluso entro due mesi dalla concessione dell'aiuto⁴³.

³⁸ Comunicazione recante la "Modifica del quadro temporaneo" del 3 aprile 2020, *supra*, para. 18.

³⁹ *Ibid.*, punto 19.

⁴⁰ *Ibid.*, punto 20.

⁴¹ *Ibid.*, punto 21.

⁴² *Ibid.*, punto 22.

⁴³ *Ibid.*, punto 19, lettera f. e punto 20, lettera f.

4. Segue: le seconde modifiche apportate al Quadro temporaneo

La seconda modifica del Quadro temporaneo⁴⁴, intervenuta l'8 maggio 2020, invece, si è resa necessaria in quanto le misure di emergenza che gli Stati membri hanno dovuto adottare per gestire la pandemia di COVID-19 hanno influito sulla capacità di molte imprese europee di produrre beni o fornire servizi, con conseguenti perdite che hanno ridotto il loro capitale e la loro capacità di contrarre prestiti sui mercati. Pertanto, questa seconda modifica estende il Quadro temporaneo, integrando le possibilità di sostegno di cui dispongono attualmente gli Stati membri nell'ambito delle norme UE in materia di aiuti di Stato, al fine di consentire interventi pubblici mirati sotto forma di aiuti alla ricapitalizzazione o di debiti subordinati a favore delle società non finanziarie che li necessitano. Lo scopo di tale modifica è quello di evitare l'uscita non necessaria dal mercato di imprese che erano redditizie prima della pandemia di COVID-19.

Tuttavia, la Commissione specifica che l'erogazione di un sostegno pubblico nazionale sotto forma di strumenti di capitale o strumenti ibridi di capitale⁴⁵ dovrebbe essere presa in considerazione soltanto come *extrema ratio*, qualora non sia possibile trovare nessun'altra soluzione adeguata. Ad ogni modo, nel caso in cui si decida di concedere un aiuto di ricapitalizzazione, esso deve limitarsi a consentire la redditività dell'impresa e non deve andare al di là del ripristino della struttura patrimoniale del beneficiario antecedente la pandemia di coronavirus. La Comunicazione in parola stabilisce, inoltre, che, qualora una grande impresa (non le PMI) riceva un aiuto alla ricapitalizzazione, essa debba sempre illustrare in che modo tale aiuto sostiene la sua attività in linea con gli obiettivi dell'UE e gli obblighi nazionali in materia di trasforma-

⁴⁴ Comunicazione della Commissione recante "Modifica del quadro temporaneo" dell'8 maggio 2020, *supra*. Per un commento a questa Comunicazione, cf. T. WILSON, P. GNATZY, *COVID-19 and EU State aid recapitalisation*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 maggio 2020; D. UTRILLA, *State aid and COVID-19: Further extension of the State aid Temporary Framework*, in *EU Law Live*, 12 maggio 2020.

⁴⁵ La Comunicazione dell'8 maggio include tra gli strumenti di capitale l'emissione di nuove azioni ordinarie o privilegiate. Gli strumenti ibridi di capitale, invece, sono definiti come strumenti con una componente di capitale, come, ad esempio, i diritti di partecipazione agli utili, le partecipazioni senza diritto di voto e a responsabilità limitata e le obbligazioni convertibili garantite o non garantite.

zione verde e digitale, compreso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050⁴⁶.

Dal momento che il tipo di strumenti di sostegno in commento ha effetti altamente distorsivi per la concorrenza tra le imprese, la Commissione stabilisce rigorose condizioni per quanto riguarda l'entrata, la remunerazione e l'uscita dello Stato dal capitale delle imprese interessate.

In particolare, in relazione alle condizioni riguardanti l'ingresso dello Stato nel capitale delle imprese e la relativa remunerazione, la Comunicazione stabilisce che lo Stato deve essere adeguatamente retribuito per i rischi che assume attraverso l'aiuto alla ricapitalizzazione. Inoltre, per garantire la natura temporanea dell'intervento dello Stato, il meccanismo di remunerazione deve incentivare i beneficiari o i loro proprietari a riacquistare le azioni acquisite dallo Stato con la misura di aiuto⁴⁷.

Quanto alle condizioni riguardanti l'uscita dello Stato dal capitale delle imprese interessate, è necessario che i beneficiari e gli Stati membri elaborino una strategia di uscita⁴⁸.

Con riguardo alle condizioni riguardanti la *governance*, la Comunicazione stabilisce che fino a quando lo Stato non sarà completamente uscito, i beneficiari saranno soggetti al divieto di versare dividendi e riacquistare azioni⁴⁹. Inoltre, fino al momento in cui sarà rimborsato almeno il 75% della ricapitalizzazione, si applicherà una rigorosa limitazione della remunerazione della dirigenza, compreso il divieto dei bonus⁵⁰. Tali condizioni mirano, tra l'altro, a incentivare i beneficiari e i loro proprietari a riacquistare le azioni detenute dallo Stato non appena la situazione economica lo consenta.

Infine, la Comunicazione prevede il divieto di sovvenzioni incrociate e di acquisizioni⁵¹.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione recante "Modifica del quadro temporaneo" dell'8 maggio 2020, *supra*, punto 44 e 45.

⁴⁷ *Ibid.*, punto 63.

⁴⁸ *Ibid.*, punto 61. Se, sei anni dopo l'aiuto alla ricapitalizzazione nel caso delle società quotate in borsa o sette anni nel caso delle altre imprese, l'uscita dello Stato è in dubbio, dovrà essere notificato alla Commissione un piano di ristrutturazione per il beneficiario.

⁴⁹ *Ibid.*, punto 77.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 78.

⁵¹ *Ibid.*, punto 76. per garantire che i beneficiari non utilizzino indebitamente l'aiuto alla ricapitalizzazione da parte dello Stato a detrimento di una concorrenza leale nel mercato unico, essi non possono utilizzare l'aiuto per sostenere le attività economiche di imprese integrate che si trovavano in difficoltà economiche prima del 31 dicem-

Da ultimo, è opportuno notare che, mentre il Quadro temporaneo modificato sarà in vigore fino alla fine di dicembre 2020, la Commissione ha deciso di prorogare il periodo di applicabilità dello stesso esclusivamente per le misure di ricapitalizzazione fino alla fine di giugno 2021, in quanto i problemi di solvibilità delle imprese potrebbero manifestarsi nel lungo periodo, con l'evolversi della crisi⁵².

In conclusione, è possibile affermare che, estendendo il Quadro temporaneo alle misure di ricapitalizzazione, la Commissione ha sicuramente introdotto ulteriore flessibilità nell'ambito delle regole sugli aiuti di Stato al fine di aiutare gli Stati membri a far fronte alle conseguenze economiche della pandemia di COVID-19. Tuttavia, potrebbero sorgere dei dubbi circa l'effettività delle più recenti previsioni contenute nella Comunicazione dell'8 maggio. Infatti, le rigorose condizioni imposte, in particolare in relazione al comportamento commerciale dei beneficiari, potrebbero far diminuire il grado di attrattività delle suddette misure di ricapitalizzazione e spingere gli Stati membri a preferire, se possibile, altri tipi di aiuto.

5. Le misure nazionali di sostegno finora adottate e loro compatibilità con le regole sugli aiuti di Stato

In un brevissimo lasso di tempo di circa due mesi, la Commissione europea ha adottato 166 decisioni in materia di aiuti di Stato basate sul Quadro temporaneo (così come da ultimo modificato) per approvare numerosissime misure nazionali⁵³ notificate dagli Stati membri e dal Regno Unito⁵⁴. È evidente che il numero di tali decisioni è molto elevato,

bre 2019. Inoltre, fino al momento in cui sarà rimborsato almeno il 75% della ricapitalizzazione, ai beneficiari (diversi dalle PMI), è impedito in linea di massima di acquisire una partecipazione superiore al 10% in concorrenti o altri operatori della stessa linea di attività, comprese le operazioni a monte e a valle.

⁵² *Ibid.*, punto 48.

⁵³ Per ragioni di spazio, il presente articolo si focalizzerà soltanto su alcune misure nazionali che denotano una certa peculiarità.

⁵⁴ Fonte: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html (aggiornato al 2 giugno 2020). Si noti che il Regno Unito, pur non essendo più uno Stato membro dell'Unione europea a partire dal 1° febbraio 2020, è tenuto a notificare gli aiuti di Stato alla Commissione in quanto per tutto il periodo "di transizione" (che si protrarrà almeno fino al 31 dicembre 2020, potendo essere esteso per uno o due anni qualora le parti lo concordino entro il 30 giugno 2020) esso continuerà a far parte del

soprattutto se si tiene in considerazione che normalmente la Commissione adotta in media circa 300/350 decisioni inerenti agli aiuti di Stato all'anno.

Per quanto concerne lo Stato italiano, sono state adottate dalla Commissione 9 decisioni. Ad esempio, la Commissione, a sole 48 ore dalla notifica, ha approvato un regime di aiuti pari a 50 milioni di EUR per sostenere la produzione e la fornitura di dispositivi medici, come i ventilatori, e di dispositivi di protezione individuale, come mascherine, occhiali, camici e tute di sicurezza. Nell'ambito del regime potranno avvalersi del sostegno le imprese di qualsiasi dimensione che istituiscono nuovi impianti per la produzione di dispositivi medici e di protezione individuale o che ampliano la produzione a tal fine o, ancora, che convertono la loro linea di produzione in tal senso. I beneficiari del sostegno metteranno i prodotti a disposizione delle autorità italiane ai prezzi di mercato applicati nel dicembre 2019, vale a dire prima dello scoppio della pandemia in Italia. L'aiuto sarà erogato sotto forma di sovvenzioni dirette o anticipi rimborsabili e, nel caso in cui i beneficiari riescano a fornire alle autorità italiane i dispositivi in tempi stretti, gli anticipi rimborsabili saranno convertiti in sovvenzioni dirette.

A parere di chi scrive, questo regime rientra perfettamente nel novero degli aiuti di cui all'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE, non solo perché utile "a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia" dello Stato membro (come ritenuto dalla Commissione nella decisione di autorizzazione⁵⁵), ma anche perché idoneo alla "realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo", ossia quello di far fronte alla attuale crisi sanitaria. Infatti, il regime in parola ha un duplice scopo: quello di aiutare l'Italia a fornire le cure mediche necessarie alle persone infettate e quello di proteggere gli operatori sanitari e i cittadini. Quanto al rispetto delle condizioni stabilite nel Quadro temporaneo in materia di aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette e anticipi rimborsabili, la Commissione ha constatato che la misura

mercato unico e dell'unione doganale, verrà mantenuta l'efficacia diretta e la primazia del diritto dell'Unione europea e tale Stato sarà tenuto a rispettare gli obblighi scaturenti da tutti gli accordi di diritto internazionale conclusi dall'Unione. Sul punto, *cf.* C. GRAZIANI, *Brexit, Regno Unito e coronavirus le questioni aperte*, in *Consulta Online*, 2020.

⁵⁵ La versione non riservata della decisione sarà consultabile sotto il numero SA.56786 nel registro degli aiuti di Stato sul sito web della DG Concorrenza della Commissione.

italiana è in linea in quanto, nell'ambito del regime, il sostegno non sarà superiore a 800.000 EUR per impresa.

Lo Stato italiano ha notificato alla Commissione anche una misura di garanzia per sostenere le piccole e medie imprese (PMI) colpite dall'emergenza del coronavirus con una moratoria dei debiti contratti presso le banche. Lo scopo della misura è di alleviare temporaneamente l'onere finanziario che pesa sulle suddette imprese e di mettere liquidità a loro disposizione, al fine di aiutarle a preservare i posti di lavoro e a proseguire l'attività nonostante la difficile situazione.

I motivi che hanno spinto la Commissione a constatare che la misura italiana è in linea con le condizioni stabilite nel Quadro temporaneo sono vari⁵⁶: innanzitutto, la copertura della garanzia riguarda una serie ben definita di esposizioni finanziarie ed è limitata nel tempo; inoltre, per assicurare che la misura vada a beneficio soltanto delle PMI in difficoltà a causa del coronavirus, la misura stabilisce che, per poter usufruire del beneficio, le PMI non devono aver avuto esposizioni deteriorate prima del 17 marzo 2020 e devono certificare che la loro attività d'impresa ha risentito degli effetti economici dell'emergenza del coronavirus.

In effetti, le condizioni così rigorose imposte da questa misura di garanzia sembrano essere sufficienti per poterla ritenere opportuna e proporzionata ai sensi del Quadro temporaneo. Inoltre, visto che tale garanzia aiuterà a gestire gli effetti economici prodotti dall'emergenza causata dal coronavirus SARS-CoV-2 in Italia mettendo liquidità a disposizione delle PMI, essa sembra essere in linea con quanto disposto dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE.

Degni di nota in quanto particolarmente complessi sono anche i due regimi di aiuti di Stato tedeschi approvati dalla Commissione ai sensi del Quadro temporaneo⁵⁷. Tali regimi sono attuati tramite la banca per lo sviluppo tedesca Kreditanstalt für Wiederaufbau ("KfW") e consistono: a) in un programma di prestiti che copre fino al 90% del rischio per prestiti a società di tutte le dimensioni (i prestiti ammissibili possono avere una scadenza fino a 5 anni e possono raggiungere 1 miliardo di

⁵⁶ La versione non riservata della decisione sarà consultabile sotto il numero SA.56690 nel registro degli aiuti di Stato sul sito web della DG Concorrenza della Commissione.

⁵⁷ La versione non riservata della decisione sarà resa disponibile con il numero SA.56714 nel registro degli aiuti di Stato sul sito web della Commissione sulla concorrenza.

euro per azienda, a seconda delle esigenze di liquidità dell'azienda); b) in un programma di prestiti a cui la KfW partecipa insieme alle banche private per fornire prestiti più grandi come consorzio (per questo regime, il rischio assunto dallo Stato può coprire fino all'80% di un prestito specifico ma non oltre il 50% del debito totale di una società). Tali misure consentiranno alla KfW di fornire liquidità sotto forma di prestiti agevolati alle società colpite dalla pandemia di COVID-19, pertanto la Commissione le ha ritenute in linea con l'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE e con le condizioni stabilite nel Quadro temporaneo. Infatti, il regime prevede che l'importo del prestito per società è calcolato per coprire le esigenze di liquidità per il futuro prossimo e che i prestiti saranno erogati solo fino alla fine di quest'anno e sono limitati ad una durata massima di sei anni. Inoltre, nei suoi accordi con le banche commerciali, la KfW assicurerà che il vantaggio offerto dai prestiti agevolati sia trasferito alle società che necessitano di liquidità.

La dottrina ha già avuto modo di sottolineare che questi regimi tedeschi sono molto complessi e che potrebbero sorgere dei dubbi circa la sufficienza di soli due giorni (ossia il tempo in cui la Commissione li ha approvati) per valutarli correttamente⁵⁸.

In effetti, se si guarda alle regole che normalmente governano la procedura di autorizzazione degli aiuti di Stato più complessi da parte della Commissione⁵⁹, ossia quelli che sfuggono alla procedura semplifi-

⁵⁸ A. BIONDI, (*op. cit.*). Tuttavia, l'autore sottolinea che la Germania ha costruito con cura le misure sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti così come stabiliti nel Quadro, in linea con le norme specifiche sui tassi di interesse / durata / importi applicabili. Inoltre, la Commissione ha prestato particolare attenzione alle norme intese a garantire che le banche fossero solo un "tramite" per i beneficiari finali, ad esempio definendo i tassi di interesse massimi per i contratti di prestito tra gli enti creditizi e i beneficiari finali.

⁵⁹ Tali regole sono contenute nei seguenti Regolamenti: Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, GU L 140 del 30.4.2004, 1-134; Regolamento (CE) n. 271/2008 della Commissione, del 30 gennaio 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, GU L 82 del 25.3.2008, 1-64; Regolamento (CE) n. 1147/2008 della Commissione, del 31 ottobre 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, per quanto concerne la parte III.10 dell'allegato I, GU L 313 del 22.11.2008, 1-44.

cata di autorizzazione in venti giorni, ci si rende conto che i passaggi obbligati sono molti e sono molto accurati, proprio perché l'obiettivo è quello di autorizzare gli aiuti soltanto dopo averne analizzato a fondo qualsiasi aspetto e qualsiasi possibile impatto sulla concorrenza e sugli scambi all'interno dell'UE. Per questo motivo, si procede dapprima con la cosiddetta "PN-phase" (fase di pre-notifica), la quale garantisce che le notifiche siano della giusta qualità in quanto aiuta ad identificare più chiaramente le informazioni che lo Stato membro deve presentare per la notifica. Poi, si passa alla fase della notifica vera e propria e dell'indagine preliminare da parte della Commissione, la quale può richiedere ulteriori informazioni allo Stato membro notificante, se la notifica è incompleta. Se permangono seri dubbi sulla compatibilità della misura notificata con le norme dell'UE in materia di aiuti di Stato, la Commissione può avviare un'indagine approfondita o una procedura formale di investigazione ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, del TFUE. A tal proposito, occorre ricordare che non esiste un termine legale per completare un'indagine approfondita proprio perché la sua durata dipende da molti fattori, tra cui la complessità del caso, la qualità delle informazioni fornite ed il livello di cooperazione da parte dello Stato membro interessato. Infine, la Commissione adotta la decisione finale.

Il regime temporaneo previsto dal Quadro adottato per l'emergenza COVID-19 deroga al procedimento appena descritto, facendo sì che analisi molto complesse vengano svolte dalla Commissione in poche ore. Per quanti dubbi si possano avere sul punto, è incontestabile che di fronte ad emergenze quali quella relativa alla COVID-19 debbano essere perseguite procedure straordinarie, per cui quanto previsto dal Quadro temporaneo sembra essere assolutamente necessario. Tuttavia, è auspicabile che ci sia massima collaborazione da parte degli Stati membri e massima precisione nel momento della notifica. Infatti, come si è visto, la fase più critica è proprio quella della notifica perché gli Stati membri devono chiarire al meglio le modalità in cui vogliono applicare la misura di sostegno e gli obiettivi che vogliono perseguire. Nel contesto odierno, è altresì importante che gli Stati membri costruiscano i propri regimi tenendo bene a mente le categorie indicate dalla Commissione nel Quadro temporaneo e le condizioni da rispettare, al fine di riuscire ad ottenere un'approvazione veloce ma soprattutto lecita. A tal proposito, non bisogna dimenticare che il Quadro temporaneo stabilisce che la Commissione ha comunque un certo margine di controllo *ex post*, in quanto può richiedere informazioni supplementari in merito

agli aiuti già concessi, per verificare se siano state rispettate le condizioni di cui alla decisione della Commissione che approva la misura di aiuto.

È interessante, inoltre, analizzare la misura di sostegno adottata dallo Stato danese, in quanto essa si è resa necessaria non, come tutte le altre misure di sostegno approvate a marzo 2020 dalla Commissione, per far fronte alle acute necessità di liquidità delle imprese o per sostenerle se in difficoltà finanziarie dovute o aggravate dalla pandemia di COVID-19, bensì per indennizzare gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dalla pandemia⁶⁰.

In particolare, la Danimarca ha notificato alla Commissione la sua intenzione di istituire un regime di aiuti di 91 milioni di DKK (pari a 12 milioni di EUR) per compensare gli organizzatori di eventi con più di mille partecipanti o destinati a gruppi a rischio, come gli anziani o le persone vulnerabili, indipendentemente dal numero dei partecipanti, che sono stati cancellati o rinviati a causa della pandemia di COVID-19. In base al regime, gli operatori hanno diritto ad un indennizzo per le perdite subite a seguito delle cancellazioni o del rinvio degli eventi per i quali, ad esempio, i biglietti erano già stati venduti.

La Commissione, in questo caso, ha dovuto compiere una valutazione diversa rispetto a quelle che ha dovuto operare in relazione a tutte le altre misure di sostegno che ha autorizzato a marzo 2020 per la crisi causata dalla COVID-19. Infatti, la misura danese è stata valutata ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE, che consente di approvare misure di aiuto di Stato concesse dagli Stati membri per compensare società o settori specifici per i danni direttamente causati da eventi eccezionali. Come visto nel primo paragrafo del presente scritto, a norma della sopracitata disposizione, la Commissione è tenuta a considerare la misura automaticamente compatibile con il mercato interno, dovendo soltanto verificare l'eccezionalità della situazione e che siano soddisfatte alcune condizioni: che il danno per il quale è concesso l'indennizzo sia diretta conseguenza della pandemia, che l'aiuto non comporti una sovracompensazione del danno e che l'aiuto compensi soltanto il danno causato dalla pandemia. In effetti, la pandemia di COVID-19 è qualificabile come evento eccezionale, in quanto si tratta

⁶⁰La versione non riservata della decisione sarà resa disponibile con il numero SA.56685 nel registro degli aiuti di Stato sul sito web della Commissione sulla concorrenza.

di un evento straordinario e imprevedibile con un impatto economico molto significativo. Inoltre, visto che il regime di aiuti danese ha l'obiettivo di compensare i danni direttamente collegati alla pandemia e di contribuire a far fronte al danno economico dalla stessa derivante senza falsare indebitamente la concorrenza nel mercato interno, e visto che la compensazione prevista non supera quanto necessario per risarcire il danno, la misura di sostegno può essere ritenuta proporzionata e compatibile con le regole di diritto dell'Unione sugli aiuti di Stato.

Infine, degno di attenzione è il regime di aiuti lussemburghese di 30 milioni di EUR⁶¹ in quanto è stato il primo regime approvato dalla Commissione per sostenere la ricerca, lo sviluppo e gli investimenti relativi alla malattia COVID-19 a norma della Comunicazione che modifica il Quadro temporaneo. Questo regime è aperto alle piccole, medie e grandi imprese di tutti i settori e prevede la concessione di aiuti di Stato sotto forma di sovvenzioni dirette per migliorare e accelerare la ricerca e la produzione di prodotti direttamente rilevanti per la lotta alla COVID-19. Questi ultimi includono medicinali, vaccini, attrezzature ospedaliere e mediche tra cui ventilatori, indumenti e attrezzature protettive, nonché strumenti diagnostici. In particolare, la parte di ricerca e sviluppo del programma copre progetti di ricerca fondamentale, di ricerca industriale e di sviluppo sperimentale. La parte del regime relativa all'investimento, invece, serve a coprire l'80% dei costi che le aziende dovranno sostenere per creare capacità di produzione per fabbricare i sopracitati prodotti.

Visto che tale regime di aiuti appare chiaramente diretto al raggiungimento di un obiettivo comune di importanza cruciale, e visto che risulta essere un regime necessario, appropriato e proporzionato per combattere la crisi sanitaria, la Commissione lo ha ritenuto conforme all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del TFUE e alle condizioni stabilite nel Quadro temporaneo così come modificato dalla Comunicazione del 3 aprile 2020.

⁶¹ La versione non riservata della decisione sarà resa disponibile con il numero SA.56954 (2020/N) nel registro degli aiuti di Stato sul sito web della Commissione sulla concorrenza.

Conclusioni

Situazioni emergenziali richiedono soluzioni eccezionali. E' per questo motivo che la Commissione europea, per far fronte alla crisi economica causata dalla rapidissima diffusione della malattia respiratoria acuta "COVID-19", il 19 marzo 2020 ha adottato la Comunicazione recante il "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", la quale ha previsto alcune agevolazioni procedurali necessarie per consentire un rapido processo di approvazione da parte della Commissione degli aiuti di Stato. In particolare, il Quadro temporaneo prevede cinque tipologie di aiuti di Stato che possono essere autorizzati in tempi brevissimi e che consentono agli Stati membri di: istituire regimi di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali a favore di un'impresa fino a 800.000 EUR; concedere garanzie statali sotto forma di prestiti bancari; consentire prestiti pubblici e privati con tassi di interesse agevolati; usare le capacità di prestito esistenti delle banche e utilizzarle come canale di sostegno alle imprese, in particolare alle piccole e medie imprese; introdurre una maggiore flessibilità per consentire, ove necessario, l'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine da parte dello Stato. Il nuovo Quadro non sostituisce ma integra le molte altre possibilità di cui dispongono gli Stati membri, in linea con le norme sugli aiuti di Stato e con la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020 recante la "Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19".

Successivamente, la Commissione, con una nuova Comunicazione del 3 aprile 2020, ha ampliato il novero delle misure di aiuti di Stato che possono essere rapidamente autorizzate dopo la notifica, al fine di consentire agli Stati membri di sostenere la ricerca, la sperimentazione e la produzione di prodotti connessi al coronavirus, di tutelare i posti di lavoro e di sostenere ulteriormente l'economia. Un'ulteriore ampliamento si è avuto, poi, con la Comunicazione dell'8 maggio 2020, adottata al fine di consentire interventi pubblici mirati sotto forma di aiuti alla ricapitalizzazione o di debiti subordinati a favore delle società non finanziarie che li necessitano.

Ad oggi, tutti gli Stati membri hanno fatto richiesta a norma del Quadro temporaneo per l'autorizzazione di alcune misure di sostegno atte a far fronte all'emergenza e la Commissione l'ha concessa in tempi brevissimi (uno o due giorni).

Le considerazioni da fare al termine di questa disamina sono varie.

Quanto al Quadro temporaneo, la gravità ed eccezionalità della situazione emergenziale ne giustificano sicuramente l'esistenza. La disciplina "ordinaria" sugli aiuti di Stato, non solo dal punto di vista sostanziale ma anche dal punto di vista procedurale, è – a ragion veduta – molto severa, al fine di ridurre il rischio di distorsione della concorrenza tra imprese e di evitare la corsa a sussidi statali indiscriminati. Tuttavia, tale severità non si traduce in una totale rigidità⁶². Un sistema completamente rigido, infatti, avrebbe potuto comportare lungaggini a cui l'economia dei Paesi dell'Unione e le singole imprese non possono attualmente far fronte. La deroga alla disciplina sugli aiuti di Stato è stata, pertanto, necessaria, come lo fu nel 2008 al tempo della crisi finanziaria a cui si fece fronte con un altro "temporary framework"⁶³. Il merito della Commissione, oggi, è sicuramente quello di aver creato un Quadro temporaneo molto chiaro, per cui adesso sta agli Stati membri saper sfruttare questa opportunità, rispettando il dettato delle Comunicazioni.

Per quanto concerne le misure di sostegno sino ad oggi adottate dagli Stati membri ed analizzate in questa sede, esse sembrano essere compatibili con le regole in materia di aiuti di Stato e con il Quadro temporaneo.

Per quanto si possano nutrire dubbi sulla possibilità che la Commissione riesca a compiere correttamente valutazioni molto complesse sulla compatibilità degli aiuti di Stato notificati con il mercato interno in un lasso di tempo così breve, bisogna, in questo momento, fare affidamento su una stretta e leale cooperazione tra Stati e Unione, perché il buon funzionamento di questo regime temporaneo è nell'interesse di tutti. Agli Stati membri spetta il compito di presentare richieste chiare, ben strutturate e, se possibile, mirate (come quella notificata dall'Italia, che puntava a sostenere esclusivamente la produzione e la fornitura di dispositivi medici e di dispositivi di protezione individuale)⁶⁴, al fine di

⁶² Dal punto di vista sostanziale, si vedano, ad esempio, i criteri di compatibilità di cui all'art. 107 TFUE che sono costruiti in termini molto ampi. Dal punto di vista procedurale, si vedano, ad esempio, le regole sul "de minimis" che permettono di evitare la notifica.

⁶³ Cf. M. DEBROUX, *State aid & covid-19: a swift response to a massive challenge*, in *Concurrences*, 16 aprile 2020, il quale intende la crisi del 2008 come una lezione dal passato utile a far fronte alla crisi odierna.

⁶⁴ Anche l'indicazione precisa della somma di denaro che lo Stato vuole erogare a titolo di misura di sostegno potrebbe facilitare l'analisi della Commissione. Tuttavia, è

facilitare il compito di analisi della Commissione⁶⁵. A quest'ultima, invece, si richiede non solo di agire celermente, come ha fatto in tutti i casi che si sono fino ad oggi prospettati, ma anche di intervenire, se del caso, attivando i mezzi di controllo *ex post* di cui alla parte finale del Quadro temporaneo, i quali permettono un ulteriore vaglio del rispetto delle condizioni imposte dalla decisione con cui si autorizza la misura allo scopo di verificare che la concorrenza nel mercato interno non sia effettivamente stata falsata o distorta dall'aiuto in questione.

risaputo che per alcune categorie di misure quali le garanzie ed i prestiti è difficile stabilire *a priori* un ammontare determinato.

⁶⁵ A tal proposito, si noti che dopo il secondo emendamento del Quadro temporaneo, la Commissione ha pubblicato un modello di notifica che copre le sezioni 3.1-3.10 (reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/notification_template_TF_coronavirus_revised_after_2nd_amendment.pdf), il quale deve essere allegato al modulo di notifica standard SANI2. Si ricordi, infatti, che le notifiche di aiuto di Stato si trasmettono elettronicamente tramite l'applicazione di notifica web della Commissione "SANI" ("*State aid notification software*").

LA TUTELA DELLA SALUTE
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
IN RISPOSTA ALL'EMERGENZA

FLAVIA ROLANDO *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le competenze dell'Unione europea in materia di salute pubblica. – 3. Gli strumenti dell'Unione europea per contrastare le catastrofi e le emergenze a carattere transfrontaliero. – 4. Le azioni in risposta alle precedenti emergenze sanitarie e quelle in corso di adozione per rispondere all'emergenza Covid-19. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'organizzazione del sistema sanitario, così come la programmazione e l'attuazione di un piano di gestione di crisi relativa alla salute pubblica, costituiscono una materia di competenza nazionale, su cui gli Stati membri mantengono la propria autonomia decisionale. Tuttavia, l'Unione europea ha una competenza di tipo concorrente in materia di problemi comuni di sicurezza di sanità pubblica ed una competenza di sostegno, coordinamento e completamento per la tutela ed il miglioramento della salute umana¹, in ragione della quale può adottare misure per contrastare gravi minacce a carattere transfrontaliero. A questo scopo, è stata adottata la decisione 1082/2013/UE, che ha introdotto un sistema di cooperazione di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero².

Esistono anche altri strumenti per far fronte a livello comunitario a calamità naturali o provocate dall'uomo, tra cui le emergenze sanitarie. *In primis*, possono essere attivati dei meccanismi di assistenza in attua-

* *Post-doc*, Università di Napoli Federico II.

¹ Si vedano, rispettivamente, l'art. 4, par. 2, lett. k, e l'art. 6, par. 1 TFUE.

² Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, in GU L 293, p. 1.

zione della clausola di solidarietà³. Inoltre, è stato predisposto un meccanismo di protezione civile dell'Unione europea⁴.

Con il presente lavoro si intende analizzare gli strumenti che l'Unione può utilizzare per rispondere a delle emergenze sanitarie che riguardano uno o più Stati membri. L'attenzione sarà concentrata sulle misure direttamente connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria. Verranno quindi esaminate le azioni delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione in risposta a gravi emergenze sanitarie avvenute nel passato, quali ad esempio quelle legate ai virus Ebola e SARS, per poi valutare le misure adottate e quelle che sono in corso di adozione per rispondere all'emergenza Covid-19. Per ragioni di spazio, invece, non saranno esaminate le misure assunte per gestire le conseguenze economiche della pandemia⁵.

2. Le competenze dell'Unione europea in materia di salute pubblica

La cura della salute pubblica rimane una materia di competenza essenzialmente statale, dal momento che in virtù dei Trattati istitutivi è stata attribuita all'Unione europea una competenza di tipo concorrente solo per determinati aspetti della sanità pubblica, connessi alla gestione di problemi comuni, ed una competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri per la tutela ed il miglioramento della salute umana. Come noto, in virtù del principio di attribuzione l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze conferite nei Trattati mentre i singoli Stati membri conservano la propria autonomia decisionale in ogni altro ambito. Per questo motivo, come del resto espressamente statuito dall'art. 168, par. 7, TFUE, ogni Stato membro definisce autonomamente la predisposizione e l'organizzazione del sistema sanitario, nonché l'assegnazione delle ri-

³ Si veda l'art. 2 TUE, l'art. 3, par. 3, TUE, l'art. 122 e l'art. 222 TFUE nonché la Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, n. 415, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà, in GU L 192, 53.

⁴ Decisione 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, in GU L 347, 924.

⁵ In merito si rinvia a C. MASSA *Aiuti di Stato nella pandemia: il regime temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, e C. D'AMBROSIO, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza pandemica*, entrambi in questo Volume.

sorse ad esso destinate, ed è responsabile della gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica.

Nondimeno, esistono delle "interferenze" tra la gestione della sanità pubblica e la disciplina del mercato interno. Sia i farmaci che le attrezzature mediche costituiscono infatti delle merci e sono pertanto soggette al regime della libera circolazione nel mercato interno. Inoltre, gli stessi medici possono beneficiare dei diritti che derivano dalla libera circolazione dei lavoratori o delle regole a tutela della libera prestazione dei servizi, a seconda che siano o meno dei lavoratori autonomi. Dall'altro lato, i cittadini europei hanno il diritto di beneficiare dell'assistenza sanitaria in un altro Stato membro. A tal proposito l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti "CDFUE") statuisce che ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali⁶. Tuttavia, proprio in ragione di motivi collegati alla sanità pubblica, gli Stati membri possono derogare alle regole stabilite dai Trattati per il funzionamento del mercato interno. Possono quindi adottare delle misure, anche discriminatorie, che ostacolano la libera circolazione delle merci, delle persone o dei servizi⁷.

In termini generali, la protezione della salute umana costituisce una clausola di applicazione orizzontale: nella definizione e nell'attuazione di tutte le azioni e politiche dell'Unione deve essere valutata e perseguita la scelta che garantisca un livello elevato di protezione della salute umana⁸.

⁶ In merito, la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in GU L 88, p.45, incoraggia la cooperazione tra i sistemi nazionali di assistenza sanitaria e definisce le condizioni subordinatamente alle quali un paziente può recarsi in un altro Paese dell'UE per ricevere un'assistenza medica ed essere poi rimborsato dal proprio regime di assicurazione malattia. Si veda anche il Regolamento 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in GU L 166, 1.

⁷ Sul punto si veda A. ARENA, *Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico*, in questo Volume.

⁸ Così la seconda parte dell'art. 35 CDFUE, l'art. 9 e l'art. 168, par. 1, TFUE. Normalmente, la valutazione delle alternative possibili e la motivazione della scelta politica effettuata in rapporto alla tutela della salute sono effettuate nell'ambito della valutazione d'impatto, il documento di lavoro che accompagna la proposta della Commissione nella forma di un SWD (Staff Working Document). Alla stessa valutazione sono tenute le altre istituzioni che partecipano alla procedura legislativa.

Come sopra anticipato, gli Stati membri hanno conferito all'Unione una competenza di tipo concorrente in materia di problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, sebbene solo relativamente ad alcuni particolari settori. Più in particolare, possono essere adottate regole comuni per determinare parametri di sicurezza di organi, sangue e degli emoderivati; parametri comuni di qualità e sicurezza dei medicinali e dispositivi di impiego medico⁹ nonché misure a tutela della salute pubblica nel settore veterinario e fitosanitario¹⁰.

L'Unione europea ha invece una competenza per svolgere azioni di mero sostegno, coordinamento e completamento in materia di tutela e miglioramento della salute umana¹¹. A tal fine, l'art. 168 TFUE stabilisce che le istituzioni comunitarie possono adottare misure legislative di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, «in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero»¹².

Si veda anche quanto disposto dall'art. 114, par. 3, TFUE, secondo cui la Commissione, nelle sue proposte relative a misure di ravvicinamento in materia di sanità deve basarsi su un livello di protezione elevato, tenendo conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici; ugualmente, il Parlamento europeo ed il Consiglio *cercano* di conseguire tale obiettivo.

⁹ A titolo di esempio, tra gli atti adottati sulla base giuridica stabilita dall'art. 168, par. 4, lett. b), si veda il Regolamento 2019/6 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, relativo ai medicinali veterinari e che abroga la direttiva 2001/82/CE, in GU L 4, 43, il Regolamento 576/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia e che abroga il regolamento 998/2003, in GU L 178, 1 ed il Regolamento 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, relativo alle malattie animali trasmissibili e che modifica e abroga taluni atti in materia di sanità animale («normativa in materia di sanità animale»), in GU L 84, 1.

¹⁰ Tra gli atti adottati sulla base giuridica stabilita nell'art. 168, par. 4, lett. c), TFUE, si vedano il Regolamento 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la direttiva 98/79/CE e la decisione 2010/227/UE della Commissione, in GU L 117, 176 ed il Regolamento 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE, in GU L 158, 1.

¹¹ Art. 6, par. 1, TFUE.

¹² Così i parr. 1 e 5 dell'art. 168 TFUE. Inoltre, secondo quanto stabilito dal par. 3 del medesimo articolo, l'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica.

Con questo obiettivo, è stata adottata la Decisione 1082/2013/UE relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero¹³, che ha istituito un sistema di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, nonché di pianificazione e preparazione di una risposta comune per integrare le politiche nazionali. Attraverso tale decisione, si mira quindi anche a sostenere la cooperazione ed il coordinamento tra gli Stati per migliorare la prevenzione ed il controllo della diffusione di malattie attraverso l'Unione.

Grazie alla rete di sorveglianza, le autorità nazionali comunicano tra loro i dati e le informazioni relative al controllo epidemiologico di malattie trasmissibili ed ai problemi sanitari speciali connessi, nonché le informazioni relative alla progressione di situazioni epidemiche¹⁴. Tramite il Sistema di Allarme Rapido e di Reazione, invece, gli Stati membri o la Commissione comunicano la comparsa o lo sviluppo di una grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero che provoca o può provocare un'elevata morbilità o mortalità negli esseri umani e la cui portata aumenta o può aumentare rapidamente¹⁵. Insieme all'allarme, le autorità nazionali comunicano le informazioni utili a predisporre una risposta coordinata¹⁶. Sulla base di tali informazioni, il Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (in prosieguo "ECDC")¹⁷, l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA) o le

Sull'art. 168 TFUE v., tra gli altri, M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.

¹³ Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, cit.

¹⁴ V. art. 6 della Decisione 1082/2013, cit.

¹⁵ V. art. 9 della Decisione 1082/2013, cit.

¹⁶ A norma dell'art.9, par. 3, deve essere comunicata a) la tipologia e l'origine dell'agente patogeno; b) la data e il luogo dell'incidente o del focolaio; c) i mezzi di trasmissione o diffusione; d) i dati tossicologici; e) i metodi di rilevamento e di conferma; f) i rischi per la sanità pubblica; g) le misure di sanità pubblica attuate o che si intendono adottare a livello nazionale; h) altre misure diverse dalle misure di sanità pubblica; i) i dati personali necessari per la ricerca di contatti.

Si veda anche la Decisione di esecuzione 2017/253 della Commissione, del 13 febbraio 2017, che stabilisce le procedure per la notifica degli allarmi nell'ambito del sistema di allarme rapido e di reazione istituito in relazione a gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e per lo scambio delle informazioni, la consultazione e il coordinamento delle risposte a tali minacce a norma della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, in GU L 37, 23.

¹⁷ Regolamento 851/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 con il quale si crea un Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle ma-

altre agenzie interessate predispongono una analisi di valutazione del rischio che, insieme ai dati nazionali, saranno utili a coordinare una risposta comune.

Un comitato per la sicurezza sanitaria (in prosieguo “CSS”), composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione, gestisce lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e la Commissione e coordina, in collegamento con quest’ultima, la pianificazione della preparazione e della risposta degli Stati membri alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero¹⁸. A tal fine, le autorità nazionali condividono anche le loro migliori prassi ed esperienze.

Gli Stati membri si consultano quindi tra loro e con la Commissione allo scopo di coordinare sia la comunicazione in merito al rischio - per fornire informazioni coerenti al pubblico e agli operatori sanitari - sia le varie risposte nazionali alla grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero.

L’elaborazione della risposta nazionale alla situazione di emergenza rimane dunque rimessa alla discrezionalità dello Stato membro. Tuttavia, quest’ultimo informa e consulta gli altri Stati e la Commissione in merito alla natura, allo scopo e all’entità delle misure, salvo che l’urgenza ne richieda l’adozione immediata¹⁹. In tal caso, lo Stato è solo tenuto ad un dovere di informazione.

La rete di sorveglianza epidemiologica non spoglia quindi gli Stati della loro competenza nel settore ma mira a coordinare e integrare le politiche nazionali per migliorare la prevenzione e il controllo della diffusione di gravi malattie umane oltre le frontiere degli Stati membri e per lottare in un fronte comune.

In caso di grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero nei confronti della quale le capacità di risposta nazionali si rivelino insufficienti, lo Stato membro interessato può poi richiedere l’assistenza degli altri Stati membri attraverso la clausola di solidarietà o il meccanismo di protezione civile dell’Unione europea²⁰.

lattie (European Centre for Disease Prevention and Control), in GU L 142, p. 1, www.ecdc.europa.eu.

¹⁸ V. art. 17 della Decisione 1082/2013, cit.

¹⁹ V. art. 11 della Decisione 1082/2013, cit.

²⁰ Decisione 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, cit.

3. Gli strumenti dell'Unione europea per contrastare le catastrofi e le emergenze a carattere transfrontaliero

Secondo quanto stabilito dall'art. 3 TUE, l'Unione si prefigge di promuovere, oltre alla pace ed ai valori comuni, il benessere dei suoi popoli. Il concetto di benessere è piuttosto ampio e comprende, oltre alle condizioni economiche e sociali, anche quelle legate alla salute. È poi importante sottolineare che la società formata dai cittadini europei deve essere caratterizzata anche dalla solidarietà tra i popoli²¹.

Per fornire una assistenza principalmente finanziaria agli Stati membri che si trovino in difficoltà o siano seriamente minacciati da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali, l'art. 122, par. 2, TFUE, prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione, in attuazione dello spirito di solidarietà tra Stati membri possa concedere un'assistenza finanziaria allo Stato interessato.

In termini più generali, secondo l'art. 222, par. 1, TFUE, in caso di calamità – naturale o causata dall'uomo – l'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone per prestare assistenza allo Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche. In tal caso, gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà per prestare la loro assistenza, coordinandosi in sede di Consiglio. Sono state anche definite delle norme e delle procedure per attuare la clausola di solidarietà²².

In particolare, in caso di catastrofe o attacco terroristico²³, lo Stato membro interessato può invocare la clausola di solidarietà e rivolgere la sua richiesta alla presidenza del Consiglio e al presidente della Commissione europea attraverso il Centro di coordinamento della risposta alle emergenze della Commissione (in prosieguo "ERCC")²⁴. Il Consiglio assicura, quindi, la direzione politica e strategica della risposta. La clau-

²¹ Così l'art. 2 TUE.

²² Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, n. 415, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà, cit.

Sull'applicazione della clausola di solidarietà e degli altri strumenti dell'Unione per contrastare l'emergenza connessa alla diffusione del Coronavirus si veda F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in questa *Rivista*, 2020, 95 ss.

²³ Secondo quanto disposto dall'art. 3, lett. a, della decisione 2014/415, cit., per catastrofe deve intendersi qualsiasi situazione che colpisce o rischia di colpire gravemente le persone, l'ambiente o i beni, compreso il patrimonio culturale.

²⁴ Così all'art. 4 della Decisione 2014/415, cit.

sola di solidarietà *impone*²⁵ all'Unione di mobilitare tutti gli strumenti di cui dispone. A tal fine attiva i dispositivi integrati per la risposta politica alle crisi (IPCR) per garantire una reazione coerente e si avvale dei mezzi e delle strutture di cui dispone, tra cui il meccanismo di protezione civile, gli strumenti previsti dalla strategia di sicurezza interna e, eventualmente, le strutture istituite nel quadro della politica di sicurezza e di difesa comune.

Anche a prescindere dall'attivazione della clausola di solidarietà, in caso di catastrofe in atto oppure imminente che possa provocare effetti transfrontalieri, lo Stato membro interessato è tenuto a notificare immediatamente l'evento agli altri Stati ed alla Commissione e può chiedere assistenza all'ERCC²⁶ gestito dalla Commissione europea. L'ERCC rappresenta il fulcro del meccanismo di protezione civile dell'Unione europea, è stato istituito per contribuire al rafforzamento della cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri facilitando il coordinamento nel settore della protezione civile al fine di migliorare l'efficacia dei sistemi di prevenzione e di risposta alle catastrofi naturali, tra cui rientrano le emergenze sanitarie gravi²⁷. Il citato *meccanismo* sostiene, integra e facilita il coordinamento dell'azione degli Stati membri anche con l'obiettivo di rafforzare la consapevolezza e la preparazione dei cittadini nei confronti delle catastrofi, incrementare la disponibilità e l'utilizzo di conoscenze scientifiche pertinenti ed intensificare le attività di cooperazione e coordinamento tra Stati membri esposti allo stesso tipo di catastrofi²⁸.

In base all'esperienza acquisita nel tempo, si era rilevato che le offerte volontarie di assistenza reciproca, coordinate e agevolate dal meccanismo di protezione civile, non sempre garantivano la disponibilità di

²⁵ V. considerando n. 5 nonché l'art. 5 della Decisione 2014/415, cit. La Commissione e l'Alto rappresentante dell'Unione europea individuano gli strumenti e le capacità che possono contribuire nel modo più efficace a rispondere alla crisi e propongono al Consiglio eventuali misure eccezionali o sostegno di una rapida reazione.

Nella Dichiarazione relativa all'articolo 222 TFUE, Dichiarazione n. 37 relativa alle disposizioni dei Trattati, è stato anche precisato che l'attivazione della clausola di solidarietà non pregiudica il diritto di ogni altro Stato membro di assolvere ai suoi obblighi di solidarietà nei confronti dello Stato interessato, scegliendo i mezzi che ritiene più appropriati.

²⁶ <https://erccportal.jrc.ec.europa.eu/>.

²⁷ Decisione 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, cit.

²⁸ V. art. 3 della decisione 1313/2013, cit.

risorse sufficienti per rispondere in maniera soddisfacente alle necessità basilari delle persone colpite da calamità. Ciò soprattutto nei casi in cui più Stati membri venivano colpiti contemporaneamente da eventi catastrofici. Per questo motivo, nel 2019 la decisione istitutiva è stata modificata integrando il meccanismo di protezione civile con rescEU, un insieme aggiuntivo di risorse per fornire assistenza in situazioni in cui le capacità globali esistenti a livello nazionale e quelle già assegnate dagli Stati membri al pool europeo di protezione civile non siano sufficienti a garantire una risposta efficace²⁹. Peraltro, nel 2016 è stato istituito anche un Corpo medico europeo, composto da squadre mediche di emergenza, laboratori di biosicurezza mobili e risorse per l'evacuazione medica messi a disposizione da 11 Stati col supporto finanziario dell'Unione³⁰.

4. Le azioni in risposta alle precedenti emergenze sanitarie e quelle in corso di adozione per rispondere all'emergenza Covid-19

L'Unione europea ha affinato nel tempo gli strumenti da mettere a disposizione degli Stati membri e dell'intera Unione per rispondere alle emergenze ed alle catastrofi, in particolare quelle a carattere transfrontaliero. Grande impegno è stato dedicato anche alla gestione di eventuali emergenze sanitarie che possano derivare da un attacco terroristico effettuato attraverso armi chimiche, biologiche o radiologiche³¹.

Oggi, l'Unione si trova per la prima volta ad affrontare una emergenza sanitaria con un gravissimo impatto sulla vita dei suoi cittadini. Anche nel più recente passato vi sono stati allarmi sanitari, sebbene non della stessa entità di quello che oggi preoccupa l'Europa ed il mondo.

Nel 2009 l'OMS ha dichiarato che la cd. influenza suina rappresen-

²⁹ Decisione 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2019, che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile, in GU L 77I, 1. Si veda anche la Decisione di esecuzione 2019/1310 della Commissione, del 31 luglio 2019, recante modalità di impiego del pool europeo di protezione civile e di rescEU, in GU L 204, 94.

³⁰ In merito si rinvia a F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, cit., 97 ss.

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Piano d'azione per rafforzare la preparazione contro i rischi per la sicurezza di natura chimica, biologica, radiologica e nucleare, COM(2017) 610 final.

tava un'emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale e gli Stati membri hanno cooperato per preparare una reazione coordinata³². Nel 2015, il Consiglio ha riconosciuto l'importanza del sistema di sorveglianza istituito con la decisione 1082/2013 nel trattare gli aspetti relativi alla salute pubblica dell'epidemia di Ebola. In quell'occasione è stata infatti rafforzata l'interoperabilità delle sue capacità ed il CSS ha facilitato il coordinamento della pianificazione della preparazione e della risposta all'epidemia e della comunicazione in merito al rischio e alla crisi. Inoltre, la stretta collaborazione tra la Commissione e gli Stati membri, insieme con l'OMS, ha permesso l'evacuazione sanitaria dei pazienti affetti da Ebola in Europa in sicurezza³³. Ciò ha spinto il Consiglio ad invitare la Commissione ad individuare delle strategie per i meccanismi di coordinamento in caso di futuri incidenti riguardanti diversi settori strategici.

Il sistema di reazione predisposto contro le calamità e le minacce alla salute pubblica è stato e continua ad essere messo alla prova dall'emergenza legata alla diffusione del virus Covid-19.

Come è noto, nel dicembre del 2019 nella regione cinese di Wuhan si è diffuso un nuovo coronavirus, causando un'epidemia che ha coinvolto altre regioni cinesi e si è poi propagata nel resto del mondo. Per questo motivo, il 28 gennaio 2020 la Presidenza del Consiglio dell'Unione europea ha deciso di attivare il meccanismo dei dispositivi integrati dell'Unione per la risposta politica alle crisi (IPCR) in modalità "condivisione delle informazioni" nel contesto dell'attuazione della clausola di solidarietà³⁴. A seguito del rapido aumento di casi di Covid-19 in Europa, ed in particolare nel nord Italia, il 2 marzo la Presidenza del Consiglio ha stabilito la piena attivazione degli IPCR. Sono stati convocati quindi tavoli di crisi con la partecipazione degli Stati colpiti,

³² Si vedano le conclusioni del Consiglio del 30 aprile 2009, Influenza da virus A/H1N1, nonché le conclusioni del Consiglio del 12 ottobre 2009, Pandemia (H1N1) 2009 – Un approccio strategico e le conclusioni del Consiglio del 13 settembre 2010, Insegnamenti da trarre dalla pandemia A/H1N1 – La sicurezza sanitaria nell'Unione europea.

³³ Conclusioni del Consiglio sugli insegnamenti da trarre per la salute pubblica dall'epidemia di Ebola nell'Africa occidentale - La sicurezza sanitaria nell'Unione europea, in GU C 421, p.6. Per un breve quadro della gestione dell'epidemia Ebola si veda anche https://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/wa_ebola_en.pdf.

³⁴ Così in <https://eu2020.hr/Home/OneNews?id=160>. Tramite questo meccanismo, la Presidenza del Consiglio coordina la risposta politica alle crisi al più alto livello.

la Commissione, il Servizio europeo per l'azione esterna, l'ufficio del presidente del Consiglio europeo e le agenzie pertinenti³⁵.

Il 10 marzo si è quindi svolta la prima videoconferenza del Consiglio europeo, per coordinare gli sforzi dell'Unione europea e rispondere congiuntamente all'emergenza, sono state individuate, in particolare, quattro priorità: 1) limitare la diffusione del virus; 2) garantire la fornitura di attrezzature mediche; 3) promuovere la ricerca, anche in vista di un vaccino; 4) affrontare le conseguenze socioeconomiche³⁶.

Il 17 marzo, durante una nuova videoconferenza del Consiglio europeo, è stata individuata una quinta priorità: rimpatriare i cittadini europei bloccati in Paesi terzi. Con il sostegno finanziario e logistico dell'Unione, fornito sempre attraverso il meccanismo di protezione civile, sono stati rimpatriati più di 10.000 cittadini europei da Cina, Giappone, Stati Uniti, Marocco, Tunisia e Georgia³⁷. Nel contempo, i leader europei hanno deciso di rafforzare le frontiere esterne applicando una restrizione temporanea coordinata dei viaggi non essenziali verso l'Unione europea per 30 giorni³⁸. A tal riguardo, la Commissione ha

³⁵ <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/02/covid-19-outbreak-the-presidency-steps-up-eu-response-by-triggering-full-activation-mode-of-ipc/>. Nel tempo intercorso sono stati convocati vari consigli straordinari, sia in materia di salute che in tema di competitività. Si vedano in particolare le Conclusioni del Consiglio sulla Covid-19 del 13 febbraio 2020, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6038-2020-INIT/it/pdf>.

³⁶ Alla riunione hanno partecipato anche la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, la Presidente della Banca centrale europea Christine Lagarde, il Presidente dell'Eurogruppo Mario Centeno e l'Alto Rappresentante Josep Borrell.

³⁷ I ministri degli Affari esteri, in sede di Consiglio, il 23 marzo hanno discusso dello stato del rimpatrio dei cittadini europei e delle vie esperibili per intensificare la cooperazione e la solidarietà internazionali per sostenere i Paesi più fragili. È stato anche condannato il tentativo di screditare l'Unione europea attraverso la disinformazione e la stigmatizzazione dei cittadini europei all'estero. Si veda <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/fac/2020/03/23/>.

³⁸ Sul punto la Commissione europea aveva espresso il proprio orientamento in una comunicazione del 16 marzo: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio - Covid-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, COM(2020) 115 final, seguita dalla Comunicazione della Commissione COVID-19 Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti, C(2020)2050, in GU C 102 I, 3.

L'8 aprile la Commissione europea ha adottato la comunicazione Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, COM(2020)148, con cui invita a prorogare in modo coordinato l'applicazione della re-

evidenziato che gli Stati membri potevano reintrodurre anche controlli temporanei alle frontiere interne della zona Schengen, in quanto giustificati da motivi di politica pubblica e di sicurezza interna³⁹.

Con riferimento alla seconda priorità, la Commissione è stata incaricata di analizzare i bisogni dei vari Stati membri⁴⁰. Sono stati effettuati appalti per acquisti comuni di materiale di prima necessità come mascherine, ventilatori polmonari e kit di analisi. Inoltre, attraverso il meccanismo di protezione civile, ed in particolare del RescEU, è stata anche costituita una scorta di attrezzature mediche da distribuire a seconda del bisogno⁴¹. Il meccanismo di protezione civile ha poi coordinato la mobilitazione di squadre mediche nei Paesi il cui sistema sanitario fosse maggiormente messo a dura prova e nei campi profughi. In questo contesto sono state inviate, rispettivamente a Milano e Bergamo, due équipes di medici e infermieri provenienti dalla Romania e dalla Norvegia, mobilitate e finanziate dal meccanismo di protezione civile dell'Unione e coordinate dal centro di coordinamento della risposta alle emergenze. L'Austria e la Slovacchia hanno fornito disinfettante medico e diversi

strizione dei viaggi non essenziali dai Paesi terzi di altri 30 giorni, fino al 15 maggio 2020, al fine di limitare l'ulteriore diffusione del virus.

³⁹ Orientamenti sulle misure di gestione delle frontiere in relazione agli aspetti sanitari nel contesto dell'emergenza Covid-19 del 16 marzo 2020, (C(2020)1753), p. 5. Alla data del 16 aprile, risulta che gli Stati che hanno reintrodotti i controlli alle frontiere interne per il Covid-19 sono: Belgio, Spagna, Norvegia, Portogallo, Austria, Ungheria, Repubblica ceca, Svizzera, Danimarca, Lituania, Germania, Estonia, Finlandia, Polonia, Francia e Slovacchia.

⁴⁰ Si veda, a tal proposito, la Comunicazione della Commissione - Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19, in GU C 111 I, 1.

⁴¹ In merito, il 31 marzo è stato pubblicato il documento C(2020) 2078 - Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19. La Commissione ha anche adottato una raccomandazione sulle procedure di valutazione della conformità e di vigilanza del mercato, che aumenterà la fornitura alle autorità di protezione civile di alcuni tipi di DPI, quali le mascherine monouso. La medesima istituzione è poi impegnata a discutere con il settore industriale per elaborare una strategia di conversione delle linee di produzione. Su richiesta urgente della Commissione, gli organismi europei di normazione e i loro membri nazionali hanno reso gratuitamente disponibili le norme europee per le forniture mediche. In questo modo i produttori potranno immettere sul mercato dispositivi ad alte prestazioni in modo più rapido.

Le esportazioni di dispositivi di protezione individuale fuori dall'Unione sono ora subordinate a un'autorizzazione di esportazione da parte degli Stati membri, che può essere concessa se non è a rischio la disponibilità di tali dispositivi nell'Unione o per motivi umanitari.

Stati membri dell'Unione europea hanno inviato dispositivi di protezione all'Italia (mascherine, tute, ventilatori) e accolto pazienti italiani per curarli come espressione della solidarietà europea⁴².

Inoltre, nelle ultime settimane, con il sostegno dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA), la Commissione ha raccolto dati sui farmaci a rischio di carenza. Tale rischio è dovuto all'aumento della domanda di farmaci per la cura in ospedale dei pazienti colpiti da coronavirus, della domanda di farmaci sperimentali e dalle scorte accumulate dai cittadini. È stata quindi monitorata la domanda complessiva da parte degli Stati membri e l'impatto dei divieti di esportazione. A tal riguardo, la Commissione ha esortato gli Stati membri a dimostrare solidarietà eliminando i divieti e le restrizioni relativi all'esportazione per garantire la disponibilità di farmaci essenziali negli ospedali e nelle farmacie, evitando la costituzione di scorte a livello nazionale. Le autorità nazionali dovrebbero inoltre contrastare la disinformazione che potrebbe portare a una corsa agli acquisti per costituire scorte non necessarie. La Commissione ha anche promosso l'uso ottimale dei farmaci negli ospedali, adattando i protocolli ospedalieri esistenti o definendo nuovi protocolli convalidati per evitare un uso eccessivo di medicinali⁴³. Un essenziale contributo proviene poi dall'operato del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, che monitora lo stato di evoluzione dell'epidemia, fornisce valutazioni di rischio e linee guida per la gestione, oltre a consulenze per gli Stati membri.

Il 23 aprile è stata pubblicata la nona valutazione dei rischi⁴⁴. Già nell'ottava valutazione dei rischi era stato fornito un aggiornamento delle conoscenze scientifiche acquisite in merito al contrasto del Coronavirus ed erano state formulate delle raccomandazioni agli Stati⁴⁵. In parti-

⁴² Per un quadro generale si rinvia a https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/crisis-management-and-solidarity_it.

⁴³ Si veda la Comunicazione della Commissione - Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19 dell'8 aprile 2020, C(2020) 2272 final.

⁴⁴ In <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-coronavirus-disease-2019-covid-19-pandemic-ninth-update>.

⁴⁵ In <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-coronavirus-disease-2019-covid-19-pandemic-eighth-update>. Tra i documenti pubblicati dal centro si segnala anche il Rapporto tecnico del 1° aprile scorso, che fornisce un quadro della situazione sui test rapidi per la diagnosi di COVID-19 nei paesi UE/SEE. Il Rapporto evidenzia che alcune tipologie di test si sono rivelate non conformi agli

colare, considerando che in alcuni Paesi il “picco” sembra essere superato, sono state emanate delle prime strategie per un approccio corretto ad una eventuale *de-escalation*⁴⁶. Nell’ottava valutazione si sosteneva che, sulla base delle evidenze disponibili, era ancora presto per iniziare a sospendere tutte le misure di distanziamento sociale. Prima di prendere in considerazione tale ipotesi gli Stati membri avrebbero dovuto assicurare il potenziamento dei sistemi di diagnosi ospedaliera e di monitoraggio della popolazione, valutando le conseguenze epidemiologiche di un’eventuale *de-escalation*. Nella nona valutazione dei rischi, l’ECDC ha ribadito che i piani per la *de-escalation* e per la rimozione delle misure di *lock-down* devono essere predisposti introducendo delle misure di distanziamento sociale e assicurando una sufficiente capacità dei sistemi sanitari con letti ospedalieri e di terapia intensiva. Particolari misure di protezione devono essere adottate, poi, per proteggere le categorie vulnerabili.

L’ECDC raccomanda, dunque, una adeguata strategia di sorveglianza basata su metodologie armonizzate per l’esecuzione dei test utili anche a monitorare l’impatto della rimozione dell’obbligo di “rimanere a casa” e i mutamenti del virus. Il monitoraggio deve avere l’ovvio obiettivo di isolare immediatamente i casi sospetti ed impedire, anche con l’aiuto della condivisione delle *best practices* acquisite, lo svilupparsi di nuovi focolai. A tal fine, sarà importante affiancare queste misure con un quadro di tracciabilità dei contatti supportato da strumenti elettronici e applicazioni⁴⁷.

standard comunitari e che vari Stati membri ne hanno proibito l’utilizzo. Poiché i test rapidi potrebbero rivelarsi meno accurati e meno sensibili rispetto ai test diagnostici da laboratorio, il Rapporto raccomanda di attendere che siano conclusi gli studi attualmente in corso prima di utilizzarli come unici strumenti di diagnosi.

⁴⁶ Anche in fase di *de-escalation*, è fondamentale eseguire test per individuare persone positive e potenziare la sorveglianza, anche attraverso il tracciamento dei contagi. Inoltre, il distanziamento sociale continua ad essere considerato un fondamentale strumento per evitare ulteriori ondate di contagi. Il documento afferma quindi che, sebbene il distanziamento sociale abbia un forte impatto sia dal punto di vista sociale che da quello economico, le attuali stime suggeriscono che nessun Paese UE/SEE è vicino a raggiungere una soglia di protezione della popolazione adeguata alla rimozione delle misure di distanziamento sociale. In assenza di un vaccino, alcune forme di distanziamento sociale dovranno essere mantenute per almeno alcuni mesi, al fine di garantire che non si superino le capacità dei sistemi sanitari.

⁴⁷ Nona valutazione del rischio dell’ECDC, cit., 25 ss. Si veda anche il documento *Contact tracing for COVID-19: current evidence, options for scale-up and an assessment of*

Anche il Parlamento europeo, preso atto di una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica e di restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero, ha chiesto un approccio coordinato nella gestione del cd. post-confinamento all'interno dell'Unione. Il Parlamento ha quindi esortato gli Stati membri a elaborare congiuntamente i criteri per abolire le misure di quarantena e le altre misure di emergenza ed ha invitato la Commissione ad avviare un'efficace strategia di uscita che includa test su ampia scala⁴⁸.

In effetti, nella riunione del 26 marzo 2020, i membri del Consiglio europeo avevano già sollecitato la preparazione delle necessarie misure che consentano di tornare al normale funzionamento della società e delle economie europee. In risposta a questo invito, la Commissione ha presentato, insieme al Presidente del Consiglio europeo, una tabella di marcia europea verso la revoca delle misure di contenimento del coronavirus⁴⁹. In questo documento, sono state definite tre tipologie di criteri per valutare se è possibile allentare il confinamento: criteri epidemiologici, valutazione della sussistenza di una sufficiente capacità dei sistemi sanitari e valutazione dell'organizzazione di una adeguata capacità di monitoraggio⁵⁰. Soprattutto, sono stati delineati tre principi che dovranno guidare gli Stati membri nella definizione della cd. fase 2. Innanzitutto, le misure dovrebbero essere basate su prove scientifiche e imperniate sulla tutela della salute pubblica; in secondo luogo, le misure dovrebbero essere coordinate per evitare ripercussioni negative e frizioni politiche; inoltre, la Commissione ha evidenziato che un elemento essenziale per il successo della seconda fase è rappresentato dal rispetto e dalla solidarietà tra gli Stati membri. La Commissione ha quindi traccia-

resources needed, in <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-Contract-tracing-scale-up.pdf>.

Sul punto si rinvia a C. FIORILLO, *La protezione dei dati personali nel diritto UE di fronte all'emergenza*, in questo Volume.

⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), P9_TA-PROV(2020)0054. Si vedano in particolare la lett. e), ed il punto 17.

⁴⁹ Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19, in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/joint_eu_roadmap_lifting_covid19_containment_measures_it.pdf.

⁵⁰ *Ibidem*, 4 ss.

to delle misure di accompagnamento per gestire con successo la revoca graduale delle misure di confinamento⁵¹.

Infine, è opportuno sottolineare che, oltre alla gestione della crisi, l'Unione europea lavora anche – in attuazione della priorità n. 3 – alla promozione della ricerca, per trovare un vaccino. Con questo obiettivo la Commissione ha già mobilitato fondi per 140 milioni di euro, ha selezionato diciassette progetti ed ha creato con alcuni partner la piattaforma Covid-19 Data Portal per agevolare la raccolta e lo scambio dei risultati della ricerca⁵². In sede di Consiglio, i ministri della ricerca dei vari Paesi membri hanno espresso il loro sostegno per il piano d'azione ERAvsCorona presentato dalla Commissione europea.

5. Conclusioni

È evidente che la crisi sanitaria legata al Covid-19 ha provocato e continuerà a provocare un terribile numero di vittime ed una preoccupante crisi economica. In questi giorni, il dibattito politico e l'opinione pubblica sono concentrati sulla valutazione della risposta dell'Unione europea alle conseguenze economiche ed all'aiuto che sarà offerto ai Paesi maggiormente colpiti. Per quanto la risposta a questo problema sia ovviamente di grande rilevanza e rappresenti un importante banco di prova per l'Unione europea, è innegabile che anche il supporto ed il coordinamento della gestione della crisi sanitaria sia fondamentale per superare al meglio ed il più velocemente possibile questa epidemia.

Gli Stati membri hanno dovuto adattare i propri sistemi sanitari per rispondere all'emergenza ed hanno introdotto delle misure di *lock-down* e di distanziamento sociale per evitare la diffusione del virus, sebbene con tempi e modalità parzialmente diversi. La gestione comune delle frontiere esterne ha rappresentato una delle prime decisioni da assumere congiuntamente.

⁵¹ Le misure di accompagnamento sono, in particolare: raccogliere dati e predisporre un sistema di comunicazione affidabile; istituire un quadro per il tracciamento dei contatti e l'allerta mediante l'uso di applicazioni mobili che rispetti la riservatezza dei dati; ampliare le capacità diagnostiche e armonizzare le metodologie di prova; aumentare la capacità e la resilienza dei sistemi sanitari; Continuare ad aumentare la capacità in termini di dispositivi medici e di protezione individuale; lo sviluppo di un vaccino sicuro ed efficace e lo sviluppo di cure e farmaci sicuri ed efficaci.

⁵² In <https://www.covid19dataportal.org/>.

Il sistema di gestione delle gravi minacce alla salute a carattere transfrontaliero, l'attività del Centro per la prevenzione ed il controllo delle malattie ed il meccanismo di protezione civile europeo coadiuvano concretamente gli Stati membri nel controllo della crisi sanitaria. La valutazione dell'evoluzione dell'emergenza sanitaria sull'intero territorio comunitario consente di assumere decisioni più consapevoli, basate anche sulle esperienze acquisite negli altri Paesi. Inoltre, la Commissione europea e il meccanismo di protezione civile stanno fornendo un importante contributo su molteplici fronti, tra cui il reperimento di attrezzature indispensabili, lo sviluppo della ricerca scientifica su cure e vaccini, e l'indirizzamento delle offerte di personale e di materiale medico provenienti dagli Stati membri.

Solo grazie ad una visione a più ampio raggio può essere effettuata una valutazione del rischio ed una programmazione efficiente per uscire dalla crisi sanitaria. A tal proposito, si deve purtroppo rilevare che il coordinamento tra Stati membri non è stato effettivamente messo in atto all'inizio dell'emergenza Covid-19. Tuttavia, un'azione coordinata nell'ambito dell'Unione europea sarà fondamentale nella gestione delle prossime fasi.

Proprio nella programmazione della *de-escalation*, l'adozione di decisioni il più possibile coerenti e contemporanee sarà infatti essenziale per ridurre al minimo il rischio di una nuova propagazione dell'infezione e rilanciare in maniera sicura l'economia attraverso il corretto funzionamento del mercato interno.

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEL DIRITTO UE DI FRONTE ALL'EMERGENZA

CHIARA FIORILLO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le categorie di dati e le misure straordinarie. – 2.1 Il trattamento dei dati personali nel GDPR. – 2.2 Geolocalizzazione e direttiva ePrivacy. – 2.3 La nozione di dati personali e l'identificabilità del soggetto dei dati. – 3. L'iniziativa adottata dalla Commissione. – 4. L'esperienza italiana. – 4.1 L'utilizzo dei droni. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La pandemia scaturita dal COVID-19 ha generato una crisi senza precedenti. Per affrontare tale emergenza globale, i governi prenderanno decisioni che si ripercuoteranno non soltanto sul sistema sanitario ma anche sulla nostra economia, politica e sistema giuridico. Alcuni di questi provvedimenti hanno riguardato metodologie di sorveglianza di massa, più o meno invasive, al fine di monitorare i flussi di mobilità per studiare e prevenire i contagi, oppure per controllare l'osservanza delle misure già poste in essere. Fuori dall'Unione Europea, Stati come Cina ed Israele hanno impiegato sistemi di sorveglianza di massa per poter rallentare la diffusione del virus¹⁻². Proprio l'uso di queste tecnologie preoccupa in quanto vi sono numerosi aspetti potenzialmente lesivi del diritto alla protezione dei dati personali³.

* *Master of Arts* in Politica e Governance europea, Collegio d'Europa (*Bruges campus*).

¹ Nello specifico, le autorità cinesi hanno utilizzato applicazioni per monitorare la popolazione attraverso gli smartphone, sia per tracciare i loro spostamenti sia per notificare chi era entrato in contatto. Inoltre, alcune compagnie stanno impiegando tecnologie adoperate nel riconoscimento facciale per rilevare la temperatura di chi non utilizza le maschere. <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/09/the-new-normal-chinas-excessive-coronavirus-public-monitoring-could-be-here-to-stay>.

² Nel caso di Israele, il primo ministro ha autorizzato l'utilizzo di tecnologie normalmente impiegate nella lotta al terrorismo per poter tenere sotto controllo la popolazione infettata. <https://policyreview.info/articles/news/rule-law-time-coronavirus-outbreak/1450>.

³ Per la differenza tra le nozioni di diritto alla privacy e diritto alla protezione dei dati personali occorre precisare che nella sentenza *Bavarian Lager* la Corte di Giustizia

Nondimeno, il Garante europeo della protezione dei dati, nell'appello alla «Solidarietà Digitale dell'Unione Europea» del 6 aprile 2020 ha sottolineato come il bilanciamento del diritto alla protezione dei dati personali sia un risvolto inevitabile dell'emergenza COVID-19 in quanto il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto, bensì deve essere valutato in relazione alla funzione che ricopre nella società.⁴

Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati⁵ (in prosieguo "GDPR") per la prima volta dalla sua applicazione si confronterà con una situazione straordinaria come quella scaturita dall'emergenza COVID-19. Inoltre, l'imposizione di determinate misure coinvolge anche le disposizioni della direttiva 2002/58/CE (in prosieguo "direttiva ePrivacy")⁶, la quale è oggetto di una proposta legislativa di riforma presentata nel 2017 dalla Commissione⁷.

Questo contributo si propone, pertanto, di illustrare quali sono le questioni concernenti il diritto alla protezione dei dati personali relativamente all'adozione delle misure per il contenimento della diffusione del COVID-19. In particolare, si esamineranno le normative europee applicabili alle dette misure in base al tipo di provvedimento e alla categoria di dati. Si chiarirà, altresì, come tali disposizioni permettano di bilanciare l'esigenza di contenimento dell'epidemia con la protezione dei

ha statuito che il regime europeo di protezione dei dati personali costituisce un sistema di protezione più «specifico e rafforzato» rispetto al diritto alla privacy;

Corte giust., 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione europea c. Bavarian Lager Co. Ltd.*, EU:C:2010:378, punto 60; Sul punto v. J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 222

⁴ W. WOJCIECH, *EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic*, 6 aprile 2020; https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_covid19_en.pdf.

⁵ Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *GUUE* L 119 del 4.5.2016, 1-88.

⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) in *GUUE* L201 del 31.7.2002, 37-47.

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche) del 10 gennaio 2017, COM(2017)10 final, 2017/0003 (COD).

dati personali facendo riferimento a misure specifiche, quali quella suggerita dalla Commissione⁸ e quelle adottate in Italia⁹.

2. Le misure straordinarie e la legislazione di riferimento

È necessario chiarire innanzitutto qual è la legislazione di riferimento in base al tipo di misura presa in considerazione. Invero, tutti i provvedimenti che prevedono il trattamento di dati personali, da parte, ad esempio, di operatori sanitari o datori di lavoro, rientrano nel campo di applicazione del GDPR. Le misure di sorveglianza che comprendano la geolocalizzazione, invece, rientrano nel campo della direttiva ePrivacy.

2.1 Il trattamento dei dati personali nel GDPR

La disciplina europea concernente la protezione dei dati personali si fonda sul presupposto che alcuni tipi di dati necessitano una tutela maggiore in ragione dei grandi rischi per la privacy e per la sicurezza che il loro trattamento potrebbe comportare¹⁰. La protezione dei dati personali ha rilevanza innanzitutto come diritto fondamentale della persona,¹¹ che nel contesto europeo è stato positivizzato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in prosieguo la Carta) e nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (in prosieguo CEDU). Nella Carta il diritto alla vita privata e familiare e la tutela della protezione

⁸ Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020 relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità, in *GUUE* L 114 del 14.4.2020, 7-15.

⁹ Decreto-legge del 9 marzo 2020, n. 14 recante «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19», in *GURI* n.108 del 27.4.2020.

Nota ENAC sull'utilizzo dei droni del, 23 marzo 2020; *infra* nota 36.

Utilizzo delle cellule telefoniche in Lombardia per tracciare i flussi di mobilità; *infra* nota 34.

¹⁰ E. M. KUSKONMAZ, E. GUILD, *Covid-19: A New Struggle over Privacy, Data Protection and Human Rights?*, in *European Law Blog*, 4 Maggio 2020, <https://europeanlawblog.eu/2020/05/04/covid-19-a-new-struggle-over-privacy-data-protection-and-human-rights/>.

¹¹ A. FRANCHINA, *Spunti di riflessione sul delitto di illecito trattamento di dati personali: reato istantaneo o permanente?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3.

dei dati sono disciplinati rispettivamente dagli articoli 7 ed 8, mentre l'articolo 8 della CEDU ricomprende la protezione dei dati nel diritto al rispetto della vita privata e familiare¹². L'articolo 16 del TFUE, oltre a ribadire il diritto alla protezione dei dati personali, prevede la possibilità di legiferare in merito alla tutela del suddetto diritto, in tal modo non destinando la protezione di tale diritto fondamentale al solo controllo negativo della Corte di Giustizia¹³. Le disposizioni dell'articolo 8 della Carta concernenti il principio del trattamento dei dati personali basato sul consenso della persona interessata nonché sul principio di lealtà e per finalità determinate sono codificate nel GDPR, che ha inoltre ha cristallizzato l'*acquis communautaire* concernente la protezione dei dati personali.¹⁴ La protezione dei dati personali, così come definita dell'articolo 8, permette che essa si basi su un sistema di bilanciamenti e di controlli tale che il trattamento possa avvenire anche senza che si manifesti espressamente il consenso del soggetto¹⁵. Tale sistema di contrappesi e di verifiche è previsto anche nel GDPR per il trattamento dei dati in un contesto come quello scaturito dalle misure prese in relazione al COVID-19.

Il Considerando n. 26 del GDPR prevede che la protezione dei dati si applichi «a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile»¹⁶, normalmente riferendosi anche a dati che siano stati pseudonimizzati¹⁷ o cifrati¹⁸ – ad esempio quando l'identità del pa-

¹² S. CRESPI, Diritti fondamentali, *Corte di giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 822.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ F. ROSSI DAL POZZO, *Alcune riflessioni a margine della nuova disciplina in materia di protezione dei dati personali di cui al Regolamento (UE) 2016/679*, in *Eurojus*, 2018, 5-6, <http://rivista.eurojus.it/alcune-riflessioni-a-margine-della-nuova-disciplina-in-materia-di-protezione-dei-dati-personali-di-cui-al-regolamento-ue-2016679ue/>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Considerando n. 26 del Regolamento UE 2016/679, cit.

¹⁷ Articolo 4 par. 5 del Regolamento UE 2016/679 cit.: «“pseudonimizzazione”: il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile»;

Secondo il Considerando n. 28 la pseudonimizzazione è una tecnica che il GDPR suggerisce per ridurre i rischi di identificazione degli interessati. Tuttavia, il Considerando n. 28 statuisce che i dati sottoposti a pseudonimizzazione, attribuibili a una persona fisica con l'utilizzo di ulteriori informazioni, «dovrebbero essere considerati in-

ziente venga sostituita da un codice. Di conseguenza, il GDPR non si applica a informazioni che siano anonime o che siano state rese anonime¹⁹, tali da impedire l'identificazione del soggetto interessato, come nel caso dei dati aggregati, ovvero quei dati che non permettano di identificare individui specifici, ma che riguardino un insieme di informazioni relative per esempio all'età o al sesso.

Nel contesto dell'emergenza del COVID-19, la necessità di prendere in esame la disciplina dei dati personali si riferisce in particolare al trattamento dei dati sanitari da parte delle autorità competenti. Inoltre, il GDPR ricomprende anche il trattamento di dati personali da parte dei datori di lavoro che devono rispettare gli obblighi derivanti dalle norme sulla tutela alla salute sul posto di lavoro o per l'interesse pubblico generale.

Secondo il GDPR, in principio i dati non possono essere trattati se non con il consenso dell'interessato. Pertanto, le problematiche insorgono qualora le misure adottate dagli Stati membri prevedano il trattamento di dati non anonimi senza il consenso dell'interessato. In questo senso, lo stesso GDPR prevede numerose eccezioni, autorizzando a trattare dati personali per la protezione della sanità pubblica²⁰ o degli interessi vitali del soggetto a cui i dati si riferiscono²¹. Il GDPR è quindi in questo senso una disciplina di ampio respiro, che non ostacola misure volte a combattere una pandemia, come quella del coronavirus, attraverso il trattamento dei dati personali.

Osservando, infatti, le disposizioni chiave del GDPR riguardanti il trattamento dei dati personali per esigenze di pubblico interesse nel settore della sanità pubblica sembrerebbe sia lecito l'utilizzo di provvedimenti straordinari dettati dall'esigenza di frenare l'espansione del COVID-19.

Nello specifico, l'articolo 6 GDPR contempla le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali. In particolare, il citato articolo stabi-

formazioni su una persona fisica identificabile» e come tali soggetti alla disciplina del GDPR. Sul punto v. A. BONFANTI, *Big data in polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *MediaLaw*, 2018, 207.

¹⁸ Articolo 32 par. 1 lett. a) del Regolamento UE 2016/679, cit.; essendo anche i dati cifrati riconducibili a soggetti identificabili dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile.

¹⁹ Considerando n. 26 del Regolamento UE 2016/679, cit.

²⁰ Articolo 9 par. 2 lett. i) del Regolamento UE 2016/679, cit.

²¹ *Ibid.*, par. 2.

lisce che il trattamento è lecito qualora sia «necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica»²² ovvero «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento»²³. Con particolare riguardo a quest'ultima ipotesi, il trattamento dei dati personali per esigenze di interesse pubblico, senza il consenso del soggetto dei dati, deve essere proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito. Inoltre, la base giuridica su cui si fonda il trattamento per obiettivi di interesse pubblico dovrebbe prevedere delle disposizioni riguardanti, oltre alle limitazioni della finalità, anche le condizioni di liceità del trattamento, i soggetti ai cui vengano comunicati i dati personali, la tipologia di dati, i periodi di conservazione e le procedure concernenti il trattamento²⁴.

Tale base giuridica comprende quelli che sono i principi applicabili al trattamento dei dati personali, di cui all'articolo 5 GDPR, i quali devono essere contemplati nei provvedimenti adottati per ragioni di pubblico interesse. Nondimeno, gli obblighi di cui all'articolo 5 GDPR possono essere limitati per salvaguardare alcune esigenze tra cui quelle di tutela dei diritti e delle libertà altrui, della sicurezza nazionale e della pubblica sicurezza²⁵. In ogni caso, tale limitazione deve avvenire nel rispetto dell'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali per essere una misura necessaria e proporzionata in una società democratica²⁶. Inoltre, il trattamento dei dati dovrebbe poter essere lecito per esigenze di salute pubblica, in particolare con riguardo non soltanto a motivi di interesse pubblico ma anche agli interessi vitali dell'interessato dal trattamento²⁷. Infine, è fatto espresso riferimento al trattamento per fini umanitari quali il controllo della diffusione ed evoluzione di epidemie²⁸.

Gli Stati membri possono quindi applicare provvedimenti che permettano il trattamento di dati personali senza il consenso dell'interessato per le necessità legate al contenimento della pandemia. Tali dati possono anche appartenere a categorie speciali, come i dati biometrici o sanitari. Con riguardo a questi ultimi, infatti, vi sono delle dero-

²² *Ibid.*, Articolo 6 lett. d).

²³ *Ibid.*, Articolo 6 lett. e).

²⁴ *Ibid.*, Articolo 6 par. 3.

²⁵ *Ibid.*, Articolo 23.

²⁶ *Ibid.*, par. 1.

²⁷ *Ibid.*, Considerando n. 46

²⁸ *Ibid.*

ghe al principio generale di divieto di trattamento di suddette particolari categorie dati personali²⁹. In primo luogo, il consenso dell'interessato per questa particolare categoria di dati, costituisce un'eccezione rispetto al divieto di trattamento. Inoltre, è previsto che il trattamento dei dati possa avvenire senza il consenso del soggetto a cui i dati si riferiscono qualora il «trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero»³⁰.

In particolare, i Considerando nn. 52 e 53³¹ del GDPR prevedono che la raccolta di dati personali possa essere effettuata qualora sia necessaria per la collettività e per le persone fisiche al fine di prevenire e monitorare malattie trasmissibili oppure per altri importanti rischi per la salute³². Infine, il Considerando n. 54 del GDPR ammette che tale trattamento possa avvenire anche senza il consenso dell'interessato per motivi di interesse pubblico nei settori della sanità pubblica³³.

La questione, quindi, non riguarda la possibilità stessa di effettuare tale trattamento, che secondo le disposizioni del GDPR è possibile, ma in che modo ciò debba essere posto in essere³⁴. In particolare, rimane cruciale l'esigenza di bilanciamento rispetto alla compressione dei diritti fondamentali e la necessità di prevedere delle garanzie qualora si decida di procedere in deroga al principio generale di trattamento dei dati personali con il consenso dell'interessato.

Il trattamento dei dati personali, quindi, deve avvenire un periodo limitato alla contingenza dell'emergenza sanitaria. Inoltre, l'accesso ai dati deve essere circoscritto esclusivamente a coloro che siano autorizzati all'utilizzo di queste informazioni per ragioni relative alla gestione della crisi. Da ciò deriva che i dati ottenuti non devono essere trasferiti a soggetti terzi. Inoltre, il periodo di conservazione dei dati dovrebbe essere indicato, con la specificazione che tali dati dovranno essere mantenuti soltanto per la durata dell'emergenza. Infine, nel rispetto del

²⁹ *Ibid.*, Articolo 9.

³⁰ *Ibid.*, Articolo 9 par. 2 lett. i.

³¹ *Ibid.*, Considerando n. 53.

³² *Ibid.*, Considerando n. 52.

³³ *Ibid.*, Considerando n. 54.

³⁴ G. BISCONTI, M. E. COMBA, E. DEL PRATO, L. A. MAZZAROLLI, A. POGGI, G. VALDITARA, F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *Osservatorio Emergenza COVID-19*, Federalismi.it, 2020, p. 4.

principio di trasparenza, le informazioni relative alla raccolta dati, e a qualunque altra misura adottata in questo senso per rispondere alla crisi, devono essere rese disponibili a coloro i cui dati vengono trattati.³⁵

2.2 Geolocalizzazione e direttiva ePrivacy

Per ciò che riguarda, invece, i dati provenienti dalle telecomunicazioni, come i dati di localizzazione, le normative nazionali che recepiscono la direttiva ePrivacy costituiscono le fonti applicabili.

Anche in questo caso, i dati a cui si fa riferimento possono essere trattati dall'operatore soltanto con il consenso del soggetto a cui si riferiscono, oppure nel caso siano anonimi. Nuovamente vengono previste delle eccezioni³⁶ nel caso in cui vi siano delle misure necessarie per la salvaguardia della salute pubblica e a condizione che ciò avvenga in maniera appropriata e proporzionata. Questa disposizione è di particolare importanza per quelle misure che potrebbero essere adottate dagli Stati Membri per geolocalizzare la popolazione, oppure per inviare specifici messaggi su dispositivi in particolari aree interessate. L'articolo 15 della direttiva ePrivacy prevede infatti una deroga ai diritti e agli obblighi previsti dagli articoli 5 e 6 della direttiva ePrivacy, riguardanti la riservatezza delle comunicazioni ed i dati sul traffico. In tal modo è possibile introdurre disposizioni legislative per la salvaguardia della sicurezza pubblica.

Gli Stati membri, quindi, sembrerebbero autorizzati a prevedere misure di geolocalizzazione, dovendo al contempo introdurre adeguate salvaguardie, come servizi di comunicazione elettronica individuali ed il diritto ad un ricorso giurisdizionale. La possibilità dell'utilizzo di queste tecniche è stata oggetto del comunicato del Comitato europeo per la protezione dei dati nel quale si ribadisce come gli Stati membri dovrebbero di preferenza fare affidamento su dati di localizzazione che siano anonimi, e che possano essere utili al fine di realizzare "cartografie" ri-

³⁵ Comitato europeo per la protezione dei dati, *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19, Principi generali relativi al trattamento dei dati personali* del 19 marzo 2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak_en.

³⁶ Articolo 15 della direttiva 2002/58/CE, cit.

guardanti la concentrazione dei dispositivi in un'area geografica delimitata³⁷.

Qualora l'utilizzo dei dati in forma anonima non fosse possibile, la normativa, come ribadito, permette di utilizzare eccezionalmente dati di individui identificabili. In questo senso, le salvaguardie per tutelare il diritto alla privacy dell'individuo dovranno essere garantite dallo Stato membro che deve prevedere la possibilità di rimedi giurisdizionali. Il Comitato, inoltre, considera le misure di *tracking*, ovvero la cronologia degli spostamenti degli individui, come invasive, e pertanto eccezionali in queste circostanze, ma in ogni caso permesse dalla normativa in esame, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità per quanto riguarda la durata, lo scopo e la conservazione della cronologia di localizzazione³⁸.

2.3. La nozione di dati personali e l'identificabilità del soggetto dei dati

Con riguardo alla nozione di dati personali, occorre precisare che l'identificabilità dei soggetti dei dati rimane una questione complessa. A tal proposito, il Garante europeo della protezione dati ha ribadito come l'anonimizzazione «richieda di più della semplice rimozione di identificatori evidenti come numeri di telefono e numeri IMEI»³⁹. Inoltre, è opportuno fare riferimento alla sentenza *Breyer* della Corte di giustizia in merito alle conclusioni sulla qualificazione degli indirizzi IP dinamici⁴⁰. La Corte, in proposito, ha osservato che un indirizzo IP dinamico può essere considerato come dato personale⁴¹ e, come tale, soggetto alla

³⁷ Comitato europeo per la protezione dei dati, cit.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Garante europeo della protezione dati, *Letter to DG CONNECT of the European Commission on monitoring of COVID-19 spread* del 25 marzo 2020, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-03-25_edps_comments_concerning_covid-19_monitoring_of_spread_en.pdf, (traduzione dell'autore).

⁴⁰ Corte giust., 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2016:779.

⁴¹ In questa sentenza si fa riferimento alla nozione di dato personale contenuto nella direttiva 95/46 all'articolo 2 lettera a), ovvero la disciplina vigente prima dell'applicazione del GDPR. Nondimeno è ragionevole pensare che le due nozioni siano sovrapponibili in quanto il GDPR nella definizione di dato personale ha specificato nuovi fattori che riferibili all'identificatore, oltre a chiarire che i dati di persone giuridi-

normativa per il trattamento dei dati personali, se esiste il rischio di identificazione attraverso l'incrocio di altri dati in possesso del fornitore di accesso ad internet⁴². Invero, in detta pronuncia la Corte ha ritenuto che «le informazioni aggiuntive detenute da detto fornitore di accesso a Internet» rappresentano «un mezzo che può essere ragionevolmente utilizzato per identificare la persona interessata»⁴³.

La questione dei dati anonimi è di vitale importanza se si considera che le misure concepite, oltre alle applicazioni in via di sviluppo per controllare la diffusione del COVID-19, si riferiscono a dati anonimizzati o pseudonimizzati. La sentenza della Corte, quindi, ha evidenziato una problematica fondamentale relativa all'effettiva protezione dei dati personali, ovvero che, anche i dati apparentemente anonimi, potrebbero essere considerati dati personali nel caso in cui sia possibile incrociarli con altre informazioni relative al soggetto dei dati stessi. Questo costituisce un ulteriore spunto di riflessione per quanto riguarda la cautela con la quale devono essere poste in essere le misure di trattamento ed analisi dei dati personali seppur considerati anonimi.

3. *L'iniziativa adottata dalla Commissione*

La Commissione ha adottato una raccomandazione l'8 aprile 2020⁴⁴ nella quale sostiene una serie di misure volte a sviluppare una strategia europea per l'utilizzo della tecnologia in risposta all'epidemia. Queste misure concernono un metodo coordinato per l'utilizzo di applicazioni mobili ed un approccio comune per creare dei modelli per la previsione dell'evoluzione del virus attraverso l'analisi di dati di geolocalizzazione che siano aggregati ed anonimizzati⁴⁵.

Il Garante era stato precedentemente consultato dalla Commissione proprio per l'eventuale sviluppo di una strategia europea per l'utilizzazione di strumenti digitali al fine di monitorare la diffusione dell'epidemia⁴⁶. Per il momento, le misure della Commissione non por-

che o morte non possono essere considerati dati personali. Le due definizioni si eguagliano per il resto del contenuto.

⁴² *Ibid.*, punti 48 e 49.

⁴³ *Ibid.*, punto 45.

⁴⁴ Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020, cit.

⁴⁵ *Ibid.* 7.

⁴⁶ Lettera del Garante europeo per la protezione dei dati cit.

rebbero problematiche dal punto di vista della legislazione europea in quanto la raccolta dati annunciata avverrebbe su dati aggregati ed anonimizzati. Oltre alla questione dei dati anonimi affrontata in precedenza, anche l'aggregazione, ovverosia "pacchetti" di dati non riferibili a singoli bensì a gruppi di utenti, può costituire una protezione degli stessi. Il medesimo meccanismo ad esempio viene utilizzato al fine di prevedere quali possano essere gli orari di punta per visitare un determinato esercizio commerciale. Questa misura sarebbe un ulteriore metodo per impedire la facile identificazione della persona a cui si riferiscono i dati di localizzazione.

In ogni caso, il Garante aveva ribadito come le misure suggerite dalla Commissione debbano avvenire nel rispetto del principio di trasparenza e proporzionalità, con una particolare attenzione ai soggetti terzi che verrebbero utilizzati per trattare i dati ottenuti, in quanto anch'essi dovrebbero rispettare la normativa europea concernente il diritto alla protezione dei dati personali.⁴⁷ A questo proposito la Commissione ha fatto riferimento all'utilizzo dei dati esclusivamente per gli scopi della raccomandazione escludendone la condivisione con soggetti terzi⁴⁸.

Un altro elemento fondamentale riguarda la conservazione dei dati. Anche in questo caso la Commissione ha raccomandato che i dati così ottenuti vengano cancellati al più tardi terminata l'emergenza in corso⁴⁹.

Il Garante europeo per la privacy aveva inoltre affermato⁵⁰ che le misure prese in considerazione hanno un carattere assolutamente straordinario e contingente all'emergenza attuale. Con questo si riconosce che, seppur la legislazione europea permetta l'utilizzo di tali provvedimenti per la raccolta e analisi dei dati in un momento di estrema crisi, non bisogna comunque sottovalutare una decisione di questa portata. Invero, si deve tenere in considerazione che vi sarebbe comunque una forma di controllo e sorveglianza, seppur anonimo, sul movimento delle persone, e che tale controllo deve essere percepito come una misura estrema dettata dalla gravità della situazione. Per questo motivo il Garante aveva fatto appello alla Commissione e agli Stati membri affinché tali operazioni fossero portate a termine nella più assoluta trasparenza, informando il pubblico sullo scopo e sulle procedure che verreb-

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020, cit., 11.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Lettera del Garante europeo per la protezione dei dati al Direttore Generale, cit.

bero messe in atto. Si era fatto richiamo anche alla trasparenza nei confronti degli organi di controllo come il Data Protection Officer o lo stesso Garante, per quanto riguarda l'effettiva anonimizzazione dei dati e le procedure eventualmente prese in considerazione, ivi comprese i *data model* utilizzati dalla Commissione⁵¹.

Anche dal punto di vista del principio di trasparenza e d'informazione agli organi di controllo, l'iniziativa della Commissione sembra essere rispettosa dei suggerimenti offerti dal Garante europeo per la protezione dei dati⁵², permettendo che le misure proposte nella raccomandazione possano essere poste in essere nel pieno rispetto della normativa europea sulla protezione dei dati personali.

Come affermato in precedenza, l'iniziativa della Commissione, comprende anche un approccio europeo coordinato per l'utilizzo di applicazioni su dispositivi di telefonia mobile al fine di seguire il tracciamento dell'infezione. Invero, numerosi Stati membri hanno già annunciato l'utilizzo di applicazioni facoltative da installare sugli smartphone per poter tracciare la diffusione del virus. In tal senso, la Commissione, nella sua comunicazione recante «orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di COVID-19 relativamente alla protezione dei dati»⁵³ ha sottolineato come questa tecnologia può risultare particolarmente utile durante la revoca delle misure di contenimento, in quanto sarebbe possibile allertare i cittadini qualora siano venuti in contatto con soggetti a rischio ed in tal modo spezzare la catena dei contagi⁵⁴.

Nella suddetta Comunicazione si intendono fornire delle linee guida agli Stati membri e agli sviluppatori delle applicazioni affinché queste ultime rispettino le norme contenute nel GDPR e nella direttiva ePrivacy⁵⁵. In particolare, occorre sottolineare che nonostante la Comunicazione sia uno strumento non vincolante per gli Stati membri, essa si pone in linea con l'iniziativa della Commissione volta a creare un quadro di riferimento comune per lo sviluppo di una strategia per supportare un'uscita graduale dalle misure di confinamento. Una strategia basata

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020, cit. 8.

⁵³ Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di COVID-19 relativamente alla protezione dei dati*, in GUUE CI 124/1 del 14.4.2020, 1-9.

⁵⁴ *Ibid.* 1

⁵⁵ *Ibid.*

sull'utilizzo transfrontaliero delle informazioni derivanti dalle suddette applicazioni per il *contact tracing* avrebbe più possibilità di successo qualora sia derivante da un approccio uniforme da parte degli Stati membri.

Invero, un approccio non organizzato e su base esclusivamente nazionale comporterebbe l'inefficacia delle misure per combattere la pandemia. Inoltre, una strategia scoordinata avrebbe un impatto altresì negativo sul mercato interno e sui diritti e libertà fondamentali che il GDPR e la direttiva ePrivacy si propongono di tutelare⁵⁶. Pertanto, una strategia europea comune per l'utilizzo dell'applicazione deve consentire che vi sia una "interoperabilità transfrontaliera" che possa essere complementare rispetto alle soluzioni esistenti. L'allentamento delle misure contenitive, infatti, dipenderebbe anche dalla garanzia che in tutti gli Stati membri vi siano delle applicazioni approvate in modo tale da permettere il tracciamento dell'individuo in qualsiasi Stato membro esso si trovi. In questo senso, l'Unione Europea e gli Stati membri possono partecipare alla definizione di «interesse pubblico globale nel contesto della protezione dati»⁵⁷ proprio a seguito dell'impiego delle misure relative al contenimento dell'emergenza COVID-19.

4. L'esperienza italiana

Gli Stati membri hanno fatto uso della tecnologia per contenere il contagio, prevedendo delle misure più o meno stringenti.

Per ciò che concerne l'ambito di applicazione del GDPR, l'Italia, essendo il primo Stato in Europa seriamente colpito dall'emergenza

⁵⁶ eHealth Network, *Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19, Common EU Toolbox for Member States, Version 1.0* del 15.4.2020, https://ec.europa.eu/health/ehealth/key_documents_en#anchor0, «La rete eHealth Network è una rete volontaria, istituita ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2011/24/UE. Fornisce una piattaforma per le autorità competenti degli Stati membri che si occupano di salute. L'azione comune a sostegno della rete eHealth Network (eHAction) fornisce un supporto scientifico e tecnico alla Rete» (traduzione dell'autore).

Inoltre, come previsto dalla Raccomandazione C (2020) 2296 final della Commissione cit., l'eHealth Network rappresenterebbe il forum per rendere operativo il pacchetto di strumenti comuni previsti nella suddetta Raccomandazione.

⁵⁷ C. KUNER, *Data crossing borders: Data Sharing and Protection in Times of Coronavirus*, in *VerfBlog*, 15 Maggio 2020, <https://verfassungsblog.de/data-crossing-borders/>.

COVID-19, ha fin da subito previsto misure di controllo della diffusione del virus. A questo proposito, il decreto-legge del 9 marzo 2020, n. 14 concernente le disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19⁵⁸, all'articolo 14 comma 1 prevede la disciplina per il trattamento dei dati personali durante l'emergenza. Nello specifico, il decreto autorizza i soggetti coinvolti nell'emergenza⁵⁹, per tutta la durata dello stato d'emergenza deliberato il 31 gennaio 2020, al trattamento dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del GDPR, che siano necessari a portare a termine le funzioni attribuitegli nell'ambito dell'emergenza. Tale trattamento deve avvenire «per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica e, in particolare, per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria a carattere transfrontaliero determinata dalla diffusione del Covid-19»⁶⁰.

All'articolo 14 del decreto-legge del 9 marzo 2020 viene quindi fatto espresso richiamo al GDPR, con particolare riferimento alle previsioni degli articoli 9 e 10 GDPR, garantendo che il trattamento debba avvenire «nel rispetto dei principi di cui all'articolo 5 del citato regolamento (UE) 2016/679, adottando misure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati»⁶¹.

Il decreto-legge, quindi, consente agli enti designati di poter trattare e trasferire dati che si inseriscono nel contesto dell'emergenza, sia con riferimento alla semplice disponibilità degli stessi, sia all'effettivo impiego dei dati nel contesto delle attività alle quali si riferiscono. Inoltre, per semplificare le operazioni relative all'emergenza, l'articolo 14 comma 4 del decreto-legge del 9 marzo 2020 prevede che l'individuo a cui i dati si riferiscono può essere informato del trattamento anche oralmente. Nella contingenza dell'emergenza scaturita dal COVID-19 tali eccezioni concernenti le garanzie del GDPR risultano necessarie e ragionevoli rispetto alla gestione della crisi, avendo inoltre previsto un equilibrato bilanciamento dei diritti in esame⁶².

⁵⁸ Decreto-legge del 9 marzo 2020, cit.

⁵⁹ Elencati nel decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 13 convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, in *GURI* n.61 del 09.03.2020.

⁶⁰ Articolo 14 del decreto-legge del 9 marzo 2020, cit.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Sulle misure prese dalle istituzioni ed il rapporto con la rinuncia ai diritti di libertà v. V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 10 marzo 2020.

Quanto ai dati di geolocalizzazione, per il momento sono stati utilizzati sistemi di tracciamento dei dati anonimi. In particolare, in Lombardia sono state analizzate le celle dei telefoni cellulari per tracciare gli spostamenti da casa⁶³. Come ribadito anche dal Garante per la protezione dei dati personali, ciò è corretto se i dati sono concretamente anonimi e non pervengono all'identificazione di individui⁶⁴.

Per ciò che riguarda l'utilizzo di applicazioni su dispositivi mobili, il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 concernente le « (...) misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19»⁶⁵, all'articolo 6 prevede che venga istituita «una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti, che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, una apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile».⁶⁶ Come si evince dal comma 2 del citato decreto-legge verrebbe rispettata la normativa europea e nazionale sul trattamento e la protezione dei dati personali in quanto viene disposto che gli utenti debbano essere informati, al momento dell'attivazione dell'applicazione⁶⁷ relativamente alle finalità e operazioni del trattamento nonché alle tecniche di pseudomizzazione e alle tempistiche della conservazione dei dati.⁶⁸ Inoltre, i dati raccolti verrebbero resi anonimi o pseudonimizzati, escludendo, però la geolocalizzazione degli utilizzatori.

Tale uso dei dispositivi mobili per il tracciamento dei contagi si po-

⁶³ Telecom Italia, Vodafone e WindTre hanno trasmesso alle autorità dati aggregati per monitorare i movimenti delle persone. La Regione Lombardia ha utilizzato questi dati per monitorare la popolazione e verificare l'osservanza del "lockdown"; E. POLLINA, D. BUSVINEB, *European mobile operators share data for coronavirus fight*, in *Reuters* del 18 marzo 2020, <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-europe-telecoms/european-mobile-operators-share-data-for-coronavirus-fight-idUSKBN2152C2>.

⁶⁴ Garante per la protezione dei dati personali, *In uno stato di eccezione è lecito rinunciare a qualche libertà. Ma il nostro modello non potrà mai essere la Cina* – Intervista ad Antonello Soro del 19 marzo 2020, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9294894>.

⁶⁵ Decreto-legge del 30 aprile 2020, n. 28, recante «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19» in *GURI* n°111 del 30 Aprile 2020.

⁶⁶ *Ibid.*, Articolo 6.

⁶⁷ Articoli 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679, cit.

⁶⁸ *Ibid.*, Articolo 6 comma 2.

trebbe quindi inserire all'interno della summenzionata strategia europea per lo sviluppo di un pacchetto di strumenti per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi COVID-19⁶⁹.

4.1 *L'utilizzo dei droni*

Un'altra soluzione promossa ai fini della limitazione della diffusione del virus all'interno del territorio nazionale riguarda la possibilità di adoperare i droni a fini di controllo e monitoraggio. L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), con una nota del 23 marzo 2020⁷⁰ (in prosieguo la Nota ENAC), ha disposto una deroga, valida fino al 3 aprile 2020 e prorogata fino al 28 aprile 2020, ad alcune disposizioni del Regolamento ENAC sui Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto riguardanti l'utilizzo dei droni. Tale deroga è stata prevista «nell'ottica di garantire il contenimento dell'emergenza epidemiologica “coronavirus” al fine di consentire le operazioni di monitoraggio degli spostamenti dei cittadini sul territorio comunale»⁷¹.

La Nota ENAC dispone quindi l'acquisizione di video-immagini e dati di localizzazione. Come ribadito, il GDPR e la direttiva ePrivacy autorizzano l'adozione di misure straordinarie per combattere una tale emergenza, sempre nel rispetto delle garanzie fondamentali. Nel caso della Nota ENAC, per l'utilizzo dei droni sembrerebbero mancare precisazioni circa le modalità di impiego delle immagini e dei dati di geolocalizzazione, compreso il periodo di conservazione dei dati stessi.⁷² Invero, l'utilizzo dei droni⁷³ dotati di telecamere, potrebbe servire, da un lato, per constatare la violazione dei decreti emergenziali, e dall'altro, per individuare i contatti avvenuti tra la popolazione ed identificare i potenziali contagiati. Infine, risulta mancante anche la garanzia giurisdizionale, a cui ha fatto riferimento il Comitato europeo per la protezione

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ENAC-PROT-23/03/2020-0032363-P relativa ai *Provvedimenti governativi emergenziali in vigore fino al 03/04/2020 - Utilizzo droni*, 23 marzo 2020, <https://www.enac.gov.it/news/utilizzo-droni-provvedimenti-governativi-emergenziali>.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² M. FARDO, *Utilizzo dei droni nel contrasto al COVID-19. Il complesso bilanciamento tra salute pubblica e la riservatezza personale* in *Giurisprudenza penale*, 2020, 5.

⁷³ Nello specifico, i Comandi di Polizia locale possono utilizzare droni anche non registrati sul portale D-Flight e senza codice identificativo. Inoltre, si specifica che possono essere condotte operazioni «anche su aree urbane dove vi è scarsa popolazione esposta al rischio di impatto qualora venga mantenuto il contatto visivo con il drone».

dei dati, per ricorrere contro l'utilizzo sproporzionato dei dati acquisiti e per qualsiasi altro tipo di abuso relativo al trattamento delle immagini e dei dati di geolocalizzazione⁷⁴.

5. Conclusioni

L'utilizzo della tecnologia può fare la differenza nella lotta contro la diffusione del COVID-19. Nondimeno, in primo luogo bisogna considerare che il successo sul controllo dell'epidemia può non derivare soltanto dall'impiego di tali mezzi tecnologici. Invero, in Corea del Sud⁷⁵, Hong Kong⁷⁶ o Singapore⁷⁷ un controllo maggiore della diffusione potrebbe non essere dipeso esclusivamente dall'utilizzo della tecnologia, bensì, anche dalla preparazione del sistema sanitario e della rigidità delle misure di polizia⁷⁸.

In secondo luogo, la geolocalizzazione da sola può essere poco accurata, specialmente fuori le aree densamente popolate.⁷⁹ Inoltre, come sottolineato più volte in questo contributo, tali tecnologie nascondono delle inevitabili insidie per la protezione dei dati personali. A questo proposito, l'ambiziosa legislazione europea è determinante in quanto prevede le garanzie necessarie alla protezione dei summenzionati diritti. Nondimeno, il legislatore europeo ha previsto eccezioni a tali forme di protezione qualora altri diritti fondamentali siano a rischio, come nel caso del COVID-19. Dovendosi attenere alla legislazione europea, si può ragionevolmente pensare che l'approccio degli Stati membri debba

⁷⁴ M. FARDO, cit., 5.

⁷⁵ M. ZASTROW, *South Korea is reporting intimate details of COVID-19 cases: has it helped?*, in *Nature*, 18 marzo 2020, <https://www.nature.com/articles/d41586-020-00740-y>.

⁷⁶ Privacy Commissioner for personal data Hong Kong, *The Use of Information on Social Media for Tracking Potential Carriers of COVID-19 in Media Statement*, 26 febbraio 2020, https://www.pcpd.org.hk/english/media/media_statements/press_20200226.html.

⁷⁷ Singapore Government Agency, *Help speed up contact tracing with TraceTogether, A new app uses a community-driven approach to identify close contacts of users*, 21 marzo 2020, <https://www.gov.sg/article/help-speed-up-contact-tracing-with-tracetogogether>.

⁷⁸ A. RENDA *Will privacy be one of the victims of COVID-19?* in CEPS del 23 marzo 2020, <https://www.ceps.eu/will-privacy-be-one-of-the-victims-of-covid-19/>.

⁷⁹ *Ibid.*

essere necessariamente più garantista rispetto a quelli adottati altrove. Pertanto, non sembra possibile l'impiego di tecnologie invasive che comprimano il diritto alla protezione dei dati personali sino a violare le libertà fondamentali. Da questo punto di vista, l'emergenza venutasi a creare successivamente alla diffusione del COVID-19 costituirà un vero banco di prova per il GDPR considerata anche la sua recente applicazione.

In conclusione, ciò che andrebbe evitato in questo momento è una riduzione del livello di protezione dei dati personali nell'Unione Europea a seguito dell'emergenza COVID-19. Attualmente, il diritto alla protezione dati è percepito in maniera meno stringente rispetto al diritto alla salute, il quale nella contingenza dell'epidemia è prioritario. Ciò che bisogna tenere a mente sono le conseguenze a lungo termine di un eventuale detrimento del diritto alla protezione dei dati personali. Per questo motivo, le opinioni espresse in queste settimane dal Garante europeo della privacy e dal Comitato europeo per la protezione dei dati hanno sottolineato i rischi risultanti dal restringimento di tali tutele giuridiche, soffermandosi sulle implicazioni rispetto ai summenzionati diritti, anche qualora i dati trattati siano anonimi. La crisi scaturita dal coronavirus non dovrebbe imporre una scelta tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto alla salute. In questo senso, il sistema attualmente vigente non ostacola la lotta dell'Unione Europea contro il COVID-19. Tuttavia, le deroghe esistenti non sono illimitate. Di conseguenza, gli Stati membri dovranno contemplare l'utilizzo dei mezzi che abbiano la minore incidenza possibile sul diritto alla protezione dei dati.

GLI EFFETTI DELLA PANDEMIA SUL CONTENZIOSO DELL'UNIONE EUROPEA

ADRIANO MAFFEO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'adeguamento delle modalità di lavoro alle esigenze di tutela della salute. – 3. Il differimento delle udienze di discussione orale nel periodo dell'emergenza sanitaria. – 4. La proroga dei termini processuali. – 5. La possibilità di invocare la sussistenza di un caso fortuito o forza maggiore ai sensi dell'art. 45, paragrafo 2, dello Statuto della Corte. – 6. L'incidenza delle misure adottate dalla Corte sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

La necessità di arginare il contagio dal virus Covid-19, con cui la pressoché totalità degli Stati si sta confrontando, ha imposto l'adozione di misure straordinarie tra cui anche la limitazione della libertà di circolazione delle persone.

Tali interventi non potevano non avere ricadute anche sull'attività della Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, anche in ragione delle difficoltà a raggiungere le sedi giudiziarie sia da parte dei propri dipendenti, spesso risiedenti anche in Stati membri confinanti con il Lussemburgo, sia delle parti e dei loro difensori, è stata pertanto, indotta a rivedere le modalità di svolgimento del proprio lavoro e ad adottare misure specifiche per i procedimenti giurisdizionali in corso. Attraverso un apposito spazio sul proprio sito internet¹ e tre comunicati stampa, il primo dell'11 marzo 2020², il secondo del 3 aprile 2020³ ed il terzo del 27 apr-

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli Federico II.

¹ Le informazioni sono reperibili all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_3013071/it/.

² Comunicato stampa n. 28/2020. Il documento, alla data della consultazione effettuata il 20 maggio 2020, non risulta reperibile sul sito della Corte. Esso è tuttavia rinvenibile sul sito dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione europea (AISDUE) al seguente indirizzo <https://www.aisdue.eu/comunicato-stampa-n-28-20-covid-19/>.

³ Comunicato stampa n. 46/2020. Il documento è accessibile all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2958400/it/.

le successivo⁴, l'istituzione ha reso noti i provvedimenti adottati dagli organi giurisdizionali dell'Unione al fine di adeguare lo svolgimento dell'attività durante il periodo di emergenza sanitaria.

Nel presente lavoro, quindi, si procederà ad una disamina delle disposizioni adottate dagli organi giurisdizionali dell'Unione per la gestione della fase emergenziale, valutandone la portata sia per i procedimenti già pendenti sia per quelli non ancora introdotti.

Inoltre, tenuto conto dell'esistenza, in particolare nello Statuto della Corte di giustizia, di disposizioni già preordinate a regolare ipotesi riconducibili al caso fortuito o alla forza maggiore, si provvederà, con l'ausilio della giurisprudenza, a ricostruire le condizioni per la loro applicazione.

2. *L'adeguamento delle modalità di lavoro alle esigenze di tutela della salute*

Le previsioni eccezionali elaborate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea muovono dalla considerazione di dover tenere in conto i provvedimenti disposti dal Granducato del Lussemburgo e dagli Stati limitrofi. Ed in effetti, per quanto le istituzioni dell'Unione godano, nei limiti previsti dai trattati, di autonomia nell'organizzazione della propria attività, nonché dell'inviolabilità della sede alla stregua delle rappresentanze diplomatiche degli Stati⁵, è giocoforza constatare che taluni provvedimenti di carattere generale adottati dai Paesi membri ospitanti siano suscettibili di incidere, seppur indirettamente, sull'attività di tali istituzioni⁶.

⁴ Comunicato stampa n. 51/2020. Il documento è accessibile all'indirizzo <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200051it.pdf>.

⁵ Cfr. quanto previsto dal Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità allegato al TUE e al TFUE. Come evidenziato da F. CROCI, *Commento all'art. 14 dello Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 64 ss., detto protocollo in parte supplisce all'assenza di specifici accordi di sede mai stipulati con lo Stato lussemburghese rendendoli, peraltro, non necessari ovvero, come affermato da F. CARUSO, *Commento all'art. 77 CECA*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'acciaio: commentario*, Milano, 1965, 1134, un «inutile pleonaso».

⁶ È interessante notare che nei trattati le uniche disposizione relative alle sedi delle istituzioni dell'Unione si rinvencono nell'art. 341 TFUE, il quale sancisce che esse sono

Tra queste vanno sicuramente annoverate le legittime misure restrittive della circolazione delle persone fondate sull'esigenza imperativa di tutelare la salute collettiva.

A ciò si aggiunge anche l'esigenza specifica di preservare la salute degli stessi dipendenti dell'istituzione e di evitare improprie diffusioni del contagio all'interno dei locali degli organi giurisdizionali.

Ebbene, tali esigenze hanno indotto la Corte di giustizia a riorganizzare sin dal mese di marzo⁷ la propria attività potenziando le modalità di lavoro a distanza e limitando l'accesso nei locali dell'istituzione ai visitatori nonché ai dipendenti, ad eccezione di coloro chiamati a svolgere funzioni cruciali. In effetti, con specifici messaggi inviati al personale anche attraverso strumenti di comunicazione istantanea quali e-mail e messaggi di testo telefonici, la Corte, a partire dal 16 marzo 2020, ha richiesto di non accedere negli edifici dell'istituzione salvo che per ragioni di assoluta necessità.

Inoltre, tenuto conto della decisione del Governo lussemburghese di sospendere le attività scolastiche ed educative fino al 3 maggio 2020, anche la Corte ha deciso di imporre il regime di lavoro a distanza inizialmente fino a tale data estendendolo, poi, fino al 24 maggio.

L'adozione di un tale provvedimento è stata possibile anche perché la Corte, in modo assolutamente previdente e lungimirante, aveva per tempo avviato le procedure per poter agevolmente implementare l'applicazione di un generalizzato sistema di lavoro a distanza. Già dall'inizio del mese di febbraio, infatti, aveva accelerato le procedure necessarie, da un lato, ad approvvigionare i dipendenti degli strumenti necessari per poter svolgere presso il proprio domicilio il lavoro abitualmente svolto presso i propri uffici e, dall'altro, ad implementare i sistemi di sicurezza necessari per proteggere al meglio i dati ed i documenti confidenziali trattati dai suoi funzionari.

Tali misure hanno consentito all'istituzione di proseguire la propria attività senza subire un significativo rallentamento del lavoro. Basti, in-

determinate di comune intesa dai governi degli Stati membri e nel protocollo n. 6 che, «ricordando e riconfermando la decisione dell'8 aprile 1965», la quale aveva individuato provvisoriamente le sedi delle istituzioni dell'allora Comunità, individua i luoghi di lavoro delle istituzioni.

⁷ Già nel suo primo comunicato n. 28/2020 dell'11 marzo 2020, l'istituzione ha infatti reso noto di aver deciso di riservare l'accesso ai propri locali solo per lo svolgimento delle attività necessarie, come le udienze di discussione, prevedendo per tutte le altre lo svolgimento a distanza.

fatti, pensare che, nel periodo intercorrente tra il 16 marzo 2020 ed il 2 aprile successivo, gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno definito ottantasei cause⁸.

In proposito, giova ricordare che, a norma dell'art. 37 dello Statuto della Corte, le sentenze sono lette in pubblica udienza⁹ e, secondo quanto previsto dai regolamenti di procedura, è a partire dalla lettura che esse dispiegano la loro efficacia¹⁰. Tale lettura è effettuata, solitamente, all'inizio di un'udienza fissata per la trattazione orale di un caso.

In questo particolare periodo di emergenza sanitaria, tuttavia, come meglio si dirà *infra*, le udienze già fissate sono state rinviate sia dalla Corte che dal Tribunale. Pertanto, al fine di garantire la continuità dell'attività giudiziaria, gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno provveduto a tenere delle udienze *ad hoc* in cui, con la partecipazione del Presidente e di un Avvocato generale, per quanto riguarda la Corte, e del solo Presidente, per quanto riguarda il Tribunale, hanno dato lettura delle decisioni e delle conclusioni adottate¹¹. Le stesse sono state oggetto, a distanza, di traduzione, diffusione, pubblicazione e comunicazione secondo gli standard abitualmente applicati.

Allo stesso modo, gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno programmato un'udienza a settimana in cui procedere alla lettura delle decisioni progressivamente rese fino al termine dell'emergenza sanitaria¹².

La particolare contingenza dovuta alla diffusione del coronavirus ha imposto alla Corte di rivedere anche l'organizzazione dell'udienza solenne prevista per l'entrata in servizio dell'Avvocato generale Richard de la Tour, chiamato a sostituire, fino alla scadenza originaria del mandato del suo predecessore¹³, il deceduto Avvocato generale Bot.

⁸ Cfr quanto riportato nel comunicato stampa n. 46/2020, 2.

⁹ La prassi della Corte è di dare lettura del solo dispositivo nella lingua di procedura della causa, qualora nella formazione giudicante vi sia un giudice che conosca tale lingua, ovvero, in assenza, in una lingua differente. Sul punto si rinvia a quanto *amplius* illustrato in da M. WATHELET (avec la collaboration de J. WILDEMEERSCH), *Contentieux européen*, Bruxelles, 2014, 118.

¹⁰ Per un approfondimento sul punto, v. F. SPITALERI, *Commento all'art. 37 dello Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 185 ss..

¹¹ In particolare, nel comunicato stampa n. 46/2020 si legge che il 19 marzo sono state pronunciate sei sentenze e cinque conclusioni; il 26 marzo ventitré sentenze e quattro conclusioni; il 2 aprile ventidue sentenze e nove conclusioni.

¹² Nello specifico, la Corte ha fissato tali udienze il giovedì mentre il Tribunale il mercoledì.

¹³ Secondo quanto previsto dall'art. 7 dello Statuto della Corte, nel caso di decesso

A norma dell'art. 2 dello Statuto, infatti, prima di assumere le proprie funzioni ogni giudice o avvocato generale deve prestare giuramento in una udienza pubblica di esercitare tali funzioni in piena imparzialità ed indipendenza mantenendo la segretezza delle deliberazioni. Nell'impossibilità di organizzare tale udienza e per non ritardare ulteriormente l'entrata nel ruolo dell'Avvocato generale de la Tour, la Corte, per la prima volta nella sua storia, ha organizzato un'udienza in videoconferenza.

3. Il differimento delle udienze di discussione orale nel periodo dell'emergenza sanitaria

Per quanto concerne, invece, le specifiche disposizioni assunte dagli organi giurisdizionali dell'UE con riferimento ai procedimenti giurisdizionali, occorre preliminarmente evidenziare un rilevante cambio di approccio da parte della Corte di giustizia. Se, infatti, dal comunicato stampa dell'11 marzo 2020, è possibile desumere che l'istituzione si fosse inizialmente orientata a mantenere immutata l'organizzazione delle proprie attività giurisdizionali e, in particolare, a garantire lo svolgimento delle udienze di discussione¹⁴, con una successiva comunicazione alle parti del 19 marzo¹⁵ ha disposto il rinvio delle udienze calendarizzate da tutti gli organi giurisdizionali fino al 3 aprile.

Tale provvedimento è stato, successivamente, prorogato fino al 25 maggio successivo, per quanto riguarda la Corte¹⁶, e fino al 15 maggio per quanto riguarda il Tribunale¹⁷.

Un'eccezione è stata prevista per i soli procedimenti presentanti ra-

di un membro della Corte o del Tribunale, il mandato del giudice o avvocato generale nominato in sua sostituzione non avrà durata di sei anni come normalmente previsto ma avrà come scadenza quella del mandato del loro predecessore.

¹⁴ La Corte aveva «deciso che l'utilizzo dei propri locali sarà ormai riservato alle attività che vi si devono necessariamente svolgere, quali le udienze di discussione».

¹⁵ Il testo della comunicazione alle parti del 19 marzo 2020 è reperibile al seguente indirizzo <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/comunicati-stampa5.pdf>.

¹⁶ La Corte aveva in un primo tempo differito le udienze di discussione calendarizzate fino al 3 aprile 2020. Successivamente, questa misura è stata prima prorogata al 30 aprile 2020 e, poi, estesa al 25 maggio.

¹⁷ Il Tribunale aveva in un primo tempo rinviato le cause calendarizzate fino al 3 aprile 2020 e, poi, in considerazione del perdurare dell'emergenza, ha esteso la misura anche ai procedimenti fissati fino al 15 maggio.

gioni di particolare celerità ed indifferibilità. Tra questi vanno sicuramente annoverate sia le procedure pregiudiziali di urgenza che, a norma dell'art. 107 del Regolamento di procedura della Corte, possono essere avviate in cause che sollevino questioni riguardanti lo spazio di libertà sicurezza e giustizia¹⁸, sia i procedimenti pregiudiziali accelerati¹⁹ vale a dire quelle cause che, a prescindere dall'ambito settoriale applicativo delle normative sottoposte allo scrutinio della Corte, richiedano comunque una trattazione più celere onde evitare il rischio di conseguenze irreversibili che potrebbero prodursi nel caso di trattazione ordinaria.

Seppur assoggettate a regole non propriamente coincidenti, per entrambe le tipologie di procedimenti le esigenze di celerità si traducono in un minore formalismo del procedimento nell'ambito del quale assume fondamentale importanza l'udienza di discussione.

L'art. 105 del Regolamento di procedura, infatti, prevede una sostanziale riduzione dei termini per la presentazione di memorie ed osservazioni scritte, eventualmente limitate a specifici aspetti, rimettendo poi all'udienza orale ogni ulteriore approfondimento.

Lo stesso vale anche per la procedura pregiudiziale d'urgenza in cui, peraltro, a norma del combinato disposto degli articoli 23 *bis* dello Statuto e 111 del Regolamento di procedura della Corte, la fase scritta del procedimento può addirittura essere completamente omessa.

Da quanto esposto è evidente che un eventuale differimento

¹⁸ Per un approfondimento si rinvia a L. COUTRON, *Urgence et renvoi préjudiciel*, in *Rev. Aff. eur.*, 2012, 385 ss.; A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de Justice: premier bilan et nouvelles questions*, in L. WEITZEL (sous la direction de), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, Parigi, 2013, 201 ss.; A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 923 ss..

¹⁹ Il procedimento pregiudiziale accelerato è previsto dall'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte e richiede, per la sua attivazione, una specifica richiesta da parte del giudice del rinvio, il quale è chiamato ad illustrare le ragioni per le quali si imponga una trattazione più rapida della causa, ovvero, in casi eccezionali, una decisione in tal senso dell'organo giudicante. Per una disamina si rinvia a I. TACCANI, *Commento all'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 654 ss., nonché C. NAOMÉ, *La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, p. 237 ss.; M. WATHELET, *Accelerated Procedures Before the European Court of Justice*, in K. BRADLEY, N. TRAVERS, A. WHELAN (eds), *Of Courts and Constitutions Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Oxford, 2014, 33 ss..

dell'udienza di trattazione orale in queste particolari cause avrebbe avuto un'incidenza negativa e, potenzialmente, pregiudizievole per le esigenze sottese al loro assoggettamento alle dette procedure.

Discorso per certi aspetti analogo può essere effettuato anche con riferimento ai ricorsi diretti assoggettati ad un procedimento accelerato ai sensi dell'art. 133 del Regolamento di procedura della Corte e 151 del Regolamento di procedura del Tribunale. Per quanto, infatti, nella prassi degli organi giurisdizionali dell'Unione, l'accoglimento di istanze di trattamento accelerato e prioritario di ricorsi diretti si verifichi in casi particolarmente rari²⁰, l'udienza di discussione costituisce una fase essenziale del procedimento al punto che, a differenza di quanto accade con riferimento agli ordinari procedimenti, essa è disposta direttamente dall'organo giurisdizionale senza la necessità di una specifica richiesta motivata delle parti a cui, solo nei procedimenti davanti al Tribunale, è tuttavia consentito rinunciare, sempre che il collegio si ritenga sufficientemente edotto.

Infine, le ragioni di particolare urgenza che normalmente caratterizzano i procedimenti sommari, aventi ad oggetto in particolare l'adozione di provvedimenti cautelari o sospensivi di atti e provvedimenti oggetto di sindacato giurisdizionale, hanno indotto gli organi giurisdizionali dell'Unione ad escludere dalle cause oggetto di differimento anche tali procedimenti.

4. La proroga dei termini processuali

Tra le ulteriori misure adottate dagli organi giurisdizionali dell'UE si registra altresì un intervento sui termini processuali già impartiti, anche se con un differente approccio tra i diversi organi giurisdizionali.

²⁰ I. TACCANI, *Commento all'art. 133 del Regolamento di procedura della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 746 evidenzia come l'esigenza di trattamento accelerato sia stata riconosciuta dalla Corte di giustizia in soli due cause aventi ad oggetto ricorsi diretti, ed in altrettante ipotesi in materia di impugnazione di sentenze del Tribunale. Analogamente, M. ORZAN, *Commento all'art. 151 del regolamento di procedura del Tribunale*, I. TACCANI, *Commento all'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 1309, evidenzia come in circa quindici anni di attività il Tribunale abbia accolto solo il diciannove per cento delle richieste di trattazione accelerata dei procedimenti.

Mentre, infatti, la Corte di giustizia, con l'intervento del 19 marzo 2020, ha previsto per i procedimenti in corso una proroga generalizzata di un mese dei termini processuali, misura, poi, confermata e reiterata anche negli interventi successivi²¹, di guisa da prevederne la scadenza «al termine del giorno che, nel mese successivo, porta lo stesso numero del giorno in cui il termine sarebbe dovuto scadere ovvero, se tale giorno nel mese successivo [dovesse] manca[re], al termine dell'ultimo giorno di tale mese», il Tribunale si è limitato ad intervenire solo sui termini non ancora fissati.

Da quanto pubblicato nell'apposita sezione del sito internet²², infatti, si apprende esclusivamente che «al fine di tenere conto delle difficoltà legittime in cui versano attualmente le parti, i termini processuali che saranno fissati dalla cancelleria saranno adeguati al contesto di crisi sanitaria senza precedenti attualmente dilagante».

Conseguentemente, fatta salva la possibilità di invocare l'esistenza della forza maggiore ai sensi dell'art. 45 dello Statuto, su cui si dirà meglio *infra*, è fatto comunque obbligo alle parti di rispettare, pena la decadenza, i termini impartiti per il compimento di attività processuali.

Inoltre, contrariamente a quanto disposto dalla Corte di Strasburgo, la quale ha previsto per le parti una generale sospensione dell'attività giurisdizionale, ivi incluso il decorso del termine semestrale di decadenza previsto dall'art. 35 CEDU per l'introduzione dei ricorsi individuali,²³ entrambi gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno precisato che

²¹ Giova in realtà evidenziare che all'iniziale proroga di un mese, adottata con disposizione del 19 marzo 2020, hanno fatto seguito successive analoghe previsioni del 31 marzo 2020 e del 30 aprile 2020. Conseguentemente, per quanto il comunicato della Corte non si caratterizzi per una particolare chiarezza nel coordinarsi con la precedente disposizione, è ragionevole ritenere che la disposizione trovi applicazione anche ai termini già differiti in virtù della proroga iniziale.

²² La sezione del sito internet della Corte di giustizia dedicata ai provvedimenti adottati per far fronte all'emergenza da Covid 19 è accessibile all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_97552/it/.

²³ Con un comunicato stampa del 16 marzo 2020, *Press Release, Registrar of the Court, ECHR 094 (2020)*, la Corte di Strasburgo ha reso noto il mantenimento in linea di principio delle "attività essenziali" e, in particolare dell'esame dei casi prioritari e delle richieste di misure cautelari ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte prevedendo, tuttavia, in via eccezionale, la sospensione per un mese a decorrere dal 16 marzo 2020 del termine per l'introduzione dei ricorsi individuali stabilito dall'art. 35 par. 1 della CEDU, oltre alla sospensione per il medesimo periodo di tutti i termini assegnati nei procedimenti pendenti. Per una disamina delle misure adottate dalla Corte EDU si rinvia a A. SACCUCCI, *La sospensione dei termini processuali da parte della Corte europea*

«i termini di ricorso e d'impugnazione continuano a decorrere e le parti sono tenute a rispettarli»²⁴.

D'altronde, alla luce delle disposizioni che regolano il contenzioso dell'Unione, una sospensione generalizzata dei termini per l'introduzione dei ricorsi non avrebbe trovato alcun valido fondamento giuridico.

Ed in effetti, nel contenzioso UE i termini processuali possono essere distinti in termini per la proposizione di una domanda e termini di procedura in senso stretto, vale a dire preordinati a scandire lo svolgimento di singole fasi endoprocessuali²⁵.

Quest'ultimi soltanto, salvo alcune eccezioni di cui si dirà *infra*, sono suscettibili di essere prorogati mentre i primi, essendo chiaramente preordinati a garantire la certezza del diritto²⁶, sono considerati norme di ordine pubblico, con la conseguenza che sono inderogabili²⁷ e che la loro eventuale violazione potrà essere accertata d'ufficio dall'organo giudicante²⁸.

per l'emergenza Covid-19, in *SIDI-blog*, 27 marzo 2020, accessibile all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/2020/03/27/la-sospensione-dei-termini-processuali-da-parte-della-corte-europea-per-lemergenza-covid-19/>. Successivamente, con un comunicato stampa del 9 aprile 2020, *Press Release, Registrar of the Court, ECHR 108 (2020)*, la Corte di Strasburgo ha comunicato di estendere le disposizioni già assunte per ulteriori due mesi all'uopo precisando che il termine di cui all'art. 35 della CEDU deve intendersi sospeso fino al 15 giugno 2020 incluso. Per una disamina delle ulteriori misure adottate dalla Corte EDU si rinvia a A. SACCUCCI, *Post scriptum sulla sospensione dei termini processuali da parte della Corte europea per l'emergenza Covid-19*, in *SIDI-blog*, 20 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/2020/04/20/post-scriptum-sulla-sospensione-dei-termini-processuali-da-parte-della-corte-europea-per-lemergenza-covid-19/>.

²⁴ Cfr. quanto precisato nella sezione del sito internet dell'istituzione UE dedicata alle informazioni in merito all'emergenza da Covid-19 reperibile all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_97552/it/.

²⁵ Cfr. sul punto M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il Contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 346.

²⁶ Corte giust., 12 luglio 1984, causa 227/83, *Moussis c. Commissione*, ECLI:EU:C:1984:276; 7 maggio 1986, causa 191/84, *Barcella c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:197.

²⁷ Corte giust., 12 luglio 1984, causa 209/83, *Ferriera Valsabbia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1984:274; Trib. ordinanza 14 maggio 1996, causa T-194/95, *Area Cova e a. c. Consiglio*, ECLI:EU:T:1999:141.

²⁸ Corte giust., 5 giugno 1980, causa 108/79, *Belfiore c. Commissione*, ECLI:EU:C:1980:146, p.to 3; 12 luglio 1984, causa C-209/83, *Ferreira Valsabbia c. Commissione*, cit.; 23 gennaio 1997, causa C-246/95, *Coen c. Belgio*, ECLI:EU:C:1997:33; Trib. 18 settembre 1997, cause riunite T-121/96 et T-151/96, *Mutual Aid Administration Services c. Commission*, ECLI:EU:T:1997:132, pt. 38 e 39; 28

La giurisprudenza della Corte di giustizia, peraltro, ha precisato che la disciplina dei termini di impugnazione è interamente regolata dalla normativa dell'Unione e prescinde da eventuali normative e prassi di diritto interno²⁹ come potrebbe essere, nel nostro ordinamento, la normativa in tema di ferie processuali³⁰.

Come anticipato, invece, ai sensi degli art. 52 del Regolamento di procedura della Corte e 61 di quello del Tribunale, i termini processuali in senso stretto possono essere prorogati, quando sono fissati dalla giurisdizione, come accade, ad esempio, per il deposito della replica e della controreplica nei ricorsi diretti³¹ e nelle impugnazioni³²; ovvero laddove una possibilità di proroga sia contemplata espressamente dai regolamenti di procedura, come nel caso del termine per il deposito del controricorso³³.

Tuttavia, al di fuori di queste ipotesi, e dunque qualora le disposizioni processuali non contemplino una possibilità di deroga e si tratti di termini definiti direttamente dai regolamenti di procedura e non dagli organi giurisdizionali, pur rientrando nella categoria dei termini "in senso stretto", essi non saranno suscettibili di deroghe e le eventuali violazioni potranno anch'esse essere rilevate d'ufficio.

Ciononostante, lo Statuto della Corte, all'art. 45, par. 2, prevede una norma di carattere generale, valevole per tutti i termini senza distinzione alcuna, secondo cui nessuna decadenza può derivare dallo spirare dei termini qualora l'interessato provi l'esistenza di un caso fortuito o di forza maggiore.

gennaio 2004, cause riunite T-142/01 e T-283/01, *OPTUC*, ECLI:EU:T:2004:25, p.to 30; 18 giugno 2013, causa T-404/08, *Fluorsid e Minmet c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:321.

²⁹ Corte giust., ord. 21 novembre 1990, causa C-12/90, *Infortec c. Commissione*, ECLI:EU:C:1990:415.

³⁰ Corte giust., 12 luglio 1984, causa C-209/83, *Ferreira Valsabbia c. Commissione*, cit. Sul punto si rinvia anche a quanto illustrato da P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 2005, 158.

³¹ Cfr. quanto previsto dall'art. 126 Reg. proc. Corte; 83 Reg. proc. Trib.

³² Cfr. quanto previsto dall'art. 175 Reg. proc. Corte.

³³ Cfr. quanto previsto dall'art. 124, par. 3, Reg. proc. Corte e 81 Reg. Proc. Trib. i quali prevedono che "in via eccezionale" su richiesta "debitamente motivata" il termine di due mesi per la presentazione del controricorso possa essere prorogato dal Presidente.

La disposizione mira evidentemente a salvaguardare la posizione della parte che incolpevolmente si sia trovata nell'impossibilità di rispettare un termine processuale.

Ebbene, nella misura in cui per alcune parti l'emergenza sanitaria da Covid-19 potrebbe aver determinato l'insorgenza di tale circostanza, sia la Corte che il Tribunale si sono premuniti di ricordare che, per quanto i termini di ricorso e d'impugnazione non siano stati interessati da alcuna sospensione, è fatta salva l'eventuale applicazione dell'articolo 45, secondo comma, dello Statuto.

5. La possibilità di invocare la sussistenza di un caso fortuito o forza maggiore ai sensi dell'art. 45, paragrafo 2, dello Statuto della Corte

In ragione dell'eventuale ricorso all'art. 45, par. 2, dello Statuto, appare utile analizzare le condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per la sua applicazione.

Sul punto, giova preliminarmente evidenziare come l'approccio dei giudici dell'Unione sia sempre stato alquanto restrittivo e limitato a sporadiche ipotesi in cui sia stata dimostrata una effettiva impossibilità di rispettare i termini, soprattutto quelli relativi all'introduzione dei ricorsi, essendo preordinati a garantire l'esigenza della certezza del diritto e la necessità di evitare ogni discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia³⁴.

Al fine dell'applicazione della disposizione in esame, che può essere invocata da qualsiasi parte processuale, e dunque, oltre che da persone fisiche e giuridiche anche da Stati e istituzioni³⁵, i giudici dell'Unione esigono la sussistenza di due elementi complementari, uno di natura soggettiva ed uno oggettivo. Pertanto, oltre all'esistenza di circostanze imprevedibili e anormali, è necessario che l'interessato abbia diligente-

³⁴ In tal senso v. Corte giust., ord. 9 settembre 2010, causa C-290/10 P, *Franssons Verkstäder c. UAMI*, ECLI:EU:C:2010:511, p.to 13; 16 novembre 2010, causa C-73/10, *Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert c. Commissione*, ECLI:EU:C:2010:684, p.to 41; Trib., ord. 1° aprile 2011, causa T-468/10, *Doherty c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:133, p.to 18.

³⁵ È stato, tuttavia, escluso che un'istituzione possa prevalersi della deroga di cui all'art. 45 par. 2 dello Statuto qualora il mancato rispetto dei termini sia imputabile a ritardi del proprio apparato burocratico-amministrativo. In tal senso Trib, ordinanza 14 maggio 1996, causa T-194/95, *Area Cova e a. c. Consiglio*, cit., p.to 5.

mente adottato tutte le misure appropriate, pur senza incorrere in sacrifici eccessivi, per evitare le conseguenze dell'evento anormale³⁶.

Per quanto concerne il requisito dell'imprevedibilità della fattispecie, esso va inteso come riferito a «circostanze estranee all'operatore interessato, anormali ed imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate nonostante tutta la diligenza impiegata»³⁷ mentre quello dell'anormalità è da intendersi come riferito ad un evento che, secondo la normale prudenza e diligenza, avrebbe potuto essere considerato come improbabile³⁸.

Per quanto concerne, invece, l'elemento della diligenza richiesta a chi intenda avvalersi della deroga di cui all'art. 45, par. 2 dello Statuto, posto che presupposto non è una impossibilità assoluta ma una impossibilità relativa, prodottasi cioè nonostante l'assunzione di tutte le precauzioni del caso, la giurisprudenza richiede l'adozione di un comportamento sufficientemente attento della parte che è chiamata a vigilare su tutti gli aspetti della procedura³⁹.

Così, ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno escluso l'applicabilità della norma nel caso in cui l'errore sia dipeso da una terza persona incaricata dall'avvocato della parte di preparare l'invio postale del ricorso alla cancelleria della Corte⁴⁰, essendo onere dell'avvocato a sovrintendere a tutte le fasi di preparazione per il deposito. Analogamente, è stata esclusa la possibilità di invocare la deroga di cui all'art. 45, par. 2 dello Statuto laddove il mancato rispetto del termine sia imputabile ad una asserita impossibilità a rinvenire in tempo utile un legale sufficientemente qualificato in diritto dell'Unione cui attribuire la difesa in giudizio essendo la notifica dell'atto da impugnare pervenuta in corrispon-

³⁶ Trib., ord. 1° aprile 2011, causa T-468/10, *Doherty c. Commissione*, cit., p.to 19; Trib. Funzione Pubb., ord. 4 febbraio 2011, causa F-34/10, *Arango Jaramillo e a. c. BEL*, ECLI:EU:F:2011:7, p.to 24.

³⁷ In tal senso, Corte giust., 17 luglio 1997, causa C-97/95, *Pascoal & Filol c. Fazenda Publica*, ECLI:EU:C:1997:370, p.to 59. In dottrina, v. M. MEROLA, L. ARMATI, *Commento all'art. 45 dello Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 218.

fuhr- und Vorratsstelle für Fette, ECLI:EU:C:1968:41.

³⁹ Corte giust., 15 dicembre 1994, causa C-195/91 P, *Bayer c. Commissione*, ECLI:EU:C:1994:412, p.to 32.

⁴⁰ Corte giust., 22 settembre 2011, causa C-426/10 P, *Bell & Ross c. UAMI*, ECLI:EU:C:2011:612, p.ti 48, 50, Trib., ord. 12 dicembre 2011, causa T-365/11 P, *AO c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:727, p.to 44.

denza dell'inizio del periodo in cui, nello Stato del ricorrente, trovano applicazione le ferie giudiziarie. In tal caso, infatti, secondo la Corte una persona diligente ed accorta sarebbe obiettivamente in grado di evitare la scadenza di un termine di ricorso⁴¹.

Inoltre, la diligenza richiesta alla parte implica l'obbligo dell'interessato di tenere un comportamento attivo continuo ed orientato all'identificazione e valutazione dei rischi potenziali adottando misure adeguate a prevenirli⁴².

Tale situazione non è stata ritenuta sussistente laddove il mancato rispetto del termine sia stato ricondotto a problemi nella trasmissione di una serie di ricorsi a mezzo fax solo pochi minuti prima della scadenza del termine⁴³ ovvero nel caso in cui sia stato ascritto a ritardi da parte del corriere incaricato della consegna solo in prossimità del termine di scadenza, nonostante la trasmissione a mezzo fax fosse avvenuta diversi giorni prima⁴⁴.

Sul piano pratico, l'evento riconducibile al caso fortuito o alla forza maggiore ha l'effetto di sospendere il decorso del termine per la sola parte che intende avvalersene per tutta la durata in cui permane l'impossibilità di adempiere e fin quando non emerga un eventuale ulteriore rimedio. Così, ad esempio, pur avendo ritenuto un evento anormale ed imprevedibile un attentato che aveva determinato la distruzione di uno schedario dei veicoli immatricolati necessario per la rendicontazione da parte del Ministero competente dei dati statistici sui trasporti di merci ai sensi della direttiva 78/546, la Corte ha escluso la possibilità per lo Stato membro di basarsi su tale evento per giustificare, a distanza di circa quattro anni e mezzo dal suo verificarsi, il persistente inadem-

⁴¹ Corte giust., 12 luglio 1984, causa 209/83, *Ferriera Valsabbia c. Commissione*, cit., p.to 21-22.

⁴² Corte giust., ord. 4 maggio 2016, causa C-603/15 P, *Monster Energy Company*, ECLI:EU:C:2016:332, p.to 35. In senso analogo, Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-314/06, *Société Pipeline Méditerranée et Rhône*, ECLI:EU:C:2007:817, p.ti 23, 24, 37.

⁴³ Trib., ord., 1° aprile 2011, causa T-469/10, *Conneely c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:134.

⁴⁴ Corte giust., ord. 18 gennaio 2005, causa C-325/03 P, *Zuazaga Meabe c. UAMI*, ECLI:EU:C:2005:28. Al contrario è stata ritenuta applicabile la deroga di cui all'art. 45, par. 2 dello Statuto in un caso in cui la trasmissione a mezzo raccomandata era stata disposta contestualmente all'invio a mezzo fax ed il ritardo nella consegna era risultato dipendere da una anomala inefficienza del servizio postale lussemburghese. Sul punto v. Trib., 16 marzo 2006, causa T-322/03, *Telefon & Buch c. UAMI*, ECLI:EU:T:2006:87.

pimento dei suoi obblighi e di invocare l'impossibilità di constatare la violazione del diritto UE nell'ambito di una procedura per infrazione⁴⁵.

Ad ogni modo, dal momento che la previsione dell'art. 45, par. 2 dello Statuto costituisce un'eccezione alla regola di ordine pubblico, l'esistenza degli elementi necessari a dimostrare non solo il caso fortuito o forza maggiore ma anche la specifica incidenza sulla condizione della parte e la perduranza dell'impossibilità ad adempiere deve essere dimostrata dal soggetto che intende avvalersene⁴⁶ mentre è rimesso al giudice il potere di valutare la fondatezza di quanto addotto⁴⁷.

Pertanto, ad esempio, la Corte ha escluso che la mera invocazione dell'esistenza di un conflitto armato nel proprio Paese di residenza senza l'indicazione di ulteriori elementi sufficienti a mettere il giudice nella condizione di verificarne l'incidenza sulla effettiva possibilità per il ricorrente di presentare un ricorso potesse giustificare il mancato rispetto del termine di cui all'art. 263 TFUE per l'impugnazione di una misura restrittiva⁴⁸.

6. *L'incidenza delle misure adottate dalla Corte sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*

Un ulteriore aspetto meritevole di attenzione attiene alla valutazione delle possibili ricadute delle misure emergenziali adottate dagli organi giurisdizionali UE sul rispetto del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.

Per quanto infatti, come peraltro rilevato dalla medesima Corte nella sua giurisprudenza⁴⁹, il diritto in esame non possa qualificarsi come diritto assoluto e sia, conseguentemente, suscettibile di subire delle le-

⁴⁵ Corte giust., 11 luglio 1985, causa C-101/84, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1985:330, p.to 16.

⁴⁶ Trib., ord. 12 dicembre 2011, causa T-365/11 P, *AO c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:727, p.to 31-33.

⁴⁷ Trib., 14 maggio 2014, causa T-406/09, *Donau Chemie c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:254, p.to 212.

⁴⁸ Corte giust., 23 aprile 2013, cause da C-478/11 P a C/482/11 P, *Gbagbo e a.*, ECLI:EU:C:2013:258, p.ti 72-74.

⁴⁹ Corte giust., 18 marzo 2010, cause riunite C-317-320/08, *Allassini e a.*, ECLI:EU:C:2010:146; Corte giust., 27 febbraio 2014, C-470/12, *Pobotovost'*, ECLI:EU:C:2014:101; 6 ottobre 2015, causa C-61/14, *Orizzonte Salute*, ECLI:EU:C:2015:655.

gittime restrizioni, ogni compressione, oltre ad essere preordinata a salvaguardare una valida esigenza imperativa, deve pur sempre essere rispettosa del test di proporzionalità.

Ebbene, per quanto concerne l'individuazione dell'interesse da tutelare è evidente che a monte delle recenti misure riorganizzative del contenzioso UE si rinvenga la più che legittima necessità di salvaguardare il diritto alla salute sia dei dipendenti dell'istituzione che delle parti processuali e dei loro difensori.

Con riferimento, invece, agli effetti delle misure e alla loro proporzionalità occorre procedere ad una valutazione che tenga conto delle diverse componenti del diritto alla tutela giurisdizionale.

Nello specifico, certamente non destano particolari problemi di compatibilità provvedimenti quali i differimenti delle udienze di discussione delle cause o la proroga dei termini processuali. Per quanto, infatti, tali provvedimenti siano suscettibili di determinare un aggravio dei tempi di definizione delle singole procedure interessate dai rinvii, non potrà certo imputarsi agli organi giurisdizionali una "colpevole inattività" idonea a rendere di per sé *déraisonnable* la durata processuale⁵⁰.

Anzi, verosimilmente, un'incidenza negativa sul diritto alla tutela giurisdizionale e, in particolare, sul diritto di difesa delle parti, si sarebbe potuta verificare nel caso di mancata adozione dei provvedimenti di differimento delle udienze e di proroga dei termini processuali. Come, infatti, evidenziato anche da alcuni studiosi⁵¹ pochi giorni dopo il comunicato stampa della Corte dell'11 marzo 2020, il diritto di difesa delle parti, per quanto formalmente garantito dalla prosecuzione dell'attività degli organi giurisdizionali, avrebbe potuto subire un sostanziale pregiudizio a causa delle oggettive difficoltà per gli avvocati nell'incontrare i clienti e nel reperire documenti utili ad approntare una idonea difesa.

Analogamente non contrastante con il diritto di difesa e la tutela giurisdizionale effettiva può considerarsi la scelta della Corte di sostituire, in alcuni casi, l'udienza calendarizzata nel periodo dell'emergenza

⁵⁰ Per un approfondimento del tema della durata ragionevole dei processi nel contenzioso UE sia consentito il rinvio a A. MAFFEO, *Il délai raisonnable nel contenzioso dell'UE*, Napoli, 2016.

⁵¹ Cfr. il documento redatto dal comitato direttivo della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI) del 17 marzo 2020 reperibile al seguente indirizzo <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2020/03/Comunicazione-del-Consiglio-direttivo-17.03.2020.pdf>

sanitaria con dei quesiti scritti alle parti costituite⁵². Quest'ultime, in tal modo, avranno comunque la possibilità di precisare ai giudici del collegio giudicante alcuni aspetti che, all'esito della fase scritta del procedimento, risultino ancora meritevoli di chiarimenti. D'altronde, nel contenzioso UE le parti, nei procedimenti dinanzi alla Corte, non dispongono di un "diritto" all'udienza essendo la fissazione di quest'ultima subordinata alla proposizione di una specifica istanza motivata e, comunque, rimessa alla valutazione del collegio che può decidere di statuire in sua assenza⁵³.

Ciò detto, qualche perplessità sussiste, invece, circa la piena rispondenza della misura alle garanzie sottese all'art. 76, par. 3, del Regolamento di procedura della Corte. Tale disposizione, infatti, codifica una limitazione della discrezionalità dell'organo giurisdizionale di statuire senza udienza laddove la richiesta di fissazione sia effettuata da uno dei soggetti abilitati, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto, a presentare osservazioni e memorie nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali. Conseguentemente, qualora la sostituzione dell'udienza con la sottoposizione di quesiti scritti dovesse essere effettuata in procedimenti *ex art.* 267 TFUE in cui l'udienza sia stata richiesta da una parte che non abbia partecipato alla fase scritta potrebbe ritenersi sussistente una non giustificabile compressione del diritto di difesa⁵⁴.

Infine, un ulteriore aspetto meritevole di analisi attiene al rispetto, con riferimento ai procedimenti che nel periodo emergenziale non siano

⁵² Cfr., in proposito, le indicazioni alle parti fornite il 5 maggio 2020 consultabili all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_97552/it/.

⁵³ Ai sensi dell'art. 76, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte l'istanza deve intervenire entro tre settimane dalla notifica alle parti e agli interessati ai sensi dell'art. 23 St. della chiusura della fase scritta. La Corte, secondo quanto previsto dal medesimo art. 76, al par. 2, può decidere di statuire senza udienza. Diversamente, invece, nei procedimenti dinanzi al Tribunale, stante il tenore dell'art. 106 del regolamento di procedura dell'organo giurisdizionale, sembra potersi affermare che, ove richiesta dalle parti, l'udienza debba essere fissata. In tal senso, peraltro, si orienta la prassi dell'organo. Per un approfondimento v. R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento all'art. 23 dello Statuto*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 129.

⁵⁴ Occorre comunque rilevare che la Corte ha previsto la sostituzione dell'udienza con i quesiti scritti non per tutte le cause calendarizzate nel periodo emergenziale bensì solo "per alcune di queste". Pertanto, non è da escludere che l'individuazione delle cause in cui procedere alla sostituzione dell'udienza con i quesiti scritti tenga conto di quanto previsto dall'art. 76, par. 3, del Regolamento di procedura.

stati differiti, di una ulteriore componente del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, vale a dire la celebrazione di udienze pubbliche.

Tenuto conto, infatti, delle restrizioni alla circolazione delle persone, da un lato, e delle limitazioni adottate dagli organi giurisdizionali dell'UE nell'accesso ai propri locali, dall'altro, è di fatto soppressa la pubblicità delle udienze.

Ebbene, atteso che la celebrazione di udienze a porte chiuse è consentita dall'art. 31 dello Statuto solo eccezionalmente ed in presenza di un «motivo grave», quale ad esempio la necessità di salvaguardare la sicurezza degli Stati o la tutela dei minori⁵⁵, nonché per salvaguardare i segreti commerciali delle imprese interessate⁵⁶, potrebbe ravvisarsi una indebita compressione del diritto codificato all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

L'udienza pubblica, infatti, contribuendo a conferire trasparenza all'amministrazione della giustizia costituisce una componente essenziale dell'equo processo⁵⁷. Pertanto, sarebbe stato auspicabile garantire la pubblicità attraverso la messa a disposizione di registrazioni video delle stesse, così come ad esempio da tempo garantito da alcune giurisdizioni supreme come la nostra Corte costituzionale.

7. Conclusioni

Provando a questo punto a tirare le fila del discorso, è possibile senz'altro ritenere pienamente condivisibile la scelta degli organi giurisdizionali dell'Unione di proseguire la propria attività valorizzando il lavoro a distanza e, anche nell'ottica della salvaguardia della salute del proprio personale, la temporanea limitazione degli accessi nei locali dell'istituzione.

Parimenti condivisibile è altresì la scelta di differimento delle udien-

⁵⁵ In tal senso si esprime l'art. 79 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia.

⁵⁶ Cfr. sul punto Trib. 22 ottobre 2002, causa T-77/02, *Schneider Electric c Commissione*, ECLI:EU:T:2002:255; 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:547; 20 maggio 2015, causa T-456/10, *Timab Industries e CFPR c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:296.

⁵⁷ In tal senso si è espressa anche la Corte EDU, 29 settembre 1999, ric. 29718/96, *Serre c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1999:0929JUD002971896; 20 maggio 1998, causa 21257/93, *Gautrin e a. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1998:0520JUD002125793.

ze di discussione orale delle cause già fissate nell'attuale periodo di emergenza sanitaria, atteso che, peraltro, sarebbe stato notevolmente difficile per le parti ed i loro rappresentanti spostarsi all'interno dell'Unione per raggiungere le sedi giurisdizionali in Lussemburgo.

Probabilmente sarebbe stato auspicabile un maggiore coordinamento tra Corte e Tribunale e l'adozione di disposizioni omogenee. A fronte, infatti, delle medesime esigenze, non si comprende la ragione per la quale siano stati adottati provvedimenti non coincidenti.

Difatti, la scelta del Tribunale di non sospendere i termini processuali, a differenza di quanto disposto dalla Corte per ben tre volte⁵⁸, potrebbe non contemperare adeguatamente le esigenze degli studi professionali abitualmente impegnati nella gestione di contenziosi dinanzi ad entrambi gli organi giurisdizionali e contestualmente arrecare pregiudizio al diritto di difesa delle parti⁵⁹.

A ciò si aggiunge che, soprattutto qualora il differimento delle cause della Corte di giustizia, inizialmente limitato a quelle calendarizzate fino al 3 aprile 2020, non fosse stato esteso prima al 30 aprile e, poi, fino al 25 maggio, come invece più prudenzialmente disposto, considerando anche il periodo di ferie giudiziarie⁶⁰, sin da subito dal Tribunale⁶¹, si sarebbero potute presentare ulteriori ed ingiustificate complicazioni.

D'altronde, se è vero che la maggior parte del contenzioso della Corte è rappresentato da rinvii pregiudiziali che, costituendo una fase del procedimento nazionale *a quo*, auspicabilmente devono essere defi-

⁵⁸ Si ricorda che un primo differimento è stato disposto il 19 marzo 2020, un secondo il 31 marzo 2020 ed un terzo è intervenuto il 30 aprile successivo.

⁵⁹ Cfr. sul punto quanto affermato dal comitato direttivo della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI) del 17 marzo 2020 reperibile al seguente indirizzo <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2020/03/Comunicazione-del-Consiglio-direttivo-17.03.2020.pdf>

⁶⁰ Per quanto, ai sensi dell'art. 15 dello Statuto, la Corte funzioni in modo permanente, con proprie decisioni gli organi giurisdizionali determinano i periodi delle vacanze giudiziarie in cui, di regola, non sono tenute udienze. Per l'anno 2020 le vacanze giudiziarie sono state fissate dalla Corte, con decisione del 30 aprile 2019, in GUUE del 7 maggio 2019 C 156/4 mentre dal Tribunale con decisione del 27 febbraio 2019, in GUUE del 18 marzo 2019, C 103/5. Il calendario prevede, per l'anno giudiziario 2019/2020, la sospensione dal 6 al 19 aprile 2020, in concomitanza con le festività pasquali, e dal 18 al 24 maggio 2020 per l'Ascensione e dal 16 luglio al 31 agosto per le ferie estive.

⁶¹ In realtà il Tribunale ha adottato un provvedimento di differimento delle udienze calendarizzate fino al 15 maggio 2020 in concomitanza con l'inizio del periodo di ferie giudiziarie previsto dal 18 al 24 maggio 2020.

niti nel più breve tempo possibile, è altrettanto vero che, considerati i provvedimenti di sospensione dell'attività giurisdizionale adottati da molti Stati, una ripresa anticipata non avrebbe comportato ricadute positive.

Anzi, tenuto conto del mantenimento in vigore alla data del 30 aprile 2020 delle misure restrittive in tema di circolazione delle persone e, in particolare, non essendo stato regolarizzato il traffico aereo, molte parti ed i rispettivi rappresentanti avrebbero incontrato notevoli problemi a recarsi in Lussemburgo per patrocinare le cause. In tale ipotesi la cancelleria della Corte si sarebbe inevitabilmente trovata costretta a dover gestire diverse richieste di differimento delle udienze. Conseguentemente è senz'altro da accogliersi con favore il differimento ulteriore delle udienze fino al 25 maggio disposto dalla Corte.

Quanto rilevato consente anche di analizzare un ulteriore aspetto.

In effetti, come sopra ricordato, il differimento delle udienze disposto sia da parte della Corte che del Tribunale non ha interessato i procedimenti d'urgenza, i procedimenti accelerati ed i procedimenti sommari. Pertanto, anche con riferimento a tali cause potrebbe sorgere un impedimento delle parti a presenziare all'udienza.

Ebbene, in tali contesti, a differenza di quanto accade per un eventuale impedimento di un giudice, ipotesi espressamente regolata dai regolamenti di procedura⁶² non si rinvengono previsioni idonee a dettare un chiaro ed inequivocabile inquadramento della fattispecie.

Certamente, infatti, non potrà essere applicato l'art. 45, par. 2 dello Statuto, atteso che, come visto, esso è preordinato a disciplinare esclusivamente l'eventuale decadenza dai termini processuali.

Parimenti, con riferimento ai procedimenti dinanzi alla massima giurisdizione UE, non appare utilizzabile l'art. 56 del Regolamento di procedura della Corte il quale regola l'ipotesi del differimento della decisione ma che sembra piuttosto destinato ad organizzare il lavoro dell'organo giurisdizionale e non tanto ad intervenire nei rapporti con le

⁶² Si segnala che l'art. 13 Reg. proc. Corte disciplina le ipotesi di impedimento del Presidente e del vicepresidente mentre gli articoli 30 e 31, rispettivamente, quello del presidente di sezione e del componente del collegio giudicante. Con riferimento al Tribunale, l'art. 12 Reg. proc. Trib. disciplina le ipotesi di impedimento del Presidente e del vicepresidente, l'art. 17 quello del componente del collegio giudicante e l'art. 20 quello del presidente di sezione.

parti le quali, peraltro, non ricevono neanche informazioni laddove la disposizione dovesse trovare applicazione⁶³.

Pertanto, nella ricordata ipotesi di incolpevole impossibilità di partecipare all'udienza, una lettura delle regole processuali dell'Unione orientata alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali indurrebbe ad immaginare la possibilità per la parte interessata di sottoporre alla cancelleria una istanza di differimento che dovrebbe essere valutata dall'organo giurisdizionale il quale, attraverso lo strumento delle misure di organizzazione del procedimento, potrebbe disporre un rinvio dell'udienza.

Tale istanza, comunque, in analogia a quanto previsto per quelle aventi ad oggetto la richiesta di proroga dei termini, per le quali si richiede la formulazione antecedente alla loro scadenza⁶⁴, dovrebbe non solo essere adeguatamente motivata e provata ma andrebbe altresì formulata in tempo utile perché l'organo giurisdizionale possa valutarla.

Certo, per quanto sia ragionevole immaginare che difficilmente il giudice UE possa disattendere un'istanza di differimento proveniente da una parte, soprattutto laddove si tratti di procedimenti accelerati, urgenti o cautelari per i quali l'udienza costituisce una – e a volte l'unica – fase di confronto, l'assenza di una previsione normativa che disponga i provvedimenti da assumere nel caso di impedimento della parte porta a non poter escludere la possibilità di un diniego da parte dell'organo.

Infine, un'ultima valutazione degna di nota attiene all'effettiva e concreta possibilità di invocare la deroga di cui all'art. 45, par. 2, dello Statuto di cui si è detto *supra* per giustificare il mancato rispetto di termini processuali che si siano prodotte nell'attuale fase di emergenza sanitaria da Covid-19.

Ed in effetti, dato l'approccio particolarmente restrittivo della Corte nell'interpretare le condizioni di forza maggiore e caso fortuito, e considerata la possibilità di depositare in tempo reale gli atti in cancelleria

⁶³ In proposito v. A. MARCIANO, *Commento all'art. 56 del Regolamento di procedura della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al Giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 481 ss..

⁶⁴ Cfr. il punto 69 delle norme pratiche di esecuzione del regolamento di procedura del Tribunale la cui versione consolidata che coordina le Norme pratiche di esecuzione del regolamento di procedura del Tribunale adottate dal Tribunale il 20 maggio 2015 (GU 2015, L 152, 1) e le modifiche adottate il 13 luglio 2016 (GU 2016, L 217, pag. 78) e il 17 ottobre 2018 (GU 2018, L 294, 23, rett. GU 2018, L 296, 40) è reperibile sul sito www.curia.europa.it.

attraverso l'applicativo informatico e-Curia, che attualmente ha pressoché sostituito il deposito cartaceo, i margini applicativi della disposizione sono notevolmente ridotti e quali inesistenti.

A ciò si aggiunga che, proprio per facilitare la comunicazione con la cancelleria, il ricorso allo strumento e-Curia è stato fortemente incoraggiato ed anzi, date le circostanze, anche le procedure per l'apertura di un profilo utente sono state «in via eccezionale» semplificate e rese accessibili per via elettronica⁶⁵.

Ad ogni modo, tirando un bilancio complessivo circa le misure adottate dagli organi giurisdizionali UE per adeguare il proprio lavoro nel periodo emergenziale, pur condividendo, nei limiti di quanto sopra esposto, la pressoché totalità delle disposizioni adottate, non può sottrarsi l'impressione che, verosimilmente, la Corte di giustizia avrebbe potuto spingersi oltre. Sfruttando, infatti, il ricorso alla tecnologia di cui già dispone e che, peraltro, le ha consentito di celebrare l'udienza solenne di insediamento dell'Avvocato generale de la Tour, avrebbe potuto garantire, semmai subordinandola al consenso delle parti, anche la celebrazione di altre udienze in videoconferenza. Tale previsione, infatti, avrebbe consentito di rispettare pienamente le regole procedurali vigenti e, contestualmente, di limitare ogni possibile compressione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

⁶⁵ Cfr quanto riportato nella sezione del sito dell'istituzione accessibile all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_97552/it/.

DAL MECCANISMO EUROPEO
DI STABILITÀ AI “CORONA BONDS”:
LE POSSIBILI ALTERNATIVE PER FRONTEGGIARE
LA CRISI DELL’EUROZONA
A SEGUITO DELL’EMERGENZA PANDEMICA

CRISTINA D’AMBROSIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le misure monetarie: l’approccio della BCE e il PEPP. – 2.1 La pronuncia di Karlsruhe e i possibili effetti sul PEPP. – 3. Le proposte della Commissione. – 4. Tra il Meccanismo Europeo di Stabilità, i c.d. “corona bonds” e l’ignoto “recovery fund”: una breve analisi. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La pandemia COVID-19 ha scosso gli equilibri della nostra società sia a livello nazionale che a livello europeo. Molti sono gli scontri che hanno caratterizzato dibattiti politici, scientifici ed economici. Tuttavia, nonostante poche siano le certezze in merito all’andamento della pandemia, non vi sono dubbi circa l’esigenza di un approccio solidale ed uniforme da parte degli Stati membri dell’Unione europea, sia sul piano “intergovernativo” che sul piano “sovranaZIONALE”, alla verosimile, se non già attuale, crisi dell’eurozona.

La discrasia tra intergovernamentalismo e federalismo, infatti, dimostra, in momenti di crisi, la distanza tra questi due aspetti opposti ma necessari al funzionamento dell’Unione europea quale “creatura ibrida”.

Per questo motivo, con tale contributo verranno analizzate alcune delle misure o proposte monetarie ed economiche fino ad ora adottate dalle diverse istituzioni cercando di mettere in luce la complessità dell’adozione di una risposta europea comune e generale sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista politico soprattutto per i vincoli previsti dai trattati e per le limitate competenze di cui gode l’Unione europea.

* *European Legal Studies candidate* presso il Collegio d’Europa (*Bruges campus*).

In primo luogo, sarà analizzato l'approccio della Banca centrale europea (BCE) e, in particolar modo, il Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)¹ sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito al Public Sector Purchase Programme (PSPP) e all'Outright Monetary Transactions (OMT) (ovvero le sentenze *Gauweiler* e *Weiss*) e tenendo conto dei possibili effetti della sentenza recentemente pronunciata dalla Corte costituzionale federale tedesca con la quale la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito al PSPP è stata considerata *ultra vires*.

La seconda parte del testo, sarà, invece dedicata alle ulteriori misure adottate, sul fronte economico, per contrastare gli effetti negativi derivanti dal Covid-19.

In particolare, saranno approfondite le diverse proposte della Commissione europea e, infine, saranno esaminati i meccanismi più controversi e che necessitano un'ampia condivisione politica, principalmente riferendosi al Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), ai c.d. "corona bonds" e al c.d. "recovery fund". In particolare, per quanto concerne il MES, saranno analizzati i diversi aspetti critici che caratterizzano tale meccanismo soprattutto alla luce della nuova linea di credito approvata recentemente dall'Eurogruppo.

2. Le misure monetarie: l'approccio della BCE e il PEPP

Nonostante una prima risposta confusa e non coordinata, la BCE si trova attualmente in prima linea, affiancata dalla Banca europea per gli Investimenti (BEI)², a fronteggiare e a cercare di bloccare i possibili effetti negativi della crisi dell'eurozona.

¹ V. BCE Comunicato Stampa , 18 marzo 2020, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318_1~3949d6f266.en.html

² V. The European Investment Bank's response to Covid-19, <https://www.eib.org/en/about/initiatives/covid-19-response/index.htm>.

In particolare il gruppo BEI investirà 20 miliardi di euro nelle piccole e medie imprese in parte utilizzando capitale proprio e in parte con il sostegno del bilancio dell'Unione europea. La Commissione, inoltre, metterà a disposizione del c.d. "Fondo europeo per gli investimenti" (FEI) 1 miliardo di euro dal bilancio dell'Unione europea a titolo di garanzia. In tal senso v. Commissione, Panoramica della risposta della Commissione, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/overview-commissions-response_it.

Pertanto, per cercare di avere una visione generale delle risposte dell'UE, occorre, innanzitutto, prendere in considerazione, tra le misure sino ad oggi adottate dalla BCE³, il Pandemic Emergency Purchase Programme⁴, in quanto tale programma si potrà rivelare una risorsa molto importante per la BCE e per tutta la Unione economica e monetaria (UEM).

Con il PEPP, la BCE, si impegna ad acquistare titoli obbligazionari pubblici e privati, per un totale di 750 miliardi di euro⁵, fino a quando il Consiglio direttivo non considererà la crisi cessata e, comunque, non prima della fine del 2020.

L'obiettivo di tale meccanismo è, infatti, quello di contrastare i gravi rischi derivanti dagli effetti della pandemia che possono avere un serio impatto sulle prospettive dell'eurozona⁶.

Per quanto concerne la legalità del suddetto programma, è possibile considerare la struttura del PEPP conforme alle previsioni del Trattato.

Infatti, come è stato osservato⁷, dopo le sentenze della Corte di giustizia *Pringle*⁸, *Gauweiler*⁹ e *Weiss*¹⁰, si può facilmente concludere che il PEPP rientri nell'ambito di attività della BCE sia per gli obiettivi che si intendono perseguire che per gli strumenti in esso previsti. Pertanto, non si può argomentare, come invece recentemente sostenuto dalla

³ Per un approfondimento sulle diverse misure adottate dalla BCE v. C. A. PETIT, *An ambitious and collective response to COVID-19 shock? ECB's monetary policy package and recent EU policy measures*, EULAWLIVE, 18 marzo 2020, <https://eulawlive.com/analysis-an-ambitious-and-collective-response-to-the-covid-19-shock-ecbs-monetary-policy-package-and-recent-eu-policy-measures-by-christy-ann-petit/>.

⁴ V. BCE Comunicato Stampa, 18 marzo 2020 https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318_1~3949d6f266.en.html.

⁵ In particolare, la BCE, si impegna ad acquistare titoli concernenti le categorie di attività ammissibili nell'ambito del programma di acquisto di attività già esistente (PAA).

⁶ *Ibid.*

⁷ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *The EU fiscal, economic and monetary policy response to the COVID-19*, EULAWLIVE, n. 11, 28 marzo 2020.

⁸ Sentenza della Corte del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland e altri*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:75.

⁹ Sentenza della Corte del 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e altri. contro Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

¹⁰ Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2018, *Heinrich Weiss e altri*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

Corte costituzionale tedesca, che la BCE, con l'attuazione del PEPP, agisca *ultra vires*¹¹.

Inoltre, la struttura del PEPP porterebbe ad affermare che ci si trovi davanti ad un nuovo genus che condivide alcuni aspetti propri dell'Outright Monetary Transactions (OMT)¹² e del Public Sector asset Purchase Programme (PSPP o anche comunemente detto Quantitative Easing)¹³, motivo per il quale come già affermato in precedenza, non dovrebbe essere messa in dubbio la validità di tale programma.

Anzitutto, l'attuale sistema del PEPP dovrebbe considerarsi in linea con le previsioni di cui all'articolo 123 TFUE¹⁴ e con le condizioni stabilite dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Gauweiler* e *Weiss*.

Infatti, come osservato¹⁵, le tre condizioni elencate dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza appena citata, e quindi la conformità al

¹¹ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *op. cit.*

¹² L'Outright Monetary Transactions è un programma di acquisto di titoli di Stato annunciato dalla BCE nel 2012 ma mai attivato fino ad ora. Con tale programma la BCE si impegna ad acquistare direttamente, sul mercato secondario, titoli di Stato a breve termine emessi da Stati facenti parte dell'eurozona che si trovano in condizioni di difficoltà macroeconomica grave e conclamata. Tale condizione è dimostrata dall'avere avviato un programma di aiuto finanziario o un programma precauzionale attraverso il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) o il Fondo europeo di Stabilità Finanziaria (FESF).

L'OMT ha come obiettivo quello di evitare che il rendimento di suddetti titoli diventi così elevato da impedire allo Stato in questione di coprire gli interessi sugli stessi oppure di emettere nuovi titoli.

¹³ Il Public Sector asset Purchase Programme si inserisce nell'ambito delle misure non convenzionali di politica monetaria, attuate dalla BCE, nel 2015. Tale politiche prevedono l'acquisto di attività di banche commerciali per supportare la crescita economica nell'area euro e per mantenere il tasso di inflazione inferiore ma prossimo al 2% nel medio termine.

In particolare, con tale programma la BCE si impegna a acquistare titoli dalle banche affinché ciò possa influenzare la crescita del prezzo di tali titoli e quindi determinare una maggiore immissione di liquidità nel sistema bancario rendendo l'accesso anche a prestiti più semplice a causa di tassi di interesse più bassi. Un tale meccanismo comporta un maggiore movimento economico che favorisce una maggiore crescita economica e quindi il raggiungimento del tasso di inflazione stabilito.

¹⁴ L'articolo 123 stabilisce il divieto di qualsiasi forma di facilitazione creditizia o l'acquisto diretto di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri.

¹⁵ S. GRUND, *Legal, compliant and suitable: the ECB's Pandemic Emergency Purchase Programmes (PEPP)*, Hertie School Jacques Delors Centre, 25 Marzo 2020, consultabile al <https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/legal-compliant-and-suitable-the-ecbs-pandemic-emergency-purchase-programme-pepp/>.

mandato della BCE, la proporzionalità degli obiettivi e la compatibilità con il divieto di finanziamento monetario, sono state rispettate.

Tuttavia, nonostante quanto appena affermato, è importante tenere in considerazione che determinate questioni giuridiche riguardanti il PEPP possano ancora presentarsi e alimentare l’attuale dibattito, d’altronde già in passato, la giurisprudenza della Corte di giustizia riguardante la precedente crisi dell’eurozona si è sviluppata in concomitanza ad una serie di riforme.

2.1 La pronuncia di Karlsruhe e i possibili effetti sul PEPP

La Corte costituzionale federale tedesca, il 5 maggio, ha reso pubbliche la propria sentenza in merito al programma PSPP¹⁶ e alla sentenza Weiss¹⁷ pronunciata dalla Corte di giustizia nel 2018 (sentenza con la quale la i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sulla legalità di suddetto programma) ritenendo che la Corte di giustizia abbia agito *ultra vires* con la pronuncia di tale sentenza.¹⁸

In particolare, la Bundesverfassungsgericht ha adottato due punti di vista opposti affermando che la Corte di Giustizia, nel verificare la compatibilità con il diritto europeo del PSPP, non abbia analizzato in maniera *chiara*¹⁹ la proporzionalità di tale programma²⁰ e quindi abbia

¹⁶ V. *supra* nota 16.

¹⁷ V. *supra* nota 12.

È opportuno ricordare, per completezza, che la Corte costituzionale federale tedesca aveva sottoposto nel 2017 diverse domande pregiudiziali alla Corte di giustizia affinché quest’ultima si pronunciasse sulla validità della decisione del consiglio direttivo con cui la BCE aveva attivato il PEPP. In particolare, i giudici di Lussemburgo si sono dovuti pronunciare sulla compatibilità del PEPP con il divieto di assistenza monetaria da parte della BCE e delle altre banche centrali europee, sulla compatibilità del PEPP con il mandato della BCE e sulla possibile violazione della sovranità degli Stati membri in materia di bilancio.

¹⁸ Sentenza del Secondo Senato della Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG) del 05 maggio 2020, 2 BvR 859/14, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, consultabile online https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

¹⁹ Corsivo aggiunto.

²⁰ *Ibid.*

I giudici di Karlsruhe affermano espressamente che “[...] the review undertaken by the CJUE with regard to whether the ECB’s decisions on the PSPP satisfy the principle of proportionality is not comprehensible; to this extent, the judgment was thus rendered *ultra vires*”.

agito *ultra vires*, ma, allo stesso tempo, dichiarando espressamente, per quanto concerne la compatibilità del PSPP con il divieto di assistenza monetaria previsto dall'articolo 123 TFUE, che non si potesse riscontrare alcuna incompatibilità tra il PSPP ed il suddetto divieto.

Tuttavia, ciò che risulta interessante e sconcertante dalla pronuncia della BVerfG è l'aperta accusa, nei confronti della Corte di giustizia, di aver agito *ultra vires* con la pronuncia sul caso *Weiss*. Infatti, i giudici di Karlsruhe hanno affermato che, in generale, “la Corte di giustizia dell'Unione europea agisce al di fuori del suo mandato giudiziario, come stabilito dalle funzioni attribuite dall'articolo 19, primo comma, TUE, quando non risulta chiara [dalle sue pronunce] l'interpretazione delle norme dei trattati tale da essere considerata arbitraria rispetto ad un punto di vista obiettivo”²¹. Inoltre, i giudici tedeschi considerano anche che “qualora la Corte di giustizia dell'Unione europea superi tale limite, le sue pronunce non debbano più considerarsi rientranti nell'insieme di funzioni previste dall'articolo 19(1) TUE [...]”.²²

Come è stato correttamente sottolineato, dalla sentenza della BVerfG si può evincere un approccio polemico e conflittuale, che da luogo a diversi problemi di tipo sostanziale in particolare per quanto concerne il primato del diritto europeo²³, nei confronti della Corte di

²¹ V. *supra* nota 20, pt. 2.

Versione originale: “The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on the European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union [...]”.

²² *Ibid.*

²³ V., *inter alia*, D. KYRIAZIS, *The PSPP judgment of the German Constitutional Court, An Abrupt Pause to an Intricate Judicial Tango*, European Law Blog, consultabile al <https://europeanlawblog.eu/2020/05/06/the-pspp-judgment-of-the-german-constitutional-court-an-abrupt-pause-to-an-intricate-judicial-tango/>; J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020, consultabile online <https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2020/05/wp-ziller-bvergg-5-mai-2020.pdf>.

Occorre altresì precisare che diverse sono state le dichiarazioni riguardanti una possibile procedura di infrazione iniziata dalla Commissione europea nei confronti della Germania per aver violato, attraverso la pronuncia della Corte costituzionale federale, le

giustizia²⁴ ed un altro maggiormente aperto nei confronti della BCE quasi a far sottendere la riconosciuta importanza del PSPP, e si potrebbe aggiungere del PEPP, per l'eurozona.²⁵

Tuttavia, occorre precisare che tale pronuncia attribuisce una maggiore responsabilità alle autorità economiche e monetarie tedesche, in particolare la Bundesbank, le quali, per poter implementare misure previste dalla BCE, dovranno verificare che le nuove decisioni della BCE, tra cui la decisione de consiglio direttivo con cui si approva il PEPP, garantiscano una corretta motivazione della loro proporzionalità²⁶. Infatti, il punto maggiormente problematico della decisione dei

prerogative della Corte di giustizia. In tal senso v. https://www.repubblica.it/esteri/2020/05/09/news/ue_von_der_leyen_minaccia_procedura_d_infrazione_contro_la_germania_per_la_sentenza_di_karlsruhe_sugli_acquisti_della_bce-256190613/.

²⁴ Occorre sottolineare che la Corte di giustizia ha affermato nel suo comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca, che "I servizi dell'istituzione non commentano mai una sentenza di un organo giurisdizionale nazionale. [Tuttavia], in linea generale, si ricorda che, in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale da questa Corte vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione. Eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti del genere potrebbero compromettere infatti l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto. Al pari di altre autorità degli Stati membri, i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione. Solo in questo modo può essere garantita l'uguaglianza degli Stati membri nell'Unione da essi creata". V. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058it.pdf>.

²⁵ V. in tale senso G. L. TOSATO, *The decision of the German Constitutional Court on the Public Sector Purchase Programme of the European Central Bank: Preliminary Observation*, Luiss School of European Political Economy, consultabile online https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/The%20Decision%20of%20the%20German%20Constitutional%20Court%20_0.pdf.

²⁶ V. in tal senso M. POIARES MADURO, *Some preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, Verfassungsblog, consultabile online <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>.

L'autore sostiene, inoltre, che qualora le autorità tedesche, nei prossimi tre mesi, comprovino la proporzionalità delle misure adottate dalla BCE, la Commissione non dovrebbe gestire una tale situazione critica attraverso una procedura di infrazione dal momento in cui la decisione della Corte costituzionale federale tedesca in merito al ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea non dovrà più essere considerata contra-

giudici di Karlsruhe è rappresentato dalla previsione che, nonostante il PSPP non si ponga in contrasto con il divieto previsto dall'articolo 123 TFUE, esistono delle condizioni, risultanti dalla sentenza della Corte di giustizia²⁷, per verificare la compatibilità di eventuali misure con suddetto articolo, condizioni che non sono previste dall'attuale PEPP²⁸.

Per tale motivo, è opportuno ritenere che, dal momento in cui tali condizioni non sono prese in considerazione dall'attuale programma adottato dalla BCE per fronteggiare gli effetti negativi della crisi derivante dalla pandemia e nonostante la BVerfG affermi espressamente che la sua sentenza non si applichi all'attuale programma, l'approccio dei giudici costituzionali tedeschi determina, allo stato attuale, una situazione di incertezza giuridica per quanto concerne il programma della BCE con, ovviamente, potenziali effetti negativi sui mercati e sui tassi di interesse del debito pubblico degli Stati membri²⁹.

Inoltre, con tale decisione, venendo messa in discussione, seppur dal punto di vista esclusivamente metodologico, una pronuncia della Corte di giustizia, ponendo fine a quel dialogo costruttivo che recentemente ha iniziato ad instaurarsi tra le corti costituzionali nazionali e i giudici di Lussemburgo, la discrasia intergovernamentalismo e federalismo viene maggiormente ampliata perché indirettamente viene messo in discussione il ruolo della Corte di giustizia quale organo "federale" garante della corretta applicazione del diritto europeo³⁰.

ria al diritto dell'Unione europea in quanto non avrà ripercussioni negative soprattutto sul primato del diritto UE.

²⁷ *Ibid.*

Occorre sottolineare che la Corte di giustizia ha previsto, come già sottolineato nel paragrafo precedente, diverse condizioni che devono essere soddisfatte affinché i programmi adottati dalla BCE, qualora abbiano determinate caratteristiche, non si pongano in contrasto con le previsioni di cui all'articolo 123 TFUE. Tuttavia, come sottolineato da MADURO, tali condizioni non sono espressamente considerate come necessarie dai giudici di Lussemburgo i quali lasciano trapelare la possibilità che vi siano altre condizioni alternative che possono comunque preservare gli obiettivi dei trattati. Al contrario, la Corte costituzionale federale tedesca considera tali condizioni necessarie per la compatibilità del programma con le disposizioni dei trattati.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ In tal senso, occorre precisare che una tale pronuncia ha effetti negativi anche sul margine di manovra e discrezionalità della BCE per l'adozione di programmi a supporto dell'eurozona soprattutto perché la valutazione della compatibilità di tali programmi con le disposizioni dei trattati, seguendo quanto affermato dalla Corte costituzionale

3. Le proposte della Commissione

In linea con quanto affermato in precedenza, occorre prendere in considerazione le risposte della Commissione europea per limitare gli effetti negativi del Covid-19.

La Commissione ha mostrato un primo segnale di intervento a livello istituzionale per fronteggiare la crisi che attualmente sta vivendo l'UE, e ancora di più, dal punto di vista economico, l'eurozona. La presidente Ursula Von der Leyen, infatti, dopo un primo momento di impasse politico, ha provveduto a coordinare una "risposta comune europea" per rafforzare i settori della sanità pubblica e attenuare l'impatto socioeconomico nell'Unione europea³¹.

Una delle prime misure che la Commissione ha inteso adottare è stata quella di prevedere la possibilità per gli Stati membri di poter utilizzare la flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato per dare sostegno alle imprese e allo stesso tempo per tutelare il mercato unico europeo³².

Inoltre, allo stesso modo, la Commissione ha considerato la possibilità, come risulta da una comunicazione pubblicata il 20 marzo³³, di attivare la clausola di salvaguardia generale del Patto di Stabilità e Crescita (PSC)³⁴ con la quale sarà consentito agli Stati membri di potersi discostare dagli obblighi di bilancio normalmente previsti in forza del bi-

tedesca, non dipenderebbe dalle pronunce della Corte di giustizia bensì dalle valutazioni delle autorità nazionali tedesche.

³¹ In questo senso v. la risposta della Commissione europea al coronavirus, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response_it.

³² In questo senso Margaret Vestager, https://ec.europa.eu/italy/news/20200317_dichiarazione_vicepresidente_Vestager_su_aiuti_di_stato_it.

³³ V. Comunicazione Commissione europea 20 Marzo 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/2_en_act_part1_v3-adopted_text.pdf.

³⁴ V. artt. 5(1) e 9(1) Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, G.U. L 209, 2.8.1997, 1-5 e artt. 3(5) e 5(2) Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, G.U. L 2019, 2.8.1997, 6-11.

lancio europeo³⁵. Ciononostante, come è stato correttamente sottolineato³⁶, con l'attivazione di tale clausola gli Stati membri non vengono generalmente esentati dal rispettare i parametri imposti dal PSC in quanto la deroga degli stessi risulta strettamente invocabile fino a quando sarà necessario che gli Stati membri adottino misure per contenere la pandemia e per mitigarne gli effetti negativi dal punto di vista socio-economico.

Analogamente, come si evince in particolar modo dal report che ha fatto seguito al recente incontro dell'Eurogruppo³⁷, diverse sono state le proposte della Commissione con le quali si è cercato di spingere, anche a livello intergovernativo, verso l'attuazione di politiche di coesione e di solidarietà. In particolare, è importante menzionare la proposta (Coronavirus Response Investment Initiative), poi approvata, per l'utilizzo di 37 miliardi per la messa in atto di politiche di coesione volte a contrastare gli effetti del Covid-19, la proposta inerente la possibilità di rendere ancora più flessibile l'utilizzo del budget e quindi dei fondi europei, la proposta per la riattivazione dell'Emergency Support Instrument e, infine, la proposta di uno strumento (SURE), adottato sulla base dell'Articolo 122 TFUE³⁸, di sostegno temporaneo, sotto forma di prestiti concessi dall'Unione europea agli Stati membri a condizioni favorevoli, per attenuare i rischi della disoccupazione.

Nonostante, le diverse proposte della Commissione e le varie strategie adottate fino ad ora, purtroppo, una risposta più completa e solidale deve realizzarsi sul piano strettamente "intergovernativo" piuttosto che "istituzionale". Infatti, come sottolineato in precedenza, la Commissione, in quanto istituzione che più rappresenta l'aspetto "federale" dell'Unione europea, quale organizzazione internazionale *sui generis*, rimane vincolata alla necessità di una ampia cooperazione politica e

³⁵ In tal senso v. https://ec.europa.eu/italy/news/20200323_coronavirus_la_commissione_UE_proprone_attivazione_clausola_di_salvaguardia_it.

³⁶ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *op. cit.*

³⁷ V. Report Eurogruppo 9 aprile 2020, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>.

³⁸ L'articolo 122 TFUE, al secondo paragrafo, disciplina la procedura con la quale il Consiglio, su proposta della Commissione, nel caso in cui uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, possa concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato.

economica da parte degli Stati membri, e più segnatamente, da parte degli Stati facenti parte dell'eurozona.³⁹

Per tale motivo, dal momento in cui all'interno del panorama europeo diverse sono le risposte, finanziarie ed economiche, che gli Stati membri stanno mettendo in atto, e, in particolar modo, *possono*⁴⁰ mettere in atto, occorre considerare opzioni che possano portare ad una risposta europea coordinata e generale, inter alia, il Meccanismo Europeo di Stabilità e l'immissione di titoli (c.d. "corona bonds")⁴¹.

4. Tra il Meccanismo Europeo di Stabilità, i c.d. "corona bonds" e l'ignoto "recovery fund": una breve analisi

Una delle misure adottate come risposta dell'Eurozona alla crisi dei debiti sovrani è stata l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁴² ovvero un meccanismo permanente per la risoluzione di crisi avente l'obiettivo di proteggere la stabilità finanziaria dell'area euro e dei suoi Stati membri attraverso strumenti di assistenza finanziaria, soggetta a condizioni, nel caso di grave instabilità economico-finanziaria da parte di uno Stato membro.

³⁹ In tal senso, occorre sottolineare che l'Unione non essendo competente in materia di politica economica, in quanto la definizione della stessa spetta agli Stati membri, ha semplicemente il compito di definire le modalità attraverso le quali gli Stati membri coordinano le proprie politiche economiche e, in particolare, attraverso la definizione di "indirizzi di massima" per le politiche economiche degli Stati membri e per quelle dell'Unione, attraverso procedure di sorveglianza relative all'evoluzione economica degli Stati membri e attraverso il divieto di disavanzi eccessivi. Inoltre, è opportuno rilevare che, nell'ambito di tale sistema, il bilancio europeo risulta essere inadeguato al perseguimento degli obiettivi di politica economica e per tale motivo talvolta sono preferiti strumenti che permettono di finanziarsi sul mercato come, ad esempio, il ricorso al Meccanismo Europeo di Stabilità o ad eventuali strumenti di debito comune (e.g. "bonds").

⁴⁰ Corsivo aggiunto.

⁴¹ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *op. cit.*

⁴² Occorre, tuttavia, ricordare che prima del MES erano stati previsti due meccanismi temporanei per la risoluzione delle crisi finanziarie dell'eurozona: il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) e il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF). L'obiettivo del FESF, oramai inglobato nel MES, era quello di garantire la stabilità finanziaria attraverso l'emissione di obbligazioni o di altri strumenti di debito sul mercato finanziario. Il MESF, anch'esso assorbito dal MES e avente il medesimo obiettivo, si sostanzia in un programma amministrato dalla Commissione europea con il quale si prevede l'emissione di titoli garantiti dal bilancio dell'Unione europea.

Tale meccanismo non è stato esente da critiche, le quali sono per lo più legate al carattere severo delle condizioni richieste per ricorrervi ma anche relative alla stessa legittimità del MES⁴³.

Nell'ultimo mese, tuttavia, la possibilità di ricorrere al MES per la correzione degli effetti negativi della crisi derivante dal Covid-19, suggerita da alcuni Stati dell'eurozona, ha acceso nuovamente gli animi determinando lunghe discussioni in seno all'Eurogruppo e ampi dibattiti a distanza tra i vari leaders europei.

Alcune forze politiche hanno invocato il ricorso al MES senza la sottoscrizione delle condizioni in esso previste, altre ne hanno richiesto l'esclusione totale. Tuttavia, almeno per ora, in seguito all'Eurogruppo del 7 aprile, è stata proposta sia l'attivazione del MES, senza condizioni e solo per spese sanitarie dirette o indirette legate al Covid-19, che la previsione di un "recovery fund", ma non è stato fatto alcun riferimento ad eventuali c.d. "corona bonds".

Cionondimeno occorre sottolineare come sia difficile prevedere una possibile attivazione del MES, se non in maniera circoscritta, senza alcuna condizionalità, soprattutto dopo la sentenza *Pringle* in cui la Corte di Giustizia ha convalidato la legittimità di tale meccanismo avvalorando proprio l'esistenza di condizioni da rispettare per beneficiare di una tale assistenza finanziaria senza però eludere i vincoli imposti dall'articolo 125 TFUE⁴⁴. Infatti, si potrebbe concludere che dopo l'intervento dei giudici di Lussemburgo, la c.d. "condizionalità" sia un

⁴³ In tal senso v. Sentenza della Corte del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e altri*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:75.

La Corte di Giustizia, nella sopracitata sentenza, ha dovuto rispondere ad una serie di quesiti riguardanti la compatibilità del Trattato con cui è stato istituito il MES con diverse previsioni dei Trattati europei. In particolare, la Corte è stata chiamata a verificare che le missioni poste in essere con il MES non fossero contrarie all'articolo 125 TFUE e quindi alla clausola di no bail out.

Per un maggiore approfondimento cfr. P. CRAIG, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, Oxford Legal Studies Research Paper No. 53/2013.

⁴⁴ L'articolo 125 TFUE prevede che nonostante l'Unione o uno Stato membro non rispondono né si fanno carico degli impegni di un altro Stato membro, risulta comunque possibile che gli Stati membro la cui moneta è l'euro adottino un accordo come il Trattato che istituisce un meccanismo europeo di stabilità (Trattato MES) e ratifichino tale accordo.

elemento essenziale e non rinunciabile facente parte dei requisiti costituzionali dello stesso MES.⁴⁵

Tuttavia, bisogna considerare che la riunione dell'Eurogruppo dell'8 maggio ha aperto verso possibili nuove strade. Il presidente dell'Eurogruppo, Mário Centeno, ha, infatti dichiarato di aver stabilito le caratteristiche e fissato i termini di attivazione della linea di credito fornita dal MES per supportare gli Stati membri durante la crisi pandemica.⁴⁶

⁴⁵ Sentenza della Corte del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e altri*, C-370/12, par. 69, ECLI:EU:C:2012:75.

La Corte di Giustizia si sofferma sul carattere della condizionalità: "[...]Orbene, la rigorosa condizionalità cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria in forza del paragrafo 3 dell'articolo 136 TFUE, il quale costituisce la disposizione su cui verte la revisione del Trattato FUE, è diretta a garantire che, nel suo funzionamento, tale meccanismo rispetti il diritto dell'Unione, comprese le misure adottate dall'Unione nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri".

⁴⁶ Remarks by Mário Centeno following the Eurogroup video conference of 8 May 2020, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/05/08/remarks-by-mario-centeno-following-the-eurogroup-videoconference-of-8-may-2020/>. In particolare: "[...] The size of the instrument would be 2% of individual member state GDP, as a benchmark. Member states requesting support will commit to use this instrument to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID 19. There are no other strings attached to the use of the facility. Let me stress that: there are no other requirements attached to the use of the facility. This commitment will be detailed in a "Pandemic Response Plan" prepared on the basis of a common template that we have also agreed upon today. After accelerated procedures to grant Pandemic Response Support, the facility will be available, on a precautionary basis, for the member state concerned for a period of 12 months, which can be extended twice, by six months. Disbursements would then be available on request. Reflecting the exceptional nature of the crisis, we have agreed on favourable and adequate financial terms: these loans will have an average maturity of 10 years and will carry a low financing cost. Monitoring and surveillance will remain proportionate with the particular challenge of the crisis, meaning that it will focus on the health-related expenditures. We are therefore far from the sovereign crisis style of monitoring. We are setting a termination date for this instrument at the end of December 2022 but this could be adjusted, either made shorter or extended, if the crisis is prolonged. It's on us to make sure this is not the case. The next step is the formal confirmation of our agreement in the ESM Board of Governors, which I would expect to happen well ahead of 1 June. Based on our current plans, the confirmation could be already on 15 May, subject to the completion of national procedures. I stress the timing here, because we need these backstops to be made available as soon as possible. With the Commission's economic forecast discussed in the Eurogroup today, we were reminded of the urgency we are in, and the urgency of these measures to be on the ground. The economic outlook is very telling of where we are, and it underpins everything that we

In particolare, è stato confermato che il supporto che gli Stati membri potranno richiedere dovrà essere massimo del 2% del PIL nazionale, inteso come parametro di riferimento. L'unica forma di "condizionalità" prevista per la nuova linea di credito pandemica in senso al MES è quella di dover utilizzare lo strumento per sostenere i costi del finanziamento diretto e indiretto del settore sanitario così come il finanziamento delle misure preventive sempre relative alla pandemia. Inoltre, come afferma Centeno, tale impegno da parte degli Stati membri sarà cristallizzato in un c.d. "Pandemic Response Support" preparato sulla base di un modello comune concordato tra i vari Stati membri, disponibile in via precauzionale per lo Stato membro in questione per 12 mesi prorogabili due volte, che prevede la possibilità di ottenere prestiti con condizioni finanziarie favorevoli ed adeguate.

Un'altra caratteristica della linea di credito "pandemica" prevista in seno al MES riguarda la possibilità che, dal momento in cui l'unico elemento di cui gli Stati che ne richiederanno l'attivazione dovranno tenere in considerazione sarà la destinazione delle somme ottenute al finanziamento diretto o indiretto del settore sanitario, il monitoraggio e la sorveglianza rimarranno proporzionati alla portata della crisi e quindi saranno concentrati sulle spese relative al sistema sanitario.

Sulla base di quanto appena detto, si potrebbe concludere che, qualora tale strumento fosse confermato dalla prossima riunione in videoconferenza, il primo giugno, del Consiglio dei Governatori del MES, ci si potrebbe trovare di fronte ad un nuovo *genus* di linea di credito, che, conformemente all'articolo 125 TFUE, prevede una forma di condizionalità non vincolata ai mezzi da adottare, e quindi alle riforme strutturali da porre in essere, bensì al fine da raggiungere e quindi all'obiettivo di destinare i finanziamenti al rafforzamento preventivo e non, diretto o indiretto del sistema sanitario nazionale.

Tale meccanismo, infatti, nonostante non possa essere utilizzato per finalità diverse dal finanziamento del settore sanitario, risulta essere un particolare passo avanti dal momento in cui la condizionalità prevista, come sottolineato in precedenza, non riguarda e non va a toccare diret-

have been doing as finance ministers and in the Eurogroup in this crisis. The dire forecast for this year confirms the scale of the challenge. For instance, a gap of €850 billion in investment which we must address. For that, we need a robust recovery plan for Europe. Our three backstops go a long way in levelling the playing field for the emergency phase, but we need to do the same for the recovery to protect the single market and the European project. We will come back to this in our meeting, end of next week".

tamente la previsione di riforme macroeconomiche, lasciando, quindi, agli Stati membri la possibilità di essere meno vincolati nell'utilizzo di tale strumento.

Per quanto concerne, invece, la possibile emissione di titoli di debito comune (e.g. “corona bonds”), sulla falsariga di quanto già proposto durante la crisi dei debiti sovrani, bisogna innanzitutto considerare le competenze dell'Unione europea a porre in essere simili strumenti di condivisione di debito.⁴⁷ In primo luogo, considerando il combinato disposto dell'articolo 2(3) TFUE e 5 TFUE, l'Unione avrebbe la possibilità, e quindi la competenza, di coordinare, nozione molto ampia di cui non sono ancora stati tracciati i confini in maniera netta, le politiche economiche e fiscali.⁴⁸

In secondo luogo, bisogna valutare le eventuali caratteristiche dei c.d. “corona bonds” affinché questi non si pongano in contrasto con l'articolo 125 TFUE e, quindi, come già ribadito, con la clausola, ex articolo 125 TFUE, che esclude il “bail out”.

Infatti, nonostante l'emissione di “bonds” venga considerata positivamente in vista di una maggiore integrazione europea e come soluzione per il lungo periodo, sono molte le preoccupazioni che sorgono in merito alla possibilità che un tale strumento possa determinare un eccessivo aumento del moral hazard⁴⁹.

Infine, bisogna anche prendere in considerazione, lo strumento proposto dall'Eurogruppo lo scorso 7 aprile, ovvero il c.d. “recovery fund”. Non è ancora bene chiaro come tale fondo sarà istituito, infatti, secondo quanto si evince dal report della riunione del Consiglio europeo dello scorso 23 aprile, la Commissione è attualmente incaricata di analizzare nello specifico le emergenze da affrontare e, in seguito, addìvenire ad una proposta.⁵⁰ Sicuramente, come si evince dal report della

⁴⁷ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ In macroeconomia, con l'espressione “moral hazard” si intende l'incentivo che gli operatori economici avrebbero ad adottare un determinato comportamento qualora il rischio derivante dallo stesso non ricadesse sul singolo ma fosse condiviso. In questo senso, i c.d. “corona bonds”, così come in precedenza i c.d. “eurobonds”, presenterebbero il rischio di azzardo morale in quanto incentiverebbero politiche fiscali e di bilancio poco rigorose da parte dei governi nazionali.

⁵⁰ V. Conclusioni del Presidente del Consiglio Europeo 23 aprile 2020, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/>.

riunione dell'Eurogruppo e dello stesso Consiglio, l'obiettivo principale di tale strumento sarebbe quello di sostenere i costi dell'attuale crisi attraverso un finanziamento temporaneo, mirato e proporzionato.⁵¹ Nell'attesa di un maggiore chiarimento sulla portata legale di tale strumento, diverse sono le possibili configurazioni proposte, in particolare, come risulta da un'intervista con il giornale tedesco Handelsblatt, il Vice Presidente della Commissione europea Dombrovskis ha affermato che il "recovery fund" potrebbe essere finanziato attraverso bonds garantiti dagli Stati membri.⁵²

Tuttavia, è necessario valutare le modalità secondo le quali potrebbe avvenire l'eventuale emissione di titoli di debito comune. Infatti, occorre domandarsi se tali strumenti possano essere garantiti dal bilancio degli Stati membri oppure se si potrà parlare di un "debito pubblico europeo" nel rispetto del vincolo di pareggio di bilancio previsto dall'articolo 310(1) TFUE, tenendo, comunque in considerazione, la possibilità di inserire una tale prescrizione nel prossimo quadro finanziario pluriennale (2021 - 2027) che, tuttavia, deve ancora essere approvato.⁵³

In particolare: "We also agreed to work towards establishing a recovery fund, which is needed and urgent. This fund shall be of a sufficient magnitude, targeted towards the sectors and geographical parts of Europe most affected, and be dedicated to dealing with this unprecedented crisis. We have therefore tasked the Commission to analyse the exact needs and to urgently come up with a proposal that is commensurate with the challenge we are facing. The Commission proposal should clarify the link with the MFF, which in any event will need to be adjusted to deal with the current crisis and its aftermath. The Eurogroup in an inclusive format will continue to closely monitor the economic situation and prepare the ground for a robust recovery. We remain committed to giving the necessary impetus to work on the recovery fund as well as the MFF, so that a balanced agreement on both can be found as soon as possible".

⁵¹ V. Report Eurogruppo 9 aprile 2020, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>.

⁵² V. "EU could finance €1.5 trillion recovery fund with bonds: Dombrovskis", Euractive, 14 aprile 2020, <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/eu-could-finance-e1-5-trillion-recovery-fund-with-bonds-dombrovskis/>.

⁵³ In tal senso, occorre sottolineare che strumenti di questo tipo risultano astrattamente e materialmente difficili da prevedere, soprattutto per i diversi vincoli che devono essere rispettati qualora si voglia prenderli in considerazione. Per tale motivo, suddette ragioni hanno portato finora al prevalere dell'approccio intergovernativo, attraverso l'utilizzo di meccanismi quali il MES, per poter adottare una risposta più celere e sfuggendo a suddetti vincoli. Inoltre, è altresì necessario precisare che esistono, come già segnalato in precedenza, ulteriori strumenti che permettono l'emissione di titoli di

5. Conclusioni

Sulla base di tale breve analisi, sicuramente ciò che risulta chiaro è che, volendo citare l'ex presidente della Commissione Jacques Delors, "la mancanza di solidarietà rappresenta un pericolo mortale per l'Unione europea".⁵⁴

Proprio per tale motivo, e quindi per sottrarsi agli effetti negativi della risposta politica alla precedente crisi dell'eurozona, è necessario porre in essere risposte coordinate e solide sul piano sovranazionale senza troppo indugiare.

Infatti, secondo il parere di chi scrive, dovrà essere superato il grande impasse politico a livello "intergovernativo" per allinearsi e dare supporto all'approccio "istituzionale" e si dovrà evitare, come invece avvenuto in precedenza, di accentuare il carattere punitivo degli adeguamenti macroeconomici a livello nazionale considerando l'asimmetricità della crisi.

Gli strumenti che sono stati proposti e in parte attuati fino ad oggi rappresentano un valido punto di partenza per soddisfare la necessità di fornire una risposta efficace alla crisi derivante dalla pandemia.

Tuttavia, l'impegno politico dell'Unione europea deve essere accompagnato da un'ulteriore risposta comune e una maggiore concretizzazione, soprattutto in termini di politica fiscale, da parte dell'eurozona.⁵⁵

Infatti, attualmente, l'Unione europea necessita che venga dimostrata da parte degli Stati membri una maggiore solidarietà soprattutto alla luce delle tensioni che sono nate dalle varie "crisi" dello Stato di diritto, dall'attivazione dell'articolo 50 TUE, dal recente mancato dialogo tra le Corti e la messa in discussione del primato del diritto europeo.

Tale solidarietà che è alla base della struttura europea, come si può evincere dalla dichiarazione di Schuman o dallo stesso articolo 2 TUE, è

debito a livello europeo, in particolare si ricordano i titoli emessi dalla Commissione europea garantiti dal bilancio europeo (meccanismo utilizzato per finanziare il programma SURE) e i titoli emessi dalla Banca Europea degli Investimenti (v. *supra* nota n. 2).

⁵⁴ V. "Coronavirus, Jacques Delors: «Mancanza di solidarietà pericolo mortale per l'Europa», Il Messaggero, 28 marzo 2020,

https://www.ilmessaggero.it/economia/news/coronavirus_jacques_delors_europa-5138738.html.

⁵⁵ P. DERMINE, M. MARKAKIS, *op. cit.*

stata molto spesso messa da parte. Tuttavia, per ripartire e per arrivare all'obiettivo di un'Unione sempre più unita è necessario lasciar perdere i nazionalismi e i particolarismi per garantire una sempre maggiore solidarietà.

PARTE III

NEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

LA CEDU E LE MISURE RESTRITTIVE PER FRONTEGGIARE L'EMERGENZA IN ITALIA

GIOVANNI ZARRA *

SOMMARIO: 1. Introduzione: le limitazioni della libertà personale e di circolazione e le rilevanti disposizioni della CEDU. – 2. Restrizioni e deroghe dei diritti fondamentali. Il mancato ricorso dell'Italia al meccanismo dell'art. 15 CEDU. – 3. Gli atti governativi e dei Presidenti delle Regioni alla luce del requisito di legalità di cui agli artt. 5 e 2, Prot. 4, CEDU. – 4. Gli atti adottati dall'Italia in relazione all'art. 5 CEDU. In particolare: la misura di “quarantena obbligatoria” adottata dal Presidente della regione Campania. – 5. *Segue*. Gli atti adottati dall'Italia in relazione all'art. 2, Prot. 4, CEDU: profili di discriminazione tra regioni? – 7. Conclusioni.

1. Introduzione: le limitazioni della libertà personale e di circolazione e le rilevanti disposizioni della CEDU

L'emergenza scaturita dalla diffusione su scala globale del coronavirus “SARS-COV-2”, altresì noto come “COVID-19” o, più semplicemente, “Coronavirus” ha generato una crisi sanitaria di ampissime proporzioni e difficilmente immaginabile, così come dimostrato dall'ondivago atteggiamento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), passata dal considerare il virus alla stregua di una variazione della classica influenza al dichiarare l'esistenza di una pandemia.¹

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Napoli Federico II.

¹ L'Organizzazione mondiale della sanità il 30 gennaio 2020 ha dichiarato l'epidemia da COVID-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale; si veda la dichiarazione reperibile all'indirizzo [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). La dichiarazione di pandemia è avvenuta con conferenza stampa dell'11 marzo 2020 reperibile all'indirizzo <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. La stessa OMS, comunque, aveva in precedenza dichiarato il COVID-19 non mortale come le precedenti forme virali denominate SARS e MERS; cfr http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4077.

Molto diverse sono state le reazioni degli Stati volte a fronteggiare la diffusione della malattia. Mentre alcuni, specie nella fase iniziale, hanno inteso privilegiare la dimensione economica e hanno contenuto al massimo le limitazioni alle libertà dei cittadini,² altri hanno molto presto optato per un c.d. “*lockdown*” totale, ossia un confinamento delle persone nel proprio territorio di residenza associato ad un obbligo di rimanere nelle proprie abitazioni, fatti salvi casi eccezionali consistenti, primariamente, in motivi di salute, nella necessità di approvvigionarsi e di andare al lavoro. L’Italia rientra certamente nella seconda categoria di Stati: con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 è stato dichiarato, per sei mesi, lo stato di emergenza sul territorio nazionale. Successivamente, con Decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 (convertito in legge 5 marzo 2020 n. 13), allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, si è stabilito che nei comuni o nelle aree interessate dal virus, le autorità competenti fossero tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica, incluso il divieto di allontanamento e di accesso al comune (art. 1) e/o ogni altra misura necessaria (art. 2). Il medesimo Decreto, poi, ha previsto che tutte le misure relative alla gestione dell’emergenza sanitaria potessero essere adottate con Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) e che, nelle more dei DPCM, i provvedimenti urgenti per gestire la crisi sanitaria potessero essere assunti anche con ordinanze dei presidenti di regione ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (art. 3). Con decreti del 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo 2020, dunque, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha progressivamente disposto che sul territorio nazionale fossero sospesi tutti gli assembramenti, le attività di commercio al dettaglio (al di fuori di alcuni esercizi commerciali tassativamente elencati) e di ristorazione, nonché i cantieri e gran parte della filiera produttiva. Alle persone è stato vietato di lasciare le proprie abitazioni se non per comprovate necessità e, in ogni caso, di muoversi dal proprio comune di residenza. Stando alle informazioni reperibili sul sito del Governo, comunque, la normativa nazionale non ha precluso lo svolgimento di attività fisica all’aperto.

² Si considerino, ad esempio, l’Inghilterra (dove inizialmente il Premier Johnson aveva dichiarato: “business as usual” per escludere che il coronavirus potesse incidere sul regolare corso dell’economia) o la Svezia. Tali Stati, tuttavia, hanno dovuto successivamente rivedere le proprie posizioni.

Con specifico riguardo alla regione Campania, poi, il Presidente De Luca ha adottato (alla data del 2 maggio 2020) ben 41 ordinanze con cui ha largamente fatto uso del potere conferitogli dall'art. 3 del d.l. 6/2020. Spicca, tra queste, l'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020, con la quale si è chiarito che l'obbligo di permanere nelle proprie abitazioni potesse essere derogato solo per il tempo strettamente indispensabile e per motivi sanitari, professionali o di necessità (il riferimento è alle esigenze primarie delle persone e degli animali d'affezione). Sul territorio regionale, non è stata quindi consentita alcuna attività fisica all'aperto.³ I trasgressori sono puniti con l'obbligo immediato di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali. Nel caso di violazione di tale obbligo si prevede l'applicazione di sanzioni penali (*ex art. 650 c.p.*). Comunemente si parla, a tal riguardo, di "quarantena obbligatoria".

In nome del diritto alla salute,⁴ quindi, sono state fortemente limitate la libertà personale – comportante il diritto a disporre liberamente di sé stessi e di non essere confinati o internati in un certo luogo se non in base alla legge ed in seguito a provvedimento dell'autorità giudiziaria – e la libertà di circolazione – consistente nel diritto di muoversi liberamente sul territorio nazionale (e, oggi, europeo).⁵

La questione rileva sia sul piano costituzionalistico⁶ e del diritto

³ Cfr. il "chiarimento" n. 6 del 14 marzo 2020 emesso dal Presidente De Luca in relazione all'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020.

⁴ Sul diritto alla salute nell'ordinamento internazionale cfr. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

⁵ Per ragioni di completezza, è necessario qui menzionare anche il c.d. "right to leave a country" (diritto di lasciare un Paese) che è oggetto di esplicito riconoscimento nello stesso art. 2, Prot. 4, CEDU. Sul punto cfr. COUNCIL OF EUROPE, *The Right to Leave a Country*, 2013, reperibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/the-right-to-leave-a-country-issue-paper-published-by-the-council-of-e/16806da510>.

⁶ PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto online*, espressamente sul punto chiarisce – in tema di rapporto tra libertà personale (art. 13 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.) – che: "[v]a subito affermato che non sembra che l'art. 13 possa cedere all'art. 32; pertanto tutte le restrizioni coattive per motivi di sanità devono di necessità seguire la via giurisdizionale prevista da quell'articolo"; ed altresì che: "[d]'altro canto mai potrebbe, dall'autorità pubblica, essere invocato l'art. 32 Cost. per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art. 13". Per un'analisi attuale in relazione all'emergenza da Coronavirus cfr. CIVININI, SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in www.questionegiustizia.it, 2020; PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle*

dell'Unione europea,⁷ che – tuttavia – non rientrano nella presente indagine, sia dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani, cuore della presente analisi che si focalizzerà sulle rilevanti disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, si proverà a comprendere come – nel quadro convenzionale – l'obbligo per lo Stato di garantire positivamente il diritto alla vita (e alla salute) delle persone, tutelato dall'art. 2, si contempererà con la libertà personale, di cui all'art. 5, e la libertà di circolazione, di cui all'art. 2 del Protocollo n. 4 (diritti rispetto ai quali sullo Stato grava innanzitutto un obbligo negativo). A tal riguardo, va precisato che tale contemperamento può – in astratto – essere realizzato sia attraverso le apposite clausole di restrizione per ragioni di interesse pubblico previste dai singoli diritti oggetto di tutela, sia sfruttando la facoltà concessa agli Stati (c.d. deroga) di sospendere il godimento di alcune delle garanzie convenzionali quando ciò risulti necessario per fronteggiare situazioni di particolare difficoltà per lo Stato (art. 15 CEDU).⁸

L'analisi prenderà le mosse proprio dalla differenza tra restrizioni e deroghe ai diritti convenzionali, allo scopo di comprendere se – nella situazione di emergenza generata dal Coronavirus – sia sufficiente sfruttare le previsioni restrittive relative ai singoli diritti convenzionali o sia necessario ricorrere al formale procedimento di deroga di cui all'art. 15 (par. 2). Ciò consentirà di valutare l'agire del Governo italiano, il quale ha ritenuto di non dover attivare il meccanismo derogatorio. Si procederà, poi, con la valutazione formale del rispetto della riserva di legge prevista dalle rilevanti disposizioni della CEDU da parte degli atti governativi e regionali⁹ per mezzo dei quali è stata gestita la pandemia in

libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto, in www.giustiziainsieme.it, 2020; RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in www.dirittiregionali.it, 2020; D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'*, in www.dirittifondamentali.it, 2020.

⁷ Il riferimento va qui alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁸ VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 955. Per un'ampia trattazione monografica del tema cfr. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018.

⁹ Si noti che gli atti dei governi regionali sono suscettibili di far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato ex art. 4 (rubricato "Comportamenti degli organi di uno

Italia (par. 3) per poi comprendere se, dal punto di vista sostanziale, le norme convenzionali siano state effettivamente violate dall'Italia. L'analisi si concentrerà prima sulle possibili violazioni dell'art. 5 CEDU (par. 4), per poi soffermarsi sull'art. 2 del Protocollo 4 alla Convenzione medesima e sulle possibili violazioni del principio di non discriminazione dovute alla differenziazione con cui le limitazioni della libertà di circolazione sono state attuate nelle varie regioni italiane (par. 5). Il par. 6 sarà dedicato ad alcune brevi conclusioni.

2. Restrizioni e deroghe dei diritti fondamentali. Il mancato ricorso dell'Italia al meccanismo dell'art. 15 CEDU

Come anticipato, per restrizioni ai diritti convenzionali possono intendersi quelle "limitazioni al godimento di singoli diritti, corrispondenti in buona sostanza alle libertà civili e politiche della tradizione democratica occidentale, suscettibili di essere arretrate in presenza di determinate ragioni di interesse pubblico e nel rispetto di certe condizioni".¹⁰

Per deroga si intende invece "la facoltà concessa agli Stati (...) di sospendere [in tutto o in parte del loro territorio] la garanzia dei diritti in essi previsti [ossia di privare temporaneamente i cittadini del godimento di essi], ad eccezione di alcuni, quando ciò si dimostri necessario per far fronte a situazioni di particolare difficoltà per lo Stato"¹¹, consistenti in un pericolo eccezionale, imminente e concreto. L'art. 15, par.

Stato") del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati adottato dalla Commissione del Diritto Internazionale nel 2001 (comunemente ritenuto espressione di un principio di diritto internazionale consuetudinario). Tale norma, al par. 1, afferma che "[i]l comportamento di un organo dello Stato sarà considerato come un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale, sia che tale organo eserciti funzioni legislative, esecutive, giudiziarie o altre, qualsiasi posizione abbia nell'organizzazione dello Stato e quale che sia la sua natura come organo del governo centrale o di un unità territoriale dello Stato".

¹⁰ VIARENGO, *op. cit.*, 955. Il riferimento va, in linea di massima, alla necessità di tutelare altri diritti convenzionalmente protetti che rischiano, in concreto, di essere messi a repentaglio; ad ogni modo, si richiede che la restrizione posta in essere rispetti il principio di proporzionalità (oggetto di analisi nel seguito del presente lavoro) e che essa non si sostanzi nell'assoluta privazione del diritto interessato.

¹¹ VIARENGO, *op. cit.*, 956. Sul tema, fondamentale il contributo di HIGGINS, *Derogations under human rights treaties*, in *British Yearbook on International Law*, 1976-1977, 281 ss.

1, della CEDU, rubricato “Deroga in stato d’urgenza”, rappresenta un esempio emblematico di questo meccanismo.¹² Esso, infatti, afferma che: “[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”. La norma, nei successivi paragrafi, chiarisce che alcune disposizioni convenzionali (il diritto alla vita di cui all’art. 2,¹³ il divieto di tortura di cui all’art. 3, la proibizione di schiavitù di cui all’art. 4 par. 1, e il principio di legalità di cui all’art. 7) non sono mai derogabili e sancisce una procedura specifica per i casi in cui gli Stati intendano attivare il meccanismo di deroga. È necessario, infatti, tenere informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d’Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate, così come della data in cui queste misure cessano d’essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.¹⁴

Sia nel caso di restrizioni che in quello di deroghe, allo Stato è concesso un c.d. “margine di apprezzamento” rispetto alla valutazione della gravità della situazione e dell’incidenza che l’intervento pubblico debba avere sui diritti dei singoli.¹⁵ Ciò è, in buona sostanza, una conseguenza

¹² Meccanismo che, di fatto, sembra dare espressa voce nella CEDU alle c.d. cause di esclusione dell’illecito internazionale (tra cui spiccano la forza maggiore e lo stato di necessità) riconosciute dal già citato Progetto del 2001 della commissione di diritto internazionale. Cfr. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Roma-Bari, 2019, 197-205.

¹³ Sebbene sia consentito, dallo stesso art. 15, di provocare la morte nell’esercizio di legittimi atti di guerra, con ciò operando un rinvio alle rilevanti norme del diritto internazionale umanitario. Cfr. CRAWFORD, PERT, *International Humanitarian Law*, Cambridge, 2015, *passim*.

¹⁴ Sul punto, in via generale v. CATALDI, *Art. 15*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 555 ss.; MOKHTAR, *Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Human Rights*, 2004, 65 ss.

¹⁵ PALOMBINO, *Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Lautsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 137: «la dottrina del margine di apprezzamento costituisce notoriamente lo strumento attraverso il quale la Corte riconosce agli Stati il potere discrezionale di adottare misure limitative di alcuni diritti protetti dalla Convenzione, sempre che ricorrano certe condizioni e cioè quelle circostanze che le consentano di valutare la legittimità della violazione stessa. La limitazione deve essere prevista per legge oltre che effettivamente ne-

del principio di sussidiarietà, che ispira l'azione del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte EDU, e secondo il quale gli Stati sono certamente privilegiati nella valutazione delle esigenze della propria popolazione e dunque gli organi sovranazionali sono tenuti ad una certa deferenza rispetto alle scelte statali.

Comprendere la distinzione tra restrizioni e deroghe non è sempre cosa agevole, trattandosi – in entrambi i casi – di meccanismi che limitano la portata applicativa della Convenzione in ragione di un accomodamento tra gli interessi della comunità e i diritti dei singoli che, esercitati concretamente, potrebbero portare ad un'eccessiva compressione dei primi.¹⁶ In termini astratti, sembra potersi affermare che la limitazione di un diritto, nei casi di restrizione, risponde a esigenze ordinarie di gestione della cosa pubblica e non necessita di alcuna comunicazione agli organi del Consiglio d'Europa. La deroga, al contrario, è una vera e propria sospensione temporanea dei diritti convenzionali dovuta ad uno Stato di emergenza che affligge tutto o parte del territorio statale, che – in linea di principio – è applicabile solo ove non sia possibile fronteggiare una situazione eccezionale ed emergenziale “se non incidendo in maniera sostanziale sul godimento del diritto, e dunque sospendendo, per una durata limitata a quella dell'emergenza, la protezione che gli è dovuta da parte dello Stato membro”.¹⁷ La deroga è, dunque, l'*ultima ratio* per lo Stato¹⁸ e, ovviamente, si richiede che le misure adottate dallo Stato siano strettamente proporzionali a quanto richiesto dalla situazione.¹⁹ I parametri di differenziazione tra le due situazioni sono, quindi, le dimensioni dell'emergenza e l'incisività dell'interferenza del potere statale sui diritti in gioco.²⁰

Posta dunque questa diversità di ordine teorico, è ora necessario interrogarsi sulla collocazione dell'attuale pandemia da Coronavirus nell'uno o nell'altro ambito. La prassi statale non è, a tal riguardo, di

cessaria (per preservare l'ordine pubblico e/o garantire i diritti altrui) e proporzionale all'obiettivo perseguito; occorre che non esista nella materia oggetto della misura restrittiva un consenso comune tra gli Stati parte della Convenzione».

¹⁶ SCHREUER, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights*, in *The Yale Journal of World Public Order*, 1982, 113.

¹⁷ TAMMONE, “*Nous sommes en guerre*”: la lotta globale alla pandemia alla prova del patto internazionale sui diritti civili e politici”, in *www.sidiblog.org*, 2020.

¹⁸ CATALDI, *op. cit.*, 557.

¹⁹ CATALDI, *op. cit.*, 558; MOKHTAR, *op. cit.*, 70-71.

²⁰ *Ibid.*

grande aiuto. Alla data del 22 aprile, solo 10 Stati membri hanno deciso di avvalersi del meccanismo dell'art. 15,²¹ mentre gli altri sembrano ritenere di potersi avvalere dell'ordinario meccanismo delle restrizioni. È dunque lecito chiedersi se sia corretto che la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa non abbia attivato il meccanismo dell'art. 15. A tal riguardo, in dottrina è stato opportunamente rilevato che l'emergenza da COVID-19 "costituisce senz'altro una circostanza idonea a rendere conforme all'articolo 15 la decisione di adottare misure di compressione di diritti sanciti dalla Convenzione, dal momento che tale situazione è chiaramente riconducibile alla nozione di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".²² Si tratta, infatti, di un'emergenza inaspettata e di dimensioni globali, che ha richiesto – come si può dedurre dalle summenzionate misure adottate dall'Italia – un sacrificio significativo dei diritti umani delle intere popolazioni nazionali. Con specifico riguardo al concetto di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, peraltro, alcuni atti di *soft law* sono di particolare ausilio nel confermare l'interpretazione proposta.²³ In particolare, i *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of*

²¹ L'elenco degli Stati che hanno notificato al Consiglio d'Europa l'attivazione del meccanismo di deroga è disponibile all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>. Alla data odierna essi sono: Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Nord Macedonia, Moldavia, Romania, San Marino e Serbia. Le norme rispetto alle quali si è chiesta una deroga variano dai già menzionati artt. 5 e 2, Prot. 4, all'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare), all'art. 11 (libertà di associazione e riunione). Ad ogni modo, si noti che Romania, Armenia e Serbia non hanno precisato, nella propria nota diplomatica, quali sono le norme convenzionali alle quali intendessero derogare. Si noti, a tal riguardo, che nel caso *Lawless v. Ireland*, ricorso n. 332/57, Decisione del 19 dicembre 1959, è stato sancito che non fosse necessario il riferimento a precise disposizioni derogate. Inoltre, Estonia e Moldavia hanno richiesto uno stato d'emergenza della durata rispettivamente di 50 e 60 giorni, mentre gli altri Stati si sono limitati a prevedere una deroga di 30 giorni (anche se la Romania ha già comunicato che estenderà il periodo di altri 30 giorni). La Convenzione non prescrive un periodo massimo di durata dell'emergenza. Nei casi *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, Series A no. 25, and *A. e altri c. Regno Unito*, [GC], ricorso n. 3455/05, ECHR 2009, si è acconsentito che tale arco temporale durasse anni. Sul tema si veda ZGHIBARTA, *The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19*, in www.ejiltak.org, 2020.

²² DE SENA, *Contrasto al COVID-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in www.sidiblog.org, 2020. Similmente v. TAMMONE, *op. cit.*

²³ Sul concetto di *soft-law* e la rilevanza ermeneutica dello stesso cfr. PALOMBINO, *Introduzione, cit.*, 130 ss.

*Emergency*²⁴ sanciscono che l'emergenza pubblica debba essere intesa come "una situazione eccezionale di crisi o pericolo pubblico, attuale o imminente, che affligge l'intera popolazione o l'intera popolazione dell'area in cui la deroga si applica, tale da costituire una minaccia alla vita organizzata della comunità di cui lo Stato è composto".²⁵ Similmente, i c.d. *Siracusa Principles*²⁶ – pur riferendosi all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (il cui contenuto è sostanzialmente analogo all'art. 15 CEDU) – affermano che la minaccia deve costituire un pericolo "per l'integrità fisica della popolazione (...) e l'esistenza del funzionamento basilare delle istituzioni indispensabile per tutelare e proteggere i diritti tutelati dal patto".²⁷ Sembra quindi poco dubitabile la considerazione secondo cui l'emergenza da Coronavirus costituisce senz'altro il presupposto per il ricorso all'art. 15 CEDU.²⁸

Ma qual è, dunque, la conseguenza per la mancata attivazione del meccanismo di deroga? In assenza di disposizioni convenzionali in materia, sembrerebbe che l'unica risposta a questa domanda consista nella non invocabilità in giudizio dei poteri di deroga *ex art. 15* e, dunque, della non opponibilità da parte dello Stato della sospensione (quasi) totale, in tutto o in parte del suo territorio, del godimento di alcuni dei diritti convenzionali dovuta al verificarsi della situazione che avrebbe fisiologicamente dovuto condurre alla deroga. Di conseguenza, ove la Corte dovesse verificare che lo Stato ha abusato della restrizione con-

²⁴ I Principi sono stati elaborati dal Comitato per i diritti umani dell'International Law Association nella seduta di Parigi (26 agosto – 1 settembre 1984) e sono reperibili all'indirizzo <https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/b09/undervisningsmateriale/ParisMinimumStandards.pdf>.

²⁵ Sez. A., lett. B, traduzione rinvenibile in TAMMONE, *op. cit.*

²⁶ AMERICAN ASSOCIATION FOR THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1985, reperibili all'indirizzo <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>.

²⁷ Sez. II, lett. A(b).

²⁸ Ad ogni modo, nel caso in cui fosse presentato ricorso individuale per violazione della Convenzione, la Corte EDU dovrebbe comunque verificare il rispetto del principio di proporzionalità (sul quale si veda il successivo paragrafo 4): i giudici, infatti, sono chiamati ad accertare se, tra le misure idonee a perseguire l'interesse pubblico (tutela della salute), lo Stato abbia adottato quelle che comportavano la compressione minore dei diritti di cui si lamenta la violazione. Anche sotto questo profilo rileva il margine di apprezzamento, per cui lo scrutinio compiuto dai Giudici di Strasburgo non è mai a maglie strette. Posto, comunque, che l'Italia non ha attivato il meccanismo di cui all'art. 15, non pare necessario soffermarsi ulteriormente su questo profilo.

sentita ed ha posto in essere una vera e propria privazione del diritto, essa potrà sanzionarlo per la violazione della disposizione invocata dal ricorrente (o dai ricorrenti).²⁹

In dottrina si è recentemente argomentato che lo scrutinio della Corte EDU sulle ragioni sottostanti ai casi di deroga non possa essere molto diverso dal tradizionale giudizio compiuto dai Giudici di Strasburgo. In particolare, posto che i singoli articoli già prevedono dei meccanismi restrittivi, la Corte sarebbe comunque tenuta a valutare se le misure in questione siano permesse alla luce delle singole disposizioni convenzionali. Per questo motivo, si argomenta, il ricorso all'art. 15 sarebbe futile e ciò anche perché il ricorso alla deroga costituirebbe “un inutile messaggio alla popolazione che gli Stati cominceranno a limitare i diritti umani”.³⁰

Tale opinione sembra comunque criticabile, giacché una così ampia lettura del concetto di restrizioni consentite dai singoli articoli della Convenzione può costituire il presupposto per una deriva autoritaristica che è certamente contraria all'idea di società democratica (peraltro più volte menzionata nella CEDU).³¹ L'interpretazione sopra riportata, infatti, potrebbe rischiare di permettere ingiustificate restrizioni dei diritti convenzionali in qualsiasi situazione, secondo valutazioni di opportunità dello Stato, senza che vi sia un obbligo di informarne gli organi del Consiglio d'Europa e senza che la Corte EDU possa intervenire prima che sia trascorso un notevole lasso di tempo (posto il previo esaurimento dei ricorsi interni). Sembrerebbe d'altra parte più aderente alla realtà l'idea secondo la quale, proprio per l'eccezionalità delle circostanze che conducono alla sua applicazione e tenuto conto delle cautele procedurali che giustificano il ricorso a tale norma,³² l'art. 15 comporti uno scrutinio meno intenso della Corte e, all'opposto, un margine di apprezza-

²⁹ SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in www.sidiblog.org, 2020.

³⁰ DZEHTSIAROU, *COVID-19 and the European Convention on Human Rights*, in www.ejiltalk.org, 2020.

³¹ Cfr. GREENE, *States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic*, in www.strasbourgobservers.com, 2020.

³² Altro è, comunque, affermare che la sorveglianza della Corte o, più in generale, del Consiglio d'Europa sulle misure adottate dagli Stati possa (*rectius*: dovrebbe) essere più permeante. Sul punto v. EPURE, *Strengthening the supervision of ECHR derogation regimes. A non-judicial avenue*, in www.strasbourgobservers.com, 2020.

mento statale più ampio e dunque per l'Italia sarebbe risultato certamente più conveniente attivarlo.³³

Fatte queste opportune precisazioni, non ci resta che confrontare la conformità degli atti italiani rispetto alle singole disposizioni della CEDU.

3. Gli atti governativi e dei Presidenti delle Regioni alla luce del concetto del requisito di legalità di cui agli artt. 5 e 2, Prot. 4, CEDU

Il primo requisito, di carattere formale, posto dalle disposizioni della CEDU che qui interessano, per consentire restrizioni dei diritti in essa contenuti è quello del rispetto della c.d. riserva di legge. Qualsiasi limitazione dei diritti convenzionali deve essere quindi compatibile con il canone della c.d. *rule of law* che permea l'intero apparato convenzionale. Ma come deve intendersi il termine "legge" ai fini del dettato della Convenzione europea? È evidente che – posta la diversità dei sistemi costituzionali dei 47 Stati membri (tra i quali rientra anche il Regno Unito, un sistema di *common law* che in principio non ha leggi scritte) – non possa farsi ricorso alla nozione che ciascuno di essi ha dato del concetto de quo e sia quindi necessario individuare una nozione autonoma propria del sistema convenzionale. La giurisprudenza della Corte ha sviluppato un contenuto minimo sostanziale degli atti qualificabili come leggi.³⁴ Il requisito di legalità è dunque innanzitutto soddisfatto quanto l'atto in esame – che deve avere portata generale – è facilmente accessibile agli interessati e sufficientemente preciso (anche con riguardo alle sanzioni previste).³⁵ Se un atto statale non è dotato dei criteri di tassatività e puntualità, esso non è invece idoneo a stabilire delle restrizioni legittime al godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione.³⁶ Ta-

³³ SOMMARIO, *Stati d'emergenza*, cit., 45 ss. (il quale comunque auspica una riduzione della portata interpretativa del margine d'apprezzamento); CATALDI, *op. cit.*, 558. Contro un ampio margine di apprezzamento (ed in favore di un controllo permeante sull'esistenza di una "emergenza pubblica") anche in caso di deroga, v. l'autorevole tesi di HIGGINS, *op. cit.*, 299-300.

³⁴ Si veda, ad es., la sentenza *Karademirci e altri c. Turchia*, ricorsi n. 37096/97 e 37101/97.

³⁵ *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, sentenza del 25 febbraio 1992, ricorso n. 12963/87.

³⁶ *Diana e Domenichini c. Italia*, sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n. 15211/89, su cui v. VIARENGO, *op. cit.*, 1000.

le atto, infine, deve essere suscettibile di revisione nell'ambito dell'ordinamento interno, sia con riferimento al suo contenuto che alla sua applicazione (e ciò per scongiurare interpretazioni arbitrarie).³⁷ Il concetto di "legge" secondo la giurisprudenza della Corte è, in conclusione, molto ampio: esso ricomprende, tra l'altro, la legislazione nazionale, il diritto pretorio (tipico degli ordinamenti di *common law*), i decreti regi (adottati nelle monarchie ancora esistenti), i decreti emergenziali e i regolamenti interni che hanno una propria base giuridica nell'ordinamento interno (ad es. i regolamenti di esecuzione).

Non sembra dubitabile, quindi, che la riserva di legge imposta dalla CEDU possa dirsi soddisfatta nel caso dei DPCM adottati dal Presidente del Consiglio. Non pare che soluzione diversa possa essere poi raggiunta nel caso di provvedimenti dei Presidenti di regione. Si tratta di tutti atti che godono dei requisiti di generalità, tassatività, precisione e sindacabilità che la Corte richiede.

Resta da verificare il caso in cui gli atti regionali siano adottati in totale assenza di potere da parte dei Presidenti. Sarebbe certamente questo il caso sia dell'irrogazione di sanzioni penali per la violazione di ordinanze regionali, sia di eventuali atti di "chiusura" delle regioni a scopo precauzionale, adottati nella c.d. "fase 2", ossia l'arco temporale successivo alla cessazione dell'emergenza vera e propria.³⁸ Si tratta di atti in esercizio di un potere che, secondo accreditata dottrina costituzionalistica, non trova alcun fondamento nella Costituzione.³⁹ L'assenza di potere incide sulla qualificazione come "legge" ai fini della riserva? Sul punto, l'analisi non può che dipendere dalla valutazione che il diritto italiano darà degli stessi (eventuali) atti di "chiusura" delle regioni adottati su base locale; ove la Corte EDU arrivasse infatti a giudicare sulla divisione di poteri interni ad uno Stato, essa andrebbe a sostituirsi al sistema di revisione costituzionale del Paese e *invaderebbe* il c.d. "dominio riservato", ossia quell'area di sovranità statale che non è soggetta a compressioni dovute al diritto internazionale. Conferma implicita di quanto appena detto si ritrova nell'unico precedente in cui la Corte ha ritenuto violato il requisito della riserva di legge di cui all'art. 2 del

³⁷ VIARENGO, *op. cit.*, 1000.

³⁸ Ma, a livello costituzionale, potrebbe addirittura farsi riferimento a tutte le ordinanze regionali adottate dopo che il primo DPCM sia entrato in vigore, posto che il potere di adottare ordinanze regionali è concesso dall'art. 3 del decreto legge 6/2020 attribuisce questo potere solo *nelle more dei DPCM*.

³⁹ D'ALOIA, *op. cit.*, 2.

Protocollo 4. Nel caso di specie, un ostacolo alla libertà di circolazione era stato inserito con regolamento adottato da una Repubblica della Federazione Russa e non attraverso una legge.⁴⁰ La particolarità di questa controversia sta nel fatto che l'assenza di una "legge" fosse stata riconosciuta dallo stesso Governo convenuto, il che ha garantito che l'assenza di potere fosse certificata dallo Stato e non dalla Corte.⁴¹

Distinto profilo è quello che riguarda la possibile arbitrarietà delle ordinanze regionali, della quale ci occuperemo specificamente nel paragrafo seguente.

4. *Gli atti adottati dall'Italia in relazione all'art. 5 CEDU. In particolare: la misura di "quarantena obbligatoria" adottata dal Presidente della regione Campania.*

È adesso il momento di valutare la compatibilità delle limitazioni alla libertà personale e al diritto di circolazione poste dai DPCM emessi dal Presidente Conte e dall'ordinanza n. 15 del 2020 della regione Campania alla luce delle disposizioni degli artt. 5 e 2, Prot. 4 CEDU.

Quanto alla libertà di circolazione, l'art. 5 CEDU sancisce, per quanto qui di interesse, che "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (...) e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo".⁴²

La disposizione fa riferimento alla c.d. privazione di libertà, consistente in "una misura adottata dall'autorità pubblica e in forza della quale una persona viene a essere costretta in un luogo determinato e delimitato, per un tempo definito, [c.d. elemento oggettivo] contro la sua

⁴⁰ *Gartukayev c. Russia*, sentenza del 13 dicembre 2005, ricorso n. 71933/01. Il 28 settembre 1999 il Ministro degli interni della Repubblica Kabardino-Balkaria emise la Direttiva n. 1/220 (*Указание МВД КБР № 1/220*) riguardante la procedura per l'attraversamento di confini tra la Repubblica e la Cecenia. Tale direttiva stabilì stringenti controlli al confine e richiedeva ai ceceni di mostrare una c.d. "tessera di migrante" agli ufficiali di polizia locale.

⁴¹ Si veda il par. 21 della decisione.

⁴² La disposizione è oggetto di diffusa trattazione in SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2016, 344 ss.; GIALUZ, SPAGNOLO, *Art. 5*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, 106 ss.

volontà o senza il suo consenso [c.d. elemento soggettivo]”.⁴³ Questa andrebbe distinta da una mera “limitazione della libertà”, consentita dalla Convenzione, anche se non è facile tracciare una linea netta tra le due categorie. Stando alla Corte EDU, la valutazione non può che essere compiuta in concreto, tenendo conto del genere, della durata (anche se sono state riconosciute privazioni della libertà di durata molto limitata),⁴⁴ degli effetti e della modalità di esecuzione della misura. A tal riguardo, non vanno certamente sottovalutati il contesto nel quale la misura si inserisce e l'impossibilità per i soggetti coinvolti di coltivare relazioni sociali.⁴⁵

La libertà personale è, evidentemente, un diritto che ha rilevanza primaria in una società democratica, ma che necessita – come tutti i diritti – di essere temperato con altre garanzie di eguale importanza, le quali devono essere sempre riconducibili al tassativo elenco previsto dall'art. 5. Nel caso di specie, il riferimento va senz'altro al diritto alla vita (di cui all'art. 2 CEDU)⁴⁶ e alla salute dei cittadini (di cui, indirettamente, all'art. 2 e alla lettera e) dell'art. 5 CEDU).⁴⁷

La Corte EDU, ad ogni modo, richiede che ciascuna privazione della libertà personale sia conforme al diritto nazionale e non arbitraria.⁴⁸

⁴³ GIALUZ, SPAGNOLO, *op. cit.*, 111.

⁴⁴ Cfr., anche per la bibliografia ivi citata, GIALUZ, SPAGNOLO, *op. cit.*, 112, in cui si fa riferimento alla privazione di libertà per sottoposizione a un esame coattivo del sangue o alla conduzione di un soggetto a una stazione di polizia e al suo trattenimento a fini identificativi per circa un'ora.

⁴⁵ *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, par. 58-63.

⁴⁶ Si riconosce, infatti, che tale disposizione comporti un onere a carico dello Stato di attivarsi affinché la vita dei propri cittadini non sia messa a repentaglio da fattori esterni. Cfr. STUBBINS BATES, *Article 2 ECHR's Positive Obligations – How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic?*, in www.opiniojuris.org, 2020; MCBRIDE, *An Analysis of COVID-19 Responses and ECHR Requirements*, in www.echrblog.blogspot.com, 2020.

⁴⁷ Rileva, con riguardo al solo diritto internazionale, PALOMBINO, *Costituzione e coronavirus. Nella fase 2 la democrazia dovrà preoccuparsi della «sicurezza economica»*, in www.linkiesta.it, 2020, che “a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48, esigenze di sicurezza hanno sempre giustificato limitazioni dei diritti e delle libertà individuali. Certo, la limitazione incontra a sua volta dei ‘limiti’, essendo necessario che la stessa sia prevista per legge, persegua uno scopo legittimo e sia necessaria al fine di realizzare quello scopo. Ma nessuno mette in dubbio che a queste condizioni la limitazione sia legittima”.

⁴⁸ V. ad es. Corte EDU (Grande Camera), *Mooren c. Germania*, sentenza del 9 luglio 2009, ricorso n. 11364/03, par. 72 ss.

Posto dunque il rispetto della riserva di legge (si veda il par. precedente), è necessario che la detenzione sia conforme al diritto nazionale – anche in ottemperanza al principio della certezza del diritto – e che quindi essa sia disposta da un'autorità qualificata e che non abbia carattere arbitrario.⁴⁹ Ciò vuol dire che l'internamento dev'essere effettivamente necessario in relazione allo scopo perseguito.⁵⁰ A tal riguardo, è opportuno rammentare che “la detenzione di una persona è una misura così grave che può giustificarsi solo come ultima risorsa, quando altre, meno gravi, misure sono state prese in considerazione o sono state ritenute insufficienti a salvaguardare l'interesse individuale o collettivo che viene in rilievo”.⁵¹

Poste queste considerazioni di carattere generale, è necessario brevemente soffermarsi sulla lettera e) dell'art. 5 CEDU, riguardante l'internamento per ragioni sanitarie. La Corte ha ritenuto che in questi casi l'interesse all'internamento riguardi non solo la popolazione, ma anche lo stesso soggetto detenuto, al quale per il proprio stato di salute è consigliabile essere confinato in un certo luogo.⁵² Ad ogni modo, è consentito che la privazione della libertà personale sia in questi casi disposta dall'autorità amministrativa allo scopo di prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, da parte di un soggetto che potrebbe anche soltanto risultare infetto, posto che ciò sia indispensabile per neutralizzare il pericolo di contagio.⁵³

È comunque richiesto che la detenzione rispetti il principio di pro-

⁴⁹ Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, sentenza del 27 novembre 1981, ricorso n. 6301/73, par. 45.

⁵⁰ Cfr. Corte EDU, *Enborn c. Svezia*, sentenza del 25 gennaio 2005, ricorso n. 56529/2000, par. 44.

⁵¹ GIALUZ, SPAGNOLO, *op. cit.*, 118. Corte EDU, *Hilda Hafsteindottir c. Islanda*, sentenza dell'8 giugno 2004, ricorso n. 40905/98, par. 51.

⁵² *Guzzardi c. Italia*, sentenza del 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/76, par. 98.

⁵³ GIALUZ, SPAGNOLO, *op. cit.*, 131. A tal riguardo, in termini generali, per la giurisprudenza della Corte “[a] period of detention is, in principle, ‘lawful’ if it is based on a court order.” (v. ad es. *Jecius c. Lituania*, sentenza del 31 luglio 2000, ricorso n. 34578/97, para 68). Tuttavia, non si richiede necessariamente l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria (nei termini di una convalida), quanto la possibilità di ottenere una revisione della misura, come sancito anche dalla garanzia procedurale ex art. 5, par. 4, CEDU, secondo cui “[o]gni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima”. Questa possibilità è garantita dall'ordinamento italiano, così come confermato dai ricorsi al TAR avverso le ordinanze del Presidente della regione Campania.

porzionalità. Essa deve dunque essere idonea a conseguire lo scopo prefisso, necessaria – ossia non vi devono essere misure meno intrusive per ottenere il medesimo obiettivo – e deve soddisfare il requisito della proporzionalità *stricto sensu*, il quale impone una valutazione costi-benefici da effettuare in concreto in relazione alla compressione dei diritti posta in essere.⁵⁴ Così, in una controversia riguardante un soggetto internato in ospedale per quasi un anno e mezzo per evitare che costui potesse propagare il virus dell’HIV, si è ritenuto che tale misura fosse sproporzionata in quanto non necessaria, giacché sarebbero certamente esistiti mezzi meno afflittivi per conseguire il medesimo risultato.⁵⁵ In ogni caso, nell’unico caso in cui si è trovata a valutare una misura di quarantena, la Corte ha attribuito agli Stati un ampio margine di apprezzamento allo scopo di fronteggiare l’eccezionalità di una crisi sanitaria, anche se ha enfatizzato che le misure limitative debbano essere temporanee e debbano cessare di avere efficacia – per ritenersi proporzionali – non appena le circostanze lo permettano.⁵⁶

Ciò posto, e guardando alle misure contenute nei DPCM del Presidente Conte, si tratta sicuramente di provvedimenti legittimi.⁵⁷ Essi sono infatti giustificati dalla necessità di prevenire un contagio *a macchia d’olio* del Coronavirus e – come dimostrato dalla drastica riduzione del numero degli ammalati – certamente idonei a conseguire questo scopo. È ragionevole ritenere che, come confermato da autorevoli esponenti della comunità scientifica, nonché dal fatto che le misure di *lockdown* siano state ampiamente diffuse su scala globale, non sussistessero provvedimenti meno intrusivi per conseguire l’obiettivo prefisso.⁵⁸ Del resto, i c.d. “decreti Conte” sicuramente limitano la libertà personale ma non la eliminano. Resta infatti la possibilità di “uscire dal proprio domicilio solo per andare al lavoro, per motivi di salute o per necessità ovvero per

⁵⁴ PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018, 132.

⁵⁵ *Enborn*, cit., par. 55.

⁵⁶ Corte EDU *Kuimov c. Russia*, sentenza dell’8 gennaio 2009, ricorso n. 32147/04, para. 96. Cfr. MCBRIDE, *op. cit.*

⁵⁷ SPADARO, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?*, in *www.ejiltalk.org*, 2020.

⁵⁸ SPADARO, *op. cit.*: “measures limiting social contacts are not simply adequate, but have in fact proven to be the only effective ones to limit the spread of the new coronavirus. Moreover, the measure taken by the Italian government are strictly limited – materially, temporally, and initially also geographically – to the exigencies of the situation”.

svolgere attività sportiva o motoria all'aperto".⁵⁹ Allo stesso modo, la detenzione domiciliare obbligatoria per coloro i quali sono risultati positivi al COVID-19 è pienamente giustificabile alla luce della lettera e) dell'art. 5 CEDU. Si tratta, infatti, di evitare il certo (o, almeno, altamente probabile) propagarsi della malattia dovuto ai contatti sociali di un soggetto che ne è certamente affetto.

Diverso è il discorso per la c.d. "quarantena obbligatoria" applicata dalla regione Campania. Come già detto, non è qui in discussione la legittimazione del Presidente della regione ad emettere un simile provvedimento, ma semplicemente la conformità alla CEDU delle restrizioni alla libertà personale in esso previste, che certamente non soddisfano il principio di proporzionalità come sopra individuato. Non a caso, il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) della Campania ha già sospeso due volte, in via cautelare, provvedimenti del genere disposti dalla polizia.⁶⁰

Nella sostanza, infatti, i provvedimenti di quarantena obbligatoria finiscono per confinare nel proprio domicilio soggetti che *non* hanno (almeno fino a prova contraria) contratto la malattia e che si trovano a non poter neppure soddisfare i propri bisogni primari (es. approvvigionamento di generi alimentari) per il sol fatto di aver svolto attività fisica all'aperto (qualcosa di peraltro consentito dalle misure adottate dal Presidente del Consiglio).

Vediamo, dunque, se un provvedimento del genere soddisfa il principio di proporzionalità. Per quanto concerne il requisito dell'idoneità, esso potrebbe dirsi soddisfatto: è evidente che, se l'obiettivo di uno Stato è evitare il propagarsi di una malattia il cui contagio avviene tramite goccioline di saliva, l'internamento coatto del maggior numero possibile di consociati è – seppur abnorme – certamente un mezzo efficace. Ma d'altra parte è evidente che la misura non è necessaria: la detenzione domiciliare per 14 giorni di coloro i quali – pur non malati – sono colti per strada a svolgere attività fisica è sicuramente una sanzione

⁵⁹ Decreto #IoRestoaCasa, domande frequenti sulle misure adottate dal Governo, pubblicato il 18 Aprile 2020, reperibile all'indirizzo <http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa>.

⁶⁰ Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, decreto del 20 marzo 2020, n. 01087/2020 e decreto del 21 marzo 2020, n. 1068/2020. Trattandosi di misure adottate in via cautelare, esse non contengono una motivazione in punto di diritto. Uno dei decreti d'accoglimento è basato, tra l'altro, sull'argomento per cui il soggetto destinatario del provvedimento era legittimamente uscito per comprare le sigarette.

eccessiva rispetto all'obiettivo conseguito (anche tenendo conto del contesto legislativo nazionale).⁶¹ Pur volendo ammettere una misura più restrittiva rispetto al resto della nazione (il che, in regione Campania, non parrebbe giustificabile alla luce del limitato numero di contagi), sicuramente la sanzione dell'internamento assoluto per persone presumibilmente sane (e alla cui violazione conseguono serie misure di carattere penale) è certamente troppo severa rispetto allo scopo del legislatore regionale. Infine, non risulta soddisfatto nemmeno il requisito della proporzionalità *stricto sensu*, posto che la compressione in concreto della libertà personale dei cittadini è assolutamente eccessiva rispetto al potenziale beneficio che l'interesse generale può conseguire dall'internamento di persone non contagiate fino a prova contraria.

Se, in conclusione, il concetto di arbitrarietà ed il principio di proporzionalità impongono, da un lato, il rispetto dei principi cardine dello stato di diritto e, dall'altro, il divieto dell'abuso di potere, la misura della regione Campania (di là dai dubbi in merito alla competenza di una regione ad emettere provvedimenti contenenti sanzioni penali, che – come già detto – non rientra nell'ambito dello scrutinio della Corte EDU) ricade chiaramente nell'ipotesi di eccesso o abuso di potere, e quindi di una detenzione che si basa su un atto legislativo, ma è arbitraria in quanto è l'atto stesso ad essere viziato.

5. Segue. *Gli atti adottati dall'Italia in relazione all'art. 2, Prot. 4, CEDU: profili di discriminazione tra regioni?*

Poco c'è da aggiungere con riguardo alla possibile violazione dell'art. 2 del Prot. 4 CEDU. Tale norma prevede che "1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di scegliervi liberamente la sua residenza. (...) 3. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica

⁶¹ Giova ripetere che a questi soggetti è addirittura preclusa la possibilità di approvvisionarsi, circostanza che in dottrina è stata ritenuta di non poco conto nell'ambito di una valutazione delle violazioni dell'art. 5. Cfr. MCBRIDE, *op. cit.*, secondo il quale "[t]he ability to obtain the necessities for life and well-being will be an important factor in determining whether or not the balance between [this right] and the public interest has been respected".

sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica”⁶².

Anche questa disposizione affida la valutazione dell'esistenza di una sua violazione al rispetto del principio di proporzionalità⁶³ e dunque non pare che le conclusioni sulla (il)liceità dei provvedimenti statali e regionali menzionati in precedenza possa variare rispetto a quanto già detto. Tutte le limitazioni alla libertà di circolazione (ad es. l'obbligo di permanere nel proprio comune di residenza) hanno natura temporanea e sono state giustificate dalle contingenze dell'emergenza da Coronavirus, come dimostra il progressivo inasprimento delle limitazioni da parte del Governo che ha seguito l'aggravarsi della situazione.

L'unico elemento di novità che si ritrova nell'art. 2 del Prot. 4 è dato dall'esplicita legittimazione di misure che limitino la libertà di circolazione solo su parte del territorio nazionale. Ciò conferma che è quindi ammissibile – secondo la CEDU e fermo restando il profilo dell'arbitrarietà e della non proporzionalità (dal punto di vista sostanziale) delle misure regionali adottate – l'idea che con ordinanza regionale si limiti la libertà di circolazione con riferimento ad una sola porzione del territorio nazionale. Ciò ci consente di svolgere, in conclusione, qualche riflessione in relazione al principio di eguaglianza di trattamento tra persone residenti in regioni diverse, dando per assunto che le seguenti considerazioni *non* riguardano il riparto di competenze tra Stato e regioni, che rientra nel dominio riservato e non può mai quindi essere oggetto di sindacato della Corte EDU.

Il divieto di discriminazioni si ritrova primariamente nell'art. 14 CEDU,⁶⁴ secondo cui “[i]l godimento dei diritti e delle libertà ricono-

⁶² SCHABAS, *op. cit.*, 1052 ss.; FAVILLI, *Art. 2 Prot. 4*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 859 ss.

⁶³ FAVILLI, *op. cit.*, 864.

⁶⁴ Più in generale, poi, il divieto di discriminazioni è stato oggetto del Protocollo n. 12 alla CEDU (ratificato dall'Italia il 4 novembre 2000), il cui articolo 1, rubricato “Divieto generale di discriminazione” stabilisce quanto segue: 1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. 2. Nessuno potrà essere oggetto

sciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".⁶⁵ Si tratta di una disposizione strumentale, nel senso che essa si connette alle altre norme convenzionali andando a completarne le relative previsioni. La disparità di trattamento *ex art. 14* si può quindi avere in relazione al godimento di altri diritti convenzionali (tra cui la libertà di circolazione) ma la violazione del principio di uguaglianza non necessariamente implica anche la lesione del diritto a cui di volta in volta si riferisce.⁶⁶ Va inoltre considerato che la Corte EDU ha interpretato il principio di eguaglianza in senso sostanziale. Affinché si riscontri una disparità di trattamento illegittima, quindi, i giudici innanzitutto accertano che le situazioni rispetto alle quali si riscontra questa difformità siano oggettivamente comparabili. Devono quindi esserci analogie tali da giustificare un trattamento uniforme⁶⁷ e la discriminazione non deve essere supportata da una giustificazione oggettiva. La disparità di trattamento, quindi, deve trovare fondamento in un fine legittimo dello Stato, ossia nella necessità di tutelare un diritto egualmente protetto dalla Convenzione.

Dal combinato disposto del par. 3 dell'art. 2 del Prot. 4 CEDU e dell'art. 14, si comprende quindi che non vi è discriminazione nel godimento della libertà di circolazione allorché le differenze di trattamento siano oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.

Ne discende che misure simili al divieto di attività sportiva

di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1". Si noti che l'art. 1, Prot. 12, CEDU può essere invocato autonomamente, al contrario dell'art. 14 CEDU, che, come osservato nel testo, può essere invocato solo in combinato disposto con un altro articolo della convenzione o dei suoi protocolli.

⁶⁵ Su questa norma cfr. PETERSEN, *The Principle of Non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law*, in NAKANISHI (a cura di) *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Heidelberg, 2018, 129 ss.; GERARDS, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 99 ss.

⁶⁶ ZARRA, *L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema del Regno Unito alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, 1030.

⁶⁷ STAIANO, *(In)Comparable Situations: Same-Sex Couples' Right to Marriage in European Case Law*, in *www.federalismi.it*, 2017, 4 ss.

all'aperto disposto dalla regione Campania siano giustificabili – ossia costituiscano una discriminazione ragionevole rispetto alle altre regioni d'Italia – soltanto laddove risulti che, in concreto, il numero dei contagi sia talmente alto da far sì che anche il mero praticare sport in strada possa sostanziarsi in un reale pericolo di maggiore contagio (per il soggetto che la compie e per gli altri) rispetto a quanto accade per le altre regioni. Deve comunque considerarsi che, sul punto, gli organi decisori statali godono di un ampio margine di apprezzamento.⁶⁸ Pertanto, sebbene la misura campana appaia in una certa misura eccessiva – anche alla luce di una comparazione del numero dei contagi in Campania rispetto ad altre regioni dove l'attività sportiva è stata ancora praticata –, difficilmente la Corte EDU, eventualmente adita dopo l'esperienza di tutti i ricorsi interni, si pronuncerebbe nel senso dell'illegittimità del provvedimento regionale.

6. Conclusioni

Il presente scritto ha esaminato il rapporto tra le misure italiane di contrasto alla pandemia da COVID-19 e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, specificamente soffermandosi anche su alcune misure proprie della regione Campania, ossia il divieto assoluto di praticare attività sportiva all'aperto e la conseguente “quarantena obbligatoria” – consistente in una vera e propria detenzione domiciliare – disposta per i trasgressori.

Dall'analisi svolta è emerso innanzitutto che sarebbe stato opportuno, visti i connotati della crisi da Coronavirus, che l'Italia avesse fatto ricorso al meccanismo di deroga previsto dall'art. 15 CEDU, posto che alcune delle limitazioni ai diritti convenzionali (in specie quelle adottate dalla regione Campania) sembrano andare ben oltre le mere restrizioni consentite dalle disposizioni che garantiscono i diritti in gioco. L'assenza dell'attivazione formale di tale meccanismo comporterà che – ove i provvedimenti che si ritengono lesivi dei diritti garantiti dalla Convenzione dovessero essere oggetto di giudizio dinnanzi alla Corte EDU – certamente lo Stato non potrà invocare la condizione di deroga

⁶⁸ TAN, *Demarcating the Margin: Positive Obligations under Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law (online)*, 2018.

ex art. 15 CEDU ed i Giudici di Strasburgo, di conseguenza, opereranno un giudizio più stringente, accordando allo Stato un minore margine di apprezzamento nella valutazione delle eventuali violazioni.

Si è altresì messo in evidenza che non pare possa ritenersi violato il requisito di legalità – previsto da tutte le rilevanti disposizioni convenzionali – posto che certamente gli atti italiani, pur non rientrando nel concetto formale di legge, soddisfano la definizione sostanziale del termine che la Corte EDU ha nel tempo sviluppato.

Quanto al merito delle possibili violazioni della CEDU, si è provato a dimostrare che – mentre tutti i provvedimenti assunti dal Presidente Conte attraverso i vari DPCM susseguitisi nel tempo possono essere qualificati come mere restrizioni dei diritti convenzionalmente tutelati e certamente rispettano il principio di proporzionalità che è alla base dell'analisi relativa alla lesione degli artt. 5 e 2, Prot. 4, CEDU – le particolari misure disposte dalla regione Campania potrebbero essere considerate in violazione del principio della libertà personale e del divieto di non discriminazione nel territorio nazionale in relazione al godimento della libertà di circolazione. Per rendere (quantomeno in parte) giustificabili queste ultime misure – corrispondenti a vere e proprie privazioni dei diritti garantiti dalla CEDU – sarebbe stato sicuramente necessario, come già evidenziato, che l'Italia avesse attivato il meccanismo della deroga di cui all'art. 15.

L'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ DAVANTI ALLA PANDEMIA

DONATO GRECO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto internazionale della salute pubblica: un itinerario sullo sviluppo del settore. – 3. L'emergenza da Covid-19: profili fattuali. – 4. Il quadro normativo. – 4.1. Il sistema collettivo di sorveglianza. – 4.2. La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. – 4.3. Le raccomandazioni temporanee. – 4.3.1. Le restrizioni di commerci e trasporti per ragioni sanitarie. – 4.4. La dichiarazione dello stato pandemico. – 5. Giustiziabilità delle controversie. – 6. Prospettive conclusive.

1. *Introduzione*

Con la presente indagine ci si propone di analizzare l'emergenza da Covid-19¹ dalla prospettiva del diritto internazionale della salute pubblica. Dopo una breve ricognizione dei contorni del settore², si procederà a ricostruire il quadro normativo rilevante, per definire quali obblighi sorgano in capo agli Stati e che ruolo svolga l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), nel governo della crisi sanitaria. Quindi, si proverà a verificare l'efficacia del Regolamento sanitario internazionale (RSI) del 2005 – che in questa vicenda costituisce il riferimento normativo principale –, in considerazione dell'adeguatezza dell'azione messa in campo dall'OMS e del grado di osservanza mostrato dagli Stati. In tale contesto verranno tracciati i lineamenti fondamentali del sistema collettivo di sorveglianza e saranno analizzati gli atti più rilevanti adotta-

* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale, Università di Napoli Federico II. L'autore intende rivolgere un sincero ringraziamento a Sumanta Serrapede per aver agevolato la ricerca e l'analisi delle fonti.

¹ Il Covid-19 (*Coronavirus Disease 2019*), anche conosciuto come SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*), è una malattia respiratoria acuta, causata da un agente patogeno appartenente alla famiglia dei coronavirus e trasmissibile per via aerea mediante contatto con persone infette.

² Per un riferimento sistematico alla materia si veda P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011; G.L. BURCI, B. TOEBES, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham-Northampton, 2018; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

ti dall'OMS in questi mesi³, soffermandosi su alcune criticità emerse. Da ultimo, si cercherà di individuare i rimedi di composizione delle liti, mettendone in evidenza i limiti.

Occorre poi, in via incidentale, far notare le forti implicazioni che gli atti dell'OMS, ancorché per la maggior parte non vincolanti, possono avere su altri settori del diritto internazionale, che, considerati isolatamente, potrebbero confliggere l'uno con l'altro secondo il noto paradigma della frammentazione normativa⁴. Infatti, nel fronteggiare la crisi pandemica gli Stati si trovano dinanzi a un paradosso. Essi adottano misure che si configurano necessarie ad assolvere ai doveri di diligenza cui li vincola, a livello del diritto consuetudinario, il principio del *neminem ledere* e la tutela degli individui in caso di disastri e, a livello del diritto convenzionale, il diritto internazionale della salute pubblica, nonché i diritti umani alla vita e alla salute. Al contempo, però, tali provvedimenti espongono gli stessi Stati al rischio di trasgredire agli obblighi di tutela delle libertà fondamentali e degli investimenti stranieri, o loro derivanti dal diritto del commercio internazionale.

In realtà, il paradosso è solo apparente, in quanto è del tutto comprensibile che un ordinamento giuridico complesso, come certamente è il diritto internazionale contemporaneo, debba tutelare valori e beni giuridici differenti, anche potenzialmente confliggenti. È necessario, dunque, operare un bilanciamento nello stabilire il grado di tutela da accordare a ciascuna di queste diverse esigenze, tenendo conto della situazione storicamente determinata in cui ci si trova a operare. A tale riguardo vengono in rilievo gli atti dell'OMS quali strumenti di «regolazione mite», adottabili ed emendabili rapidamente. La loro autorità normativa e scientifica, infatti, può svolgere un ruolo di primo piano quando si debba valutare la legittimità sostanziale delle misure sanitarie varate dagli Stati e stabilire se esse diano luogo a un illecito o, invece, siano giustificate da una deroga eventualmente prevista nel singolo si-

³ Ci si riferisce al periodo tra dicembre 2019 e aprile 2020, in cui il virus dalla Cina si è propagato a livello mondiale.

⁴ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006; *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (UN Doc. A/61/10, par. 251), in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2006.

stema convenzionale o da una delle generali cause di esclusione dell'illeceità, codificate dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) nell'articolato sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali del 2001⁵. Nello specifico, il grado di aderenza alle indicazioni dell'Organizzazione costituisce un indice – tra gli altri –, in base a cui valutare requisiti generali come necessità, proporzionalità, ragionevolezza o adeguatezza delle misure. In questi termini, può dirsi che gli atti dell'OMS, superando i confini delle regolazioni pattizie grazie alla propria natura di *soft law*, rappresentano un fattore di amalgama che contribuisce a riconciliare e coordinare i diversi settori in cui si articola il diritto internazionale.

2. Il diritto internazionale della salute pubblica: un itinerario sullo sviluppo del settore

La regolazione internazionale della salute pubblica, pur se meno nota di altri settori, vanta origini alquanto risalenti e dell'ordinamento internazionale condivide il lungo processo di evoluzione⁶. Intorno alla metà dell'Ottocento, l'intensificarsi del commercio internazionale e il concomitante aumento delle malattie infettive resero evidente la necessità per gli Stati europei di avviare una prima forma di cooperazione nel campo della salute pubblica. A quell'epoca, però, la comunità scientifica era fortemente divisa circa le modalità di trasmissione delle infezioni e, di conseguenza, anche sui mezzi per prevenirle. In questo contesto il Governo francese convocò a Parigi, nel 1851, la prima Conferenza sanitaria internazionale, con l'obiettivo di regolare la profilassi di colera, peste e febbre gialla. Venne pertanto stilata una bozza di accordo, a cui era allegato il Regolamento sanitario internazionale (*International Sanitary Regulations*): un articolato di 137 disposizioni. L'esito che ne scaturì fu fallimentare: soltanto Francia e Regno di Sardegna ratificarono il trattato. Nonostante la falsa partenza, il processo avviato era ormai irreversibile: l'esperienza, infatti, aveva evidenziato la consapevolezza degli Stati che la materia non potesse più essere considerata una mera que-

⁵ Commissione di diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001* (UN Doc. A/56/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2001.

⁶ D.P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, 325-392.

stione di dominio riservato e che fosse giunto il momento di coordinare a livello internazionale le proprie politiche di salute pubblica. Si susseguì, pertanto, una fitta serie di conferenze e solo alla settima (Venezia, 1892) venne sottoscritta la prima Convenzione sanitaria internazionale⁷, ratificata da quattordici Nazioni con lo scopo di prevenire il rischio di diffusione del colera in Europa, aggravato dall'apertura del Canale di Suez nel 1869. Nel 1903, questa volta su iniziativa del Governo italiano, venne convocata a Parigi un'undicesima conferenza, da cui scaturì la Convenzione sanitaria internazionale, che riassorbì le precedenti quattro in un unico testo⁸.

Già verso la fine dell'Ottocento aveva cominciato a circolare l'idea di istituire un'agenzia sanitaria internazionale, la cui natura – nelle proposte avanzate – variava dall'istituto di ricerca su malattie infettive al centro di notificazione dei focolai di contagio. Se si eccettua la costituzione, nel 1902, del Pan-American Sanitary Bureau, che non aveva un carattere propriamente internazionale, il progetto trovò concretizzazione in occasione della Conferenza di Roma del 1907⁹, con cui venne istituito l'Office International d'Hygiène Publique (OIHP), con sede a Parigi. Esso ebbe l'incarico di raccogliere e condividere conoscenze nella prevenzione delle malattie infettive, nonché quello di emendare le convenzioni sanitarie già concluse: al suo lavoro si deve il progressivo aggiornamento della Convenzione sanitaria del 1903, con l'inclusione, nel suo campo di applicazione, di colera, peste e febbre gialla, nel 1912, di tifo e vaiolo, nel 1926¹⁰.

Se in questa prima fase di sviluppo il diritto internazionale della salute pubblica è stato per lo più espressione dell'esigenza degli Stati europei e nordamericani di impedire l'importazione di «malattie asiatiche» in Occidente¹¹, decisivi per l'avanzamento del processo di organizzazione internazionale verso una dimensione universalistica sono stati i due conflitti mondiali. Con il Trattato di Versailles (1919), che pose fine

⁷ *International Sanitary Convention*, Venezia, 30 gennaio 1892, in *Great Britain Treaty Series*, vol. 8, 1893.

⁸ *International Sanitary Convention*, Parigi, 3 dicembre 1903. L'ottava (Dresda, 1893), nona (Parigi, 1894) e decima (Venezia, 1897) conferenza portarono alla conclusione di tre Accordi, diretti rispettivamente a prevenire la diffusione del colera via terra, a regolare il pellegrinaggio alla Mecca e a contrastare il contagio della peste.

⁹ *International agreement for the creation in Paris of an International Office of Public Health*, Roma, 9 dicembre 1907.

¹⁰ La Convenzione del 1926 è stata a sua volta emendata nel 1938 e nel 1944.

¹¹ N. HOWARD-JONES, *Origins of International Health Work*, in *British Medical Journal*, 6 maggio 1950, 1032-1037, 1035.

alla Grande guerra, venne siglato il Patto della Società delle Nazioni, in base al quale gli Stati membri si impegnavano ad adottare provvedimenti per la prevenzione e il controllo delle malattie¹². La proposta di fare dell'OIHP un organo della Società incontrò la ferma opposizione degli Stati Uniti, che avevano sottoscritto la Convenzione di Roma, ma non avevano aderito al Patto. Per tale ragione si optò per l'istituzione di un altro organismo: l'Organizzazione della sanità della Società delle Nazioni. Nei suoi anni di attività, quest'ultima concentrò i propri sforzi sul contenimento delle malattie infettive – in particolare, sullo sviluppo di tecniche di immunizzazione attiva –, nonché sulla standardizzazione dei metodi diagnostici e terapeutici, e delle misure profilattiche. Come è noto, la Società delle Nazioni non sopravvisse a lungo, travolta dallo scoppio del Secondo conflitto mondiale, al termine del quale venne sostituita dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU).

Per iniziativa del Consiglio economico e sociale, nel giugno del '46, venne convocata a New York una conferenza internazionale sulla salute, che si concluse, il successivo 22 luglio, con la firma del Trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale della sanità¹³ da parte di sessantuno Stati, entrato definitivamente in vigore il 7 aprile 1948, raggiunte le ventisei ratifiche. L'Organizzazione – che ha sede a Ginevra e, ad oggi, conta 194 Stati membri – costituisce una delle agenzie specializzate dell'ONU. Essa ha inglobato al proprio interno, dapprima, l'OIHP e, nel 1949, il Pan-American Sanitary Bureau, che da quel momento è diventato l'ufficio regionale dell'OMS per le Americhe¹⁴.

Scopo primario dell'OMS è portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità, a tal fine riconoscendo quello alla salute come un diritto umano fondamentale e quale condizione di pace e sicurezza nel mondo. Ai sensi dell'art. 21, lett. a), della sua Costituzione, l'Organizzazione, attraverso il proprio organo assembleare, viene autorizzata a emanare regolamenti concernenti le misure sanitarie volte a impedire la propagazione delle malattie da un Paese all'altro¹⁵, con efficacia vincolante per gli Stati membri, salvo questi rifiutino espressamente di

¹² *Covenant of the League of Nations*, Parigi, 29 aprile 1919, in vigore il 10 gennaio 1920, art. 23, lett. f).

¹³ *Constitution of the World Health Organization*, New York, 22 luglio 1946, in vigore il 7 aprile 1948, in *UN Treaty Series*, vol. 14, 1948, 185 ss.

¹⁴ Pan American Health Organization, *Pro Salute Novi Mundi: A history of the Pan American Health Organization*, 1992.

¹⁵ Art. 21, lett. a), della Costituzione dell'OMS.

accettarli¹⁶. Si tratta di un procedimento semplificato introdotto per rispondere ai limiti che la regolazione pattizia aveva incontrato nella materia della salute pubblica, dove il progresso scientifico evolveva così rapidamente da rendere obsolete le convenzioni concluse, e costringeva a un'incessante opera di revisione. Su questa base, nel 1951, l'OMS ha adottato una versione aggiornata dell'originario Regolamento sanitario internazionale (1851)¹⁷. Le innovazioni introdotte presentavano natura essenzialmente procedurale, mentre l'impianto generale del diritto internazionale della salute pubblica restava imperniato su due elementi ormai da un secolo: l'obbligo di notificare lo scoppio delle malattie infettive selezionate e quello di limitare al massimo gli effetti negativi che le misure sanitarie producono su commerci e trasporti. Successivamente, il testo è stato emendato varie volte, tra cui, nel 1969, quando venne modificato il nome inglese in «International Health Regulations»¹⁸.

Negli anni Novanta la cooperazione internazionale è andata intensificandosi, di pari passo con l'avanzare del processo di globalizzazione¹⁹. Se, da un lato, questo sembrava aver progressivamente eroso il potere degli Stati di controllare quanto accade all'interno del proprio territorio²⁰, sempre più esposto alle influenze esterne, dall'altro, ha avuto l'effetto di assottigliare la linea di demarcazione tra salute pubblica nazionale e internazionale, evidenziando l'importanza delle organizzazioni internazionali nella diffusione delle conoscenze scientifiche e nell'adozione di efficaci misure di contrasto. Del mutato contesto l'epidemia di SARS (2002-2003) ha offerto una conferma. Differenziandosi sensibilmente dalle precedenti epidemie – per lo più rimaste confinate in un ambito geografico circoscritto o controllate attraverso farmaci e vaccini –, essa ha rappresentato una sfida nuova per il modo di affrontare le malattie infettive. Infatti, i suoi effetti nefasti in termini di vite umane, costi sociali e perdite economiche hanno evidenziato l'esigenza di incrementare la collaborazione tra gli Stati, per far fronte a

¹⁶ Art. 22 della Costituzione dell'OMS.

¹⁷ WHO, *International Sanitary Regulations*, Ginevra, 25 maggio 1951, in *WHO Technical Report Series*, vol. 41, 1951, 1 ss. [= *UN Treaty Series*, vol. 175, 1953, 215 ss.].

¹⁸ WHO, *International Health Regulations*, 25 luglio 1969, risoluzione WHA22.46, in *WHO Official Records*, vol. 176, 1969, 22 e 37 per il testo riprodotto nella prima edizione annotata. Il Regolamento è stato emendato nuovamente nel 1973, nella parte relativa al colera, e nel 1981, quando il vaiolo è stato escluso dalla lista delle malattie da notificare.

¹⁹ D.P. FIDLER, *International Law and Global Public Health*, in *University of Kansas Law Review*, 1999, 1-58.

²⁰ Ivi, 9.

una minaccia comune, palesando, al contempo, i limiti che il sistema normativo dell'OMS incontrava allora²¹. Quest'insieme di elementi ha certamente contribuito all'accelerazione che il processo di revisione del RSI, avviato nel 1995, ha registrato in concomitanza con l'epidemia di SARS, per giungere poi a compimento nel 2005²².

3. L'emergenza da Covid-19: profili fattuali

Ai fini di un'analisi giuridica che sia quanto più aderente alla realtà dei fatti, viene qui di seguito offerta una pur sintetica ricostruzione degli eventi salienti, susseguitisi dal mese di dicembre 2019 alla fine di aprile 2020. In tale periodo, infatti, il virus, da un'iniziale diffusione regionale, si è rapidamente propagato a livello globale, arrivando a costituire una minaccia sanitaria internazionale.

A partire dalla metà del mese di dicembre 2019 a Wuhan, capoluogo della provincia cinese di Hubei, vengono registrati diversi casi di una grave sindrome respiratoria atipica²³. Il 31 dicembre la Commissione sanitaria comunale di Wuhan notifica all'OMS che ventisette pazienti

²¹ Tali limiti erano già stati individuati negli anni '70: P. DORELLE, *Old Plagues in the Jet Age: International Aspects of Present and Future Control of Communicable Diseases*, in *Chronicle of the World Health Organization*, 1969, 103-111; E. ROELSGAARD, *Health Regulations and International Travel*, ivi, 1974, 265-268; B. VELIMIROVIC, *Do We Still Need International Health Regulations?*, in *Journal of Infectious Diseases*, 1976, 478-482; quindi, dall'Assemblea mondiale della sanità al momento del conferimento dell'incarico al Direttore generale di rivedere il RSI: cfr. WHA, *Revision and Updating of the International Health Regulations*, WHA48.7, 12 maggio 1995.

²² Negli ultimi due decenni l'OMS ha intrapreso nuove campagne d'azione volte a contrastare le disuguaglianze sanitarie e a garantire l'accesso a cure e medicinali. In quest'ottica, nel 2008, l'Organizzazione ha pubblicato un rapporto che ha individuato nelle sperequazioni di reddito, e conseguentemente nel limitato accesso a beni e servizi, uno dei maggiori ostacoli al raggiungimento, da parte degli Stati meno sviluppati, di un livello di sanità in linea con lo stato delle conoscenze scientifiche; cfr. WHO Commission on the Social Determinants of Health, *Closing the Gap in a Generation: Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health*, final report, 2008, www.who.int.

²³ Diverse fonti scientifiche e di stampa riportano che i primi casi sarebbero anche più risalenti, temporalmente collocabili nel periodo a cavallo tra la fine di novembre e gli inizi di dicembre 2019: *inter alia*, si veda T. WENJIE, X. ZHAO *et al.*, *Notes from the Field: A Novel Coronavirus Genome Identified in a Cluster of Pneumonia Cases - Wuban, China 2019 - 2020*, in *China CDC Weekly*, n. 4, 24 gennaio 2020, 61-62, reperibile online; Q. LI, X. GUAN *et al.*, *Early Transmission Dynamics in Wuban, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, 1199-1207.

ricoverati presentano i sintomi di una polmonite dall'incerta eziologia²⁴. Porta la data del 9 gennaio la nota con cui l'OMS informa che, nei giorni precedenti, i ricercatori del Centro cinese per il controllo e la prevenzione delle malattie hanno isolato il virus; due giorni dopo, la sequenza genica viene resa pubblica²⁵. Il mese di gennaio è segnato dal susseguirsi di notizie del crescente contagio, dentro e fuori il territorio cinese. In questo quadro, il 30 gennaio, il Direttore generale dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, dichiara l'epidemia di Covid-19 un'«emergenza sanitaria di rilevanza internazionale»²⁶. Nel mese di febbraio, mentre in Cina la situazione inizia a stabilizzarsi²⁷, il virus rapidamente si propaga in tutto il mondo e l'Europa diventa il nuovo epicentro epidemico. L'11 marzo, il Direttore generale dichiara che il contagio ha raggiunto lo stato pandemico²⁸.

Per fronteggiare la crisi sanitaria, gli Stati hanno reagito varando una serie di misure: da quelle meno invasive, come l'introduzione di particolari norme igienico-sanitarie, a quelle progressivamente più severe come la chiusura delle scuole, degli uffici e delle aziende, la cancellazione di eventi pubblici (politici, culturali, sportivi o d'intrattenimento), la sospensione o limitazione del trasporto pubblico urbano e extraurbano, fino ai provvedimenti più drastici quali l'isolamento individuale, la quarantena o l'istituzione di cordoni sanitari, il *lockdown*²⁹ e l'interdizione dei traffici internazionali. Per giustificare la radicale contrazione di alcune libertà fondamentali, molti Stati hanno anche dichiarato lo

²⁴ WCHC, *Wuhan Municipal Health and Health Commission's briefing on the current pneumonia epidemic situation in our city 2019*, 31 dicembre 2019, reperibile online; WHO, *Pneumonia of unknown cause - China*, 5 gennaio 2020, www.who.int; ECDC, *Event background COVID-19*, www.ecdc.europa.eu.

²⁵ La sequenza viene depositata nel *database* GenBank e caricata su virological.org dall'Università di Fudan (Shanghai) e sul portale Global Initiative on Sharing All Influenza Data (GISAID) dal Centro cinese per il controllo e la prevenzione delle malattie, dall'Accademia cinese delle scienze mediche e dall'Ospedale Jinyintan di Wuhan: cfr. E. HOLMES, *Initial genome release of novel coronavirus 2020*, virological.org.

²⁶ WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020, www.who.int.

²⁷ OMS, *in Cina dopo picco virus in declino*, 24 febbraio 2020, www.ansa.it.

²⁸ WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.who.int.

²⁹ Il *lockdown* consiste in «[a] situation in which people are not allowed to enter or leave a building or area freely because of an emergency», cfr. *Cambridge Dictionary*, 2020, reperibile online.

stato di emergenza³⁰. Alla data del 27 aprile 2020, la pandemia ha avuto diffusione in quasi tutti i Paesi, registrando circa 3 milioni di contagi confermati e 200.000 decessi³¹, e determinando il tracollo dell'economia mondiale³².

4. Il quadro normativo

L'OMS rappresenta la principale agenzia internazionale nel campo della salute pubblica e la sua Costituzione, assieme con il RSI del 2005, costituisce il quadro normativo sulla base del quale individuare le implicazioni del diritto internazionale della salute pubblica nell'attuale emergenza da Covid-19, con particolare riferimento agli obblighi che sorgono in capo agli Stati e al ruolo di primo piano svolto dall'OMS. Infatti, il 23 marzo 2005, l'Assemblea mondiale della sanità – ai sensi degli articoli 2, lett. k), e 21, lett. a), della Costituzione dell'OMS e con la procedura di cui al successivo art. 22³³ – ha adottato, all'unanimità, una versione aggiornata del RSI³⁴, entrata in vigore il 15 giugno 2007³⁵. Il testo, suddiviso in 66 articoli, distribuiti in 10 parti e a cui si aggiungono 9 allegati, costituisce una fonte prevista da accordo (o di terzo grado) e vincola tutti i 194 Stati membri dell'Organizzazione, più Liechtenstein e Santa Sede.

L'adozione di tale atto ha comportato una radicale innovazione nel

³⁰ In Europa: Italia (31 gennaio); Lituania (26 febbraio); Ungheria (11 marzo); Slovacchia, Repubblica Ceca, Estonia e Lettonia (12 marzo); Bulgaria e Belgio il 13 marzo, lo stesso giorno in cui la Polonia dichiarava lo «stato di emergenza epidemica»; Spagna (14 marzo); Cipro (15 marzo); Romania (16 marzo); Finlandia (17 marzo); Portogallo (18 marzo); Lussemburgo (19 marzo); Francia (22 marzo). Fuori dell'Europa: Stati Uniti (13 marzo); Sudan e Brasile (17 marzo); in Australia il 18 marzo è stata dichiarata la «human biosecurity emergency»; Costa d'Avorio e Senegal (23 marzo); Thailandia e Sierra Leone (24 marzo); Giappone (7 aprile, con estensione a tutto il territorio nazionale il 16 aprile).

³¹ Cfr. www.worldometers.info/coronavirus/countries-where-coronavirus-has-spread/, 27 aprile 2020.

³² IMF, *World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown*, 14 aprile 2020, www.imf.org.

³³ Sulla medesima base normativa l'Assemblea mondiale della sanità aveva adottato il RSI 1951 (*International Sanitary Regulations*, 1951) e le *WHO Nomenclature Regulations*, 22 maggio 1967, WHA20.18, www.who.int.

³⁴ WHA, *Revision of the International Health Regulations*, 23 maggio 2005, in *WHA Official Records*, vol. 58, 2005, 3 ss.

³⁵ Art. 59 RSI.

modo in cui gli Stati cooperano per prevenire e controllare il diffondersi delle malattie infettive³⁶. Se il vecchio sistema implicava un coordinamento di tipo rigido e meccanico, in cui a un elenco chiuso di malattie infettive corrispondevano determinate misure di profilassi da adottare³⁷, il Regolamento del 2005 delinea un modello aperto, flessibile e dinamico (*all risks approach*). Si tratta di un sistema collettivo di sorveglianza e valutazione del rischio sanitario diretto a prevenire e contrastare il diffondersi delle malattie infettive, garantendo, al contempo, che le misure individuate siano proporzionate al rischio sanitario e non comportino inutili limitazioni di commerci e trasporti (art. 2 RSI). In tale contesto si evince che l'esigenza di bilanciare le ragioni della sovranità statale con quelle del coordinamento internazionale e del governo razionale delle crisi sanitarie percorra, in realtà, l'intero articolato, riemergendo in diverse disposizioni (art. 3, par. 4, RSI).

4.1. *Il sistema collettivo di sorveglianza*

La notifica con cui, il 31 dicembre 2019, la Cina ha comunicato all'OMS di aver registrato alcuni casi di polmonite dall'incerta eziologia³⁸ si iscrive in un articolato sistema istituzionale. Infatti, per assolvere alla sua funzione di «strumento chiave (...) per la protezione contro il diffondersi di malattie a livello internazionale» – secondo quanto affermato nel preambolo –, il RSI delinea un sistema collettivo di sorveglianza attraverso la costituzione di una fitta rete di Centri nazionali, che interagiscono con l'OMS (articoli 4-5) e garantiscono una pronta allerta.

In questo quadro, ai sensi dell'art. 6, par. 1, RSI, ciascuno Stato è tenuto a monitorare la diffusione delle malattie nel proprio territorio e a individuare quelle manifestazioni che potrebbero costituire una minaccia internazionale. Qualora ne ravvisi i presupposti, entro ventiquattr'ore deve comunicare la notizia all'OMS, specificando anche le eventuali contromisure sanitarie nel frattempo approntate: si tratta dell'obbligazione portante che regge tutto il sistema di sorveglianza. La

³⁶ D.P. FIDLER, L.O. GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2006, 85-94, 85.

³⁷ La triade classica comprendeva colera, peste e febbre gialla.

³⁸ WCHC, *Wuhan Municipal Health and Health Commission's briefing*, cit.; WHO, *Pneumonia of unknown cause - China*, 5 gennaio 2020, www.who.int; ECDC, *Event background COVID-19*, www.ecdc.europa.eu.

valutazione della minaccia sanitaria deve essere effettuata sulla base di criteri concorrenti in successione, indicati nello strumento di decisione di cui all'Allegato 2: gravità del rischio per la salute pubblica, straordinarietà e imprevedibilità dell'evento, probabilità che il contagio si diffonda a livello internazionale, probabilità che conseguano restrizioni di commerci e trasporti. Inoltre, ai sensi del par. 2, lo Stato che abbia effettuato la notifica è obbligato a trasmettere all'OMS, tempestivamente e nel modo più dettagliato possibile, le informazioni relative all'evento individuato, includendo eventualmente dati statistici o gli esiti degli esami effettuati. Come appare evidente, il sistema si fonda sulla buona fede e leale collaborazione degli Stati membri, che devono cooperare tra loro e con l'Organizzazione nella raccolta e condivisione delle informazioni³⁹.

Oltre allo Stato direttamente interessato dal diffondersi del contagio, ai sensi dell'art. 9, par. 2, RSI, anche sugli altri Stati incombe l'obbligo di notificare ogni evento di rischio sanitario identificato fuori del proprio territorio e che possa propagarsi a livello internazionale. Su questa base, Thailandia (13 gennaio), Giappone (15 gennaio) e Corea del Sud (20 gennaio) hanno comunicato all'OMS di aver rilevato pazienti infetti, tutti con un trascorso a Wuhan⁴⁰.

Prevedendo la possibilità che uno Stato possa mostrarsi reticente a denunciare l'insorgere nel proprio territorio di un evento che potrebbe costituire un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale⁴¹, il RSI, all'art. 9, par. 1, autorizza l'OMS a prendere in considerazione qualunque altra fonte di notizie, anche di origine non governativa. Tale potere, però, è controbilanciato dal dovere di consultare lo Stato interessato prima d'intraprendere ogni iniziativa, chiedendogli di verificare l'attendibilità delle informazioni raccolte entro ventiquattr'ore (articoli 9, par. 1, e 10, paragrafi 1-2, RSI). Si tratta di un obbligo procedurale, in quanto lo Stato interessato potrebbe non avere una reale intenzione di cooperare e una tale condotta non può bloccare il funzionamento del

³⁹ Cfr. P.A. VILLAREAL, *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, in *Völkerrechtsblog*, 28 gennaio 2020, voelkerrechtsblog.org. Sull'importanza dell'informazione ai fini dell'esercizio di alcuni poteri da parte delle organizzazioni internazionali si veda M. RIEGNER, *Global information governance in pandemic times. In the geopolitics of global health information, international institutional law is more important than ever*, ivi, 10 aprile 2020.

⁴⁰ WHO, *Novel Coronavirus (2019-nCoV). Situation Report - 1*, 21 gennaio 2020, www.who.int.

⁴¹ In tal senso depone l'esperienza del precedente RSI, spesso violato dagli Stati membri proprio con riferimento all'obbligo di notifica di manifestazioni patologiche.

sistema collettivo di sorveglianza. In tale ipotesi, l'OMS, d'ufficio, può procedere a condividere con gli altri Stati le informazioni a sua disposizione (art. 10, par. 4).

Ai sensi dell'art. 11 RSI, tale comunicazione deve essere effettuata in forma riservata agli Stati parte – e, se del caso, alle organizzazioni internazionali rilevanti –, quando ciò sia necessario per consentir loro di affrontare adeguatamente un rischio sanitario. Si rivolge, invece, alla generalità dei membri solo quando: a) l'evento costituisce un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale; b) vi sono evidenze epidemiologiche, confermate dall'OMS, che attestano casi di contagio a livello internazionale; c) vi sono evidenze scientifiche in base alle quali è ragionevole ritenere che le misure adottate da uno Stato si riveleranno inefficaci a impedire il diffondersi della malattia a livello internazionale, o lo Stato interessato è impossibilitato (o non intenzionato) ad agire; d) in ragione della natura e della dimensione dei traffici di persone o merci interessati dal contagio, si palesa necessaria l'adozione di misure internazionali di controllo. Proprio sulla base dell'art. 11 una prima notifica di allerta da parte dell'OMS è stata inviata a tutti gli Stati membri il 5 gennaio 2020.

4.2. La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale

Il 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale in relazione al contagio da Covid-19⁴². Prima di allora l'emergenza sanitaria era stata dichiarata in altri cinque casi, con riferimento all'influenza pandemica suina (2009)⁴³, al riemergere della poliomielite in alcuni Paesi⁴⁴ e all'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014)⁴⁵, al contagio da virus Zika (2016)⁴⁶ e all'esplosione dell'Ebola Kivu in Congo (2018-2019)⁴⁷.

⁴² WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit.

⁴³ WHO, *Swine influenza - Statement by WHO Director-General, Dr. Margaret Chan*, 25 aprile 2009, www.who.int.

⁴⁴ WHO, *Statement on the Meeting of the International Health Regulations Emergency Committee concerning the International Spread of Wild Poliovirus*, 5 maggio 2014, www.who.int.

⁴⁵ WHO, *Statement on the 1st Meeting of the IHR Emergency Committee on the 2014 Ebola Outbreak in West Africa*, 8 agosto 2014, www.who.int.

⁴⁶ WHO, *Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee on Zika virus and observed increase in neurological disorders and neonatal malformations*, 1 febbraio 2016, www.who.int.

Tale atto costituisce il momento culminante del sistema collettivo di sorveglianza, in quanto presuppone che sia stata individuata una minaccia sanitaria globale, in ragione della quale gli Stati devono approntare le necessarie contromisure, in linea con le raccomandazioni temporanee fornite dalla stessa OMS. Secondo la definizione di cui all'art. 1 RSI, per emergenza sanitaria di rilevanza internazionale si intende «un evento straordinario» che deve soddisfare due criteri cumulativi: (i) l'idoneità a costituire un rischio per la salute pubblica di altri Stati tale (ii) da richiedere, almeno in potenza, una risposta coordinata sul piano internazionale. In tal senso, dunque, possono venire in rilievo tanto manifestazioni patologiche pandemiche – come nella crisi attuale – quanto quelle che colpiscono un singolo Paese, giacché l'unico elemento decisivo ai fini della qualificazione come emergenza è l'attuale possibilità che l'evento si diffonda a livello internazionale.

Con riferimento ai profili procedurali occorre considerare che, in base all'art. 12 del Regolamento, il Direttore generale dell'OMS è l'unica autorità competente a dichiarare lo stato di emergenza⁴⁷. Si tratta di un caso pressoché unico nel diritto delle organizzazioni internazionali, in cui un singolo funzionario esercita un potere con ricadute generalizzate. Se all'esito di una valutazione preliminare il Direttore generale ritiene che sia in corso un'emergenza sanitaria, egli deve consultare lo Stato interessato. Qualora si raggiunga una soluzione condivisa, procede con la dichiarazione, convocando il Comitato di emergenza per stabilire quali raccomandazioni temporanee emanare. Se, invece, le consultazioni non conducono a un accordo entro quarantott'ore, il Direttore generale avvia il procedimento di cui all'art. 49 RSI. In particolare, questi deve convocare il Comitato di emergenza, che, sulla base delle informazioni disponibili, rilascia un parere (articoli 48, par. 1, lett. a, e 49, par. 5, RSI). Ai sensi dell'art. 49, par. 4, il Direttore generale è tenuto a invitare lo Stato interessato dall'evento patologico a presentare le proprie deduzioni al Comitato di emergenza. Tale previsione oltre a essere espressione di un metodo democratico di deliberazione, consentendo la partecipazione dei soggetti i cui interessi siano più direttamente coinvolti, aumenta sensibilmente le possibilità che le misure di contrasto,

⁴⁷ WHO, *Ebola outbreak in the Democratic Republic of the Congo declared a Public Health Emergency of International Concern*, 17 luglio 2019, www.who.int.

⁴⁸ A tale proposito il Regolamento ha istituzionalizzato un potere sorto *extra ordinem*, quando, nel 2003, l'allora Direttore generale dell'OMS, Gro Harlem Brundtland, ha dichiarato l'emergenza in relazione alla SARS, che non figurava tra le malattie indicate nel testo del 1969.

successivamente individuate nelle raccomandazioni temporanee, trovi concreta attuazione. Lo Stato interessato, infatti, da un lato, può collaborare all'individuazione di misure efficaci, cercando, dall'altro, di orientare la scelta su quei programmi d'azione meno lesivi dei propri interessi, in termini di restrizioni della circolazione di persone e merci.

Il Comitato d'emergenza è un organo pluripersonale con funzione consultiva, istituito di volta in volta selezionando da un apposito albo un gruppo di esperti, in relazione alla specifica materia da trattare⁴⁹. In considerazione della natura eminentemente scientifica dell'organo, è ragionevole dedurre che il suo giudizio sia essenzialmente frutto di quella che, con una terminologia di derivazione gius-amministrativistica, si definirebbe una «valutazione tecnica», priva di margini di apprezzamento discrezionale⁵⁰. Il contrasto con tale attesa ha verosimilmente spinto la dottrina a considerare con preoccupazione il fatto che l'attività di un organismo scientifico si sia spesso risolta in un parere corredato da un corpo motivazionale assai scarso o del tutto assente⁵¹.

All'esito del procedimento consultivo, il Direttore generale – organismo unipersonale, titolare di un potere esclusivo e autoritativo – decide, tenendo conto: (a) delle informazioni fornite dallo Stato interessato, (b) dello strumento di decisione di cui all'Allegato 2, (c) del parere del Comitato di emergenza, (d) di principi scientifici, prove disponibili e altre informazioni rilevanti, (e) della valutazione del rischio per la salute umana, del rischio di propagazione internazionale del contagio, e del rischio di interessamento dei flussi internazionali di persone e merci. Astrattamente, egli potrebbe anche disattendere il parere del Comitato d'emergenza, ma sino ad oggi tale ipotesi non si è mai realizzata, in quanto il Direttore generale ha sempre mostrato una certa deferenza nei confronti del Comitato. Se il dato, in sé considerato, può apparire confortante, quale segno di una sana ponderazione, al contempo esso implica un sostanziale spostamento del baricentro del potere decisionale dal Direttore generale, rappresentante di un'autorità diplomatica, al Comitato d'emergenza, organismo eminentemente scientifico. Inoltre,

⁴⁹ Un recente rapporto della stessa OMS ha evidenziato come la nazionalità degli esperti inseriti nell'albo non sia sufficientemente rappresentativa delle diverse aree geografiche che l'Organizzazione ricomprende: cfr. WHO, *Public health emergencies: preparedness and response International Health Regulations (2005). Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005). Report by the Director-General*, 4 aprile 2019, A72/8, 6, par. 26, www.who.int.

⁵⁰ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

⁵¹ M. ECCLESTON-TURNER, A. KAMRADT-SCOTT, *Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform*, in *BMJ Global Health*, n.4, 2019.

l'esperienza maturata dall'entrata in vigore del RSI evidenzia un secondo elemento di criticità: il Comitato non solo avrebbe di fatto avocato a sé il potere del Direttore generale, ma l'avrebbe esercitato sulla base di considerazioni di opportunità, utilità, tempestività, che esulano da una stretta osservanza dei criteri scientifici che dovrebbero definire il perimetro del suo mandato. Quest'evoluzione ha finito per produrre insoddisfazione verso il modo in cui esso redige il proprio parere, per la poca chiarezza e trasparenza.

Nella crisi attuale la prima riunione del Comitato si è tenuta in teleconferenza il 22 gennaio 2020 e ha visto i suoi membri fortemente divisi. La seduta è quindi ripresa il giorno seguente, quando esso ha pronunciato parere negativo alla dichiarazione dell'emergenza sanitaria, convenendo, al contempo, di riaggiornarsi nei giorni successivi, non appena ricevuti nuovi dati dalla Cina⁵². Parte della dottrina ha criticato la decisione del Comitato, per un eccesso di cautela e perché basata su considerazioni che esulano dai criteri indicati nel RSI, secondo cui, invece, un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale si verifica quando sussiste una minaccia che un virus si diffonda a livello internazionale, a prescindere dal fatto che la diffusione sia già avvenuta⁵³. Convocato nuovamente il 30 gennaio 2020, alla seconda riunione il Comitato, preso atto dell'aggravarsi degli eventi, si è espresso in favore dello stato di emergenza.

Per quanto riguarda il piano dell'efficacia, la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale ha una duplice conseguenza: da un lato, costituisce un campanello d'allarme per gli Stati membri, affinché approntino le necessarie contromisure e forniscano supporto tecnico, logistico e finanziario. Peraltro, spesso negli ordinamenti nazionali vi sono norme che impongono l'adozione di certi atti, in risposta alla dichiarazione dell'OMS. Dall'altro lato, essa attiva il potere del Direttore generale di emanare raccomandazioni temporanee, che gli Stati sono chiamati a osservare nel predisporre azioni di contrasto a un rischio sanitario⁵⁴.

⁵² WHO, *International Health Regulations Emergency Committee on novel coronavirus in China*, 23 gennaio 2020, www.who.int.

⁵³ M. ECCLESTON-TURNER, *COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law*, in *Opinio Juris*, 31 marzo 2020, opiniojuris.org.

⁵⁴ La cessazione dello stato di emergenza viene disposta con analogha dichiarazione del Direttore generale, sentito il Comitato di emergenza, e può essere sollecitata dallo Stato interessato [articoli 48, par. 1, lett. b), e 49, par. 7, RSI].

Salve queste poche e sicure implicazioni, parte della dottrina ha evidenziato come la dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale rappresenti un atto «altamente simbolico», le cui conseguenze giuridiche restano in gran parte poco chiare⁵⁵. Inoltre, è stato giustamente notato che il suo carattere binario – capace, cioè di leggere la realtà delle crisi sanitarie solo con la rigida alternativa tra stato d'emergenza o meno – costituisce forse la principale ragione per cui l'OMS, ad ogni crisi sanitaria, sia colta dal dilemma «to declare, or not to declare that is the question»⁵⁶. In tal senso, la possibilità di graduare maggiormente l'allerta circa i livelli di rischio sanitario potrebbe forse agevolare il lavoro del Direttore generale, neutralizzando i fattori che lo portano a usare una prudenza che sistematicamente rischia di trasformarsi in reticenza⁵⁷.

4.3. *Le raccomandazioni temporanee*

Il 30 gennaio 2020, il Direttore generale dell'OMS ha altresì emanato delle raccomandazioni temporanee⁵⁸. Ai sensi dell'art. 15 RSI, infatti, dopo che sia stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, egli ha facoltà di adottare tali raccomandazioni, al fine di garantire un approccio uniforme e coordinato alla minaccia sanitaria; la procedura da seguire è sempre quella prevista all'art. 49 RSI. Nel definire il contenuto delle raccomandazioni temporanee, il Direttore generale – ai sensi dell'art. 17 RSI – deve prendere in considerazione le opinioni degli Stati più direttamente interessati, il parere del Comitato di emergenza, gli standard internazionali e gli altri atti rilevanti, le eventuali iniziative di altre organizzazioni internazionali, le conoscenze scientifiche disponibili, nonché la necessità di prediligere quelle misure che non restringano libertà personali, commerci o trasporti più di quanto farebbero misure alternative capaci di garantire lo stesso livello di pro-

⁵⁵ G.L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, in *EJIL: Talk!*, 27 febbraio 2020, www.ejiltalk.org.

⁵⁶ D.P. FIDLER, *To Declare or Not to Declare: The Controversy Over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2019, 287-330.

⁵⁷ G.L. BURCI, *op. cit.*

⁵⁸ WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit. Le raccomandazioni sono state successivamente aggiornate: WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, 29 febbraio 2020, COVID-19 Travel Advice, www.who.int.

tezione. All'art. 18, il Regolamento contiene un elenco non tassativo delle possibili misure che le raccomandazioni dell'OMS possono contenere: si va dall'isolamento dei pazienti infetti all'istituzione di sistemi di controllo negli aeroporti, fino all'introduzione di divieti di accesso al territorio dello Stato per individui e merci.

Le raccomandazioni sono atti non vincolanti (*soft law*)⁵⁹ – indirizzati tanto agli Stati già interessati dalle manifestazioni patologiche, quanto a tutti gli altri –, con cui vengono individuate le misure sanitarie più idonee a prevenire e ridurre la diffusione del contagio, importando restrizioni di commerci e trasporti solo laddove necessario. Hanno un periodo ordinario di vigenza pari a tre mesi, all'esito del quale perdono automaticamente efficacia, salvo proroghe. Gli Stati, pertanto, restano liberi di discostarsi da quanto loro raccomandato: la possibilità di inosservanza costituisce un limite strutturale e intrinseco a questo tipo di atti, di cui, peraltro, l'OMS è ben cosciente, avendolo denunciato più volte, da ultimo nella relazione sull'epidemia di Ebola in Congo (2018-2019)⁶⁰. A tale riguardo, parte della dottrina individua un possibile rimedio in un impiego più deciso delle proprie prerogative da parte del Direttore generale, che, riportando tali criticità nella relazione annuale all'Assemblea mondiale della sanità, guadagnerebbe maggior titolo a sindacare se e come gli Stati abbiano recepito le sue indicazioni⁶¹.

Con specifico riguardo al contenuto delle raccomandazioni temporanee emanate dal Direttore generale il 30 gennaio e aggiornate il 27 febbraio⁶², occorre far notare che esse consigliano di diagnosticare rapidamente, isolare e trattare i pazienti infetti, tracciare i contatti che hanno intrattenuto e sottoporli a quarantena⁶³, condividere le informazioni raccolte con l'OMS e gli altri Stati, mentre, al pari dei diversi atti adot-

⁵⁹ La natura non obbligatoria delle raccomandazioni temporanee è esplicitata nella definizione prevista all'art. 1 RSI.

⁶⁰ WHO, *Public health emergencies: preparedness and response. International Health Regulations (2005): Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005)*, 4 aprile 2019, 4, par. 15, www.who.int. Sul punto si veda quanto sottolineato con riferimento ai tradizionali limiti delle raccomandazioni temporanee da P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) alla diffusione del Covid-19*, in *SIDIBlog*, 9 aprile 2020, www.sidiblog.org.

⁶¹ G.L. BURCI, *op. cit.*

⁶² WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic*, cit.

⁶³ Ai sensi dell'art. 1 RSI, per «isolamento» bisogna intendere un provvedimento sanitario che riguarda singoli contagiati confermati, mentre la «quarantena» si rivolge ai casi sospetti.

tati da gennaio in poi⁶⁴, sconsigliano l'introduzione di misure restrittive di commerci e trasporti⁶⁵.

A tale proposito, non ci si può esimere dal rilevare un ulteriore elemento di criticità, che si aggiunge alla tradizionale inosservanza delle raccomandazioni temporanee da parte degli Stati membri. Ci si riferisce alla circostanza per cui un gran numero di Paesi, peraltro tra i più colpiti, abbia fatto ampio ricorso a due misure sanitarie che l'OMS non ha raccomandato⁶⁶, come il «distanziamento sociale» (tra cui *lockdown* o *mass quarantine*)⁶⁷, o ha addirittura sconsigliato, come le limitazioni della circolazione di persone e merci da e verso le zone più interessate dal contagio (*travel and trade ban*)⁶⁸.

Con riferimento alla prima misura, sorprende il dato che l'Organizzazione, pur non avendola mai consigliata, abbia però più volte plaudito quegli Stati – come Cina e Italia – che l'hanno applicata. Quanto alla seconda, invece, bisogna rilevare l'asimmetria per cui al tono assertivo e apodittico con cui, da un lato, l'OMS si è sistematicamente pronunciata contro l'adozione di misure restrittive degli spostamenti di persone e merci non sia corrisposta, dall'altro, un'adeguata motivazione – eventualmente anche avvalendosi di riferimenti scientifici, di cui

⁶⁴ Si tratta di atti che assumono vari nomi: *statement, guidance, consideration, plan, advice, report*.

⁶⁵ «WHO continues to advise against the application of travel or trade restrictions to countries experiencing COVID-19 outbreaks» è la formula che accompagna non solo le raccomandazioni temporanee e i successivi aggiornamenti, ma anche i *travel advice* susseguitisi a partire dal 10 gennaio: cfr. *WHO advice for international travel and trade in relation to the outbreak of pneumonia caused by a new coronavirus in China*, 10 gennaio 2020, www.who.int; WHO, *Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV*, 24 gennaio 2020, www.who.int; WHO, *Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV*, 27 gennaio 2020, www.who.int; *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit. Mentre solo a partire da febbraio, quando ormai numerosi Stati avevano già introdotto restrizioni del tipo in esame, è apparso un timido cenno alla loro inefficacia: *Key considerations for repatriation and quarantine of travellers in relation to the outbreak of novel coronavirus 2019-nCoV*, 11 febbraio 2020, COVID-19 Travel Advice, www.who.int; *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, cit.

⁶⁶ WHO, *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19). Interim guidance*, 19 marzo 2020, www.who.int.

⁶⁷ J. KAPLAN, L. FRIAS, M. MCFALL-JOHNSEN, *A third of the global population is on coronavirus lockdown*, in *Business Insider*, 17 aprile 2020, www.businessinsider.com.

⁶⁸ A. SALCEDO, S. YAR, G. CHERELUS, *Coronavirus Travel Restrictions, Across the Globe*, in *The New York Times*, 15 aprile 2020, www.nytimes.com.

certamente il Comitato d'emergenza può agevolmente disporre – sulle ragioni per cui tali misure venissero sconsigliate. Considerato, poi, che l'efficacia normativa di atti di *soft law*, come sono le raccomandazioni temporanee, riposi in ultima istanza sulla loro intrinseca forza persuasiva, sorge spontaneo chiedersi che attese nutrisse la stessa Organizzazione di riuscire a orientare la politica degli Stati, invertendo una tendenza consolidatasi lungo il corso di tutte le crisi sanitarie dell'ultimo decennio.

4.3.1. *Le restrizioni di commerci e trasporti per ragioni sanitarie*

In generale, può dirsi che il punto di maggiore criticità rispetto all'adozione delle raccomandazioni temporanee riguardi le limitazioni di commerci e trasporti, che gli Stati introducono anche quando queste non vengono consigliate dall'OMS. Infatti, ai sensi dell'art. 43 RSI, essi restano liberi di adottare altre misure sanitarie, diverse da quelle indicate dall'Organizzazione, e che rispetto a queste raggiungano lo stesso o un più elevato livello di protezione. A tale riguardo, però, occorre far notare che la medesima disposizione circoscrive fortemente il campo della discrezionalità statale, introducendo una fitta serie di condizioni. In primo luogo, le misure aggiuntive non possono essere più restrittive della libertà di circolazione di persone e merci di quanto lo sarebbero misure alternative disponibili. In secondo luogo, esse devono essere supportate da principi ed evidenze scientifici o dalle linee guida dell'OMS (comprese le raccomandazioni). Inoltre, qualora le misure adottate comportino un divieto assoluto di ingresso nel territorio per persone o merci (o un ritardo superiore alle ventiquattr'ore), gli Stati sono tenuti a darne comunicazione all'OMS entro quarantott'ore dalla loro adozione, giustificando tale scelta su basi scientifiche. L'Organizzazione, dal canto suo, ha il potere di richiedere allo Stato in questione di riconsiderare l'applicazione delle misure più restrittive.

Alla luce di quanto evidenziato, con riferimento all'efficacia delle raccomandazioni temporanee del Direttore generale dell'OMS (ma il discorso può essere esteso alle raccomandazioni permanenti ex art. 16 RSI, ai *travel advice* e alle altre linee guida) sembra ragionevole dedurre che, se tali atti di *soft law* non possono direttamente vincolare gli Stati parte a tenere una certa condotta, non di meno possono venire in rilievo, come parametro di legittimità, nel definire la portata normativa degli obblighi derivanti dall'art. 43 RSI e, dunque, in sede di accertamento

di un eventuale illecito⁶⁹. Infatti, di tale disposizione essi completano e definiscono i contorni, per effetto dell'interazione funzionale tra le due fonti, resa possibile dalla *referral clause* contenuta al par. 2, lett. b) e c), del medesimo articolo.

4.4. *La dichiarazione dello stato pandemico*

Come accennato, l'11 marzo 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato che la diffusione del virus Covid-19 ha raggiunto lo stato pandemico⁷⁰. Se, in generale, può risultare più facilmente comprensibile che l'OMS sia competente a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, in quanto – evidentemente – si tratta di un concetto normativo, funzionale ad attivare un sistema istituzionale e determinati poteri del Direttore generale, meno immediate sono le ragioni per cui l'Organizzazione debba dichiarare lo stato pandemico del contagio e, soprattutto, su quali presupposti.

Partendo dal secondo aspetto, occorre far rilevare che la definizione di pandemia ha avuto un trascorso piuttosto accidentato. Se le linee guida dell'OMS, del 2005⁷¹, tra i criteri in base a cui accertare l'insorgenza di una pandemia, includevano la gravità della malattia, tale condizione, non senza dubbi⁷², è stata espunta nella versione del 2009, poiché si temeva che potesse ritardare l'adozione delle necessarie contromisure. Il nuovo testo ha mantenuto una scansione in sei fasi del possibile decorso di una malattia infettiva, dove il valore 6 corrisponde allo stato pandemico, ma il suo ambito d'applicazione ha assunto portata generale, non essendo più limitato alle sole influenze. Il criterio speci-

⁶⁹ Un'analogia interferenza funzionale tra le raccomandazioni e, questa volta, la Convenzione sull'aviazione civile internazionale viene sottolineata da E. BENVENISTI, *The Coronavirus Tests the Limits of International Law*, in *Lauterpacht Centre News*, n. 30, 2020, 3-5, reperibile *online*, che allude alla *recommended practice* n. 2.5 dell'Allegato 9, il quale, ai fini di quella Convenzione, impone di considerare la legittimità delle misure sanitarie implicanti restrizioni dei traffici aerei sulla base dell'art. 43 RSI, con le conseguenze già indicate sopra. Cfr. Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation Facilitation, 15th ed., ICAO, 2017, 2.5. La questione riemerge nella dichiarazione congiunta di OMS e ICAO: *Joint ICAO-WHO Statement on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.icao.int.

⁷⁰ WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, cit.

⁷¹ WHO *global influenza preparedness plan*, 2005, WHO/CDS/CSR/GIP/2005.5, www.who.int.

⁷² WHO, *Pandemic influenza preparedness and response: a WHO guidance document*, 2009, www.who.int.

fico sulla base del quale identificare una pandemia diviene dunque meramente spaziale, in quanto il contagio deve essersi propagato in almeno due delle sei regioni in cui è suddivisa l'OMS⁷³.

Dopo un'ulteriore revisione nel 2013, il riferimento attuale è la *Guida alla gestione del rischio da influenza pandemica*, adottata dall'OMS nel 2017, secondo cui «[a]n influenza pandemic occurs when an influenza A virus to which most humans have little or no existing immunity acquires the ability to cause sustained human-to-human transmission leading to community-wide outbreaks. Such a virus has the potential to spread rapidly worldwide, causing a pandemic»⁷⁴. Il testo ha nuovamente ristretto la validità materiale della Guida alle sole influenze A, poiché in più occasioni questo tipo di malattie ha raggiunto una diffusione su scala mondiale⁷⁵. Tale circostanza ha portato alcuni a ritenere improbabile una dichiarazione di pandemia in relazione al Covid-19⁷⁶, che, invece, è poi seguita l'11 marzo 2020, invero non del tutto inaspettata, in quanto già il 26 febbraio il Direttore generale dell'OMS aveva preso in considerazione tale possibilità, escludendo che, al momento, ne ricorressero le condizioni⁷⁷. La nuova definizione ha trovato una puntuale corrispondenza nelle parole pronunciate dal Direttore generale in conferenza stampa, quando ha spiegato che la decisione è dipesa dalla valutazione della diffusione geografica del virus – «In the past two weeks

⁷³ L'abbandono del requisito della gravità ha destato forti perplessità: a tale riguardo si veda E. COHEN, *When a pandemic isn't a pandemic*, in *Atlanta: CNN.com/health*, 4 maggio 2009, edition.cnn.com.

⁷⁴ WHO, *Pandemic Influenza Risk Management WHO Guidance*, maggio 2017, www.who.int.

⁷⁵ L'influenza spagnola è forse il caso più emblematico. Si tratta di una pandemia influenzale che tra il 1918 e il 1920 contagiò circa 500 milioni di persone in tutto il mondo, portandone alla morte diverse decine di milioni. Anche l'influenza asiatica ha raggiunto lo stato pandemico, causando, tra il 1957 e il 1960, circa due milioni di decessi. Nel biennio 1968-1969 l'Influenza di Hong Kong ha portato alla morte di un milione di contagiati. Da ultimo, la già menzionata influenza suina, nel 2009.

⁷⁶ P.A. VILLAREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic? Unpacking a (legal) definition*, in *Völkerrechtsblog*, 9 marzo 2020, voelkerrechtsblog.org.

⁷⁷ «Our decision about whether to use the word 'pandemic' to describe an epidemic is based on an ongoing assessment of the geographical spread of the virus, the severity of disease it causes and the impact it has on the whole of society», WHO, *Director-General's opening remarks at the mission briefing on COVID-19 - 26 February 2020*, 25 febbraio 2020, www.who.int. Pertanto, non convince la posizione espressa da P.A. VILLAREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, *op. cit.*, che ha interpretato la mancata dichiarazione come la prova dell'impiego di criteri extra-scientifici e, dunque, discrezionali da parte dell'OMS.

(...) the number of affected countries has tripled» –, dalla gravità della malattia e dall'impatto che questa produce sulla società⁷⁸.

Non è un'impresa semplice spiegare quali siano le conseguenze giuridiche dell'accertamento dello stato pandemico. Nella storia recente un precedente risale alla dichiarazione dell'11 giugno 2009, con cui l'allora Direttore generale decretava che l'influenza suina costituisse una pandemia⁷⁹. In quell'occasione la dichiarazione ebbe l'effetto di attivare le clausole sospensive dell'efficacia di «contratti dormienti» conclusi con le case farmaceutiche, affinché queste avviassero la produzione di un vaccino. Quando, però, si comprese che gli effetti dannosi della malattia sarebbero stati (fortunatamente) di gran lunga inferiori alle attese, l'OMS divenne bersaglio di accese polemiche, accusata di aver agito con poca trasparenza, se non addirittura con l'intento di agevolare il comparto industriale dei propri finanziatori⁸⁰. Alla luce di quest'esperienza, vi è chi avanza forti dubbi sulla possibilità che un analogo effetto possa prodursi nel contesto attuale⁸¹, anche perché il Covid-19 non è propriamente un'influenza.

A noi sembra che la dichiarazione dello stato pandemico da parte dell'OMS sia volta all'accertamento di una situazione di fatto e costituisca espressione dell'esercizio, a livello internazionale, di un potere amministrativo – in specie di una valutazione tecnica –, di cui l'Organizzazione è titolare in ragione della propria autorità eminentemente scientifica⁸². Come tale, essa non è priva di effetti giuridici: se, infatti, la dichiarazione dell'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale certifica la sussistenza di una minaccia generalizzata, prescindendo, però, dall'effettiva estensione del contagio, che può anche restare circoscritto a livello regionale (come nel caso delle due ondate di Ebola del 2016 e

⁷⁸ WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, cit.

⁷⁹ WHO, *World now at the start of 2009 influenza pandemic*, 11 giugno 2009, www.who.int. Si tratta della prima pandemia del XXI secolo e la prima ad essere dichiarata dall'entrata in vigore del nuovo RSI.

⁸⁰ D. COHEN, P. CARTER, *Conflicts of interest: WHO and the pandemic flu «conspiracies»*, in *BMJ*, 2010, 1274-1279, www.bmj.com.

⁸¹ P.A. VILLAREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, *op. cit.*

⁸² Tale interpretazione sembra confortata da quanto dichiarato dallo stesso Direttore generale, secondo cui: «[d]escribing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do», WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, cit. In tal senso si veda P.A. VILLAREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, *op. cit.*

del 2018-2019), quella di pandemia attesta che un agente patogeno ha acquisito una diffusione generalizzata e, pertanto, da questo momento, nessuno Stato può sentirsi dispensato dall'adottare misure di prevenzione e controllo, e, qualora non lo faccia, vi sono maggiori probabilità che incorra in responsabilità per violazione dei propri doveri di diligenza. In tal senso ci sembra che vadano interpretate le parole pronunciate dal Direttore generale all'atto della dichiarazione di pandemia, per cui «we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, *and by the alarming levels of inaction*» (corsivo aggiunto).

5. Giustiziabilità delle controversie

Stabilire se nel prossimo futuro si addiverrà alla nascita di un contenzioso appartiene al campo della predizione. Allo stato, però, occorre rilevare che la materia è particolarmente sensibile, in quanto, man mano che gli effetti della pandemia si aggravano e ciascun governo avverte la pressione di dover giustificare il proprio operato dinanzi all'opinione pubblica nazionale e internazionale, si susseguono quotidianamente reciproche accuse di violazione.

Da più parti si è giunti a ipotizzare una responsabilità della Cina, a cui viene sostanzialmente imputato di aver violato gli obblighi di notificazione tempestiva e di condivisione delle informazioni, previsti, rispettivamente, agli articoli 6 e 7 RSI. Se le azioni civili intentate contro questa presso diverse corti statunitensi⁸³ sono ragionevolmente destinate a incorrere in una censura d'inammissibilità per difetto di giurisdizione, essendo dirette nei confronti di un soggetto titolare d'immunità dalla giurisdizione civile di altri Stati⁸⁴, è sull'eventuale contenzioso di diritto internazionale pubblico che si incentra l'analisi nelle pagine seguenti.

«Se Atene piange, Sparta non ride»: la Repubblica Popolare Cinese potrebbe non essere l'unico soggetto che, nell'attuale crisi sanitaria, ha realizzato condotte illecite. Come si è già accennato, infatti, molti Stati hanno fatto ricorso a misure restrittive di commerci e trasporti. Gran parte della dottrina ritiene che tali limitazioni costituiscano una violazione dell'art. 43 RSI, poiché disposte in mancanza di fondamenti scien-

⁸³ Da quanto risulta, nel mese di marzo sono state proposte diverse azioni civili: in Florida il 12, in Texas il 17, in Nevada il 23, in California il 27.

⁸⁴ C. KEITNER, *Don't Bother Suing China for Coronavirus*, in *Just Security*, 8 aprile 2020, www.justsecurity.org

tifici e in presenza di atti dell'OMS contrari a questo tipo d'iniziativa⁸⁵. Peraltro, se le iniziali restrizioni degli spostamenti erano dirette unilateralmente verso il Paese allora più colpito dall'epidemia, la maggior parte di quelle introdotte successivamente ha inibito non solo l'ingresso agli stranieri, ma anche l'uscita ai propri residenti.

Astenendoci dal compiere in questa sede ogni valutazione di merito circa la fondatezza delle ipotesi formulate, ci si limita ad analizzare i mezzi di risoluzione delle controversie eventualmente esperibili nella vicenda in esame⁸⁶. A tale riguardo preme rilevare che, con riferimento all'accesso alla giustizia, il Regolamento è improntato ad un'impostazione essenzialmente stato-centrica e, pertanto, prende esplicitamente in considerazione l'ipotesi in cui sorga una controversia tra gli Stati parte in ordine all'interpretazione e all'applicazione delle norme in esso contenute. Infatti, l'art. 56, par. 1, pone in capo ad essi l'obbligo di provare a risolvere la controversia attraverso il ricorso alla negoziazione, o a qualunque altro dei tradizionali mezzi diplomatici di risoluzione delle

⁸⁵ R. HABIBI, S. NEGRI *et al.*, *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, in *The Lancet*, 2020, 664-666, www.thelancet.com. *Contra* P.A. VILLARREAL, *The (not-so) Hard Side of the IHR: Breaches of Legal Obligations*, in *Global Health Law Groningen*, 26 febbraio 2020, reperibile *online*; A. VON BOGDANDY, P.A. VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, 26 marzo 2020, in *MPIL Research Paper*, n. 7, 2020, reperibile *online*; poi ancora P.A. VILLARREAL, *COVID-19 Symposium: «Can They Really Do That?» States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19*, Part I and II, in *Opinio Juris*, 31 marzo 2020, opiniojuris.org.

⁸⁶ Con riferimento agli eventuali profili di responsabilità, va detto che, al pari della stragrande maggioranza delle fonti pattizie o previste da accordi, il RSI non disciplina le conseguenze derivanti dalla violazione di una delle proprie disposizioni, dovendo, in tale ipotesi – almeno in linea di principio – trovare applicazione le norme di diritto internazionale consuetudinario sulla responsabilità degli Stati, codificate dalla CDI nel Progetto di articoli del 2001. A tale proposito, pur non potendosi discutere analiticamente la questione in questa sede, occorre dare atto del fatto che la dottrina appare divisa attorno a due posizioni dominanti. Alcuni considerano applicabile *in toto* il regime generale della responsabilità degli Stati: cfr. R. MILLER, W. STARSHAK, *China's Responsibility for the Global Pandemic*, in *Just Security*, 31 marzo 2020, www.justsecurity.org; J. KRASKA, *China is legally responsible for Covid-19 damage and claims could be in the trillions*, in *War on the Rocks*, 23 marzo 2020, www.warontherocks.com. Altri, invece, ritengono applicabili soltanto le norme materiali sull'illecito (Parte I del Progetto), ma non anche quelle che ne disciplinano gli effetti (Parte II), sottolineando come nel settore del diritto internazionale della salute pubblica gli Stati non abbiano mai avanzato vere e proprie pretese di riparazione: cfr. D.P. FIDLER, *COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?*, in *Just Security*, 27 marzo 2020, www.justsecurity.org.

controversie (buoni uffici, mediazione e conciliazione). Infruttuosamente esperito il tentativo, in base a quanto previsto al par. 2 le parti hanno *facoltà* di sottoporre la vertenza al Direttore generale, che, in tal caso, assumerebbe una funzione *lato sensu* conciliativa.

Infine, ai sensi del par. 3, la Corte permanente di arbitrato (CPA) ha giurisdizione su ogni controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione del Regolamento, insorta tra Stati parte che abbiano accettato come obbligatoria tale giurisdizione, ovvero su quelle specifiche controversie che questi abbiano convenuto di sottoporle⁸⁷. In altri termini, per avvalersi del rimedio arbitrale offerto dall'art. 56, par. 3, RSI, gli Stati parte in causa devono aver indirizzato al Direttore generale una dichiarazione scritta, in cui, a condizione di reciprocità, hanno riconosciuto la giurisdizione obbligatoria della CPA su ogni possibile controversia relativa al Regolamento – nel qual caso si ripropone il modello della clausola opzionale contenuta nell'art. 36, par. 2, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG) –, ovvero con riferimento a una singola lite. Questa seconda ipotesi costituisce nient'altro che una procedura tipizzata con cui stipulare un compromesso arbitrale che gli Stati avrebbero potuto concludere comunque. Infatti, nulla vieta che essi decidano di istituire un tribunale arbitrale *ad hoc*, al di fuori del campo di applicazione dell'art. 56 RSI. In proposito, considerato che, ad oggi, al Direttore generale non è pervenuta alcuna dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della CPA, delle due ipotesi descritte l'unica praticabile è la seconda. Anche questa soluzione, però, oltre a non essere mai stata percorsa in passato, presenta l'intrinseco limite di dover ricercare il mutuo consenso delle parti in una fase in cui, essendo la lite già insorta, l'esperienza insegna che è piuttosto difficile trovare un accordo.

Dinanzi alla piuttosto realistica impossibilità di istituire un arbitrato con la Cina, non manca chi è arrivato a ipotizzare che uno Stato membro dell'OMS possa citarla unilateralmente in giudizio dinanzi alla CIG, sulla base dell'art. 75 della Costituzione dell'OMS⁸⁸. Invero, la disposizione contiene una clausola compromissoria «completa», secondo cui ogni controversia che dovesse sorgere tra gli Stati parte relativamente all'interpretazione e all'applicazione del trattato dovrà essere deferita

⁸⁷ La disposizione di cui al par. 3 è stata formulata sul modello di clausola arbitrale predisposto dalla CPA per il contenzioso interstatale: cfr. *PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States Model Arbitration Clauses*, reperibile online.

⁸⁸ P. TZENG, *Taking China to the International Court of Justice over COVID-19*, in *EJIL: Talk!*, 2 aprile 2020, www.ejiltalk.org.

alla cognizione della Corte. Anche a voler supporre che siano soddisfatte le tre condizioni previste da questa disposizione – ovvero che la controversia non venga risolta attraverso negoziazione, o dall’Assemblea mondiale della sanità⁸⁹, e che le parti non si accordino per una diversa soluzione –, resta impregiudicato il dato che la giurisdizione della CIG è limitata alle violazioni della sola Costituzione dell’OMS. Per superare tale limite, vengono quindi prospettate cinque ipotesi in cui la violazione, da parte della Cina, degli obblighi di notifica tempestiva e condivisione delle informazioni, *ex* articoli 6 e 7 RSI, configurerebbe una lesione della Costituzione.

In primo luogo, valorizzando il dato che il RSI sia stato adottato dall’Assemblea mondiale della sanità sulla base dell’art. 21 della Costituzione dell’OMS, si sostiene che una sua violazione si estenderebbe alla fonte superiore. A tale riguardo, però, si può agevolmente obiettare che, comportando il RSI nuovi e ben più dettagliati obblighi per le parti, un’estensione della clausola compromissoria contenuta nella Costituzione alle controversie relative al RSI non sarebbe coperta dal consenso e, pertanto, risulterebbe illegittima.

In secondo luogo, viene prospettata la possibile violazione dell’art. 63 della Costituzione dell’OMS, che impone a ciascuno Stato membro di «comunicare tempestivamente all’Organizzazione (...) rapporti ufficiali e statistiche importanti, concernenti la sanità e pubblicati nello Stato»; a tal fine vengono richiamati *i post* condivisi da medici cinesi tramite *social network*. La lettera della disposizione, però, laddove fa riferimento a «rapporti ufficiali», sembra inequivocabilmente intendere quelli di fonte governativa. Inoltre, difficilmente il requisito della pubblicazione potrebbe essere soddisfatto dalla semplice condivisione in rete, in quanto tale soluzione, oltre a non trovare supporto nel testo del trattato, darebbe luogo a un’interpretazione illogica della norma, per cui uno Stato sarebbe obbligato a verificare una mole incontrollabile di dati.

In terzo luogo, viene ipotizzata una lesione del successivo art. 64, che impone agli Stati parte di fornire rapporti statistici ed epidemiolo-

⁸⁹ Le due condizioni sembrerebbero essere tra loro alternative sulla base di quanto affermato dalla CIG rispetto all’art. 22 della Convenzione internazionale della Nazioni Unite sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, 21 dicembre 1965, in *UN Treaty Series*, vol. 660, 1969, 195 ss.: cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza dell’8 novembre 2019, eccezioni preliminari, *Applicazione della convenzione internazionale per la soppressione del finanziamento del terrorismo e della convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione (Ucraina c. Federazione russa)*, 41, par. 113, www.icj-cij.org.

gici, secondo le modalità indicate dall'Assemblea mondiale della sanità. In realtà, la prassi successiva degli Stati nell'applicazione del Trattato istitutivo ha chiarito che, rispetto a tali rapporti, le modalità a cui fa riferimento l'art. 64 vadano rintracciate non nel RSI, ma nel Regolamento riguardante la nomenclatura, come risulta evidente dalla lettera del suo art. 6⁹⁰.

Inoltre, si afferma che la Cina avrebbe omesso di comunicare alcuni dati rilevanti al fine di influenzare la condotta del Direttore generale, così contravvenendo all'art. 37 della Costituzione dell'OMS, nella parte in cui obbliga gli Stati membri a rispettare il carattere esclusivamente internazionale del Direttore generale e a rinunciare ad esercitare qualsiasi influenza su di esso. Anche a tale proposito, però, occorre notare che nessuno dei criteri generali sull'interpretazione dei trattati autorizzi a instaurare una connessione tra le due norme.

Da ultimo, si sostiene che la Cina avrebbe violato una norma di diritto internazionale consuetudinario, privando del proprio oggetto la Costituzione dell'OMS, di cui uno degli obiettivi fondamentali è «portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità» (art. 1). Di contro, bisogna osservare che, come chiarito dalla CIG nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti* (1986)⁹¹, non è possibile far valere l'autonoma violazione della norma di diritto internazionale generale che vieta di privare un trattato dell'oggetto e dello scopo, sulla base di una clausola compromissoria che conferisce giurisdizione esclusivamente sulle controversie che dovessero sorgere tra le parti relativamente all'interpretazione e all'applicazione del trattato. Inoltre, nel caso di specie tale privazione sarebbe indiretta, in quanto deriverebbe dalla presunta violazione di un'altra e autonoma fonte. Alla luce di quanto esposto, non si vedono margini per instaurare validamente un giudizio dinanzi alla CIG in relazione alle fattispecie illecite ipotizzate.

Infine, non si può escludere che il contenzioso lambisca la stessa OMS, come soggetto titolare di un'autonoma personalità giuridica, ac-

⁹⁰ Art. 6 delle *WHO Nomenclature Regulations*, cit.: «Each member shall, under Article 64 of the Constitution, provide the Organization on request with statistics prepared in accordance with these Regulations and not communicated under Article 63 of the Constitution».

⁹¹ Cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 22 giugno 1986, merito, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*, in *ICJ Reports*, 1986, 14 ss., 135-136, par. 271: «[T]he Court does not consider that a compromissory clause (...), providing for jurisdiction over disputes as to its interpretation or application, would enable the Court to entertain a claim alleging conduct depriving the treaty of its object and purpose».

cusata a più riprese, in particolare dagli Stati Uniti, di aver assunto un atteggiamento accomodante nei confronti della Cina, tradendo i propri doveri di sorveglianza e informazione e la propria vocazione eminentemente scientifica e imparziale. Negli Stati Uniti è attualmente in corso un'inchiesta, condotta dalla Commissione per la vigilanza e le riforme della Camera dei rappresentanti del Congresso, nelle cui mura l'Amministrazione statunitense ha deciso di sospendere provvisoriamente il finanziamento all'OMS⁹². La decisione giunge in un momento particolarmente delicato, in cui l'Organizzazione è impegnata su più fronti, e infligge un duro colpo alle sue finanze, considerato che gli Stati Uniti ne sono il primo contributore⁹³.

A tale riguardo, bisogna dare atto del fatto che il RSI prende espressamente in considerazione anche l'ipotesi in cui sorga una lite tra l'OMS e uno o più Stati membri: l'art. 56, par. 5, tratta la questione come un tipo di conflittualità da risolvere con uno strumento eminentemente politico-diplomatico, prevedendo che la controversia venga sottoposta all'Assemblea mondiale della sanità, ovvero agli stessi delegati dei Paesi membri⁹⁴.

6. *Prospettive conclusive*

Se non è certamente la prima volta che l'umanità si trova ad affrontare una grave epidemia – di diverse e più gravi possono testimoniare storia e letteratura – l'attuale pandemia di Covid-19 induce, anche il giurista, a una considerazione. La rapidità con cui il virus si è propagato a livello globale ha portato molti a instaurare un diretto collegamento con il processo di globalizzazione⁹⁵. Se l'interdipendenza raggiunta tra i Paesi del mondo reca certamente numerosi vantaggi, rendendo possibili lunghi spostamenti, scambi commerciali e l'incontro di culture lontane, essa espone, al contempo, la vita civile di ciascuno popolo ai rischi derivanti da quanto avviene nel più remoto angolo del globo (si tratti di una

⁹² D.P. FIDLER, *An Abuse of Presidential Authority and American Power: Halting U.S. Funding for the World Health Organization*, in *Just Security*, 15 aprile 2020, www.justsecurity.org.

⁹³ Il bilancio 2018-2019 dell'OMS ammonta a circa 5,6 miliardi di dollari, di cui gli Stati Uniti corrispondono circa il 15%: cfr. WHO, *Contributors*, www.who.int.

⁹⁴ Cfr. art. 10 della Costituzione dell'OMS.

⁹⁵ G. FAHRION, K. GNIRKE *et al.*, *How the Coronavirus Made Globalization a Deadly Threat*, in *Spiegel International*, 4 febbraio 2020, www.spiegel.de/international.

minaccia bellica, terroristica o sanitaria), in tal modo inverando quella che qualcuno ha da diverso tempo identificato come la «società del rischio»⁹⁶. In questo scenario molti preconizzano che il virus possa infliggere un colpo mortale alla globalizzazione⁹⁷, già fortemente indebolita dalla crisi economica degli scorsi anni, dalle difficoltà riscontrate dagli Stati nell'introdurre politiche inclusive e dal conseguente emergere di risposte politiche reazionarie.

È, però, possibile che nella globalizzazione stessa si trovi l'antidoto che scongiuri un tale esito, qualora, oggi come in passato, gli Stati si mostrino capaci di cogliere l'occasione della crisi attuale, per condurre ad uno stadio ulteriore la cooperazione in materia di salute pubblica. L'OMS, infatti, rappresenta il frutto di uno straordinario sforzo d'integrazione internazionale, che, procedendo per tentativi ed errori, è stato capace di creare consenso, a livello globale, attorno a pratiche e standard condivisi. Nonostante alcuni limiti, anche nella crisi attuale essa ha mostrato di essere un attore fondamentale, percepito dagli Stati – e, quel che forse più conta, dall'opinione pubblica mondiale – come un riferimento autorevole, persino quando si sceglie di discostarsi dalle sue indicazioni⁹⁸.

In questa sfida i giuristi giocano un ruolo centrale. Innanzitutto, è necessario raccogliere l'esperienza maturata, che ha riportato alla luce criticità del sistema istituzionale già da diverso tempo evidenziate dalla

⁹⁶ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986 (trad. it. di W. Privitera, C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000).

⁹⁷ A. VOLPI, *Coronavirus: l'epidemia (e la psicosi) può smontare la globalizzazione*, in *Altreconomia*, 11 febbraio 2020, www.altreconomia.it; M. RICCI, *Dal coronavirus un nuovo colpo a una globalizzazione già malata*, in *la Repubblica*, 14 marzo 2020, www.repubblica.it; S. HORVAT, *Il pericolo politico del nuovo virus*, in *Internazionale*, 6 marzo 2020, www.internazionale.it; V. MALAGUTTI, *Coronavirus, ecco il mondo nuovo che ci aspetta quando ne usciremo*, in *L'Espresso*, 31 marzo 2020, www.espresso.repubblica.it; H. FARRELL, A. NEWMAN, *Will the Coronavirus End Globalization as We Know It? The Pandemic Is Exposing Market Vulnerabilities No One Knew Existed*, 16 marzo 2020, in *Foreign Affairs*, marzo-aprile 2020, www.foreignaffairs.com.

⁹⁸ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio*, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, 16 marzo 2020, COM(2020) 115 final: «Sebbene generalmente l'Organizzazione mondiale della sanità non ritenga le restrizioni dei viaggi lo strumento più efficace per contenere una pandemia, la rapida diffusione del COVID-19 rende fondamentale un'azione urgente, immediata e concertata da parte dell'UE e degli Stati membri, non solo per proteggere la salute pubblica delle nostre popolazioni, ma anche per impedire l'ulteriore diffusione del virus dall'UE ad altri paesi, com'è avvenuto nelle ultime settimane».

dottrina, e relative essenzialmente all'impiego che il Comitato di emergenza compie dei criteri in base ai quali dichiarare lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, al carattere meramente binario di tale dichiarazione, all'assenza di un solido corredo motivazionale che accompagni le raccomandazioni temporanee, rispetto a cui, peraltro, mancano efficaci meccanismi di controllo e responsabilizzazione (*naming and shaming*).

Inoltre, bisogna apprendere dalle lezioni che il virus lascia in eredità. In primo luogo, certamente esso ha messo a dura prova i sistemi sanitari nazionali, ma al contempo ne ha evidenziato l'importanza, considerato che la loro capacità di risposta costituisce una delle indispensabili condizioni affinché ciascuno Stato possa efficacemente individuare l'insorgere di una minaccia sanitaria e limitarne la propagazione a livello internazionale. In quest'ottica, i governi nazionali sono responsabili – tanto verso i propri cittadini quanto nei confronti della Comunità internazionale – dell'adozione di misure che assicurino la preparazione del proprio servizio sanitario. A tale riguardo, occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 13 RSI, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di sviluppare e rafforzare la propria capacità di rispondere tempestivamente e adeguatamente a rischi ed emergenze sanitarie di rilevanza internazionale. In secondo luogo, dinanzi ai vistosi limiti che il regime generale della responsabilità manifesta, diventa fondamentale catturare le relazioni di interdipendenza che oggi – di fatto – esistono tra gli Stati e tradurle in nuove forme di declinazione del concetto di responsabilità internazionale, sia riadattando categorie classiche, come i principi di buona fede e leale cooperazione o i doveri di diligenza, sia immaginandone di nuove, che sappiano tenere conto della complessità delle dinamiche attuali, che coinvolgono numerosi ed eterogenei soggetti, tra attori statali, non statali e organizzazioni internazionali⁹⁹.

Infine, se, nel 2005, parte della dottrina aveva accolto le innovazioni apportate al RSI come la transizione da un modello vestfaliano ad uno post-vestfaliano di cooperazione interstatale nel campo della salute pubblica¹⁰⁰, alla luce dell'esperienza di questi mesi la stessa dottrina

⁹⁹ In tal senso ci sembra vada letto il lavoro intrapreso dall'Università di Amsterdam in vista di una «responsabilità condivisa» di diritto internazionale. Per tutti si veda A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS, *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, 2014.

¹⁰⁰ D.P. FIDLER, *Learning from SARS, Preparing for the Next Disease Outbreak*, in *National Academy of Sciences*, 2004, www.ncbi.nlm.nih.gov.

considera il Covid-19 come un virus ancora vestfaliano¹⁰¹. In proposito, ci si limita a osservare che la nascita di un sistema di relazioni internazionali propriamente post-vestfaliano non può essere unicamente frutto dell'elaborazione di uno schema normativo, ma dipende essenzialmente dalla disponibilità degli attori internazionali di interpretarsi come organi di un tale sistema. Negli anni di maggiore crisi del multilateralismo non sembra che una simile coscienza si sia già formata, e il processo di integrazione appare ancora lungo.

¹⁰¹ D.P. FIDLER, *The World Health Organization and Pandemic Politics. The good, the bad, and an ugly future for global health*, in *Think Global Health*, 10 aprile 2020, www.thinkglobalhealth.org.

L'IMPATTO DELLE MISURE DI CONTENIMENTO
DELLA PANDEMIA
SUI DIRITTI DEGLI INVESTITORI STRANIERI:
RIFLESSIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ STATALE

GIULIANA LAMPO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il possibile impatto delle misure di contenimento dell'epidemia sui diritti degli investitori stranieri. – 2. Le clausole pattizie a tutela di interessi fondamentali dello Stato ospite. – 3. *Segue*. Il *power to regulate*. – 4. Possibili esimenti di diritto internazionale generale: in particolare, la forza maggiore. – 5. *Segue*: lo stato di necessità. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione: il possibile impatto delle misure di contenimento dell'epidemia sui diritti degli investitori stranieri*

Sul finire di gennaio 2020, in seguito alla segnalazione da parte della Cina di un gruppo di casi di polmonite ad eziologia ignota nella città di Wuhan, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'epidemia di coronavirus emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale. Di fronte a questa crisi, la risposta italiana è in primo luogo consistita in provvedimenti cautelativi quali la sospensione di tutti i voli da e per la Cina¹; successivamente, tenuto conto del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e del verificarsi di alcuni casi sul territorio italiano, è stato proclamato lo stato di emergenza per una durata di sei mesi², con la conseguente messa in atto di misure sempre più rigorose per il contenimento del contagio³.

* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), Comunicato stampa n. 7 del 31.01.2020, disponibile all'indirizzo <https://moduliweb.enac.gov.it/Applicazioni/comunicati/comunicato.asp?selpa1=2608&NumCom=7>.

² Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, G.U. Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>.

³ Oltre ai brevi riferimenti ai provvedimenti italiani contenuti nel presente lavoro, la particolare situazione di emergenza sanitaria determina la costante emanazione di nuovi

La situazione di emergenza sanitaria globale legata alla diffusione del Covid-19 inciderà profondamente e per molto tempo anche sull'economia dei paesi colpiti. Volendo concentrarsi sugli effetti sul flusso globale di investimenti esteri diretti, la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD) ha stimato un calo dello stesso compreso tra il 30% e il 40% rispetto alle precedenti previsioni relative al biennio 2020-2021. Questo calo, tuttavia, colpirà gli Stati in misura diversa, a seconda della gravità dell'esperienza di ciascun paese in termini di diffusione del virus⁴; il calo, inoltre, si sostanzierà non solo nell'assenza di nuovi investimenti, ma altresì nella interruzione di quelli già in essere. Le misure adottate dagli Stati (in particolare da quelli più colpiti, tra i quali l'Italia) per far fronte alla diffusione dell'epidemia potrebbero infatti incidere negativamente sulla posizione degli investitori stranieri, determinando così un clima inospitale per gli stessi: la possibilità di requisire beni immobili⁵, la sospensione dei collegamenti aerei esclusivamente con alcuni paesi⁶ e l'individuazione discrezionale da parte dell'esecutivo di attività produttive industriali e commerciali non necessarie delle quali è stato disposto il fermo⁷ sono solo alcuni esempi di mi-

provvedimenti. Per informazioni più dettagliate ed in costante aggiornamento, <http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968>.

⁴ UNCTAD, Investment Trends Monitor, *Impact of the Coronavirus Outbreak on Global FDI and GVCs: Updated Analysis*, marzo 2020, disponibile all'indirizzo https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeiainf2020d3_en.pdf. Si veda, inoltre, UNCTAD, *Investment Policy Monitor, Issue 23*, aprile 2020, disponibile all'indirizzo https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d1_en.pdf.

⁵ Ad esempio, l'art. 6 Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. Serie Generale n. 70 del 17 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg>.

⁶ *Supra*, nota 1.

⁷ Ad esempio, Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 marzo 2020. *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, G.U. Serie Generale n. 76 del 22 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/22/20A01807/sg>.

sure in grado di compromettere irrimediabilmente il godimento e la profittabilità di un investimento⁸.

La posizione degli investitori stranieri è generalmente tutelata da accordi internazionali in materia di investimenti (*International Investment Agreements* – IIAs), i quali fissano gli standard di trattamento che uno Stato è obbligato a rispettare nell'interazione con investitori aventi la nazionalità degli altri Stati parte del trattato. Tra gli standard più comuni, ad esempio, vi è quello che fissa i requisiti per la legittimità di un'espropriazione e, in generale, di qualunque misura che (direttamente o indirettamente) privi un investitore della possibilità di godere del proprio investimento⁹; ancora, altra previsione comune è quella che impone un trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri (*fair and equitable treatment* – FET, espressione molto vaga che, di fatto, si sostanzia in una pluralità di obblighi in capo allo Stato ospite, tra i quali quello di rispettare i canoni del giusto processo, il legittimo affidamento degli investitori nella stabilità del quadro normativo, nonché il principio di proporzionalità nell'adozione di una misura statale che interferisca con la posizione soggettiva di un investitore)¹⁰.

Uno Stato che abbia adottato misure che un investitore consideri pregiudizievoli potrebbe essere convenuto in giudizio dinanzi ad un tribunale arbitrale per risponderne: gli accordi in materia di investimenti, infatti, si caratterizzano per la presenza di clausole arbitrali, attraverso

⁸ Per una prima analisi delle possibili violazioni che secondo la dottrina potrebbero discendere dalle misure adottate dall'Italia si veda M. BENEDETTELLI, C. CORONEO, N. MINELLA, *Could COVID-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy*, in *Global Arbitration Review*, 26 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency-measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy>; per una prima analisi di carattere generale, non relativa alle sole misure italiane, si veda L. BENTO, J. CHEN, *Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses*, Kluwer Arbitration Blog, 8 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/>.

⁹ UNCTAD, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York – Ginevra, 2012, disponibile all'indirizzo https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.

¹⁰ Per una analisi del contenuto dello standard in questione, F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018.

le quali viene attribuita ad un investitore che ritenga lesi i propri diritti la facoltà di agire direttamente nei confronti dello Stato ospite¹¹.

Scopo del presente lavoro è quello di valutare se esistano strumenti in grado di salvaguardare la legittimità delle misure adottate dagli Stati per contrastare l'epidemia di Covid-19 ed escluderne l'illiceità sul piano internazionale. Questi strumenti possono essere specifici del diritto internazionale degli investimenti o essere rintracciati nelle norme di diritto internazionale generale sulla responsabilità degli Stati.

Per quanto riguarda la prima categoria, verrà analizzata la possibilità che la facoltà dello Stato di invocare i propri interessi per sottrarsi alla esecuzione di un obbligo sia disciplinata da apposite clausole pattizie (cc.dd. clausole *Non-Precluded Measures* o clausole NPM, paragrafo 2); inoltre, verrà valutata la eventualità che le misure in discussione ricadano nell'ambito di operatività del c.d. *power to regulate*, vale a dire il potere – generalmente attribuito in via interpretativa – di uno Stato di agire in difformità dagli impegni assunti sul piano internazionale nei confronti degli investitori stranieri, laddove ve ne sia la necessità per tutelare un interesse pubblico essenziale (paragrafo 3). Con riferimento agli strumenti del secondo tipo, si approfondirà (paragrafo 4) la possibilità che le misure siano giustificate dalla norma che ammette l'inadempimento di un obbligo internazionale in presenza di una forza maggiore, vale a dire una forza irresistibile o un avvenimento imprevedibile fuori dal controllo dello Stato che renda allo stesso materialmente impossibile l'esecuzione dell'obbligo (art. 23 del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato dalla Commissione del diritto internazionale (CDI))¹². Infine, verrà presa in considerazione (paragrafo 5) l'esimente costituita dallo stato di necessità (art. 25 Progetto), in virtù della quale uno Stato può giustificare la violazione di un obbligo internazionale allorquando essa sia l'unico modo per salvaguardare un interesse essenziale da un pericolo grave ed imminente¹³.

¹¹ Per una panoramica degli accordi in materia di investimenti dell'Italia, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>.

¹² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *ILC Yearbook*, 2001, Vol. II, Parte 2, 76.

¹³ *Ivi*, 80.

2. Le clausole pattizie a tutela di interessi fondamentali dello Stato ospite

Il primo e più elementare scenario che può profilarsi è quello nel quale il diritto di uno Stato ospitante un investimento straniero di adottare misure a tutela dei propri interessi essenziali sia disciplinato dagli stessi accordi in materia di investimenti da esso conclusi. Si parla, a tal riguardo, delle cc.dd. clausole *Non-Precluded Measures* (o NPM). Si tratta di previsioni che individuano taluni obiettivi statali di importanza fondamentale (che vanno dalla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica al mantenimento di pace e sicurezza internazionali) e statuiscano che non debba essere preclusa agli Stati la possibilità di adottare misure necessarie alla loro salvaguardia¹⁴. Queste previsioni rappresentano il principale sintomo della tendenza – sempre più marcata nei recenti IIAs – a subordinare la tutela degli investimenti a quella di taluni interessi pubblici essenziali¹⁵; tuttavia esse non sono affatto una novità nella prassi negoziale degli Stati¹⁶. Alcune di queste previsioni, tra l'altro, espressamente contemplano l'obiettivo di tutela della salute. È il caso, ad esempio, dell'art. 13 del BIT Iran-Giappone¹⁷ nonché

¹⁴ Sulle clausole NPM, in generale, W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008, 307 ss.; W. WANG, *The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions*, in *ICSID Review*, 2017, 447 ss.

¹⁵ Ad esempio: art. 33 del Model BIT dell'India; art. 12 del Model BIT USA. Ancora, art. IV della bozza del nuovo Model BIT italiano (ancora da adottare) provvisoriamente pubblicata in A. PETRANGELI, M. SILVI, M. C. MALAGUTI, *Why and How to Upgrade the Italian Model BIT*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 396 ss. Tutti i trattati in materia di investimenti menzionati nel presente lavoro sono disponibili all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹⁶ Ad es., una forma di clausola NPM era contenuta nel BIT concluso tra Germania e Pakistan nel 1959 (e sostituito nel 2009).

¹⁷ “1. Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party and their investments in the Territory of the former Contracting Party, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health [...]”.

dell'art. 9.8 dell'accordo di libero scambio Cina-Australia¹⁸. Laddove la tutela della salute della popolazione sia un obiettivo che può essere fatto rientrare nell'ambito di operatività di una clausola NPM, quest'ultima escluderà la applicabilità degli obblighi sanciti dal trattato alle misure adottate per perseguirlo.

L'applicazione di queste clausole, tuttavia, non è sempre stata agevole. Problematica, in particolare, è risultata l'individuazione dei presupposti per la loro operatività. Da un lato, i tribunali arbitrali sono sempre stati concordi nel ritenere che generalmente – a meno che la clausola stessa non preveda diversamente – previsioni del tipo NPM non siano *self-judging*. Ciò significa che gli Stati non possono autonomamente individuare le situazioni che ne determinino l'applicazione. Al contrario, una volta che uno Stato abbia eccepito l'esistenza di una clausola NPM in sede contenziosa al fine di giustificare l'adozione di determinate misure, spetterà al tribunale arbitrale valutare la correttezza di questa invocazione¹⁹. Tuttavia, alcuni collegi arbitrali hanno finito per considerare le clausole NPM come semplici ripetizioni, a livello patizio, della norma di diritto internazionale generale sullo stato di necessità. Questa, ad esempio, è stata la conclusione raggiunta dal tribunale arbitrale nel caso *Enron c. Argentina*. In questo, gli investitori statuni-

¹⁸ “For the purposes of this Chapter and subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health [...]”.

¹⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 maggio 2005, para. 373; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), Award, 22 maggio 2007, para. 339; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 settembre 2007 para. 388. *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 13 dicembre 2017, para. 231; Tutte queste decisioni, ovviamente, confermano come gli Stati siano perfettamente liberi di stipulare una clausola *self-judging*, prevedendo ad esempio che siano consentite misure “*che le parti considerano come necessarie*” per la salvaguardia di taluni obiettivi fondamentali. V., ad es., *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, para. 370. V. anche *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, para. 335; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, para. 383; *Deutsche Telekom v. India*, para. 231.

tensi contestavano misure adottate dallo Stato convenuto in risposta alla crisi economica che colpì lo stesso nel 2001. L'Argentina, quindi, invocava la clausola NPM rappresentata dall'art. XI del BIT concluso con gli Stati Uniti, ai sensi della quale "[t]his Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests". Il tribunale arbitrale ha notato come la formulazione della clausola fosse caratterizzata da una estrema vaghezza e dalla assenza di indicazioni puntuali sui presupposti per la sua operatività; ha ritenuto quindi che, in ragione di questa vaghezza, tali indicazioni andassero ricercate al di fuori del trattato e, nello specifico, nella norma di diritto internazionale generale sullo stato di necessità. Il tribunale ha quindi concluso che, affinché la clausola NPM potesse operare, fosse necessario il soddisfacimento dei requisiti dettati da tale norma (sui quali si veda il paragrafo 5 del presente lavoro)²⁰. Un simile approccio interpretativo risulta profondamente svantaggioso per lo Stato ospite: in primo luogo, quest'ultimo potrebbe avvalersi dello stato di necessità pure in assenza di una previsione pattizia specifica che, quindi, perderebbe di utilità²¹; in secondo luogo, lo stato di necessità può operare solo in presenza di requisiti incredibilmente stringenti. In particolare, affinché operi questa esimente: *i*) la condotta dello Stato deve essere l'unico modo per salvaguardare un interesse essenziale da un pericolo grave ed imminente; *ii*) la condotta non deve ledere un interesse dello Stato nei confronti del quale l'obbligazione è dovuta o della comunità internazionale nel suo complesso; *iii*) la norma violata non deve escludere la possibilità di invocare lo stato di necessità; e *iv*) lo Stato non deve aver contribuito, anche in parte, al verificarsi della situazione di necessità. Ne risulta una notevole compressione della facoltà dello Stato di avvalersi di una clausola concepita per attribuirgli un certo margine di manovra nel perseguimento dei suoi interessi vitali.

Questo approccio, quindi, è stato corretto dalla giurisprudenza suc-

²⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, cit., para. 333; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit., paras. 353 ss.; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, cit., para. 375.

²¹ Sull'operatività del diritto internazionale generale nel diritto internazionale degli investimenti si veda il paragrafo 4 del presente lavoro.

cessiva, la quale ha espressamente sottolineato la distinzione concettuale tra le clausole NPM e le esimenti di diritto internazionale generale²². Ad esempio, nel caso *Deutsche Telekom c. India* – relativo alla decisione di quest'ultima di interrompere un accordo per l'uso della banda S dello spettro elettromagnetico in favore della società Devas, della quale la Deutsche Telekom era azionista – il collegio arbitrale ha sottolineato come la clausola NPM di cui all'art. 12 del BIT Germania – India (ad oggi terminato) e la norma di diritto internazionale generale sull'immunità non interferissero tra di loro²³. Ad oggi, inoltre, l'approccio interpretativo che sovrappone clausole NPM e stato di necessità è notevolmente indebolito dal fatto che i trattati più recenti presentano eccezioni individuate in maniera sempre più puntuale e articolata²⁴.

In conclusione, l'adozione di misure di contenimento dell'epidemia di Covid-19 potrebbe essere consentita dagli stessi accordi in materia di investimenti; questi, infatti, potrebbero contenere previsioni che escludono l'applicabilità degli obblighi in essi sanciti ai provvedimenti adottati nel perseguimento di interessi pubblici fondamentali, tra i quali potrebbe essere incluso quello alla tutela della salute della popolazione.

Tuttavia, previsioni di questo tipo, vale a dire di natura pattizia, sono disponibili ai soli paesi che siano stati così avveduti da inserirle nei propri trattati (ad esempio, quasi nessuno degli IIAs conclusi dall'Italia contiene simili clausole²⁵). Questa circostanza impone di ricercare soluzioni alternative per la salvaguardia della legittimità delle misure adottate da uno Stato a protezione della salute pubblica.

3. Segue. *Il power to regulate*

La prassi arbitrale in materia di investimenti ha sviluppato, nel corso

²² Si vedano, ad esempio, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit., Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 settembre 2007, paras. 128 ss.; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, cit., Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 giugno 2010, paras. 195 ss.

²³ *Deutsche Telekom v. India*, cit., paras. 225-229.

²⁴ Si veda, ad esempio, *supra*, note 15, 17 e 18.

²⁵ Una delle pochissime eccezioni era rappresentata dall'art. 12 del BIT India-Italia, terminato però nel 2017.

del tempo, strumenti atti a sopperire alla mancanza di specifiche clausole pattizie che regolamentino il diritto degli Stati ospiti di far valere i propri interessi essenziali. Nel corso dei decenni, infatti, questo settore normativo si è strutturato sulla base dell'idea secondo la quale deve essere impedito al potere sovrano di dispiegarsi con modalità lesive della posizione degli investitori stranieri. Tuttavia, la sempre maggiore compressione del potere degli Stati in favore della posizione di questi ultimi ha fatto sì che, di recente, l'arbitrato in materia di investimenti abbia dovuto fronteggiare una profonda crisi di legittimità. Le pronunce arbitrali, infatti, sono state spesso percepite come eccessivamente orientate in favore delle parti attrici e gli arbitri si sono in passato talvolta mostrati poco disposti a considerare le ragioni di Stato sottese alla adozione di una misura eventualmente lesiva dei diritti degli investitori stranieri²⁶.

Come reazione ad una generalizzata insofferenza nei confronti di questo sistema, i tribunali arbitrali hanno sviluppato vari meccanismi di riequilibrio della posizione degli Stati. Uno di questi è il riconoscimento del residuo di un c.d. *power to regulate* in capo a questi ultimi, vale a dire il diritto di agire in difformità dagli impegni assunti sul piano internazionale nei confronti degli investitori stranieri, laddove ve ne sia la necessità per tutelare un interesse pubblico rilevante²⁷. Questo potere si è concretizzato, nella giurisprudenza arbitrale, attraverso espedienti pratici diversi: in particolare, affermando che si sia consolidata una norma di diritto consuetudinario in materia e/o facendo ricorso al principio di proporzionalità (in virtù del quale la condotta dello Stato ospite non può considerarsi in violazione dei suoi obblighi laddove il sacrificio imposto all'investitore sia proporzionato alla rilevanza dell'obiettivo perseguito dallo Stato stesso)²⁸. Tutti questi espedienti condividono

²⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *World Investment Report 2015*, consultabile all'indirizzo https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf; C. N. BROWER e S. W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago J. Int. L.*, 2009, 471 ss.; M. WAIBEL, A. KAUSHAL et al. (a cura di), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn-Londra, 2010; G. KAHALE III, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, in *Transnational Dispute Management*, 2012, 1 ss.

²⁷ A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Oxford, 33.

²⁸ Per una analisi dello stato di ciascuna di queste teorie si veda G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbi-*

l'obiettivo di consentire ai tribunali arbitrali di integrare gli interessi statali nei trattati in materia di investimenti, facendo sì che condotte assunte per salvaguardare interessi pubblici essenziali non risultino contrarie agli obblighi internazionali dello Stato ospite, pur se pregiudizievoli per gli investitori.

Alcuni tribunali arbitrali hanno ritenuto che questo diritto dello Stato di perseguire i propri interessi fondamentali eventualmente anche in danno della posizione degli investitori sia parte del contenuto di una norma di diritto internazionale generale; ciò è quanto affermato nei casi *Methanex c. USA*²⁹, *Marvin Feldman c. Messico*³⁰, *Saluka c. Repubblica Ceca*³¹ e *Philip Morris c. Uruguay*³². Nel più recente caso *Philip Morris*, ad esempio, gli investitori lamentavano l'adozione, da parte dello Stato convenuto, di alcune misure di esecuzione della Convenzione quadro per il controllo del tabacco dell'OMS. Queste misure, in particolare, avevano impedito la commercializzazione di più di una variante di sigarette per marchio e avevano imposto l'aumento delle dimensioni degli avvisi di salubrità sulle confezioni. Tali misure avevano costituito, secondo gli investitori, una espropriazione indiretta in violazione dell'art. 5 del BIT Svizzera – Uruguay. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ha ritenuto che le misure non potessero essere considerate espropriative in quanto adottate dallo Stato nel legittimo esercizio del suo potere di perseguire il fondamentale obiettivo di tutela della salute pubblica, potere riconosciuto dal diritto consuetudinario³³. Meno recentemente, l'interesse alla tutela della salute è stato preso in considerazione anche nel caso *Chemtura c. Canada*. In questo, il tribunale arbitrale ha ritenuto che la decisione dello Stato convenuto di vietare l'uso di prodotti contenenti un insetticida tossico, il lindano, non avesse violato i diritti del ricorrente e,

tration in Light of Philip Morris v. Uruguay, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, 95 ss.

²⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 agosto 2005, Part IV, Chapter D, para. 7.

³⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 dicembre 2002, para. 103.

³¹ *Saluka Investment B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006, para. 262.

³² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 luglio 2016.

³³ *Ivi*, paras. 290 ss.

in ogni caso, che fosse stata adottata nel perseguimento del legittimo interesse del Canada alla salvaguardia della vita umana e dell'ambiente³⁴.

La dottrina, tuttavia, ha messo in luce come in realtà la prassi sia ancora troppo esigua per ritenere il *power to regulate* acquisito al diritto internazionale generale³⁵. Ad ogni modo, un altro strumento utilizzato dai tribunali arbitrali per riconoscere rilevanza agli interessi statali è rappresentato dal principio di proporzionalità; questo, come già accennato, consente di ritenere lecite misure che impongano agli investitori un pregiudizio proporzionato alla rilevanza dell'obiettivo perseguito dallo Stato. L'applicazione del principio, tuttavia, è apparsa di volta in volta diversa a seconda dello standard invocato come violato dagli investitori.

Nel caso in cui l'investitore avesse lamentato che una misura statale costituisse una forma di espropriazione, il ricorso al principio di proporzionalità ha tradizionalmente impedito che la misura fosse qualificata come tale e, conseguentemente, ha impedito l'imposizione di un obbligo di indennizzo in capo allo Stato. Questo, ad esempio, è quanto avvenuto nel recente caso *Marfin c. Cipro*: i ricorrenti lamentavano l'adozione di misure con le quali lo Stato convenuto aveva acquisito il controllo della banca cipriota *Laiki*, nella quale erano investitori. Tali misure erano risultate in una acquisizione del controllo dell'istituto bancario che, nell'ottica dei ricorrenti, costituiva una espropriazione indiretta. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ha ritenuto che le misure fossero proporzionate all'obiettivo statale di tutela del settore bancario: queste,

³⁴ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 agosto 2010, para. 266.

³⁵ Affinché una norma consuetudinaria di diritto internazionale possa dirsi esistente, infatti, è necessaria la presenza di due elementi: un comportamento costante e uniforme tenuto dagli Stati (*diuturnitas*) a la convinzione della sua necessità e obbligatorietà (*opinio juris sive necessitatis*) (B. CONFORTI, *Diritto internazionale* (a cura di M. Iovane), XI ed., Napoli, 2018, 40). In questo senso, la dottrina ha sottolineato come la prassi sia ancora troppo esigua per consentire di ritenere esistente la *diuturnitas*. Il *power to regulate*, infatti, è attualmente riconosciuto da alcune convenzioni, da alcuni strumenti di *soft law* e da poche decisioni arbitrali. Inoltre, vi sono opinioni discordi su come andrebbe concretamente applicato: in particolare, la dottrina appare divisa sulla necessità di corresponsione di un risarcimento agli investitori danneggiati da un provvedimento adottato nell'interesse pubblico. G. ZARRA, *op. cit.*, 103; si veda, inoltre, C. TITI, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (A CURA DI), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leida, 2018, 340 ss.

infatti, erano state adottate per provare a limitare l'esposizione della banca alla complessa situazione debitoria della Grecia; pertanto, non potevano essere considerate come espropriative³⁶.

Nell'ipotesi di lamentata violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, invece, l'uso del principio di proporzionalità discenderebbe dalla stessa natura del FET, del quale è una componente e, nello specifico, la componente "attraverso cui l'arbitro valuta l'ammissibilità di una interferenza statale [...] con una posizione soggettiva dell'investitore straniero"³⁷. Il FET, quindi è uno standard al quale il bilanciamento delle posizioni delle parti è connaturato. Questo è quanto sostenuto, ad esempio, nel caso *El Paso c. Argentina*³⁸, nel quale l'investitore contestava alcune delle misure adottate dall'Argentina per far fronte alla crisi economica del 2001. Il collegio arbitrale ha ritenuto che fosse inconcepibile l'idea che un qualunque Stato possa accettare di non poter modificare il proprio quadro normativo – pur se in danno degli investitori stranieri – per far fronte a mutate circostanze economiche³⁹. Il FET, ha concluso il tribunale, è uno standard che racchiude in sé considerazioni di ragionevolezza e proporzionalità; serve ad assicurare che un investitore straniero non sia trattato ingiustamente, tenendo però conto

³⁶ *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. The Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 luglio 2018, paras. 981-986. Nello stesso senso si vedano anche: *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 maggio 2003, para. 122; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006, para. 311. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 ottobre 2006, para. 195. Parte della dottrina ha ritenuto che il principio di proporzionalità non andrebbe applicato al fine di comprendere se la misura possa essere qualificata come espropriazione ma andrebbe piuttosto applicato ad una misura già qualificata come tale per graduare il risarcimento comunque dovuto all'investitore (U. KRIEBAUM, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2007, 717 ss.). Questa tesi, tuttavia, è stata criticata in ragione del fatto che lascerebbe eccessiva discrezionalità ai tribunali arbitrali nel valutare l'ammontare della compensazione in totale assenza di parametri oggettivi. V. G. ZARRA, *op. cit.*, 106-107.

³⁷ F. M. PALOMBINO, *Il trattamento "giusto ed equo" degli investimenti stranieri*, Bologna, 2013, 149.

³⁸ *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 ottobre 2011.

³⁹ *Ivi*, para. 367.

delle circostanze del caso⁴⁰. Ancora, nel recentissimo caso *Hydro Energy 1 c. Spagna*, il tribunale arbitrale ha ribadito che l'obbligo dello stato ospite di mantenere stabile il quadro normativo (facente parte del FET) incontri delle deroghe nel suo diritto di agire per perseguire un interesse pubblico; l'azione, però, deve essere non più invasiva di quanto necessario⁴¹. Questo approccio appare ampiamente confermato dalla giurisprudenza arbitrale, la quale si è sempre rivelata tendenzialmente concorde nel ritenere che lo standard di trattamento giusto ed equo non elida il potere dello Stato di intervenire nell'interesse pubblico, pur non utilizzando sempre il principio di proporzionalità quale strumento grazie al quale distinguere le condotte statali legittime da quelle illegittime⁴².

L'analisi succintamente svolta consente di concludere che le misure adottate dagli Stati per far fronte ad un'epidemia come quella di Covid-19 potrebbero non essere ritenute contrarie agli obblighi assunti dagli Stati stessi con i trattati in materia di investimenti. I tribunali arbitrali, infatti, sono ormai concordi nel ritenere esistente un potere dello Stato di agire in difformità dagli impegni pattizi per il perseguimento di un interesse pubblico essenziale, purché la condotta statale non pregiudichi gli investitori più di quanto necessario alla salvaguardia di detto interesse. Questa conclusione appare rafforzata dal fatto che l'obiettivo di tutela della salute pubblica sia già stato considerato da diversi tribunali arbitrali quale un obiettivo il cui perseguimento conferisce agli Stati un

⁴⁰ *Ivi*, para. 373.

⁴¹ *Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 marzo 2020, paras. 550 ss.

⁴² Ad esempio, *Saluka v. Czech Republic*, cit., para. 305; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 aprile 2013, para. 537; *Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 ottobre 2012, paras. 403 ss.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability 30 luglio 2010, para. 216; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010, paras. 10.3.1 ss., in particolare 10.3.7-10.3.9; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 marzo 2016, para. 6.18; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 dicembre 2016, para. 319; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 maggio 2017, para. 362.

ampio margine di manovra⁴³. L'interesse alla salvaguardia della vita della popolazione e alla tenuta di interi sistemi sanitari nazionali, quindi, appare senza dubbio in grado di rientrare nella categoria di quelli sufficientemente essenziali da poter essere protetti eventualmente in danno della posizione di investitori stranieri.

4. *Possibili esimenti di diritto internazionale generale: in particolare, la forza maggiore*

Affinché un illecito internazionale si perfezioni, è necessario che una condotta statale – pur contraria ad un obbligo internazionale – non sia giustificata da alcuna esimente. Di conseguenza, laddove gli strumenti di cui ai paragrafi che precedono non impediscano ad un tribunale arbitrale di considerare le misure adottate per far fronte all'epidemia come contrarie agli obblighi internazionali assunti da uno Stato, la loro legittimità potrebbe essere comunque salvaguardata attraverso il ricorso alle cause di esclusione della responsabilità statale rinvenibili nel diritto internazionale generale, il quale può essere sempre applicato dai collegi arbitrali⁴⁴.

⁴³ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, cit. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit.

⁴⁴ La dottrina è concorde nel considerare sempre applicabile, nelle controversie in materia di investimenti, il diritto internazionale generale, indipendentemente da una previsione in tal senso contenuta negli IIAs. Ciò innanzitutto perché i trattati in materia di investimenti, in quanto accordi internazionali, vanno interpretati con le regole all'uopo indicate dagli artt. 31 ss. della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In particolare, ai sensi dell'art. 31(3)(c), un trattato va interpretato tenendo conto "di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti". N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, VI ed., Oxford, 2015, 465. Per quanto riguarda l'arbitrato ICSID, questa considerazione è rafforzata dall'art. 42(1) della Convenzione di Washington, ai sensi del quale "[t]he Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable" (corsivo aggiunto). Nel senso che questa norma consenta di ritenere applicabile il diritto internazionale generale anche in caso di accordo delle parti sulla legge applicabile v. E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice*

Per determinare il contenuto e la portata delle tipiche esimenti di diritto internazionale è possibile servirsi del Progetto di articoli della Commissione del Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali, risalente al 2001. Tale Progetto, infatti, sebbene di per sé privo di efficacia vincolante in quanto mai trasfuso in una Convenzione, è di importanza fondamentale perché promanante dall'organo sussidiario dell'Assemblea Generale ONU incaricato di procedere alla codificazione (e allo sviluppo progressivo) del diritto internazionale generale⁴⁵ e si ritiene che lo rifletta in larga parte⁴⁶.

La prima causa di esclusione dell'illecito a venire in considerazione nella situazione di cui si discute è quella di cui all'art. 23 del Progetto, ai sensi del quale: "1. L'illiceità di un atto di uno Stato non conforme a un obbligo internazionale di tale Stato è esclusa se l'atto è dovuto a forza maggiore, che è il verificarsi di una forza irresistibile o di un avvenimento imprevedibile, fuori dal controllo dello Stato, che rende materialmente impossibile, nelle circostanze, agire in conformità all'obbligo. 2. Il paragrafo 1 non si applica se: (a) la situazione di forza maggiore è da attribuirsi, sia in via esclusiva che in combinazione con altri fattori, alla condotta dello Stato che la invoca; o (b) lo Stato ha accettato il rischio che quella situazione poteva verificarsi"⁴⁷. È opinione largamente condivisa

of Law Process, in *ICSID Review*, 2003, 375 ss.; G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino – L'Aja, 2017, 109 ss.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 13, paragrafo 1, lettera a), della Carta ONU, "L'Assemblea Generale intraprende studi e fa raccomandazioni allo scopo di: a. promuovere la cooperazione internazionale nel campo politico ed incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione". Per fare ciò, è stata istituita la CDI con la risoluzione n. 174 del 1947 (UN Doc. A/RES/174(II), [https://undocs.org/en/A/RES/174\(II\)](https://undocs.org/en/A/RES/174(II))).

⁴⁶ J. KLABBERS, *International Law*, II ed., Cambridge, 2017, 138; K. HOBÉR, *State Responsibility and Attribution*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (A CURA DI), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, 553.

⁴⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76. "Article 23. Force majeure: 1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to *force majeure*, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation. 2. Paragraph 1 does not apply if: (a) the situation of *force majeure* is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or (b) the State has assumed the risk of that situation occurring".

della dottrina che la forza maggiore sia una esimente che trova il proprio fondamento nel diritto internazionale generale⁴⁸. Si tratta, ad ogni modo, di una esimente che molto di rado è venuta concretamente in rilievo e che ha, per questo, contenuto e confini molto incerti⁴⁹.

Si evince dalla formulazione letterale della previsione appena riportata che, affinché la forza maggiore possa essere invocata, requisiti molto stringenti debbano essere riscontrati. Nello specifico: *i*) la condotta altrimenti illecita dello Stato deve essere stata generata da un evento imprevedibile o, in alternativa, da una forza irresistibile che sfugge al controllo dello Stato⁵⁰; *ii*) tale forza o evento devono aver reso *materialmente impossibile* l'esecuzione dell'obbligo internazionale nelle circostanze concrete; *iii*) la situazione di forza maggiore non deve essere dovuta – anche solo in parte – al comportamento dello Stato che la invochi; e *iv*) lo Stato che invoca l'esimente non deve aver accettato il rischio che la situazione di forza maggiore potesse verificarsi.

Relativamente al primo requisito, quindi, la situazione di forza mag-

⁴⁸ B. CONFORTI, *op. cit.*, 412; F. M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Roma – Bari, 2019, 200; F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, 2018, 287.

⁴⁹ Che la forza maggiore non sia stata quasi mai applicata è confermato dal Commentario al Progetto (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 77, para. 5). Nell'ambito dell'arbitrato in materia di investimenti, invece, le poche occasioni nelle quali tale causa di esclusione dell'illecito è stata eccepita sono state per lo più relative alla violazione di obblighi contrattuali dello Stato ospite, con la conseguente rilevanza della forza maggiore così come disciplinata dal diritto nazionale di questo. Ad ogni modo, anche quando i tribunali arbitrali si siano riferiti alla forza maggiore nel diritto internazionale, le analisi compiute si sono rivelate piuttosto scarse. Si vedano, ad es.: *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award of the Tribunal, 23 settembre 2003, paras. 106-129; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, cit., paras. 214-218; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, cit., Award, paras. 243-246. Per una panoramica della forza maggiore nell'arbitrato in materia di investimenti si veda A. K. BJORKLUND, *Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (A cura di), *op. cit.*, 459 ss.

⁵⁰ Il Progetto del 2001, in realtà, considera come due requisiti differenti il fatto che il comportamento derivi da forza irresistibile o evento imprevedibile e il fatto che questi siano al di là del controllo dello Stato (76, para. 2). Tuttavia, lo stesso Progetto non definisce cosa significhi “beyond the control of the State concerned” in quanto requisito strettamente connesso alla imprevedibilità dell'evento o alla irresistibilità della forza, di talché le stesse considerazioni possono applicarsi.

giore può essere determinata alternativamente da una forza irresistibile o un evento imprevedibile. Con riferimento a questa seconda categoria, il commentario al Progetto chiarisce come l'imprevedibilità vada accertata cumulativamente tanto sul piano "astratto" (l'evento, cioè, deve essere di tipo non facilmente prevedibile) quanto sul piano "concreto" (vale a dire, l'evento non deve essere stato concretamente previsto)⁵¹. Se appare difficile negare l'imprevedibilità "astratta" dell'epidemia, diversa potrebbe essere la situazione con riferimento alla imprevedibilità "concreta". Alla luce del drammatico corso degli eventi in Cina potrebbe essere avanzata la tesi secondo la quale molti degli Stati successivamente colpiti dall'epidemia fossero nella posizione di prevederla se non, addirittura, la avessero già concretamente prevista⁵².

Ad ogni modo, come già detto, la situazione di forza maggiore può essere determinata anche da una "forza irresistibile". L'art. 23 del Progetto evidenzia come la situazione di forza maggiore possa derivare *alternativamente* da un evento imprevedibile o da una forza irresistibile, rendendo quindi sufficientemente chiaro che la forza irresistibile possa essere tale pur se prevedibile⁵³. Il Progetto definisce una forza irresistibile come una alla quale uno Stato non può opporsi con i propri mezzi⁵⁴. Affinché il Covid-19 possa essere qualificato come una forza irresistibile, quindi, bisognerà valutare se lo Stato avrebbe potuto porre in essere dei piani di azione atti ad impedire che il virus raggiungesse la propria popolazione. In questo senso, se è vero che esistono studi che hanno evidenziato i limiti della risposta di alcuni Stati durante le prime

⁵¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Commentario all'art. 23, para. 2: "To have been "unforeseen" the event must have been neither foreseen nor of an easily foreseeable kind".

⁵² F. PADDEU, F. JEPHCOTT, *COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I*, EJIL Talk, 17 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>.

⁵³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Art. 23: "[...] *force majeure*, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event" (corsivo aggiunto)

⁵⁴ *Ivi*, Commentario all'art. 23, para. 2: "The adjective "irresistible" qualifying the world "force" emphasizes that there must be a constraint which the State was unable to avoid or oppose by its own means".

fasi di gestione della crisi⁵⁵, sono stati per lo più messi in luce alcuni dati: in primo luogo, l'imposizione di restrizioni all'ingresso di persone provenienti dai Paesi colpiti sarebbe inidonea a prevenire la "importazione" di casi⁵⁶; in secondo luogo, anche il tracciamento dei contatti sociali per impedire il diffondersi del virus ha un grado di efficacia incerto in presenza di un virus la cui circolazione avviene in tempi così rapidi e con modalità ancora non completamente comprese in ragione della novità del fenomeno⁵⁷. Sembra quindi potersi dire che l'epidemia di Covid-19 possa considerarsi quale una forza irresistibile, alla quale gli Stati colpiti (quantomeno i primi, per i quali non sono stati disponibili modelli comportamentali certi) non hanno avuto piena capacità di opporsi con i mezzi dei quali disponevano.

Il secondo dei requisiti su elencati per poter invocare una situazione di forza maggiore richiede che l'evento abbia reso *materialmente impossibile* l'esecuzione dell'obbligo internazionale, impossibilità che può essere dovuta ad un evento naturale, all'intervento umano, nonché ad una combinazione dei due⁵⁸. Il diffondersi su scala globale e in tempi incredibilmente rapidi di un virus non conosciuto integra sicuramente un evento naturale rilevante in questo senso. Ciononostante, il requisito della materiale impossibilità appare quello più problematico ai fini della

⁵⁵ Per l'Italia, ad esempio, si veda lo studio pubblicato dall'*Harvard Business Review* il 27 marzo 2020 e disponibile all'indirizzo <https://hbr.org/2020/03/lessons-from-italys-response-to-coronavirus>, di G. P. PISANO, R. SADUN, M. ZANINI, *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*.

⁵⁶ La stessa Organizzazione Mondiale della Sanità, ad esempio, ha raccomandato agli Stati di non adottare restrizioni al traffico internazionale di persone: WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, 29 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>.

⁵⁷ Si veda, ad esempio, J. HELLEWELL, S. ABBOTT, A. GIMMA, N. I. BOSSE, C. I. JARVIS, T. W. RUSSELL, J. D. MUNDAY, A. J. KUCHARSKI, W. J. EDMUNDS, S. FUNK, R. M. EGGO, *Feasibility of controlling COVID-19 outbreaks by isolation of cases and contacts*, 28 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(20\)30074-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(20)30074-7/fulltext), il quale specifica come la utilità del "contact tracing" dipenda molto dalle caratteristiche del virus (ad esempio, dalla possibilità che lo stesso si trasmetta da un soggetto all'altro prima della effettiva insorgenza dei sintomi).

⁵⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Commentario all'art. 23, para. 3.

invocazione della forza maggiore a copertura di misure mirate al contenimento dell'epidemia. Tutto ciò che è attualmente certo è che l'impossibilità materiale sia qualcosa in più rispetto ad una semplice difficoltà di esecuzione della prestazione⁵⁹. La valutazione dell'esistenza di tale requisito non può che dipendere strettamente dall'obbligo che si assume violato e dalla misura statale specifica in discussione. Ad ogni modo, alcune considerazioni di massima possono essere svolte.

Sin dai primi sforzi di codificazione della forza maggiore, il requisito della materiale impossibilità della prestazione è stato tra i più controversi. Il relatore speciale incaricato dalla CDI Roberto Ago, nel suo ottavo report del 1979⁶⁰, ad esempio, adottava sul tema un approccio significativamente differente da quello poi trasfuso nel Progetto finale. In particolare, il report individuava due distinti tipi di impossibilità, assoluta e relativa. L'impossibilità relativa, nello specifico, era definita come comprensiva delle ipotesi nelle quali una condotta conforme agli obblighi internazionali gravanti in capo allo Stato sarebbe stata teoricamente possibile ma, in concreto, non pretendibile se non ad un costo irragionevole per l'organo agente (ad esempio, mettendo a rischio la sua vita o quella di persone affidate alle sue cure). Nel caso di impossibilità assoluta, al contrario, la condotta compiuta dallo Stato in violazione di un obbligo internazionale avrebbe dovuto considerarsi completamente involontaria⁶¹.

Venne successivamente rilevato come le situazioni di impossibilità assoluta e relativa avessero poco o nulla in comune e fosse pertanto improprio accomunarle. In particolare, si rilevò come nelle situazioni di impossibilità relativa il soggetto agente mantenesse una facoltà di scelta,

⁵⁹ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France)*, sentenza del 3 aprile 1990, in *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, 1990, 253. La sentenza è ripresa, per confermare l'idea, nel Progetto, 77-78, para. 7.

⁶⁰ *Eight report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*, in *ILC Yearbook*, 1979, Vol. II, Parte 1, 3 ss.

⁶¹ *Ivi*, 49, para. 106. In effetti, la proposta contenuta nel report è quella di un unico articolo che affronta tanto la situazione di forza maggiore o evento fortuito quanto quella di *distress* (66).

per quanto teorica⁶². Conseguentemente, le situazioni definite di impossibilità relativa dal relatore Ago vennero codificate in uno specifico articolo rubricato “*distress*” (che sarebbe poi divenuto l’art. 24 del Progetto finale). Il lavoro della CDI, quindi, sembra porre in primo piano, nell’analisi della forza maggiore, l’elemento della involontarietà della condotta; in questo senso, la impossibilità materiale di esecuzione dell’obbligo equivale all’assenza di ogni facoltà, per lo Stato, di optare per la soluzione conforme agli obblighi su di esso gravanti. La versione finale del Progetto, quindi, individua nella *involontarietà* del comportamento in violazione dell’obbligo internazionale l’elemento distintivo della forza maggiore⁶³; nello stesso senso, poi, si è orientata la dottrina successiva⁶⁴.

Ne discenderebbe che le misure di contenimento dell’epidemia di Covid-19 sembrerebbero non rientrare in ciò che il Progetto definisce come una violazione dettata da forza maggiore in ragione della presenza di un elemento indiscutibilmente volontaristico rispetto alla loro adozione⁶⁵; questo elemento volontaristico sarebbe indice della circostanza che lo Stato avrebbe potuto agire in conformità ai propri obblighi.

Ad ogni modo, il Commentario al Progetto precisa come la condotta dello Stato contraria ad un obbligo internazionale debba essere involontaria o, *quantomeno*, che lo Stato debba aver agito senza poter liberamente scegliere il corso di questa condotta (“[...] the conduct of the State which would otherwise be internationally wrongful is involuntary or at least involves no element of free choice”, corsivo aggiunto)⁶⁶. L’uso di una simile formulazione alternativa potrebbe lasciare spazio – nell’ambito della forza maggiore – a condotte che, per quanto teorica-

⁶² *Report of the International Law Commission on the work of its thirty-first session*, in *ILC Yearbook*, 1979, Vol. II, Parte 2, 122, para. 3.

⁶³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Commentario all’art. 23, para. 1.

⁶⁴ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2013, 295; J. KLABBERS, *op. cit.*, 143; F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, cit., 287; A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, 465.

⁶⁵ F. PADDEU, F. JEPHCOTT, *COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I*, cit.

⁶⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Commentario all’art. 23, para. 1.

mente volontarie, non lo siano in concreto. Le misure adottate per il controllo dell'epidemia potrebbero forse passare attraverso lo spiraglio lasciato aperto da questa formulazione. In questa direzione, potrebbe sostenersi la irrilevanza dell'elemento volontaristico (o, più propriamente, la sua sussistenza solo ed esclusivamente teorica) in quanto la non adozione delle misure restrittive non potrebbe considerarsi una alternativa effettivamente percorribile dagli Stati; non adottare tali misure avrebbe verosimilmente determinato conseguenze ancora più drammatiche di quelle attuali e per tempi molto più lunghi, anche sul piano economico. Del resto, considerare l'impossibilità in termini tanto restrittivi significherebbe inevitabilmente rendere la categoria della forza maggiore completamente irrilevante. Come rilevato già dal relatore speciale Ago, infatti, è alquanto infrequente che uno Stato si trovi in una situazione di materiale e insormontabile impossibilità di agire conformemente ad un'obbligazione⁶⁷. In effetti, la stessa CDI – pur sposando nel Progetto un approccio in virtù del quale la forza maggiore si identifica per le condizioni nelle quali pone lo Stato piuttosto che aprioristicamente in base al tipo di evento – finisce per inserire nel Commentario, quale tipico esempio di circostanze che possono causare impossibilità materiale, le calamità naturali⁶⁸.

⁶⁷ “There are innumerable practical cases in which States have invoked *force majeure* as a circumstance which they consider justifies their engaging in conduct not in conformity with that required of them by an international obligation incumbent on them. But in few of these cases have they pleaded a circumstance of *force majeure* consisting unquestionably of an *absolute impossibility* of engaging in different conduct. This is easy to understand: while a State frequently finds itself in a situation in which it has even great difficulty in engaging in conduct in conformity with an international obligation in force for it, it is uncommon for it to be in a real and *insurmountable situation of being materially unable* to act in conformity with the obligation.” *Eight report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*, cit., 51-52, para. 111.

⁶⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 76, Commentario all'art. 23, para. 3. Sulla differenza tra approccio “situation-based” (in virtù del quale la forza maggiore va determinata in base alla posizione nella quale pone lo Stato rispetto all'obbligazione) e “event-based” (in virtù del quale alcuni eventi, come le calamità naturali, sono da considerarsi di forza maggiore e non necessitano di ulteriore analisi della posizione dello Stato in seguito al loro verificarsi) v. F. PADDEU, *A Genealogy of Force Majeure in International Law*, in *The British Yearbook of International Law*, 2012, 381 ss.

Passando all'analisi del terzo e del quarto dei requisiti elencati, vale a dire quelli di cui al secondo paragrafo dell'art. 23 del Progetto, lo Stato che invoca la forza maggiore non deve aver contribuito alla sua causazione o, quantomeno, non deve aver accettato il rischio che la situazione potesse verificarsi. Rispetto a questi due requisiti possono essere svolte poche brevi considerazioni. In primo luogo, il contributo di uno Stato al verificarsi dell'evento o della forza irresistibile deve essere stato sostanziale. Non è sufficiente, in questo senso, il semplice fatto che uno Stato abbia inconsapevolmente contribuito alla situazione di impossibilità con condotte che avrebbero potuto essere diverse ma furono adottate in buona fede e furono inadeguate ad incidere sulla imprevedibilità dell'evento (o sulla irresistibilità della forza)⁶⁹. Così, errori di gestione di una crisi già in atto non sono rilevanti; e neppure lo sono circostanze che abbiano inciso solo collateralmente sulla situazione di forza maggiore (ad esempio, politiche poco oculate di gestione dei fondi destinati alla sanità che abbiano reso il sistema incapace di fronteggiare l'emergenza). In secondo luogo, con riferimento alla accettazione dell'eventuale verificarsi della forza maggiore, "l'assunzione del rischio deve essere inequivoca e diretta nei confronti di coloro ai quali l'obbligazione è dovuta"⁷⁰. Bisognerà quindi valutare di volta in volta se lo Stato ospite abbia, con la propria condotta, espressamente ed inequivocabilmente rassicurato gli investitori di uno specifico Stato estero riguardo alla esecuzione dei propri obblighi. Nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, verosimilmente, una simile accettazione del rischio che si verificassero situazioni di forza maggiore dovrebbe essere contenuta negli accordi in materia di investimenti stipulati dallo Stato ospite; bisognerà quindi valutare attentamente la formulazione di questi ultimi. In linea generale, nessun accordo in materia di investimenti contiene previsioni che escludano in maniera inequivoca la possibilità di invocare cause di esclusione dell'illecito. Al contrario, come già accennato, la tendenza è nel senso di inserire, all'interno degli stessi, deroghe a tutela degli inte-

⁶⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 78, para. 9. È stato tuttavia sottolineato come ciò potrebbe non essere del tutto vero quantomeno con riferimento alla Cina: F. PADDEU, F. JEPHCOTT, *COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I*, cit.

⁷⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 78, para. 10.

ressi essenziali dello Stato che rendono lo stesso in grado di far fronte a situazioni emergenziali.

In conclusione, l'analisi svolta consente di ritenere che uno Stato che abbia adottato misure restrittive per il contenimento del contagio – eventualmente ritenute contrarie agli obblighi internazionali dello Stato stesso – potrebbe invocare per giustificarle la causa di esclusione dell'illecito rappresentata dalla forza maggiore. Il successo di tale invocazione, tuttavia, potrebbe trovare un ostacolo nel fatto che solo le condotte statali *involontarie* sembrerebbero ricadere nella definizione dell'esimente in questione data dal Progetto della CDI, laddove è dubbio che i provvedimenti volti al contenimento dell'epidemia di Covid-19 possano dirsi tali. Ciononostante, questo ostacolo potrebbe essere superato ritenendo che i provvedimenti in discussione – per quanto liberamente adottati dagli Stati sul piano teorico – non siano concretamente volontari: la non adozione delle misure, infatti, non può ritenersi una alternativa effettivamente percorribile dagli Stati.

5. Segue. *Lo stato di necessità*

La difficoltà di incasellare le misure restrittive in discussione nella definizione della CDI di forza maggiore costringe a valutare possibili soluzioni alternative. In primo luogo, è stata avanzata la tesi secondo la quale una esimente che potrebbe essere invocata con successo per salvaguardare suddette misure sia il *distress* (o estremo pericolo, art. 24 del Progetto), che interviene allorché l'atto sia compiuto per salvare la vita dell'organo agente o di altre persone affidate alle sue cure⁷¹. Tuttavia, la possibilità di invocare tale esimente richiede che vi sia una rela-

⁷¹ F. PADDEU, F. JEPHCOTT, *COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II*, EJIL Talk, 17 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>; INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 78: “Article 24. Distress: 1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care. 2. Paragraph 1 does not apply if: (a) the situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or (b) the act in question is likely to create a comparable or greater peril”.

zione particolare tra l'organo agente e i soggetti in pericolo; questa, infatti, non si applica a situazioni di emergenza generale che, secondo il Progetto, ricadono più propriamente nello stato di necessità⁷². La relazione esistente tra gli organi di governo di una comunità e i cittadini sembra difettare della specificità richiesta⁷³.

Va dunque esplorata la possibilità che le misure restrittive ricadano nell'ambito di applicazione dello stato di necessità. Ai sensi dell'art. 25 del Progetto, infatti, "1. Uno Stato non può invocare lo stato di necessità come causa di esclusione dell'illiceità di un atto non conforme a uno dei suoi obblighi internazionali se non quando tale atto: (a) costituisca per lo Stato l'unico mezzo per proteggere un interesse essenziale contro un pericolo grave e imminente; e (b) non leda gravemente un interesse essenziale dello Stato o degli Stati nei confronti dei quali l'obbligo sussiste, oppure della comunità internazionale nel suo complesso. 2. In ogni caso, lo stato di necessità non può essere invocato da uno Stato come motivo di esclusione dell'illiceità se: (a) l'obbligo internazionale in questione esclude la possibilità di invocare lo stato di necessità; o (b) lo Stato ha contribuito al verificarsi della situazione di necessità"⁷⁴.

Come si evince dalla stessa formulazione letterale dell'art. 25, lo stato di necessità consiste in un comportamento *volontario* in violazione di un obbligo internazionale che sia però dettato dalla necessità di salvaguardare un

⁷² *Ivi*, 80, para. 7.

⁷³ Criticità, del resto, ammessa dagli stessi proponenti della tesi, che hanno provato a superarla affermando che: *i*) nulla nel Progetto lascia intendere la necessità di prossimità fisica tra l'organo agente e i soggetti in pericolo; *ii*) nella misura in cui solo il governo centrale abbia l'autorità di mettere in atto misure di contenimento dell'epidemia, potrebbe essere possibile sostenere che vi sia una relazione particolare in quanto la sorte della popolazione è nelle mani delle autorità centrali. Tuttavia, una simile interpretazione è semplicemente contraria al testo del Progetto (v. nota precedente) che esclude dal *distress* le situazioni di emergenza generalizzata.

⁷⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 80: "Article 25. Necessity. 1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity".

interesse fondamentale dello Stato⁷⁵. In questo senso, l'art. 25 potrebbe presentare degli indubbi vantaggi rispetto alla forza maggiore ed essere più facilmente invocabile: come precedentemente illustrato, la forza maggiore viene in rilievo per escludere l'illiceità di comportamenti involontari ed è dubbio che le misure adottate per far fronte all'epidemia possano essere ritenute tali. Lo stato di necessità consentirebbe di superare questa criticità.

Tuttavia, neppure questa esimente è del tutto priva di problemi interpretativi. In particolare, lo stato di necessità è una esimente che consente allo Stato di bilanciare l'interesse all'esecuzione dell'obbligo internazionale con altri interessi ed è, per questo, una esimente dotata di una certa connotazione "politica". In quanto tale, la possibilità di avvalersi dello stato di necessità è perimetrata in modo molto più rigoroso di quella di invocare la forza maggiore⁷⁶. Del resto, sebbene siano molte le pronunce che hanno riconosciuto la corrispondenza dell'art. 25 al diritto internazionale generale⁷⁷, la sua ap-

⁷⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 80, Commentario all'art. 25, para. 2.

⁷⁶ *Ivi.*, 84, para. 20.

⁷⁷ C. I. G., *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Sentenza del 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, 40, para. 51. Nell'ambito dell'arbitrato in materia di investimenti, diversi tribunali arbitrali hanno ritenuto che lo stato di necessità fosse una esimente di diritto internazionale generale (sebbene con terminologia non univoca, qualificandola talvolta come diritto consuetudinario talvolta semplicemente come diritto internazionale generale). Ad esempio, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, cit., paras. 294-313; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, cit. Award, para. 303; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit., Award, 12 maggio 2005, paras. 315; nello stesso senso anche *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 ottobre 2006, nella quale il tribunale afferma che "[...] Argentina is entitled to invoke the state of necessity as contemplated by Article XI, and general international law" (para. 262); *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, cit., paras. 617 ss. È bene notare, però, che in tutti questi casi i tribunali arbitrali hanno giudicato controversie nelle quali era applicabile il BIT Argentina – Stati Uniti, il quale contiene una clausola (art. XI) che prevede espressamente la possibilità, per lo Stato ospite, di adottare misure necessarie a far fronte a situazioni di emergenza. Inoltre, nello stesso senso, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 dicembre 2016, para. 709; *Total SA v. Argentine Republic*, cit., para. 345; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v. Argentine Republic and AWG Group v. The Argentine Republic*, cit., para. 258. In senso critico rispetto alla possibilità di ritenere lo stato di necessità quale parte del diritto internazionale generale v. B. CONFORTI, *op. cit.*, 406 ss.

plicazione nell'arbitrato in materia di investimenti è stata sporadica⁷⁸.

Ad ogni modo, può in primo luogo dirsi che la salvaguardia della vita della gran parte della popolazione sia indubbiamente un interesse essenziale dello Stato⁷⁹. Tuttavia, è necessario che la condotta altrimenti illecita sia l'unico modo per salvaguardarlo. Ciò significa che lo stato di necessità non potrà essere invocato laddove vi siano altri modi (leciti) per salvaguardare lo stesso interesse, pur se questi siano di più difficile attuazione⁸⁰. Così, l'esimente in discussione non potrà essere invocata laddove vi siano condotte meno intrusive negli interessi degli investitori. Inoltre, è necessario che la norma violata non escluda la possibilità di invocare lo stato di necessità; bisognerà quindi valutare di volta in volta la formulazione dello specifico trattato in materia di investimenti rilevante. Valgono, in proposito, le medesime considerazioni svolte con riferimento all'accettazione del verificarsi della forza maggiore: quasi mai i trattati contengono previsioni che escludono la possibilità di far valere situazioni di necessità dello Stato ospite⁸¹. Più problematica appare invece la preclusione dell'invocazione dello stato di necessità determinata dal contributo dello Stato al suo verificarsi. Va in proposito sottolineato

⁷⁸ Lo stato di necessità è stato invocato per lo più per giustificare le violazioni dei diritti degli investitori stranieri compiute dall'Argentina durante la profondissima crisi economica che la colpì agli inizi degli anni 2000. Si vedano i lodi di cui alla nota precedente. L'unico nel quale il tribunale arbitrale ha ritenuto di validare la tesi dell'Argentina sullo stato di necessità è stato *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, cit. nel quale il tribunale arbitrale – sebbene si fosse già espresso in favore dell'applicabilità della rilevante clausola NPM di cui all'art. XI del BIT USA-Argentina – ha ritenuto che la posizione dell'Argentina soddisfacesse anche i requisiti di cui all'art. 25 del Progetto (para. 245).

⁷⁹ Ciò sembra senz'altro confermato dal Progetto, 83, para. 14. Inoltre, sembra confermato indirettamente dal commentario all'art. 24 (80, para. 7).

⁸⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 83, para. 15.

⁸¹ Al più, talvolta, i trattati in materia di esplicitano nel preambolo l'obiettivo di assicurare la protezione degli investimenti in situazioni di particolare difficoltà. Tuttavia, il preambolo non è vincolante e, di conseguenza, anche in presenza di una simile formulazione, i tribunali arbitrali hanno consentito agli Stati di invocare situazioni di difficoltà come causa di esclusione dell'illecito: ad esempio: *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, cit. Il tribunale arbitrale ha ritenuto che la presenza di un simile preambolo determinasse una interpretazione restrittiva della clausola del BIT Argentina-USA sullo stato di necessità (Art. XI, v. para. 331 del lodo); ad ogni modo, ciò non ha impedito all'Argentina di invocare anche lo stato di necessità di diritto internazionale generale.

come il requisito di cui all'art. 25, paragrafo 2, lettera *b*) sia diverso dal simile requisito di cui al paragrafo 2, lettera *a*), dell'art. 23: come già accennato, lo stato di necessità è circoscritto da un perimetro molto più rigoroso di quello tracciato per l'invocazione della forza maggiore⁸². Il requisito è stato analizzato, ad esempio, nel caso *Impregilo c. Argentina*. La controversia nasceva dalla assegnazione della concessione dei servizi idrici e di scolo nella Provincia di Buenos Aires alla società AGBA, di cui Impregilo era azionista. Dopo la risoluzione del contratto da parte della Provincia, Impregilo instaurava un giudizio arbitrale dinanzi ad un tribunale ICSID per violazione del BIT Argentina-Italia. L'Argentina eccepeva che le misure fossero state adottate per fronteggiare la crisi economica che aveva colpito il paese. Il tribunale arbitrale ha tuttavia ritenuto che lo Stato convenuto avesse contribuito al verificarsi dello stato di necessità; in particolare, ha ritenuto che il contributo non dovesse necessariamente consistere in un'azione pianificata con lo scopo di causare la situazione di necessità; avrebbe potuto piuttosto trattarsi di una condotta negligente dello Stato; in particolare, secondo il collegio, contribuiscono allo stato di necessità "well-intended but ill-conceived policies"⁸³. In questo senso, quindi, misure di gestione della crisi che la abbiano aggravata o comunque sottovalutata⁸⁴ potrebbero ricadere sullo stato impedendogli di invocare l'esimente.

In conclusione, in aggiunta alla forza maggiore, uno Stato potrebbe giustificare le misure adottate per far fronte all'epidemia di Covid-19

⁸² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., 84, para. 20.

⁸³ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 giugno 2011, para. 356. Nei casi *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, cit. (paras. 353-354) ed *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, cit. (paras. 311-312), i tribunali arbitrali hanno concluso che l'Argentina avesse contribuito alla situazione di necessità (la crisi economica del 2001) semplicemente affermando che questa non fosse il risultato di fattori solo esogeni ma anche endogeni e che quindi, in una certa misura, lo Stato doveva avervi contribuito. In senso più favorevole agli Stati, invece, si esprime ad esempio *Urbaser v. Argentina*, cit., ritenendo che affinché sia dimostrato il contributo vi debba essere o una pianificazione nel senso della creazione dello stato di necessità o che la condotta dello Stato sia tale che questo avrebbe dovuto sapere che il risultato sarebbe stato la situazione di necessità (para. 711)

⁸⁴ Si veda, ancora una volta, lo studio dell'Harvard Business Review (*supra*, nota 55) che si sofferma sulla risposta politica nelle prime fasi della crisi: campagne come "Milano non si ferma" o dichiarazioni politiche relative alla necessità di non fermare la vita economica del paese.

invocando l'esistenza di uno stato di necessità. Questo consentirebbe di superare agevolmente la principale criticità insita nella forza maggiore, in quanto si tratterebbe di una esimente applicabile alle condotte *volontariamente* assunte da uno Stato. Tuttavia, per il resto, la sua invocazione è soggetta a requisiti molto più stringenti di quelli previsti per la forza maggiore. In particolare, uno stato di necessità non può essere invocato laddove lo Stato abbia contribuito – anche in parte – al suo verificarsi; così, gli errori eventualmente commessi nella gestione dell'epidemia potrebbero impedire di utilizzare l'esimente di cui all'art. 25 del Progetto.

6. Conclusioni

Le misure adottate dagli Stati per far fronte all'emergenza sanitaria globale causata dal Covid-19 avranno un impatto drammatico sul flusso di investimenti esteri a loro diretti e sulla profittabilità degli investimenti già presenti sul loro territorio. Laddove queste misure dovessero essere contestate dagli investitori dinanzi a tribunali arbitrali, potrebbero delinearsi diversi scenari: in primo luogo, gli accordi internazionali in materia di investimenti stipulati da uno Stato potrebbero contenere apposite clausole disciplinanti la possibilità che questo intervenga a tutela di alcuni obiettivi considerati essenziali, tra i quali la tutela della salute pubblica; in secondo luogo, pure in assenza di simili previsioni, la giurisprudenza arbitrale si è dimostrata disposta a riconoscere in capo agli Stati un c.d. *power to regulate* in virtù del quale è consentita l'adozione di misure di interesse pubblico, pur se lesive della posizione degli investitori. Queste misure possono essere considerate legittime purché impongano agli investitori un pregiudizio proporzionato alla rilevanza dell'obiettivo perseguito dallo Stato.

Laddove le misure restrittive adottate dovessero invece essere ritenute contrarie agli standard di trattamento contenuti in un accordo in materia di investimenti, lo Stato ospite potrebbe salvaguardarne la legittimità facendo ricorso alle esimenti di diritto internazionale generale rappresentate dalla forza maggiore e dallo stato di necessità. Queste, tuttavia, pongono alcuni problemi interpretativi: *i*) la forza maggiore, infatti, è tradizionalmente intesa come applicabile alle sole condotte statali *involontarie*; al contrario, le misure di contenimento dell'epidemia sono liberamente adottate dagli Stati. Ad ogni modo, per superare il

problema ed invocare con successo l'esimente, le misure in questione potrebbero ritenersi involontarie: la loro non adozione, infatti, non può considerarsi come una alternativa effettivamente percorribile dagli Stati in quanto avrebbe imposto agli stessi un sacrificio eccessivo; *ii*) lo stato di necessità, invece, pur coprendo condotte volontariamente assunte da uno Stato, necessita della prova di requisiti molto stringenti. In particolare, questa esimente non potrebbe essere invocata da uno Stato che abbia mal gestito o sottovalutato l'epidemia ed abbia così negligen-temente contribuito al suo verificarsi.

RESTRIZIONI DELLE ESPORTAZIONI
NELL'EMERGENZA SANITARIA:
UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO
DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

DONATO GRECO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. XI GATT: portata e limiti. – 3. Le eccezioni generali *ex art. XX GATT*. – 4. Le eccezioni di sicurezza *ex art. XXI GATT*. – 5. Prospettive conclusive.

1. *Introduzione*

Sul finire di dicembre 2019 è esplosa in Cina un'epidemia di una nuova malattia infettiva, denominata Covid-19¹, che, a partire dal successivo mese di gennaio, si è rapidamente propagata in tutto il mondo. In questo quadro, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) è giunta a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale², il 31 gennaio, e il raggiungimento dello stato pandemico, l'11 marzo³. Per fronteggiare la crisi sanitaria e soddisfare le molteplici esigenze ad essa connesse, gli Stati hanno varato una fitta serie di misure, di cui alcune presentano sicure ripercussioni sulle relazioni economiche internazionali⁴.

La pandemia di Covid-19, infatti, presenta numerose implicazioni di diritto del commercio internazionale, in quanto oltre all'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994 (GATT) vengono in

* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale, Università di Napoli Federico II.

¹ Il Covid-19 (*Coronavirus Disease 2019*) è una malattia respiratoria acuta causata da un agente patogeno appartenente alla famiglia dei coronavirus.

² WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020, www.who.int.

³ WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.who.int.

⁴ Alla data del 31 maggio 2020 sono 144 le misure connesse alla pandemia di Covid-19 notificate all'OMC: cfr. *WTO members' notifications on COVID-19*, www.wto.org. In molti di questi casi si tratta di limitazioni comunicate conformemente alla Decisione sulle procedure di notificazione delle restrizioni quantitative.

rilievo anche altri accordi multilaterali negoziati nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). In queste pagine ci si propone di verificare la legittimità delle restrizioni delle esportazioni di generi alimentari e prodotti sanitari – come farmaci, attrezzature ospedaliere, mascherine o altri dispositivi di protezione personale⁵ – rispetto agli obblighi derivanti dal GATT. A tal fine, si procederà dapprima a un'operazione di qualificazione degli atti adottati, per poi verificare se gli eventuali profili d'illiceità che dovessero emergere possano essere giustificati sulla base di una delle eccezioni previste nell'accordo. In tale percorso ci serviremo del ricco patrimonio giurisprudenziale prodotto dal meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Come appare evidente, l'analisi prende in considerazione le misure commerciali a cui gli Stati hanno fatto ricorso nel periodo compreso tra gennaio e maggio 2020, e più strettamente connesse con le esigenze di salute pubblica. Resta invece fuori dello scopo della presente indagine la valutazione delle politiche economiche che gli Stati stanno incominciando a perseguire – e sempre più intensamente perseguiranno nei mesi a venire –, per contrastare gli effetti della grave recessione economica scaturita dalla crisi sanitaria⁶.

2. *L'art. XI GATT: portata e limiti*

A partire da febbraio 2020 diversi Stati hanno introdotto restrizioni unilaterali delle esportazioni di generi alimentari e prodotti medico-sanitari, al fine di assicurarsi l'approvvigionamento necessario ad affrontare l'emergenza di Covid-19. Tali misure assumono rilievo come restrizioni quantitative nel contesto del GATT, in relazione all'art. XI⁷. Ai

⁵ In particolare, oltre ai prodotti già menzionati, si tratta di guanti, sapone, disinfettante, equipaggiamenti, maschere per l'ossigeno e ventilatori.

⁶ Si tratta di una crisi economica che trova precedenti storici comparabili solo nella Grande depressione del 1929 e nella Grande recessione degli anni 2007-2013. Il Fondo monetario internazionale ha già ribattezzato la crisi attuale come «The Great Lockdown», ipotizzando che il PIL mondiale nel 2020 diminuirà del 3% (del 7,5% nell'eurozona): cfr. IMF, *World Economic Outcome: The Great Lockdown*, aprile 2020. Per il 2020 l'OMC stima un calo del volume dei commerci internazionali tra il 13 e 32%, a seconda dell'efficacia delle politiche economiche che gli Stati adotteranno per correggere gli effetti recessivi: cfr. WTO, *Trade set to plunge as COVID-19 pandemic upends global economy*, 8 aprile 2020, www.wto.org.

⁷ P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organ-*

sensi del paragrafo 1, infatti, agli Stati membri dell'OMC è inibita l'introduzione di misure restrittive, assolute o parziali, alle esportazioni (ed alle importazioni) di beni destinati al (o provenienti dal) territorio di altri membri⁸.

Non c'è dubbio alcuno che la tipologia di misure richiamate ricada nell'ambito di applicazione della disposizione, dovendosene pertanto dedurre l'oggettiva incompatibilità. Come è stato chiarito dal *Panel in India – Quantitative Restrictions* (1999)⁹, la norma vieta tutte le limitazioni – diverse da dazi, imposte e altri addebiti – che producono un effetto restrittivo sulla quantità di merce che può essere esportata o importata¹⁰. In tale categoria, dunque, vanno ricomprese anche quelle forme di restrizione derivanti dall'imposizione di un regime di autorizzazione o che, comunque, comportino una limitazione quantitativa pur indiretta dei traffici commerciali.

Tuttavia, lo stesso art. XI, al par. 2, prevede tre fattispecie che circoscrivono il campo di applicazione del divieto contenuto nel primo paragrafo. Tra queste quella che maggiormente si attaglia al caso in esame è l'ipotesi indicata alla lett. a), secondo cui sono consentite le restrizioni delle esportazioni applicate temporaneamente, per prevenire o colmare carenze cruciali di generi alimentari o altri prodotti essenziali¹¹.

Piuttosto esigua è la giurisprudenza che ha fatto applicazione di tale norma. Il riferimento primario in materia è certamente rappresentato dal caso *China – Raw Materials* (2012), dove l'*Appellate Body* ha avuto modo di chiarire il significato degli elementi costitutivi della fattispecie.

ization. Text, Cases and Materials, 4th ed., Cambridge, 2017, 480-492.

⁸ Non dovrebbe invece venire in rilievo l'art. XIII GATT, che regola l'amministrazione non discriminatoria delle restrizioni quantitative. La norma vieta l'introduzione di misure restrittive, salvo il caso in cui queste siano uniformemente applicate ai prodotti simili di tutti gli Stati terzi, come è tendenzialmente avvenuto nel contesto della pandemia di Covid-19. È chiaro, invece, che, laddove uno Stato abbia ristretto le esportazioni di generi alimentari e prodotti medico-sanitari soltanto nei confronti di certi paesi, tale ipotesi ricadrebbe nel campo di applicazione della disposizione.

⁹ Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 22 settembre 1999, WT/DS90/R, 162, par. 5.128.

¹⁰ Appellate Body Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, 22 febbraio 2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 128, par. 320.

¹¹ Art. XI:2(a) GATT: «The provisions of paragraph 1 of this Article shall not extend to the following: (a) Export prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party».

In primo luogo, il termine «temporarily», usato in funzione avverbiale, va inteso con riferimento a una misura «perdurante o preordinata a durare soltanto per un lasso di tempo limitato; non permanente; introdotta o disposta per soddisfare un'esigenza transitoria» (traduzione nostra), mentre non è necessario che il limite di tempo sia prestabilito in anticipo¹². In altri termini, la misura temporanea consiste in un'iniziativa volta a soddisfare un'esigenza transitoria (par. 323).

In secondo luogo, vengono in rilievo i concetti di «prevent» e «relieve» (par. 327). Con riguardo al primo, bisogna intendere l'azione di «fornire qualcosa in anticipo rispetto al verificarsi di un evento; rendere impraticabile o impossibile qualcosa attraverso un'azione preventiva; impedire un accadimento». «Relieve», invece, significa «sollevare da qualche problema, difficoltà o pericolo; portare o fornire aiuto o assistenza» (traduzioni nostre). È evidente che nel caso in cui uno Stato abbia introdotto restrizioni alle esportazioni di generi alimentari o prodotti medico-sanitari per «prevenire» una carenza futura, bisognerà effettuare un giudizio prognostico sulla possibilità che tale evenienza possa ragionevolmente concretizzarsi¹³.

Quanto, poi, alla nozione di «critical shortages», è stato precisato che tali vanno considerate «quelle carenze quantitative che sono cruciali; che rappresentano una situazione di importanza decisiva o che raggiungono un grado di importanza vitale o decisiva; una fase critica» (traduzione nostra). Tali mancanze, infatti, sono di una gravità tale da poter determinare un momento di difficoltà, pericolo e incertezza nella vita politica o economica del paese (par. 324). Da ultimo, l'*Appellate Body* ha chiarito che per «foodstuff» o «other essential products» bisogna intendere rispettivamente «un oggetto alimentare, una sostanza commestibile» e un bene «assolutamente indispensabile o necessario» (par. 326, traduzione nostra).

Alla luce di tale ricostruzione ermeneutica, è possibile concludere che le restrizioni delle esportazioni di generali alimentari e prodotti medico-sanitari, adottate dagli Stati nell'ambito dell'azione di contrasto alla pandemia di Covid-19, senz'altro violano dal punto di vista oggettivo il divieto contenuto all'art. XI:1 GATT. Ciò non di meno, esse possono

¹² Appellate Body Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, cit., 132, par. 331.

¹³ A tale riguardo, scettica appare la posizione di S. AATREYA, *Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?*, in *EJIL:Talk!*, 5 aprile 2020.

sfuggire a una censura d'illegittimità, nella misura in cui presentino, al contempo, carattere temporaneo e siano state disposte per prevenire o colmare un'effettiva carenza. Laddove, infatti, sussistono i presupposti richiesti dall'art. XI:2(a), questo prevale sulle eccezioni generali previste all'art. XX GATT, in quanto il primo non giustifica *ex post* una misura altrimenti illecita, ma *ex ante* esclude in radice quella contrarietà alla norma che l'eccezione generale dovrebbe intervenire a sanare (par. 334). In tal caso, l'onere della prova circa la sussistenza di tutti i presupposti richiesti dall'art. XI:2(a) ricade sullo Stato eventualmente convenuto che dovesse invocare la disposizione.

In chiusura, bisogna far notare che la concreta applicabilità dell'art. XI:2(a) è strettamente dipendente dalla specifica tipologia del bene oggetto della restrizione commerciale, in quanto vi sono accordi specializzati dell'OMC – ad esempio, l'Accordo sull'agricoltura – i quali escludono che una violazione di una propria norma possa essere giustificata sulla base di una delle previsioni del GATT¹⁴.

3. Le eccezioni generali ex art. XX GATT

Qualora, invece, non dovessero ricorrere le condizioni richieste dall'art. XI:2(a) GATT, l'oggettiva incompatibilità delle restrizioni quantitative delle esportazioni con l'art. XI:1 può essere giustificata da una delle eccezioni generali previste all'art. XX GATT. Nello specifico, è evidente che, tra le diverse ipotesi contemplate dalla disposizione, le restrizioni alle esportazioni di generi alimentari e prodotti medico-sanitari, varate nel contesto della pandemia di Covid-19, vadano ricondotte nel campo di applicazione della lett. b)¹⁵. Questa, infatti, autorizza

¹⁴ A titolo esemplificativo si osservi che l'art. 21(1) dell'Accordo sull'agricoltura contiene una clausola di subordinazione, laddove dispone che: «[t]he provisions of GATT 1994 and of other Multilateral Trade Agreements in Annex 1A to the WTO Agreement shall apply subject to the provisions of this Agreement». In tal senso si veda Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, 19 maggio 2005, WT/DS265/AB/R; WT/DS266/AB/R; WT/DS283/AB/R, 77, par. 221; Appellate Body Report, *Indonesia – Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Products*, 22 novembre 2017, WT/DS477/AB/R; WT/DS478/AB/R, 34-35, par. 5.80.

¹⁵ Art. XX GATT: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption

gli Stati membri ad adottare misure che, pur se oggettivamente incompatibili con gli obblighi derivanti dal GATT, siano necessarie a proteggere la vita o la salute umana¹⁶.

Per verificare se, in concreto, una determinata misura possa essere giustificata sulla base dell'art. XX GATT, è necessario procedere a un'analisi su due livelli (*two-tier test*), da svolgersi nel seguente ordine¹⁷: in primo luogo, bisogna valutare se la misura oggetto di giudizio ricada in una delle ipotesi contemplate alle lett. a-j), per poi verificare se siano soddisfatte le condizioni previste nello *chapeau* dell'art. XX.

Con riferimento al primo livello, nel caso *Brazil Retreaded Tyres* (2007) l'*Appellate Body* ha chiarito che il giudizio sulla necessità delle misure costituisce un'«operazione olistica», che richiede di considerare tre elementi¹⁸: (i) un apprezzamento e un bilanciamento degli interessi coinvolti, (ii) l'idoneità della misura a raggiungere lo scopo a cui è preordinata e (iii) il grado di incidenza che essa ha sul commercio internazionale.

Sotto il primo aspetto, la vita e la salute umana certamente costituiscono interessi fondamentali meritevoli di tutela ai sensi dell'art. XX(b) e, dunque, le restrizioni adottate dagli Stati durante la pandemia non dovrebbero trovare particolari difficoltà a soddisfare tale requisito¹⁹. Con riguardo al secondo elemento, è stato precisato che la misura può essere considerata idonea rispetto allo scopo, quando «sussiste un nesso teleologico genuino tra l'obiettivo perseguito e la misura concreta»²⁰.

or enforcement by any contracting party of measures: (b) necessary to protect human, animal or plant life or health».

¹⁶ Per un riferimento sistematico si veda P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *op. cit.*, 546-592.

¹⁷ Con riferimento al cd. *two-tier test* e all'ordine in cui compiere l'analisi si veda Appellate Body Report, *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline*, 20 maggio 1996, WT/DS2/AB/R, 22; impostazione poi ribadita in Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, 44, par. 118-119.

¹⁸ Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, 17 dicembre 2007, WT/DS332/AB/R, 71, par. 178.

¹⁹ A tale riguardo basti notare che in *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, 5 aprile 2001, WT/DS135/AB/R, 62-63, par. 172, l'*Appellate Body* ha ritenuto che «the objective pursued by the measure is the preservation of human life and health through the elimination, or reduction, of the well-known, and life-threatening, health risks posed by asbestos fibres. The value pursued is both vital and important in the highest degree».

²⁰ *Ibidem*, 57, par. 145 (traduzione nostra).

Quanto al grado di incidenza sul commercio, si deve notare che, per superare il test di necessità, una misura non deve avere alternative concretamente disponibili, che siano capaci di garantire un livello di protezione dell'interesse rilevante analogo a quello stabilito, ma con un minor sacrificio delle ragioni del commercio. Ciascuno Stato, dunque, è libero di fissare il livello di protezione che ritiene appropriato, mentre quel che può costituire oggetto di sindacato giurisdizionale è la proporzionalità della misura rispetto al livello prescelto o l'esistenza di una misura alternativa capace di garantire lo stesso grado di protezione con una minore interferenza sul commercio internazionale²¹. A tale riguardo, occorre precisare che l'onere di provare l'esistenza di un'alternativa concretamente perseguibile pende in capo allo Stato ricorrente²².

Conseguita una giustificazione provvisoria in base a una delle lettere della disposizione, è necessario procedere al secondo livello di analisi, rispetto allo *chapeau* dell'art. XX GATT. A tal fine, occorre verificare che la misura non configuri un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificabile tra paesi che si trovano nelle stesse condizioni, o una restrizione dissimulata del commercio internazionale. L'attenzione, dunque, si sposta dalla misura in sé considerata alle modalità della sua concreta applicazione, così da impedire che la tutela di un interesse legittimo possa tramutarsi in abuso del diritto. L'*Appellate Body*, infatti, ha avuto modo di precisare che lo *chapeau* dell'art. XX intende bilanciare il diritto di uno Stato membro di invocare una delle eccezioni generali con quello di un altro membro di non subire una discriminazione arbitraria²³. In tal senso può dirsi che la disposizione costituisce espressione del principio generale di buona fede²⁴.

Per verificare se, in concreto, una misura è applicata in modo tale da costituire «una discriminazione arbitraria e ingiustificabile tra paesi che si trovano nelle stesse condizioni» (traduzione nostra), vanno considerati tre elementi²⁵. In primo luogo, l'applicazione della misura deve

²¹ Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, cit., 61, par. 168, 62-63, par. 172.

²² Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, 20 aprile 2005, WT/DS285/AB/R, 102-103, par. 309-311.

²³ Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, cit., 60, par. 156.

²⁴ *Ibidem*, 60-62, par. 157-158.

²⁵ Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, cit., 56-57, par. 150.

introdurre un trattamento discriminatorio tra paesi che si trovino nelle stesse condizioni²⁶. Questo, però, non è di per sé illecito e, infatti, come secondo elemento del test occorre che la discriminazione presenti un carattere arbitrario o ingiustificabile. Nello specifico, tale requisito sussiste quando uno Stato membro vuole difendere la legittimità della disparità di trattamento che deriva dall'applicazione di una misura, adducendo una ragione che «non ha alcun nesso con la realizzazione di un obiettivo riconducibile a uno dei sotto-paragrafi dell'art. XX»²⁷.

In terzo luogo, la discriminazione deve riguardare due paesi che si trovano nelle stesse condizioni. Quanto al profilo soggettivo del raffronto, la valutazione investe lo Stato che lamenta di essere oggetto di un trattamento discriminatorio e (almeno) uno Stato terzo, assunto come termine di paragone²⁸. Quanto al profilo oggettivo della comparazione, le condizioni di cui tenere conto vanno ritagliate con riferimento allo specifico ambito materiale dell'eccezione invocata – tra quelle contemplate alle lett. a-j) dell'art. XX – e a quello dell'obbligazione materiale del GATT che si assume violata²⁹. Nel nostro caso si tratta, rispettivamente, della tutela della vita e della salute umana, ai sensi dell'art. XX(b), e del divieto di restrizioni quantitative *ex art. XI:1 GATT*. In ogni caso, va detto che rispetto alla sussistenza di condizioni identiche opera una presunzione relativa di uguaglianza e, pertanto, spetta allo Stato convenuto che intenda far valere l'eccezione provare il contrario.

Nella vicenda in esame la valutazione circa l'esistenza di una discriminazione arbitraria e ingiustificabile è parzialmente facilitata dalla circostanza che le misure restrittive delle esportazioni, tendenzialmente, sono state adottate nei confronti della generalità dei paesi importatori. A questa logica, invece, sfuggono quelle ipotesi in cui le restrizioni siano

²⁶ I concetti di «discriminazione arbitraria», «discriminazione ingiustificabile» e «restrizione dissimulata» sono equivalenti e, pertanto, possono essere presi in considerazione cumulativamente: cfr. Appellate Body Report, *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline*, cit., 25.

²⁷ Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, cit., 97, par. 246 (traduzione nostra).

²⁸ A tale proposito, si osservi che una discriminazione può configurarsi non solo tra due Stati esportatori, ma anche tra uno esportatore e un altro importatore: cfr. Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, cit., 56-57, par. 150.

²⁹ Appellate Body Reports, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, 16 giugno 2014, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 177, par. 5.301.

state introdotte escludendo alcuni Stati, poiché, in tal caso, è necessario accertare se esiste una discriminazione, se questa sia arbitraria o ingiustificabile, e se riguarda paesi che si trovano nelle stesse condizioni.

Infine, occorre rilevare che rispetto all'ambito di applicazione dell'art. XI:2(a) GATT quello dell'art. XX(b) è decisamente più ampio. In primo luogo, esso non è limitato alle sole misure temporanee e, inoltre, non è condizionato a prevenire o colmare una carenza cruciale di prodotti essenziali. Tale dato rende decisamente più verosimile che le politiche commerciali seguite dagli Stati nell'azione di risposta alla pandemia di Covid-19, le quali abbiano una validità temporale prolungata o siano state disposte prescindendo da una carenza cruciale, trovino giustificazione sulla base dell'art. XX(b) GATT.

4. Le eccezioni di sicurezza ex art. XXI GATT

Da ultimo, vanno richiamate le eccezioni di sicurezza di cui all'art. XXI GATT³⁰. Si tratta di una norma che si coordina con quella sulle eccezioni generali previste all'art. XX(b) GATT in base a un criterio di specialità *ratione materiae*, considerato che le due norme sono dirette a tutelare beni giuridici differenti – da un lato, la vita o la salute umana e, dall'altro, la sicurezza nazionale –, in contesti altrettanto diversi.

Tra le ipotesi contemplate all'art. XXI, quella astrattamente rilevante nella vicenda in esame è prevista alla lett. b)(iii), che si compone di due parti. Lo *chapeau* della lett. b) riconosce la libertà di ciascuno Stato membro di intraprendere ogni azione che reputi necessaria a soddisfare fondamentali ragioni di sicurezza; essa ha una portata ampia, che sembra privilegiare considerazioni di natura soggettivistica, accentuate dalla formulazione «which it considers necessary». La seconda parte di cui al numero (iii), invece, ha una funzione marcatamente limitativa, circoscrivendo i confini della discrezionalità statale all'ipotesi in cui sia in corso un conflitto armato o un'altra emergenza internazionale.

In generale, complice una scarsa applicazione giudiziale, non è del tutto chiara l'effettiva portata normativa dell'articolo³¹. Se la dottrina è

³⁰ Art. XXI(b)(iii) GATT: «Nothing in this Agreement shall be construed (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (iii) taken in time of war or other emergency in international relations».

³¹ Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *op. cit.*, 619-622.

concorde nel ritenere che le condizioni previste dall'art. XX GATT sono soggette al controllo giurisdizionale del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, un consenso analogo non è riscontrabile con riferimento all'art. XXI GATT, che, secondo alcuni, sarebbe sottratto a tale vaglio di legittimità³². I maggiori dubbi si addensano sui confini della discrezionalità che la prima parte dell'art. XXI accorda a ciascuno Stato membro e, conseguentemente, su quelli del controllo giurisdizionale, in quanto la formulazione della disposizione apparentemente sembrerebbe conferirle natura di clausola di auto-acceramento, il che escluderebbe in radice un esame di legittimità da parte del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Nonostante in passato la giurisprudenza abbia mostrato un grado massimo di deferenza rispetto alla discrezionalità statale in questo campo³³, deve necessariamente ammettersi un certo grado di controllo giurisdizionale, poiché, trattandosi di una disposizione pattizia, essa va interpretata e applicata secondo il metodo obiettivistico codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT); in caso contrario, la norma presterebbe il fianco a ogni tipo di strumentalizzazione. Una conferma di tale lettura viene dalla decisione recentemente assunta dal *Panel* nel caso *Russia – Traffic in Transit* (2019)³⁴, che rappresenta una pietra miliare in questa materia.

La Russia, infatti, ha invocato l'art. XXI(b)(iii) GATT, asserendo che fondamentali ragioni di sicurezza nazionale giustificassero le misure restrittive dei traffici in transito provenienti dall'Ucraina. Contro la tesi

³² R.P. ALFORD, *The Self-Judging WTO Security Exception*, in *Utah Law Review*, 2011, 697-759, 702; R. BHALA, *National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and what the United States Does Symposium on Linkage as Phenomenon: An Interdisciplinary Approach*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1998, 263-317, 276-277.

³³ Se in *Contracting Parties Decision, Article XXI – United States Exports Restrictions (Czechoslovakia)*, 8 giugno 1949, GATT/CP.3/SR.22, il *Panel* dichiarava che «every country must be the judge in the last resort on questions relating to its own security. On the other hand, every Contracting Party should be cautious not to take any step which might have the effect of undermining the General Agreement», in *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, 13 ottobre 1986, L/6053, esso afferma: «as it was not authorized to examine the justification for the United States' invocation of [art. XXI], it could find the United States neither to be complying with its obligations under the General Agreement nor to be failing to carry out its obligations under that Agreement».

³⁴ Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, 26 aprile 2019, WT/DS512/R.

russa, che prospettava un difetto di giurisdizione, asserendo che lo Stato è l'unico soggetto deputato a decidere dell'eccezione di sicurezza *ex art. XXI*, il *Panel* ha ritenuto di avere giurisdizione. A suo avviso, la disposizione non rappresenta una mera clausola di auto-accertamento, ma, pur riconoscendo ampia discrezionalità allo Stato membro, la circoscrive entro le ipotesi oggettivamente riconducibili all'articolo (par. 7.102-7.104).

In primo luogo, per «essential security interests» bisogna intendere quegli interessi legati alle funzioni fondamentali dello Stato, come la protezione del territorio e della popolazione da minacce esterne, nonché il mantenimento dell'ordine pubblico sul piano interno (par. 7.130). Si tratta di interessi apprezzabili in relazione a un soggetto specifico in un contesto concreto. Pertanto, il *Panel* ha espressamente riconosciuto che spetta allo Stato definire i propri interessi fondamentali di sicurezza (par. 7.131). Quanto poi all'individuazione delle politiche necessarie a tutelarli, la formula «which it considers» porta a concludere che la valutazione circa la «necessità» delle misure sia riservata allo Stato (par. 7.146-7.147).

Se da queste prime due notazioni emerge un'ampia discrezionalità dello Stato, occorre rilevare, di contro, che essa non è assoluta, in quanto il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC rimane competente a giudicare l'osservanza del generale obbligo di interpretare e applicare l'art. XXI(b) GATT in buona fede, ai sensi degli artt. 26 e 31 CVDT³⁵. In quest'ottica, il sistema di risoluzione delle controversie conserverebbe il diritto di accertare che lo Stato membro abbia agito in buona fede nel determinare le fondamentali ragioni di sicurezza e che le misure da esso prescelte non siano implausibili rispetto agli scopi a cui sono preordinate (par. 7.132-7.135 e 7.138-7.139).

D'altra parte, occorre considerare che i tre numeri dell'art. XXI(b), nella misura in cui intervengono a definire il contesto in cui lo Stato è libero di esercitare una così ampia discrezionalità, svolgono una funzione limitativa rispetto all'invocabilità della disposizione³⁶. In particolare,

³⁵ A tale riguardo, bisogna sottolineare che, ai sensi dell'art. 3.2 del Dispute Settlement Understanding, gli accordi conclusi nel contesto dell'OMC vanno interpretati conformemente ai principi di diritto internazionale consuetudinario che regolano l'interpretazione dei trattati.

³⁶ In senso critico rispetto alle conclusioni del *Panel* si veda G. CHALIYA, H. SINGH RAJPUROHIT, *Revisiting the Security Exception Under GATT in light of Russia – Traffic in Transit Case*, in *Regulating for Globalization*, 17 marzo 2020.

il numero (iii) subordina tale possibilità alla condizione che vi sia, alternativamente, un conflitto armato o un'altra emergenza internazionale. Il *Panel* ha chiarito che la formula «war or other emergency in international relations» si riferisce essenzialmente a un cambio fondamentale di circostanze che alteri radicalmente il contesto fattuale in cui deve essere valutata la legittimità della condotta statale rispetto al diritto dell'OMC (par. 7.108). Se l'art. XX GATT costituisce una deroga applicabile in un contesto di normalità, l'art. XXI viene in rilievo in una circostanza emergenziale. Con specifico riguardo al concetto di emergenza internazionale, il *Panel* ha chiarito che come tale bisogna intendere una situazione di conflitto armato o di latente conflitto armato, di elevata tensione, crisi o generale instabilità, che travolge o circonda lo Stato e da cui derivi l'esigenza di tutelare una fondamentale ragione di sicurezza (par. 7.76).

Dunque, considerato che l'esistenza di una tale emergenza rappresenta un oggettivo stato di cose, la valutazione rispetto al contesto in cui le misure sono state adottate resta soggetta al sindacato giurisdizionale del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC (par. 7.77).

Nel caso di specie, pur volendo ipotizzare che gli Stati che hanno introdotto restrizioni alle esportazioni di generi alimentari o prodotti medico-sanitari considerassero tali misure necessarie a tutelare la ragione fondamentale della sicurezza sanitaria, occorre chiedersi se l'attuale pandemia di Covid-19 possa rappresentare un'emergenza internazionale rilevante ai sensi dell'art. XXI(b)(iii) GATT e, come tale, idonea ad attivare la relativa eccezione³⁷.

La risposta a tale interrogativo deve tenere conto di tre elementi. In primo luogo, occorre considerare che, al di là di ogni valutazione di merito sul significato di tale sviluppo, da diverso tempo è in corso nella prassi un processo di securitarizzazione del settore della salute pubblica³⁸. In tale contesto si iscrivono le due risoluzioni con cui il Consiglio

³⁷ Per un riferimento dottrinario al problema dell'estensione dell'eccezione di sicurezza ex art. XXI(b)(iii) GATT a nuove fonti di rischio, come il cambiamento climatico o le pandemie, si veda l'ampio lavoro di J. BENTON HEATH, *The New National Security Challenge to the Economic Order*, in *Yale Law Journal*, 2020, 924-1275.

³⁸ S. NEGRI, *Communicable Disease Control*, in G.L. BURCI, B. TOEBES, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham-Northampton, 2018, 265-302, 292-293; T. HANRIEDER, C. KREUDER-SONNEN, *WHO decides on the exception? Securitization and emergency governance in global health*, in *Security Dialogue*, 2014, 332. A. KAMRADT-SCOTT, *Managing Global Health Security. The World Health Organization and Disease Outbreak Control*, London, 2015, 151. A. KELLE, *Securitization of Interna-*

di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) ha dichiarato una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, rispettivamente, la crisi sanitaria legata alla diffusione dell'AIDS in Africa e l'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2016)³⁹. Questa tendenza depona nel senso che eventi sanitari particolarmente gravi ed estesi possono costituire un fenomeno emergenziale. In secondo luogo, nello specifico della vicenda in esame, è opportuno ricordare che il 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato il Covid-19 un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale ai sensi dell'art. 12 del Regolamento sanitario internazionale del 2005 (RSI)⁴⁰, mentre risale all'11 marzo l'accertamento dello stato pandemico del contagio. Infine, potrebbe avvalorare l'idea che la pandemia di Covid-19 possa rappresentare «un'emergenza nelle relazioni internazionali» la reazione che gli Stati hanno avuto dalla fine di gennaio in poi, da quando, cioè, hanno intrapreso una fitta serie di iniziative in seno alle maggiori organizzazioni internazionali, allo scopo di cooperare nell'azione di contrasto alla crisi sanitaria e ai devastanti effetti economici che ne sono derivati⁴¹. Di contro, è da escludersi che la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del singolo Stato possa soddisfare la condizione posta dalla norma, in quanto ciò, oltre a ratificare la legittimità di un'interpretazione unilateralistica, consegnerebbe definitivamente allo Stato la possibilità di decidere sull'eccezione di sicurezza.

Alla luce di quanto esposto, pur dovendosi riconoscere che lo schema delineato dall'art. XXI(b)(iii) GATT possa astrattamente venire in rilievo come giustificazione delle misure varate dagli Stati durante la

tional Public Health: Implications for Global Health Governance and the Biological Weapons Convention Regime, in *Global Governance*, 2007, 225-228.

³⁹ Consiglio di sicurezza ONU, risoluzione n. 1983, 7 giugno 2011, S/RES/1983 (2011) e risoluzione n. 2177, 18 settembre 2014, S/RES/2177 (2014). In particolare, nella seconda si legge: «*Determining that the unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa constitutes a threat to international peace and security*». In senso critico J. JIN, J.T. KARACKATTU, *Infectious diseases and securitization: WHO's dilemma*, in *Biosecurity and bioterrorism: biodefense strategy, practice, and science*, 2011, 181-187.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 1 del RSI, che detta una serie di definizioni, «emergenza sanitaria di rilevanza internazionale» significa «an extraordinary event which is determined, as provided in these Regulations: (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease and (ii) to potentially require a coordinated international response».

⁴¹ Oltre alle già citate ONU, OMS, OMC, anche il Fondo monetario internazionale (FMI), la Banca mondiale (BM) e l'Unione europea (UE) sono intensamente impegnati nell'azione di risposta alla emergenza sanitaria e ai suoi effetti recessivi.

crisi sanitaria e che parte della dottrina stia considerando tale ipotesi⁴², un forte elemento di incertezza, che depone in senso decisamente contrario, deriva dalla circostanza che, ad oggi, la norma ha trovato applicazione in un unico caso da quando è stata istituita l'OMC. Tale dato va letto in stretta connessione con la diffidenza con cui sino ad ora il meccanismo di risoluzione delle controversie ha guardato all'eccezione di sicurezza, che, tra le ipotesi derogatorie, senz'altro rappresenta la più eccezionale e controversa. La norma, infatti, contempla ipotesi connotate da una situazione di gravità estrema, in cui sia a rischio la stessa sopravvivenza dello Stato, e l'estensione per via interpretativa del suo ambito di applicazione può destare più problemi di quanti non intenda risolverne.

5. *Prospettive conclusive*

Giunti all'esito dell'analisi, è possibile trarre alcune conclusioni. Se le limitazioni delle esportazioni di generi alimentari e prodotti medico-sanitari, disposte dagli Stati nel contesto della risposta alla pandemia di Covid-19, sono oggettivamente incompatibili con il divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI:1 GATT, ciò non necessariamente implica il configurarsi di un illecito. È ben possibile, infatti, che le restrizioni in parola trovino giustificazione sulla base degli artt. XI:2(a) e XX(b) GATT.

Con riferimento alla prima eccezione occorre notare che essa esclude dall'ambito di operatività del divieto di restrizioni quantitative quelle limitazioni temporanee che siano finalizzate a prevenire o colmare una carenza cruciale di generi alimentari o altri prodotti essenziali. Bisogna però riconoscere che tale deroga, nel porre condizioni abbastanza stringenti, a sua volta presenta un campo di applicazione piuttosto circo-

⁴² Cfr. V. LAPA, *GATT Article XXI as a way to justify food trade restrictions adopted as a response to COVID-19?*, in *Regulating for Globalization*, 10 aprile 2020. Nello specifico, l'autrice prende in considerazione la possibile applicazione dell'art. XXI GATT come giustificazione delle restrizioni alle esportazioni di generi alimentari. L'invocabilità dell'articolo nel contesto della pandemia di Covid-19 viene considerata positivamente anche da G. ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da Covid-19: Brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, in *SIDIBlog*, 20 aprile 2020; C. GLÖCKLE, *op. cit.*, e M. PINCHIS-PAULSEN, *COVID-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from COVID-19 – How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies*, in *OpinioJuris*, 2 aprile 2020.

scritto. Pertanto – e venendo al secondo punto –, è possibile che le restrizioni prive dei caratteri richiesti dall'art. XI:2(a) trovino giustificazione per effetto dell'eccezione generale di cui all'art. XX(b) GATT. Questa autorizza le parti contraenti dell'Accordo ad adottare quelle misure altrimenti illecite, che siano necessarie a tutelare la vita e la salute umana e non diano luogo a una discriminazione arbitraria e ingiustificabile tra paesi che si trovano nelle stesse condizioni. L'art. XX, quale eccezione generale, presenta una sfera di validità materiale più estesa e onnicomprensiva dell'art. XI:2 e, pertanto, rappresenta la più naturale fonte di giustificazione per il tipo di misure oggetto della presente analisi.

Da ultimo, occorre considerare l'eccezione di sicurezza prevista all'art. XXI(b)(iii) GATT. A tale riguardo, se, da un lato, bisogna riconoscere che nella prassi è già da qualche tempo in corso una tendenza a trattare la materia sanitaria, e le minacce che da tale sfera provengono, in un'ottica securitaria – il che, relativamente al diritto dell'OMC, si traduce in un'interpretazione estensiva del campo di applicazione dell'art. XXI⁴³ –, ci sembra che tale deroga debba conservare la *ratio* con cui è stata pensata, ovvero come la più eccezionale tra le eccezioni. L'esperienza pregressa, che ha visto un'applicazione più unica che rara di tale disposizione, e la comprensibile diffidenza con cui il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC ha guardato a un'eccezione in cui, nonostante i recenti tentativi di renderla giustiziabile⁴⁴, lo Stato mantiene il più alto grado di discrezionalità politica, ci portano a ritenere nient'affatto scontato (e neanche auspicabile) un cambio di orientamento giurisprudenziale nel prossimo futuro. Il GATT, infatti, predisponendo una norma sulle eccezioni generali, già accorda agli Stati tutta la flessibilità di cui essi possano avere bisogno.

In chiusura, sia consentita un'ultima notazione. Nei primi mesi dell'emergenza sanitaria molti osservatori, con preoccupazione, hanno sottolineato come la pandemia di Covid-19 potesse assestare un ulteriore colpo a un modello multilateralistico delle relazioni internazionali già fortemente in crisi⁴⁵. In questo quadro, il rischio che gli Stati si richiudano in sé stessi, adottando politiche commerciali protezionistiche sia

⁴³ A tale riguardo si veda J. BENTON HEATH, *op. cit.*

⁴⁴ Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, cit.

⁴⁵ Dopo aver determinato la paralisi dell'*Appellate Body* in seno al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, il 29 maggio 2020 il Presidente statunitense Donald Trump ha annunciato di voler recedere dall'OMS.

per ragioni strettamente sanitarie sia per contrastare la recessione economica resta certamente ancora attuale. Mentre il virus minaccia di riportare l'orologio della storia indietro alla crisi del '29, nel tentativo di scongiurare gli effetti fallimentari del protezionismo, si sono susseguiti numerosi inviti alla cooperazione internazionale e al multilateralismo, tra i quali, in particolare, si segnala la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU "Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (Covid-19)"⁴⁶ e la dichiarazione congiunta di FMI e OMC⁴⁷. Al di là dei profili di stretta legittimità, infatti, bisogna rilevare che le restrizioni delle esportazioni di generi alimentari e prodotti medico-sanitari possono rappresentare una soluzione solo nel breve periodo, e comunque non senza prezzo. Tale opzione, infatti, può rivelarsi altamente controproducente, nella misura in cui blocca le catene di distribuzione in un momento in cui le ragioni del commercio si saldano con quelle dell'accesso a beni fondamentali da parte di Stati che non sono nelle condizioni materiali o tecniche necessarie a produrli autonomamente.

⁴⁶ UN General Assembly, *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (Covid-19)*, resolution 74/270, 2 aprile 2020, A/RES/74/270.

⁴⁷ *WTO and IMF heads call for lifting trade restrictions on medical supplies and food*, 24 aprile 2020, www.imf.org.

EMERGENZA E SORVEGLIANZA DI MASSA:
MODELLI ORIENTALI ED EUROPEI
DI GARANZIA DELLA *PRIVACY*

ALESSANDRO STIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano dell'indagine. – 2. Brevi cenni sulla sorveglianza di massa. – 3. Il quadro normativo internazionale. – 4. I sistemi di tracciamento digitale per contrastare la diffusione del Covid-19: i modelli orientali e la non trasponibilità in Europa. – 4.1 *Segue*. Il modello europeo: in particolare il (possibile) regime italiano. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione e piano dell'indagine*

L'11 marzo 2020 l'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato lo stato di pandemia a causa della rapida diffusione del virus "SARS-COV-2", noto anche come "COVID-19 o – più semplicemente – "Coronavirus" al di là del territorio della Repubblica Popolare Cinese, dove originariamente esso ha cominciato a diffondersi¹. Molti Paesi, di conseguenza, hanno indetto lo «stato di emergenza», permettendo così ai governi di esercitare poteri straordinari. Solo per limitarci all'Italia, basti pensare alla descrizione contenuta nel d.lgs. n.

* Assegnista di ricerca presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche.

¹ Secondo le parole del direttore generale dell'organizzazione mondiale della sanità, infatti, «in the past two weeks, the number of cases of COVID-19 outside China has increased 13-fold, and the number of affected countries has tripled. There are now more than 118,000 cases in 114 countries, and 4,291 people have lost their lives. Thousands more are fighting for their lives in hospitals. In the days and weeks ahead, we expect to see the number of cases, the number of deaths, and the number of affected countries climb even higher. WHO has been assessing this outbreak around the clock and we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, and by the alarming levels of inaction. We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic». Cfr. World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, reperibile online all'indirizzo <https://www.who.int>.

1 del 2018 (c.d. codice della protezione civile) ove viene stabilito che «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari»².

Obiettivo principale delle misure restrittive, ritenute necessarie per fronteggiare l'emergenza, è quello di tutelare la salute intesa non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività.

Più nel dettaglio, dette misure si sono concretizzate nella limitazione delle diverse libertà individuali. Basti pensare, solo per citarne qualcuna, alle restrizioni causate dalla creazione delle c.d. «zone rosse» dalle quali non è concesso allontanarsi, o alle implicazioni per il diritto alla libertà di movimento oppure al divieto di assembramento che a sua volta limita la libertà di riunione³. Inoltre, sono molteplici gli Stati che per contenere la diffusione del virus hanno fatto ricorso a strumenti tecnologici al fine di sorvegliare – o per meglio dire – *tracciare* gli spostamenti dei propri cittadini e per tenere sotto controllo l'avanzamento dei contagiati. In Cina, ad esempio, le autorità locali sono riuscite non solo ad individuare i possibili infetti, ma anche a seguire i loro movimenti e sapere con chi questi soggetti erano entrati in contatto⁴. Ciò è stato possibile grazie all'utilizzo di una applicazione per *smartphone* (c.d. *Alipay Health Code*), al monitoraggio dei cellulari, all'utilizzo di centinaia di milioni di telecamere per il riconoscimento facciale e un massiccio controllo della temperatura corporea.

Anche la Corea del Sud, attraverso la raccolta dei dati relativi alla geo-localizzazione dei cellulari, è riuscita a tracciare i movimenti dei propri cittadini e a creare un sistema di comunicazioni che rende noto

² Cfr. Decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, art. 7 lett. b.

³ Cfr. E. SOMMARIO, *Misure di contrasto al coronavirus e rispetto dei diritti umani*, in *Affari internazionali*, 29 marzo 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.affarinternazionali.it/>

⁴ Cfr. C. DECELL, *Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy?*, in *Just Security*, 6 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.justsecurity.org/>; Y. N. HARARI, *The World after Coronavirus*, in *Financial Times*, 20 marzo 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.ft.com>.

se un determinato soggetto è entrato in contatto con il virus. L'avviso avviene per il tramite di un *sms* nel quale, sebbene non vengano specificati il nome e il cognome dell'individuo, sono indicate informazioni personali come il sesso e l'età⁵.

I benefici che questi strumenti hanno mostrato circa il contenimento della pandemia hanno spinto anche Paesi europei a chiedersi se tali modelli, fondati su algoritmi capaci di tracciare gli sviluppi del virus, possano essere utilizzati. Tali dubbi derivano dal fatto che i menzionati sistemi di tracciamento sollevano non poche questioni sul versante dei diritti umani (basti pensare al diritto alla *privacy* oppure alla tutela dei dati personali); e se nel breve periodo è possibile riscontrare indubbi benefici, questi vanno senz'altro comparati con gli effetti che si potrebbero produrre in una prospettiva di più lunga durata nell'ottica del tipico approccio del bilanciamento secondo ragionevolezza⁶ degli interessi contrapposti⁷.

Com'è noto, il quadro normativo internazionale volto alla protezione dei dati personali è composito e, in assenza di un trattato universale specifico per la materia, va dedotto da un insieme di disposizioni settoriali e regionali. In questo lavoro, nello specifico, verranno prese in considerazione la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e, segnatamente, l'art. 8 che attraverso l'opera interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo tutela il diritto alla *privacy*, e la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, così come emendata nel 2018 (c.d. Convenzione 108 +).

Scopo del presente lavoro non è quello di analizzare la conformità delle misure di sorveglianza adottate negli Stati orientali (quali Cina e Corea del Sud) con il diritto internazionale, ma piuttosto chiedersi se

⁵ B. SANDER, L. BELLI, *COVID-19, Cyber Surveillance Normalisation and Human Rights Law*, in *Opiniojuris*, 1 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <http://opiniojuris.org>.

⁶ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

⁷ Cfr. G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, in *Sidi Blog*, 30 marzo 2020, consultabile all'indirizzo <http://www.sidiblog.org>.

queste misure, laddove venissero replicate nel continente europeo, siano compatibili con il sopra individuato regime di protezione dei dati personali.

A tal fine, innanzitutto si procederà ad una disamina di carattere generale della disciplina della sorveglianza di massa (par. 2) con particolare attenzione verso le fonti internazionali sia di carattere universale sia regionale (par. 3). Attraverso tale prisma, si passerà poi alla trattazione dei sistemi di tracciamento adottati nel contesto orientale, con particolare attenzione alla Cina e alla Corea del Sud (par. 4) per poi concentrarci successivamente sui possibili modelli europei, ed in particolare quello italiano, valutandone l'eventuale rispetto delle garanzie convenzionali (par.5). Infine verranno formulate alcune osservazioni conclusive (par. 6).

2. Brevi cenni sulla sorveglianza di massa

Con la locuzione «sorveglianza di massa» si fa riferimento alla raccolta simultanea dei dati dei cittadini posta in essere dai governi oppure da compagnie private che agiscono per conto di un determinato Stato⁸. Com'è noto, la percezione a livello globale di tale fenomeno è stata fortemente condizionata dal caso *Datagate*, sorto a seguito delle rivelazioni dell'agente della National Security Agency (NSA)⁹ Edward

⁸ Così I. MANN, *The Disaggregated Law of Global Mass Surveillance*, in T. AALBERTS, T. GAMMELTOFT-HANSEN (a cura di), *The Changing Practices of International Law*, Cambridge, 2018, 133.

⁹ La *National Security Agency* è un'agenzia di *intelligence* e controspionaggio creata e istituzionalizzata dal Presidente Truman nel 1952. L'origine della sua attività è da rintracciare nella decriptazione di messaggi cifrati nel corso della II guerra mondiale. Oggi, invece, agisce sotto la direzione del Dipartimento di difesa statunitense ed è responsabile del monitoraggio e dell'interpretazione dei c.d. segnali intelligenti, e cioè di tutte quelle informazioni sensibili, generalmente criptate, e per lo più in formato digitale. Dopo l'approvazione del c.d. *Freedom Act* nel 2015, l'Agenzia dispone di poteri più limitati, in particolare non è più responsabile dell'archiviazione dei tabulati telefonici che sono invece custoditi direttamente dalle aziende di comunicazione. Un'ulteriore spinta riformista è stata poi data dalla giurisprudenza statunitense e in particolare dalla decisione con la quale una Corte d'appello federale ha dichiarato

Snowden. È altrettanto noto che da tali rivelazioni è scaturito un intenso dibattito sia dottrinale¹⁰ sia pubblico circa la legittimità delle misure di sorveglianza di massa con il diritto internazionale e con alcune normative interne (in particolare quella degli Stati Uniti).

Tema centrale della vicenda è stata la rivelazione dell'esistenza e applicazione a partire dal 2006 fino al 2013 del programma statunitense di sorveglianza elettronica di massa (c.d. PRISM). Successivamente, le rivelazioni si sono arricchite di dettagli e hanno denunciato l'esistenza di un coinvolgimento nel programma PRISM dell'agenzia governativa britannica che si occupa di sicurezza e spionaggio delle telecomunicazioni c.d. *Government Communications Headquarters* (GCHQ), nonché la predisposizione da parte di alcuni Stati europei di programmi autonomi di sorveglianza delle telecomunicazioni su larga scala, con funzioni e natura non dissimili dal programma PRISM.

Il più noto tra questi è senz'altro il programma denominato *Tempora*, attraverso il quale la GCHQ raccoglie dati personali direttamente dai cavi sottomarini transatlantici utilizzati per il trasferimento delle comunicazioni elettroniche¹¹.

Secondo alcuni attivisti impegnati nella difesa del diritto alla *privacy*, l'utilizzo di questi programmi favorirebbe la raccolta di dati e informazioni di qualsiasi persona, senza distinzione alcuna tra persone

l'interpretazione offerta dalla NSA della sezione 215 del *Patriot Act* fosse illegittima. Sul punto si veda United States Court of Appeals for the Second Circuit, *American Civil Liberties Union et al. v. James R. Clapper, in his official capacity as Director of National Intelligence et. al.* 7 maggio 2015, par. 12-42; G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018, 179, nota 510.

¹⁰ Sul caso *Datagate* si veda, in termini generali, G. GREENWALD, *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State*, New York, 2015. In relazione al diritto internazionale, tra gli altri, M. NINO, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità nel programma di sorveglianza di Prism con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, n *Diritti Umani e Diritto internazionale* 2013, 727; C. BLASI-CASAGRAN, *Global Data Protection in the Field of Law Enforcement: an EU Perspective*, Londra, 2016; R. A. MILLER (a cura di), *Privacy and Power*, Cambridge, 2017; B. WAGNER, *Global Free Expression-Governing the Boundaries of Internet Content*, Berlino, 2016.

¹¹ E. MACASKILL, J. BORGER, N. HOPKINS, N. DAVIES, J. BALL, *GCHQ Taps Fibre-optic Cables for Secret Access to World's Communications*, in *The Guardian*, 21 giugno 2013

comuni e specifiche categorie di individui, indebolendo notevolmente le libertà fondamentali della persona e rendendo poco credibili le motivazioni spesso addotte dai Governi, basate per lo più sulla esigenza di prevenire atti terroristici¹².

Nei paragrafi che seguono intendiamo analizzare se la sopravvenienza di situazioni di emergenza, come appunto quella determinata dal Covid-19, possano comportare l'utilizzo di tali strumenti. Tuttavia, prima di addentrarci nella più circoscritta disamina di tale questione appare doveroso tratteggiare brevemente il quadro normativo internazionale in tema di tutela della *privacy*.

3. Il quadro normativo internazionale

La tutela del diritto alla *privacy* nel diritto internazionale poggia su due livelli distinti ma interconnessi: uno universale e l'altro regionale.

Per quanto concerne il primo, la tutela della *privacy* ha trovato un iniziale riconoscimento nell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo cui «[n]essun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni»¹³.

Un riconoscimento ulteriore è poi rintracciabile nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il cui art. 17 stabilisce che «1. Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputa-

¹² Cfr. M. MILANOVIC, *Human Rights and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, 81.

¹³ Cfr. *Dichiarazione universale dei diritti umani*, UN Doc. A/RES/217 (III) del 10 dicembre 1948. Per un esame di tale disposizione si veda, tra gli altri, REHOF, «Article 12», in *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (a cura di Alfredsson e Eide), The Hague, 1999, 251 ss.; ID., «Article 12», in *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (a cura di Eide, Alfredsson, Melander, Rehof, Rosas e Swinehart), Oslo, 1992, 187 ss.

zione. 2. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese»¹⁴.

Oltre alle fonti appena citate, anche l'Assemblea generale, dopo un periodo di iniziale inerzia, ha posto l'attenzione sul tema *de qua* e nel dicembre del 2013 ha adottato per consenso la risoluzione «sulla protezione del diritto alla *privacy* nell'era digitale»¹⁵. Questa è la prima risoluzione adottata dalle Nazioni Unite in materia di riservatezza e ciò ci impone di esaminarne le principali caratteristiche e novità, nonché alcune delle sue principali criticità¹⁶. In particolare, per quanto riguarda gli aspetti positivi, la risoluzione estende l'applicazione degli *standards* già esistenti a garanzia del diritto alla riservatezza anche alle attività di intercettazione delle comunicazioni e di archiviazione dei dati personali. Il documento ha avuto inoltre il pregio di avviare un'attività di monitoraggio rispetto alla protezione e alla promozione del diritto alla *privacy*. All'Alto Commissario per i diritti umani è infatti richiesto di presentare periodicamente un rapporto¹⁷ dal quale si evinca se nei

¹⁴ Cfr. Patto sui diritti civili e politici, 16 dicembre 1966, art. 17. Per una approfondita e puntuale analisi si rimanda a A. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 454-463; vedi anche M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*², Kehl, 2005, 385 ss.

¹⁵ Assemblea generale delle Nazioni Unite, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/RES/68/167, 13 dicembre 2013.

¹⁶ Secondo D. JOYCE (*Privacy in the Digital Era: Human Rights Online*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2015, 2) «[r]esolution 68/167 represents an important development in the move to protect privacy in the digital era and at the international level».

¹⁷ A/RES/68/167, cit., par. 5. Brevemente, nel rapporto presentato dall'Alto Commissario si asserisce che finanche la mera possibilità che una comunicazione venga intercettata possa integrare una interferenza con il diritto alla *privacy*, non essendo necessario che la comunicazione sia stata effettivamente sottoposta a intercettazioni. Il rapporto sottolinea inoltre come la perdurante differenza tra il contenuto delle comunicazioni e i *metadata* deve ritenersi ormai superata in quanto del tutto anacronistica e irrilevante rispetto all'attuale contesto in cui si sviluppano le comunicazioni. Questa affermazione ha non poca rilevanza se si considera che la caratteristica intrinseca dei *metadata* è proprio quella di non rivelare il contenuto delle comunicazioni. Cfr. High Commissioner for Human Rights, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/HRC/27/37, 2014.

Paesi dove è posta in essere attività di sorveglianza di massa questa si svolga nel rispetto dei diritti umani.

D'altra parte, nonostante i suoi aspetti indubbiamente positivi, la risoluzione presenta anche diversi punti controversi. Sarebbe stato infatti opportuno che la risoluzione accennasse alle caratteristiche che le legislazioni nazionali regolanti l'acquisizione delle informazioni di carattere personale su internet avrebbero dovuto assumere, magari stabilendo in maniera più o meno tassativa i presupposti alla base della applicazione della sorveglianza di massa¹⁸. Un riferimento alla natura, alla durata e alle finalità delle misure di sorveglianza delle comunicazioni, nonché l'indicazione dei modi di conservazione, della durata e dell'archiviazione dei dati già acquisiti, avrebbe infatti agevolato gli Stati nella concreta regolamentazione delle attività di sorveglianza delle comunicazioni in rete¹⁹. A ciò va aggiunto che alcuni aspetti particolarmente problematici, come quello relativo alla responsabilità dei fornitori di servizi di comunicazioni²⁰, non sono stati nemmeno accennati nella risoluzione. Anche in questo caso sarebbe stato opportuno che dalla risoluzione emergesse *almeno* l'esigenza di regolamentazione di queste situazioni, in modo tale da promuovere lo sviluppo delle legislazioni statali.

Passando dal livello universale a quello regionale, va sottolineato come, sin dalla seconda metà del secolo scorso, il tema della *privacy* sia stato oggetto di specifica attenzione da parte del Consiglio d'Europa, venendo in rilievo – direttamente o indirettamente (ossia attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza) – nell'ambito di tre convenzioni di cui il Consiglio stesso si è fatto promotore. Non potendoci soffermare sul contenuto di ciascuno di tali atti, giova qui menzionare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del-

¹⁸ Così si veda M. NINO, *La risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla tutela della privacy nell'era digitale: importanti luci, ma non poche ombre*, *Diritto del commercio internazionale*, 2014, 778.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Il problema è di non poco peso se si considera che molte legislazioni nazionali sulla sorveglianza delle comunicazioni obbligano i fornitori di servizi, pena il mancato rilascio della licenza di esercizio, a riconoscere alle agenzie governative l'accesso ai dati delle comunicazioni dei loro clienti.

le libertà fondamentali a cui si aggiungono la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, adottata il 28 gennaio 1981²¹, e il relativo Protocollo emendativo, aperto alla firma il 10 ottobre 2018 (c.d. Convenzione 108+, sulla quale torneremo in seguito), nonché la Convenzione sulla criminalità informatica n. 185, firmata a Budapest il 23 novembre 2001²².

In definitiva, la breve analisi sin qui condotta evidenzia la crescente attenzione della comunità internazionale verso il problema del diritto alla *privacy*, e spiega anche le crescenti istanze dottrinali volte a valorizzare la normativa già esistente al fine di tutelare il diritto in oggetto avverso le più innovative tecniche di sorveglianza, di intercettazioni e di collezione dei dati²³.

4. I sistemi di tracciamento digitale per contrastare la diffusione del Covid-19: i modelli orientali e la non trasponibilità in Europa

Come si è avuto modo di vedere, il fenomeno della sorveglianza di massa non è certamente nuovo, né tantomeno può dirsi confinato solo a quei Paesi con forme di governo totalitarie. Al contrario, il caso *Datagate* ha mostrato che diversi Paesi *democratici* fanno ricorso a strumenti tecnologici al fine di sorvegliare i propri cittadini per assicurargli una maggiore sicurezza.

²¹ La citata Convenzione, nota anche come Convenzione 108, appare particolarmente rilevante per due ordini di ragioni. In primo luogo perché essa è stata ratificata da un gran numero di Stati, tra i quali compare anche l'Italia, e quindi per la grande rilevanza che tale strumento ha assunto sul piano interno, e per l'influenza che ha avuto sugli altri atti dell'organizzazione, www.coe.int. E, in secondo luogo, per il ruolo determinante che ha assunto prima dell'approvazione del Trattato di Lisbona. Infatti, dato che la Direttiva 95/46 (che regolava la materia della protezione dei dati personali prima dell'entrata in vigore del Regolamento 2016/679) non poteva essere applicata nelle ipotesi non rientranti in ambito comunitario, la Convenzione 108 forniva una protezione suppletiva. Sul punto, per un'analisi più approfondita, si rimanda a DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani*, cit., 89 ss.

²² *Ibidem*, 93 ss. Anche per il testo della Convenzione 185 si veda www.coet.int.

²³ Si veda DELLA MORTE, *op. cit.*, 177 ss.

In linea generale, le situazioni di emergenza (indipendentemente dalla causa) hanno da sempre spinto gli Stati a far uso di strumenti tecnologici per superare ed eventualmente prevenire il ripetersi della crisi. Ciò, ad esempio, è quanto successo dopo l'attacco terroristico dell'11 settembre 2001 e quanto sta succedendo rispetto all'avanzata della pandemia da Covid-19. Infatti, sono diversi gli Stati che stanno ricorrendo, oppure intendono farlo, alla sorveglianza di massa per poter *combattere* il virus²⁴. Le misure tecnologiche finora utilizzate si differenziano per modalità e grado di invasività. In questo paragrafo illustreremo i sistemi utilizzati nel continente orientale.

Tra i modelli di sorveglianza più incisivi è senza dubbio annoverabile quello utilizzato nella Repubblica popolare cinese²⁵ in cui

²⁴ Secondo alcune fonti giornalistiche sarebbero più di dieci gli Stati che, in senso lato, vi fanno ricorso e tra questi si riscontra una grande varietà di situazioni che oscilla dalle ipotesi più blande, quali il controllo di assembramenti grazie ai c.d. dati aggregati, fino ad arrivare a quelle maggiormente incisive, quali la geo-localizzazione e il tracciamento di spostamenti individuali. Cfr. G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta Covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, cit.; C. DECELL, *Can Governments Track the Pandemic and still Protect the Privacy?*, in *Just Security*, 6 aprile 2020, consultabile all'indirizzo www.justsecurity.org; N. SINGER, C. SANG-HUN, *As Coronavirus Surveillance Escalates, Personal Privacy Plummet*, in *The New York Times*, 24 marzo 2020, consultabile all'indirizzo www.nytimes.com

²⁵ Secondo quanto riportato da diverse fonti, la Cina è riuscita a ridurre drasticamente il numero di nuovi infetti grazie non solo alle misure di distanziamento sociale, adottate peraltro in diversi Paesi europei tra cui anche l'Italia, ma anche grazie a quelle misure che vengono definite di "sorveglianza attiva", e cioè con l'isolamento dei focolai del virus e attraverso il tracciamento dei contatti dei soggetti positivi. Raccomandazioni volte a sostenere tali misure emergono dal rapporto della missione congiunta OMS-Cina sulla malattia del Covid-19 pubblicato il 27 febbraio 2020. Infatti, il rapporto nel suggerire le misure che i Paesi con casi di Covid-19 raccomanda «[p]rioritize active, exhaustive case finding and immediate testing and isolation, painstaking contact tracing and rigorous quarantine of close contacts», nonché «[i]mmediately expand surveillance to detect COVID-19 transmission chains, by testing all patients with atypical pneumonias, conducting screening in some patients with upper respiratory illnesses and/or recent COVID-19 exposure, and adding testing for the COVID-19 virus to existing surveillance systems (e.g. systems for influenza-like-illness and SARI)» (Cfr. *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 16-24 febbraio 2020 consultabile online all'indirizzo <https://www.who.int>). Inoltre, le ultime linee guida OMS del 13 marzo 2020 espressamente prevedono che debba essere effettuato il tracciamento di tutti i contatti dei soggetti risultati positivi e che i

l'impiego di strumenti di tracciamento e sorveglianza è senz'altro antecedente all'inizio della pandemia. Senonché, a causa dello stato di emergenza, il governo cinese ha intensificato la raccolta dei dati dei cittadini attraverso l'uso di una specifica *app* da installare sui telefoni cellulari. L'applicazione, nota come *Alipay Health Code*, sviluppata dal colosso tecnologico cinese Alibaba, permette una classificazione degli individui sulla base delle loro informazioni personali. Tra queste vanno annoverate le generalità, il luogo di residenza, gli eventuali contatti avuti con persone portatrici del virus e, infine, i sintomi che questi dichiarano di avere. Sulla scorta di questi dati, l'applicazione, attraverso un apposito algoritmo, genera un *QR-Code*²⁶ che può risultare di tre differenti colori verde, giallo e rosso. Ogni colore ha ovviamente delle conseguenze, nel primo caso (verde) il soggetto può recarsi ovunque, nel secondo caso (giallo) è costretto ad un isolamento domiciliare di sette giorni e nell'ultimo caso (rosso) i giorni aumentano a quattordici²⁷. La creazione di una fitta rete di tracciamento e sorveglianza avviene attraverso la dislocazione di appositi *checkpoint* in cui i soggetti devono esibire il loro QR-Code, permettendo così una mappatura degli spostamenti di ogni singolo individuo e, di conseguenza, del virus. Nell'ipotesi in cui un cittadino non sia in grado di mostrare il proprio QR-Code, perché ha deliberatamente deciso di non scaricare l'apposita applicazione, esso verrà ritenuto automaticamente un «QR-

test debbano essere eseguiti su tutti i contatti dei pazienti risultati positivi a prescindere dalla sintomatologia (cfr. *Consideration in the investigation of cases and clusters of COVID-19 Interim guidance*, 13 marzo 2020, consultabile online all'indirizzo <https://www.who.int/publications-detail/considerations-in-the-investigation-of-cases-and-clusters-of-covid-19>). Per un'analisi sulla politiche di tracciamento alla luce delle direttive OMS si rimanda a D. DE FALCO, M.L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare il "modello coreano" anche in Italia*, in *Federalismi Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 28 marzo 2020.

²⁶ Con il termine QR-Code si fa riferimento ad un insieme di *pattern* di colore nero e bianco con forme rettangolari, impresso su un dispositivo (*smartphone, personal computer*) che a sua volta può essere letto da alcuni specifici dispositivi ricevendo le informazioni necessarie.

²⁷ Cfr. M. WANG, *China: Fighting COVID-19 With Automated Tyranny*, in *Human Rights Watch*, 1 aprile 2020, consultabile online all'indirizzo <https://www.hrw.org>

Code rosso» e di conseguenza costretto ad isolamento nella propria abitazione per quattordici giorni²⁸.

Muovendoci sempre nei sistemi di controllo adoperati nel continente asiatico, un discorso parzialmente diverso va fatto per le misure adottate dalla Corea del Sud. Il modello ivi utilizzato, a differenza di quello cinese, è stato spesso richiamato come possibile esempio da seguire anche nei Paesi europei in virtù del contenimento dei contagiati senza il ricorso a misure ad ulteriori misure di *lockdown*.

Appare necessario dunque analizzarne in modo più approfondito le sue caratteristiche. In via di premessa, va sottolineato come l'esperienza sudcoreana nel fronteggiare situazioni di emergenza legate alla salute è ormai quinquennale. Non va dimenticato, infatti, che già nel 2015 il Paese asiatico è stato colpito da un altro coronavirus che provocava una malattia chiamata *Middle east respiratory syndrome* (c.d. Mers)²⁹; successivamente la Corea del Sud ha sviluppato conoscenze scientifiche, sistemi tecnologici e adattato la disciplina normativa interna per affrontare la diffusione di un virus nuovo come appunto quello causato dal Covid-19.

Più nel dettaglio, il governo coreano, al pari di quello cinese, sembra fondare parte della sua politica di contenimento del *virus* sull'utilizzo della tecnologia e in particolare sul tracciamento dei dati personali raccolti tramite i telefoni cellulari. Senonché, diversamente dalla Cina, le misure adottate dal Governo sono fondate su due differenti aspetti tra loro interconnessi: la raccolta di una grande quantità di dati, senza il consenso dell'interessato, e il c.d. *contact tracing*, ossia la capacità di rintracciare tutte le persone venute in contatto con i contagiati.

La raccolta capillare di informazioni personali è stata possibile at-

²⁸ Si veda, tra gli altri, Y. HUANG, M. SUN, Y. SUI, *How Digital Contact Tracing Covid-19 in East Asia*, in *Harvard Business Review*, 15 aprile 2020, consultabile online all'indirizzo <https://hbr.org>; L.KUO, "The new normal: China's excessive coronavirus public monitoring could be here to stay", in *The Guardian*, 9 marzo 2020, consultabile online all'indirizzo <https://www.theguardian.com>.

²⁹ Cfr. Korea Centers for Disease Control and Prevention, *Contact Transmission of COVID-19 in South Korea: Novel Investigation Techniques for Tracing Contacts*, in *Osong Public Health and Research Perspective*, 2020, 61

traverso l'utilizzo della funzione *gps* presente sugli *smartphone*, il tracciamento delle transazioni con carte di credito e la raccolta delle immagini provenienti dalle telecamere di sorveglianza dislocate sul territorio. Attraverso tali strumenti, dunque, è stato possibile individuare specificamente gli individui.

Ora, nonostante come vedremo a breve, tali misure siano in netto contrasto con il diritto alla *privacy* (almeno come concepito nel mondo occidentale), le stesse trovano conforto nel dato normativo, a seguito delle modifiche legislative apprestate dopo il 2015. In particolare, la legge Sudcoreana rubricata *Infectious Disease Control and Prevention Act* (IDCPA)³⁰ riconosce al Ministro della salute la possibilità di raccogliere dati personali, senza alcun provvedimento giudiziale, sia dei soggetti infetti sia di coloro che anche solo *potenzialmente* possono esserlo. Allo stesso tempo, viene imposto alle compagnie di telecomunicazione private e alle forze di polizia, sia nazionale che locale, di condividere con il governo le informazioni sulla posizione dei pazienti nonché di quelle persone che *potrebbero* essere infette³¹. A ciò va aggiunto che alle autorità sanitarie è riconosciuta la possibilità di richie-

³⁰ È possibile consultare il testo in lingua inglese al seguente indirizzo <http://www.law.go.kr/LSW/lsInfodo?lsiSeq=188080&chrClsCd=010203&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

³¹ Più precipuamente l'art. 76-2 (2) dell'*Infectious Disease Control and Prevention Act* (IDCPA) stabilisce che « If necessary to prevent infectious diseases and block the spread of infection, the Minister of Health and Welfare may request the relevant head of the National Police Agency, regional police agency, and police station established under Article 2 of the Police Act (hereafter in this Article, referred to as "police agency") to provide location information of patients, etc. with an infectious disease and persons likely to be infected by an infectious disease. In such cases, notwithstanding Article 15 of the Act on the Protection, Use, etc. of Location Information and Article 3 of the Protection of Communications Secrets Act, the relevant head of a police agency, upon request by the Minister of Health and Welfare, may request any location information provider defined in Article 5 (7) of the Act on the Protection, Use, etc. of Location Information and any telecommunications business operator defined in subparagraph 8 of Article 2 of the Telecommunications Business Act, to provide location information of patients, etc. with an infectious disease and persons likely to be infected by an infectious disease; and the location information provider and the telecommunications business operator in receipt of such request shall comply therewith, except in extenuating circumstances».

dere a istituzioni mediche, farmacie e enti di qualsiasi genere, tutte le informazioni relative ai (potenziali) pazienti³².

Il tessuto normativo, inoltre, è accresciuto dalla previsione contenuta nella medesima legge, conosciuta come «il diritto di sapere». Secondo la norma il Ministro della sanità è tenuto a divulgare prontamente al pubblico le informazioni relative ai percorsi di movimento, ai mezzi di trasporto utilizzati e tutti i contatti avuti dai soggetti infetti³³. Di conseguenza, per assicurare tale diritto ad essere informati, le autorità locali hanno il diritto/dovere di inviare (tramite *sms*) un avviso ai cittadini per metterli al corrente dei luoghi ove sono presenti i contagiati³⁴.

³² *Ibidem*, ove all'art. 76-2(1) viene precisato che «if necessary to prevent infectious diseases and block the spread of infection, the Minister of Health and Welfare or the Director of the Korea Centers for Disease Control and Prevention may request the heads of relevant central administrative agencies (including affiliated agencies and responsible administrative agencies thereof), the heads of local governments (including superintendents of education prescribed in Article 18 of the Local Education Autonomy Act), public institutions designated under Article 4 of the Act on the Management of Public Institutions, medical institutions, pharmacies, corporations, organizations, and individuals to provide the following information concerning patients, etc. with infectious diseases and persons likely to be infected by infectious diseases, and persons in receipt of such request shall comply therewith: 1. Personal information, such as names, resident registration numbers prescribed in Article 7-2 (1) of the Resident Registration Act, addresses, and telephone numbers (including cell phone numbers); 2. Prescriptions prescribed in Article 17 of the Medical Service Act, records of medical treatment prescribed in Article 22 of the same Act, etc.; 3. Records of immigration control during the period determined by the Minister of Health and Welfare; 4. Other information prescribed by Presidential Decree for monitoring the movement paths of patients with infectious diseases».

³³ Secondo l'art. 34-2 dell' IDCPA, rubricato *Disclosure of Information during Infectious Disease Emergency*, « (1) When an infectious disease harmful to citizens' health is spreading, the Minister of Health and Welfare shall promptly disclose information with which citizens are required to be acquainted for preventing the infectious disease, such as the movement paths, transportation means, medical treatment institutions, and contacts of patients of the infectious disease: Provided, That any relevant party with respect to whom there exist any matters inconsistent with the facts among the disclosed matters or who has any opinion on the disclosed matters, may file an objection with the Minister of Health and Welfare».

³⁴ B.KLIM, *ocit.* In senso contrario si veda E. A. JO, *South Korea's Experiment in Pandemic Surveillance*, in *The Diplomat*, 13 aprile 2020, reperibile all'indirizzo

Va certamente rilevato che la legislazione sudcoreana ha certamente permesso di fronteggiare l'emergenza attraverso l'ottenimento di informazioni sensibili sia dei soggetti malati sia di quelli *potenzialmente* tali³⁵. D'altra parte, se le misure adottate in Corea del Sud trovano ampio suffragio nella legislazione nazionale, così come emendata dopo gli eventi del 2015, da una prospettiva internazionalistica le stesse destano più di una perplessità soprattutto in relazione alla loro compatibilità con il diritto alla *privacy*. Non a caso, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sul diritto alla *privacy*, nel corso del 2019, nell'esaminare la compatibilità dei comportamenti delle forze dell'ordine e delle agenzie di *intelligence* con il diritto *de quo*, ha evidenziato come «[t]here is copious evidence, either received from civil society in the country, or available in the public domain or otherwise procured independently, of abusive behaviour by both the Police and the National Intelligence Service»³⁶.

Ciononostante, anche se secondo fonti per lo più giornalistiche, proprio per il (presunto) successo del modello coreano, qualcuno parrebbe favorevole ad una utilizzazione dello stesso anche nel continente europeo. Infatti, la trasposizione del sistema di sorveglianza orientale in Europa non pare di facile realizzazione, giacché la Corea del Sud, al pari della Cina, si è sempre distinta per l'uso massiccio di sistemi di sorveglianza di massa. In altre parole, tali Stati non hanno fatto altro che intensificare un sistema già sperimentato che poggia, a differenza che in Europa, su una base normativa ampiamente collaudata.

In secondo luogo, rimane dubbia l'effettiva utilità che i dati aggregati ottenuti dal tracciamento delle posizioni dei contagiati possa rivestire nella lotta al contrasto della diffusione del contagio da Covid-19³⁷.

<https://thediplomat.com/2020/04/south-koreas-experiment-in-pandemic-surveillance/>

³⁵ Sul punto si veda B.KLIM, *Lessons for America: How South Korea Authorities Used Law to Fight Coronavirus*, in *Lawfare blog*, 15 marzo 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.lawfareblog.com/lessons-america-how-south-korean-authorities-used-law-fight-coronavirus>.

³⁶ *Statement to the media by United Nations Special Rapporteur on the right to privacy, on the conclusion of his official visit to the Republic of Korea*, 26 luglio, 2019.

³⁷ In linea più generale, il medesimo problema è stato sollevato anche in occasione della diffusione del virus ebola che, come noto, ha colpito per lo più i Paesi africani. In quella circostanza, infatti, non sono mancati dubbi sulla compatibilità tra le misure

Infatti, nel caso della Corea del Sud non sono mai state rese disponibili al pubblico informazioni su come i dati sono stati utilizzati e se questi abbiano effettivamente contribuito a contenere il virus³⁸.

4.1 *Il modello europeo: in particolare il (possibile) regime italiano*

Anche in occidente, come anticipato, si sta provando a fare ricorso ad apposite *app* capaci di tracciare i movimenti dei cittadini. Basti pensare, ad esempio, alla Germania, che attraverso l'uso dell'app *Geo-Health* utilizza una combinazione di dati ricavati dal *gps*, dalle connessioni wireless e dal bluetooth per ricostruire la posizione dei soggetti contagiati³⁹; o alla Polonia, ove il governo sta investendo nello sviluppo di una applicazione di *contact tracing* dal nome *ProteGo*⁴⁰. Altri progetti sono poi al vaglio in Olanda, Austria, Spagna, Irlanda e in Croazia⁴¹.

Come è noto anche l'Italia ha deciso di ricorrere all'utilizzo della tecnologia di *contact tracing* attraverso lo sviluppo di una apposita *app* che prende il nome di *Immuni*. Analogamente ad altri Paesi, anche l'applicazione italiana ha lo scopo di automatizzare il tracciamento del-

adottate e il rispetto dei diritti umani. Nel caso specifico della raccolta dei dati, inoltre, è stato evidenziato come «[t]he request for CDRs, the most invasive request for data, challenged more than good practice in humanitarian response, it pushed for expropriation of direct access to some of the most sensitive databases in the world. Although there are interim states of anonymization of that data that could mitigate some of the risk to its subjects, the data models it would be used in are still extremely experimental. In addition, nearly every described use of CDRs requires some form of reidentification or correlation with datasets that fall under the definition of “personally identifiable,” triggering a wide range of privacy laws and risks. Although a number of the requests made recognize the implications and complications posed by the release of CDR data, very few acknowledge existing data protection laws or the experimental nature of the justification for the expropriation of personal information». Cfr. S.M. McDONALD, *Ebola: A Big Data Disaster*, CIS Paper, 2016, 48.

³⁸ Così Privacy International, *Extraordinary powers need extraordinary protections*, 20 marzo 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.privacyinternational.org/news-analysis/3461/extraordinary-powers-need-extraordinary-protections>

³⁹ K. KLONOWSKA, *The Covid-19 pandemic: two waves of technological responses in the European Union*, The Hague Centre for Strategic Studies, aprile 2020, 7.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

le persone che sono state in contatto con i soggetti positivi al coronavirus. Diversa invece è la tecnologia di tracciamento che questa intende usare. La prima caratteristica che emerge, infatti, è che l'applicazione farà uso solo del *bluetooth* e non del *gps*, come era inizialmente previsto. Le due tecnologie, presenti oramai sulla quasi totalità dei telefoni cellulari, sono sostanzialmente differenti. La prima nasce come protocollo per la trasmissione di dati wireless (senza fili) tra diversi dispositivi, ma può allo stesso tempo essere utilizzata per monitorare se due persone (*rectius* il *bluetooth* presente sul cellulare di due soggetti) sono entrate in contatto; la seconda invece è a tutti gli effetti una tecnologia di localizzazione che permette di individuare la posizione geografica ove si trova un determinato dispositivo. In altre parole, il *gps* localizza e traccia gli spostamenti nello spazio e nel tempo di un determinato oggetto. Il cambio di rotta è dovuto principalmente all'adeguamento alle linee guida fornite dalla Commissione Europea nelle quali si esortano gli Stati membri ad utilizzare una tecnologia meno invasiva della *privacy* come appunto il *Bluetooth* in luogo del *gps*⁴². Una ulteriore modifica si è avuta poi con l'adozione delle direttive fornite da Google ed Apple e il relativo adeguamento agli standard del progetto *Decentralised Privacy-Preserving Proximity Tracing (DP-3T)* in luogo dell'iniziale *Pan-European Privacy Preserving Proximity Tracing (PEPP-PT)*⁴³. Anche in questo caso il cambiamento è legato alle maggiori garanzie che il primo *standard* riconosce⁴⁴.

⁴² Cfr. *Linee-guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legato al COVID-19*, 21 aprile 2020, *passim*.

⁴³ C. DECELL, *Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy?*, in *Just Security*, 6 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.justsecurity.org>

⁴⁴ Senza voler entrare eccessivamente nei dettagli tecnici, qui è sufficiente fornire una breve descrizione dei due diversi sistemi al solo fine di meglio comprendere perché si è reso necessario questo cambio di paradigma. Lo standard DP-3T consente una crittografia-generazione delle chiavi direttamente sui dispositivi degli utenti e non invece sul server. In questo modo ogni volta che due cellulari rimangono ad una certa distanza per un certo periodo di tempo, questi si scambiano il proprio identificativo anonimo generato all'interno del dispositivo con crittografia. In questo modo il cellulare dotato di *app* porta con sé solo una lista di numeri privi di qualsiasi elemento identificativo della persona.

Da un punto di vista pratico l'app *Immuni* dovrebbe (il condizionale è d'obbligo visto che al momento in cui si scrive l'applicazione non è stata ancora rilasciata) essere strutturata in due parti: una dedicata al vero e proprio *contact tracing* – attraverso l'uso della tecnologia *Bluetooth* – e l'altra composta da un diario clinico in cui il soggetto può annotare i dati relativi alle proprie condizioni di salute⁴⁵. *Immuni*, una volta scaricata, genererà un codice identificativo (c.d. ID) temporaneo e anonimo il quale potrà essere scambiato tramite *Bluetooth* con i dispositivi con cui entra in contatto⁴⁶. Contestualmente, gli *smartphone* quotidianamente scaricheranno dal server centrale gli ID di quei soggetti che, dopo essersi sottoposti ad un tampone, risultino effettivamente positivi. In questo modo se l'app troverà al suo interno il codice identificato del soggetto positivo invierà un messaggio comunicando che c'è stato un contatto rischioso e indicherà se è necessario un periodo di isolamento domiciliare oppure se è sufficiente mettersi in contatto con i sanitari (su questo punto ancora non c'è chiarezza)⁴⁷.

Altre caratteristiche emergono inoltre dal decreto-legge del 30 aprile 2020, n.28 sulle «misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni». Quest'ultimo specifica, anzitutto, che l'app *Immuni* funzionerà su base volontaria: ognuno quindi sarà libero di decidere se installarla o meno. Inoltre, viene sottolineato che «il mancato utilizzo dell'applicazione [...] non comporta alcuna conseguenza pregiudizievole ed è assicurato il rispetto del principio di parità di trattamento»⁴⁸. Altro aspetto rilevante che si

⁴⁵ R. BERTI, A. LONGO, S. ZANETTI, *Immuni, cos'è e come funziona l'app italiana coronavirus*, in *Agenda Digitale*, 30 aprile 2020, consultabile online all'indirizzo <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/immuni-come-funziona-lapp-italiana-contro-il-coronavirus/>

⁴⁶ *Coronavirus, via libera alle regole privacy per tracciamento con la app Immuni*, *Sole24ore*, 29 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.ilsole24ore.com/art/in-arrivo-regole-privacy-tracciamento-la-app-ADHaVRN>

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, *Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del*

evinces dal decreto-legge è quello relativo alla titolarità pubblica della piattaforma ove verranno archiviati i dati⁴⁹. Infine, si prevede che la medesima app funzioni solo fino a quando resterà in vigore lo stato di emergenza e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020, data entro la quali tutti i dati dovranno essere cancellati o resi definitivamente anonimi⁵⁰.

Se questo dovesse concretamente essere il funzionamento dell'applicazione, c'è da chiedersi se tale sistema sia compatibile con le garanzie internazionali a tutela del diritto alla *privacy*. In particolare, ci soffermeremo sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (con specifico riguardo all'art.8) e sulla Convenzione 108 +.

Per quanto concerne la prima, l'art. 8 dispone quanto segue: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza; 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha, in via interpretativa, allargato la portata applicativa dell'art. 8, provando, tra l'altro, ad adeguare il dettato normativo ai diversi problemi che di volta in volta l'innovazione tecnologica ha palesato⁵¹. Ciò in quanto la Convenzione

sistema di allerta Covid-19, entrato in vigore il 01 maggio 2020, art. 6, par. 4.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 6.

⁵¹ In termini più ampi, sull'impatto che le nuove tecnologie hanno assunto sul rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, si veda, tra gli altri, M. DI STEFANO (a cura di), *La protezione dei dati personali e informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli, 2017, *passim*; E. ROSSI, *Il diritto alla "privacy" nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, 331 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. dir.int.*, 2016, 690 ss.; G. MAROTTA, *Innovazioni tecnologiche e diritto al rispetto del domicilio nella Convenzione Europea*, in *Riv. dir.int.*, 2005, 1044 ss. Da una prospettiva di diritto internazionale privato, invece, si rimanda a O. FERACI, *La*

va intesa come «uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni della vita attuale»⁵²; l'ambito di applicazione dell'art. 8 si è dunque progressivamente ampliato «di riflesso alla crescente accettazione sociale e culturale del diritto di ciascuno di vivere nel modo più consona alle proprie inclinazioni»⁵³.

Ciò che appare con chiarezza quindi è che il diritto alla *privacy* così come previsto dall'art. 8 CEDU ha sì natura *derogabile*, ma solo a condizione che le misure siano *necessarie in una società democratica* e *proporzionate* allo scopo che si prefiggono. Nello specifico campo della sorveglianza, poi, la Corte ha più volte ribadito che, sebbene gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento⁵⁴, la raccolta,

Legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria, in *Riv.dir.int.*, 2009, 1020 ss.; G. ZARRA, *Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet*, in *Riv. dir.int.* 2015, 1234 ss.

⁵² Cfr. TOMASI, *Articolo 8*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, 2012, 298.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Com'è noto la dottrina del margine di apprezzamento è stata sviluppata principalmente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se si rinvengono sue applicazioni sia negli ordinamenti nazionali (ad esempio in Francia e in Germania) sia – non sempre condivisibilmente – da parte di altri tribunali internazionali (si pensi alla Corte Internazionale di Giustizia, al sistema di risoluzione delle controversie del WTO) (cfr. J. COT, *Margin of appreciation*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of Int. Law*, 2017, 95 ss.). In linea generale, poi, il tema è stato affrontato ampiamente in dottrina. In questa sede sia consentito riportare solo alcune delle definizioni che si sono susseguite sul tema. Ad esempio è possibile richiamare quella di Arai-Takahashi, secondo il quale il margine di apprezzamento può essere descritto «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and condition» (cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, p 1162 ss.); o quella di Macdonald, per cui «the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention» (R. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, 95 ss.).

l'archiviazione e, più in generale, l'ottenimento dei dati che discendono dalla geo-localizzazione (*gps*) rappresentano attività in contrasto l'art. 8 CEDU⁵⁵.

Più di recente, poi, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che «the degree of intrusion is magnified, since the patterns that will emerge could be capable of painting an intimate picture of a person through the mapping of social networks, location tracking, Internet browsing tracking, mapping of communication patterns, and insight into who a person interacted with»⁵⁶.

Anche in merito alla c.d. sorveglianza segreta, e cioè quella attuata senza che i soggetti interessati ne siano a conoscenza, la Corte nella sentenza *Klass e altri c. Germania* ha sottolineato che tale tipologia di sorveglianza è compatibile con la Convenzione solo se questa è *strettamente* necessaria a salvaguardare l'assetto democratico dello Stato⁵⁷.

In breve, dunque, e per quel che riguarda l'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la dottrina del margine di apprezzamento sta ad indicare quella libertà di manovra riconosciuta agli Stati nell'applicazione della CEDU, margine che gli dovrebbe consentire di bilanciare il rispetto degli obblighi previsti dalla Convenzione con la tutela di ulteriori esigenze dello Stato.

⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Uzun c. Germania*, 2 settembre 2010, ricorso n. 35623/05, par. 51-52 ove la Corte precisa che «the surveillance of the applicant via GPS, the investigation authorities, for some three months, systematically collected and stored data determining, in the circumstances, the applicant's whereabouts and movements in the public sphere. They further recorded the personal data and used it in order to draw up a pattern of the applicant's movements, to make further investigations and to collect additional evidence at the places the applicant had travelled to, which was later used at the criminal trial against the applicant» e poi aggiunge «GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person's right to respect for private life, because they disclose more information on a person's conduct, opinions or feelings. Having regard to the principles established in its case-law, it nevertheless finds the above-mentioned factors sufficient to conclude that the applicant's observation via GPS, in the circumstances, and the processing and use of the data obtained thereby in the manner described above amounted to an interference with his private life as protected by Article 8 par. 1».

⁵⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, par. 356.

⁵⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, ricorso n. 5029/71, par. 42.

Sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati se da un lato godono di un ampio margine di apprezzamento, dall'altro lato possono adottare misure che interferiscono con l'art. 8 CEDU solo se queste siano *proporzionate e necessarie* rispetto allo scopo che si intende perseguire che, nel nostro caso, è rappresentato dalla tutela della salute pubblica. Più precisamente, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che la nozione di *necessità* richiede che l'interferenza nella libertà individuale corrisponda a una necessità sociale imperativa e che sia proporzionata al fine legittimo perseguito, avendo specifico riguardo al ragionevole bilanciamento fra i contrapposti interessi rilevanti⁵⁸.

In modo non dissimile la Convenzione 108 +, all'art. 11, rubricato «eccezioni e restrizioni», stabilisce che affinché una compressione del diritto alla *privacy* possa essere giustificata è necessario che questa sia prevista in un atto avente forza di legge, rispetti i diritti fondamentali e costituisca una misura *necessaria e proporzionata* in una società democratica per la protezione, tra l'altro, della sicurezza nazionale, della difesa e della salute pubblica⁵⁹.

Per quanto riguarda più specificamente il regime italiano in materia di tracciamento dei contagiati, questo appare – almeno per quanto concerne il requisito della *proporzionalità* nella sua dimensione della *idoneità e proporzionalità in senso stretto*⁶⁰ – in linea con le garanzie

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 16 dicembre 2020, A, B e C c. Irlanda, ricorso n. 25579/05, par. 229.

⁵⁹ Cfr. *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data*, maggio 2018, ove all'art. 11 viene più precipuamente affermato « o exception to the provisions set out in this Chapter shall be allowed except to the provisions of Article 5 paragraph 4, Article 7 paragraph 2, Article 8 paragraph 1 and Article 9, when such an exception is provided for by law, respects the essence of the fundamental rights and freedoms and constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society for: a. the protection of national security, defense, public safety, important economic and financial interests of the State, the impartiality and independence of the judiciary or the prevention, investigation and prosecution of criminal offences and the execution of criminal penalties, and other essential objectives of general public interest; [...]».

⁶⁰ In dottrina si veda, tra tutti, E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, *passim*.

previste sia dall'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sia dall'art. 11 della Convenzione 108+.

La proporzionalità nel tema che ci occupa può dirsi soddisfatta in presenza di misure restrittive adottate a titolo provvisorio e per un periodo di tempo esplicitamente limitato allo stato di emergenza. Appare inoltre di fondamentale importanza istituire garanzie specifiche sul fatto che, una volta revocato lo stato di emergenza, il diritto alla *privacy* possa nuovamente godere di una tutela piena⁶¹.

Qualche dubbio sussiste invece in relazione alla *necessità* in una «società democratica» di dette misure. Come noto, la *necessità* mira ad individuare se tra le potenziali misure adottabili – tra quelle egualmente efficaci al raggiungimento dell'obiettivo perseguito – lo Stato ha scelto quella meno invasiva, e cioè quella capace di ledere il meno possibile i diritti individuali oppure l'interesse pubblico⁶². A tal proposito appaiono necessarie due considerazioni finali. In primo luogo, e sulla scorta di un giudizio prognostico, affinché il sistema di tracciamento possa dirsi efficace è necessario che l'*app* venga scaricata da circa il 65/70 per cento della popolazione⁶³. Se da un lato, quindi, la base volontaristica rappresenta un punto di forza del sistema di tracciamento italiano, allo stesso tempo bisogna considerare la possibilità che molti cittadini decidano *liberamente* di non scaricare l'applicazione sul proprio cellulare, oppure che non siano in possesso di uno *smartphone* o, infine, che decidano di non azionare il *Bluetooth*. Se ciò accadesse appare scontato che la *necessità* dei sistemi di tracciamento sarebbe notevolmente ridotta. Di conseguenza, la compressione del diritto alla *privacy* – perché di questo si tratta – anche se giustificata a causa

⁶¹ A. PIERUCCI, J.F. WALTER, *Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic*, 30 marzo 2020.

⁶² Sul punto si veda, tra tutti, F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and The Fabric of General Principles*, L'Aia, 2018, 128.

⁶³ Cfr. B. MACON-CONNERY, *Contact Tracing and the Fight Against Covid-19: How Digital Tools Can Help*, 6 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <https://institute.global/policy/contact-tracing-and-fight-against-covid-19-how-digital-tools-can-help>; I. SIATTISA, I. KOUVAKAS, *Indiscriminate Covid-19 location tracking: Necessary in a democratic society?* in *Strasburg Observer*, maggio 2020, consultabile all'indirizzo <https://strasbourgothers.com/2020/05/04/indiscriminate-covid-19-location-tracking-part-i-necessary-in-a-democratic-society/>

dell'emergenza sanitaria, sarebbe certamente *non necessaria* in quanto incapace di raggiungere lo scopo perseguito.

In secondo luogo, e anche volendo prescindere dalla effettività di queste misure, è agevole osservare che affinché l'utilizzo di sistemi di tracciamento soddisfi il requisito della *necessità* è opportuno che lo Stato riesca a provare che il medesimo obiettivo non poteva essere raggiunto attraverso misure differenti meno intrusive nel diritto alla *privacy*.

5. Osservazioni conclusive

Il ricorso a misure di sorveglianza dei cittadini non è di certo nuovo. A partire dal 2013, infatti, i governi di diversi Stati si avvalgono degli strumenti tecnologici al fine di controllare i propri cittadini e raccogliere dati. È altresì palese che tali pratiche trovano terreno fertile nei momenti di particolare emergenza; basti solo pensare alle conseguenze scaturite dall'attacco dell'11 settembre 2001.

Allo stesso modo, la pandemia causata dal Covid-19 ha riproposto le problematiche relative ad un adeguato bilanciamento tra interessi pubblici diversi, in questo caso il diritto alla salute e, tra gli altri, il diritto alla *privacy*.

Per far fronte a tale situazione, i governi hanno deciso di adottare misure volte alla sorveglianza dei propri cittadini attraverso l'uso di *app* di tracciamento.

I modelli orientali analizzati hanno messo in risalto come negli Stati, ove già precedentemente alla pandemia erano in uso tali strumenti, non hanno riscontrato difficoltà nel tracciare e sorvegliare i cittadini in ragione di un interesse pubblico superiore come appunto quello della salute. Ciò è stato possibile anche in società democratiche, come la Corea del Sud, grazie alle riforme legislative attuate nel 2015 che hanno adeguato il comparto normativo a possibili e future emergenze sanitarie.

D'altra parte, nel continente europeo la situazione è parzialmente differente. In questo contesto infatti la tutela del diritto alla *privacy* ha assunto e sta assumendo un ruolo sempre più incisivo – e lo dimostrano le crescenti garanzie in tal senso previste sia dalla CEDU sia dalla

Convenzione 108 – sicché una riproduzione dei modelli orientali sarebbe non solo non auspicabile, ma altresì di complessa attuazione. E infatti, sebbene il diritto alla *privacy* goda di una certa flessibilità e permetta quindi delle deroghe, è sempre necessario che queste siano proporzionate e necessarie in una società democratica.

Ora, volgendo lo sguardo alla situazione italiana, se da un lato l'implementazione di una apposita *app* di tracciamento, così come disciplinata dal decreto-legge Immuni, possa dirsi rispettosa del requisito della proporzionalità in virtù dell'adozione di tecnologie di tracciamento meno invasive come il *Bluetooth* in luogo del *gps* e della libertà riconosciuta ai cittadini se adottarla o meno, qualche dubbio rimane in relazione alla *necessità* di questo strumento.

Come visto, infatti, affinché tale *app* possa dirsi efficace è necessario che essa venga utilizzata da più della metà della popolazione, obiettivo che non è detto venga raggiunto. Qualora ciò non si verificasse, quindi, la stessa efficacia del tracciamento sarebbe fortemente ridotta e di conseguenza l'interferenza con il diritto alla *privacy* non potrebbe essere più qualificato come *necessario* in una società democratica.

PARTE III

RAPPORTI ECONOMICI

CHE ITALIA SARÀ?
I POSSIBILI IMPATTI SETTORIALI,
OCCUPAZIONALI E TERRITORIALI
DELL'EMERGENZA COVID
E GLI INTERVENTI DI POLITICA ECONOMICA*

GIANFRANCO VIESTI**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Qualche riflessione sugli impatti in Italia. – 3. I settori. – 4. L'industria – 5. I servizi – 6. I lavoratori. – 7. I territori.

1. *Introduzione*

Le prospettive dell'economia italiana a medio termine sono ancora avvolte da un rilevante grado di incertezza, connesso alle dinamiche della diffusione del coronavirus: nel nostro paese e all'estero; nell'estate e poi nell'inverno 2020-21.

Permanere dell'incertezza che già di per sé può determinare un rinvio dei piani di investimento delle imprese e comportamenti di consumo più cauti da parte delle famiglie. Su questi ultimi potrà poi pesare, in direzione e in misura difficile da prevedere, l'effetto psicologico dei provvedimenti di divieto di circolazione e delle successive riaperture. È opportuna grande cautela nelle previsioni.

Tuttavia, già con i dati e le informazioni disponibili alla metà di maggio 2020 è possibile costruire alcuni scenari con un elevato grado di probabilità di realizzarsi. E in base a questi scenari è possibile sostenere che il nostro paese è già davanti a grandi scelte sul proprio futuro (quantomeno: sulla sostenibilità dei conti pubblici, sulle disparità sociali, sulla velocità della crescita economica) che potranno essere affrontate solo con una significativa discontinuità rispetto alle politiche economiche seguite nel primo ventennio di questo secolo.

Il più probabile scenario di medio periodo (fino alla fine del 2021) del nostro paese, così come leggibile nel maggio 2020, può essere riassunto nei seguenti punti:

* Il presente lavoro riprende parte della relazione tenuta al *Research Meeting* del C-MET05 il 30 aprile 2020 (Viesti, 2020).

** Ordinario di Economia applicata, Università Aldo Moro di Bari.

1. L'impatto della crisi legata alla pandemia sul Pil italiano 2020 sarà severissimo, molto maggiore di quello della recessione del 2009. Le previsioni di consenso (non solo del Governo, ma anche di FMI, Ocse e Commissione Europea) indicano una possibile contrazione dell'attività economica che sfiorerà i 10 punti nell'anno. Le stesse previsioni indicano (con un livello di incertezza però ancora maggiore) una significativa ma parziale ripresa nel 2021. Il ritmo di ripresa dell'economia italiana, coerentemente con quanto avviene dalla metà degli anni Novanta, ed in particolare nell'ultimo decennio, potrebbe essere il più lento fra i paesi avanzati. Potrebbe essere tale da determinare un livello del PIL 2021 di 4 punti inferiore a quello del 2019; il che significa di 7-8 punti rispetto ai valori del 2007; cioè su una dimensione comparabile con fine anni Novanta.

2. Questa crisi così ampia potrebbe essere molto selettiva: fra settori, fra territori, fra lavoratori.

3. L'impatto settoriale della crisi sarà fortemente diversificato, a causa delle differenti durate delle chiusure finora disposte, delle diverse possibilità di fronteggiare le esigenze sanitarie di distanziamento inter-personale, e dei vincoli alla ripresa di alcune attività economiche. Certamente, rispetto a precedenti episodi recessivi vi è una grande differenza: il terziario è stato e sarà colpito tanto quanto l'industria manifatturiera, e non potrà svolgere un ruolo di "spugna" occupazionale e sociale. Alcuni dei comparti del terziario (in primo luogo le filiere della cultura-intrattenimento e del turismo-viaggi) potrebbero essere colpiti in maniera estremamente ampia e duratura, con tutto ciò che ne consegue in termini di impatti sulla sopravvivenza delle imprese e sull'occupazione.

4. L'impatto economico territoriale della crisi non sembra correlato all'intensità dei problemi sanitari, ma alle chiusure e alle diverse strutture produttive. Sarà dunque intenso in tutta Italia. Potrebbe differenziarsi con il tempo, dato che nelle regioni relativamente più forti la ripresa sarà più collegata alle performance della manifattura (e all'export) e in quelle più deboli (incluse Liguria e Lazio) sarà più collegato all'andamento del terziario. Problemi particolari potrebbero porsi per le aree/regioni a maggiore intensità turistica, in tutto il paese (forse maggiori per le città d'arte, e per le aree raggiungibili maggiormente o solo in aereo, come la Sardegna). Nel Mezzogiorno tuttavia, la disoccupazione è già molto più grande; maggiore la quota di occupazione più debole (occupati a termine) nei settori più a rischio; minore la diffusione e la possibilità del lavoro a distanza.

5. L'impatto della crisi sarà probabilmente molto più forte delle precedenti sull'occupazione, anche a causa del ruolo del terziario, e dell'incertezza delle prospettive per alcuni suoi comparti. Le previsioni sono molto diverse: dal Centro Studi Confindustria che prevede per fine 2020 una caduta delle ore lavorate a fronte di una tenuta del numero di occupati; al DEF che prevede mezzo milioni di occupati in meno, sempre per fine 2020; alla Commissione Europea che presenta stime peggiori sull'incremento dei disoccupati: fino ad un milione. I primissimi dati Anpal e Istat confermano tendenze assai negative già in corso sull'occupazione.

6. Questo impatto sarà fortemente selettivo all'interno del mondo del lavoro. Tutte le analisi finora disponibili (si vedano ad esempio quelle di McKinsey: D. CHINN, J. KLIER, S. STERN, S. TESFU 2020) mostrano che saranno colpiti in misura relativamente più forte i lavoratori più deboli: dipendenti a termine, lavoratori stagionali (specie nel turismo), occupati a più bassa qualifica e con meno possibilità di lavoro da remoto. Le difficoltà occupazionali saranno poi molto più forti per i giovani. Le stime disponibili concordano nel prevedere una risalita lenta, con un tasso di occupazione a fine 2021 che potrebbe essere sensibilmente più basso di quello di inizio 2019. Tenderanno quindi ad crescere le disuguaglianze sociali (non solo in Italia, come ricordato anche dal FMI).

A fronte di questa situazione il Governo italiano ha preso provvedimenti di grande dimensione finanziaria durante la fase più acuta della pandemia. Essi mirano a contenere le ricadute economiche d'insieme; soprattutto mirano ad evitare fenomeni irreparabili di crisi aziendale e di difficoltà sociale per i nuclei familiari più deboli o più colpiti. Essi paiono per molti versi opportuni; allo stesso sono complessivamente molto più orientati alla difesa della società e delle imprese dal primo impatto della crisi (anche con interventi apprezzabili, come il reddito di emergenza o il pur modestissimo provvedimento di regolarizzazione dei lavoratori stranieri) che a costruire condizioni per una ripresa dell'economia italiana più vivace che in passato. Ad esempio l'ampia strumentazione di sostegno e di incentivazione alle imprese appare priva di condizionalità ed incentivi che possano configurare indirizzi di politica industriale.

Essi inoltre produrranno un aumento del deficit pubblico all'11% del PIL nel 2020 e al 5,6% nel 2021, con un aumento di circa venti punti (in lieve riduzione nel 2021) del rapporto debito/PIL: circostanza assai preoccupante nel quadro delle regole fiscali europee, attualmente

sospese ma non modificate. È già in corso nel nostro paese un'offensiva affinché si torni a ferree regole di austerità e, per questa via, si riduca ulteriormente, drasticamente, il perimetro dell'intervento pubblico. In conseguenza di questo insieme di eventi, poi, vi sono incertezza sui valori dello spread rispetto ai titoli pubblici tedeschi, attualmente contenuto dagli acquisti effettuati dalla banca Centrale Europea.

In tale quadro, la finalità del presente contributo è presentare dati e riflessioni sull'impatto economico in Italia della crisi Covid e provare a discutere i fattori che potrebbero essere più importanti a riguardo nei prossimi mesi.

2. *Qualche riflessione sugli impatti in Italia*

Innanzitutto, è possibile affermare che le difficoltà economiche conseguenti alla crisi sanitaria covid sono di dimensione e di caratteristiche mai viste in precedenza (ILO 2020, Gopinath 2020). L'estensione geografica e la dinamica della crisi sanitaria (collegata a quella economica attraverso le chiusure) è stata sorprendente, e in larga misura ancora non spiegata, colpendo molto più alcuni paesi/regioni che altri; ancora non è chiaro se e come evolverà. La sua evoluzione è totalmente incerta (rischio non calcolabile), sia nelle sue caratteristiche sia nella sua durata complessiva (chiusure/riaperture – vaccini/cure) e può indurre anche per questo impatti psicologico-comportamentali. L'estensione del fenomeno è stata di carattere mondiale e ha fermato i lavoratori di quasi tutto il mondo nello stesso momento.

L'impatto economico della crisi è certamente maggiore rispetto a quella del 2009, anche perché colpisce tanto i paesi avanzati quanto gli emergenti. Secondo il FMI (IMF 2020) la riduzione della produzione mondiale potrebbe essere molto ampia, e con un recupero diluito nel tempo. L'impatto sul PIL sarebbe difficile da quantificare ma certamente estremamente ampio. Vi è ancora grande incertezza sull'evoluzione:

- a) È possibile un parziale rimbalzo dell'attività (anche nel secondo semestre?) con un andamento del PIL a V;
- b) È possibile che esso il rimbalzo sia debole/più spalmato nel tempo (o bloccato da ricadute), con un andamento a U;
- c) È possibile che esso non ci sia (per cause sanitarie/economiche), con una persistente stagnazione a L.

La caduta della produzione italiana potrebbe essere fra le più forti:

il FMI stima -9,1% nel 2020 con un parziale recupero (+4,8%) nel 2021. Le previsioni del DEF per l'Italia sono di una caduta del PIL dell'8% nel 2020 con un parziale rimbalzo del 4,7% nel 2021 (MEF 2020). Se così fosse a fine 2021 il PIL italiano sarebbe di 7-8 punti inferiore a quello del 2007, cioè sui livelli di venti anni fa. L'incertezza sui dati è però ancora altissima: per l'intera UE è possibile una caduta del PIL fra il 5% e il 15% (Banca d'Italia 2020).

È altresì importante evidenziare le peculiari caratteristiche della crisi. Infatti, si tratta di una crisi contemporanea di offerta e di domanda, con forti impatti di finanza pubblica e con una componente decisiva di carattere psicologico-comportamentale.

È una crisi di offerta perché impatta sulle modalità di produzione di beni e servizi, sull'organizzazione delle catene del valore di beni e servizi, sull'approvvigionamento (come/da dove si ottengono materie prime, semilavorati, componenti), sulla produzione (molto, ma in misura molto diversa per settori), sulla distribuzione.

È una crisi di domanda perché comporta una caduta dei redditi, caduta dell'occupazione e quindi caduta dei consumi. La crisi di domanda interagisce con quella di offerta, la prima può aggravare la seconda (riduzione della produzione) e la crisi di offerta può aggravare quella di domanda (riduzione dell'occupazione).

Tale scenario è altresì caratterizzato da una crisi di finanza pubblica. In tutto il mondo ci sono colossali interventi da parte delle autorità pubbliche per contrastare la crisi sanitaria e per mitigare quella economica, interventi di dimensioni mai visti in precedenza e di durata ignota. In particolare, le banche centrali sono intervenute a sostegno degli interventi fiscali, i quali, da un lato, possono mitigare, anche in misura sensibile, gli impatti economici immediati e favorire una possibile ripresa, dall'altro, tuttavia, produrranno certamente un forte aumento dell'indebitamento pubblico, con conseguenze al momento imprevedibili sia sulla sua sostenibilità (dimensione e carico di interessi) sia su possibili misure di austerità future.

La crisi ha poi una fondamentale e nuova componente psicologico-comportamentale. A differenza del passato, tutti i cittadini ne sono stati immediatamente e fortemente interessati attraverso le misure di sospensione di posti di lavoro e servizi, l'enorme impatto mediatico e soprattutto la chiusura fisica e le limitazioni delle libertà di movimento. Si tratta di un "esperimento" di psicologia comportamentale, un «trauma» mai visto. Che cosa penseranno, come si comporteranno, e che cosa de-

sidereranno (chiederanno alla politica e alle politiche) i cittadini è totalmente imprevedibile, ma orienterà profondamente le scelte pubbliche. Resterà comunque la paura di un ripetersi degli eventi.

La crisi sarà molto selettiva fra imprese e settori, fra persone, fra territori, con modalità in parte già prevedibili, in parte incerte.

3. I settori

L'attuale crisi, a differenza di quelle precedenti, non origina dai settori manifatturieri/esportatori (1973: per shock di offerta; 2009: per shock finanziario) e poi si diffonde nell'economia. La crisi economica conseguente alla pandemia parte contemporaneamente nell'industria e nel terziario e, pertanto, quest'ultimo non potrà assolvere un ruolo di ammortizzatore/*spugna* occupazionale. Il comparto dei servizi si configura, quindi, non come parte della soluzione ma parte del problema, anche per la sua colossale dimensione occupazionale. Vi è di più, stime dell'OCSE (2020 a) mostrano che la parte più importante dell'impatto diretto delle chiusure sul PIL viene dal terziario e dalle professioni.

Per poter comprendere le conseguenze dell'impatto della crisi sui settori in Italia è necessario utilizzare anche strumenti e misure non tradizionali: le disposizioni di chiusura/sospensione e la loro durata, la necessità di rivedere l'organizzazione produttiva a seguito del distanziamento sociale (all'interno / nelle relazioni con l'esterno), ad esempio in base ai due parametri (prossimità fisica e rischi di esposizione) definiti dall'INAPP (2020) o i criteri INAIL (2020), e alla possibilità di utilizzo del telelavoro. Inoltre, è importante considerare l'impatto di breve e medio termine sui consumi, interni e internazionali, e la circostanza che disposizioni di chiusura hanno riguardato estesamente settori industriali e terziari. Rispetto a tale ultimo dato è importante altresì evidenziare che nei settori dell'industria manifatturiera e nelle costruzioni il periodo di chiusura (22/3 – 4/5) è stato più breve rispetto a diversi settori dei servizi, in alcuni casi nel terziario un ritorno al funzionamento a pieno regime è ancora incerto.

Le riduzioni del valore aggiunto, durante le chiusure, sono state estremamente diversificate. A fronte di diffuse cadute, si riscontrano ad esempio andamenti positivi per le industrie alimentari e farmaceutiche, per le attività di informatica, comunicazione, informazione; e appena negative per agricoltura, banche/finanza.

Inoltre, il funzionamento delle attività economiche sarà profondamente influenzato dalle necessità di distanziamento sociale a fini sanitari. Tanto più queste necessità dureranno nel tempo, tanto più influenzeranno l'organizzazione e lo svolgimento delle attività produttive. Difficile dire quanto queste circostanze potranno essere dei cambiamenti congiunturali o se diverranno in parte strutturali. Ciò dipenderà principalmente dall'accettazione sociale dei nuovi comportamenti, dagli investimenti irrecuperabili che si faranno, dalla forte spinta all'innovazione tecnologica-organizzativa che essi produrranno.

Queste necessità saranno molto diverse nei settori. L'INAPP (2020) ha fornito molti elementi utili per l'analisi. In primo luogo, dipendono dal distanziamento sociale/vicinanza fisica fra i lavoratori. Nell'insieme, la vicinanza fisica è bassa in agricoltura, intermedia nell'industria, molto differenziata nei servizi. Alla vicinanza fisica fra i lavoratori va aggiunto il rischio di esposizione a malattie nelle interazioni. L'INAPP (2020) ha calcolato indici di vicinanza fisica e di esposizione al rischio per i settori dell'economia e il peso, all'interno di ognuno di essi, del terziario di lavoratori più esposti. Anche l'INAIL (2020) ha prodotto indici simili.

I problemi connessi alla vicinanza fisica possono essere parzialmente risolti con il lavoro a distanza. Tuttavia, al riguardo è importante evidenziare che la possibilità del suo utilizzo è molto diversa fra i settori e che in Italia (per composizione delle attività economiche e capacità di innovazione organizzativa) è inferiore che negli altri paesi europei.

Ora proviamo a combinare le informazioni su chiusure / riorganizzazioni (distanziamento e lavoro a distanza) con elementi di analisi economica (per quanto possibile) e guardiamo ai settori.

4. *L'industria*

Nell'industria manifatturiera è possibile forse immaginare un impatto contenuto delle chiusure e delle riorganizzazioni interne; al contrario si possono riscontrare possibili rilevanti cambiamenti nell'organizzazione delle catene globali del valore e un forte impatto della caduta della domanda interna e internazionale. Le chiusure delle attività sono durate circa 45 giorni, ma non è chiaro quanta parte delle imprese sia rimasta attiva nonostante le chiusure sulla base di disposizioni prefettizie. Si è verificato, in ogni caso, un sensibile calo di produzione. Quanto

questo sia parzialmente recuperabile con un incremento di attività nei prossimi mesi è largamente incerto, ma non impossibile.

Rispetto alle modalità organizzative, in alcune attività produttive le disposizioni sul distanziamento sociale possono avere degli impatti. Nell'insieme l'indice di prossimità fisica fra i lavoratori nell'industria è vicino alle media dell'economia, ma la percentuale di lavoratori a maggiore intensità è piuttosto contenuto. L'indice di esposizione al rischio di contagio è relativamente limitato.

Nell'insieme, queste criticità potrebbero forse essere assorbite in misura relativamente ampia, data la maggiore disponibilità di spazi fisici nei luoghi dell'industria rispetto ai servizi; potrebbero comportare riduzioni di efficienza/produzione, ma anche riorganizzazioni che potrebbero incrementarle. In alcune attività produttive (alimentare, abbigliamento, componentistica) queste criticità sembrano potenzialmente maggiori (INAPP 2020).

Per le imprese manifatturiere sono emersi e possono emergere problemi per le catene di fornitura; le imprese possono soffrire di blocchi produttivi a causa della loro interruzione, specie per l'approvvigionamento di parti e componenti da fornitori extra-europei. Il pericolo è legato alla diffusione internazionale del virus e alla possibilità di ricadute in aree diverse del mondo. Su un piano più strutturale, le imprese possono percepire un aumento permanente di rischiosità nelle catene di fornitura più lunghe, a maggiore distanza. Nelle decisioni sull'organizzazione internazionale delle catene del valore i vantaggi nei costi di produzione garantiti dai paesi emergenti andranno comparati con una percezione del rischio del ripetersi di interruzioni ormai strutturalmente più alto che in passato. Nei prossimi mesi ed anni si vedrà se questo potrà portare ad una loro diversa organizzazione, anche attraverso forme di re-shoring (produzioni riavvicinate geograficamente o riportate in patria/nell'azienda) e di riorganizzazione produttiva spaziale a più ridotta distanza.

Certamente vi è e vi sarà un impatto dalla caduta della domanda internazionale, per quanto inferiore alla riduzione della domanda interna. Stando al DEF, un terzo della riduzione del PIL italiano nel 2020 sarebbe spiegato dalla caduta del commercio internazionale (per gli altri due terzi dal distanziamento sociale e dai cambiamenti nei consumi interni) (MEF 2020). Si stima una caduta del commercio mondiale, certamente molto ampia anche se ancora molto incerta nelle sue dimensioni (IMF 2020, OECD 2020 a). Fra i mercati esteri, si registrano prospet-

tive peggiori per gli esportatori nei paesi dell'Europa Centro-meridionale (Francia, Spagna) rispetto a quelli attivi nell'Europa Nord-Centro-Orientale (Germania, paesi dell'Europa centro-orientale, paesi scandinavi). Permane una grandissima incertezza sulle relazioni con le economie extra-europee ed in particolare con gli USA.

Parallelamente possono registrarsi effetti, di breve e medio termine, sulle importazioni. Nell'immediato esse possono soffrire degli stessi problemi di organizzazione produttiva e logistica di cui si è detto per l'export. In un'ottica più lunga, le autorità pubbliche europee ed italiane possono percepire molto più che in passato i rischi collegati alla non-autosufficienza nella produzione di alcuni beni, come reso evidente durante la pandemia dai dispositivi di protezione individuale. Potrebbero aprirsi spazi produttivi per attività manifatturiere già oggetto di importazione.

Sempre all'interno del manifatturiero, la recessione e l'incertezza comporteranno certamente un rinvio dei piani di accumulazione, in Italia e all'estero, delle imprese: con effetti anche sui fornitori di beni capitali. La recessione ovviamente impatta molto sulla domanda di beni di consumo. Tuttavia per i beni durevoli (mezzi di trasporto, elettrodomestici, arredamento e le relative catene di fornitura) non può essere escluso un rimbalzo, o quantomeno un recupero di domanda in caso di rapida conclusione, o quantomeno di una forte attenuazione, della crisi sanitaria. Rimbalzo o recupero più difficile da prevedere per i non durevoli.

Forti poi sono le differenze per gli specifici settori. Alcuni specifici settori, invece, possono essere relativamente favoriti dai cambiamenti della domanda indotti dalla crisi: si pensi all'industria farmaceutica, alle produzioni di apparecchiature sanitarie, dei beni per l'igiene. Altri, come la filiera agroalimentare, sono stati finora colpiti in misura assai modesta dalla crisi. Le conseguenze della pandemia sull'organizzazione della vita sociale potrebbero comportare un aumento della domanda in altri casi, come per i cicli e motocicli. Al contrario, settori come la cantieristica e la produzione di aerei civili e dei loro componenti potrebbero soffrire nel medio periodo di una possibile forte caduta di ordini; tuttavia, i loro cicli di ordini e produzione sono molto lunghi e l'impatto dipenderà dall'evoluzione sanitaria e della riorganizzazione dei trasporti.

Nell'industria delle costruzioni, colpita negli ultimi anni da un calo fortissimo di domanda e di occupazione, vi sono certamente necessità di

riorganizzazioni delle attività per garantire il distanziamento fra i lavoratori; tuttavia gli assai limitati contatti con il pubblico determinano un limitato rischio di esposizione alle malattie. Piuttosto, è possibile che possa esservi un impatto positivo di domanda collegato alle misure di difesa e di stimolo dell'economia basate sul rilancio di attività nell'edilizia privata e forse nei lavori pubblici a partire dal secondo semestre.

5. I Servizi

Impatti più forti, più incerti, estremamente selettivi si registreranno nel settore dei servizi. In tale settore le chiusure possono essere prolungate, anche molto, per alcune specifiche attività; le necessità di riorganizzazione sono forti, anche se molto differenziate; l'andamento dei consumi è certamente influenzato dalle nuove norme sul distanziamento sociale.

Anche nei servizi vi sono settori favoriti dalla crisi. Secondo stime Cerved (2020), il fatturato in Italia dell'e-commerce nel 2020 potrebbe crescere dal 26% al 55% (a seconda degli scenari) e quello della grande distribuzione alimentare dal 13% al 23%. Incrementi sono stati ipotizzati anche per il commercio all'ingrosso e al dettaglio di farmaci. Forte potrebbe essere anche l'impatto sui servizi televisivi (marzo 2020 è stato il migliore mese di sempre per Netflix). È assai probabile anche un forte e strutturale incremento di domanda per i servizi informatici, ed in particolare per quelli per le reti di telecomunicazione: alcune modalità di comunicazione adottate nella crisi potrebbero divenire in parte strutturali, come i collegamenti in teleconferenza.

Molti sono però i comparti fortemente colpiti. Tra di essi certamente la filiera cultura, intrattenimento, spettacolo, eventi, sport, e la filiera viaggi, trasporti ferroviari, marittimi e aerei, alberghi e servizi collegati (agenzie, congressi, fiere). In questi casi si sommano difficoltà congiunturali molto forti (le chiusure sono proseguite molto più a lungo e vi sono state profonde riorganizzazioni delle attività) e possibili, sensibili, cambiamenti strutturali, in grado di modificare radicalmente gli assetti di alcuni comparti. Molte attività culturali, sia di produzione che di fruizione/rappresentazione sono ferme a tempo indeterminato, mentre il settore congressi/fiere potrebbe conoscere una trasformazione strutturale, con un uso strutturalmente maggiore delle connessioni digitali (e ripercussione sulle strutture di offerta/ immobiliari).

Anche per i trasporti il quadro risulta assai diversificato. Il trasporto aereo sarà caratterizzato da massima incertezza, con possibili crisi/fallimenti/salvataggi delle compagnie aeree; quello marittimo di passeggeri (crociere) potrebbe essere investito da una possibile crisi strutturale. Quello ferroviario di passeggeri a medio-lunga distanza sarà contraddistinto da grandi difficoltà, ma con possibilità maggiori di progressiva ripresa, anche grazie ad incentivi pubblici; quello ferroviario di passeggeri a breve distanza e urbano richiederà invece forti necessità di potenziamento.

In generale è importante considerare che le imprese dei servizi sono tendenzialmente più piccole, meno capitalizzate, più soggette a problemi di liquidità e che la probabilità di mancata riapertura di imprese – al termine della fase di chiusura – è molto più alta che non nell'industria, in particolare nella piccola distribuzione commerciale, ed in particolare nelle aree urbane. A causa del distanziamento sociale, questa possibilità potrebbe essere ancora più ampia nei comparti dei bar e ristoranti, dei piccoli alberghi, degli altri alloggi. Ci si chiede quanti piccoli alberghi e ristoranti potranno raggiungere l'equilibrio economico con riduzioni molto forti delle possibilità di offerta a causa delle misure di distanziamento sociale

6. I Lavoratori

La crisi sarà molto selettiva fra le persone. I poveri sono e saranno più colpiti dei ricchi, acuendo le già esistenti disparità sociali e la povertà. La disoccupazione potrebbe crescere moltissimo.

In primo luogo, l'impatto della crisi è già stato assai diverso fra le persone e i nuclei familiari a seconda dalla certezza dei flussi di reddito (che per molti si sono interrotti a causa delle chiusure e delle sospensioni di attività) e della loro disponibilità di un patrimonio (in particolare in forma liquida) per ammortizzare variazioni di reddito, anche per primissime necessità. È dipesa e dipende dalla disponibilità di servizi e infrastrutture, ad esempio le connessioni digitali, e i servizi sanitari di prossimità, specie per la popolazione più anziana. Dipenderà moltissimo dal mantenimento dell'occupazione.

Si stima che 20 milioni di Italiani abbiano risparmi liquidi intorno ai 1.000 euro; i 10 milioni più poveri intorno ai 300 euro. L'interruzione dei flussi di reddito (per la chiusura/per la perdita del lavoro) ha quindi

già provocato, e potrà ancor più provocare nel futuro difficoltà sensibili per fasce sociali molto ampie.

La crisi avrà un impatto molto grande sull'occupazione. McKinsey (D. CHINN, J. KLIER, S. STERN, S. TESFU 2020) stima che la crisi possa mettere a rischio (in termini tanto di riduzioni di paga e di orario quanto di licenziamento) 59 milioni di occupati in Europa, il 26% del totale. Fra di essi sono presenti in misura più che proporzionale i lavoratori a bassa qualifica e a basso livello di istruzione; in misura più che proporzionale i giovani. L'impatto potrebbe essere particolarmente forte nei settori degli alberghi e ristoranti, cultura e divertimento, commercio al dettaglio.

Il DEF indica per il 2020 una riduzione del numero di occupati del 2,1%, il che equivale a circa mezzo milione di occupati in meno, che andrebbero a sommarsi ai circa 2,5 milioni di disoccupati espliciti, e ai circa 3 milioni di forze di lavoro potenziali (MEF 2020). Purtroppo questa caduta dell'occupazione avviene dopo un decennio complessivamente non positivo. L'Italia ha impiegato dieci anni per recuperare i tassi di occupazione del 2008 (al Sud non ancora raggiunti). Queste previsioni potrebbero rivelarsi ottimistiche: i primi dati disponibili per l'Italia (Anpal 2020, Istat 2020b) mostrano andamenti particolarmente negativi.

Lo stesso DEF indica per le unità di lavoro una riduzione molto più forte (-6,5%): questo significa che, oltre agli occupati in meno, vi sarebbero vasti fenomeni di riduzione dell'orario di lavoro: in parte essi sono dovuti alla straordinaria estensione della Cassa Integrazione Guadagni; in parte potrebbero essere strutturali, come quelli sperimentati negli ultimi anni, in cui le ore lavorate sono scese molto più degli occupati.

Unioncamere ha stimato cifre simili al DEF, specificando che la riduzione sarebbe, fra i dipendenti del settore privato, di 190mila indipendenti e di 232mila dipendenti; di 113.000 mila unità nell'industria e 309mila nei servizi. E fra questi ultimi, 220.000 negli alberghi e ristoranti, 24mila nei servizi culturali e di intrattenimento e 18.000 nei trasporti. L'occupazione aumenterebbe lievemente nei servizi sanitari e nell'ICT.

I lavoratori maggiormente a rischio sono quelli dei settori sottoposti a provvedimenti di sospensione. Secondo le stime INAPP (2020), le sospensioni hanno riguardato 7,2 milioni di addetti, di cui 4,9 milioni di occupati dipendenti. I 7,2 milioni addetti sono per 2,4 milioni nel manifatturiero, 0,8 nelle costruzioni, 1,6 nel commercio (metà nell'ingrosso,

metà nel dettaglio), 1,3 negli alloggi e ristorazione (di cui 1,2 nella ristorazione), 1,1 nelle altre attività dei servizi

Secondo le stesse stime, le sospensioni hanno interessato maggiormente i lavoratori con le qualifiche professionali più basse. Fra i 4,9 milioni di occupati dipendenti sospesi, la percentuale di quelli interessati ai provvedimenti di sospensione è diversa per qualifica professionale: sono stati sospesi il 47% degli operai/apprendisti (3,3 milioni), il 32% degli impiegati (1,5 milioni), il 25% dei quadri e dirigenti (135 mila). Le sospensioni hanno interessato di più i giovani. Fra i 4,9 milioni di occupati dipendenti sospesi, la percentuale di quelli interessati ai provvedimenti di sospensione è diversa per età: sono stati sospesi il 48% degli occupati fino a 29 anni (940mila), il 40% degli occupati 30-49 anni (2,8 milioni), il 36% degli occupati con più di 50 anni (1,1 milioni).

I dati dell'ISTAT (2020 a) indicano cifre lievemente superiori: 7,8 milioni di addetti, 5,5 milioni di dipendenti. Fra i 5,5 milioni di occupati dipendenti sospesi, 4,5 sono a tempo indeterminato e 1,1 a tempo determinato. Questi ultimi sono principalmente negli alberghi e ristoranti (307 mila), nell'industria manifatturiera (305mila), nel commercio (165mila) nelle costruzioni (92mila) e 82mila nei servizi professionali. Il rischio di perdere il lavoro per questi dipendenti a tempo determinato è altissimo: l'INAPP ricorda tra l'altro che nel 2009, quando il PIL è caduto del 5,3%, l'occupazione a tempo indeterminato è scesa solo dello 0,1% (molto di più poi l'anno successivo), quella a termine del 7,3%.

All'impatto sui dipendenti regolari potrebbe aggiungersi un impatto non quantificabile sui lavoratori irregolari; tanto nel culmine della crisi, a causa dei provvedimenti di limitazione della circolazione, quanto successivamente, con le nuove regole sul distanziamento sociale. Il lavoro irregolare in Italia si concentra in agricoltura, costruzioni, negozi, attività ausiliarie di quelle professionali, altre attività di servizio, specie per le persone; è maggiormente presente al Sud.

L'occupazione potrà poi essere influenzata dalla mortalità delle imprese, (Ufficio Studi Confcommercio 2020) soprattutto piccole e nei servizi, che in Italia rappresentano una frazione, come noto, ampia dell'economia: le imprese sotto i 10 addetti producono il 25% del valore aggiunto. Nei settori privati non agricoli le sospensioni hanno riguardato circa 2,2 milioni di imprese (il 47% del totale) (ISTAT 2020 a, INAPP 2020) e la percentuale di imprese sospese è molto maggiore fra le piccole (67% di quelle senza addetti) che fra le grandi (34% sopra i 250 addetti).

7. I territori

Nell'insieme, le stime al momento disponibili mostrano che l'impatto economico della crisi sui diversi territori del paese non è collegato all'intensità della crisi sanitaria; esso è collegato alle chiusure e alle riorganizzazioni delle attività, e tende quindi ad essere piuttosto omogeneo fra le grandi circoscrizioni del paese, ed in parte fra le regioni.

La Svimez (2020) ha fornito una primissima stima sugli andamenti territoriali del 2020 con un calo del PIL dell'8,5% nel Centro-Nord lievemente maggiore del 7,9% nel Mezzogiorno, ma con una possibile ripresa 2021 un po' più forte al Centro-Nord.

Gli andamenti territoriali dipenderanno dalla composizione settoriale delle economie, dalle necessità e dall'adattamento delle organizzazioni aziendali al distanziamento sociale, dalle caratteristiche dell'occupazione, da specifiche specializzazioni settoriali (turismo) (Cersosimo e Viesti 2020). Il quadro risulta quindi particolarmente articolato.

In generale, rispetto alla composizione settoriale, l'andamento delle regioni del Nord (e di Toscana e Marche) è e sarà più legato alle sorti della manifattura, andamento di quelle del Sud (e di Lazio, Liguria, Trentino A.A.) al terziario.

I singoli indicatori forniscono un quadro articolato. La quota di lavoratori sospesi è stata lievemente maggiore al Centro-Nord (ma non in Trentino A.A., Liguria, Lazio), ma questo dipende dalle chiusure nell'industria, che sono state complessivamente più brevi. Rispetto alle caratteristiche dell'occupazione la quota degli occupati deboli (autonomi o a termine nei settori sospesi) è più alta in Valle d'Aosta, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna, seguite da Liguria, Umbria e Campania. La quota dei lavoratori più esposti alla prossimità fisica è invece più alta in Valle d'Aosta, Liguria, Toscana costiera, Lazio e in tutto il Mezzogiorno. Molto interessante è la geografia relativa alla quota di lavoratori (sempre stimata dall'INAPP 2020) che possono lavorare a distanza (e quindi, da questo punto di vista, sono più protetti degli altri). Vi è una chiara differenza fra il Centro-Nord (dove è più alta) e il Mezzogiorno. Tuttavia emergono non poche aree del centro-Nord con percentuali piuttosto contenute; parallelamente, la quota di lavoratori che possono lavorare a distanza è vicina alle medie nazionali in alcune delle province delle maggiori città del Sud, come Pescara, Bari, Palermo e Cagliari e, in misura minore, Napoli, Lecce e Cosenza.

Certamente sarà molto rilevante, nell'accrescere i problemi, il peso del turismo sulle economie regionali. La quota dei lavoratori del turismo sul totale è particolarmente alta per Trentino A.A., Val d'Aosta, Liguria, Toscana, Lazio, Sicilia, Sardegna. Ma le attività turistiche sono fortemente concentrate geograficamente, e possono esservi impatti molto selettivi su territori specifici all'interno di queste e delle altre regioni. È il caso della riviera romagnola, ma anche di alcune province del Mezzogiorno: Foggia (Gargano), Lecce (Salento), Salerno (Costiera), Matera (costa jonica), Vibo (Tropea), Messina (Taormina). Molto forte può essere poi l'impatto della riduzione del turismo su specifiche economie urbane, a cominciare da Venezia, Firenze e Roma, ma anche Napoli.

Gli impatti nel settore turistico potrebbero però essere anche diversi, a seconda delle loro specificità. A seconda del peso della componente internazionale potrebbero esservi maggiori problemi per le località con una maggiore quota di turisti internazionali (come Venezia), rispetto a quelle con un turismo prevalentemente nazionale (l'Abruzzo). A seconda delle modalità di arrivo, potrebbero esserci maggiori problemi per le aree con una quota maggiore di arrivi in aereo (come Sicilia e soprattutto Sardegna), rispetto a quelle raggiungibili anche da parte di turisti stranieri in auto (Lago di Garda) o comunque al centro di un vasto e prossimo bacino di domanda, come la Riviera Ligure. Ancora, potrebbero esservi differenze a seconda delle tipologie di turismo, con maggiori problemi per turismo marino-costiero che sconta una maggiore concentrazione fisica, rispetto al turismo montano o dei piccoli centri dell'interno. Assai incerte sono le prospettive delle città d'arte, sia per le possibilità di arrivo (con un rilevante peso dell'aereo), sia per le riorganizzazioni interne, ad esempio sui trasporti urbani o sulla fruizione dei Musei.

Pare ragionevole la prima stima dell'Ocse (2020) che le aree con maggiori rischi occupazionali siano Bolzano, Toscana, Lazio, Umbria e Sardegna.

Le città sono state particolarmente colpite dalla crisi sanitaria. In particolare, ciò potrebbe essere dovuto alle crescenti (ma ancora non conclusive) evidenze sull'impatto dell'inquinamento urbano nell'accrescere la gravità dei contagi. Difficile dire se la crisi avrà un impatto più forte, nel breve e nel medio periodo, sulle città. Si possono evidenziare quattro aree di particolare interesse, i cui effetti non risultano ovvi: in primo luogo, nelle aree urbane è strutturalmente maggiore la quota di occupati più forti (per settore e qualifica) e che possono lavorare a di-

stanza. In secondo luogo, l'effetto selettivo fra settori e di possibile aumento delle disuguaglianze potrebbe determinare l'aumento, anche sensibile, delle disparità interne alle città / per quartieri. In terzo luogo, è bene chiedersi: il nuovo funzionamento di molti settori economici potrebbe ridurre strutturalmente il grande (crescente nel XXI secolo) vantaggio delle città, e cioè la densità e la possibilità di ripetute interazioni, anche casuali, per i suoi abitanti (il "buzz")? Infine, la mobilità all'interno delle aree urbane potrebbe essere radicalmente e molto rapidamente ridisegnata, con grandissimi problemi, ma anche con grandi possibilità di innovazione tecnica e sociale. L'impatto sulla produttività è largamente ignoto ma certamente dipenderà dalla qualità delle scelte che si faranno nei prossimi mesi.

Bibliografia

AGENZIA NAZIONALE POLITICHE ATTIVE DEL LAVORO, *Prime evidenze degli effetti della crisi sanitaria sulla dinamica dei rapporti di lavoro in somministrazione*, Collana Focus Anpal n. 76, nota 2/2020, *Approfondimenti Covid-19*, giugno 2020, in <https://www.anpal.gov.it/documents/552016/762878/Focus-covid-2-2020.pdf/5197563e-4349-acad-6a02-2c00323f155e?t=1591713296498>

BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale sul 2019*, maggio 2020, in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/2019/index.html>

D. CERSOSIMO, G. VIESTI, *L'impatto economico territoriale del Covid-19 e i possibili interventi con le politiche di coesione*, in *Economia e Politica*, rivista online di critica della politica economica, Aprile 2020

CERVED, *Gli impatti del COVID-19 sui ricavi delle imprese italiane*, marzo 2020, in <https://know.cerved.com/imprese-mercati/gli-impatti-del-covid-19-sui-ricavi-delle-imprese-italiane/>

D. CHINN, J. KLIER, S. STERN, S. TESFU, *Safeguarding Europe's livelihoods: Mitigating the employment impact of COVID*, 19 aprile 2020, in <https://www.mckinsey.com/industries/public-sector/our-insights/safeguarding-europes-livelihoods-mitigating-the-employment-impact-of-covid-19#>

G. GOPINATH, *The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression*, 14 aprile 2020, in <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. Fourth edition Updated estimates and analysis*, 27 maggio

2020, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745963.pdf;

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown*, aprile 2020, in <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>

ISTITUTO NAZIONALE PER L'ANALISI DELLE POLITICHE PUBBLICHE (INAPP), *INAPP Policy Brief, n. 16- aprile 2020, Lavoratori a rischio di contagio da Covid-19 e misure di contenimento dell'epidemia*, aprile 2020, in https://oa.inapp.org/bitstream/handle/123456789/657/INAPP_Lavoratori_a%20rischio_contagio_Covid-19_e_misure_contenimento_PB_16_2020_Errata_Corrige.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ISTITUTO NAZIONALE PER L'ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI SUL LAVORO (INAIL), *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, aprile 2020, in <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/pubblicazioni/catalogo-generale/pubbl-rimodulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.html>

ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (ISTAT), *Esame del disegno di legge A.S. 1766 Conversione in legge del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, 25 marzo 2020 (a)*, in <https://www.istat.it/it/archivio/240199>;

ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (ISTAT), *Comunicato stampa: il mercato del lavoro*, giugno 2020 (b), in <https://www.istat.it/it/archivio/244322>

MINISTERO ECONOMIA E FINANZE *Documento di Economia e Finanza (Def) 2020*, in http://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/analisi_programmazione/documenti_programmatici/def_2020/DEF_2020_SeZ-I-Programma_di_Stabilitx.pdf

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19) Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, aprile 2020 (a) aggiornato giugno 2020), in <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/evaluating-the-initial-impact-of-covid-19-containment-measures-on-economic-activity-b1f6b68b/>

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), The territorial impact of COVID-19: Managing the crisis across levels of government*, aprile 2020 (b), in

<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/the-territorial-impact-of-covid-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government-d3e314e1/>

SVIMEZ, Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno, *L'impatto economico e sociale del Covid-19: Mezzogiorno e Centro-Nord*, 9 aprile 2020, in http://lnx.svimez.info/svimez/wp-content/uploads/2020/04/svimez_impatto_coronavirus_bis.pdf

UFFICIO STUDI CONFCOMMERCIO, *Stima del numero di imprese del commercio e dei servizi che potrebbero non riaprire*, 10 maggio 2020, in https://www.confcommercio.it/documents/20126/197183/confcom2020_imprese_a_rischio_chiusura_DEF.pdf/3ba88538-4b0a-4e28-15d3-0455c175abd9?version=1.0&t=1589187082939;

G. VIESTI, Policy Research meeting di c.MET05 – Centro universitario nazionale di economia applicata, aprile 2020, in <http://www.cmet05.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/04/20200430-VIESTI-CMET05-Website.pdf>

IL SUD IN BILICO.
LA FINE DEL BLOCCO
E LE (NON INCORAGGIANTI) PROSPETTIVE

ADRIANO GIANNOLA*

SOMMARIO: 1. Idiosincrasie degli shock simmetrici – 2. Declino e doppio divario – 3. La demografia: controllare l'emergenza – 4. L'insostenibile leggerezza della sostenibilità – 5. Sullo sviluppo.

1. *Idiosincrasie degli shock simmetrici*

La fine del blocco delle attività impone di fare i conti con i danni che questo *tsunami*, improvviso e silenzioso, ha prodotto e continuerà a produrre. Si parla di uno shock simmetrico che ha colpito tutti: noi, le economie della UE ed il resto del globo.

La simmetria fa pensare a una neutrale distribuzione dei danni perché, si dice, coinvolge tutti in misura certo non uguale ma simile. In realtà così intesa la simmetria è una superficiale semplificazione, utile certo per sostenere che è interesse di tutti i Paesi attivare misure di contrasto da mettere in campo e – cosa ancor più rilevante – far lievitare un tasso di “solidarietà condizionata” da elargire ai più deboli (cosa per nulla scontata, plausibile solo per evitare collassi traumatici che coinvolgerebbero anche i più fortunati: è questo, forse, il caso nostro).

In realtà il blocco ha avuto già ora, e ne avrà ancor di più nel lungo periodo, effetti commisurati allo stato di salute, cioè al grado di reale corrispondenza simmetrica, con la quale ogni economia ha affrontato la sospensione forzata delle attività. Perciò in ogni paese l'impatto economico e sociale è inscindibilmente commisurato all'intensità di eventuali specifiche patologie e, quindi, ai possibili effetti idiosincratici. Nel nostro caso il tasso di asimmetria è estremamente elevato: si chiama dualismo, la storica patologia che invece di scemare si è fatta più intensa, nel corso degli ultimi decenni.

Ora che va affrontato con determinazione il problema del che fare, il dualismo emerge con lacerante virulenza. Era appena tornato alla ribalta grazie alla penetrante “operazione verità” stimolata nel corso del

* Presidente SVIMEZ – Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno.

2018-2019 dalle pretese sulle risorse (i cosiddetti “residui fiscali”) che alimentavano le pulsioni a farsi Stato del lombardo-veneto e, a ruota, dell’Emilia Romagna. L’allora governo giallo-verde nel maggio del 2018 lanciò la “guerra lampo” del regionalismo a geometria variabile appellandosi al comma 3 dell’articolo 116 del Titolo V. Intendeva così onorare l’unico impegno definito “... *assolutamente prioritario*...” nel contratto di governo sottoscritto a maggio.

Quella avventura si trasformò presto in una guerra di logoramento con un inatteso effetto *boomerang* che ha portato alla surreale crisi di governo dell’agosto 2019. Sbarrata la strada ai proclami padani “... *avremo finalmente indietro i nostri miliardi*...” (Zaia) l’operazione ha tentato, in successive bozze di intesa, di chiudere la partita conseguendo l’obiettivo minimale di acquisire, in esclusiva e per via isituzionale, la rendita garantita dal meccanismo “provvisorio” di accesso alle risorse (il famoso criterio della spesa storica), in violazione della Costituzione e della legge di attuazione, la 42/2009. Si puntava in sostanza ad garantirsi una consuetudine lesiva di fondamentali diritti di cittadinanza. Fa ormai testo in proposito la dettagliata certificazione dell’analitica contabilità dei conti pubblici territoriali (CPT), molto più esaustiva delle parziali evidenze della Ragioneria Generale dello Stato prese strumentalmente a riferimento per le narrazioni di comodo dei protagonisti.

A suggello di questa imbarazzante vicenda il 23.10.2019 in sede di audizione presso la Commissione VI Finanze del Parlamento Francesco Boccia, Ministro per gli affari regionali dell’attuale governo, riassume sinteticamente i fatti: «... Passo all’ultima domanda della Presidente Ruocco, che fa riferimento ai 60 miliardi (sa che sono 61, ha arrotondato per difetto). Da dove nascono quelle risorse? È evidente che nei vent’anni che abbiamo alle spalle c’è un buco, connesso al fatto che le risorse che dovevano essere garantite in maniera equa su infrastrutture e sviluppo al Paese, non sono state garantite in maniera equa. La Presidente Ruocco faceva riferimento al Mezzogiorno, ed è opportuno riprendere questo tema, così si fa chiarezza. È fin troppo evidente che se dal 2001 (compreso) al 2019 (compreso, quindi compresa la legge di bilancio 2018 che ha effetto sul periodo 2019-2021), la quota di risorse medie trasferite alle Regioni del Mezzogiorno non è mai andata oltre il 24,5-25 per cento, con picchi massimi del 28-28,5 per cento e minimi del 19,5-20 per cento, dovendo garantire il 34 per cento (sto parlando di risorse ordinarie, non comunitarie); basta questo per mettere in evidenza cosa è successo in questi vent’anni.

Se facciamo lo stesso calcolo sulle aree del nord in ritardo di sviluppo, scopriamo la stessa cosa: al Mezzogiorno non è stato garantito il 34 per cento di media – che, secondo me, molto opportunamente lo scorso Governo ha scolpito con una legge dentro la norma – ma la verità è che anche quando era al 30 per cento (ho detto vent'anni, quindi hanno responsabilità tutti) non è mai stato garantito il trasferimento delle risorse, soprattutto sulle infrastrutture, alle aree meno sviluppate del Paese. Se ci fosse una sorta di accordo che prevede un conto da pagare sulle risorse non stanziare negli ultimi vent'anni, quel conto sarebbe di 61 miliardi, che non ci sono; però sono andati, nel senso che non ci sono e basta guardare le aree e si capisce che quei 61 miliardi non ci sono¹. Quello che non possiamo fare è che il conto diventi di 121 miliardi nei prossimi vent'anni. Intanto, la legge quadro serve a far sì che quello che è successo non accada più...».

Questa vicenda non è evidentemente estranea alla nostra patologica asimmetria sopra ricordata. Ed è evidente che l'effetto del blocco e la prospettiva della ripresa saranno tutt'altro che neutrali nei territori a seconda di come in questa situazione di montante emergenza si gestirà il macroscopico problema posto da una perequazione delle risorse pubbliche da avviare immediatamente non per assolvere ad una impossibile riparazione per il passato ma per superare fin da oggi una consuetudine inaccettabile.

In questa urgenza di rettificare drasticamente la prassi della spesa storica, l'irruzione della pandemia introduce una lacerante ed esplosiva contraddizione che rischia di travolgere il Sistema. La prospettiva delle risorse promesse dal progettato *Recovery Fund* della UE se per un verso allenta i vincoli per altro pone ancor più forte il tema della perequazione in considerazione del rispetto di condizionalità esplicitamente annunciate che prevedono finanziabili investimenti *green, smart* e destinati a sanare le disuguaglianze: criteri che in linea di principio dovrebbero prospettare massicci interventi al Sud, in coerenza – peraltro – alle simulazioni effettuate da tempo dalla SVIMEZ che hanno confermato la massima efficacia di impatto sull'economia della spesa pubblica in conto capitale nel Mezzogiorno.

¹ Nella sua testimonianza il Ministro sembra dire che la mancata perequazione ammonta a circa 61 mld € per l'intero periodo; in realtà i 61 mld ai quali fa riferimento sono relativi al 2018, una cifra che rappresenta una buona *proxy* della carente perequazione annualmente registrata dai conti pubblici territoriali.

La prospettiva si fa perciò problematica se autorevoli esponenti dell'intelligenza padana, in aggiunta al congruo risarcimento dei costi subiti per il blocco delle attività e le sofferenze stoicamente sopportate prenotano un accesso privilegiato alla "solidarietà condizionata" delle risorse dell'Unione.

In una fase così critica è urgente avere idee chiare sulla priorità di finanziamenti per finalità così chiaramente prospettate e, memori dell'operazione verità, attribuire urgenza prioritaria all'obiettivo di sanare la nostra asimmetria fondamentale: i molteplici aspetti del dualismo.

Che ci sia la volontà di attenersi alle direttive europee è tutt'altro che scontato. È improbabile infatti che si aderisca docilmente oggi a comportamenti volutamente disattesi fino a ieri rinunciando ad una prassi ventennale con la quale si dà tempo al tempo affinché si compia, per eutanasia, la soluzione finale della ingombrante Questione nazionale.

Di quella prassi consolidata risulta apparentemente incomprensibile la acquiescenza meridionale che si è sostanzialmente limitata a eccepire larvate polemiche, illuminate in lontananza da inconcludenti fulmini e saette neo-borboniche. La cronaca di questa prassi consolidata, per essere compresa, richiede una ricostruzione attenta riesumando analisi e argomenti che oggi alimentano imbarazzati pianti sul latte versato di una "narrazione" involontariamente nordista di un Sud immaginario ed immaginato: si pensi ai fertili e vivaci esercizi CENSIS, alla effimera popolarità del meridionalismo termo-elettrico, alla metodica architettura palinogenetica della Nuova Programmazione, ecc., che hanno concorso a rivestire di nobili panni l'ambiziosa intenzione di abolire il Mezzogiorno perché – si diceva – non serve ... *più nessuna politica speciale per il Sud, né tanto meno istituzioni speciali*. Nobili propositi, fragili analisi: autostrade per la strategia estrattiva del Nord che, fedele al metodo dantesco della donna-schermo, al riparo del manto offerto dal sacrosanto lamento sul ruolo delle classi dirigenti meridionali, ha utilizzato ascari al servizio del quartier generale dettando regole e direzione di marcia. Un vizio ben interiorizzato se ancora oggi con freddo realismo reputati scienziati al capezzale del grande malato d'Europa concludono che per il dopo pandemia non si tratta di "abolire" bensì di abbandonare il Mezzogiorno preda dell'ideologia pauperista di arruffapopolo.

Tutto questo non avviene per caso bensì per consolidata metodica rimozione del problema che esime dall'analisi e insiste in una prassi di non sentire e vedere che ormai preoccupa anche l'Europa chiamata in soccorso. Subiamo così inerti gli esiti della crisi che ci vede, grande ma-

lato d'Europa, unico caso a non avere ancora superato la crisi finanziaria e produttiva del 2008 e che, anche nelle aree più forti, non tiene già da anni il passo non travolgente dell'Unione nonostante che il sostegno offerto dalle asimmetrie dell'austerità espansiva abbia consolidato la prassi "estrattiva" (spesa storica) in barba alla Costituzione e alla l. n. 42/2009. Ironia della sorte le sistematiche "trasfusioni", lungi dal lenire il declino, si rivelano alla lunga penalizzanti per le regioni motrici che vedono evaporare con la flessione del 14% un fondamentale mercato interno².

Politiche monotonamente e testardamente fedeli al principio di scambiare cause che non vogliono vedere per effetti che desiderano giustificare rappresentano un monumentale rappresentazione del mal meridionale *causa* e non *effetto* del declino pervicacemente negato che giustifica chiudere mezzo Paese nella zona rossa dei Fondi Strutturali a salvaguardia del paradigma distrettuale e di quello, forse ancor più fragile, delle "catene del valore". Intanto la persistente stagnazione sta meridionalizzando il Paese, sia pure "a geometria variabile".

Non prendere atto della perdita di contatto con l'economia globale e insistere in questa strabismo renderebbe davvero impervio programmare un chiaro percorso per il dopo pandemia.

È dunque tempo di fare i conti senza cedere alla retorica che tutto "sarà meglio di prima" o con l'idea di voler "riprendere a crescere" secondo la modalità invalsa da venti anni.

Poche tabelle per illustrare come siamo arrivati allo shock. Dati per fare il punto nave, e verificare la compatibilità tra la rotta e l'obiettivo.

Per avere una idea del probabile approdo al quale volge la rotta al momento del blocco si può limitare l'analisi a tre aspetti fortemente interconnessi: 1. il doppio divario che accompagna il declino qualificandone intensità e pervasione. 2. La deriva demografica Sud (eutanasia) e le conseguenze per il Paese. 3. L'insostenibilità di queste dinamiche strutturali per il Paese.

² Le asimmetrie "estrattive" non sono ovviamente un inedito nella vicenda unitaria. Nel 1992-94 l'uscita dallo Sme e la violenta svalutazione del cambio forniscono ossigeno all'industria esportatrice. Fu l'occasione per "abolire" l'intervento straordinario e dare corso alla – illegale – prima *spending review* territorialmente selettiva che mise in ginocchio migliaia di imprese e, come da programma, azzerò il sistema creditizio meridionale. Si vedano, in argomento, G. AMMASSARI, *Legge e gestione amministrativa. Cronaca della fine della fine dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno*, Franco Angeli editore, Milano 2009, nonché ID., *Lettera al Direttore del Sole 24 Ore*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 agosto 2016.

2. Declino e doppio divario

T.1 La lunga storia dell'economia reale PIL variazioni %, medie annue

1971-1980 3,8
 1981-1990 2,5
 1991-2000 1,6
 2001-2010 0,4
 2011-2018 0,1

Fonte, SVIMEZ

T.2 Dinamica del PIL pro-capite. OCSE=100

Anni	Italia	Mezzo giorno	Cile	Francia	Germania	Polonia	Stati Uniti
2001	108	73	38	106	111	43	143
2007	99	67	50	100	109	49	141
2013	92	61	57	101	116	63	136
2016	92	60	54	99	118	65	136

T.3 Tassi medi e cumulati del PIL 2008-2018

Paesi	2008- 2014	2015	2016	2017	2018	2015- 2018	2008- 2018
Mezzogiorno	-13,2	1,5	0,2	1,0	0,6	3,3	-10,4
Centro-Nord	-7,1	0,8	1,4	1,9	0,9	5,1	-2,4
Italia	-8,5	0,9	1,1	1,7	0,9	4,7	-4,3
Unione Europea (Composizione corrente)	1,5	2,3	2,0	2,5	2,0	9,1	10,8
Germania	6,2	1,7	2,2	2,2	1,4	7,8	14,5
Spagna	-6,6	3,6	3,2	3,0	2,6	13,0	5,5
Francia	3,3	1,1	1,1	2,3	1,7	6,3	9,9
Grecia	-26,0	-0,4	-0,2	1,5	1,9	2,8	-23,9

T.4 Graduatoria delle regioni italiane tra quelle europee (280 NUTS 2) in base al PIL pro capite (in parità di potere d'acquisto) in % dell'UE a 28 (2013-2020) dal 2000 al 2017

Regioni	2000		2005	2007	2009	2017		2000-2017	
	% EU 28	rank	rank	rank	rank	% EU 28	rank	diff. % EU 28	diff. rank
PA. Bolzano	165	14	25	25	20	143	25	-22	-11
Lombardia	158	17	29	29	28	128	42	-29	-25
PA. Trento	156	19	34	36	35	122	50	-34	-31
Emilia-Romagna	148	25	42	41	46	119	54	-29	-29
Valle d'Aosta	152	24	30	33	30	119	55	-33	-31
Veneto	138	36	52	54	54	112	70	-26	-34
Lazio	145	27	32	35	34	111	74	-35	-47
Liguria	129	44	59	55	53	107	85	-22	-41
Friuli-Venezia Giulia	131	41	64	58	73	105	88	-26	-47
Toscana	127	48	70	75	65	103	97	-24	-49
Piemonte	131	40	58	60	80	102	98	-28	-68
Marche	115	79	104	102	103	91	129	-24	-50
Abruzzo	105	116	165	154	147	83	161	-21	-45
Umbria	118	66	113	110	120	83	167	-36	-101
Basilicata	88	172	206	202	205	71	210	-17	-38
Sardegna	85	184	199	199	191	70	215	-15	-31
Molise	91	162	186	177	174	67	221	-24	-59
Puglia	79	195	222	226	230	62	235	-16	-40
Campania	79	194	215	217	217	62	237	-18	-43
Sicilia	77	198	216	219	218	59	244	-18	-46
Calabria	72	212	230	231	232	58	245	-14	-33

T.5 Previsioni ante pandemia su PIL e occupazione

	2018	2019	2020
Mezzogiorno			
PIL	0,6	-0,3	0,4
Occupazione totale (unità di lavoro)	0,7	-0,2	0,3
Centro-Nord			
PIL	0,9	0,3	0,9
Occupazione totale (unità di lavoro)	0,9	0,1	0,4
Italia			
PIL	0,9	0,1	0,8
Occupazione totale (unità di lavoro)	0,9	0,0	0,3

Per capire cosa ci aspetta e analizzare a quali fini destinare le risorse per la “ripartenza” le tabelle da T.1 a T.5 forniscono significative in-

formazioni sulle dinamiche consolidate (T1) dalla fase gloriosa fino alla stagnazione odierna. La T.2 evidenzia l'intensità con la quale il sistema Italia retrocede nel contesto OCSE e la T.3 dettaglia la peculiare situazione che vede Nord e Sud divergere tra loro, ma entrambi in ritardo rispetto al 2007. La T.5 riporta le previsioni SVIMEZ su Pil e occupazione per il 2020 formulate appena prima della pandemia e poi riviste al blocco di marzo con un -8,2 ed un -7,8 del PIL rispettivamente del Nord e del Sud. Particolarmente eloquente è la T.4 a integrazione delle precedenti. L'articolazione territoriale della dinamica del PIL pro-capite regionale rispetto alla media delle 280 regioni NUTS2 dell'Unione nonché le variazioni delle posizioni nella graduatoria dà il senso e la portata del declino e del procedere della strisciante meridionalizzazione dell'Italia nel contesto europeo.

Vale la pena soffermarsi a considerare l'evidenza di queste preoccupanti tendenze. In particolare allarma il fatto che, nonostante le consistenti trasfusioni di risorse dal Sud evidenziate dall'operazione verità, procede un sistematico smottamento strutturale del Centro-Nord, che, già evidente prima della crisi finanziaria del 2007, prosegue ed accelera.

Dalla graduatoria stilata in base al reddito pro-capite regionale in percentuale di quello medio della UE, emerge che dal 2000 al 2007 la nostra punta di diamante – la Lombardia – scivola dal 17° al 29° posto *per retrocedere poi al 42° posto nel 2017*; l'Emilia Romagna passa dal 25° posto del 2000 al 41° nel 2007, al 54° nel 2017. Similmente il Veneto dal 36° al 54° nel 2007, e al 70° nel 2017. Il Piemonte sprofonda dal 40° al 60° e *al 98° posto nel 2017*.

La caduta libera delle “regioni forti” segna quel divario Nord - UE imbarazzante, del quale non è politicamente corretto parlare. È sul parallelo deterioramento della graduatoria delle regioni meridionali che si appunta in genere l'attenzione che evidenzia il divario Nord-Sud.

Né si coglie il senso dell'allarme che arriva dalle Marche e dall'Umbria il cui reddito pro-capite, nel 2017 è sceso al 91% e all'83% di quello UE con il conseguente aggancio del drappello delle consorelle meridionali nelle politiche di coesione. Né fa notizia che la meridionalizzazione incombe ormai sul Piemonte il cui reddito pro-capite è sceso a 102% nel 2017 dal 131% del 2000 e sulla Toscana con un 103% del 2017 rispetto al 127% del 2000. Né che un pari destino si profila per il Friuli Venezia Giulia scesa nel 2017 al 105%.

Evapora il mito di un Nord macroregione «locomotiva» tra le più dinamiche d'Europa. Un esito al quale ha contribuito il crollo della

domanda interna, effetto collaterale del collasso provocato dall'*over dose* di austerità estrattiva somministrata all'economia meridionale. Il Centro-Nord non compensa la contrazione del suo principale mercato di riferimento con il pur soddisfacente andamento delle esportazioni; in altri termini sconta gli effetti della efficacia delle pratiche estrattive.

Si direbbe, ma è tutt'altro che scontato, che per avviare la ripartenza si dovrebbe puntare a lasciarsi alle spalle l'endemica deludente performance dell'economia sperimentata ormai dal 2000 fino al blocco di marzo. L'operazione verità ha consentito di valutare proprio alla luce di quelle performance le richieste di autonomia rafforzata Lombardo-Veneto-Emiliana che alla fine del blocco tornano inopinatamente alla ribalta, con baldanza più veneta che lombarda. Così pure in oggettiva convergenza torna a soffiare lo slogan del *vento del Nord per far correre Milano* anche a costo di *far rallentare Napoli*: un raggelante esempio di scarso acume strategico della classe dirigente settentrionale "che conta".

Benvenuta sarebbe invece la riflessione a tutto campo, sui tanti, tutti interconnessi, aspetti del Mezzogiorno che lo vedono da troppo tempo subire più che partecipare al magmatico smottamento del Paese verso la disarticolazione. Il rischio oggi più di ieri è di guardare al Sud in isolamento, oggetto a parte, problema da esorcizzare affinché non condizioni "l'altra Italia".

Tornare oggi a evocare di far correre Milano esplicita una prospettiva chiaramente evocata dalla perentoria conclusione secondo la quale «... non vi sono scorciatoie: l'Italia deve riuscire a trarre più vantaggio dal progresso tecnico e dalla globalizzazione. Questo vuol dire investire nei settori e nelle aree geografiche che sono all'avanguardia e che sono già più integrate nell'economia mondiale. Tutto ciò non è indolore. Le politiche più efficaci per avvicinare l'Italia all'Europa sono anche quelle che aumentano la distanza tra Milano e Napoli, tra aree avanzate e arretrate del paese»³. Si dovrebbe sommestamente osservare che queste asserzioni pre-pandemiche spacciano false verità. Se un fallimento del Paese c'è, è quello delle presunte "aree avanzate" che relativamente molto più di quelle "arretrate" (impossibilitate a farlo *perchè già ultime in graduatoria*) hanno perso posizioni e contatto con l'Europa nonostante da più di venti anni siano pesantemente protette da asimmetrie macro e gratificate da sistematiche trasfusioni. E non si salva neppure Milano, esclusa dal novero delle aree di punta della UE, superata oggi da Bratislava! Ciononostante

³ G. TABELLINI, *I conservatori-sovrani*, in *Il Foglio*, 4 maggio, 2019.

un economista, fino a ieri ministro, degli ultimi governi sottoscrive questa visione dando uno sconcertante viatico all'“eutanasia assistita”.

La realtà è che il Lombardo-Veneto non sa e non ha saputo evitare di essere disintermediato dall'evolvere del mondo globale. L'urgenza di trovare un secondo motore dovrebbe emergere proprio a Milano: se solo provasse ad alzare la testa a una più realistica prospettiva, è probabile che l'opzione mediterranea, finora molto indigesta, risulterebbe più convincente.

L'impatto del blocco imposto a marzo alle attività ha prodotto ovviamente un vistoso arretramento che allontana dal mai raggiunto traguardo del 2007: tra i partner della Unione nessuno, eccetto la Grecia, nonostante il segno meno per il 2020, torna vicino ai livelli del 2007. Considerando il rimbalzo attorno al 4,5-5,0 per il 2021 stimato da Banca d'Italia e da Istat, la forbice rispetto al 2007 rimane molto più consistente di quella vigente nel 2019. Si accentua così ulteriormente la distanza dalla media UE e dalla Germania la quale nel 2021 vedrebbe una perdita rispetto al 2019 di soli 0,5 punti contro i 4,6 punti dell'Italia. Nel complesso, il ritardo del Centro-Nord nel 2021 rispetto al 2007 salirebbe da 2,4 a 7,4 punti e per il Mezzogiorno da 10,4 a 14,8 punti e per l'Italia da 4,3 a 7,7 punti laddove la Germania vedrebbe scendere nel 2021 il suo surplus rispetto al 2007 da 14,5 a 14; si incrementa così sensibilmente il nostro distacco che da -18,8 passa a -21,7 punti.

Aggiornamento dinamica dell'economia reale

PIL variazioni %, medie annue

1971-1980 3,8
 1981-1990 2,5
 1991-2000 1,6
 2001-2010 0,4
 2011-2019 0,1
 (2020 stima) -8,4
 (2020 C.N) -8,5
 (2020 Sud) -7,9

Stima del PIL % da recuperare rispetto al 2007 a seguito della pandemia (tra parentesi il nostro ritardo nel 2019 “prima della pandemia” e la corrispondente situazione della UE, della Germania e della Spagna)

Italia - 12,7 (-4,3) (UE +10,8)
Centro Nord -10,9 (-2,4) (D +14,5)
Mezzogiorno: -18,3 (-10,4) (E + 5,5)

Fonte SVIMEZ

Va anche detto che se riuscissimo (impresa tutt'altro che facile) a recuperare il ritmo degli anni che hanno preceduto il 2008, si tornerebbe a quell'*equilibrio naturale* (tanto caro agli ortodossi *mainstream* della nuova macroeconomia classica) che fu bruscamente interrotto dalla crisi finanziaria. Quella situazione, già allora sinonimo di stagnazione, oggi sancirebbe come *naturale* la disoccupazione di massa specie ma non solo nel Sud, particolarmente intensa nelle componenti giovanile e femminile della forza lavoro. Si consoliderebbero ovviamente gli aspetti fortemente dualistici del sistema e con essi la richiesta di "riforme" (svalutazioni interne) del mercato del lavoro con impatti dal punto di vista economico e sociale che metterebbero ulteriormente sotto pressione la tenuta del sistema.

Infine una sommaria valutazione dei tempi necessari a recuperare i livelli del 2007 prospetta una transizione tra i dieci e quindici anni nel Mezzogiorno e tra i sei e gli otto anni per il settentrione ipotizzando un ottimistico tasso composto di crescita del prodotto interno lordo tra il 2% e l'1%. Ipotesi a dir poco ottimistiche stando alla deludente esperienza passata. Tutto ciò a conferma che la rotta intrapresa è difficilmente accettabile e, come si dirà, non sostenibile.

Quindi il messaggio è chiaro: gli spazi che si aprono oggi al rilancio dell'economia non solo vanno presidiati da una strategia di manutenzione ed efficientamento di quel che resta, ma questa va coraggiosamente e drasticamente integrata mettendo mano ad una radicale revisione del ruolo del Sud intervenendo prima che esso non sia più in grado di dare un suo decisivo contributo allo sviluppo.

2. La demografia: controllare l'emergenza

Nel 2011 la SVIMEZ denunciò lo *tsunami* demografico rigogliosamente proseguito negli anni. Oggi siamo in una sospensione piena di incertezze. Per un verso l'effetto spinta è stato bloccato e probabilmente è molto meno attivo l'effetto attrazione del Nord. Abbiamo assistito a precipitosi flussi di rientro che hanno ripopolato – forzatamente – di giovani il Sud rispetto a pochi mesi or sono. Il momento sarebbe propizio anche psicologicamente per invertire le tendenze e frenare l'eutanasia se fosse esplicitamente in campo o anche annunciata una scelta strategica fortemente orientata al Mezzogiorno.

Se si chiude questa finestra tornerà credibile la previsione ISTAT che stima per il 2035 una riduzione della popolazione meridionale di

1.300.000 unità e sopra ai cinque milioni per il 2065. A questa prospettiva la Banca d'Italia abbina per il 2065 una contrazione del prodotto del 40% al Sud e del 20% al Centro-Nord. La rapida transizione a parte più anziana e dipendente del paese consolida l'immagine di un Sud assistito, palla al piede dalla quale liberarsi, e motiva ulteriormente lombardo-veneto e soci a rivendicare autonomia.

Le persone emigrate dal Mezzogiorno sono oltre 2 milioni nel periodo compreso tra il 2002 e il 2017, di cui 132.187 nel solo 2017. Il saldo al netto dei rientri è negativo per 852 mila unità.

La ripresa dei flussi migratori accompagnato dal generale processo di impoverimento e aumento delle disuguaglianze è la palpabile evidenza dell'emergenza economica e sociale.

La T.6 fornisce un sintetico dettaglio per classi di età e grado di istruzione del capitale umano esportato.

T.6. I flussi migratori dal Mezzogiorno degli Italiani

	Unità	%	Unità	%
	2002-2017		2017	
Emigrati dal Mezzogiorno	2.015.059		132.187	
-di cui laureati	379.995	18,9	34.872	26,4
-di cui giovani (15-34 anni)	1.035.617	51,4	66.557	50,4
-di cui laureati	243.166	23,5	21.970	33,0
Iscritti nel Mezzogiorno	1.162.946		63.585	
-di cui laureati	139.541	12,0	13.189	20,7
-di cui giovani (15-34 anni)	423.495	36,4	19.231	30,2
-di cui laureati	62.448	14,7	4.897	25,5
Saldo migratorio netto Mezzogiorno	-852.113		-68.602	
-di cui laureati	-240.454	28,2	-21.683	31,6
-di cui giovani (15-34 anni)	-612.122	71,8	-47.326	69,0
-di cui laureati	-180.718	29,5	-17.073	36,1

L'analisi per quintili di reddito delle famiglie è eloquente. La somma dei due quintili più poveri include il 62% delle famiglie al Sud contro il 29% al Centro-Nord. Nei due quintili più ricchi troviamo il 21% del Sud e il 49% dei centro-settentrionali. La povertà assoluta della popolazione dal 2007 al 2016 sale al Centro-Nord dal 2,7% al 3,1% e dal 3,8% al 7,6% nel Mezzogiorno dove al rischio di superare la soglia di povertà assoluta è esposto il 35% dei residenti (il triplo del pur consi-

dervole 12% del centro-nord) con punte del 44% in Sicilia e del 39% in Campania.

In questo scenario la ripresa di flussi migratori non sorprende, colpisce invece il fatto che non sia una migrazione generalizzata, di massa, e siano invece i giovani, quelli più preparati, a lasciare il Sud alimentando un esodo più contenuto rispetto al passato ma gravido di conseguenze e la cui prosecuzione nel giro di due decenni potrebbe inaridire quel patrimonio di capitale umano che è la vera ricchezza di quelle regioni.

Dunque, si riduce la componente senza titolo di studio o con licenza elementare, è stabile quella con licenza media inferiore e per oltre il 60% la nuova emigrazione è composta da laureati e diplomati con accesso all'università. Nel 2017 il saldo migratorio è di 47 mila giovani sotto i 35 anni su un totale di 68 mila unità; di questi 21.600 sono laureati e più di 17mila sotto i 35 anni, (erano 12500 nel 2000).

La componente in assoluto più consistente, quella con titolo di studio superiore ed accesso all'Università, è per la quasi totalità composta da giovani che abbandonano il Mezzogiorno al completamento della scuola superiore per iscriversi ad un ateneo del Centro-Nord; un fenomeno in crescita che riguarda il 25% dei neo-diplomati meridionali. Per gli atenei del Sud, questa dinamica prospetta restrizioni e tagli ulteriormente pregiudizievoli alla loro attrattività.

Il carattere selettivo incide pesantemente sulla tipologia della gioventù che resta, penalizza la qualità del capitale umano dei territori di partenza, configura rimesse *per* gli emigrati e non *degli* emigrati, a carico delle istituzioni e di quelle famiglie che esercitano il "privilegio" di potersi impoverire contribuendo ulteriormente alla capacità estrattiva per default delle aree forti.

Questa dinamica selettiva va letta alla luce degli effetti dell'immigrazione di lavoratori stranieri (per lo più extra-comunitari) arrivati a coprire mansioni nel mercato del lavoro abbandonate dai residenti in fasi economiche più favorevoli e in aree del Paese più ricche. È questo un aspetto che, specie in tempi di crisi occupazionale anche nelle aree più sviluppate, riduce gli spazi a flussi di emigrazione interna dei residenti introduce un elemento di competizione e frena le possibilità di una "emigrazione generalizzata" e segmenta selettivamente il fenomeno.

È evidente quanto il "(non)governo del dualismo" degli ultimi venti anni abbia deteriorato le *performance* dei territori più deboli dai quali muove l'esodo selettivo.

Mutuando dalla biologia si può dire che si è determinato un pro-

gressivo indebolimento della *capacità portante* del Paese in genere e, soprattutto, del contesto meridionale così da incentivare chi può ad esercitare l'*Exit* di fronte all'inutilità della *Voice*.

In ragione di ciò l'emigrazione invece di lenire accentua i problemi dell'area di partenza, presenta il conto delle mancate politiche di sviluppo.

È evidente quanto tutto ciò debba essere oggetto prioritario di un intervento penetrante del *Recovery Program* dell'Unione Europea cui compete la definizione di priorità coerenti alle condizionalità poste a garanzia dei finanziamenti.

4. *L'insostenibile leggerezza della sostenibilità*

Dunque la ripresa dell'emigrazione oggi non funziona come per il passato per realizzare miracoli ma impone costi sociali superiori ai benefici individuali e cumula rischi crescenti per la sostenibilità del Sistema.

Per chiarire questo aspetto utili evidenze emergono dalla contemporanea considerazione dell'aspetto demografico ed economico. Una sintetica riflessione rinvia al classico indice strutturale di Dipendenza Demografica (IDD) da integrare con parametri strutturali del mercato del lavoro con i quali è possibile definire un indice di dipendenza demografica ed economica (IDE).

L'indice IDD mette a rapporto il complesso della popolazione non attiva (meno di 15 anni e più di 64 anni) e la popolazione in età di lavoro (compresa tra i 15 e i 65 anni) ed evidenzia l'incidenza complessiva della popolazione economicamente non autosufficiente che va "sostenuta" dalla popolazione in età di lavoro. Così strutturato l'indice coglie la dimensione puramente demografica del fenomeno di dipendenza strutturale, e solo meccanicamente il tema della dipendenza economica. In generale, e in un sistema duale in particolare, proprio la dimensione economica della dipendenza è dinamicamente rilevante.

Ovviamente l'indice di dipendenza strutturale demografica dà conto dell'impatto della riduzione del tasso di fertilità, dell'aumento della speranza di vita, consente di articolare in dettaglio la dinamica territoriale e di misurare l'impatto prospettico dell'emigrazione. Ma tutto ciò, che pur dipende da fattori di contesto economici e di lungo periodo, non registra gli effetti ed i fattori di interazione con l'economia che sono rigidamente condizionanti e la cui considerazione fa emergere con chia-

rezza il problema della sostenibilità del sistema in una prospettiva di dinamica strutturale. A questo serve l'integrazione dell'indice IDE di dipendenza demografica ed economica.

La rilevanza dell'integrazione dell'indice di dipendenza è decisiva consentendo di desumere una misura dell'evoluzione nel tempo della sostenibilità ovvero della vitalità del sistema.

La dipendenza strutturale demografica appena descritta indica un valore "virtuale" (IDD) laddove l'indice di dipendenza demografica ed economica (IDE) rappresenta un valore "effettivo", reale, nel senso che considera rispetto alla situazione puramente demografica, come evolve più realisticamente la effettiva sostenibilità e vitalità economica del sistema. A questo fine l'IDE si ottiene dall'IDD ponderando la forza lavoro al denominatore con il tasso di occupazione. La modifica, quindi, comporta semplicemente che il denominatore dell'indice di dipendenza "effettivo" consideri non tutta la forza lavoro bensì solo quella *occupata* tra i 15 ed i 64 anni. Ciò nel presupposto che solo gli occupati possono effettivamente contribuire a sostenere il peso della non-forza lavoro. La discrepanza tra indice effettivo e indice virtuale dipende quindi dalla qualità del "retrostante economico" (qui approssimato dal tasso di occupazione) decisivo per la sostenibilità del peso della popolazione dipendente (minori ed anziani). A rigore la correzione non dovrebbe applicarsi al solo denominatore dell'indice ma anche al numeratore, aggiungendo il numero dei disoccupati alla popolazione da sostenere e, quindi, aumentando ulteriormente il valore dell'indice di dipendenza reale.

In presenza di disoccupazione, l'indice virtuale (puramente demografico) di dipendenza sarà inferiore a quello effettivo di dipendenza economica, e tanto di più quanto più alta è la disoccupazione, con il doppio effetto di ridurre più o meno drasticamente il grado di sostenibilità e al contempo evidenziare l'esigenza di un afflusso di risorse esterne (trasferimenti) necessario a rendere sostenibile quel valore dell'indice. Se adeguati strumenti non si attivano a garanzia della sostenibilità, più o meno velocemente il ritorno a un regime sostenibile avverrà attraverso una soluzione meramente biologica: accelerazione dell'emigrazione (*in primis* il capitale umano più pregiato), erosione di fasce di popolazione (degrado demografico) foriera di modifiche della speranza di vita e della fertilità. In altri termini – in sintonia con la già ricordata soluzione per eutanasia – la demografia si incarica di adeguare la situazione alle compatibilità poste dall'economia perché in assenza di adeguato sostegno esogeno inevitabilmente la popolazione si adegua al-

la *capacità portante* del contesto economico la cui *proxy* è il tasso di occupazione.

Tornando alle previsioni ISTAT sul dualismo demografico nel 2065 esse, in assenza di correttivi adeguati, con tutta probabilità sarebbero realizzate molto più rapidamente con un ridimensionamento ben più rilevante di quello preconizzato dalle stime che ricorrono all'uso esclusivo delle matrici di transizione demografica che in quell'esempio non prevedono una variazione in aumento dell'emigrazione, che basano le previsioni sull'evoluzione della struttura di partenza della popolazione considerando come dati esogeni parametri demografici come la fertilità e la speranza di vita. Se così fosse, il "rischio" (l'obiettivo?) della soluzione per eutanasia della Questione Meridionale sarebbe certamente più alto.

A illustrazione dell'interdipendenza reciproca tra economia e demografia sono significative le risultanze della T.7 che mette a confronto previsioni basate su indici virtuali ed effettivi al Nord, al Sud e in Campania (nella sua qualità, ancora, di regione più giovane d'Italia e di Europa!).

T.7 Indici virtuali ed effettivi di dipendenza strutturale (2002, 2016, 2065)

Indice di Dipendenza demografica Strutturale, ("VIRTUALE"): popolazione minore di 15 anni e maggiore di 65 anni in % della popolazione compresa tra i 15 e i 65 anni (popolazione attiva).

Indice di Dipendenza demografica ed economica Strutturale, ("EFFETTIVO"): popolazione minore di 15 di anni e maggiore di 65 anni in % della popolazione attiva occupata (pari alla popolazione attiva moltiplicata per il tasso di occupazione).

	2002	2002	2016	2016	2065	2065
	IDD	IDE	IDD	IDE	IDD	IDE
Mezzogiorno	49,5	107,7	51,9	122,1	-	-
Centro-Nord	48,9	78,1	57,5	87,0	-	-
Campania	48,8	107,5	49,5	125,0	91,3	230,6
Italia	49,1	86,7	55,5	98,6		

Dal 2002 al 2016 soprattutto per effetto dell'invecchiamento l'indice demografico di dipendenza virtuale cresce ovunque ma più velocemente al Centro-Nord. Quando passiamo al valore dell'indice effettivo (che tiene conto del tasso di occupazione, cioè della forza lavoro che effettivamente può sostenere la non-forza-lavoro giovane ed anziana) il Centro-Nord peggiora ma segna ancora un valore inferiore al 100%; il Sud, e la Campania, a fronte di un indice virtuale migliore rispetto al Centro-

Nord hanno un indice effettivo ampiamente superiore al 100% ed in progressivo aumento tra il 2002 e il 2016. La stima dell'indice effettivo 2065 per la sola Campania, ponderato con il tasso di occupazione e di attività del 2016 applicati alla popolazione stimata per il 2065, supera il 230% con un incremento di oltre il 90% rispetto al 2016. La differenza tra valori effettivi e virtuali è una *proxy* dell'intensità dell'effetto spinta all'emigrazione e della velocità con la quale procede il degrado demografico ed è evidentemente indicativa delle risorse esogene necessarie alla sostenibilità del sistema. Il che evidentemente dipenderà dalle condizioni generali ed in particolare dallo stato di salute delle finanze pubbliche del Paese, in cui anche il settentrione, come si è illustrato in precedenza, tende, suo malgrado, a meridionalizzarsi.

In definitiva l'emigrazione selettiva, con rimesse *per* e senza rimesse *degli* emigrati, diversamente dall'emigrazione di massa del passato, concorre doppiamente ad aggravare e non a ridurre il problema della sostenibilità strutturale del Sistema.

Tutto converge a dire che l'evoluzione prevedibile della dipendenza strutturale in queste condizioni è alla lunga insostenibile per il Nord e per il Sud e che Il Sistema, così configurato, non ha grandi probabilità di doppiare la boa del 2065.

A fronte della emergenza imposta dall'entelechia-pandemia la prospettiva di governare il dualismo come per il passato è semplicemente insostenibile. La condizione necessaria (non necessariamente sufficiente) per invertire queste tendenze e allontanare la prospettiva di un inquietante futuro, indica l'esigenza improrogabile di aggiustare drasticamente la rotta, prendendo atto e cogliendo il senso delle dinamiche da lunghi anni in atto e – perciò – volgere lo sguardo al Mediterraneo, opzione necessaria non solo per arrestare la desertificazione umana di un Mezzogiorno da reinserire nel circuito dello sviluppo ma, così facendo, per avviare al Sud un secondo motore, assolutamente necessario al Paese.

5. *Sullo sviluppo*

Al di là di semplici piani di manutenzione e semplificazione dell'esistente si impongono scelte di fondo piegate a realizzare un veloce riposizionamento del sistema Italia.

Il percorso da intraprendere, per sommi capi, è chiaro, finalizzato

alla progressiva strutturazione di un significativo *Southern Range* logistico euromediterraneo geneticamente competitivo, *green*, sostenibile e socialmente inclusivo il cui focus sia il Mezzogiorno.

Certo si pone il tema del confronto con il finora indisturbato e debordante monopolio del *Northern Range* rispetto al quale proprio un Sud attrezzato ha tutti i numeri per far valere specifici vantaggi competitivi. Una sfida impegnativa e con amplissimi margini per cogliere risultati in linea con parametri indicati dai vincoli di sostenibilità ambientale e climatica e dall'obiettivo della lotta alle disuguaglianze fissati dall'Unione nel progetto Europa 2030.

La ripartenza dell'Italia su queste linee interpreta e struttura in modo serio, di mercato, il tema della transizione posto dal *green new deal* (al momento, una contabilità senza anima) per avanzare un progetto immediatamente operativo, e divenire candidata di prima fila per interpretare la *recovery strategy* dell'Unione in risposta allo shock della pandemia.

La rigorosa declinazione di questa tematica individua una rotta che offre a noi margini rilevanti e vantaggi competitivi potenzialmente ben superiori ai motivi di conflitto. La sfida è ancor più importante perché è in perfetta sintonia con l'obiettivo di dotare il Paese di un quanto mai necessario secondo motore aprendo a un'integrazione intelligente Nord-Sud necessaria per affiancare all'impegno per il *made in Italy* la complessa articolazione della logistica a valore a dimensione euromediterranea e per dimostrare con i fatti che solo se corre Napoli, corre Milano; non viceversa.

Riferimenti

- G. AMMASSARI, *Legge e gestione amministrativa. Cronaca della fine dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno*, Franco Angeli Editore, Milano 2009.
- G. AMMASSARI, *Lettera al Direttore del Sole 24 Ore*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 agosto 2016.
- P. C. PADOAN, *Perché questa legge di bilancio lascia il sud Italia sempre più indietro*, in *Il Foglio*, 7 maggio 2019.
- G. TABELLINI, *I conservatori-sovrani*, in *Il Foglio*, 4 maggio, 2019.

NORMATIVA EMERGENZIALE E FISCO.
PREMESSE PER UNA DISCIPLINA DEL SISTEMA
DELLE AGEVOLAZIONI FISCALI TERRITORIALI

PIETRO SELICATO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti europei alla concessione di agevolazioni fiscali. – 3. Gli aiuti regionali esistenti (principali fattispecie). – 4. La sovrapposizione degli “aiuti Covid”. – 5. Prospettive di evoluzione.

1. *Premessa*

Le esigenze di contenimento dell'emergenza scaturita dal diffondersi del virus Covid-19 si sono concretizzate nel prolungato *lock-down* di tutti gli Stati europei. In Italia, a partire dal mese di marzo, il governo Conte ha assunto misure¹ dirette alla sospensione della quasi totalità delle attività produttive; al contempo, le restrizioni alla libertà di circolazione hanno inciso in modo significativo sullo svolgimento delle attività dei lavoratori autonomi. L'impatto della pandemia sul sistema economico si sta sviluppando – secondo l'analisi pubblicata sul sito istituzionale della Camera dei Deputati – attraverso diversi canali: uno *shock* dell'offerta dovuto alla perturbazione delle catene di approvvigionamento, uno *shock* della domanda dovuto alle minori disponibilità dei consumatori, l'effetto negativo dell'incertezza sui piani di investimento e l'impatto sulla liquidità delle imprese.

In sostanza, i mesi della pandemia sono stati caratterizzati dalla consistente e generalizzata riduzione di ricavi per imprese e liberi professionisti, per supportare i quali si è reso necessario introdurre misure di sostegno rivolte a compensare, almeno in parte, questi minori introiti.

Come sarà approfondito nei paragrafi successivi, il sostegno pubblico alle attività produttive si è concretizzato nelle diverse forme dei contributi diretti e delle agevolazioni fiscali. All'interno di quest'ultima ca-

* ASN Ordinario di diritto tributario, Università Sapienza di Roma.

¹ Contenute nei dPcM del 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 22 marzo 2020, 1° aprile 2020, 10 aprile 2020, 26 aprile 2020, 12 maggio 2020, 17 maggio 2020, 18 maggio 2020) e in numerosi decreti legge (d.l. nn. 6/2020, 9/2020, 11/2020, 14/2020, 18/2020, 19/2020, 23/2020, 33/2020, 34/2020).

tegoria, è possibile effettuare ulteriori distinzioni a seconda del *genus* dell'agevolazione considerata (deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, esenzioni); tuttavia, le differenze tra le singole misure agevolative non rilevano nel momento in cui queste si confrontano con la disciplina europea che, come si vedrà meglio nel seguito, accomuna le differenti misure in ragione degli effetti che esse producono sul mercato unico.

2. I limiti europei alla concessione di agevolazioni fiscali

Sin dall'entrata in vigore del Trattato di Roma del 1957, l'Unione europea (all'epoca Comunità) ha perseguito la realizzazione di un'economia di mercato basata sulla libera concorrenza²; a tale scopo, il Trattato di Roma (ed oggi il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - TFUE) ha prescritto una serie di regole e divieti volti a garantire la concorrenza nel mercato comune, proteggendola da interventi potenzialmente distorsivi delle imprese e degli Stati³. La disciplina in esame prende in considerazione la materia fiscale in maniera mediata: la fiscalità costituisce, infatti, una delle declinazioni più significative del potere sovrano, motivo per cui gli Stati membri non hanno mai devoluto la materia alla competenza esclusiva⁴ dell'Unione europea⁵. Tuttavia, poiché l'imposizione tributaria rientra senz'altro nel novero degli strumenti idonei a ostacolare la libertà di concorrenza, i trattati consentono agli organi unionali (in particolare alla Commissione) di intervenire sugli Stati membri laddove questi esercitino la loro potestà impositiva in modalità tali da influenzare gli scambi sul mercato. L'ambito di operati-

² Art. 119, TFUE, ex art. 4, TCE.

³ La disciplina è riportata nella Parte III del TFUE. In argomento cfr. D. CASALE, *Aiuti di Stato e distorsioni alla libera concorrenza*, in M. INGROSSO – G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009, 155. Sul punto si veda, altresì, L. PEVERINI, *La nozione di impresa*, in L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007, 157 ed ivi sul punto p. 162, ove si ricostruisce la nozione di impresa nella disciplina degli aiuti di Stato sulla base dell'interpretazione teleologica delle norme interessate, rilevando il loro orientamento alla tutela della concorrenza e del mercato.

⁴ Fatta salva la disciplina doganale, ex art. 3, TFUE.

⁵ Cfr. art. 5, TUE, che disciplina il principio di attribuzione delle competenze, che limita l'azione dell'UE entro i confini fissati dai Trattati, che predeterminano sia i settori di intervento delle istituzioni europee sia gli obiettivi ai quali esse devono tendere. In argomento cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione Europea*, in *Treccani, Diritto online*, 2017).

vità dell'Unione, che, come si è detto, è sempre stata sostanzialmente priva di una capacità fiscale diretta⁶, è circoscritto in questa materia ai soli atti di armonizzazione delle imposte indirette⁷, più suscettibili di incidere sugli scambi commerciali nel mercato unico dell'imposizione sui redditi, regolata dalle direttive soltanto al fine di rimuovere gli ostacoli fiscali di maggiore rilievo e assicurare l'attuazione del divieto di discriminazione fiscale, formalmente disciplinato soltanto per l'imposizione indiretta⁸ ma ormai di pacifica applicazione nella materia dell'imposizione diretta in virtù dei riferimenti al rispetto delle libertà fondamentali di circolazione e di stabilimento⁹.

Va precisato che il potere impositivo statale non si esplica nella sola istituzione ed applicazione dei tributi ma comprende le misure finalizzate all'alleggerimento dell'onere tributario, attraverso la riduzione della base imponibile (deduzioni), ovvero mediante la diminuzione dell'aliquota, che limita l'incidenza dell'imposta (detrazioni d'imposta). Tra le misure agevolative adottate dal nostro ordinamento rientrano altresì i crediti d'imposta, che consentono al contribuente di sottrarre dall'imposta normalmente dovuta una parte di una determinata spesa, nonché le fattispecie di esenzione e di esclusione dall'ambito applicativo della

⁶ In verità, nella espressione anglosassone "*fiscal capacity*" si suole comprendere non solo la potestà impositiva *stricto sensu* ma il complesso delle politiche di bilancio, di cui essa fa parte insieme a quelle in materia di indebitamento e di gestione delle risorse. Pare che di una potestà impositiva diretta l'Unione sia determinata a dotarsi per fronteggiare la crisi economica prodotta dalla pandemia da COVID-19. Questi nuovi indirizzi scaturiscono dalla comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, COM(2020) 442, del 27 maggio 2020, contenente la proposta di un piano finanziario da 750 miliardi di euro, denominato "*Next Generation EU*". Per una precedente disamina di questa problematica cfr. F. FABBRINI – M. VENTUROZZO, *Research handbook on economic law*, Cheltenham, 2019, ed ivi spec. al Cap. 5, *Fiscal capacity*, curato dallo stesso Fabbrini.

⁷ Espressamente richiesti dall'art. 113, TFUE. Su questi aspetti cfr. C. SACCHETTO, *Armonizzazione e coordinamento fiscale nella Unione Europea*, in *Enc. Giur.* Vol. I, Agg. (Roma, 2010)

⁸ Artt. 110, 111 e 112, TFUE.

⁹ In questo senso cfr. E. DE MITA, *L'armonizzazione delle imposte dirette*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, I, 53 ss.; L. GRANELLI, *L'armonizzazione delle imposte dirette alla luce del Trattato istitutivo della CEE*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1991, 1037. Una completa ricostruzione dell'istituto viene elaborata da F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 103-177, ove si afferma che, mancando di una norma *ad hoc*, "le disposizioni non fiscali del Trattato pongono un principio di non discriminazione nel settore delle imposte dirette" (ivi, 108).

norma tributaria¹⁰. È proprio l'effetto di riduzione (ove non di eliminazione totale) dell'onere tributario tipico delle agevolazioni che attrae tali istituti nel campo del divieto generale di aiuti di Stato disciplinato dagli artt. 107-108-109, TFUE. L'art. 107 stabilisce infatti che "Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, *sotto qualsiasi forma* che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza", mentre le norme seguenti disciplinano la procedura di valutazione delle singole misure, assegnata alla competenza della Commissione. È evidente che tali disposizioni costituiscano norme generali, non riferite specificamente alla materia tributaria; ma l'espressione "sotto qualsiasi forma" è idonea a estendere il divieto alle misure fiscali di carattere agevolativo¹¹. In effetti, la riduzione dell'imposizione consente ai beneficiari di realizzare comunque un risparmio sui costi di produzione; laddove tale regime di favore fosse indirizzato a una ristretta platea di destinatari e ne rafforzasse la posizione sul mercato rispetto ai concorrenti, la misura assumerebbe profili di selettività e inciderebbe sugli scambi ponendosi senz'altro in contrasto con il Trattato¹² (fatte salve le fattispecie riconducibili alle ipotesi derogatorie di cui all'art. 107, par. 2 e 3). Ne discende che la potestà impositiva di ciascuno Stato europeo risulta compressa da un vincolo, pro-manante "dall'alto verso il basso", che discende dall'appartenenza all'Unione europea e impone il rispetto delle norme di quell'ordinamento. Nello specifico, la sussistenza del divieto in parola impone di sottoporre preventivamente al vaglio della Commissione ogni regime fiscale nazionale derogatorio rivolto alle

¹⁰ In tema cfr. P. SELICATO, *Esclusioni ed esenzioni tributarie nelle nuove forme dell'imposizione immobiliare*, Riv. dir. Trib., 4/1994, 423.

¹¹ Secondo CGUE, sent. 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco Exterior*, "il concetto di aiuto è più comprensivo di quello di sovvenzione, dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti". In senso conforme CGUE, sentenza 23 febbraio 1961, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autorità*.

¹² L'ambito di applicazione del divieto di aiuti di Stato si è gradualmente esteso anche ai tributi suscettibili di alterare la concorrenza laddove la loro applicazione si risolve in un trattamento discriminatorio di beni, servizi o persone.

attività economiche, affinché se ne accerti la compatibilità con gli artt. 107 e seguenti del TFUE¹³.

Come si evince dal dato letterale, l'art. 107 del TFUE non elabora una definizione di "aiuto di Stato" ma ne indica i tratti qualificanti. Tra questi, appare particolarmente rilevante il requisito dell'origine pubblicistica del finanziamento della misura, in quanto "il vantaggio deve essere concesso dallo Stato o mediante risorse statali"¹⁴. Secondo la Commissione, una perdita di gettito fiscale equivale al consumo di risorse statali sotto forma di "spesa fiscale"¹⁵.

Parimenti significativa, in campo tributario, è la selettività della misura. Tale requisito presuppone che l'agevolazione favorisca talune imprese o talune produzioni¹⁶. Il vantaggio selettivo può risultare da un'eccezione alle disposizioni fiscali di natura legislativa, regolamentare

¹³ Cfr. sul punto R. MICELI, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato in materia tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2015, 33. Cfr. altresì M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, *Riv. dir. Trib.*, 1/2009, 380.

¹⁴ Il Concetto di "Stato" va inteso in senso lato, includendo qualunque beneficio ottenuto dall'impresa a valere su fondi di qualunque ente pubblico, dunque anche di enti substatali come regioni, province e comuni. Si parla di "statalità di secondo grado" per indicare che c'è finanziamento statale anche quando una banca rimborsa gli interessi alle imprese mutuatarie attingendo a riduzioni di imposte (CGUE, sent. 7 giugno 1988, C-57/86 *Repubblica ellenica/Commissione*).

¹⁵ Così COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, C 348/4 del 10 novembre 1998. Sul concetto di "tax expenditures" cfr. C. FLEMING – R.J. PERONI, *Reinvigorating tax expenditure analysis and its international dimension*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. Unico/2010, 11. Per una valutazione critica delle modalità di esercizio del potere legislativo in materia di *tax expenditures*, troppo spesso basata sulla strumentalizzazione politica cfr. H. GRIBNAU, *Legislative Instrumentalism vs. Legal Principles in Tax Law*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. 1/2012, 24-25, ove si afferma che i politici nazionali "are too ready to sacrifice tax principles to political expediency", dando corpo implicitamente all'esigenza di una mediazione sovranazionale di queste istanze.

¹⁶ Secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, è selettiva e, pertanto, incompatibile con il Trattato, una misura fiscale il cui principale effetto sia la promozione di uno o più settori di attività. Lo rammenta la Commissione Europea, *Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, C 348/4 del 10 novembre 1998. Sul concetto di selettività cfr. M.T. SOLER ROCH, *Le misure fiscali selettive secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli aiuti di Stato*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. 1/2006, 19; A. MAROTTA, *Aiuti di Stato e aiuti fiscali: struttura e differenze*, in M. INGROSSO - G. TESAURO (a cura di), cit., 129. Più recentemente, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, ed ivi spec. 104-143; M. MORETTI, *Il divieto di aiuti di Stato*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2016, 117.

o amministrativa o da una prassi rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione fiscale.

Con specifico riferimento ad un caso di esenzione da un tributo locale previsto dall'Italia, la Commissione Europea¹⁷ ha ritenuto sussistere il requisito della selettività nella norma che esentava dal versamento dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) i fabbricati destinati all'esercizio di un culto compatibile con le disposizioni degli articoli 8 e 19 della Costituzione, nonché su quelli di proprietà della Santa Sede¹⁸. Sebbene la disciplina in materia di ICI sia stata sostituita nel 2011, con l'entrata in vigore dell'Imposta Municipale Unica (IMU)¹⁹, nel 2012 la Commissione²⁰ ha stabilito che la predetta esenzione ICI integrava un aiuto di Stato, per la sussistenza del presupposto della natura pubblicistica (trattandosi di un tributo istituito con legge statale, il cui gettito è destinato ad enti sub-statali), del vantaggio procurato ai beneficiari e della selettività della misura²¹.

Tuttavia, non tutte le agevolazioni fiscali costituiscono una violazione al divieto di aiuti di Stato, ancorché integranti i requisiti prescritti *ex art. 107, TFUE*. La detta disposizione individua una serie di deroghe al divieto²², in primo luogo nei casi previsti al par. 2, ritenuti compatibili *de iure* con il mercato interno, rispetto ai quali la Commissione non esercita alcun vaglio di conformità²³; a tali ipotesi si aggiungono le fatti-

¹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, lettera prot. 2010C(2010) n. 6960 indirizzata al Ministro degli Esteri italiano il 12 ottobre 2010.

¹⁸ Si tratta dell'art. 7, comma 1, lett. d) ed e), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504. Per una diffusa trattazione dell'argomento, si rinvia a P. SELICATO, *La soggettività tributaria degli enti non profit (dalle ONLUS agli ETS)*, *Federalismi.it*, 22/2018.

¹⁹ D.lgs. 14 marzo 2011, n. 23.

²⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione 2013/284/UE not. n. C(2012) 9461 final del 19 dicembre 2012.

²¹ Cfr. P. MASTELLONE, *Tassazione degli immobili ecclesiastici tra principio di laicità e aiuti di Stato illegittimi: riflessioni a margine della sentenza Montessori e Ferracci*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 3/2019, 431.

²² A questo proposito si rinvia a P. SELICATO, *Tax expenditures as a means to promote the economic development in the Mediterranean area and EU State aid limitations (Can economy stop war?)*, in M. GREGGI–J. EDREY (eds.), *Tax Law and the Mediterranean Area. Current Issues in the Time of the Global Crisis*, ITAx Papers on Taxation, Volume 1, Issue 2, 2012, 191.

²³ Rientrano in tali fattispecie: gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi; gli aiuti a certe regioni tedesche per compensare gli svantaggi economici prodotti dalla divisione della Germania.

specie contenute nel par. 3²⁴, che in quanto rispondenti a valori generali e finalità specifiche dell'ordinamento europeo, "possono considerarsi compatibili con il mercato interno" ma solo a giudizio della Commissione.

Ai fini della presente analisi, rivestono peculiare interesse le ipotesi derogatorie di cui al citato par. 3, tra le quali sono annoverati gli "aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione". Il legislatore comunitario, dunque, è sempre stato cosciente dell'esistenza di realtà locali economicamente e socialmente arretrate rispetto alla media del territorio europeo; tale consapevolezza non consente all'Unione di restare inerte, in quanto la sua azione in favore di tali aree svantaggiate è esplicitamente prevista dall'art. 174, TFUE, ai sensi del quale l'Unione europea "mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite", e dalle disposizioni successive²⁵. L'esistenza di un quadro normativo fina-

²⁴ Tra gli aiuti ammessi discrezionalmente sulla base dell'art. 107, comma 3, sono compresi: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle Regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché lo sviluppo di alcune individuate regioni, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio culturale; e) altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

²⁵ L'art. 175 prevede che "Gli Stati membri conducono la loro politica economica e la coordinano anche al fine di raggiungere gli obiettivi dell'articolo 174. L'elaborazione e l'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, nonché l'attuazione del mercato interno tengono conto degli obiettivi dell'articolo 174 e concorrono alla loro realizzazione. L'Unione appoggia questa realizzazione anche con l'azione che essa svolge attraverso fondi a finalità strutturale (Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, sezione «orientamento», Fondo sociale europeo, Fondo europeo di sviluppo regionale), la Banca europea per gli investimenti e gli altri strumenti finanziari esistenti". L'art. 176 dispone che "Il Fondo europeo di sviluppo regionale è destinato a contribuire alla correzione dei principali squilibri regionali esistenti nell'Unione, partecipando allo sviluppo e all'adeguamento strutturale delle regioni in ritardo di sviluppo nonché alla riconversione delle regioni industriali in declino". Tali previsioni attuano il principio generale di cui all'art. 9, TFUE, ai sensi del quale "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana".

lizzato a promuovere lo sviluppo economico delle zone più arretrate del territorio europeo – nonché, presumibilmente, l'inidoneità di tali aiuti a incidere negativamente sulla libera concorrenza – appare essere la *ratio* per la codificazione di un'eccezione al divieto generale di cui all'art. 107. A tali fattispecie si sommano, inoltre, quelle individuate dal Regolamento n. 800/2008 (noto come Regolamento generale di esenzione per categoria), contenente un elenco di criteri di compatibilità con il Trattato degli aiuti a finalità regionale. In sostanza gli Stati membri, nell'adottare misure agevolative a finalità regionale, devono applicare le linee guida previste dal citato Regolamento: nello specifico, per poter rientrare nell'ambito della deroga al divieto gli aiuti regionali devono mostrare una valutazione dei problemi nazionali in un contesto europeo; in questo senso, devono inserirsi in una politica nazionale che sia compatibile con gli obiettivi di sviluppo comunitari e devono tendere, attraverso interventi mirati e proporzionati, alla risoluzione dei problemi strutturali, migliorando concretamente la sostenibilità economica di lungo termine²⁶.

È agevole a questo punto ricondurre all'alveo degli aiuti regionali le misure fiscali di favore introdotte dal legislatore italiano allo scopo di promuovere lo sviluppo economico del Sud del Paese. L'analisi di tali agevolazioni sarà oggetto del prossimo paragrafo; per quanto qui rileva, deve osservarsi che un'ulteriore deroga di carattere generale e temporaneo al divieto di aiuti di Stato è stata recentissimamente introdotta nell'ordinamento europeo nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Il 19 marzo 2020, nel pieno della pandemia, la Commissione ha approvato un *temporary framework*²⁷ con cui si introducono le deroghe al divieto di aiuti di Stato dirette a consentire agli Stati membri di garantire alle imprese il sostegno finanziario necessario alla ripresa. Il quadro,

²⁶ Cfr. R. MICELI, cit., 36.

²⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, C (2020) 91 I/01. Analoghi provvedimenti furono presi nel precedente decennio per contrastare gli effetti economici della crisi finanziaria globale sviluppatasi in quel periodo. Al riguardo cfr. Commissione Europea, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, Com 2009/C 83/01, del 7 aprile 2009. Secondo la stessa COMMISSIONE EUROPEA, *Report on State aid granted by the EU Member States*, COM(2010) 701 del 1 dicembre 2010, "State aid has been one of the main instruments in helping Member States battle the worst financial crisis in recent history".

esteso da interventi successivi della Commissione²⁸, precisa che le deroghe contemplate trovano riscontro normativo nell'107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, ai sensi del quale la Commissione può dichiarare compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati "a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro". La Commissione, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha osservato che il turbamento deve colpire la totalità o una parte importante dell'economia dello Stato membro interessato e non solo quella di una delle sue regioni o parte del territorio. Ciò è in linea con la necessità di un'interpretazione rigorosa di qualsiasi disposizione eccezionale, quale quella di cui all'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE²⁹.

La decisione della Commissione di restringere il divieto di aiuti di Stato, "liberalizzando" la concessione di agevolazioni, sembra equivalere al lancio di un salvagente agli Stati europei colpiti dalla crisi. La necessità di un intervento pubblico a sostegno delle attività produttive è innegabile; tuttavia, il rischio insito nello "sdoganamento" degli aiuti di Stato è che le nuove misure agevolative si sovrappongano a quelle preesistenti, causino sprechi di risorse pubbliche e aggravino il già intricato quadro normativo. Un ulteriore elemento di incertezza deriva dalla fretta con cui le nuove previsioni sono state introdotte nell'ordinamento; benché l'emergenza tuttora in corso richiedesse una risposta rapida da parte delle istituzioni, in alcuni casi l'urgenza pare sia stata di ostacolo all'identificazione delle misure più efficienti.

3. *Gli aiuti regionali esistenti*

Gli aiuti regionali di carattere fiscale si inseriscono in un più vasto contesto di norme, di origine sia statale che regionale, e di natura tanto legislativa quanto regolamentare. Il quadro normativo è di amplissime dimensioni: tra i più recenti interventi, occorre segnalare la legge di bilancio per il 2016³⁰, che interviene in ambito fiscale predisponendo una serie di crediti d'imposta in favore di imprese localizzate nel Meridione; la legge di bilancio per il 2017³¹, che destina la somma di 10 milioni di

²⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione C (2020) 2215 del 3 aprile 2020 e Comunicazione C (2020) 3156 dell'8 maggio 2020.

²⁹ Cfr. Comunicazione C (2020) 91 I/01, punto 17.

³⁰ Legge 28 dicembre 2015, n. 208.

³¹ Legge 11 dicembre 2016, n. 232.

euro “allo sviluppo e il consolidamento di società cooperative ubicate nel Mezzogiorno”³²; sempre nel 2016³³, sono stati disposti interventi vari per l’Ilva, Bagnoli, la logistica digitale nel Mezzogiorno, i servizi di radioterapia oncologica di ultima generazione nel Sud, la Scuola europea di Brindisi, Matera, il credito d’imposta nel Mezzogiorno, fissando un principio per il riequilibrio territoriale, consistente nella previsione di un’assegnazione differenziale di risorse aggiuntive a favore degli interventi nei territori delle regioni meridionali (art. 7-*bis*). L’anno successivo è entrato in vigore un altro decreto legge³⁴, che ha introdotto una serie di interventi di “sostegno alla nascita e alla crescita delle imprese nel Mezzogiorno”. Infine, si segnalano le misure introdotte nel 2019³⁵ per favorire il rientro di cittadini italiani residenti all’estero.

Quanto ai provvedimenti regionali in favore del Sud, nel 2015, ultimo anno di rilevazione, ne sono stati contati ottocentosessantaquattro, il 62% dei quali diretti allo sviluppo produttivo e territoriale.

Posto, dunque, che l’analisi delle singole misure finanziarie disposte in favore del Sud Italia costituisce un’impresa proibitiva, ci si può soffermare sulle agevolazioni fiscali di più recente introduzione.

La citata legge di bilancio per l’anno 2016 introduce il bonus Sud³⁶, consistente in un credito d’imposta per l’acquisto di beni strumentali nuovi, destinati a strutture produttive situate nelle regioni del Mezzogiorno. La misura massima del credito varia a seconda delle dimensioni delle imprese beneficiarie³⁷, ed è estensibile alle imprese operanti nei settori dell’agricoltura, della pesca e dell’acquacoltura, nei limiti e alle condizioni previsti dalla normativa europea in materia di aiuti di Stato

³² Cfr. art. 1, comma 74.

³³ D.l. 29 dicembre 2016, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge del 27 febbraio 2017, n. 18, denominato “Interventi urgenti per la coesione sociale e territoriale, con particolare riferimento a situazioni critiche in alcune aree del Mezzogiorno”

³⁴ D.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2017, n. 123.

³⁵ Con la Legge 30 dicembre 2018, n. 145 e il c.d. decreto crescita (D.l. 30 aprile 2019, n. 34, art. 44-*bis*, convertito, con modificazioni, nella legge 28 giugno 2019, n. 58).

³⁶ Cfr. art. 1, commi da 98 a 108, l. 28 dicembre 2015, n. 208.

³⁷ L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 98, modificata con d.l. 29 dicembre 2016, n. 243, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2017, n. 18: “20 per cento per le piccole imprese, del 15 per cento per le medie imprese e del 10 per cento per le grandi imprese, nei limiti e alle condizioni previsti dalla Carta degli aiuti a finalità regionale 2014-2020 C(2014) 6424 final del 16 settembre 2014”.

nei detti settori³⁸. L'ambito applicativo della norma è estensibile agli investimenti "facenti parte di un progetto di investimento iniziale come definito all'articolo 2, punti 49, 50 e 51, del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014", ossia relativi alla creazione di un nuovo stabilimento, all'ampliamento della capacità di uno stabilimento esistente, alla diversificazione della produzione di uno stabilimento per ottenere prodotti mai fabbricati precedentemente e a un cambiamento fondamentale del processo produttivo complessivo di uno stabilimento esistente, ovvero, per le grandi imprese localizzate nelle aree di cui all'art. 107, par. 3, lett. c), del TFUE, quelli a favore di una nuova attività economica³⁹.

La fruibilità dell'agevolazione, inizialmente circoscritta al quadriennio 2016-2019, è stata prorogata al 31 dicembre 2020⁴⁰. I soggetti che intendano avvalersi del credito d'imposta sono tenuti a presentare apposita richiesta all'Agenzia delle Entrate, che comunica l'autorizzazione all'utilizzo della misura qualora non sussistano motivi ostativi⁴¹. Il credito d'imposta, inoltre, è utilizzabile solo in compensazione, mediante presentazione del modello F24 esclusivamente tramite Entratel o Fisconline – pena il rifiuto dell'operazione di versamento – a partire dal quinto giorno successivo alla data di rilascio della ricevuta attestante la fruibilità dell'agevolazione⁴².

Inoltre, si segnala che la legge di bilancio per il 2019⁴³ e il decreto crescita hanno introdotto un regime fiscale di favore per i titolari di

³⁸ Cfr. Regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis* nel settore agricolo e Regolamento (UE) n. 717/2014 della Commissione, del 27 giugno 2014, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis* nel settore della pesca e dell'acquacoltura.

³⁹ Circolare 34/E del 3 agosto 2016, pag. 11.

⁴⁰ Legge di stabilità 2020.

⁴¹ L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 103. La richiesta deve essere presentata utilizzando il modello approvato con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate n. 45080 del 24 marzo 2016.

⁴² La copertura degli oneri derivanti dal credito di imposta, relativamente alle agevolazioni concesse alle piccole e medie imprese, è stabilita per 250 milioni di euro annui, a valere sulle risorse europee e di cofinanziamento nazionale previste nel Programma operativo nazionale "Imprese e competitività 2014-2020" FESR (PON) e nei programmi operativi 2014-2020 relativi al Fondo europeo di sviluppo regionale delle regioni in cui si applica l'incentivo (POR) (l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 108).

⁴³ Legge 30 dicembre 2018, n. 145.

redditi di pensione erogate da soggetti esteri di cui all'art. 49, comma 2, TUIR⁴⁴, e per i professionisti residenti all'estero che trasferiscano al Sud la propria residenza. Più specificamente, il rientro dei pensionati è incentivato dal nuovo art. 24-ter, TUIR, che consente di assoggettare tutti i redditi di fonte estera a un'imposta sostitutiva dell'IRPEF con aliquota pari al 7%⁴⁵, purché trasferiscano la propria residenza fiscale in un Comune con una popolazione non superiore a 20.000 abitanti e geograficamente localizzato in una regione del Sud Italia, Abruzzo, Molise o nelle isole⁴⁶.

In ordine al c.d. "rientro dei cervelli", è prevista una deduzione dall'imponibile ai fini IRPEF pari al 90% dei redditi di lavoro autonomo, di lavoro dipendente e assimilati⁴⁷. Ai fini della fruizione dell'agevolazione, occorre che il beneficiario sia stato fiscalmente residente all'estero nei due periodi d'imposta precedenti al trasferimento (in un Paese che abbia stipulato con l'Italia una convenzione contro la doppia imposizione), che si impegni a risiedere nelle zone predette per almeno due anni e che l'attività lavorativa sia prestata prevalentemente in Italia⁴⁸. Pertanto, la deduzione è applicabile ai soli redditi prodotti sul territorio dello Stato. L'agevolazione ha una durata prefissata di cin-

⁴⁴ Costituiscono reddito di lavoro dipendente le pensioni di ogni genere e gli assegni ad esse equiparate. Cfr. Circolare n. 1/R.T. (prot. n. 50550) del 15 dicembre 1973. La norma in commento non prevede alcun rinvio alla legislazione dello Stato estero ai fini della definizione di pensione.

⁴⁵ I redditi di fonte estera devono individuarsi sulla base dell'art. 23, TUIR, richiamato dall'art. 165, comma 2. La misura in parola sembra ispirarsi al regime NHR (*Not Habitual Resident*), introdotto in Portogallo nel 2009, ai sensi del quale le entrate provenienti da una fonte straniera sono esenti dalla tassazione per dieci anni consecutivi. Ciò significa che gli espatriati italiani possono potenzialmente ricevere redditi da locazione, plusvalenze su immobili, interessi, dividendi e reddito da lavoro (non portoghese) assolutamente esentasse. Se il residente non abituale svolge una professione scientifica, artistica o tecnica "ad alto valore aggiunto" sul territorio portoghese beneficia di una *flat tax* con aliquota al 20%. L'agevolazione portoghese sembra destinata a subire un arresto: un emendamento della legge finanziaria 2020, proposta dal governo di Antonio Costa, prevede un'imposta sul reddito annuo dei NHR con aliquota pari al 10%. Sebbene pare che la modifica proposta non sarà dotata di efficacia retroattiva, è evidente che il regime applicativo subirà una forte contrazione.

⁴⁶ Art. 24-ter, comma 1, TUIR. Al fine della realizzazione e della verifica di tale condizione sembra che l'elemento dirimente sia costituito dall'iscrizione all'ANPR dei Comuni di cui all'art. 24-ter, TUIR.

⁴⁷ Art. 5 comma 1 lett. d) d.l. 30 aprile 2019, n. 34.

⁴⁸ Art. 5, comma 1, lett. a) e b), d. l. 30 aprile 2019, n. 34.

que anni a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto⁴⁹.

L'elevata soglia di esenzione e l'assenza di adempimenti burocratici connessi all'attivazione rendono entrambe le misure particolarmente convenienti per coloro che ne beneficiano.

Ciò premesso in ordine alle agevolazioni fiscali specificamente rivolte a imprese e persone fisiche residenti nel Sud Italia, occorre ora soffermarsi sugli istituti agevolativi introdotti per contrastare la crisi scaturita dalla pandemia.

In primo luogo, il d.l. "Cura Italia"⁵⁰ prevede, per i liberi professionisti titolari di partita IVA attiva alla data del 23 febbraio 2020 e ai lavoratori titolari di rapporti co.co.co. attivi alla medesima data, iscritti alla Gestione separata, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, l'erogazione di un'indennità per il mese di marzo (poi prorogata ai mesi di aprile e maggio) pari a 600 euro.

Inoltre, il "Decreto Rilancio"⁵¹ contiene un complesso e articolato sistema di misure fiscali. In particolare, si prevede:

- l'esenzione dal versamento del saldo IRAP 2019 e della prima rata – pari al 40 per cento – dell'acconto dell'IRAP 2020 per le imprese e i lavoratori autonomi con un volume di ricavi o compensi non superiore a 250 milioni, fermo restando l'obbligo di versamento degli acconti 2019 (art. 24);

- un credito d'imposta per l'ammontare del canone di locazione di immobili non abitativi, per i mesi di marzo, aprile e maggio, per alcuni soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro, che hanno subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi. Per le strutture alberghiere e agrituristiche il credito d'imposta spetta indipendentemente dal volume di affari registrato nel periodo d'imposta precedente (art. 28);

- il rafforzamento delle agevolazioni per alcuni interventi di efficienza energetica e misure antisismiche sugli edifici, effettuati dal 1° luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2021 (cd. ecobonus, sismabonus, bonus fotovoltaico e colonnine elettriche) (art. 119);

- un credito d'imposta per gli interventi di adeguamento alle prescrizioni sanitarie e di contenimento contro la diffusione del virus CO-

⁴⁹ Art. 5, comma 2, d.l. 30 aprile 2019, n. 34.

⁵⁰ Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia")

⁵¹ Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

VID-19 in favore di esercenti attività in luoghi aperti al pubblico (art. 120), nonché un nuovo, più ampio credito d'imposta per la sanificazione degli ambienti di lavoro (art.125);

- la proroga di diversi termini prefissati per versamenti e altri adempimenti fiscali;

- la concessione di un credito, per il periodo d'imposta 2020 e utilizzabile dal 1° luglio al 31 dicembre 2020, per i pagamenti di servizi turistici usufruiti sul territorio nazionale, in favore di nuclei familiari con ISEE non superiore a 40.000 euro (art. 176);

- l'abolizione della prima rata IMU per i possessori di immobili adibiti a stabilimenti balneari marittimi, lacuali e fluviali o stabilimenti termali, così come per gli immobili di agriturismo, villaggi turistici, ostelli della gioventù e campeggi, a condizione che i relativi proprietari siano anche gestori delle attività (art.177);

- l'esonero – dal 1° maggio al 31 ottobre 2020 – per gli esercizi di ristorazione ovvero per la somministrazione di pasti e di bevande dal pagamento della tassa o del canone dovuti per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (Tosap e Cosap) e l'istituzione di un fondo per il ristoro dei comuni a fronte della diminuzione delle relative entrate (art.181);

- il rafforzamento del regime straordinario di accesso al credito di imposta per gli investimenti pubblicitari, in particolare con l'elevazione dell'importo massimo dell'investimento ammesso al credito dal 30 al 50%, con un tetto di spesa di 60 milioni (art. 186);

- un credito d'imposta, in via straordinaria per l'anno 2020, per le spese sostenute per l'acquisto, nel 2019, della carta utilizzata per la stampa di quotidiani e periodici (art. 188);

- un credito d'imposta, per il 2020, in favore di alcune imprese editrici di quotidiani e di periodici pari al 30% della spesa effettiva sostenuta nel 2019 per l'acquisizione dei servizi di server, hosting e banda larga per le testate edite in formato digitale (art. 190);

- la maggiorazione dell'aliquota del credito d'imposta per gli investimenti in attività di ricerca e sviluppo destinato alle imprese operanti nelle regioni del Mezzogiorno (art. 244).

Ai fini della presente trattazione, la misura dotata di maggior interesse risulta essere senz'altro l'ultima. Nello specifico, l'aliquota è aumentata dal 12 al 25 per cento per le grandi imprese che occupano almeno duecentocinquanta persone, il cui fatturato annuo è almeno pari a 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio è almeno pari a 43 milioni di euro, dal 12 al 35 per cento per le medie imprese, che occupano

almeno cinquanta persone e realizzano un fatturato annuo di almeno 10 milioni di euro, e dal 12 al 45 per cento per le piccole imprese che occupano meno di cinquanta persone e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003.

Trattandosi di un semplice innalzamento dell'aliquota previgente, la disposizione non presenta problemi di coordinamento con la disciplina preesistente.

I problemi possono derivare, tutt'al più, dalla omessa previsione di un regime di compatibilità tra le misure di recente introduzione e le preesistenti agevolazioni. Fatta salva l'ipotesi del credito d'imposta di cui all'art. 244, la fruibilità degli aiuti introdotti dal decreto Rilancio non è vincolata a criteri di carattere geografico; pertanto, è ben possibile che un'impresa turistica, localizzata in una regione del Mezzogiorno, che effettui investimenti in beni strumentali nuovi e sopporti spese di sanificazione dell'ambiente di lavoro benefici nel complesso di tre distinte agevolazioni (art. 1, commi da 98 a 108, legge di stabilità 2016, e artt. 177 e 244, decreto Rilancio). Allo stesso modo, un lavoratore autonomo residente all'estero trasferitosi nel Mezzogiorno nel 2020 potrebbe usufruire, nell'ordine, di: a) un abbattimento della tassazione sul reddito generato dallo svolgimento della propria attività b) un credito d'imposta corrispondente al canone di locazione dell'immobile in cui esercita la professione (art. 28 decreto Rilancio) c) se in possesso dei requisiti previsti dalla normativa di dettaglio, del bonus di 600 euro disciplinato dal decreto Cura Italia.

4. *La sovrapposizione degli "aiuti Covid"*

La legislazione emergenziale sviluppatasi vorticosamente in Italia nei mesi scorsi con l'uso sistematico della decretazione d'urgenza ha introdotto nell'ordinamento misure di sostegno alle attività economiche e alle famiglie tese a rimuovere con immediatezza gli effetti più evidenti del lungo periodo di fermo forzato delle attività produttive.

Nei decreti legge adottati nei primi mesi dell'emergenza sanitaria sono state approvate decine di disposizioni che introducono *ex novo* agevolazioni fiscali o rafforzano analoghe misure preesistenti. Misure che, peraltro, non definiscono completamente i contenuti e gli aspetti

procedurali di ciascuna agevolazione, rinviando per questo a successive norme di attuazione. Risulta così alquanto difficile distinguere gli strumenti necessari a raggiungere l'obiettivo prefissato da quelli che paiono adottati al principale scopo di ottenere il gradimento dell'elettorato al di fuori di un quadro coerente con il loro fine primario. A ben vedere, l'unica caratteristica che accomuna l'insieme di queste misure è costituita dalla temporaneità.

Nel momento in cui la fase emergenziale svolge al termine, occorre invece ridisegnare l'intero sistema delle agevolazioni fiscali valorizzando quelle che possono produrre in concreto effetti positivi permanenti sul PIL del Paese ed evitando che le nuove norme finiscano per sovrapporsi alle agevolazioni pregresse e rendano sempre più inestricabile il quadro normativo esistente che, secondo stime recenti, prevede centinaia istituti agevolativi, per un costo complessivo sul bilancio statale pari a oltre duecentocinquanta miliardi di euro⁵².

In questa prospettiva di più ampio respiro, va evidenziato che l'art. 54 del decreto Rilancio esplicitamente autorizza le Regioni a introdurre ulteriori disposizioni agevolative in aggiunta a quelle già previste dalla norma statale. Il detto rinvio rievoca il problema dei margini della potestà fiscale delle Regioni, riconosciuta dall'art. 119 della Costituzione nel quadro dei principi di coordinamento con l'ordinamento statale, che si colloca al centro dell'acceso dibattito innescato nel recente passato dalla pressante richiesta di alcune Regioni di attivare forme alquanto spinte di regionalismo differenziato avvalendosi dell'art. 116, comma 3, della Costituzione⁵³. In questo quadro in veloce divenire occorrerà soffermarsi con grande attenzione su eventuali iniziative agevolative intraprese da

⁵² Il tema dell'ipertrofia e della asistematicità della legislazione agevolativa italiana è da tempo dibattuto e ciclicamente esaminato all'interno di iniziative di revisione e riordino che in questa sede possono essere date per note. Anche dall'estero i nostri regime agevolativi hanno destato interesse ai fini della ricerca di ambiti di miglioramento. Per una recente analisi in tal senso cfr. J. TYSON, *Reforming Tax Expenditures in Italy: What, Why, and How?*, IMF Working Paper, n. WP/14/7.

⁵³ Sulla vicenda complessa e contrastata dei rapporti tra lo Stato e gli enti territoriali cfr. S. STAIANO, *Art. 5* (Roma, 2017). Con specifico riferimento alle implicazioni sul piano finanziario del regionalismo differenziato, cfr. G. PETRILLO, *Profili finanziari del regionalismo differenziato: prospettive e limiti*, in *DPER - Dir. Pubbl. Eur. Rassegna*, n. 2/2019, 45. Per un'analisi multidisciplinare di questo stesso tema cfr. F. PASTORE (a cura di), *Il Regionalismo differenziato*, Atti del Convegno di Cassino del 5 aprile 2019 (Padova, 2019).

single Regioni (anche in attuazione del citato art. 54 del decreto Rilancio) e sulla loro corretta collocazione nell'ordinamento tributario⁵⁴.

Gli obiettivi dianzi delineati rendono non più rinviabile l'esigenza di definire l'impianto di un nuovo sistema fiscale basato su un ragionevole equilibrio tra equità ed efficienza, i cui cardini siano codificati all'interno di una legge che, sul modello dell'esperienza di altri Stati europei, regoli stabilmente principi generali dell'ordinamento tributario ed includa nella sua sistemazione anche la materia delle agevolazioni fiscali evidenziando i profili territoriali della sua disciplina⁵⁵.

5. Prospettive di evoluzione

La c.d. "questione meridionale" affonda le sue radici in un passato ormai lontano. Già negli anni immediatamente successivi all'unificazione italiana erano evidenti le profonde differenze esistenti nelle condizioni dell'economia delle diverse aree del nostro Paese.

La crisi economica, politica e sociale dello scorso decennio ha colpito il Sud in misura maggiore di quanto non sia accaduto al Nord e ha fatto riemergere il problema di un'Italia che viaggia a due velocità, nella quale il meridione risulta penalizzato per la minore quantità e qualità di infrastrutture e servizi pubblici e per il tasso di disoccupazione che, di conseguenza, si attesta su livelli più elevati. Questa stessa situazione si ripropone oggi, ulteriormente aggravata dall'impatto straordinario dell'emergenza sanitaria sul sommerso e sui settori turistico-alberghiero

⁵⁴ Va ricordato che le Regioni, nella costante ricerca di nuove fonti di entrata, sono state spesso protagoniste di indebite "fughe in avanti" nella materia dell'autonomia tributaria, costringendo la giurisprudenza a riportare in equilibrio il quadro normativo compromesso da leggi regionali incompatibili sia con la Costituzione sia con i principi dell'ordinamento europeo. In tema cfr. Corte cost., sent. 13 febbraio 2008, n. 102 e CGUE, sent. 17 novembre 2009, C-169/08 che (ciascuna per quanto di propria competenza) hanno dichiarato illegittima la c.d. "tassa sul lusso" introdotta con l.r. Sardegna 11 maggio 2006, n. 4, nonché CGUE, sent. 21 giugno 2007, C-173/05, che ha dichiarato incompatibile con l'ordinamento UE la c.d. "tassa sul tubo" introdotta dalla l.r. Sicilia 26 marzo 2002, n. 2.

⁵⁵ In tema P. SELICATO, *Contributo alla codificazione dei principi generali del sistema fiscale italiano: spunti dall'analisi comparata e riflessioni de iure condendo*, in *NEQTEPA*, n. 2/2019, 45. Nello stesso fascicolo contributi di J.M. Tejerizo Lopez, C. Osterloh-Konrad e A. Maitrôt de la Motte sulla codificazione negli ordinamenti spagnolo, tedesco e francese.

e della ristorazione, su cui si basa in misura più consistente che al Nord l'economia meridionale.

Come è stato accennato, non sempre gli interventi adottati per favorire la crescita e l'occupazione nel Mezzogiorno sono stati risolutivi e non sempre sono stati realizzati nell'ambito di riforme organiche dotate di sufficiente sistematicità⁵⁶.

Oggi più che mai, l'impostazione di politiche di sostegno dell'economia del Mezzogiorno programmate su un orizzonte temporale non limitato al breve periodo non può prescindere da un approccio interdisciplinare che parta dall'individuazione degli strumenti idonei ad ottenere concreti risultati in termini di recupero di produttività del sistema economico, efficienza dei servizi pubblici e redistribuzione della ricchezza, ne verifichi la conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in particolare quello della capacità contributiva in rapporto all'uguaglianza, nonché la coerenza con l'obiettivo del mercato unico europeo, garantito dal divieto di aiuti di Stato. In un simile contesto, l'emergenza da Covid-19 non può costituire l'unico elemento di valutazione di eventuali interventi agevolativi ma rappresentare il pretesto per ampliare l'orizzonte delle misure da introdurre ad un progetto di più ampio respiro e di maggiore stabilità nel tempo, in cui gli aiuti all'economia del Mezzogiorno abbiano autonoma dignità e siano destinati a permanere fino al riallineamento sugli stessi livelli della capacità produttiva del Paese.

Va osservato, infine, che unitamente agli aiuti di carattere fiscale devono essere considerate le misure consistenti in sgravi contributivi che riducono il c.d. "cuneo fiscale", dirette a promuovere l'occupazione nelle aree meno sviluppate del Paese e, in particolar modo, nel Sud, poiché anch'esse si risolvono in un sostegno finanziario a favore dell'economia del territorio.

⁵⁶ In generale, per un'analisi dell'esigenza di un organico intervento sul sistema fiscale italiano basato su una profonda revisione del rapporto tra fisco e contribuente che dia maggiore spazio alla *compliance* cfr. P. SELICATO, *Trasparenza e collaborazione nel rapporto tributario: Il nuovo volto della semplificazione fiscale*, in *Econ. It.*, n. 2/2020, 193.

RIFLESSIONI IN TEMA DI *ACCOUNTABILITY*
E GESTIONE DEL RISCHIO NEL SERVIZIO SANITARIO
NAZIONALE DI FRONTE ALL'EMERGENZA*

ADELE CALDARELLI, RAFFAELA CASCIELLO
FIORENZA MEUCCI, ROSANNA SPANÒ**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcune riflessioni sul Servizio Sanitario Nazionale. – 3. *Accountability* e Complessità in Sanità: lo stato dell'arte. – 4. I modelli di gestione del rischio. – 5. *Accountability*, Complessità e gestione del rischio: una analisi del SSN Italiano alla luce del *Quality Extreme Adverse framework*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il presente contributo si concentra sulle questioni economico-aziendali emergenti alla luce della recente *Emergenza Coronavirus*. Si tratta di un evento che, come evidenziato dal *World Economic Forum* (WEF), pone l'umanità tutta innanzi a una sfida senza precedenti. In tal senso il WEF segnala che «i governi nazionali e le agenzie sovranazionali devono trovare un giusto bilanciamento tra sicurezza sanitaria, imperativi economici e imperativi sociali sulla base di una conoscenza imperfetta e in evoluzione. È una sfida di governance che può comportare conseguenze a lungo termine per le comunità e le aziende».

Ci troviamo di fronte a un caso unico e – diversamente da quanto accadde, per esempio, con l'emergenza Ebola nell'Africa Occidentale del 2013-2016, più mortale ma meno contagiosa e più isolata e contenuta – l'epidemia c.d. COVID-19 si muove su una scala decisamente più ampia e con impressionante velocità.

Sorvolando sulle questioni concernenti i tempi di reazione – che pur di non poco conto non costituiscono oggetto di analisi né di critica in

* Sebbene lo scritto sia frutto di un lavoro congiunto, Adele Caldarelli è autrice del paragrafo 1, Raffaella Casciello dei paragrafi 2 e 5, Fiorenza Meucci dei paragrafi 3 e 4, Rosanna Spanò del paragrafo 6.

** Adele Caldarelli è Ordinario di Economia Aziendale, Università di Napoli Federico II; Raffaella Casciello è dottoranda in Management, Università di Napoli Federico II; Fiorenza Meucci è dottoranda in Management, Università di Napoli Federico II; Rosanna Spanò è ricercatrice in Economia Aziendale, Università di Napoli Federico II.

questo lavoro – si registra, in termini generali, una certa variabilità di approcci tra i diversi (e sempre più numerosi) Paesi coinvolti.

Le ricadute, tuttavia, sono generalizzate e coinvolgono una molteplicità di settori oltre che, come noto, il piano delle libertà personali di individui e comunità. Aspetto imprescindibile di cui tenere conto è, come chiarisce il WEF, che epidemie e pandemie rappresentano sia un rischio per la singola impresa, sia un amplificatore delle tendenze e delle vulnerabilità esistenti. Oltre alle normali preoccupazioni relative alla continuità operativa, alla protezione dei dipendenti e alla conservazione del mercato, le imprese – e i Paesi – dovrebbero guardare con un occhio più attento la loro esposizione a interdipendenze complesse e in evoluzione.

Su tale base il progetto rileva che, in prima istanza, le necessità di tutela della Salute pubblica, pur nella più alta considerazione delle citate dinamiche, impongono che la riflessione si focalizzi in prima istanza, come già accennato, sulle problematiche strettamente connesse alle caratteristiche dei sistemi sanitari. Ciò posto, il presente scritto ambisce a proporre alcune riflessioni che, considerato lo stato di emergenza attuale, possano tratteggiare in chiave evolutiva possibili implicazioni valevoli per il futuro in tema di *accountability* e gestione del rischio nel Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

In primis, lo scritto realizza una breve disamina delle attuali falle individuate/individuabili a livello nazionale, regionale e locale, specialmente in termini di meccanismi di coordinamento e flussi informativi, sistemi di identificazione prevenzione e gestione del rischio (anche clinico) e di misurazione e valutazione delle *performance*. Una tale ricognizione consente di interpretare in chiave sistemica e olistica il ruolo giocato da eventuali carenze su uno o più aspetti tra quelli menzionati, nella evidente difficoltà di fronteggiare l'epidemia in essere. Successivamente, l'articolo si soffermerà sui principali elementi di *accountability* e complessità che caratterizzano il settore in esame, nel tentativo di costruire una visione integrata che sia di ausilio all'interpretazione dei fenomeni indagati. A questo punto, verranno illustrati i tratti teorici principali riferibili alla gestione del rischio e alla sua evoluzione nella dottrina e nella prassi. Muovendo dalla precedente disamina, l'articolo propone un possibile approccio di gestione del rischio, che fondandosi sulle logiche del *Quality Extreme Adversity Action Framework*, possa essere adattato a una quotidiana gestione degli ambiti sanitari, nella direzione di più elevati livelli di qualità. Infine, sono fornite alcune considera-

zioni conclusive in ordine al necessario ripensamento degli orientamenti gestionali e di controllo in Sanità, anche tenendo conto delle eventuali limitazioni legate alle caratteristiche socio-demografiche e normativo-regolamentari del nostro Paese, nella direzione di un cambiamento dell'approccio alla creazione di valore e verso una più ampia *accountability*.

2. Alcune riflessioni sul Servizio Sanitario Nazionale

Il Servizio Sanitario Nazionale, ufficialmente istituito nel 1978¹, segna un significativo tentativo di dar corso alle pressioni che aspiravano a realizzare un percorso di c.d. *aziendalizzazione* della pubblica amministrazione in sintonia con il *New Public Management movement* (NPM). Tale orientamento teorizzava l'indispensabile introduzione nella sfera pubblica delle consolidate logiche di efficacia ed efficienza tipiche del mondo privatistico-aziendale², riconoscendo che, nonostante le indubie diversità tra aziende, solo una corretta gestione economica possa garantire il raggiungimento delle finalità istituzionali, indipendentemente dalla natura di queste ultime³.

¹ L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, seguendo il modello del *National Health Service* britannico, è sancita dalla Legge 23 dicembre 1978, n. 833. La finalità di tale epocale cambiamento era quella di realizzare un «complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione, senza distinzioni di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

² L.R. JONES, R. MUSSARI, Public Management Reform in the U.S. and Italy: Accounting, Measurement and Financial Reporting, *International Public Management Review*, 1, 2000, 56-77. E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Ed. Egea, Milano, 2004, 166 ss. E.P. JANSEN, New Public Management: Perspectives on Performance and The Use Of Performance Information, *Financial Accountability & Management*, 24(2), 2008, 169-191. L.I. LAPSLEY, The Npm Agenda: Back To The Future, *Financial Accountability & Management*, 24(1), 2008, 77-96.

³ G. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1956, 182 ss. Zappa segnala come «troppo sovente nelle aziende di erogazione ogni principio economico pare negletto e che anche queste vogliono raggiungere fini economici, sia pure accomodati a esigenze di esistenza individuale o collettiva». E. GIANNESI, Considerazioni critiche intorno al concetto di azienda, in *Scritti in onore di G. Dell'Amore, Saggi di Discipline Aziendali e Sociali*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, 587 ss. Giannessi sostiene che il fine economico dell'azienda non contrasta con le finalità etiche, politiche e sociali perseguite, ma ne costituisce la condizione primaria e indispensabile. V. CODA, Per un buon governo delle aziende sanitarie pubbliche, *Azienda*

In dettaglio, il processo di riforma avviato agli albori degli anni '80 intendeva perseguire obiettivi di stabilizzazione macroeconomica ed efficienza microeconomica, attraverso l'introduzione di una gestione manageriale e la creazione dei quasi-mercati⁴. Si tratta, a ben vedere, di un processo assai tortuoso, progressivamente realizzato attraverso la successiva emanazione di 3 decreti legislativi (nel 1992, nel 1993 e nel 1999)⁵ che hanno condotto all'attuale assetto organizzativo del sistema sanitario italiano, articolato su tre diversi livelli – statale, regionale e locale.

In sintesi, tali interventi hanno sancito che i compiti relativi alla definizione degli obiettivi generali, delle condizioni uniformi di assistenza e delle risorse a carico del bilancio dello stato siano curati a livello statale; al livello regionale viene gestita l'attività sanitaria, stabilendo gli obiettivi di medio periodo e eventuali obiettivi specifici e risorse da assegnare alle Aziende Sanitarie Locali e alle Aziende Ospedaliere; queste ultime, poi, tenendo conto delle direttive statali e regionali definiscono le proprie modalità di funzionamento e le proprie condizioni di offerta, in modo autonomo.

Tale quadro fa sì che i ventuno Servizi Sanitari Regionali⁶ rappresentino il centro nevralgico del sistema sanitario con il potere e la responsabilità, nel rispetto delle linee guida emanate almeno triennialmente a livello centrale, di identificare il proprio modello di governance, i propri obiettivi e priorità, nonché le strategie per perseguirli. Dunque, il SSN diviene un sistema di SSR caratterizzati da elevata eterogeneità, con le regioni che assumono la veste di vere e proprie *holding* dotate di tipici diritti proprietari e di poteri di controllo⁷.

Pubblica, 2-3, 2003, 151-158. Coda, riferendosi ai contesti sanitari, sottolinea che «le aziende sanitarie pubbliche hanno come ragion d'essere la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività. Pochi altri tipi di azienda possono vantare una ragione di esistere altrettanto valida sul piano umano e sociale che, dunque, si presta a essere vissuta come una missione capace di suscitare dedizione e di dare significato al lavoro del personale tutto (medico, infermieristico, e amministrativo)».

⁴ E. ANESSI PESSINA, Il modello di analisi, l'impostazione del rapporto e i principali risultati, in Anthony R.N., Young D.W., *Management Control in Non Profit Organizations*, McGraw-Hill, Irwin, 2005.

⁵ D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; D.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517; D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

⁶ Si noti che le Province Autonome di Trento e Bolzano hanno autonomia dispositiva in materia sanitaria.

⁷ F. LONGO, C. CARBONE, L. COSMI, La Regione come capogruppo del SSR: model-

Questo disegno ha permesso che nel corso del tempo, contrariamente alle attese iniziali, i fattori istituzionali e le logiche di natura burocratica prevalessero rispetto ai meccanismi manageriali, per i quali talvolta si è assistito a tentativi di implementazione meramente formali. È utile rilevare, difatti, che in Italia il processo di riforma menzionato si è sviluppato “a macchia di leopardo” in particolar modo con riferimento ad alcune regioni che sono rimaste più indietro di altre⁸. In tal guisa, fattori quali l'autonomia di ciascun SSR, i margini di autonomia gestionale lasciati alle singole aziende e l'influenza e l'ingerenza politica nel comparto sanitario hanno continuato a favorire la libera definizione di processi, *standard* e *target* non garantendo uniformità e comparabilità sul territorio nazionale⁹.

Lo scotto che si paga oggi è legato, in effetti, in tempo di emergenza, all'incancrenimento delle predette questioni. Si tratta, a ben vedere, di ricercare la comprensione di aspetti cruciali, di porsi nuove domande, di tentare di fornire moderne risposte alla luce di quanto accade al tempo in cui si scrive.

La questione, non è una novità, risiede nella reale applicabilità di criteri e logiche aziendali ad un Servizio Sanitario come quello italiano, contraddistinto da elevata tendenza ad allearsi con le parti politiche, anche in ragione dell'elevata dipendenza dal finanziamento pubblico, inesorabile aumento dei costi, progressivo accumulo di enormi deficit finanziari, a riprova del fatto che il processo di riforma è stato talora fallace nel fornire meccanismi che concretamente incentivassero e supportassero in modo adeguato i processi decisionali.

Ciò considerato, nei prossimi paragrafi si propone una breve disa-

li e strumenti a confronto in sei Regioni, in Anessi Pessina E., Cantù E. (a cura di), *Rapporto OASI 2003 sullo stato dell'aziendalizzazione nella sanità italiana*, Ed. Egea. Milano, 2003, 1000-1047.

⁸ Alcune ricerche hanno evidenziato una forte influenza esercitata da fattori culturali, di contesto e di governance sul diverso grado di aziendalizzazione rinvenibile tra i Servizi Sanitari Regionali (SSR). FORMEZ, *I sistemi di Governance dei Servizi Sanitari Regionali*, 2007. A. CALDARELLI, M. MAFFEI, R. SPANÒ, I sistemi di valutazione della performance dei Direttori Generali come processo trasformativo. Un'analisi empirica dei Servizi Sanitari Regionali Italiani, *Management Control*, 3(3), 2012, 37-62. A. CALDARELLI, C. FIONDELLA, M. MAFFEI, R. SPANÒ, M. ARIA, Ceo Performance evaluation systems: empirical findings from the Italian Health Service, *Public Money and Management*, 33(5), 2013, 369-376.

⁹ CALDARELLI, M. MAFFEI, R. SPANÒ, I sistemi di valutazione della performance dei Direttori Generali come processo trasformativo. Un'analisi empirica dei Servizi Sanitari Regionali Italiani, *Management Control*, 3(3), 2012, 37-62.

mina critica degli elementi di *accountability*, complessità e *risk management* che caratterizzano il settore in esame, nel tentativo di acquisire una consapevolezza delle attuali criticità, successivamente tentando di elaborare una risposta che possa indirizzare possibili interventi futuri.

3. Accountability e Complessità in Sanità: lo stato dell'arte

L'analisi che in questa sede si vuole proporre deve essere intesa nell'ambito di un più ampio e turbolento panorama in ragione della crescente rilevanza (anche economica) del comparto sanitario, nonché dell'evoluzione tecnologica, scientifica e socio-politica, che impone ai sistemi sanitari di confrontarsi costantemente con nuove sfide.

In generale, le molteplici pressioni a cui detti sistemi sono sottoposti hanno portato all'attenzione questioni di delicata gestione quali le dispute in ordine al diritto alla salute e all'equità delle cure, che hanno ingenerato a loro volta dibattiti assai complessi su come riuscire a bilanciare l'esigenza di garantire una maggiore sicurezza per i pazienti ed elevati *standard* qualitativi¹⁰, mitigando gli effetti legati all'incremento incontrollato della spesa.

Occorre dunque riflettere, in prima istanza, sul fatto che i tentativi riformistici sinora attuati, non sempre garantendo un *continuum* ideologico costante delle molteplici iniziative, talvolta parcellizzando le forze in singhiozzanti e parziali modifiche, avevano intravisto nel riconoscimento della *piena natura aziendale* alle organizzazioni sanitarie una via auspicata – se non obbligata – per realizzare una riunificazione tra logiche di qualità ed economicità¹¹. Tale riunificazione, anche sull'onda di misure variamente progettate da parte di numerosi sistemi sanitari a livello globale, ha costituito il *leitmotiv* delle azioni proposte, per conseguire scopi di miglioramento delle prestazioni, ottimizzazione della spesa e riduzione dei costi, seguendo due direttrici essenziali: quella di un

¹⁰ E. KUHLMAN, J. ALLSOP, M. SAKS, Professional governance and public control, *Current Sociology*, 57(4), 2009, 511-528.

¹¹ La condizione di economicità è qui da intendersi come la capacità di raggiungere l'efficacia strategica e l'efficienza operativa, superando dunque i vincoli quantitativi imposti dalla equazione costi-ricavi, in una ottica più ampia di creazione del valore che travalica (mere) aspirazioni di profitto. E. CAVALIERI, R. FERRARIS FRANCESCHI, *Economia Aziendale*, Vol. I, Attività aziendale e processi produttivi, Giappichelli Editore, Torino, 2010, 65-76.

ripensamento dei consolidati – ma ormai desueti e poco funzionali – modelli gerarchico-burocratici e quella di più estesa *accountability*.

Il concetto di *accountability* qui richiamato, non scevro da aleatorietà e inafferrabilità¹², costituisce, coerentemente, il necessario punto di partenza per riflettere sulle implicazioni delle riforme che hanno interessato il SSN e i cui effetti oggi più che mai sono sotto lo scrutinio dell'opinione pubblica, in conseguenza dei devastanti effetti della pandemia SARS-Cov2. Dagli anni '80 il "manifesto" dell'*accountability* nella sfera pubblica e, ancor più veementemente nel contesto sanitario, diventa una necessità tempestiva e inderogabile per soddisfare le pressanti richieste da parte degli *stakeholders* di risposte più esaustive circa le attese sociali collegate agli scopi di fondo dei sistemi aziendali, nell'assenza però di una intesa circa cosa fosse opportuno comunicare, in che modo, con quali obiettivi e rispetto a quali parametri cognitivi e valutativi. Insomma, intendendo comunicare modalità di creazione di valore, ma senza aver chiarito a priori a che accezione di valore occorresse far riferimento¹³.

In merito, è stato rilevato che in un settore come quello in esame molteplici attori con obiettivi spesso conflittuali, determinano frequentemente l'affermarsi di impostazioni divergenti e una ingiustificata lentezza nei processi di miglioramento delle prestazioni. In siffatto contesto, il raggiungimento di un elevato valore per i pazienti (in termini di risultati di salute conseguiti per risorse monetarie investite) dovrebbe essere ritenuto l'obiettivo primario perché in grado di riunificare gli interessi di tutti gli interlocutori del sistema. Chiaramente, la creazione di valore e l'*accountability*, tra loro strettamente interrelate, non potevano e non possono prescindere dall'esigenza di rinnovati sistemi di distribuzione delle risorse e la necessità di misure volte a diffondere più corrette

¹² Molteplici i significati, espliciti e non, che nel corso del tempo hanno caratterizzato la camaleontica idea di *accountability*. M. DUBNICK, Clarifying accountability an ethical theory framework, in Sampford C., Preston N. (a cura di), *Public sector ethics*, Routledge, London, 1998, 376-417. L.D. GAMM, Dimensions of accountability for not-for-profit hospitals and health systems, *Health Care Management Review*, 21(2), 1996, 74-86. Gamm sostiene che «Accountability of health services organizations is defined as taking into account and responding to political, commercial, community, and clinical/patient interests and expectations. Accountability is the process by which health leaders pursue the objectives of efficiency, quality, and access to meet the interests and expectations of these significant publics».

¹³ M.E. PORTER, What is value in healthcare? *The New England Journal of Medicine*, 23, 2010, 2477-2481.

logiche competitive e manageriali che hanno progressivamente acquisito un ruolo di primo piano nell'agenda delle istituzioni sovranazionali e dei governi statali e locali.

In questa ottica, gli innegabili sforzi messi in campo per il raggiungimento di sistematiche condizioni di qualità del servizio ed economicità, invero il percorso di rinnovamento non può giudicarsi definitivamente perfezionato. Le cause della persistente incompiutezza, che oggi più che mai si rivelano nella loro portata, sono numerose e assai eterogenee.

In primis, le esigenze di *accountability* già citate si scontrano con la complicata relazione tra l'*accountee* – colui che delega la funzione di tutela della salute (principale) – e l'*accountor* – che è investito della responsabilità di svolgere tale compito (agente) e che per tale motivo deve renderne conto al primo soggetto. Permane, infatti, un certo grado di confusione nell'identificazione di queste figure, nella comprensione di quali azioni o risultati debbano essere presi a riferimento per responsabilizzare l'agente, dei criteri da adottare per giudicarne l'operato, delle modalità più adeguate a riconsiderare i processi decisionali alla luce degli esiti delle valutazioni.

Inoltre, le pressioni al contenimento della spesa e al taglio dei costi hanno talvolta indotto maldestri e repentini interventi da attuare in "emergenza", dirigendo l'azione manageriale verso un'ottica di efficientamento da garantire solo formalmente, anziché attraverso un sostanziale ripensamento di processi, procedure e prassi. Dunque, sono state impiegate soluzioni non concertate e incapaci di cogliere quegli aspetti legati alla difficile dialettica tra problematiche economico-gestionali e processi clinici che è, per contro, un connotato intrinseco del settore sanitario¹⁴. Ciò ha spesso incancrenito la divaricazione tra la gestione economica e quella clinica, rinforzando e non mitigando le cause primarie di quegli aumenti incontrollati della spesa che, nelle intenzioni, si volevano porre sotto controllo.

Ripetutamente, il cambiamento è stato condotto come una crociata, senza chiarirne confini, ambiti, obiettivi, modalità e priorità, innescando conflitti tra le compagini manageriali e i gruppi professionali.

Da un lato, i manager hanno prediletto uno stile di leadership *top-down*, sorvolando sulla necessità di prevedere obiettivi che tenessero conto delle implicazioni cliniche e sociali, e che per la loro formulazione

¹⁴ K. JACOBS, G. MARCON, D. WITT, Cost and performance information for doctors: an international comparison, *Management Accounting Research*, 15(3), 2004, 337-354.

fosse essenziale una fase di ascolto e concertazione con le specifiche professionalità interessate. Dall'altro, i gruppi professionali hanno opposto resistenza all'introduzione di strumenti di pianificazione e controllo, spesso riducendone l'utilità, poiché ravvisavano negli stessi una minaccia alla loro autonomia anziché una opportunità di miglioramento delle prestazioni¹⁵.

Ulteriore elemento di complessità è quello relativo alla non facile, e spesso trascurata, identificazione dei ruoli e delle responsabilità all'interno di tali organizzazioni. Nell'assenza di una chiara definizione di tali elementi, invero, i sistemi di pianificazione e controllo previsti per le aziende sanitarie non possono funzionare, tramutandosi in un mero espediente di legittimazione formale esterna, con ripercussioni strategiche e operative.

In aggiunta, è opportuno segnalare le preoccupazioni in ordine alle questioni di misurazione e valutazione della *performance*. Segnatamente, i dubbi riguardano la chiara identificazione degli oggetti e dei soggetti della valutazione. Inoltre, i sistemi in discussione possono risentire della possibilità di quantificare solo alcuni aspetti delle prestazioni, della coesistenza di processi di matrice differente, sia amministrativi che clinici, questi ultimi sovente contraddistinti da scarsa trasparenza e, quindi, difficili da valutare. Si aggiunge, a tale quadro, l'incertezza connessa alla mancanza di indicatori e criteri comunemente accettati per supportare i processi in esame¹⁶. Vieppiù, una questione di rilevanza centrale è quella relativa all'individuazione dei soggetti valutati e valutatori e alla loro separazione, soprattutto in contesti caratterizzati da elevata politicizzazione.

Infine, non si può tralasciare la annosa questione legata alle dimensioni del rischio negli ambiti in esame, e alla necessità/difficoltà di iden-

¹⁵ K. JACOBS, G. MARCON, D. WITT, Cost and performance information for doctors: an international comparison, *Management Accounting Research*, 15(3), 2004, 337-354. L. KURUNMAKI, A hybrid profession: The acquisition of management accounting expertise by medical professional, *Accounting Organization and Society*, 29(3/4), 2004, 327-347.

¹⁶ J.L. MILLER, The Board as a Monitor of Organisational Activity. The Applicability of Agency Theory to Nonprofit Boards, *Nonprofit Management & Leadership*, 12(4), 2002, 429-450. R.N. ANTHONY, D.W. YOUNG, *Management Control in Non Profit Organisations*, McGraw-Hill, Irwin, 2005. I. LAPSLEY, The Npm Agenda: Back To the Future, *Financial Accountability & Management*, 24(1), 2008, 77-96. K. EECKLOO, L. DELESIE, A. VLEUGELS, Where is the pilot? The changing shapes of governance in the European hospital sector, *The journal of the Royal Society for the promotion of health*, 127(2), 2007, 78-86.

tificare, presidiare e mitigare dimensioni di rischio eterogenee e assai complesse, in grado di comporsi variamente e di impattare in modo devastante sulla tenuta del sistema sanitario.

Nella consapevolezza della sistematica interdipendenza tra gli elementi di complessità in questa sede sinteticamente richiamati, considerando il tema del rischio particolarmente rilevante alla luce dei recenti accadimenti legati alla pandemia Covid-19, il quarto paragrafo riassume brevemente le questioni concernenti i modelli teorici di gestione del rischio, per poi proporre nel quinto paragrafo una ottica squisitamente applicabile al settore sanitario.

4. I modelli di gestione del rischio

A fini di chiarezza il presente paragrafo presenta alcune coordinate teoriche essenziali per inquadrare le problematiche di gestione del rischio in senso ampio e fornirne, successivamente, una declinazione legata all'ambito in esame.

La comprensione degli approcci e delle logiche di gestione del rischio, soprattutto per i "profani" non può prescindere da una chiave di lettura evolutiva. Inizialmente il rischio veniva trattato prevalentemente abbracciando una concezione *silobased*, dunque gestendolo a livello di ogni singola *business unit*¹⁷. Tale comportamento determinava certamente processi meno onerosi sul piano delle risorse gestionali e finanziarie necessarie, ma scontava gli evidenti limiti dovuti ai limitati - se non nulli - strumenti di comunicazione e coordinamento e alla incapacità di tener conto delle interrelazioni tra funzioni. Coerentemente, tale struttura produceva un orientamento al perseguimento di obiettivi di breve periodo a detrimento di un'ottica più lungimirante, proprio in ragione della assenza di una visione integrata. Siccome la gestione del rischio, affrontata in un'ottica tradizionalmente definibile come *checklist*, non garantiva alle imprese la possibilità di trovare una connessione profonda tra le caratteristiche dell'ambiente interno, i processi decisionali strategici, gli obiettivi di lungo periodo ed il sistema di ripartizione dei compiti essenzialmente strumentale ad una mappatura completa e aggiornata dei rischi, sorgeva l'interrogativo circa la possibilità di forma-

¹⁷ T. GARSIDE, P. NAKADA, Enhancing risk measurement capabilities, *Balance Sheet*, 8(3), 2000, 1 ss. C. MARRISON, *The fundamentals of risk measurement*, McGraw Hill, New York, 2002.

lizzare un sistema di *risk management* rispondente alle emergenti necessità aziendali. In effetti, la *ratio* alla base dell'implementazione di un modello formalizzato di gestione e controllo dei rischi era riconducibile alla necessità di fornire uno strumento *ad hoc* alle imprese per consentire il perseguimento di un obiettivo di creazione di valore globalmente inteso, che, evidentemente, non poteva prescindere da un approccio valutativo *forward-looking* circa le potenziali minacce ed opportunità connesse alle attività produttive stesse (in senso lato).

A partire dalla prima metà degli anni 2000, la crescente aleatorietà delle condizioni macro-economiche di mercato, la profonda instabilità degli equilibri economici nazionali ed internazionali e l'urgenza di tutelare la capacità reddituale attuale e prospettica delle realtà aziendali ha affrettato ancora di più la ricerca di innovativi sistemi di gestione e controllo dei rischi sempre più integrati.

In questa direzione, il *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (CoSo)*, promotore dell'elaborazione e dell'implementazione dei modelli di *risk management* fin dal 1985, ha sviluppato nel 2004 il modello "*Enterprise Risk Management – Integrated Framework*". Tale modello c.d. ERM, è definito in apertura del *practice report* come un processo posto in essere dal consiglio di amministrazione, dal management e da altri operatori della struttura aziendale, per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione, progettato per individuare eventi potenziali in grado di influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro limiti accettabili e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali¹⁸. La gestione efficace delle incertezze insite nell'attività aziendale, attraverso la definizione dei piani strategici e operativi in un'ottica integrata con i rischi, permette, pertanto, di alimentare l'orientamento al perseguimento degli obiettivi in un'ottica più lungimirante. L'ERM, dunque, attraverso l'introduzione di aspetti afferenti alla sfera della rischiosità in un'ottica sistemica, ambisce a superare molti dei limiti della gestione tradizionale spesso dovuti ad una visione settoriale e parcellizzata che impedisce di cogliere le correlazioni tra rischi di natura diversa trattati da unità organizzative separate. E, invero, l'ERM si caratterizza come un processo dotato di una natura pervasiva all'interno dell'azienda che non si limita a manifestarsi attraverso un insieme di operazioni di pertinenza esclusiva di singole funzioni aziendali, ma si estende in maniera trasversale, a

¹⁸ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, *Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, 2004, 151-158.

tutti i livelli dell'organizzazione¹⁹. Il coordinamento a livello *enterprise* acquisisce, in questo ambito, un ruolo fondamentale traducendosi nella definizione dei compiti e delle responsabilità dei soggetti coinvolti nel processo e nel ricorso a meccanismi di coordinamento e integrazione²⁰.

L'ERM (2004) si fonda sulla segmentazione del processo di *risk management* in fasi intrinsecamente interrelate alle quattro categorie di obiettivi (strategici, operativi, di reporting e di conformità) inquadrabili globalmente in una prospettiva aziendale *ad hoc*²¹ e auspica il superamento della prospettiva tradizionalmente *silos-based* del sistema di *risk management*.

Nel tempo, però, l'evidenza empirica ha mostrato che il modello ERM (2004) non sia stato correttamente implementato e che ha avuto una diffusione geografica frammentaria e a macchia di leopardo. Inoltre, nella stragrande maggioranza dei casi in cui le imprese abbiano dichiarato una formale adozione del modello ERM (2004), le effettive pratiche di *risk management* non hanno trovato una convergenza con gli approcci auspicati e con le pratiche descritte dalla *Treadway Commission*. Verifiche empiriche hanno accertato che l'adozione del modello ERM fosse una scelta strategica strumentale al perseguimento di scopi di *formal compliance* nei confronti dei modelli di *risk management* riconosciuti a livello internazionale come *best practices*²². Le attese legate all'implementazione e alla diffusione del modello ERM (2004), riconducibili allo sviluppo di un sistema di controllo del rischio completo e solido, la creazione di una trama di interconnessioni sistemiche tra rischi

¹⁹ C. ZAGARIA, *L'Enterprise Risk Management. Gestione integrata del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, 1-30. A. CALDARELLI, L. MARCHI, *Il sistema di controllo interno nelle imprese non grandi. Elementi costitutivi, dimensioni soggettive e tendenze di integrazione* (a cura di), Franco Angeli, Milano, 2018.

²⁰ L. MARCHI, Controllo interno-esterno nella valutazione dei rischi e delle performance aziendali, *Management Control*, 3, 2013.

²¹ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, *Enterprise Risk Management – Aligning Risk with Strategy and Performance*, 2016. Le fasi del processo di risk management identificate attraverso gli otto layers del cubo tridimensionale del modello "Enterprise Risk Management-Integrated Framework" del 2004 sono riassumibili come segue: ambiente interno, definizione degli obiettivi, identificazione degli eventi, valutazione del rischio, risposta al rischio, attività di controllo, informazione e comunicazione, monitoraggio.

²² A. LIONZO, F. ROSSIGNOLI, Il ruolo dei compliance programs nel governo d'impresa, in LAI A. (a cura di), *Il contributo del sistema di prevenzione e gestione dei rischi alla generazione del valore d'impresa*, Franco Angeli, Milano, 2013.

per ridimensionare la variabilità delle performance economiche e perseguire l'obiettivo auspicato dal "Total Quality Management"²³, sono state tradite. Eppure, nonostante il modello avesse suggerito teoricamente un approccio alla gestione del rischio maggiormente sistematica e focalizzata, la necessità di dotarsi di un sistema di *risk management* che riuscisse a creare delle interconnessioni più strette e profonde con la pianificazione strategica ed operativa e le performance target ha spinto il CoSo ad elaborare un innovativo modello di rischio con una prospettiva dall'anima intrinsecamente olistica in grado di risolvere ex-ante le potenziali problematiche "context-specific" di adozione del modello ERM 2004²⁴.

Il modello "Enterprise Risk Management – Aligning Risk with Strategy and Performance", pubblicato prima nel 2016 e poi perfezionato nell'anno successivo nella ratio e nella denominazione ("Enterprise Risk Management - Integrating with Strategy and Performance"), ha soppiantato il modello ad esso immediatamente precedente e, attraverso il rispetto dei tre imperativi integrazione, implementazione e *commitment* ha creato le basi per perseguire l'obiettivo del valore globale²⁵.

Il nuovo modello ERM 2016 ha definito un processo di *risk management* ciclico in continuo divenire dove la gestione del rischio risulta essere funzionale all'implementazione di *performance* strategicamente coerenti ai *core values* aziendali. L'implementazione di struttura di *risk management* particolarmente più dinamica avvenuta attraverso la definizione delle tre linee d'azione (*vision, mission* e *core values; strategy and business objectives; enhanced performance*) attorno alle quali si sviluppano i cinque profili di *risk management* ha garantito al modello ERM una maggiore flessibilità e coerenza ad una cultura di rischio integrata ed olistica.²⁶ Nel modello ERM 2017 la strategia di gestione del rischio dipende dalla tipologia di *performance target* e, al contempo, dalla misura di *risk appetite* e *risk tolerance*. I vantaggi sono riconducibili all'allineamento dell'ammontare del rischio accettabile con la capacità

²³ L. SELLERI, Enterprise Risk Management quale sistema di protezione e di creazione di valore, *Business and Management Sciences International Quarterly Review*, 7(3), 2016.

²⁴ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, *Enterprise Risk Management – Aligning Risk with Strategy and Performance*, 2016.

²⁵ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, *Enterprise Risk Management – Integrating with Strategy and Performance*, 2017.

²⁶ I cinque componenti dell'ERM 2017 sono: "Risk Governance and Culture", "Risk, Strategy, and Objective-Setting", "Risk in Execution", "Risk Information, Communication, and Reporting" e "Monitoring Enterprise Risk Management Performance".

dell'organizzazione di compiere una gestione efficace ed efficiente dell'incertezza. Inoltre, la definizione e la quantificazione di una *acceptable variation in performance* conferiscono al management flessibilità nella gestione strategica del rischio, rimanendo sempre nell'area di *risk tolerance*, sostanzialmente preclusa dal modello ERM 2004.

5. Accountability, Complessità e gestione del rischio: una analisi del SSN Italiano alla luce del Quality Extreme Adverse framework

La consapevolezza della crescente sensibilità alle logiche sistemiche di gestione del rischio assume *nuances* ancora più peculiari laddove tali ragionamenti si vogliono adeguatamente impiegare in ambito sanitario. L'entità dell'emergenza SARS-Cov2, difatti, non fa che mettere in luce l'importanza di un attento e proattivo approccio al rischio e alla sua gestione e il pericolo legato all'assenza o, peggio, al fallimento di eventuali sistemi messi in campo per questo scopo capaci invece di distruggere valore.

Procedendo con ordine occorre ribadire che, analogamente a quanto avviene in qualsiasi altro sistema complesso, in Sanità è di prioritaria importanza, per introdurre logiche di gestione del rischio, la comprensione contestualizzata del concetto di evento avverso. Si tratta, nello specifico, di una lesione involontaria o di una complicazione che causa disabilità, morte o degenza ospedaliera prolungata provocata dalla gestione dell'assistenza sanitaria piuttosto che dal processo patologico di base del paziente²⁷. Caratteristica intrinseca dell'assistenza medica è il fatto che questa non sia scevra, appunto, dal rischio che il paziente corre di soffrire di eventuali patologie come conseguenza involontaria dei trattamenti²⁸. Pare chiaro, dunque, che la probabilità di errori ed eventi avversi non possa essere eliminata nelle organizzazioni sanitarie. Tuttavia, è comunque possibile gestire il rischio in linea con un processo ri-

²⁷ G. ROSS BAKER, P.G. NORTON, V. FLINTOFT, R. BLAIS, A. BROWN, J. COX, E. ETHELLES, W.A. GHALI, P. HÉBERT, S.R. MAJUMDAR, M. O'BEIRNE, L. PALACIOS DERFLINGHER, R.J. REID, S. SHEPS, R. TAMBLYN, The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada, *Canadian Medical Association Journal*, 170(11), 2004, 1678-1686. C. VINCENT, *Patient Safety*, Elsevier Science Limited, London, 2006.

²⁸ E.J. THOMAS, D.M. STUDDERT, H.R. BURSTIN, E.J. ORAV, T. ZEENA, E.J. WILLIAMS, K.M. HOWARD, P.C. WELER, T.A. BRENNAN, Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado, *Medical Care*, 38(3), 2000, 261-271.

corsivo di miglioramento continuo. In merito, il *Project Management Institute*²⁹ segnala che l'obiettivo di aumentare le probabilità e gli impatti di eventi positivi e ridurre le probabilità e gli impatti relativi agli eventi avversi possa essere realizzato attraverso una accurata gestione dei rischi che comprenda i processi relativi alla pianificazione, identificazione, analisi, risposta, monitoraggio e controllo della gestione.

Nella consapevolezza che i rischi che si addensano intorno al contesto sanitario possano essere certamente di natura eterogenea, avendo già tratteggiato le implicazioni generali di gestione del rischio nel paragrafo precedente, in questa sede pare opportuno soffermarsi sulle problematiche legate al rischio clinico, che oggi più che mai si sono violentemente imposte all'attenzione dell'opinione pubblica, spingendo a crescenti richieste di *accountability* da parte dei sistemi sanitari a livello globale e al contempo rivelando le lacune esistenti in merito, nonostante le innumerevoli iniziative messe in campo a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

In prima istanza, si rifletta in ordine alla multidimensionale natura del rischio clinico. Esso è variamente inteso come errore clinico in contrasto con il trattamento, l'assistenza, l'intervento terapeutico o il risultato diagnostico previsti³⁰ oppure come la probabilità che un paziente sia influenzato volontariamente o involontariamente da un evento avverso causato da trattamenti medici³¹. È importante sottolineare, nondimeno, che il rischio clinico non è solo dovuto alle attività mediche che incidono direttamente sui pazienti, ma dipende da una serie più ampia di attività e professionisti. Esso può essere determinato da molti fattori relativi al sistema, all'ambiente e all'interazione delle persone che operano nei processi connessi alla fornitura di cure. Il presente scritto, anche in linea con la situazione attuale, adotta questa prospettiva più ampia sul rischio clinico, includendo tutti gli eventi che possono influenzare la sicurezza dei pazienti sia direttamente che indirettamente.

In termini generali la ricerca ha fino ad oggi evidenziato che il 50% degli eventi avversi verificatisi nei casi esaminati avrebbero potuto essere prevenuti e che sia fondamentale approfondire l'analisi degli accadi-

²⁹ PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, *A Guide to the Project Management Body of Knowledge* (PMBOK Guide), third ed., Newtown Square, 2004.

³⁰ D. SALE, *Understanding Clinical Governance and Quality Assurance*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

³¹ L. KOHN, J. CORRIGAN, M. DONALDSON, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, National Academy Press, Washington DC, 1999.

menti passati per comprendere appieno gli eventi scatenanti degli errori medici e le loro correlazioni al fine di ridurre la probabilità che si verifichino nuovamente in futuro lavorando su tutte le loro possibili cause³².

In merito, risulta condivisibile, soprattutto alla luce della casistica attuale legata all'epidemia SARS-Cov2, la posizione ribadita dalla teoria dei fallimenti latenti³³, che proprio nell'accogliere un'ottica sistemica, segnala come raramente gli eventi avversi siano determinati da un singolo errore, sia esso umano o tecnologico, ma siano più spesso il frutto di una catena prodotta da numerosi fattori organizzativi, professionali, personali e tecnici.

Proprio in tale consapevolezza, una interessante prospettiva interpretativa di respiro generale, ma certamente adatta all'interpretazione dei fenomeni in essere nel SSN Italiano, deriva dalla recente proposta teorica del *Quality Extreme Adversity (QEA) Action Framework*³⁴.

Tale modello teorico è stato sviluppato in tempi recentissimi a valle della disamina di più di 500 articoli pubblicati in riviste *peer-reviewed* e report tecnici, finalizzato ad elaborare uno strumento pratico, comprensibile e facilmente applicabile, per supportare il miglioramento della qualità dei servizi sanitari in ottica sistemica e secondo un approccio olistico. È certamente interessante segnalare che la genesi del modello è da ricondurre a una auspicabile implementazione in contesti cosiddetti di *extreme adversity*. Sebbene l'espressione sia assai generica il gruppo di lavoro aveva inteso riferirsi principalmente a quelle aree caratterizzate da fragilità e vulnerabilità legate a fattori quali l'instabilità politica, per-

³² P. DAVIS, R. LAY-YEE, S. SHUG, R. BRIANT, A. SCOTT, S. JOHNSON, W. BINGLEY, Adverse events regional feasibility study: indicative findings, *The New Zealand Medical Journal*, 114(1131), 2001, 203-205.

L.L. LEAPE, T.A. BRENNAN, N. LAIRD, A.G. LAWTHERS, A.R. LOCALIO, B.A. BARNES, L. HEBERT, J.P. NEWHOUSE, P.C. WEILER, H. HIATT, The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II, *The New England Journal of Medicine*, 324(6), 1991, 377-384.

C. VINCENT, *Clinical Risk Management: Enhancing Patient Safety*, 2d ed., BMJ Books, London, 2006.

R.M. WILSON, W.B. RUNCIMAN, R.W. GIBBERD, B.T. HARRISON, J.D.L. NEWBY HAMILTON, The quality in australian health care study, *The Medical Journal of Australia*, 163(9), 1995, 458-471.

³³ J. REASON, Combating omission errors through task analysis and good reminders, *Quality and Safety in Health Care*, 11(1), 2002, 40-44.

³⁴ S. LEATHERMAN, L. TAWFIK, D. JAFF, G. JAWORSKI, M. NEILSON, M. LETAIEF, S.B. SYED, Quality healthcare in extreme adversity: Developing a framework for action, *International Journal for Quality in Health Care*, 2020.

sistenza di situazioni di conflitto, disastri naturali, arretratezza economica, dunque caratterizzati da una accezione di qualità in sanità ancora molto embrionale.

In realtà, come si vedrà a breve, la logica di *risk management* risultante assurge a una validità ben più ampia e può essere presa a riferimento per ragionare intorno alle possibili carenze variamente emerse anche nei sistemi sanitari più evoluti come, appunto, quello italiano. In estrema sintesi, il *QEA Action Framework* individua le seguenti componenti essenziali:

- ✓ Elaborazione degli obiettivi che il sistema sanitario intende perseguire;
- ✓ Identificazione delle barriere e delle sfide per raggiungere auspicabili livelli di qualità;
- ✓ Fissazione delle priorità attraverso l'individuazione di bisogni (medici e non) e target di popolazione;
- ✓ Determinazione degli interventi da attuare;
- ✓ Decisione dei livelli di azione, dei ruoli e delle responsabilità;
- ✓ Individuazione degli attori coinvolti, della platea di *stakeholders* e dei processi di *accountability* da porre in essere.

Ovviamente, per sfuggire al pericolo di una ennesima *check-list* che presti il fianco alla seduzione di un mero sforzo di *compliance* formale, tale *framework* deve essere concepito in maniera sistemica e dialogica e necessita di un costante aggiornamento per tenere conto sia dei risultati raggiunti, sia di possibili esigenze emergenti, e sempre privilegiando un approccio basato sull'unitarietà dell'azione all'interno del sistema sanitario considerato. In questo modo alla certa valenza programmatica *ex ante* dello strumento andrebbe ad aggiungersi una cruciale funzione dialogica concomitante, oltre che una efficace rilevanza valutativa *ex post*.

In tal senso, l'impiego di tale modello teorico è interessante per proporre, anche alla luce delle considerazioni precedentemente esposte, una lettura critica della attuale condizione del SSN Italiano.

Focalizzandosi sul primo punto – *elaborazione degli obiettivi che il sistema sanitario intende perseguire* – è noto, come commentato antecedentemente, che in Italia, fatta salva l'individuazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) a livello nazionale, il tema della elaborazione degli obiettivi è di fatto demandato ai singoli SSR e ha già da lungo dimostrato un elevatissimo grado di eterogeneità. Inoltre, obiettivi che formalmente potrebbero apparire comuni possono essere, invece, diversamen-

te considerati su un piano sostanziale, anche intaccando eventuali possibilità di comparazione. Si aggiunga che i singoli obiettivi non vengono elaborati in ottica integrata dagli SSR ma rispondono di frequente a logiche *silo-based*, non enucleando peraltro le motivazioni a sostegno delle strategie proposte e i parametri di monitoraggio e valutazione da impiegare, fallendo da un lato nell'orientare l'azione locale e dall'altro nell'individuare le modalità con le quali in tal guisa si possa contribuire al raggiungimento degli scopi promossi a livello nazionale³⁵.

Tale scollamento è risultato ancor più grave in un momento di emergenza pandemica per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo le diverse "velocità" dei SSR che questo tipo di orientamento ha favorito, in secondo luogo la differente prontezza di risposta e dotazione che sono risultate da una prolungata e incoerente gestione a livello nazionale.

A ben vedere, le limitazioni qui brevemente richiamate sono dovute ad un assetto di *governance* che avrebbe potuto garantire una programmazione che tenesse conto di una efficace concertazione basata su un reale pluralismo e che si è, al contrario, tramutata in una confusa *congerie* di iniziative non coordinate, talvolta duplicate, incapaci di sfruttare le interdipendenze, e inadatte a organizzare e attuare una sistemica volontà di miglioramento della qualità nel rispetto delle logiche di economicità³⁶.

Tali limitazioni hanno, chiaramente, ripercussioni su tutti gli altri livelli. Si rifletta, per esempio, sulla difficoltà di individuare le sfide e le barriere che dovrebbero essere gestite congiuntamente, da quelle che invece potrebbero vedere impegnate, per ragioni di contesto e di cultura, solo singoli territori. L'inesistenza di una cabina di regia comune che non sia meramente asseverativa (come invece pare accada) non consente, invece, di beneficiare di un razionale impiego delle risorse e favorisce una gestione lacunosa di questioni di importanza prioritaria quali, a titolo esemplificativo e come emerso durante l'emergenza pandemica, la medicina territoriale e il suo fondamentale ruolo di collegamento tra cittadini e sistema sanitario. In un quadro del genere è comprensibile che

³⁵ A. CALDARELLI, M. MAFFEI, R. SPANÒ, I sistemi di valutazione della performance dei Direttori Generali come processo trasformativo. Un'analisi empirica dei Servizi Sanitari Regionali Italiani, *Management Control*, 3(3), 2012, 37-62.

³⁶ R. SPANÒ, A. CALDARELLI, L. FERRI, M. MAFFEI, Context, culture and control: a case study on accounting change in an Italian regional health service, *Journal of Management and Governance*, 2019, 1-44.

una sfida, una opportunità, non presidiate possano tramutarsi in un disastroso fattore amplificatore degli eventi avversi sopracitati³⁷.

Ancora, un deficit sul piano della mappatura delle esigenze e dei bisogni (clinici e non) che confluisce in una oggettiva difficoltà nella definizione di obiettivi coordinati e nella individuazione delle problematiche irrisolte ha, chiaramente, una conseguenza sulla capacità (limitata) di stabilire in maniera condivisa e trasparente un set di priorità e di target di popolazione a cui destinare interventi, nonché di elaborare possibili modalità di intervento. Si segnala, a tal riguardo, che il SSN italiano si trova, più che mai al momento corrente, in una situazione di inadeguata operazionalizzazione di quanto stabilito in sede di pianificazione, proprio a causa della pluralità di sedi di discussione e decisione che non comunicano e non collaborano e che favoriscono vuoti sia sul piano normativo, sia sul piano delle procedure e delle prassi che, invece, favorirebbero il raggiungimento di più elevati standard di qualità, anche e soprattutto attraverso una gestione integrata dei rischi.

Del resto, una dimensione assolutamente essenziale da presidiare sarebbe quella relativa alla corretta identificazione degli attori a vario titolo coinvolti, delle loro responsabilità, delle specificità dei loro ambiti tecnico-professionali, delle loro dinamiche relazionali, delle modalità con le quali sarebbe possibile favorirne consultazione e coinvolgimento, nonché della platea di *stakeholders* con i quali si trovano a interagire, comprendendo quali siano le attese di *accountability* variamente espresse e come potrebbero essere soddisfatte.

Si tratta, a ben vedere, di aspetti che sono il frutto di un approccio integrato alla pianificazione e controllo ma che, al contempo, ne rappresentano elemento di stimolo, rafforzamento e rinnovamento. In tal guisa, e alla luce delle recenti discussioni in tema di SARS-Cov2, il focus sui soggetti pare quanto mai attuale e meritevole di una considerazione ulteriore. Ci si riferisce alla rinnovata consapevolezza della necessità che, *in primis*, per favorire elevati livelli di qualità occorra condurre qualsivoglia cambiamento chiarendo confini, ambiti, obiettivi, modalità e priorità, evitando di innescare conflitti tra le compagini manageriali e i gruppi professionali. Sarà necessario, cioè, anche per garantire che qualunque approccio di gestione integrata dei rischi possa davvero funzionare, che i manager e i professionisti possano variare la postura finora

³⁷ A. CALDARELLI, C. FIONDELLA, M. MAFFEI, R. SPANÒ, M. ARIA, Ceo Performance evaluation systems: empirical findings from the Italian Health Service, *Public Money and Management*, 33(5), 2013, 369-376.

assunta. Da un lato, la gestione dovrà prevedere obiettivi che tengano conto delle implicazioni cliniche e sociali, frutto di una fase di ascolto e concertazione con le specifiche professionalità interessate. Dall'altro, la professione medica non potrà semplicisticamente opporre resistenza a qualunque forma di pianificazione e controllo, intendendo ciascun tentativo come una volontà di ostruzionismo lesiva dell'autonomia, ma dovrà predisporre in un'ottica più aperta che ravvisi negli strumenti opportunità di miglioramento delle prestazioni³⁸.

Questo, inoltre, faciliterebbe l'identificazione dei ruoli e delle responsabilità all'interno dei servizi sanitari. Come si è detto, l'assenza di una chiara definizione intacca gravemente la funzionalità dei sistemi di pianificazione e controllo. Per contro, perfezionare questo aspetto apporterebbe vantaggi a ritroso sulla possibilità di ricercare e chiarire le priorità e i target, pianificare azioni da attuare, e riformulare progressivamente e dinamicamente gli obiettivi locali, regionali e di sistema.

6. Considerazioni conclusive

Il presente contributo, sulla scorta della recente *Emergenza Coronavirus*, ha proposto talune riflessioni volte a tratteggiare in chiave evolutiva possibili implicazioni valevoli per il futuro in tema di *accountability* e gestione del rischio nel Servizio Sanitario Nazionale. Per tale ragione lo scritto ha realizzato una breve disamina delle principali problematiche relative al contesto sanitario italiano, soffermandosi poi sui principali elementi di *accountability* e complessità che caratterizzano il settore. Successivamente, sono state fornite alcune coordinate essenziali per la comprensione delle questioni concernenti la gestione del rischio e la sua evoluzione nella dottrina e nella prassi. Infine, l'analisi si è dedicata all'approfondimento delle logiche di *Quality Extreme Adversity*, per ragionare su un ripensamento degli orientamenti gestionali e di controllo in Sanità.

L'idea del capitolo, in sintesi, è che una logica QEA potrebbe e dovrebbe stimolare una riflessione teorica e, soprattutto una spinta prati-

³⁸ K. JACOBS, G. MARCON, D. WITT, Cost and performance information for doctors: an international comparison, *Management Accounting Research*, 15(3), 2004, 337-354. L. KURUNMAKI, A hybrid profession: The acquisition of management accounting expertise by medical professional, *Accounting Organization and Society*, 29(3/4), 2004, 327-347.

ca. Si rileva che se da un lato il framework è strumento rivelatorio della impossibilità di riconoscere le caratteristiche dell'unitarietà e dell'integrazione nel SSN italiano, dall'altro può rappresentare un cruciale espediente per ripensare gli approcci consolidati e fallaci finora presi a riferimento. Lo scritto, dunque, timidamente suggerisce un cambio di prospettiva per guardare ai servizi sanitari in una ottica totalmente invertita e partendo dalle spinte propulsorie dei livelli locali – o ancora meglio territoriali – per contribuire alla formazione progressivamente integrata di obiettivi, metodi e strumenti a livello regionale e poi consolidarli in via sostanziale a livello nazionale.

Il contributo, in questo senso, si fonda sul riconoscimento che in Sanità la creazione di valore debba passare attraverso una gestione integrata dei rischi nella direzione di crescenti livelli di qualità e di più ampia *accountability* e che, per garantire questo circolo virtuoso, occorra contemperare attentamente nel disegno sistemico le dimensioni di contesto e cultura, ormai riconosciute quali fattori che possono semplificare o complicare qualunque processo di cambiamento. L'idea che qui emerge è che in Sanità le implicazioni di tali dimensioni siano state trascurate nella cieca convinzione che una mera separazione territoriale delle funzioni di governo fosse automaticamente volano di una adeguata considerazione delle specificità territoriali. Ciò ha costituito forse il limite originario del SSN italiano, che ha tralasciato di dedicare un doveroso approfondimento alla necessità di approfondire contesti e culture per costruire un contesto e una cultura comuni e integrati.

L'auspicio di questo scritto è che invertendo le logiche cognitive come sopra suggerito, tale integrazione diventi finalmente possibile.

PARTE III

RAPPORTI POLITICI E POLITICHE

I POTERI DI EMERGENZA NELLA REPUBBLICA DEI PRESIDENTI

FORTUNATO MUSELLA*

SOMMARIO: 1. Dalla primazia all'emergenza. – 2. I decreti del Presidente del Consiglio. – 3. Le ordinanze dei governatori. – 4. Virus e diagnosi.

1. *Dalla primazia all'emergenza*

Le fasi di emergenza rafforzano le figure monocratiche. Ciò attiene alle necessità funzionali di agire rapidamente in situazioni non prevedibili e di particolare pericolo, che non possano permettere i consueti procedimenti deliberativi degli organi collegiali. Ne abbiamo un esempio già nell'antica Roma dove il *dictator* magistratura ordinaria istituita *de iure* ben lontana dalle recenti leadership autoritarie – prendeva le redini per un tempo stabilito per ristabilire l'ordine quando questo veniva a mancare¹. Anche le democrazie contemporanee permettono stati di transitoria, più o meno marcata, sospensione delle norme generali² per fronteggiare situazioni singolari, che, unitamente a restringimenti delle

* Ordinario di Scienza Politica, Università di Napoli Federico II.

¹ Sulle trasformazioni storiche della dittatura G. SARTORI, *Appunti per una teoria generale della dittatura*, in K. VON BEYME (a cura di), *Theorie und Politik*, Den Haag, 1972, 456-485. Sulle difficoltà, più volte riconosciute dalla teoria politica, dei sistemi democratici a fronteggiare le crisi radicali si veda C. ROSSITER, *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies*, Princeton, 1948.

² C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, 1940; e C. MORTATI, *Note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 511-532. Si vedano anche i commenti al pensiero di tale autore contenuti in L. CARLASARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico secondo Mortati*, Milano, 1990, 479-490; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 1992, 217-260. Per una disamina più recente del concetto di stato di eccezione come sospensione del diritto legalizzata si rimanda a G. AGAMBEN, *Lo Stato di eccezione*, Torino, 2003; B. ACKERMAN, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, 2003; F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in www.associazionededecostituzionalisti.it, 2007; M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 40, 2, 2010, 167-184.

libertà costituzionali dei cittadini, finiscono per attribuire ai governanti competenza straordinaria di esercizio delle funzioni legislative. Nel nostro paese, lo stato di emergenza³ causato dalla diffusione del Covid-19⁴, che si è sviluppata con particolare repentinità, ha indotto a misure straordinarie che si iscrivono nell'eccezionalità della contingenza storica⁵, comportando una traslazione del potere verso l'organo governativo, che si fa interprete di una *emergency clause* ancora da definirsi⁶. Tale processo avviene nella particolare fase storica che il nostro paese sta vivendo, caratterizzato da aperte difficoltà del circuito rappresentativo

³ Lo stato di emergenza di rilievo nazionale è stato dichiarato con Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, ex art. 7.1, lett. c), d.lgs. 1/2018, *Codice della Protezione civile*.

⁴ Molte Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra hanno formalizzato l'emergenza costituzionale in apposite disposizioni (es., art. 16 Cost. Francia; art. 116 Cost. Spagna; artt. 81 ss. Cost. tedesca). L'Italia ha mostrato a seguito dell'esperienza fascista chiara ritrosia nel delineare uno stato di eccezione al governo parlamentare, tanto che non ci sono organi preposti alla sua gestione o istituti che la disciplinino, cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 1-26. Sul punto riflette di recente V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 27 febbraio 2020; E. BERTOLINI, *Democracy and the State of Exception. The Italian experience*, in *Zeitschrift für Politikwissenschaften*, 28, 4, 2018, 507-520. Si calcola che attualmente oltre il novanta per cento dei paesi comprendano una clausola di emergenza scritta nella loro Costituzione, cfr. C. BJØRNSKOV, S.VOIGT, *The architecture of emergency constitutions*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 1, 2018, 101-127.

⁵ Taluni hanno ravvisato nell'emergenza posta dal coronavirus una sorte di stato di guerra. La metafora, per quanto possa fare evocare alcuni stati d'animo vissuti da molti cittadini, appare fuorviante, perché porterebbe a richiamare il conferimento al Governo di poteri necessari da parte del Parlamento ex art. 78, Cfr. S. CASSESE, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020. Il quadro di riferimento per lo stato di necessità che si è venuto a creare, quadro rispetto al quale l'azione governativa non sempre si è iscritta completamente, fa capo alle norme relative alla decretazione d'urgenza ex articolo 77.

⁶ Così si esprimeva il Presidente del Consiglio Conte nella sua informativa al Parlamento italiano del 25 marzo 2020: «Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce – a differenza di altri ordinamenti giuridici – un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima». In questo modo il Presidente del Consiglio sembra segnalare, e avocare a sé, una prerogativa rientrante nel novero delle policy costitutive. Tuttavia è bene sottolineare che lo stato di necessità, per quanto apra a percorsi non interamente deducibili dalle norme giuridiche, con sovrapposizione del fatto politico sul diritto, non è tale da lasciare intendere un'attività di regime-building.

imperniato su partiti politici che invece avevano agito sino a pochi decenni fa come asse portante dell'edificio statale⁷. Ha così rilanciato i processi di personalizzazione della politica che, già presenti nel nostro sistema politico, si sono espressi con particolare evidenza durante la crisi epidemica, soprattutto facendo leva sull'uso delle ordinanze emergenziali rese necessarie per la salvaguardia della sicurezza pubblica⁸.

Il Presidente del Consiglio è il protagonista normativo di questa fase. Tale figura aveva già rafforzato la sua posizione, attestandosi come guida della compagine governativa sulla base di un rapporto diretto con l'elettorato, un processo di presidenzializzazione avvenuto senza alcun cambiamento formale della carta costituzionale⁹. Gli indicatori della produzione legislativa mostravano, infatti, il trasferimento di poteri dall'organo parlamentare all'esecutivo, e in tale ambito la predisposizione di canali autonomi di normazione da parte del suo vertice¹⁰. La

⁷ È questa la tesi, che trova pieno fondamento negli studi politologici, di P. MAIR, *Ruling the void: The hollowing of Western democracy*, Londra-New York, 2013; trad. it. *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Soveria Mannelli, 2016. Sulla peculiarità del caso italiano nell'ambito di una tendenza che unifica lo scenario occidentale, si veda M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

⁸ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo alla teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020.

⁹ Tali processi sono stati indagati in T. POGUNTKE e P. WEBB, eds., *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, 2005; L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria Politica*, 1, 2005, 5-11; A. DI GIOVINE e A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino; T. E. FROSINI, C. BASSU e P. L. PETRILLO (a cura di), *Il presidenzialismo che avanza*, Roma, 2009; F. MUSELLA e P. WEBB (a cura di), *The Personal Leader in Contemporary Party Politics*, special issue *Rivista Italiana di Scienza Politica/Italian Political Science Review*, 45, 3, Cambridge, 2015.

¹⁰ Ampia analisi sull'ampliamento della decretazione governativa è presentata in M. CALISE, *Il Governo*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia dell'Italia Repubblicana*, Torino, 1997; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Torino, Giappichelli, 2006; G. PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 63-72; N. LUPO, *Recenti tendenze in tema di decreto-legge e decreti legislativi*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 19, 2008, 47-63; M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE e P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Torino, Giappichelli, 2011, XI-XII; R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge?: Seminari sulla qualità della*

decretazione di urgenza diveniva uno dei principali canali per la realizzazione del programma politico governativo, anche associata negli ultimi anni all'uso tattico della questione di fiducia¹¹, un mezzo per compattare la maggioranza parlamentare, o addirittura irretirne la volontà¹². Ben prima di un effettivo stato di necessità, e in mancanza di casi straordinari di necessità e urgenza, i decreti erano stati così molto spesso piegati a strumento ordinario di governo¹³, nonostante la Corte costituzionale abbia teso a stringere le maglie del suo sindacato¹⁴. Si era intensificato poi l'utilizzo degli strumenti di decretazione autonomi del leader, a superamento del principio di collegialità dell'esecutivo. La quantità e l'anomalia procedurale dei decreti del Presidente del Consiglio, che hanno costituito una delle principali modalità di indirizzo politico nella fase di crisi pandemica, si poggia e rilancia tali tendenze: chiuso il parlamento per impossibilità – o scelta politica?¹⁵ – di convocare

legislazione, Brescia, 2011; F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 3, 2012, 457-478; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017, 5.

¹¹ Secondo un andamento crescente nel corso dell'ultimo decennio, le questioni di fiducia poste sui decreti legge sono state ben 56 durante la XVII legislatura, riguardando circa il sessanta per cento della decretazione di urgenza complessiva (elaborazione propria su dati del Senato della Repubblica).

¹² È questo infatti, in un'ottica di analisi di lungo periodo della decretazione governativa, l'elemento che più chiaramente segna il passaggio dalla fase di collaborazione tra esecutivo e Parlamento nel meccanismo di produzione e reiterazione dei decreti, all'utilizzo dei decreti come strumento unilaterale di realizzazione del programma governativo, cfr. F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, 2012 cit.

¹³ È questa una tendenza di lunghissimo periodo, che trova sostegno nella dottrina sviluppata nel XIX secolo nel nostro Paese e poi nella disciplina giuridica fascista, per la quale in situazioni straordinarie la necessità diventa fonte del diritto. Si veda per una puntuale analisi M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009.

¹⁴ Sulle decisioni della Corte costituzionale in materia di attività governativa cfr. M. TROISI, *Il governo nelle decisioni della Corte costituzionale*, in F. MUSELLA, *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 95-122.

¹⁵ Si consideri la scelta compiuta dal paese che ha dato origine al parlamentarismo moderno: in Gran Bretagna si è dato luogo ad un "Virtual Parliament", con soli cinquanta membri fisicamente presenti in aula e sino ad un massimo di centoventi eletti collegati in videoconferenza, utilizzando – cosa che crea un'ulteriore contraddizione nello schema classico che contrappone pubblico e privato nella storia occidentale – una piattaforma proprietaria, cfr. *Coronavirus: MPs approve new working arrangements as Commons returns*, in *bbc.com*, 21 Aprile 2020. Si veda anche l'analisi pubblicata

sedute che implicassero la prossimità degli eletti, si sono seguiti percorsi decisionali che esprimevano piena centralità del Presidente del Consiglio, limitando dunque l'unitarietà dell'indirizzo politico dell'esecutivo e anche di fatto il coinvolgimento a posteriori di altri organi costituzionali.

Non è un caso che a contrastare il monopolio di decretazione del Presidente del Consiglio sono solo le altre figure monocratiche poste a livello regionale. Si tratta di quei «governatori», come ha preso a chiamarli la stampa richiamando in malo modo l'esperienza federale statunitense, che diventano in fase di emergenza i difensori delle loro terre regionali – anch'essi in un contesto che conferma il lungo processo di eclissi della politica partitica¹⁶. Sulla base della riforma costituzionale del 1999 che ne prevedeva l'elezione diretta, essi sono diventati la più alta autorità politica dotata di legittimazione diretta nel nostro paese. Al tempo del coronavirus, anche in ragione del riparto Stato e regioni che vede queste ultime titolari di rilevanti competenze in campo sanitario, avviene tuttavia un salto di personalizzazione e esposizione che, accantonando sigle e segreterie di partito, non ha precedenti¹⁷. Nella completa assenza dei consigli regionali, i Presidenti di Regione hanno prodotto una mole di provvedimenti quanto mai estesa e variegata, spesso integrando, o anche contraddicendo, i decreti del capo di governo. Secondo taluni si tratta di un virus regionalista che ha accresciuto «l'incertezza del diritto in emergenza»¹⁸, mettendo in evidenza una frizione mai sopita tra livelli istituzionali del nostro ordinamento. Questo contributo riflette sugli atti normativi prodotti per via emergenziale al tempo del Covid-19, al fine di valutarne il discostamento dalle prescrizioni costitu-

dall'Hansard Society: J. TAYLOR, *Proposal for a "virtual" Parliament: how should parliamentary procedure and practices adapt during the Coronavirus pandemic?*, London, UK Parliament.

¹⁶ La stessa logica porta all'attivismo dei sindaci a livello municipale, i quali, pur se con posizione e visibilità diversa rispetto ai Presidenti di Regione, hanno adottato ordinanze spesso anticipando o contrastato le misure del livello nazionale. Tanto da indurre il ministero dell'Interno a pubblicare una circolare recante istruzioni operative per gli Enti locali volte a limitare le ordinanze dei sindaci in contrasto con le norme statali, attribuendo ai prefetti specifici poteri di sorveglianza (Ministero dell'Interno, circolare 26 marzo 2020).

¹⁷ M. CALISE, *Partiti in panchina, governatori in campo*, in *Il Mattino*, 17 marzo 2020.

¹⁸ S. CASSESE, *Il decreto coronavirus e l'incertezza del diritto in emergenza*, in *Corriere della Sera*, 24 marzo 2020.

zionali e le tensioni che essi dischiudono tra i diversi livelli istituzionali dell'assetto repubblicano.

2. I decreti del Presidente del Consiglio

Le prime misure contro la diffusione del contagio da coronavirus in Italia sono state adottate secondo la normativa vigente, vedendo la compartecipazione di una pluralità di attori chiamati in causa dall'emergenza. In una primissima fase, si fa riferimento alle norme contenute nel codice di protezione civile, che attribuiscono al Presidente del Consiglio la competenza a intervenire, insieme con le autorità di protezione civile, per fronteggiare una emergenza di rilievo nazionale che richiede «mezzi e poteri straordinari»¹⁹. A partire dalle giornate del 20 e 21 febbraio 2020 è invece il quadro normativo in materia di emergenza sanitaria ad assumere preminenza, attribuendo il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente da una parte al Ministro della Sanità, in relazione al territorio nazionale o parte di esso, dall'altra ai Presidenti della giunta regionale e ai sindaci rispetto ai territori di competenza²⁰. Due giorni dopo però, con l'adozione del decreto legge 23 febbraio 2020, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 19», inizia una fase del tutto nuova, nella quale «si finisce per scegliere una terza via»²¹. Ciò conduce alla centralizzazione del comando emergenziale nelle mani del Presidente del Consiglio, in piena marginalizzazione del processo legislativo ordinario.

L'adozione del decreto legge n.6/2020²² apre ad una catena di decreti presidenziali che, rispondendo all'escalation di contagio epidemico, non ha precedenti nella storia repubblicana. Il potere di ordinanza del Presidente del Consiglio, retto da decreto-legge deliberato dall'esecutivo, viene per questa via rivolto ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1.1 e art. 2). Di fatto ciò è avvenuto at-

¹⁹ È questa l'espressione utilizzata dall'art. 7 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1 recante il Codice della protezione civile.

²⁰ Legge n.833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale.

²¹ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 4.

²² Convertito con modificazione con legge 5 marzo 2020, n. 13.

traverso numerosi provvedimenti governativi a estesa discrezionalità applicativa, così che la primazia che il Presidente del Consiglio è andato acquisendo nei processi decisionali ha poi mostrato «il carattere relativo che può avere la riserva di legge in relazione ad alcuni diritti fondamentali»²³.

I decreti del Presidente del Consiglio – i D.p.c.m. che sono divenuti per gli italiani uno dei termini più comuni del lessico della crisi epidemiologica – avevano già attratto l'attenzione dei più attenti osservatori delle tendenze verticistiche dell'esecutivo nazionale²⁴. Rimasti spesso sotto traccia, essi avevano «subito nella morfologia, negli effetti e nei contenuti una straniante e lunga trasformazione»²⁵, così da divenire, da fonte di regolamentazione secondaria, uno strumento efficace di indirizzo politico. Come è stato rilevato, essi erano sembrati realizzare «una dequalificazione delle fonti legislative e regolamentari tanto più inquietante perché non assoggettata – in genere – al controllo del Consiglio di Stato»²⁶, né si poteva constatare, a mano a mano che questi acquisivano crescente rilievo politico, l'associazione ad adeguati strumenti di pubblicità. I decreti del Presidente assicuravano al leader di governo un ampio campo di azione, che finiva per sfuggire persino alle raccolte delle banche dati.

Al tempo del coronavirus si assiste ad un salto quantico. Il decreto presidenziale diventa – per frequenza ed estensione – il principale strumento di intervento emergenziale. Sprovvisto di copertura costituzionale, esso mostra la sua lontananza rispetto a quanto previsto dalla Carta costituzionale in materia di decretazione di necessità e urgenza (art. 77), appannando sia il coinvolgimento del Consiglio dei ministri nei termini della deliberazione collegiale che precede la loro emanazione, sia l'intervento delle Camere in fase di conversione della decretazione governativa. A ciò si aggiunga che essi non sono oggetto, al pari dei decreti legge, del controllo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti governativi aventi forza di legge, che è divenuto negli anni effettivo esercizio del potere da parte del Presidente²⁷, traducendosi spesso in una compartecipa-

²³ U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *forumcostituzionale.it*, 25 marzo 2020.

²⁴ G. TARLI BARBIERI, *L'attività regolamentare*, in F. MUSELLA, 2019, cit., 165-194.

²⁵ D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *federalismi.it*, 3, 1-14, 5.

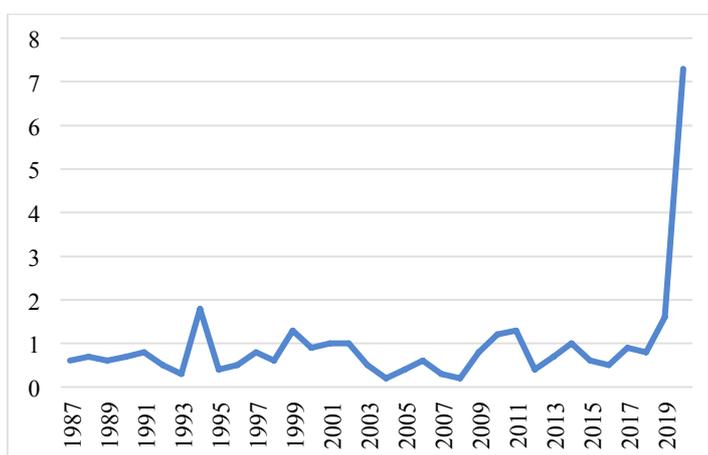
²⁶ A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2011; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016, 1-13, 13.

²⁷ Per una ricognizione sui poteri del Presidente della Repubblica e la loro estensione cfr. E. STRADELLA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatoriosullefonti*, 3, 2016, 1-34.

zione all'iter legislativo non limitato «a questioni di stretta legittimità»²⁸. Lo stato di eccezione eleva il Presidente del Consiglio, che già l'evoluzione istituzionale recente aveva delineato come *primus super pares*²⁹, a *dominus* delle attività governative.

In due mesi il vertice dell'esecutivo emana dodici decreti³⁰, con decisioni che avranno un impatto sia di breve che di lungo periodo sulla vita dei cittadini. Nel grafico 1 si può osservare il rapido passaggio dalla presenza significativa di tale strumento nell'ambito della produzione normativa nazionale negli ultimi tre decenni, tale da far registrare una media di uno al mese, alla notevole crescita della fase emergenziale.

Fig. 1 – Decreti del Presidente del Consiglio, media mensile



Fonte: Elaborazione propria su dati Normattiva.it
*Covid= 23.02.20 – 30.04.20

²⁸ A. BALDASSARE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo in Italia*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 1-21. Sull'evoluzione della figura del Capo dello Stato nella democrazia italiana e il suo ruolo nel policy-making, M. TEBALDI, *Il presidente della Repubblica*, Bologna, 2005.

²⁹ Per un inquadramento su tali processi si veda F. MUSELLA, *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019.

³⁰ Si tratta, in merito alle disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, dei D.p.c.m. 23 febbraio 2020; D.p.c.m. 25 febbraio 2020; D.p.c.m. 1 marzo 2020; D.p.c.m. 4 marzo 2020; D.p.c.m. 8 marzo 2020; D.p.c.m. 9 marzo 2020; D.p.c.m. 11 marzo 2020; D.p.c.m. 22 marzo 2020; ai quali si aggiungono i D.p.c.m. 28 marzo 2020; il D.p.c.m. 1 aprile 2020, il D.p.c.m. 10 aprile 2020 e il D.p.c.m. 26 aprile 2020, in attuazione dl 19 del 25 marzo 2020.

Si parte col restringere le libertà di movimento di undici municipalità nella provincia di Lodi, secondo restrizioni che avrebbero poi da lì a poco interessato diverse regioni italiane, dalla Lombardia al Veneto. All'estensione nazionale del virus, si arriva alla chiusura di scuole e università il 4 marzo, alla quarantena generalizzata per tutti i cittadini italiani l'8 marzo, e quindi al blocco generalizzato delle attività produttive non essenziali. Il corpo di disposizioni prodotte dagli atti del Presidente del Consiglio comporta così la più ampia soppressione dei diritti costituzionali nella storia repubblicana³¹, che, sostenuta dalla gravità della pandemia e largamente accettata da una popolazione spaventata e disorientata dal virus, tocca numerose libertà personali, di riunione, di circolazione, di diritto/dovere allo studio, di culto. L'azione normativa del governo conosce anche importanti sconfinamenti nella sfera di competenza di altre autorità civili e religiose, che pur accettate in una prima fase al fine di preservare la salute pubblica, diventano poi motivo di disaccordo: si pensi al documento prodotto dalla Conferenza Episcopale Italiana che invita a distinguere tra responsabilità della Presidenza del Consiglio e del comitato tecnico-scientifico e quella della Chiesa «chiamata a organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma nella pienezza della propria autonomia»³².

Limitazioni così ampie che avrebbero richiesto percorsi di assunzione di responsabilità collettiva. Il Parlamento, invece, in fase di crisi epidemica, risulta l'organo più fragile, anche per la difficoltà ad assicurare la copresenza fisica dei parlamentari, o produrre in tempo breve la reingegnerizzazione dei procedimenti parlamentari che ne possa garantire la riunione a distanza³³. Come è stato ricordato, il Parlamento è ap-

³¹ Non a caso l'espressione "Costituzione in quarantena" è stata ripresa da diversi costituzionalisti, si veda C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo di Coronavirus*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2020; che riprende alcuni articoli di quotidiano: M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il coronavirus possono rievocare il dictator*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020; e M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020.

³² Conferenza Episcopale Italiana, Ufficio nazionale per le comunicazioni sociali, CS n. 34/2020, 26 aprile.

³³ In merito all'opportunità e alla sostenibilità costituzionale dei procedimenti parlamentari a distanza si è sviluppato un ampio dibattito. Si vedano S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, 6, 2020; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "reingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, 3, 31 marzo 2020,

parso “sotto shock” tanto da apparire «il grande assente»³⁴, «paralizzato, avendo stabilito di sospendere tutte le sedute ordinarie, non riuscendo neppure più a votare in fretta e furia i provvedimenti necessari per far fronte alla pandemia»³⁵. Con l’adozione del decreto legge 19 del 25 marzo 2020, secondo modalità congegnate ex novo che non possono che stupire³⁶, è la stessa fonte emergenziale a strutturare i rapporti governo-parlamento indicando come il Presidente del Consiglio dovrà riferire alle Camere rispetto ai propri indirizzi³⁷. Ma anche in questo caso l’iniziativa, anche dei rapporti istituzionali, è nelle mani del leader del governo. Per questo si può sostenere che il Parlamento italiano abbia rappresentato un unicum sullo scenario internazionale, perché mentre negli altri paesi gli esecutivi approfittavano della situazione per estendere i propri poteri, sino a sovvertire le regole del gioco³⁸, le Camere si se-

10; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2020.

³⁴ M. BETZU e P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioLaw Journal*, 22 marzo 2020.

³⁵ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2020, I-V, III

³⁶ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020.

³⁷ Decreto legge n. 18 del 25 marzo 2020, art. 2 comma 4: «I provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto».

³⁸ Il riferimento più esplicito è alla riforma costituzionale da Viktor Orbán in Ungheria, dove il primo ministro ha avocato a sé pieni poteri per combattere l'epidemia, sospendendo il parlamento a tempo indeterminato, cfr. A. RÁCZ, *New Risk to the EU from Coronavirus: Viktor Orbán's Hungary*, in *DGAP Kommentar*, Berlino, Forschungsinstitut der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik, 2020. Orbán aveva utilizzato tuttavia l'idea di “stato di necessità” ben prima della pandemia, per produrre importanti riforme costituzionali, e avviare un processo di accentramento del potere. Sul punto si vedano A. SADECKI, *In a state of necessity. How has Orbán changed Hungary*, Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpia, 2014; Z. SZENTE, F. MANDÁK, E. Z. FEJES, *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development*, Parigi, 2015; e G.F. FERRARI, *Constitutional Issues and Challenges in Hungary and Italy*, in *DPCE Online*, 39, 2, 2019.

gnalavano per una «autoemarginazione voluta e ripetuta oltre ogni ragionevolezza»³⁹.

La centralizzazione istituzionale di Giuseppe Conte si traduce facilmente in presenza mediatica, che porterà in poco tempo ad accrescere la sua popolarità⁴⁰. I decreti sono in genere presentati in conferenze stampa e in discorsi alla Nazione in cui il Presidente del Consiglio parla in prima persona, trasmessi attraverso i canali televisivi nazionali, ma anche, con una scelta che rimarca la personalizzazione della comunicazione, attraverso le pagine Facebook e la messaggistica social. Anzi molto spesso non si tratta della presentazione delle attività del governo, ma dell'annuncio di atti, di anticipazioni di decreti la cui bozza è vociferata o fatta circolare, e che acquisteranno veste ufficiale solo nelle ore successive. Si conferma così una caratteristica della decretazione presidenziale, già documentata in altri contesti democratici, dove l'immediatezza dell'interazione social porta i leader a velocizzare i protocolli formali delle procedure ufficiali, così che «dopo la decretazione d'urgenza – che aveva segnato l'ascesa dell'esecutivo primoministeriale – abbiamo la decretazione immediata per tweet, stadio supremo del governo presidenziale»⁴¹. Gli unici a riuscire a insidiare il Presidente del Consiglio, sul piano decisionale e mediatico, sono i presidenti demo-eletti che la riforma costituzionale due decenni orsono ha elevato a capo dei governi regionali, e che possono contendere l'arena, che, soprattutto in stato di emergenza, risulta cruciale: quella del rapporto diretto e immediato con i cittadini.

3. Le ordinanze dei governatori

L'emergenza del coronavirus ha dato luogo a reiterata conflittualità tra governo nazionale ed esecutivi regionali, o per meglio dire al manife-

³⁹ S. CECCANTI, *Il Parlamento italiano durante la crisi Coronavirus*, in *Il Mulino*, 24 aprile 2020.

⁴⁰ Giuseppe Conte è all'apice della classifica della fiducia dei leader, toccando alla fine della fase 1 una percentuale di consenso pari al 64%, a fronte di un valore inferiore di 19 punti percentuali nel mese di febbraio, *Da Salvini a Speranza, come cambia la popolarità dei leader*, in *La Repubblica*, 2 maggio 2020.

⁴¹ M. CALISE e F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019, 106.

starsi di una mai sopita «frattura»⁴². Il nostro ordinamento aveva assecondato negli ultimi anni alcune spinte regionaliste, pur non riuscendo a convergere verso un coerente assetto di relazioni territoriali. In particolare due processi, che nell'arco degli ultimi due decenni hanno espresso notevoli contraddizioni, emergono ora in modo evidente, soprattutto attraverso la contrapposizione – talvolta frontale – tra Presidente del Consiglio e Presidenti di Regione.

Il primo è lo sviluppo impetuoso della politica personale, il movimento che accomuna l'Italia alle altre democrazie contemporanee e che porta al passaggio dalle forme collegiali a quelle monocratiche di organizzazione politica. A fronte di processi di presidenzializzazione del livello nazionale, il livello intermedio ha visto i suoi presidenti rafforzare la propria posizione per via formale, attraverso revisione costituzionale nel 2011⁴³. La riforma costituzionale di fine anni novanta ha dato loro un profilo e poteri impensabili sino a pochi anni prima⁴⁴, secondo un impianto istituzionale poi confermato dalle scelte statutarie delle singole regioni⁴⁵, anche per effetto dei paletti posti dalla Corte costituzionale in

⁴² La rokkianiana frattura centro-periferia, di cui l'Italia è sempre stata chiaro esempio, e che, secondo il presagio di I. Diamanti, potrebbe mostrare il confine labile tra autonomia e separazione se l'epidemia dovesse durare a lungo, Cfr. I. DIAMANTI, *Le basi incerte del federalismo*, in *La Repubblica*, 19 aprile 2020.

⁴³ Per una prima valutazione dell'introduzione dell'elezione del Presidente di Regione si vedano: A. BARBERA, *La "Elezione diretta" dei presidenti delle giunte regionali: meglio la soluzione transitoria?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1999, 572-575; P. CIARLO, *Il Presidenzialismo regional style*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2001, p. 131 ss.; A. DI GIOVINE, *Appunto sulla cultura espressa dalla legge costituzionale n. 1 del 1999*, in www.costituzionalismo.it, 2, 2003.

⁴⁴ Un'analisi del passaggio delle regioni italiane dal regime assembleare al regime della centralità presidenziale è in F. MUSELLA, *Governi monocratici. La svolta presidenziale nelle regioni italiane*, Bologna, 2009. Sulla nuova forma di governo introdotta dalla riforma costituzionale 1/1999 si vedano: A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica regionale nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010; S. CATALANO, *La «presunzione di consonanza». Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Milano, 2010; G. FERRAIUOLO, *Poteri e livelli di governo statale e regionale*, in *Atti convegno Gruppo di Pisa "Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia Bergamo"*, 6-7 giugno 2014; N. MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, Milano, 2010; M. RUBECHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Roma, 2010; N. VICECONTE, *La forma di governo nelle Regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Napoli, 2010.

⁴⁵ A. BARBERA, *La forma di governo negli statuti regionali*, in *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano, 2001; A. SPADARO, *I "contenuti" degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di*

materia⁴⁶. I media hanno fatto il resto, rivolgendo ai leader regionali piena responsabilità sulla politica del livello intermedio, e sempre più alte aspettative. Restituendo loro visibilità nazionale, e talvolta persino notorietà internazionale. Il presidente regionale è divenuto il motore di una macchina politico-istituzionale che si alimentava del voto popolare e insieme di una retorica federalista sostenuta a destra quanto a sinistra. Ciò li ha portato ad assumere il nome che richiama, anche se impropriamente, la realtà federale degli Stati Uniti d'America: i presidenti regionali sono divenuti, *sic et simpliciter*, i governatori. La riforma non manterrà sempre le sue promesse. A due decenni della loro ascesa politica, dopo essere stati considerati come simbolo e protagonisti di una nuova stagione, i Presidenti di Regione sono al centro di numerose critiche che riguardano il funzionamento del regionalismo italiano se non il loro operato⁴⁷. Ai tempi del coronavirus, anche per le ampie competenze che la Costituzione affida alle regioni in ambito sanitario, diventano i difensori delle loro terre. E proprio come negli Stati Uniti, dove abbiamo assistito spesso agli scontri tra il presidente Trump e il governatore Cuomo, i governatori nostrani hanno conteso la scena politica al capo del governo nazionale, con sortite che hanno attratto l'attenzione mediatica. Con la differenza che i rapporti istituzionali in America sono contenuti, e regolati, in un assetto dei poteri federale assente nel nostro paese, dove la regionalizzazione, parola d'ordine dei piani di riforma degli ultimi decenni, ha dato vita ad un processo di riarticolazione dei

governo), in *Politica del diritto*, 32, 2, 2001, 289-324; F. CUOCOLO, *La nuova potestà statutaria regionale*, in *Quaderni costituzionali*, 23, 2, 2003, 295-318; G. PASTORI, *I nuovi statuti regionali e le autonomie locali*, in *Amministrare*, 34, 3, 2004, 473-482; E. GIANFRANCESCO, *L'autonomia di fronte a se stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, in *Consulta Online*, 1, 2016, 35-50; A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in *Le Regioni*, 35, 3-4, 2007, 399-420.

⁴⁶ La Corte Costituzionale in particolare escludeva che gli statuti potessero intervenire sul sistema dell'elezione diretta del Presidente di Regione senza rivedere l'impianto complessivo dell'assetto dei poteri regionali, né che potessero agire come "costituzione regionale" introducendo nuovi diritti del cittadino. Si vedano R. BIN, *Calabria "docet"*. *A che punto sono gli Statuti regionali?*, in *Le Regioni*, 31, 6, 2003, 999-1006; C. FUSARO, *Le forme di governo regionali*, M. CARLI e C. FUSARO (a cura di), *Elezione diretta del presidente della giunta regionale e autonomia statutaria delle regioni. Art. 121, 122, 123, 126 supplemento*, Bologna, 2002, 122-123.

⁴⁷ La posizione e i limiti della figura del Presidente di Regione, divenuto «the fragile cornerstone of the Italian Second Republic», sono analizzati più diffusamente in F. MUSELLA, *The Italian Governors from the Constitutional Reform to the Crisis of Regionalism*, in *Identity Crisis in Italy*, Budapest, 2019, 37-50.

rapporti centro-periferia incompleto, e per tanti versi incoerente, in sospeso «tra riforme parziali e riforme mancate, traccheggiamenti e fughe in avanti»⁴⁸.

Ciò è al cuore della seconda tensione emersa in questi giorni: l'attivismo decisionale dei governatori. A fronte dell'accentramento dei processi legislativi a livello nazionale da parte del Presidente del Consiglio, sono stati prodotti svariati atti che hanno assunto le più varie vesti – ordinanze, direttive, decreti di varie autorità – tra i quali spiccano per copiosità proprio quelli emanati dai Presidenti di Regione⁴⁹. Anche in questo caso il protagonismo non nasce dal nulla. La riforma del Titolo V della Costituzione, che segue solo di due anni quella dell'elezione diretta dei Presidenti, aveva rilanciato il regionalismo italiano su basi nuove rispetto alla nostra tradizione statutale. Si ribaltava, infatti, il criterio di riparto delle competenze tra centro e enti intermedi, secondo una linea che rendeva le regioni titolari di potestà legislativa generale. I governatori, già sulla cresta dell'onda mediatica, diventavano anche il centro di un cantiere di riforma che rivedeva la stessa forma di Stato. Come è stato notato «una volta rafforzata l'autorità politica dei Presidenti di Regione, con l'introduzione di una forma di governo a “democrazia immediata”, l'aumento del “tasso di regionalismo” è stato rivendicato da tutte le regioni, al nord come al sud»⁵⁰. Gli stessi presidenti si sono avvantaggiati del processo di devoluzione per conquistare spazi di autonomia in importanti settori di policy, dalla sanità all'agricoltura, dall'ambiente allo sviluppo economico. In questo percorso lo schema del riparto Stato-Regioni ha mostrato significativi elementi di ambiguità in merito alla distribuzione dei poteri, che generava incerte interdipendenze e sovrapposizioni fra le competenze dei diversi livelli di governo. Le aree destinate a legislazione concorrente sono ancora molto ampie, con la possibilità ora della manifestazione di nuove istanze centraliste, ora di fughe in avanti nelle istanze autonomistiche. Non a caso dalla riforma è scaturito uno dei periodi che fa registrare il più alto numero di contenziosi fra Stato e regioni nella storia repubblicana⁵¹. Basti conside-

⁴⁸ F. BORDIGNON, *Cbi governa la pandemia*, in *Il Mattino di Padova*, 19 aprile 2020.

⁴⁹ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.

⁵⁰ G. PITRUZZELLA, *L'impatto dei “governatori regionali” nelle istituzioni e nella politica italiana*, in *Le regioni*, 32, 6, 2004, 1239-1244, 1239.

⁵¹ U. DE SIERVO, *Il regionalismo italiano fra i limiti della riforma del Titolo V e la sua mancata federale italiano*, Seminario su "Cooperazione e competizione fra Enti territoriali: modelli comunitari e disegno federale italiano", Roma 18 giugno 2007, in

rare che alcune ricostruzioni empiriche recenti sono arrivate a registrare che mentre dal 1970 al 2001 i giudizi in via principale della Corte costituzionale sono stati solo il 6 per cento del totale, tale percentuale sale al 37% negli anni 2010-2018⁵², così rilevando l'ergersi della Consulta ad arbitro di un sistema a litigiosità crescente. Sino ad arrivare da ultimo a progetti di riforma che si sono spinti a ridiscutere l'architettura istituzionale del paese, producendone la differenziazione territoriale, o anche minacciandone l'unitarietà⁵³. Fra le materie sottoposte a riparto concorrentiale ritroviamo proprio la sanità. Il campo che è sembrato esprimere negli ultimi mesi un chiaro caso di comorbilità: allo shock esogeno dell'epidemia si è unito il cattivo funzionamento endogeno di un sistema istituzionale che ha creato incertezza nell'attribuzione delle responsabilità, nonostante l'emergenza del coronavirus richiedesse un coordinamento rapido e coordinato⁵⁴, e per molti anche centralizzato⁵⁵. Si aggiunga anche che proprio le regioni che avevano richiesto a gran voce maggiori competenze autonome, secondo il noto progetto del federalismo differenziato, sono state quelle più colpite dal coronavirus.

www.issirfa.cnr.it; T. GROPPI, Giustizia costituzionale e Stati decentrati: La Corte italiana dopo la revisione del 2001, in *Amministrare*, 35, 1, 2005, 5-24; S. PAJNO, *Regionalism in the Italian constitutional System*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2009, 625-642.

⁵² L. RULLO, *The Judicialization of Territorial Politics in Italy*, in *Regional and Federal Studies*, 2020, in corso di stampa.

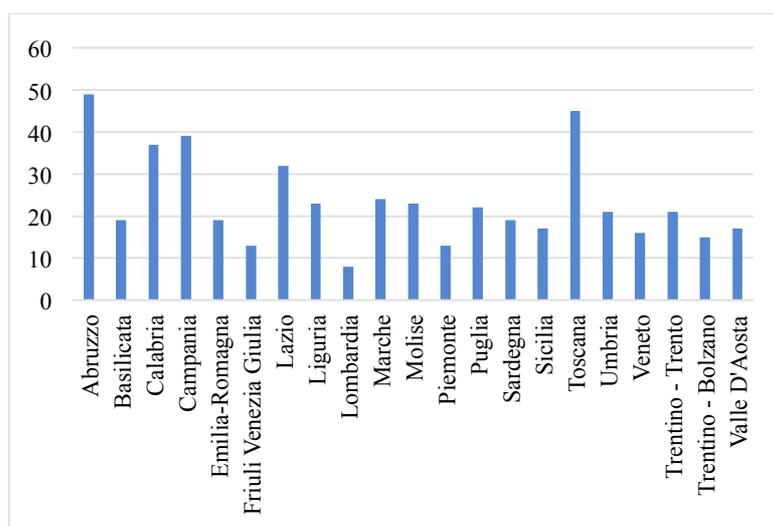
⁵³ Come noto, i referendum consultivi tenuti in Lombardia e Veneto nel 2017 sull'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia al proprio ente territoriale in ragione dell'articolo 116 comma terzo della Costituzione hanno dato luogo ad amplissimo responso positivo da parte dei cittadini. Sono poi seguiti accordi preliminari tra il governo nazionale e queste regioni, cui si è aggiunta l'Emilia Romagna, per muovere i primi passi verso quanto è stata nominata come "secessione dei ricchi", cfr. G. VIESTI, *La secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2019.

⁵⁴ Non è un caso che siano stati depositati negli ultimi giorni proposte legislative per rivedere i rapporti e stabilire migliori raccordi tra livelli di governo. Si vedano, ad esempio, la Proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri: "Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale" (8 aprile 2020 - Assegnato in sede Referente alla Commissione I Affari Costituzionali); e la Proposta di legge costituzionale Boschi ed altri: "Modifica all'articolo 117 della Costituzione, concernente la clausola di supremazia statale per la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o dell'interesse nazionale" (15 aprile 2020, Assegnato in sede Referente alla Commissione I Affari Costituzionali).

⁵⁵ S. CASSESE, *Le Regioni fanno troppe cose e male, il servizio nazionale deve essere nazionale*, in *Il Messaggero*, 3 aprile 2020.

Alla copiosa produzione normativa del livello centrale, condotta spesso attraverso tecniche legislative non soddisfacenti, tanto da porre la necessità di procedere a raccolte delle disposizioni⁵⁶, si è aggiunta così l'iper-produzione provvedimento del livello regionale.

Fig. 2 – Ordinanze per regione - emergenza Covid-19



Fonte: Elaborazione propria su dati della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome

* Covid = 23.02.20 – 30.04.20

Le ordinanze regionali per fronteggiare l'emergenza epidemiologica sono state 492 nelle venti regioni italiane nell'arco temporale che va dal decreto-legge 23 febbraio 2020 al 30 aprile, con in cima alla classifica l'Abruzzo con 49 ordinanze, seguito da Toscana con 45 e Campania con 39 (Fig. 2). La messe delle ordinanze, che delineano un quadro estremamente frammentario⁵⁷ e a frequenti cortocircuiti istituzionali, è stata

⁵⁶ La Raccolta delle disposizioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e Testo coordinato delle ordinanze di protezione civile, pubblicata il 24 marzo 2020 a cura della Presidenza del Consiglio, contiene ben 295 pagine per una lunghezza di 123.000 parole.

⁵⁷ Sottolinea l'alta frammentarietà del quadro normativo «nel quale da Regione a Regione – e persino da Comune a Comune – si finisce con l'aver limitazioni differenti delle stesse libertà costituzionali, non sempre giustificate da specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario riscontrabili nei diversi territori interessati» A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine isti-*

tale da portare il governo, in mancanza di adeguate procedure di coordinamento tra Stato e Regioni, a ricorrere a strumenti creativi di «uniformazione», come nel caso della predisposizione dello schema di ordinanza-tipo del ministro Speranza⁵⁸. Anche se si è trattato, in carenza di collaborazione tra livelli istituzionali, di meccanismi non sufficienti a garantire l'allineamento tra le scelte poste in essere ai diversi livelli di governo. Molto spesso anzi la gestione dell'emergenza ha dato vita alla contesa sulle competenze, se non ad un vero e proprio scontro politico.

Di esempi è possibile farne tanti. Una prima frizione si era resa manifesta già all'indomani della dichiarazione di emergenza, quando il Presidente della Regione Marche Luca Ceriscioli aveva imposto la chiusura delle scuole e il divieto di manifestazioni pubbliche⁵⁹, una scelta che non è stata accettata dal Presidente del Consiglio Conte nonostante questi andrà in pochi giorni nella stessa direzione. Alla necessità di collaborazione tra livelli potestativi richiama il primo D.p.c.m. emanato da Conte in attuazione del decreto legge 6/2020⁶⁰, che fa esplicito riferimento da una parte alle competenze del Ministro della Sanità, per quanto riguarda «l'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni», e dall'altra a quelle dei Presidenti di Regione e dei sindaci a emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di sanità e igiene, rispetto «alla regione o parte del suo territorio comprendente più comuni o al territorio comunale». Tuttavia, qualcosa si inceppa immediatamente, con i Presidenti a imporre restrizioni ulteriori, o anche in contrasto, rispetto a quanto stabilito a livello centrale: si prenda ad esempio l'ordinanza del 20 marzo n. 33 adottata dal Presidente della Giunta regionale del Veneto, Luca Zaia, che richiamando le limitazioni contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 marzo 2020, specificava che gli spostamenti sul territorio regionale dovessero essere limitati ad un raggio di 200 metri dalla residenza o dimora anche quando dettati da necessità fisiologica, vietando al contempo

tuzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, 1-17.

⁵⁸ L. DELL'ATTI e G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020.

⁵⁹ Ordinanza n. 1 del Presidente della Regione Marche del 25 febbraio 2020, recante «Misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁶⁰ Si tratta del D.p.c.m. 23 febbraio 2020.

l'apertura dei centri commerciali nel giorno di domenica⁶¹. Oppure si ricordino le decisioni assunte dalla Presidente della Regione Calabria Jole Santelli, che sfida il governo Conte riaprendo bar e ristoranti all'aperto quando il territorio nazionale viveva ancora la cosiddetta fase 1 dell'emergenza, con un'ordinanza che verrà poi impugnata dal Ministro per gli Affari Regionali⁶². O ancora le numerose esternazioni del Presidente De Luca, che, all'approssimarsi della fase 2 dell'epidemia, ha minacciato di chiudere i confini della regione Campania in caso di "apertura" delle regioni settentrionali⁶³. Parlando addirittura di confini regionali, una categoria tipica della sovranità statale.

4. *Virus e diagnosi*

A mano a mano che l'emergenza da Covid porta all'accumulazione di una estesa produzione normativa, è sempre più difficile riconoscerne una logica ordinativa. La coerenza complessiva rispetto alle previsioni costituzionali identifica le forzature procedimentali di una catena normativa sicuramente non lineare, e che può lasciare strascichi anche nell'esperienza istituzionale che seguirà la crisi epidemiologica.

A tale riguardo il giudizio non è unanime: alcuni osservatori non ravvisano alcuna rottura della legalità costituzionale, almeno se si vuol considerare della produzione normativa dell'emergenza la «catena normativa della giustificazione», che si ripercorre a ritroso sino a trovarne il fondamento logico (la kelseniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante)⁶⁴. Tuttavia altri studiosi osservano che è la

⁶¹ Per un commento M. BORGATO e D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020.

⁶² Ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 39 del 29 aprile 2020, recante «Disposizioni relative alle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, attività sportive e amatoriali individuali e agli spostamenti delle persone fisiche nel territorio regionale».

⁶³ Coronavirus, *De Luca: "Chiudiamo la Campania se al Nord allentano le misure"*, in *La Repubblica*, 17 aprile 2020.

⁶⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 11 aprile 2020, 22. Si ricordi anche l'importante posizionamento sul tema di Gustavo Zagrebelsky, presidente emerito della Corte costituzionale, per il quale i D.p.c.m. di Conte non manifestano un'usurpazione di poteri in quanto discendano da due decreti legge, cfr. *Coronavirus e decreti, Zagrebelsky: "Chi dice Costituzione violata non sa di cosa sta parlando"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1 maggio 2020. Riflettono anche dei prove-

stessa analisi formale a spingere a valutare illegittima la decretazione che ha comportato una modalità di esercizio dei poteri così ampia e dai termini indefiniti da parte del Presidente del Consiglio⁶⁵. Lo stesso piano lascia verificare la bassa qualità della normazione prodotta, dovuta anche alla numerosità e frammentarietà delle misure adottate⁶⁶, con un flusso inarrestabile da palazzo Chigi di «norme incomprensibili, scritte male, contraddittorie, piene di rinvii ad altre norme»⁶⁷, con il contributo non trascurabile delle ordinanze del Capo della protezione della protezione civile e del Commissario straordinario. Anche alcuni analisti stranieri, nell'osservare le risposte dei governi all'emergenza Covid sullo scenario internazionale, richiamano l'Italia come caso «constitutionally problematic, as the Italian Constitution requires that any limitations on the freedom of movement are passed by law, and no law was in place to impose such restrictions»⁶⁸. Non a caso, anche la Corte Costituzionale, attraverso la sua presidente Marta Cartabia, ha richiamato al rispetto della Costituzione che «è la bussola necessaria per navigare nell'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo-emergenza e non contempla diritti speciali per i tempi eccezionali»⁶⁹. Tuttavia il giudizio dei giuristi, anche se concorde nel riconoscere l'anomalia del tempo del coronavi-

dimenti adottati durante l'emergenza Covid F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1-9; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1-11; 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.

⁶⁵ S. CASSESE, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020. Sulla "esorbitante" attività governativa nella gestione dell'emergenza, e sulla posizione ancillare assunta dalle Camere, si sofferma anche A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2020.

⁶⁶ Si interrogano sulle conseguenze di tale frammentazione sul funzionamento della pubblica amministrazione F. CACCIATORE, F. DI MASCIÒ e A. NATALINI, *La regolazione dei procedimenti amministrativi e la risposta al COVID-19*, in *Osservatorio AIR*, 12 maggio 2020.

⁶⁷ S. CASSESE, cit.

⁶⁸ T. GINSBURG e M. VERSTEEG, *State of Emergencies: State I*, in *Harvard Law Review Blog*, <https://blog.harvardlawreview.org/>, 17 aprile 2020; si veda anche A. VEDASCHI e C. GRAZIANI, *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on Italian Situation*, in *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/>, 12 marzo 2020.

⁶⁹ Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, Palazzo della Consulta, 28 aprile, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf

rus, non è unitario riguardo alla portata – e alla gravità – dei percorsi decisionali che si sono iscritti in esso. Lasciando così scorgere, per entrambi i punti di vista richiamati, la parzialità prospettiva di chi si esprime. Oltre che un certo livello di complementarità delle posizioni in campo.

Una terza linea interpretativa è stata considerata in questo contributo: al corpus normativo e provvedimentale prodotto durante la crisi del coronavirus si può adattare un approccio diagnostico, che, ben inserendosi in clima pandemico, possa far scorgere frizioni e malfunzionamenti già insiti nel nostro assetto repubblicano, e che la fase emergenziale fa rilevare con maggiore chiarezza. Da questo punto di vista si tratta dunque di assumere la molteplicità del dato normativo come sintomo per la determinazione della natura o della sede dei fenomeni che si vogliono accertare – fermo restando che il giudizio di valore su tali processi resta ancorato alla concezione che ognuno possiede rispetto alla *salus rei publicae*.

La decretazione presidenziale, a carattere emergenziale, è l'ultimo tassello di un processo di personalizzazione della politica che ha visto l'Italia in "vantaggio" rispetto ad altre democrazie occidentali⁷⁰. In particolare, è stato estesamente documentato un processo di rafforzamento delle figure di leadership legato a recenti evoluzioni della forma partito, che da un lato ha rafforzato il suo vertice, dall'altro ha dato luogo a tendenze a carattere centrifugo⁷¹, che hanno rafforzato sub-leader spesso dotati di largo consenso locale – come tra l'altro mostrato dall'incapacità dei partiti di tenere insieme, e coordinare, centro e periferia attraverso strutture e meccanismi decisionali condivisi⁷². Tali processi conoscono una chiara accelerazione in tempo di emergenza.

Il frequente ricorso ai Decreti del Presidente del Consiglio, strumento sprovvisto di copertura costituzionale, si giustifica con la necessità di assicurare speditezza decisionale. In sospensione della normale

⁷⁰ Presenta una valutazione dei singoli casi nazionali il simposio organizzato da T. KOSTADINOVA e B. LEVITT dedicato al tema della *Personalistic Leadership* (special issue *Politics & Policy*, 42, 4, 2014), che raccoglie, sul nostro paese, il contributo di G. PASQUINO, dal titolo eloquente: *Italy: The Triumph of Personalist Parties*, 548-566.

⁷¹ Offre un'indagine empirica dei leader politici in quindici democrazie contemporanee, ritratti nelle diverse fasi della loro carriera politica dalla selezione alla post-presidency, il volume F. MUSELLA, *Political leaders Beyond Party Politics*, Cham, 2018.

⁷² Sul punto si veda la riflessione contenuta in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, Jovene, 2014; e in S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017.

dialettica politica, e in forte restringimento delle attività delle Camere, il vertice dell'esecutivo assume "piena responsabilità", come lo stesso si è soffermato più volte a ripetere, rispetto a misure che, anche se giustificate dal contenimento dell'epidemia, hanno prodotto il più ampio restringimento delle libertà fondamentali dalla promulgazione della Carta costituzionale. Sono anche il frutto di un lungo processo di rafforzamento del Presidente del Consiglio che ha portato ad associare ad una maggiore responsabilità – come-se-diretta qualcuno si è spinto a dire – sempre maggiori prerogative decisionali. Altre scelte, apparentemente di contorno, confermano tale impostazione. Si pensi a come le modalità comunicative del Presidente del Consiglio abbiano ribadito la sua centralità istituzionale, con la ricerca di un contatto diretto dei cittadini attraverso i media tradizionali e digitali. Oppure alla scelta del ricorso all'opinione degli esperti legati al leader da un rapporto fiduciario, che, per quanto sia stata salutata da molti come il ritorno della competenza in politica, ha finito per allontanare la decisione dalla politica partitico-partitica. Il Presidente del Consiglio vedrà invece spesso contrastare le proprie decisioni dai vertici degli esecutivi regionali, che si sono costituiti come i più alti rappresentanti demo-eletti dei loro territori. Dal momento che la crisi epocale richiede decisioni immediate e/o tecniche, le scelte che spettano al Parlamento sono state avocate dai leader monocratici ai diversi livelli governativi. In periodo di pandemia sono così i presidenti gli attori a detenere gran parte dei poteri di indirizzo politico. L'assalto globale del virus non risparmia il cuore pulsante della democrazia rappresentativa, le assemblee che dovrebbero orientare le scelte pubbliche negli snodi più cruciali della nostra vita collettiva.

*BIG DATA ED EMERGENZA:
POLITICHE PUBBLICHE
DELLA SANITÀ E DELL'ISTRUZIONE
NELLA PLATFORM SOCIETY*

VALENTINA REDA*

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione e la *platform society*. – 2. Sanità: la sfida della sovranità dei dati. – 3. Il modello asiatico: tra biosorveglianza e governo dei dati. – 4. Europa e Italia: tra centralizzazione e decentralizzazione. – 5. Istruzione: due ecosistemi di piattaforme. – 6. Le piattaforme per lo *streaming*. – 7. Le piattaforme per la *smart education*. – 8. Niente sarà più come prima.

1. *La digitalizzazione e la platform society*

A pochi mesi dall'esplosione in Europa dell'epidemia di Covid-19, il ritorno alla normalità appare abbastanza lontano da far prevedere che la normalità non sarà più la stessa. “We’re not going back to normal” è il lapidario titolo di un articolo firmato da Gordon Lichfield, direttore di MIT Technology Review¹. La trasformazione in corso – dice Lichfield – non sarà circoscritta alle settimane di *lockdown* – un protocollo d'emergenza che limita la libertà di circolazione da marzo in tutti i paesi colpiti². L'efficacia delle azioni di chiusura non potrà essere tale da escludere l'insorgenza di ondate successive di contagi³ ed al cessare

* Ph.D in Scienza Politica e *Senior Analyst* presso Federica Web Learning, Università di Napoli Federico II.

¹ G. LICHFIELD, *We're not going back to normal*, MIT Technology Review, 17 Marzo 2020 <https://www.technologyreview.com/2020/03/17/905264/coronavirus-pandemic-social-distancing-18-months/>

² Il governo italiano ha proclamato con il DPCM 8 e 9 marzo 2020 lo stato di emergenza ed esteso a tutto il territorio nazionale le misure di contenimento del virus attive dal 22 gennaio 2020 nelle prime 5 regioni colpite.

³ Lichfield fa riferimento allo studio pubblicato dal gruppo coordinato da Neil Ferguson di Imperial College, su cui si sono fondate le (contestate) scelte del governo inglese. N. FERGUSON ET AL., *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*, Imperial College COVID-19 Response Team, 16 Marzo 2020 <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial->

dell'emergenza sanitaria sarà necessario continuare a fare i conti con il controllo del virus, anche dopo l'individuazione del vaccino. La prospettiva di lungo periodo e la conferma degli studi sull'aumento della produttività hanno contribuito a stabilizzare la direzione della digitalizzazione⁴, producendo quello che già il 2 febbraio Bloomberg aveva definito come il più grande esperimento di "smart working" mai realizzato. Con l'effetto che rischio sanitario e velocità di reazione da parte del mercato abbiano già prodotto una spinta convergente verso una ulteriore piattaforma delle società.

Ancora prima della diffusione del coronavirus, i numeri relativi al fenomeno della *platform society* erano già impressionanti⁵. Dal 2013 al 2019, le persone connesse alla Rete nel mondo sono aumentate da 2 e mezzo a oltre 4 miliardi e mezzo, con una distribuzione che lascia solo intravedere i margini di trasformazione futura dello scenario. Ad oggi, il 50% degli utenti mondiali è in Asia, il 16% in Europa, l'8% in Nord America, con un tasso di penetrazione sul totale della popolazione del 95% in Nord America, dell'87% in Europa e solo del 54% in Asia⁶. L'emergenza Covid-19 ha contribuito a produrre una accelerazione delle attività online, con un incremento delle connessioni tra il 40% e il 50%⁷ in molti Paesi, tra cui Stati Uniti, Canada e Brasile, oltreatlantico, e Spagna, Gran Bretagna e Italia, in Europa. Il processo di penetrazione delle piattaforme nella società, già in atto da tempo, è stato così ulteriormente forzato, sulla base di tre elementi principali.

Il primo elemento riguarda la riduzione dei costi e delle barriere di accesso. La disponibilità di tecnologie e infrastrutture digitali è sempre maggiore e i contenuti sono sempre più potenzialmente *free*, senza costi, per gli utenti. Infatti, se i contenuti rilasciati dagli utenti sono gratuiti e liberi i servizi messi a disposizione dalle piattaforme, la "connettività" è diventata il valore, e come tale ha un prezzo. Questo prezzo è rap-

college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf.

⁴ N. A. BLOOM ET AL., *Does working from home work? Evidence from a Chinese experiment*, *The Quarterly Journal of Economics*, 2015, 165-218, doi:10.1093/qje/qju032

⁵ J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society*, Oxford, 2018, 340 ss.

⁶ Fonte: InternetWorldStat, 31 dicembre 2019 (www.internetworldstats.com).

⁷ I dati sono frutto di una ricognizione pubblicata il 23 aprile da Cloudflare, società americana di content delivery network, servizi di sicurezza internet e servizi di DNS distribuiti (<https://blog.cloudflare.com/recent-trends-in-internet-traffic/>).

presentato dai dati che gli utenti cedono alle piattaforme⁸, che li usano per elaborare sistemi di profilazione e di analisi comportamentale e predittiva⁹. Alla crescita continua della “infosfera”¹⁰, corrisponde infatti anche l’aumento costante della capacità computazionale e la sofisticazione dei modelli di mercato che si collegano all’estrazione e all’analisi dei dati.

Il secondo elemento è appunto quello relativo al consolidamento di nuovi modelli di business, sulla base di tre meccanismi principali: la *datificazione*, che definisce la capacità delle piattaforme di trasformare in dati aspetti del mondo non quantificati prima, metadati comportamentali ricavati in maniera automatica dai software e dispositivi¹¹; la *personalizzazione*, che riguarda la capacità di profilare l’utenza e rendere personale l’esperienza di navigazione, acquisto, fruizione di un servizio ecc.; la *mercificazione*, che riguarda la trasformazione di questi dati in beni commercializzabili¹². Il successo di questi nuovi modelli ha alimentato la progressiva espansione del mercato delle piattaforme, controllato da pochi grandi *player* e popolato da un numero enorme di piccoli attori, alla ricerca di uno spazio e una identità.

Alla base del terzo elemento c’è la centralizzazione, che vede la crescita di un oligopolio internazionale di corporation che controllano l’attività di raccolta, uso e riuso dei dati comportamentali. Realizzando un capitale di controllo che nessuna azienda o piattaforma pubblica è stata in grado di costruire. Le “Big Five” - Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft e Facebook – totalizzavano già nel 2019 un capitale di 4,2 trilioni, superiore al Prodotto interno lordo della Germania (3,8) e inferiore a quello del Giappone (5,1), collocandosi al quarto posto della classifica mondiale, con distacco solo rispetto ai primi due: USA (21,4) e Cina (14,1)¹³. Una posizione che si è consolidata anche grazie alla limitata

⁸ J. VAN DIJCK, *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, 2013, 240 ss.

⁹ D. TEMPELAAR, B. RIENTIES, B. GIESBERG, *In Search for the Most Informative Data for Feedback Generation: Learning Analytics in a Data-Rich Context*, *Computer in Human Behavior*, 47, 2015, 157-167.

¹⁰ L. FLORIDI, *Pensare l’Infosfera*, Milano, 2020, 152 ss.

¹¹ V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, Boston, 2013, 242 ss.

¹² J. VAN DIJCK, *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, 2013, 240 ss.

¹³ Market Capital in miliardi: Microsoft 1050, Amazon 943, Apple 920, Alphabet 778, Facebook 546 (Fonte: The Financial Times, 21 giugno 2019).

ingerenza degli Stati nel processo di “innovazione senza permesso” attraverso cui i giganti della Silicon Valley hanno creato il pervasivo sistema di infrastrutture digitali su cui i dati si creano in tutto il mondo¹⁴.

Alla fine della “fase 1” dell’emergenza Covid, la necessità di mettere in campo dispositivi per il contrasto del virus e per la gestione remota delle attività lavorative e sociali mette di nuovo i governi di fronte alla sfida di gestire la contrapposizione tra utili privati e benefici pubblici derivanti dalle attività svolte e servizi erogati dalle piattaforme, in società in cui la maggior parte delle interazioni avviene attraverso Internet¹⁵.

In questo contesto, i settori della sanità e dell’istruzione, che più di altri appartengono in prevalenza al settore pubblico, offrono un punto di osservazione privilegiato dei processi in atto. In vista di futuri bilanci, si propone qui una prima rassegna di alcuni dei passaggi chiave e una riflessione sulle direzioni di sviluppo che questi suggeriscono.

2. Sanità: la sfida della sovranità dei dati

Come ha sottolineato lo storico Yuval Hoah Harari¹⁶ dalle pagine del *Financial Times*, le pandemie determinano dei balzi in avanti della storia e cose che hanno determinato anni di dibattito si rivelano d’improvviso possibili. Nei giorni del Coronavirus, la sperimentazione di applicazioni di big data ed intelligenza artificiale al monitoraggio della popolazione per la gestione dell’emergenza sanitaria ha avuto una accelerazione in tutto il mondo, democratico e non. I governi di un gran numero di Paesi hanno iniziato ad introdurre programmi per il controllo della cittadinanza, con l’impiego di dati di localizzazione e prossimità, raccolti attraverso tecnologie diverse. Dalle telecamere di sorveglianza, alle celle telefoniche e alle connessioni Bluetooth, dai termometri ad infrarossi alle applicazioni installate sui cellulari. Un impegno che ha

¹⁴ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, 2019, 704 ss.; S. Zuboff, Nuovi capitalismi (della sorveglianza), Formiche, n. 158, maggio, 2020, 8-11.

¹⁵ K. O’HARA, W. HALL, *Four Internets: The Geopolitics of Digital Governance*, CIGI Paper No. 206, 2018, 28 ss.

¹⁶ Y. H. HARARI, *The World After Coronavirus*, Financial Times, 20 marzo 2020, <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>.

contribuito ad aprire nuovi (redditizi) mercati per le aziende che estraggono, vendono e analizzano i dati privati; rilanciando la contesa tra piattaforme, istituzioni e società civile rispetto alla sicurezza e alla privacy. L'attenzione per le implicazioni etiche e di privacy è al centro di progetti nazionali e internazionali che hanno l'obiettivo di monitorare le iniziative in corso e suggerire le chiavi per un bilanciamento tra tracciamento e rispetto della privacy, come il Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing (PEPP-PT), in Europa, e il COVID-19 Mobility Data Network, lanciato ad Harvard. Un terreno su cui il dibattito è ancora in corso e i governi aprono il dialogo con gruppi di ricerca interdisciplinari.

Dalle *Big Five* la risposta è stata immediata, con la decisione delle due più grandi società che controllano la tecnologia dei telefoni cellulari – Apple con il sistema iOS e Google con Android – di creare interfacce di programmazione delle applicazioni (API) che consentiranno ai governi di costruire e distribuire dispositivi di tracciamento della prossimità su ogni smartphone nel mondo. Una decisione significativa almeno su due livelli, differenti ma correlati. Il primo riguarda l'inedita cooperazione tra i due soggetti del duopolio globale, che non ha determinato reazioni da parte delle autorità garanti della concorrenza. Il secondo attiene al modo in cui questa decisione è stata presa rispetto alle autorità statali. Infatti, da una parte, le aziende (Apple e Google) insistono sulla possibilità di ritirare le applicazioni (rendendo così inattivi i servizi) in caso di inadempienza alle condizioni di volontarietà nel download che esse stesse stabiliscono. Dall'altra, queste impongono un modello di funzionamento delle applicazioni, decentralizzato, in cui l'operatività si svolge sul telefono dell'utente, che si contrappone a un indirizzo centralizzato proposto in diversi contesti al fine di far dialogare questi dati con quelli del sistema sanitario.

Oltre quaranta Paesi ad oggi hanno già attivato iniziative di monitoraggio, e altri dieci sono in procinto di adottarle¹⁷. I modelli di maggiore centralizzazione sono stati introdotti nei Paesi asiatici che per primi hanno attivato misure massive di restrizione, contando su un consolidato bagaglio di sistemi di controllo della popolazione. A partire da Cina, Corea del Sud e Singapore con sviluppi differenti. Più critico il posizio-

¹⁷ Una panoramica su scala globale è fornita dal tracker Pandemic Big Brother, realizzata dal gruppo per diritti di Internet Roskomsvoboda con sede a Mosca, che monitora lo stato dell'arte degli interventi nei diversi paesi (<https://pandemicbigbrother.online/en/>, 20 aprile 2020).

namento delle democrazie europee che guardano ai modelli asiatici, cercando di individuare modalità e tecnologie compatibili con il proprio contesto valoriale e normativo. In questa prospettiva Gran Bretagna e Italia offrono spunti interessanti per la diversità degli approcci in campo.

3. Il modello asiatico: tra biosorveglianza e governo dei dati

In Cina, un sistema pervasivo di sorveglianza ha consentito di supportare i meccanismi di controllo del rispetto della quarantena, grazie all'uso di più di 200 milioni di telecamere di sorveglianza già installate e un sofisticato software per il riconoscimento facciale, l'accesso e il monitoraggio dell'uso dei social media e l'impiego della tecnologia dei droni. Di recente, Hanwang Technology Co., la principale azienda cinese specializzata nella tecnologia di riconoscimento ha annunciato di aver sviluppato la prima tecnologia di riconoscimento facciale che permette di identificare le persone anche quando indossano maschere. Poiché l'azienda annovera tra i propri clienti il Ministero della Pubblica Sicurezza cinese, ciò avviene nel quadro del sistema "health code", lo stesso che, attraverso l'installazione obbligatoria da parte di centinaia di milioni di cittadini di applicativi sanitari, assegna un grado di pericolosità epidemica agli utenti. Questi vengono identificati con etichette codificate - verde, giallo o rosso per i pazienti con diagnosi confermata di Covid-19; di qui, si ricavano previsioni sui possibili focolai e indicazioni sul comportamento atteso rispetto alle disposizioni di isolamento. A Hong Kong l'estensione di questi dispositivi è stata accompagnata con la distribuzione di braccialetti di monitoraggio agli arrivi internazionali collegati all'applicazione StayHomeSafe e ad un indirizzo di quarantena registrato.

Questo tipo di ecosistema sarebbe impensabile in contesti democratici, ma assume un dato di coerenza in quello cinese, dove i cittadini sono valutati in base al loro comportamento sociale e la raccolta dati è parte rilevante del modo in cui questo controllo è attuato. Nessun comportamento quotidiano passa inosservato: chi rispetta tutte le norme di comportamento civico, frequenta persone favorevoli al regime, fa acquisti congrui e legge giornali vicini al partito acquisisce punti, e con essi alcuni diritti – come visti di viaggio o mutui a condizioni vantaggiose.

Chi scende sotto un certo punteggio rischia sanzioni dirette, tra cui il licenziamento¹⁸.

Come in Cina, la strategia di monitoraggio della Corea del Sud si basa sulla sua pervasiva infrastruttura digitale e di raccolta dati, basata sul controllo centralizzato, di pazienti confermati – che include cronologie delle posizioni degli smartphone, transazioni con carta di credito, documenti sull’immigrazione, filmati TVCC – finalizzata a compilare registri estremamente dettagliati dei loro viaggi e contatti. Alla fine di marzo, è stata lanciata anche una piattaforma ministeriale che ridurrebbe il tempo di localizzazione a meno di dieci minuti per paziente.

La ricchezza dei dati e il loro dettaglio sono al centro della peculiarità del caso coreano, anche per la decisione di consentire il rilascio pubblico. Una scelta sostenuta, in prima battuta, dal consenso per l’iniziativa – l’89% della popolazione secondo l’agenzia Realmeter – ma osteggiata in un secondo momento in quanto accusata di creare un ulteriore panico sociale. Il livello di dettaglio dei dati diffusi – benché anonimizzati – consentirebbe, infatti, l’identificazione delle persone e l’avvio di una caccia alle streghe incontrollata. Ne è derivata la richiesta, da parte della National Human Rights Commission (NHRC), di nuove linee guida sulla sorveglianza della pandemia, sostenendo che i registri dei viaggi e dei contatti dei pazienti erano “inutilmente specifici” e condannando la pubblicità indiscriminata dei dati personali. Ciò è avvenuto nonostante la strategia di raccolta e il dovere di divulgazione delle informazioni fossero legittimati dalla modifica della Legge sul controllo e la prevenzione delle malattie infettive (IDCPA) decisa a seguito dell’epidemia di MERS nel 2015. Inoltre, è stato attivato un meccanismo di consultazione continua delle agenzie competenti e dei cittadini, per l’aggiornamento frequente delle linee guida per la sorveglianza durante la pandemia. Il Center for Disease Control and Prevention (KCDC) in meno di una settimana ha aggiornato le indicazioni sulla protezione della privacy dei pazienti¹⁹ sulla base delle raccomandazioni del NHRC – restringendo la portata spaziale e temporale dei dati e aprendo un canale per i pazienti per la modifica dei loro dati – con il

¹⁸ Diversamente, ciò che è potenzialmente trasferibile fuori dal contesto cinese è l’opacità delle implicazioni dei sistemi di autorizzazioni richieste per l’utilizzo delle applicazioni su dispositivi iOS e Android.

¹⁹ Fonte: KCDC, 30 aprile 2020 (<https://www.cdc.go.kr/board/board.es?mid=a30402000000&bid=0030>).

risultato di creare un clima di fiducia nei confronti della trasparenza del governo rispetto all'adattamento delle pratiche di sorveglianza.

Il governo di Singapore è stato il primo a scontrarsi con la necessità di conciliare un approccio centralizzato con le funzionalità di TraceTogether, l'applicazione che ha rappresentato il modello per la maggior parte dei Paesi. L'applicazione, che si fonda su tecnologia Bluetooth per la rilevazione di prossimità, infatti, ha subito registrato difficoltà di funzionamento, che si sono ridotte solo dopo due mesi, anche a seguito di un'apertura di Apple e Google ad intervenire sui software. Altrettanto velocemente è emerso il secondo limite del modello centralizzato, che mette a rischio l'efficacia stessa della misura. La volontarietà, infatti, non si armonizza facilmente con la necessità di copertura del 60% della popolazione per attuare in contrasto al virus. Al momento dell'introduzione di TraceTogether, il numero dei contagi a Singapore era di 385 casi su una popolazione di 5,7 milioni di abitanti, saliti a 9000 durante il lockdown, con solo 1 persona su 5 in possesso dell'applicazione sul proprio telefono cellulare. Un limite riscontrato anche in altri contesti, come quello indiano, dove il numero, pur impressionante, di 50 milioni di download sui telefoni Android, che dominano il mercato, non arriva neanche lontanamente a coprire i 500 milioni di utenti di smartphone e una popolazione di oltre 1,3 miliardi di persone.

L'esempio di Singapore anticipa i nodi critici del dibattito in molti altri paesi del mondo, compresi quelli europei, stretti tra modello asiatico e neoliberista.

4. Europa e Italia: tra centralizzazione e decentralizzazione

In Europa, alcuni dei governi più attenti alla privacy al mondo stanno attivando strategie che guardano al modello di Singapore. Da Bruxelles, le linee guida 04/2020 del 21 aprile²⁰ stabiliscono l'anonimato e la volontarietà come principi ordinanti delle iniziative da sviluppare; le stesse prevedono inoltre l'impiego di tecnologia Bluetooth, al fine di

²⁰ Visti la normativa sulla GDPR – articolo 70, paragrafo 1, lettera e) del regolamento (UE) 2016/679 di PE e CE, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati – e l'accordo SEE – allegato XI e il protocollo 37, modificato dalla decisione del Comitato misto SEE n. 154/2018 del 6 luglio 2018 – e gli articoli 12 e 22 del Regolamento UE 2016/679 (Edbp 2020).

evitare l'uso di dati di geolocalizzazione per il tracciamento degli spostamenti dei cittadini, poiché ciò andrebbe in violazione del “principio di minimizzare la raccolta dei dati e creerebbe rilevanti problemi di sicurezza e privacy”²¹. La stessa Privacy International²² considera questa misura come una tra le meno invasive. Infatti, le applicazioni di *contact-tracing* così sviluppate saranno tenute a utilizzare un ID anonimo e temporaneo, che consentirà di stabilire un contatto con gli altri utenti nelle vicinanze e di registrare e archiviare i dati crittografati dei reciproci ID. Spetterà poi ai governi di: assicurarsi che le applicazioni riportino le indicazioni specifiche nello Stato membro in cui sono state registrate; seguire i protocolli di interoperabilità di modo che i cittadini siano protetti anche se varcano le frontiere; controllare lo smantellamento delle applicazioni una volta finita l'emergenza²³.

Da un punto di vista operativo, sono considerati validi tanto l'approccio decentralizzato che centralizzato²⁴, purché sia rispettato il principio del trattamento dei dati, dove non localizzati sul dispositivo dell'utente ma registrati su server.

L'approccio centralizzato è stato scelto dal Regno Unito, dove l'NHS ha comunicato il 27 aprile²⁵ che l'applicazione inglese avrebbe adottato un modello divergente da quello proposto da Apple e Google, con le problematiche di compatibilità che si sono iniziate a configurare già nelle prime settimane²⁶. L'applicazione sarà basata su tecnologia

²¹ Linea guida 40, paragrafo 3.2 “Recommendations and functional requirements” in EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, Adopted on 21 April 2020.

²² Privacy International, *Bluetooth tracking and COVID-19: A tech primer*, 31 Marzo 2020 <https://privacyinternational.org/explainer/3536/bluetooth-tracking-and-covid-19-tech-primer>.

²³ Il 5 maggio è stato pubblicato lo Statement on essential principles and practices for Covi-19 contact tracing applications, a firma dell'European Technology Policy Committee e dell'Association for Computing Machinery (<https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/europe-tpc-contact-tracing-statement.pdf>)

²⁴ Fonte: Euobserver, 27 aprile (<https://euobserver.com/coronavirus/148175>).

²⁵ La notizia è riportata sui principali quotidiani, bbc propone una efficace spiegazione dei due modelli il 27 aprile (<https://www.bbc.com/news/technology-52441428>).

²⁶ Le difficoltà incontrate hanno determinato già a maggio la necessità di ipotizzare un aggiustamento, se non un ripensamento rispetto al rifiuto del modello decentralizzato dei giganti tech, come riportato, tra gli altri, dal Guardian. R. MASON, *UK coronavirus app could be 'ditched for different model' after trials*, The Guardian, 10 maggio 2020 (<https://www.theguardian.com/world/2020/may/10/uk-coronavirus-app-could-be-ditched-for-different-model-after-trials>).

Bluetooth, come già precedentemente annunciato dal segretario alla salute – Matt Hancock – e come suggerito sulla base di uno studio pubblicato il 31 marzo²⁷ anche dal gruppo di ricerca di Oxford, che fornisce la propria consulenza al governo, e che conferma questa come l'unica alternativa all'isolamento dell'intera popolazione. Non è stato ufficializzato chi abbia sviluppato la tecnologia su cui l'NHSX, branca digitale dell'NHS, ha dato inizio ai test, ma il governo ha indicato il coinvolgimento di grandi compagnie tecnologiche internazionali, tra cui potrebbero esserci Google, Amazon e la società di elaborazione dati Palantir. La notizia ha suscitato non poche reazioni contrarie nel Regno Unito. Appartiene infatti alla memoria più recente la violazione delle leggi sui dati e della privacy verificatasi in occasione della partnership tra Google DeepMind ed il Royal Free London Trust nel 2015, relativa all'uso, senza esplicito consenso, dei record di oltre un milione e mezzo di pazienti per lo sviluppo di un'applicazione di allerta clinica per lesioni renali acute. Oltre al rischio di esplicita violazione della privacy, in discussione ci sono il valore dei dati – stimati in miliardi di sterline²⁸ – ed il potenziale di utilizzo successivo alla fase di eccezione. Ma c'è un ulteriore elemento. Il draft governativo informale e non definitivo prodotto a marzo dal governo spiegava come il sistema di tracciamento gestito dall'NHS sarebbe stato fondato su una raccolta anonima dei dati, ma lasciava aperta l'ipotesi che per una migliore strategia contro la diffusione del coronavirus, i ministeri avrebbero potuto essere autorizzati a richiedere la de-anonimizzazione dei dati per identificare le persone attraverso il loro telefono. Un punto che, prescindendo dalla effettiva applicazione futura, manifesta la delicatezza del dibattito in corso.

Il modello decentralizzato, invece, sembra essere quello verso il quale convergono i Paesi membri dell'Unione Europea, pur con bruschi cambi di direzione individuale. Ultimo ed inatteso il caso tedesco, dove il Capo della Cancelleria e Ministro federale degli affari speciali, Helge Braun, ed il ministro della salute, Jens Spahn, hanno annunciato l'adesione alla linea seguita da Apple, Google e altri Paesi europei. Ciò avveniva il 26 aprile, ossia solo tre giorni dopo che era stata, al contra-

²⁷ L. FERRETTI ET AL., *Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing*, Science, 31 marzo 2020, DOI: 10.1126/science.abb6936.

²⁸ L'attenzione sul tema è alta da tempo in Gran Bretagna, dove la stima era presentata dal Guardian già il 10 giugno 2019 (<https://www.theguardian.com/society/2019/jun/10/nhs-data-google-alphabet-tech-drug-firms>).

rio, dichiarata l'adesione allo standard centralizzato per il monitoraggio della prossimità per la tracciabilità dei contatti (PEPP-PT).

Un cambio di direzione analogo si è visto in Italia, dove all'orientamento iniziale alla gestione centralizzata su server pubblici è seguita poi la scelta del modello decentralizzato, alla luce dell'incompatibilità del primo con i sistemi in rilascio a maggio per iOS e Android. Una decisione presa a valle di un processo di negoziazione, che Bending Spoons²⁹, la società affidataria della realizzazione dell'applicazione di *contact tracing*, avrebbe condotto nella seconda metà di aprile. L'applicazione Immuni sarà scaricabile da Apple Store e Google Play ed utilizzabile su base volontaria. Con i limiti dell'approccio legati alla necessità di coprire il 60% della popolazione già indicati per altri paesi, Singapore e India in testa.

Il software in sviluppo è basato su tecnologia Bluetooth ed è rivolto a realizzare due obiettivi. Il primo è quello di rintracciare ed isolare i potenziali contagiati, attraverso la rilevazione di vicinanza tra smartphone entro un metro e la possibilità di ripercorrere a ritroso tutti gli incontri di una persona risultata positiva al Covid-19. Una volta scaricata, infatti, l'applicazione conserva sul dispositivo una lista di codici identificativi anonimi di tutti gli altri dispositivi con i quali è entrata in contatto di prossimità. Il secondo obiettivo riguarda la costruzione di un diario clinico contenente tutte le informazioni più rilevanti del singolo utente (sesso, età, malattie pregresse, assunzione di farmaci), che dovrebbe essere aggiornato tutti i giorni con eventuali sintomi e cambiamenti sullo stato di salute. A quest'ultimo si legano gli aspetti più incerti, infatti, a seconda del modello tecnico seguito, l'autorità sanitaria dovrebbe poter chiedere al soggetto risultato positivo a un tampone se sia in possesso dell'applicazione ed in caso inviare un codice di sblocco per inserire sul server tutti i propri codici identificativi generati dall'applicazione. Ad oggi, non è stato ancora deciso però come dovrebbe svolgersi questa operazione per garantirne la sicurezza e come funzionerebbe la gestione del diario clinico dove gli utenti possono annotare

²⁹ L'assegnazione è stata definita il 16 aprile con un contratto di concessione gratuita, secondo l'ordinanza n. 10/2020, a firma del commissario straordinario per l'emergenza sanitaria Domenico Arcuri per la Presidenza del Consiglio dei Ministri. La cornice legislativa è definita dal decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, in discussione in Parlamento. Per una prima analisi si veda M. PLUTINO, "Immuni". *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, Diritti-fondamentali.it, Fascicolo 2/2020, 26 maggio 2020.

l'andamento dei propri sintomi. Nella versione sperimentale, anche i dati del diario dovrebbero restare solo sul cellulare, ma è in discussione l'ipotesi che la *task force* possa richiederli per studi epidemiologici o persino per contattare il paziente in caso di aggravamento dei sintomi. Una richiesta che potrebbe essere inoltrata solo con il consenso dell'utente, come nel caso dell'applicazione TreCovid19 sviluppata dalla Provincia di Trento³⁰.

5. Istruzione: tra due ecosistemi di piattaforme

La privacy non è l'unico tema al centro delle decisioni in merito alla progettazione degli applicativi in ambito sanitario, ma rappresenta il nucleo fondativo dei valori in gioco su questo fronte. Più ampio e meno visibile lo spettro dei valori coinvolti nella digitalizzazione sul fronte dell'istruzione. L'educazione si trova infatti al centro di una tensione ideologica tra visione della formazione (*Bildung*), di ispirazione tipicamente europea, e retorica dell'apprendimento (*learnification*) orientata alle competenze specialistiche, di matrice anglosassone³¹. Ciononostante, l'attenzione riservata alle iniziative in corso in ambito sanitario non vede corrispondenza in un dibattito pubblico di portata equivalente sul fronte dell'istruzione.

Secondo le stime dell'Unesco³², con l'emergenza Covid-19 il 90% degli studenti del mondo, circa 1 miliardo e mezzo in 190 paesi, è stato costretto a casa. Con l'effetto di vedere trasferita la quasi totalità della futura popolazione mondiale connessa nei due ecosistemi di piattaforme che dominano il mercato: quello delle *Big Five*, da una parte, e quello dei provider di Massive Open Online Courses (MOOC), dall'altra. Due ecosistemi che hanno diversi elementi in comune e una sostanziale differenza, che attiene al ruolo degli istituti di formazione rispetto alle piattaforme: utenti, nel primo caso, parte integrante della *governance*, nel secondo. L'orientamento all'uno o all'altro ecosistema incide – con

³⁰ L'applicazione è stata creata da TrentinoSalute 4.0 in collaborazione con Uffici stampa PAT/TS4.0, Ufficio Comunicazione APSS e la Fondazione di ricerca FBK (Future Built on Knowledge).

³¹ J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society*, Oxford, 2018, 340 ss.

³² Fonte: Unesco, 30 aprile 2020 (<https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>).

effetto sul medio e lungo periodo – sul livello di sovranità pubblica sui dati dell'educazione, che costituisce il terzo fronte per rilevanza strategica e valore per gli Stati, dopo quello finanziario e della salute.

L'assenza di indicazioni nazionali unitarie invita a guardare alle strategie messe in campo dalle grandi piattaforme per individuare le direzioni di sviluppo, mentre il caso italiano, in bilico sui due fronti, è utile a definire il dilemma e suggerire una lettura.

6. Le piattaforme per lo streaming

Nella maggior parte dei Paesi, le risposte immediate alla necessità di trasferire online le attività didattiche hanno visto puntare sulla teledidattica streaming, messa in campo con l'uso delle grandi piattaforme edTech. Una scelta, quasi obbligata per molti istituti alla luce della presenza già pervasiva delle Big Five³³, che aveva contribuito a fare dell'e-learning un settore in straordinaria espansione³⁴ già prima dell'emergenza sanitaria.

La prima corporazione a rafforzare la sua capacità di penetrazione durante l'emergenza Covid è stata Alphabet, che al suo interno ha sviluppato un universo complesso e integrato di strumenti, principalmente rivolti al mondo della scuola. GSuite, che comprende tool di videoconferenza, chat, condivisione di ambienti di lavoro e altri servizi, ha visto crescere i propri utenti a pagamento da 5 a 6 milioni, con un aumento di presenze in Google Meet di circa venti volte. All'incremento di contratti e presenze si è associato un impegno in termini di sviluppo da parte dell'azienda, che ha portato il servizio di teleconferenza Hangouts Meet a reggere fino a 10 mila utenti e l'aggiunta fino a 250 persone ai meeting, senza costi aggiuntivi per gli abbonamenti fino al primo di luglio 2020. La capacità di diffusione è stata sostenuta in questa fase dalla

³³ Nel 2017, il New York Times ha dedicato diversi articoli alla penetrazione delle aziende high tech nel sistema scolastico con una particolare attenzione alle iniziative di Google, che già nel 2017 era riuscita ad occupare interi distretti scolastici negli Stati Uniti. N. SINGER, *How Google Took Over the Classroom*, The New York Times, 13 Marzo 2017 <https://www.nytimes.com/2017/05/13/technology/google-education-chromebooks-schools.html>.

³⁴ Secondo il report pubblicato da ResearchAndMarket, il mercato, crescerà fino a 137mila miliardi di dollari nel 2025. RESEARCHANDMARKET, *E-Learning Service Market - Forecasts from 2020 to 2025*, Marzo 2020, ID: 5009231.

distribuzione gratuita degli strumenti alle scuole e alla realizzazione di un servizio di socializzazione agli strumenti, con un piano massivo di training per docenti e studenti. In questo quadro si colloca, ad esempio, l'iniziativa TeachfromHome, che si avvale della partnership con l'Unesco, che raccoglie guide e supporti video per familiarizzare gli insegnanti con gli strumenti Google, ed in particolare a Classroom, che mira alla creazione di ambienti di apprendimento più strutturati dove trasferire didattica erogativa e interattiva.

La stessa progressione di crescita è stata sperimentata da Microsoft, che ha visto aumentare i suoi utenti da 19 milioni, a luglio 2019, a 44 milioni, a marzo 2020, fino ai 75 milioni di maggio. Anche in questo caso, si è trattato di un successo fondato su una lunga strategia di rafforzamento che ha portato la piattaforma a gestire i regimi crescenti man mano che la richiesta di *smart working* nel mondo del lavoro e dell'educazione si andava intensificando. L'aumento delle interazioni è cresciuto con ritmo ancora più sostenuto, con un aumento da 900 milioni a 2,7 miliardi del minutaggio delle conversazioni realizzate, e un incremento del 200%. Ne è conseguito, anche per Microsoft, un impegno corrispondente in termini di sviluppo, per permettere ai sistemi di reggere fino a un incremento da 10 a 100 mila partecipanti e mantenere le funzioni collegate – come il *drafting* di risposte o la lettura dei messaggi – attive anche offline. Una misura resa tempestivamente operativa dopo il down di due ore registrato in Europa il 16 marzo quando interi sistemi universitari – tra cui quello italiano – si sono immessi nella rete Teams.

Microsoft e Alphabet non sono gli unici attori di questo ecosistema; si pensi a Zoom, che ha registrato la crescita maggiore nella fase iniziale dell'emergenza. Dal suo debutto sul mercato, infatti, in Aprile 2019, la società di servizi di teleconferenza ha visto crescere i suoi utenti di 2,22 milioni di *active users* nei primi due mesi del 2020, rispetto alla crescita di 1,99 dello scorso anno, il 40% in più. Con una predominanza degli utenti dei servizi *free*, incentivata dall'eliminazione del blocco di 40 minuti per la Cina e altri paesi, che gli ha permesso di raggiungere i 300 milioni di contatti. Proprio Zoom è stato però al centro di polemiche a causa dei problemi di privacy emersi nella fase di esplosione del suo utilizzo che ne hanno fatto vietare l'uso da Elon Musk nelle sue aziende e poi anche dal governo di Singapore. Tra questi la mancanza di crittografia end-to-end, la silente condivisione di dati con Facebook e l'erroneo transito delle conversazioni europee e americane su server ci-

nesi, per non parlare dello “zoombombing”, cioè dell’indebita intromissione di estranei nelle conversazioni private. Un problema cui l’azienda ha subito risposto con l’assunzione come consulente esterno per la sicurezza di Alex Stamos, adjunct Professor all’Università di Stanford, noto per essersi dimesso da responsabile per la sicurezza di Facebook nel 2018 in polemica con la modalità di gestione dello scandalo Cambridge Analytica.

L’Italia ha adottato su questo fronte un approccio di collaborazione con le piattaforme. Dal fronte ministeriale proviene infatti l’indicazione di GSuite ed Office 365 Education quali piattaforme ufficiali di riferimento per la scuola³⁵, per le quali sono stati predisposti accessi e servizi di supporto gratuiti, insieme all’italiana Weschool, messa in campo con la collaborazione di TIM e Google nell’ambito dell’operazione Risorgimento Digitale³⁶. Una direzione generale che si associa anche all’iniziativa di Alphabet e Microsoft di rendere gratuiti i loro prodotti per le scuole e di promuovere numerose collaborazioni pubblico-private. Tra queste, Lascuolacontinua.it, promossa da Google insieme a Cisco, Ibm e Tim, di supporto a docenti e dirigenti scolastici, che contava già a marzo oltre 100 mila docenti e 400 mila studenti registrati e un numero di download dell’applicazione seconda solo a Google stesso. Anche sul fronte universitario la scelta della maggior parte degli Atenei³⁷ si è rivolta in prima battuta agli strumenti delle due principali aziende dell’oligopolio mondiale, Microsoft in particolare, per attivare una iniziativa massiva di teledidattica sostitutiva.

Con la fine della fase critica dell’emergenza, non si potrà – e vorrà – tornare del tutto alle modalità precedenti di organizzazione. Non solo perché si stabiliranno delle consuetudini nuove, ma anche perché aziende, università, scuole e istituzioni tenderanno a capitalizzare l’investimento infrastrutturale, organizzativo e di *reskilling* realizzato nella fase di *lockdown*. Una legittima ambizione che rafforza la necessità di

³⁵ Fonte: Miur, 30 aprile 2020 (<https://www.istruzione.it/coronavirus/didattica-a-distanza.html>).

³⁶ Oggetto dell’accordo triennale siglato il 24 ottobre 2019, rispetto al quale la nota n.2260 del 5 dicembre riconosce il Responsabile della Transizione Digitale nominato dal MIUR come responsabile unico dell’operazione.

³⁷ Il 90% degli Atenei secondo la ricognizione proposta dal Ministero, come riportato nella Guida FEDERICA WEB LEARNING E SOLE24ORE, *Smart Education. I MOOC delle Università. Tutti i corsi online gratuiti*, Guida, 17 Marzo 2020, 88 ss.

avviare a livello nazionale una riflessione organica sulle implicazioni che queste scelte hanno sulla *governance* del sistema dell'istruzione.

7. Le piattaforme per la smart education

A livello internazionale, le strategie di medio e lungo periodo sono sempre più rivolte alle ipotesi di potenziamento della didattica asincrona dei corsi aperti online. Una formula che ha fatto dei MOOC (Massive Open Online Courses), in otto anni, un prodotto didattico da oltre 110 milioni di utenti, 15,000 corsi e 1000 atenei sui principali provider occidentali – Coursera, edX, Udacity, FutureLearn – già prima della crisi in corso. Questo modello basa la sua forza su due elementi principali: la qualità della progettazione dei percorsi didattici da parte di professori e esperti della didattica multimediale, rivolta a preservare l'integrità del percorso formativo; e la flessibilità della fruizione senza vincoli di tempo e luogo, che consente di seguire i percorsi ai propri ritmi senza perdere la progressione didattica, limitando gli effetti dei *digital divide*³⁸.

La Cina ha subito puntato su questa risorsa, avviando a febbraio un intervento strutturale, con al primo punto il ricorso agli oltre 24.000 corsi di istruzione superiore online gratuiti, in 12 discipline a livello universitario e altre 18 per l'istruzione professionale, disponibili su 24 piattaforme cinesi. Ne è venuto fuori un piano di potenziamento della didattica online utile a coprire le necessità dei prossimi due semestri e lo sviluppo di un piano di valutazione e monitoraggio per il post-emergenza³⁹. Tant'è che in primavera le università di Tsinghua e Pechino sono partite con 4.000 e 4.500 corsi in formato MOOC o con formule ibride di registrazioni e live streaming. La linea ha indirizzato anche le università americane con campus in Cina, come la Duke University, che per prima a fine febbraio ha trasferito tutta la propria didattica sui propri MOOC disponibili su Coursera. Da allora, le università che potevano contare su una offerta MOOC strutturata hanno messo in cam-

³⁸ Una panoramica sul mondo MOOC e sulla risposta italiana al Coronavirus nel settore universitario è offerta dalla Guida realizzata da Federica Web Learning e Sole24Ore (2020) sulla Smart Education.

³⁹ Fonte: Ministero dell'Istruzione cinese, 7 febbraio 2020 (http://en.moe.gov.cn/news/press_releases/202002/t20200208_419136.html).

po azioni di aggiornamento dei programmi archiviati e attivazione di nuovi corsi.

Durante la fase iniziale dell'emergenza le principali piattaforme internazionali hanno promosso iniziative rivolte a sostenere la didattica curricolare di scuole ed università ed il *lifelong learning* dei lavoratori. Queste iniziative possono essere ricondotte a tre linee di intervento principali. La prima linea si rivolge agli utenti individuali, con l'offerta di accessi gratuiti ai portfolio di corsi esistenti. Tra le altre, Coursera ha accresciuto la lista di corsi accessibili a tutti in modalità audit (gratuita) che sono oggi più di 1400⁴⁰, mentre Udacity, la piattaforma orientata alle competenze tecnologiche, ha offerto invece l'accesso gratuito di un mese ai corsi dei suoi programmi, con un risparmio in media di circa 400 dollari. Ancora, France Université Numérique (FUN), la piattaforma ministeriale francese, ha ripopolato il suo catalogo con la ripubblicazione di tutti i corsi archiviati, mentre FutureLearn ha rimesso in evidenza gli 800 corsi gratuiti in piattaforma. Il risultato per le piattaforme sarà quello di acquisire dati comportamentali che andranno ad alimentare le analisi descrittive e predittive per il miglioramento dei prodotti e la loro vendita.

La seconda linea di intervento riguarda gli operatori sanitari e dell'educazione con due obiettivi: supportare il contrasto al virus e facilitare la transizione didattica. Rispetto a questi obiettivi, i corsi sono rivolti a rispondere all'esigenza di comprensione dei processi in corso e fornire uno strumentario di base ai professionisti di settore. Con questa offerta, le piattaforme – Coursera, Futurelearn e edX in testa - hanno potuto offrire un servizio di utilità pubblica, con un ritorno importante in termini di acquisizione di utenti e visibilità nel mercato privato e pubblico della formazione.

Infine, la terza linea riguarda l'offerta di programmi di accesso gratuito per le istituzioni. Coursera ha lanciato il 12 marzo una iniziativa che consente a qualsiasi università di richiedere l'accesso gratuito al catalogo di quasi 4000 corsi per un numero potenzialmente illimitato di utenti dell'istituzione. In meno di quindici giorni, erano state già approvate le domande di più di 500 università, delle 6000 che ne hanno fatto richiesta, in 120 paesi. Analogamente, l'Open Remote Access Program (ORAP) di edX mette a disposizione *coupons* di accesso ai corsi di tutte

⁴⁰ Fonte: Class Central, 25 febbraio 2020 (<https://www.classcentral.com/report/coursera-free-online-courses/>).

le istituzioni aderenti all'iniziativa, da MIT e Harvard a IBM e Microsoft, e per l'Italia la Federico II. Queste iniziative hanno un particolare valore strategico perché rivolte all'acquisizione di utenti attraverso partner istituzionali, con l'obiettivo di rafforzare il loro posizionamento a livello nazionale.

I risultati non stanno tardando a venire, con il dato indicativo di Coursera che ha registrato una crescita di utenti da 45 a 55 milioni nei primi mesi del 2020, con un incremento dei contatti di 10 milioni da metà marzo a metà aprile, con un aumento del 644% rispetto all'anno precedente.

Sul fronte MOOC, le principali strategie messe in campo in Italia sono orientate al consolidamento di nuclei nazionali, che utilizzano piattaforme proprie, di matrice pubblica. La prima è Federica.eu della Università di Napoli Federico II di Napoli⁴¹ con 300 MOOC al suo attivo, diversi dei quali prodotti nell'ambito del piano di intervento per l'emergenza Covid-19. I corsi, quasi tutti curricolari, costituiscono una base di partenza importante per la futura integrazione della formazione online nei percorsi tradizionali dopo la fine dell'emergenza. Quadro in cui si inseriscono le iniziative legate a ospitare i corsi di altri atenei, tra cui Padova, Firenze, Pavia, Milano Bicocca, e Orientale di Napoli. La seconda università italiana per numeri, è il Politecnico di Milano, che offre, attraverso la piattaforma Pok, l'accesso a quasi 60 MOOC, principalmente rivolti all'orientamento in entrata e in uscita dall'università, ma con un numero crescente di corsi di supporto ai percorsi curricolari di area scientifica. Seguono la piattaforma EduOpen con circa 200 corsi delle 25 istituzioni appartenenti al consorzio e l'Alma Mater di Bologna con 11 MOOC sulla piattaforma Book. Infine, sul fronte delle grandi piattaforme internazionali, la Federico II di Napoli e il Politecnico di Milano hanno optato per erogare corsi attraverso i due maggiori provider globali, con, rispettivamente, 60 MOOC su edX e 8 su Coursera, dove sono presenti anche Bocconi e Sapienza con 11 e 6 corsi.

Rispetto alle esigenze complessive del sistema universitario, l'offerta MOOC – in Italia e nel mondo – è ancora insufficiente rispetto alla domanda di didattica a distanza scoppiata con l'emergenza Covid. In questo contesto, le istituzioni pubbliche sono chiamate a non rimandare

⁴¹ L'Università di Napoli Federico II è anche prima in Europa e nella top ten mondiale secondo l'osservatorio internazionale Class Central (www.classcentral.com, 30 aprile 2020).

ulteriormente il dibattito sulle scelte tecnologiche messe in campo. Una strada che, analogamente a quanto sta avvenendo anche nei principali sistemi a trazione privata come Stati Uniti e Gran Bretagna, tende a puntare al potenziamento dell'e-learning asincrono e all'individuazione di strategie centralizzate di posizionamento rispetto alle piattaforme private.

8. *Niente sarà più come prima*

I segnali che vengono dal mondo del capitalismo digitale sono chiari da tempo. Le grandi piattaforme hanno teso a dettare le regole del mercato neoliberista, scavalcando la politica e le istituzioni, in nome dell'inevitabilità della tecnologia e dell'“innovazione senza permesso” su cui si è fondato il successo delle aziende della Silicon Valley. Il Coronavirus ha determinato una accelerazione della digitalizzazione di tutte le attività sociali imponendo scelte sensibili nei settori della sanità e dell'istruzione, dove è più visibile il ruolo dei valori pubblici come posta in gioco della negoziazione tra interessi privati e benefici collettivi.

Fino a pochi mesi fa sarebbe stato impensabile che le democrazie occidentali guardassero ai modelli asiatici per l'impiego di tecnologie basate su big data e intelligenza artificiale per il tracciamento della cittadinanza. Così come sarebbe stato impensabile che Apple e Google mettessero in campo, senza suscitare l'opposizione delle autorità garanti, una collaborazione che impone standard per il funzionamento di applicativi destinati alla salute pubblica. In Europa, la sola Gran Bretagna ha mantenuto – salvo rettifiche – ferma la barra dell'approccio centralizzato, mentre Germania e Italia, pur avendo inizialmente aderito al protocollo di centralizzazione europeo, hanno optato per l'approccio decentralizzato imposto per i dispositivi iOS e Android, con l'idea di sviluppare in seguito soluzioni per integrare i dati con quelli del sistema sanitario nazionale.

Nel mondo dell'educazione, la necessità di trasferimento massivo delle attività ha favorito, in assenza di linee guida nazionali strutturate, la diversificazione delle soluzioni attivate. Da una parte, la didattica streaming di Alphabet e Microsoft e, dall'altra, l'e-learning asincrono dei MOOC. Due ecosistemi che basano i loro modelli di business sui meccanismi di datificazione, personalizzazione e mercificazione, ma con una importante differenza: la presenza, nel secondo caso, degli istituti di

formazione al centro del modello organizzativo e di *governance* delle piattaforme. Su questo fronte, l'Italia ha visto aprire un doppio binario, di adesione al modello streaming, per la gestione immediata dell'emergenza, e di attenzione all'esperienza MOOC fondata su progetti a trazione pubblica, per una prospettiva integrata di lungo periodo.

Dunque, alla fine della "fase 1" il bilancio è ancora aperto. La prospettiva di una ulteriore accelerazione verso i modelli proposti dalle piattaforme spinge verso una nuova centralità della politica, rivolta a definire un indirizzo per le regole che governano la relazione con le piattaforme. In questo quadro, le democrazie europee si trovano di fronte alla sfida di decidere la via nazionale rispetto alle opposte visioni in campo, che vanno dal governo autoritario della Rete, di stampo cinese, a quello neoliberista dei Repubblicani americani, che guarda ai dati come un bene privato commercializzabile. Le risposte – e la capacità di far confluire in esse saperi disciplinari diversi – determineranno il prossimo scenario della società delle piattaforme e l'assetto sociale delle future democrazie.

PARTE III

LA SCIENZA E LA COMUNICAZIONE DEI SUOI RISULTATI

ASPETTI AMBIENTALI DELLA PANDEMIA: LE NUOVE FRONTIERE DELLA RICERCA

FRANCESCO GUARINO, ANGELA CICATELLI, IVANO SPINIELLO,
GIOVANNI IMPROTA, MARIA TRIASSI, STEFANO CASTIGLIONE*

SOMMARIO: 1. La pandemia di Covid-19 e le sue relazioni con l'ambiente. – 2. Covid-19 e inquinamento atmosferico. – 3. Epidemiologia delle acque reflue: la nuova frontiera nella prevenzione del Covid19.

1. La pandemia di Covid-19 e le sue relazioni con l'ambiente

Covid-19 è la malattia causata dall'agente patogeno SARS-CoV-2 (Sindrome respiratoria acuta grave CoronaVirus2)¹. La malattia è stata segnalata per la prima volta in un piccolo cluster a Wuhan, nella provincia di Hubei (Cina) nel Dicembre 2019, e successivamente si è diffusa in tutto il mondo. Dal mese di marzo 2020 l'emergenza sanitaria è diventata progressivamente di interesse globale tanto da essere dichiarato lo stato di pandemia dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS; 2020).

2. Covid-19 e inquinamento atmosferico

Il blocco e le relative misure attuate da molti paesi europei ed extraeuropei per fermare la diffusione del SARS-CoV-2 hanno indotto un cambiamento forzato dello stile di vita, un improvviso calo delle attività economiche e industriali, nonché una drastica limitazione del trasporto privato e pubblico in molte città e paesi. Sebbene tutte le azioni intraprese abbiano causato una seria recessione economica, il mutamento

* Gli autori rivestono, rispettivamente, le seguenti qualifiche: assegnista di ricerca in Botanica, Università di Salerno; ricercatore in Botanica, Università di Salerno; MSc in Botanica applicata, Università di Salerno; Ricercatore in Ingegneria biomedica, Università di Napoli Federico II; ordinario di Igiene, Università di Napoli Federico II; ordinario di Botanica, Università di Salerno.

¹ R. LU, X. ZHAO, J. LI, et al., *Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding*, *Lancet*, 2020.

repentino del nostro stile di vita imposto dal blocco di tutte le attività ad eccezione di quelle indispensabili sta dimostrando l'efficacia di una tale azione collettiva per la risoluzione di un problema di entità globale, quale una pandemia, e, allo stesso tempo, ha comportato un effetto benefico sulla qualità dell'aria in molte città². Solo poche settimane di blocco delle attività civili e industriali hanno fatto registrare, infatti, una riduzione dell'inquinamento atmosferico in varie regioni del mondo sebbene con entità o rilevanza diversificate. Al contempo, i blocchi delle attività e della mobilità imposti in gran parte del mondo hanno rappresentato un "esperimento naturale", allestito forzatamente su scala globale, ma che ha permesso di osservare gli effetti benefici sull'ambiente di una drastica e improvvisa riduzione delle emissioni in atmosfera di svariati inquinanti. Numerosi scienziati, tuttavia, allertano sull'effimera durata di tale fenomeno, soprattutto in caso di una ripresa a pieno regime delle attività industriali e civili nelle aree urbane e industriali al termine della pandemia.

Le azioni di contenimento dell'epidemia hanno avuto effetti diretti sull'uso di energia e, di conseguenza, sul rilascio di emissioni di CO₂ in atmosfera. Tali emissioni sono certamente diminuite, tuttavia le stime sui gas serra, causa del riscaldamento climatico, sono complicate. In uno studio pubblicato su *Nature Climate Change*³, combinando i dati delle attività di sei settori produttivi (elettricità e calore; industria; trasporto su gomma; case; edifici pubblici e commercio; aviazione) con un "indice di confinamento", che tiene conto delle misure di blocco adottate in ciascun paese o regione per il tempo stabilito a limitare la diffusione del virus, gli autori hanno stimato le variazioni giornaliere di emissioni di CO₂ nel periodo gennaio-aprile 2020. Dallo studio è emerso che durante tale periodo di confinamento, le emissioni giornaliere di CO₂ sono diminuite in media del 26%. Al culmine della crisi sanitaria all'inizio di aprile, nelle regioni responsabili dell'89% delle emissioni giornaliere di CO₂, ma ferme per qualche forma di blocco delle attività, le emissioni giornaliere globali sono calate, a livello planetario, a 83 MtCO₂ (Mt=Megatonnellate; rispetto alle 100 MtCO₂ del 2019), valori equivalenti ai livelli registrati nel 2006. Tuttavia, la dimensione di questa

²https://www.theguardian.com/environment/2020/mar/23/coronavirus-pandemic-leading-to-huge-drop-in-air-pollution?CMP=Share_iOSApp_Other.

³ C. LE QUERE, et al., *Temporary reduction in daily global CO₂ emissions during the Covid-19 forced confinement*, *Nature Climate Change*, 2020.

riduzione nelle emissioni deve tener conto delle misure adottate dai singoli paesi.

Un discorso differente deve essere affrontato in relazione agli inquinanti che stratificano nella parte bassa della atmosfera (troposfera) e che determinano la qualità dell'aria che respiriamo. L'aria pulita è composta da azoto (> 77%), ossigeno (> 20%) e altri gas (tra cui l'anidride carbonica < 0,1%) ma quando si sposta dalla stratosfera nella troposfera, ovvero verso la superficie terrestre, essa raccoglie svariati prodotti derivanti da attività naturali e antropiche. Recentemente l'Agenzia Europea per l'Ambiente (*European Environment Agency-EEA*) ha proposto di stimare il potenziale impatto della qualità dell'aria sulla salute umana attraverso la determinazione di un indice denominato "Indice di Qualità dell'Aria" (*Air Quality Index-AQI*⁴), che tiene conto dei principali inquinanti emessi in atmosfera in determinate regioni geografiche. Tale indice è calcolato ogni ora da oltre duemila stazioni di monitoraggio della qualità dell'aria, in tutta Europa, che rilevano le concentrazioni di cinque inquinanti chiave: PM10, PM2,5, biossido d'azoto (NO₂), anidride solforosa (SO₂) e ozono (O₃)⁵. PM10 e PM2,5 sono particelle di diverso diametro (10 e 2,5 micrometri) appartenenti alla categoria del particolato atmosferico, una miscela di particelle solide e goccioline liquide di forme e dimensioni variabili. Il particolato è considerato uno dei principali inquinanti atmosferici delle aree urbane e industriali. Tali particelle disperse nell'atmosfera, a seconda delle loro dimensioni e del peso, possono rimanere sospese nell'aria per svariati periodi di tempo (ore, giorni, settimane), o disperse e diffuse dal vento per poi depositarsi, anche agglomerando altro materiale, sulle superfici esposte all'aria e infine essere dilavate dalla pioggia. Le particelle di particolato hanno dimensioni talmente ridotte da poter essere inalate e penetrare in profondità nei polmoni, o persino entrare nel flusso sanguigno, causando gravi problemi di salute. Risulta particolarmente nocivo per la salute umana il *black carbon*, un particolato eterogeneo derivante dall'usura di pneumatici e asfalto⁶. Gli ossidi di azoto e di zolfo, che includono i sopracitati NO₂ e SO₂, sono inquinanti particolarmente reattivi e pericolosi per la salute umana, attribuibili solo in minima parte (1% circa del-

⁴ European air quality index.

⁵ A. D. MATTHIAS, *Monitoring near-surface air quality environmental monitoring and characterization*, 2004.

⁶ J. LIANG, *Particulate matter*, in *Chemical Modeling for Air Resources*, 2013.

la quantità totale) a fonti di emissione naturale. Le maggiori quantità di NO₂ e SO₂, immesse in atmosfera, provengono da fonti antropiche⁷, principalmente dalla combustione ad alta temperatura dei combustibili fossili (carbone, petrolio e gas naturale), da processi industriali di varia natura, dagli scarichi dei veicoli a motore⁸. La respirazione di aria contenente livelli elevati di NO₂ e/o SO₂ può causare danni ai sistemi respiratorio e circolatorio⁹. A elevate concentrazioni, tali inquinanti possono partecipare a reazioni fotochimiche con altri composti presenti nell'atmosfera per formare particelle fini o inquinanti secondari, che riducono la visibilità (smog), o possono contribuire all'insorgenza del fenomeno delle piogge acide, assai dannose per gli ecosistemi. L'O₃ troposferico¹⁰ non è immesso direttamente nell'aria da attività antropiche, ma è il prodotto di reazioni chimiche tra ossidi di azoto, composti organici volatili (VOCs) e sostanze organiche reattive, il tutto catalizzato dalla luce solare. L'O₃ può causare molti danni agli organismi e all'ambiente, ed è il principale componente dello smog. Per valutare in che modo il blocco delle diversificate attività antropiche abbia influito sulle concentrazioni degli inquinanti atmosferici, l'EEA ha sviluppato un sistema in grado di visualizzare le concentrazioni medie settimanali e mensili di NO₂ e particolato (PM10 e PM2,5) nelle aree urbane e industriali. Dall'analisi dei dati acquisiti è emerso chiaramente che la pandemia ha contribuito a rendere meno inquinata e più respirabile l'aria di molte città europee. Una riduzione significativa dei livelli di inquinamento dell'aria è stata evidenziata tra gennaio e marzo 2020¹¹, sia in Cina che in Italia e in particolare in Pianura Padana. In alcuni casi, il calo è stato tanto repentino da essere rilevato prontamente dal satellite ESA Sentinel-5P dell'Agenzia Spaziale Europea (ESA)¹². Tale riduzione è stata evidenziata successivamente anche negli Stati Uniti, sebbene non

⁷ <https://www.epa.gov/naaqs/nitrogen-dioxide-no2-primary-air-quality-standards>.

⁸ <https://www.epa.gov/naaqs/sulfur-dioxide-so2-standards-risk-and-exposure-assessments-current-review>.

⁹ T.-M. CHEN, W.G. KUSCHNER, J. GOKHALE, S. SHOFER, *Outdoor air pollution: nitrogen dioxide, sulfur dioxide, and carbon monoxide health effects*, *Am J Med Sci*, 2007, 249-2567.

¹⁰ <https://www.epa.gov/air-quality-analysis/ozone-naaqs-review-analyses-and-data-sets>.

¹¹ https://www.esa.int/ESA_Multimedia/Videos/2020/03/Coronavirus_nitrogen_dioxide_emissions_drop_over_Italy.

¹² https://www.esa.int/Applications/Observing_the_Earth/Copernicus/Sentinel-5P/Coronavirus_lockdown_leading_to_drop_in_pollution_across_Europe.

con la stessa entità. Uno studio recente¹³ riporta infatti che in Nord America la concentrazione degli inquinanti della troposfera si è ridotta nelle grandi città metropolitane come New York, ma non in maniera così evidente come accaduto in Europa e in Cina. L'unica città che ha registrato un miglioramento significativo della qualità dell'aria è stata Los Angeles situata in California sulla costa ovest degli Stati Uniti. Tuttavia, è stato constatato che, durante il periodo del blocco delle attività, il clima di Los Angeles è stato insolitamente piovoso; quindi non è chiaro se il "fattore climatico" abbia contribuito in qualche modo al miglioramento della qualità dell'aria più delle restrizioni imposte.

In aggiunta a quanto detto, ulteriori osservazioni condotte durante le varie fasi della pandemia di Covid-19 hanno evidenziato notevoli differenze in termini di tasso di diffusione del virus e di mortalità in diversi paesi del mondo. Tali differenze hanno suggerito che potessero esservi correlazioni tra svariati fattori (ambientali, meteorologici, atmosferici, epidemiologici, etc.) e la dinamica di diffusione così spiccata e il suo tasso di mortalità variabile in tutto il mondo e, persino, in diverse regioni dello stesso paese. In base a tali osservazioni numerosi scienziati hanno avanzato l'ipotesi di un'associazione tra diffusione del virus e inquinamento atmosferico, anche perché nelle aree della Cina, della Spagna e del Nord Italia, il virus si è diffuso maggiormente e ha fatto registrare un elevato tasso di mortalità rispetto ad altre¹⁴. In particolare, le regioni della Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna sono quelle che secondo l'AQI risultano le più inquinate d'Italia (e tra le più inquinate in Europa). La complessità dell'argomento non permette facili soluzioni, sebbene studi presenti in letteratura¹⁵ sostengano un'associazione diretta tra la dinamica di diffusione della pandemia da SARS-CoV-2 e l'inquinamento atmosferico. I dati raccolti e le analisi svolte richiedono in ogni caso ulteriori approfondite indagini ed è perciò opportuno adottare la dovuta cautela. Gli studi condotti nel tentativo di individuare una correlazione tra persone infette, mortalità e fattori ambientali, demografici e geografici, che possano spiegare le dinamiche di trasmissione del SARS-CoV-2, sottolineano l'esistenza di chiare limitazioni e reali difficoltà di analisi dei dati in continuo aggiornamento in tempo reale.

¹³ Q. SCHIERMEIER, *Why pollution is falling in some cities but not other*. *Nature*, 2020.

¹⁴ <https://www.epicentro.iss.it/>.

¹⁵ D. CONTINI, F. COSTABILE, *Does Air Pollution Influence COVID-19 Outbreaks?*, *Atmosphere*, 2020, 11, 377.

Le fonti dei dati epidemiologici, infatti, possono risultare distorte, incomplete o rilevare soltanto determinati aspetti temporali e spaziali delle dinamiche dei focolai ancora in corso. Un interessante lavoro scientifico, pubblicato recentemente¹⁶, ha preso in considerazione le condizioni climatiche di 55 città distribuite sull'intero territorio nazionale italiano. L'autore si è proposto di verificare un'eventuale correlazione tra il numero di persone infette e ambiente, fattori demografici e geografici, che potessero spiegare la dinamica della trasmissione del SARS-CoV-2 nel tempo e nello spazio, e anche di suggerire misure appropriate per la limitazione e il controllo dell'infezione. I dati relativi all'inquinamento troposferico nel periodo che va dal 17 marzo al 7 aprile 2020 (concentrazioni di PM10, PM2,5 e O₃) rilevate in 55 città italiane sono stati analizzati statisticamente insieme a quelli epidemiologici di diffusione del virus (numero di infetti nel periodo studiato in base ai dati forniti dalla Protezione Civile Italiana), meteorologici (temperatura media in °C, percentuale di umidità, velocità del vento espresso in km/h, giorni di pioggia e nebbia) e dei tassi di contatto interpersonale (in relazione alla densità di popolazione). I risultati ottenuti dalle analisi di correlazione sono estremamente esplicativi e di rilievo. Il numero di persone infettate è risultato significativamente più elevato in quelle città dove si è registrato il superamento del valore limite per PM10, o l'O₃, per più di 100 giorni in un anno. La percentuale degli infetti risulta altresì maggiore nelle città localizzate nell'entroterra (e.g., Pianura Padana), molte delle quali caratterizzate da un clima continentale con velocità del vento limitate e temperature più basse rispetto a quelle costiere. Dallo studio inoltre emerge che l'inquinamento atmosferico nelle città prese in considerazione dallo studio sembrerebbe essere un fattore assai rilevante nella dinamica di trasmissione del virus soprattutto nella fase iniziale di diffusione (risalente al 17 marzo 2020). Tuttavia, nella fase di maggiore trasmissione (7 aprile 2020), il fattore correlato all'inquinamento atmosferico è stato comunque importante per supportare la diffusione virale (aerodispersa), ma è stato altresì rilevante il fattore di trasmissione uomo-uomo. Pertanto, l'autore ha potuto asserire che l'infettività del SARS-CoV-2 è aumentata nel tempo sfruttando sia il meccanismo della trasmissione aerea verso l'uomo (caratteristica delle malattie a trasmis-

¹⁶ M. COCCIA, *Factors determining the diffusion of COVID-19 and suggested strategy to prevent future accelerated viral infectivity similar to COVID Science of the Total Environment*, 2020, 729.

sione aerea) sia quello uomo-uomo, dovuta a un'elevata densità di popolazione.

La relazione tra diffusione della malattia e inquinamento atmosferico può essere così spiegata: le città italiane del Nord Italia sono caratterizzate da un elevato tasso di inquinamento atmosferico con livelli estremamente elevati di smog, che, a causa di inversioni di temperatura inaspettate durante la stagione invernale, si condensa e stratifica al suolo intrappolando il virus. Inoltre, lo smog, ricco di virus, a sua volta si mescola con l'umidità dell'aria per formare una fitta nebbia.

È noto da tempo che particolari condizioni meteorologiche e un'esposizione prolungata a livelli elevati di inquinamento atmosferico influiscono negativamente sulla salute delle persone compromettendo la prima linea delle difese presenti nelle vie aeree superiori e aumentando così la suscettibilità a sviluppare patologie respiratorie croniche, rendendo le persone più prone ad essere infettate¹⁷. Inoltre, una prolungata esposizione all'inquinamento atmosferico induce uno stimolo infiammatorio cronico¹⁸, anche in soggetti giovani e sani, con una sovra espressione delle citochine infiammatorie e delle chemochine che innescano cascate apoptotiche che portano alla morte cellulare. Un ultimo aspetto da considerare è l'età media relativamente alta della popolazione italiana, inclusa quella delle aree con un elevato livello di inquinamento atmosferico. Tutte queste condizioni (indebolimento delle vie aeree superiori sia per età che per esposizione cronica all'inquinamento atmosferico, sistema immunitario alterato o indebolito) sembrerebbero aumentare l'infettività del virus e la sua capacità di colonizzazione delle vie aeree inferiori con conseguenti evoluzioni spesso infauste in determinati casi.

È stato inoltre ipotizzato che un'alta concentrazione di particolato PM10 nell'aria, associato all'umidità, alla carenza di vento, alla nebbia, caratteristiche della Pianura Padana, potrebbero influire sulla capacità di diffusione aerea del virus. Studi preliminari¹⁹ suggeriscono una pos-

¹⁷ Y. CAO, M. CHEN, D. DONG, S. XIE, et al., *Environmental pollutants damage airway epithelial cell cilia: implications for the prevention of obstructive lung diseases*. *Thorac Cancer*, 2020 11 (3).

¹⁸ D.H. TSAI, M. RIEDIKER, A. BERCHET, et al., *Effects of short- and long-term exposures to particulate matter on inflammatory marker levels in the general population*. *Environ. Sci. Pollut. Res. Int.*, 2019, 26 (19).

¹⁹ N. GROULX, B. URCH, C. DUCHAINE, S. MUBAREKA, J.A. SCOTT, *The Pollution Particulate Concentrator (PoPCon): a platform to investigate the effects of particulate air pollutants on viral infectivity*, *Sci. Total Environ*, 2018, 628–629.

sibile interazione tra particolato, che funge da substrato trasportatore, e particelle virali, che favorirebbe così la diffusione aerea del SARS-CoV-2 e la sua veicolazione attraverso le vie aeree.

Il dottor Coccia, in base all'analisi da lui condotta e da noi brevemente su riassunta (2020)²⁰, suggerisce una strategia innovativa (anche se di difficile applicabilità) per fronteggiare una possibile ripresa della pandemia (o ancor peggio il rischio di nuove pandemie): occorrerebbe secondo il dottor Coccia, limitare a un massimo di 50 giorni all'anno lo sfioramento dei limiti di concentrazione stabiliti per il PM10 o per l'O₃, specie in quelle aree urbane le cui condizioni meteorologiche e climatiche favoriscono la diffusione del virus.

Appare evidente dall'analisi delle relazioni tra la diffusione del SARS-CoV-2 e inquinamento atmosferico, che la pandemia è frutto della sottovalutazione dell'impatto delle attività umane sull'ambiente. Grazie allo sforzo collettivo la pandemia è destinata a passare, ma il degrado ambientale potrebbe continuare. Sarebbe auspicabile che tutti i paesi attuino delle innovative ed efficaci azioni volte ovviamente al rilancio dell'economia ma anche particolarmente attente al clima e all'ambiente.

3. Epidemiologia delle acque reflue: la nuova frontiera nella prevenzione del SARS-CoV-2

Negli ultimi mesi il virus SARS-CoV-2 si è diffuso rapidamente dalla Cina al resto del pianeta, generando una delle più gravi pandemie avvenute in tempi recenti. Sebbene sin da subito le autorità cinesi abbiano evidenziato come il tasso di mortalità fosse pari a circa il 2-3%, ben al di sotto di altre epidemie come la Sindrome Respiratoria Mediorientale (*MERS-Middle East Respiratory Syndrome*) e la Sindrome Respiratoria Acuta Grave (*SARS-Severe Acute Respiratory Syndrome*) i cui tassi di mortalità erano pari a circa il 34% e 10 %, rispettivamente²¹, l'allarme diffuso da molti scienziati è stato, ed è legato, alla facilità di diffusione e di contagio di questo virus. Infatti, se è vero che i virus causa della Sindrome MERS o SARS-CoV-1 avevano una percentuale maggiore di leta-

²⁰ M. COCCIA, *Factors determining the diffusion of COVID-19 and suggested strategy to prevent future accelerated viral infectivity similar to COVID Science of the Total Environment*, 2020, 729.

²¹ <https://www.ilsole24ore.com/art/dal-coronavirus-all-influenza-stagionale-ecco-tassi-mortalita-numeri-mano-ACQQd2IB>.

lità, è altrettanto vero che la loro capacità di diffusione era inferiore a quella del SARS-CoV-2, che di fatto si trasmette con la stessa facilità dell'influenza stagionale ma con una letalità circa cento volte maggiore. In Italia il tasso di letalità è risultato essere pari a circa il 14% (valore in corso di accertamento) contro 1‰ dell'influenza stagionale²⁸. Pertanto, per vincere la battaglia contro il virus è stato ed è necessario impedirne in modo puntuale la diffusione, evitando o limitando tutti i contatti sociali, da quelli familiari a quelli lavorativi. Solo in questo modo si è potuto infatti ridurre la circolazione del virus. Queste misure rigide e restrittive sono state necessarie anche per la capacità delle persone contagiate ma asintomatiche, o delle persone contagiate, che avrebbero mostrato sintomi solo dopo qualche giorno, a diffondere il virus. Tale caratteristica ha reso di fatto le persone contagiate non identificabili, diventando veicolo ignaro dell'infezione. Per questo motivo la comunità scientifica internazionale si sta adoperando per trovare dei possibili marcatori utili per un'identificazione rapida del contagio e di conseguenza per l'attivazione precoce dell'allerta sanitaria. Tra gli studi più interessanti pubblicati o in via di pubblicazione su riviste specialistiche di rilievo internazionale, ci sono quelli che hanno rivolto il proprio interesse alla presenza del SARS-CoV-2 nelle acque reflue urbane. L'epidemiologia delle acque reflue si è affermata negli ultimi anni come la scienza che, a partire dall'analisi dei reflui civili, contribuisce a evidenziare e stimare il consumo di droghe o farmaci in una data area urbana, a valutare l'esposizione di una popolazione a pesticidi o tossine, o studiare la presenza di superbatteri resistenti agli antibiotici²². Queste indagini sono quasi sempre svolte su campioni prelevati all'ingresso degli impianti di depurazione mediante un campionamento medio composito sulle 24 ore, o comunque orientato agli orari del picco di maggiore afflusso dei reflui al depuratore.

I campioni così raccolti possono rappresentare una fonte importante di informazioni rivelando la presenza di farmaci o dei loro metaboliti secondari, droghe, ma anche la presenza di batteri pericolosi per la salute umana e animale, nonché tracce di DNA riconducibili a sequenze geniche che conferiscono antibiotico resistenza ai batteri anche per trasmissione orizzontale, ovvero da una specie batterica a un'altra.

²² Analisi delle sostanze stupefacenti nelle acque reflue: potenziale e limiti di un nuovo approccio di sorveglianza — OEDT Approfondimenti n. 9.

In questo momento storico caratterizzato dalla pandemia dovuta al SARS-CoV-2, le acque reflue potrebbero fornire importanti informazioni sull'andamento del contagio, riuscendo a evidenziare anche la presenza di soggetti asintomatici nella popolazione.

La presa di coscienza della capacità di contagio dei soggetti infetti ma asintomatici si è via via affermata nel corso degli ultimi mesi, e insieme ad essa la consapevolezza che la battaglia contro il virus passa necessariamente dall'identificazione e gestione dei soggetti asintomatici. Uno studio condotto da un team multidisciplinare di scienziati della Regione Veneto e pubblicato in *preprint* su una rivista scientifica internazionale²³ ha preso in esame la situazione epidemiologica di Vo' Euganeo ove sono stati eseguiti tamponi su quasi tutti i cittadini (circa l'86% della popolazione per il primo screening e circa il 76% per il secondo). I dati raccolti hanno permesso di attribuire un valore ben preciso come denominatore su cui poi elaborare i rapporti rispetto al numero di sintomatici, asintomatici, ricoveri, ricoveri in terapia intensiva. Un dato rilevante emerso dallo studio è che quasi la metà dei contagiati (43,2%) rilevati con i due screening di massa era asintomatico, inoltre non è stata individuata alcuna differenza statisticamente significativa nella carica virale delle infezioni fra chi presentava sintomi e chi no. Non è stato inoltre evidenziato quello che si era ipotizzato: ovvero che gli infetti asintomatici fossero meno contagiosi di chi presentasse i sintomi tipici della SARS-CoV-2, anzi, i futuri sintomatici risultavano contagiosi ben prima che i sintomi si presentassero. Questi risultati suggeriscono quanto sia importante riconoscere e identificare sia i soggetti asintomatici che quelli in fase iniziale o prefase sintomatologica. Studi recenti pubblicati su riviste scientifiche internazionali hanno dimostrato come il SARS-CoV-2 possa essere isolato dalle feci delle persone infette sia sintomatiche che asintomatiche²⁴. Va anche ricordato infatti che il virus può sopravvivere per diversi giorni in un ambiente favorevole dopo essere stato espulso con le defezioni umane.

²³ E. LAVEZZO, E. FRANCHIN, C. CIAVARELLA et al., *Suppression of COVID-19 outbreak in the municipality of Vo, medRxiv, Italy*, 2020.

²⁴ W. AHMED, N. ANGEL, J. EDSON, et al., *First confirmed detection of SARS-CoV-2 in untreated wastewater in Australia: A proof of concept for the wastewater surveillance of COVID-19 in the community, Science of The Total Environment*, 2020.

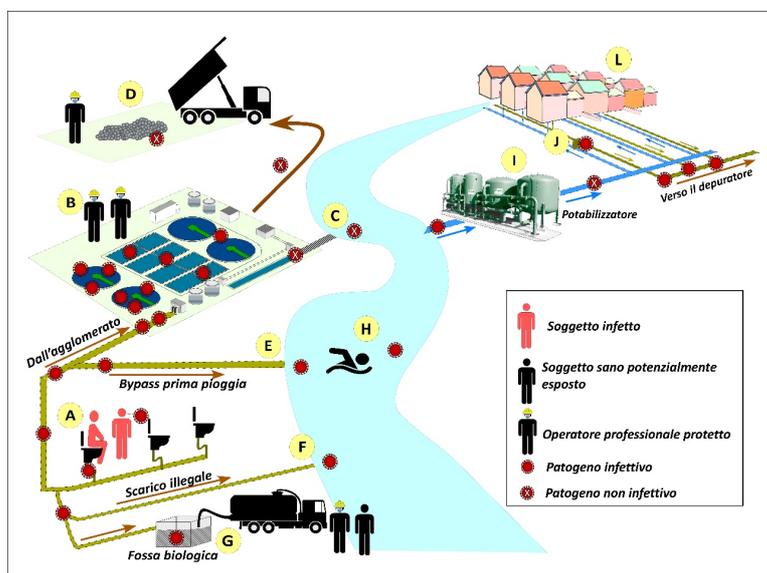


Figura 1. Fonte ISS – rapporto-covid19-10-2020. Destino dei patogeni virali nel ciclo idrico integrato e punti di potenziale esposizione umana²⁵.

Come ben rappresentato dalla Figura 1, riportata dal rapporto Covid 19 dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS), i patogeni virali, in generale, sono di norma inattivati dai processi fisico-chimico-biologici attuati negli impianti di depurazione. Pertanto, l'approccio di indagine epidemiologica adottata per le analisi delle acque reflue ha preso in esame fino ad ora campioni raccolti all'ingresso dei depuratori di reflui urbani consortili.

I primi ricercatori ad aver messo a punto una metodica utile all'identificazione del SARS-CoV-2 nei reflui urbani sono stati i microbiologi della *Kwr Water Research Institute* dei Paesi Bassi, che di recente hanno pubblicato il *preprint* del loro studio su medRxiv²⁶. I ricercatori hanno esaminato i campioni delle acque reflue di sette città olandesi e di un aeroporto usando la tecnica molecolare *Real Time PCR*, un potentissimo strumento di indagine molecolare caratterizzato da un'elevata

²⁵ GRUPPO DI LAVORO IIS AMBIENTE – *Rifiuti, Indicazioni ad interim su acqua e servizi igienici in relazione alla diffusione del virus SARS-CoV-2*, 2020.

²⁶ G. MEDEMA, L. HEIJNEN, G. ELSINGA et al., *Presence of SARS-Coronavirus-2 in sewage*, medRxiv, 2020.

sensibilità capace infatti di rilevare tracce infinitesimali di materiale genetico di qualsiasi origine compreso quello del SARS-CoV-2. Nel caso specifico le analisi molecolari sono state volte a evidenziare la presenza del virus e, in particolare dei tre frammenti del gene codificante per la proteina nucleocapside (N1-3) e del frammento del gene codificante per la proteina dell'involucro virale (E). I risultati riportati in questo studio dimostrano che, già il cinque marzo di quest'anno, materiale genetico riconducibile al virus era stato identificato nelle acque reflue di cinque depuratori, mentre il primo caso ufficiale era stato identificato appena una settimana prima. Ciò implica che quasi certamente i primi casi di infezione, sebbene asintomatici, fossero già diffusi nelle città olandesi da alcuni giorni. Per questo motivo gli autori sottolineano come, anche con bassa incidenza di soggetti contagiati, questa metodica sia estremamente sensibile e potrebbe essere di supporto alle attività di sorveglianza sanitaria.

Anche in Italia l'epidemiologia delle acque reflue è presente presso i dipartimenti di Sanità Pubblica e vari centri di ricerca. Nel corso degli anni queste metodologie, messe a punto inizialmente per valutare il consumo di droghe nella popolazione, sono ormai applicate coordinate e standardizzate a livello europeo dall'*European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (EMCDDA)²⁷.

Allo scopo di sviluppare delle linee guida comuni a tutte le nazioni è stato creato il network europeo *Sewage Analysis CORE group Europe* (SCORE)²⁸, che ha elaborato un protocollo standardizzato di buone pratiche a livello europeo fondamentali per poter confrontare i dati prodotti dalle diverse Università e centri di ricerca dei paesi dell'UE. In questo contesto è partito anche in Italia lo studio delle acque reflue urbane per l'identificazione di tracce genetiche del virus SARS-CoV-2, come ad esempio quello di Milano che ha visto la collaborazione tra l'Istituto di ricerche farmacologiche Mario Negri IRCCS e il dipartimento di Scienze Biomediche della Salute dell'Università Statale di Milano. In Lombardia è stata costituita da tempo una rete di sorveglianza, che raccoglie e analizza campioni di acque reflue in varie città. Ciò ha permesso l'avvio dello studio, partito un mese fa, che prevede l'analisi costante e ripetuta delle acque dei depuratori di Milano, che raccolgono il 90% dei reflui urbani della città, e di altre nove città lombarde, inclu-

²⁷ https://www.emcdda.europa.eu/emcdda-home-page_en.

²⁸ <https://score-cost.eu>.

se quelle maggiormente colpite dall'epidemia come Bergamo, Brescia, Cremona e Lodi²⁹. I risultati di questo studio, probabilmente disponibili nei prossimi mesi, potranno contribuire a fornire indicazioni circa la reale dimensione (tenendo conto dei pazienti sintomatici e asintomatici) e l'andamento dell'epidemia nel tempo, pre-allertando così le autorità sanitarie di un'eventuale ricomparsa del virus nei prossimi mesi.

Anche in Campania è in fase di avvio uno studio epidemiologico sulle acque reflue in collaborazione tra il Dipartimento di Sanità Pubblica dell'Università Federico II e il Dipartimento di Chimica e Biologia "A. Zambelli" dell'Università di Salerno. Questo studio prevede di tracciare l'RNA del SARS-CoV-2 nelle reti fognarie a servizio delle aree urbane; in particolare, la novità introdotta è quella che si andrà a ricercare il materiale genetico del virus nei reflui in arrivo ai depuratori, ma anche nelle sezioni fognarie che servono un massimo da 100 a 500 abitanti. Il secondo *step* dell'indagine epidemiologica prevede di comparare i dati molecolari di presenza del virus e lo stato di salute degli abitanti dell'area oggetto del monitoraggio. Eventuali discrepanze tra le analisi molecolari condotte e l'individuazione dei soggetti infettati dal virus potrebbero essere attribuiti alla presenza di soggetti asintomatici presenti nell'area monitorata. Queste informazioni saranno trasferite agli organi competenti così da predisporre un monitoraggio degli individui all'interno dell'area ove si rileverà la presenza di tracce del virus. Pertanto, l'analisi non sarà condotta solo nelle acque reflue in arrivo ai depuratori ma anche nelle sezioni fognarie a monte, in modo da identificare precocemente eventuali focolai di contagio nelle microaree indagate, e procedere con indagini mirate della popolazione. Questa attività di screening potrebbe risultare utile e di sostegno all'identificazione precoce dei casi di contagio da SARS-CoV-2 facilitando la ripresa e la normalizzazione delle attività socioeconomiche.

Allo scopo di individuare dei metodi più rapidi ed economici per la ricerca di virus nelle acque reflue, studiosi del Regno Unito sono impegnati nella messa a punto di un dispositivo filtrante cartaceo in grado di trattenere gli acidi nucleici di agenti patogeni dai campioni di acque reflue urbane. In seguito, una reazione biochimica con reagenti precaricati sul supporto cartaceo rileverebbe la presenza dell'RNA virale. I risultati del test sarebbero visibili immediatamente, infatti un colore verde del cartoncino ne indicherebbe la presenza, mentre un colore blu

²⁹ <https://www.marionegri.it/magazine/covid-19-e-acque-reflue>.

l'assenza. Il costo di questo dispositivo secondo gli autori potrebbe aggirarsi intorno a una sterlina ed essere in grado di offrire un quadro completo e immediato della salute della popolazione³⁰.

È comunque importante sottolineare che la presenza di materiale genetico del virus nelle acque reflue non equivale al rischio di infettarsi: il solo RNA virale, ovvero i residui di filamento del suo materiale genetico, non conferisce di per sé al virus la capacità infettante, in quanto le altre parti virali non sono più presenti. Inoltre, i processi di trattamento delle acque reflue operato dai depuratori sono comunque in grado di eliminarlo.

³⁰ <https://www.cranfield.ac.uk/press/news-2020/wastewater-test-could-provide-early-warning-of-covid-19>.

I NUMERI DEL COVID 19
LE FALLE NELLA COMUNICAZIONE UFFICIALE IN ITALIA
DURANTE I PRIMI MESI DELL'EMERGENZA CORONAVIRUS

MARCO ESPOSITO *

SOMMARIO: 1. Premessa: 56 conferenze stampa quotidiane. – 2. Il primo allarme. – 3. Le definizioni ambigue. – 4. I contagi del giorno e le previsioni sulla fine dell'epidemia. – 5. Dai morti “di” e “con” al dramma dei dati reali. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: 56 conferenze stampa quotidiane

Dal 22 febbraio al 17 aprile 2020 l'appuntamento è quotidiano: la conferenza stampa della Protezione civile alle ore 18 per fare il punto con il responsabile della Protezione civile Angelo Borrelli e con esperti del settore sanitario sull'andamento dell'epidemia. Con le 56 conferenze stampa in 56 giorni si dà corpo a un'operazione trasparenza lodevole nelle intenzioni e caratteristica delle democrazie mature, nelle quali il diritto all'informazione ha un valore non inferiore rispetto ad altri diritti fondamentali della persona. E tuttavia le modalità di comunicazione dei dati appaiono sin da subito tali da ingenerare letture ambigue, con conseguenze negative sia sulla percezione del fenomeno sia sulla sua gestione da parte degli stessi responsabili pubblici.

2. Il primo allarme

Tra i primi a denunciare le modalità di comunicazione è Monica Pratesi, presidente della Società italiana di Statistica, che il 16 marzo 2020 scrive al presidente dell'Istituto superiore di Sanità Silvio Brusaferro: «In questo momento così complesso per il nostro Paese, molti cittadini si rivolgono quotidianamente alla lettura di dati per avere informazioni su ciò che sta accadendo, oltre che per avere un conforto e un sostegno delle volontà nello sforzo di uscire rapidamente dall'epidemia che

* Giornalista professionista

ci ha colpiti. Tuttavia, molto spesso, la lettura dei molti dati a disposizione è confusa, contraddittoria e disorientante. Infatti, come sappiamo bene, la lettura dei dati non è sempre immediata e univoca e necessita che, insieme ad essi, vengano forniti strumenti di sintesi e chiavi di lettura per una loro corretta interpretazione e una piena comprensione del fenomeno che essi descrivono»¹.

Confusa, contraddittoria e disorientante. Sono termini forti. A cosa si fa riferimento? La Protezione civile quotidianamente evidenzia sia in assoluto, sia nella variazione giornaliera, il numero dei morti, le persone attualmente positive e il numero delle persone guarite. Per le “attualmente positive” si segnala quanti sono in terapia intensiva, quanti in ospedale con sintomi e quanti nella propria abitazione. Infine si comunica il numero di tamponi effettuati. Tutto ciò con dettaglio regionale. Sembra un’informazione completa. In realtà, sotto la spinta dell’emergenza, si è partiti con la comunicazione senza alcun coinvolgimento dell’Istat e in assenza di una progettazione concettuale: non soltanto le definizioni di ciascun fenomeno osservato non sono sufficientemente esplicite, ma addirittura non è direttamente reperibile il valore più immediato per seguire e quindi valutare l’andamento dell’epidemia: i nuovi contagi. Vale a dire il dato utilizzato nei confronti internazionali (insieme a quello dei decessi). Anzi, per essere più precisi, i nuovi casi diagnosticati visto che l’effettivo contagio non è noto prima di una diagnosi.

3. Le definizioni ambigue

I termini utilizzati nella comunicazione ufficiale della Protezione civile si prestano, spesso, a letture ambigue.

Per “guariti” si intendono sia le persone che sono state sottoposte a due tamponi consecutivi con esito negativo e che quindi sono clinicamente guarite, sia le persone “dimesse” dalle strutture ospedaliere, le quali tornano a casa, spariscono dal conteggio degli “attualmente positivi” eppure sono, o possono essere, ancora positive e contagiose.

I “tamponi” sono sia quelli effettuati su una persona per accertare la presenza dell’infezione, sia quelli ripetuti sulla medesima persona per

¹ http://sis-statistica.it/upload/contenuti/2020/files/ISS_Busafarro_16mar2020.pdf.

verificarne la guarigione, per cui la popolazione sottoposta a test è minore rispetto al numero di test. Il dato sui “casi testati” è reso disponibile solo a partire dal 19 aprile quando viene comunicato che i 1.356.541 tamponi sono stati effettuati su 935.310 persone. Nonostante l’elevato numero di persone testate, i differenti criteri regionali seguiti non consentono di dare risposta a una domanda chiave nella gestione dell’epidemia e cioè quante siano nella popolazione le persone contagiate. È Monica Pratesi, in una intervista al *Mattino* il 2 aprile 2020, a proporre di effettuare un numero di test limitato a poche migliaia, ma con criteri statistici tali da renderli rappresentativi dell’intera popolazione italiana. La proposta è rilanciata il giorno successivo, sempre in un’intervista al *Mattino*, dal presidente dell’Istat Gian Carlo Blangiardo. Il presidente del Consiglio superiore di sanità del ministero della Salute Franco Locatelli ne fa un’azione prioritaria, ampliando il campione da analizzare per conoscere i dettagli non solo nei territori e per sei fasce di popolazione, ma per specifici comparti lavorativi in modo da poter valutare il calendario delle riaperture. Tuttavia il decreto che finanzia l’iniziativa vede la luce con settimane di ritardo ed è pubblicato in *Gazzetta ufficiale* il 19 maggio 2020. I test sierologici sono avviati soltanto nella seconda metà di maggio, su 150.000 italiani. Quindi la “fase 2” il 4 maggio e la “fase 3” il 3 giugno 2020 partono senza ancora informazioni sulla reale diffusione del virus nei territori.

Persino sui “morti” c’è una ambiguità – purtroppo gravida di conseguenze – a causa della distinzione introdotta fin dai primi giorni dei morti “di” coronavirus oppure “con” coronavirus, ovvero tra le persone uccise dall’infezione oppure già in condizioni di salute estremamente precarie per cui la presenza nell’organismo del Covid 19 non ha un ruolo determinante tra le cause di morte.

C’è infine un dato comunicato in modo formalmente corretto e tuttavia che risulta ambiguo nella lettura, quello della variazione degli “attualmente positivi”. I giornalisti che seguono la conferenza stampa sono portati per loro natura alla sintesi e quindi di fronte alla mole di dati istintivamente cercano il valore più significativo insieme ai decessi, quello che fa titolo: il numero dei nuovi contagiati e credono di trovarlo nella variazione degli “attualmente positivi”, la quale quindi viene letta come “nuovi positivi” oppure “nuovi contagiati”. È un errore clamoroso, ripetuto sui siti informativi e nelle trasmissioni televisive e mai corretto dalla Protezione civile nel corso della conferenza stampa (quotidiana per 56 giorni fino al 17 aprile e poi bisettimanale fino al 30 aprile,

per essere infine cancellata). Quasi come se quella lettura inesatta – tale da produrre un numero di contagi nella prima fase dell’epidemia leggermente inferiore a quello reale – fosse una svista tollerabile.

Tra queste informazioni ambigue, due hanno sin dai primi tempi della gestione dell’emergenza conseguenze di particolare rilievo e meritano pertanto un approfondimento: i contagiati e i morti.

4. I contagi del giorno e le previsioni sulla fine dell’epidemia

Il monitoraggio mondiale della pandemia da Covid 19 è tenuto dal Center for Systems Science and Engineering (CSSE) della Johns Hopkins University (JHU) di Baltimora, negli Stati Uniti. Per ciascun Paese del mondo sono riportati con aggiornamento quotidiano i contagi, i decessi e i guariti, con valori cumulati. Un diagramma permette poi di seguire l’andamento giornaliero dei contagi (Daily Cases) con valori che nel mondo sono passati da poche migliaia quando in febbraio l’epidemia era concentrata in Cina, fino a sfiorare i duecentomila in giugno².

In Italia però la Protezione civile sceglie di non comunicare in modo esplicito i “daily cases”, i casi diagnosticati del giorno. Per capirsi seguiamo un caso concreto: la conferenza stampa di Angelo Borrelli nella sede della Protezione civile del giorno 8 marzo 2020. Non è un giorno qualsiasi, è quello della chiusura della Lombardia e di altre quattordici province del Nord. Il bollettino evidenzia 33 guariti, 133 morti e un aumento degli attualmente positivi di 1.326: erano 5.061 e sono diventati 6.387. Per il mondo dell’informazione, siamo di fronte a 1.326 “nuovi casi”. Ma è un errore. Dal punto di vista matematico, ciò sarebbe vero soltanto se tutti i 5.061 soggetti “attualmente positivi” del 7 marzo fossero ancora nella medesima condizione a distanza di 24 ore, per cui l’aumento degli “attualmente positivi” coinciderebbe appunto con i nuovi casi. Tuttavia di quelle 5.061 persone, 33 per fortuna sono guarite (o sono state dimesse) e quindi escono dal conteggio mentre 133 purtroppo sono morte e pertanto escono anch’esse dal conteggio degli “attualmente positivi”.

In pratica il numero di “attualmente positivi” del 7 marzo, cioè 5.061, il giorno successivo scende di 166 (33+133) a 4.895. Se il bilancio

² <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

finale è di 6.387 vuol dire che i nuovi casi diagnosticati non sono 1.326 bensì 1.492. Per ottenere tale numero bisogna sommare i dati giornalieri sulla variazione degli attualmente positivi, i guariti e i deceduti. Ma fare l'addizione di guariti e deceduti è un'operazione antiintuitiva – peggio che sommare mele e pere, come si insegna alle elementari – e così l'errore si trascina di giorno in giorno e si amplia. Nel bollettino dell'8 marzo può sembrare una differenza da poco – in fondo 1.326 e 1.492 sono valori dello stesso ordine di grandezza – tuttavia ben presto i morti giornalieri diverranno centinaia fino a un massimo di 969 il 27 marzo e i guariti (e dimessi) giornalieri per fortuna migliaia per cui la differenza tra i due valori si farà molto ampia. A partire dalla seconda metà di aprile la variazione degli “attualmente positivi” diventa negativa perché guariti e morti iniziano a superare i nuovi contagi. Il 21 aprile la variazione degli “attualmente positivi” è -528 e quindi nessuna testata giornalistica traduce più quel numero in “-528 nuovi casi” perché quando il segno diventa negativo l'incongruenza di seguire l'andamento degli “attualmente positivi” per monitorare i contagi appare evidente. Potrebbe sembrare che l'epidemia si sia fermata mentre non è così: il 21 aprile il Covid 19 non smette di infettare l'Italia perché i nuovi casi diagnosticati di quel giorno sono ancora 2.729.

Non sono soltanto i giornalisti a cadere nella svista sugli attualmente positivi. Il 30 marzo 2020 viene pubblicato il rapporto “The Covid-19 pandemic in Italy” a firma dell'econometrico Franco Peracchi, docente alla Georgetown University e a Roma Tor Vergata e componente dell'Eief, l'Einaudi Institute for Economic and Finance³. È proprio il prestigio dell'Eief, istituto fondato dalla Banca d'Italia, a favorire il risalto dell'analisi di Peracchi, pubblicando la ricerca sul proprio sito in una sezione chiamata Forum Covid 19. Cosa fa l'econometrico? Individua una formula matematica che permetta di disegnare la curva dei contagi così come si è fino a quel momento sviluppata e ne estrapola l'andamento futuro per stimare la data conclusiva dell'epidemia, regione per regione. Tale estrapolazione sarebbe particolarmente azzardata se fosse effettuata prima che si verifichi il picco di contagi; ma nel caso dell'epidemia da Covid in Italia il picco di nuove diagnosi giornaliere si verifica il 21 marzo con 6.557 casi. Gli statistici tendono però a costruire delle curve simmetriche, nelle quali quindi la fase di discesa è specu-

³ Lo studio è stato rimosso dal sito dell'Eief, chi fosse interessato a riceverne la copia può scrivere a marco.esposito@ilmattino.it.

lare a quella di salita mentre l'andamento reale dell'epidemia può essere, come in effetti è stato in Italia, rapido nell'incremento e più lento e incerto nella fase discendente.

In ogni caso, per fare un'estrapolazione matematica sui "daily cases" vanno inseriti nel modello i "daily cases" e invece Peracchi cade nella trappola comunicativa della Protezione civile e utilizza il dato della variazione giornaliera degli "attualmente positivi". Il 28 marzo, in particolare, la Protezione civile segnala un aumento di 3.651 "attualmente positivi", che l'econometrico traduce nel suo schema in "casi del giorno", ma ci sono stati anche 889 morti e 1.434 guariti per cui i veri casi diagnosticati sono $3.651+889+1.434$ e cioè 5.974. La curva di Peracchi, insomma, scende molto più rapidamente rispetto a quella reale e ciò lo porta a elaborare statistiche regionali con la predizione sulla data di conclusione dell'epidemia particolarmente favorevoli: zero nuovi casi il 15 aprile in Piemonte e in Veneto, zero il 22 aprile in Lombardia, zero il 24 in Emilia Romagna con l'Italia completamente fuori dalla pandemia il 9 maggio.

Per quanto vistosamente ottimistiche rispetto alla tragedia di 800 morti al giorno, come a fine marzo, le analisi di Peracchi ricevono ampio risalto sulla stampa nazionale. Il Corriere della sera in particolare il 31 marzo dedica allo studio un richiamo in prima pagina e ben due pagine con il titolo «Quando finirà?». Nell'articolo a firma di Federico Fubini e con un'ampia infografica in cui si parla di «numero di nuovi contagi giornalieri» senza notare che il picco poco sotto i 5mila casi non coincide con quello reale del 21 marzo a 6.557 casi. Nel grafico si indicano le date regionali e nazionali di fine dell'epidemia con l'azzeramento in Trentino Alto Adige sin dal 6 aprile (ovvero a neppure una settimana di distanza dalla pubblicazione del giornale) e una finestra per l'Italia tra il 5 e il 16 maggio con la data del 9 quale più probabile e quella del 16 descritta come lo «scenario che considera le eventualità estreme». L'unica cosa estrema del lavoro pubblicato sul sito dell'Eief è l'approssimazione. Quando a Peracchi, lo stesso 31 marzo, viene fatto notare l'errore, la sua reazione è una nota⁴ pubblicata sul sito dell'Eief in cui si afferma che l'analisi viene sospesa a causa dell'aggiornamento dei criteri da parte della Protezione civile («Note: as of March 31 the Dipartimento della Protezione civile changed the definition and content of its daily data release, the production of the daily

⁴ Si veda la nota precedente.

note has been suspense until the new data have been thoroughly assessed»). L'analisi di Peracchi sparirà dal forum online dell'Eief. Ammettere l'errore è difficile per tutti e però se persino l'Eief a fine marzo cade nella svista sugli "attualmente positivi" c'è anche una responsabilità della fonte e cioè della Protezione civile. La quale aggiorna la linea comunicativa soltanto a partire all'8 aprile, inserendo nella tabella riassuntiva con la situazione per regione la colonna "incremento casi totali". Peracchi rielaborerà i dati, presentandoli in un webinar il 22 aprile, curiosamente il giorno in cui secondo la sua prima predizione la Lombardia avrebbe dovuto registrare zero casi. In questa versione corretta le stime sulla data della fine dell'epidemia sono meno irrealistiche e per la Lombardia c'è una previsione di azzeramento dei nuovi contagi per il 29 giugno e cioè a distanza di due mesi e non di poche settimane. Ma stavolta la ricerca è ignorata dalla grande stampa.

5. Dai morti "di" e "con" al dramma dei dati reali

Sin dai primi giorni dall'esplosione dell'epidemia emerge il tema della valutazione dei decessi. Il primo morto ufficiale da coronavirus è registrato il 21 febbraio nel comune di Vo', in provincia di Padova. È Adriano Trevisan, 78 anni. Di lui i giornali scrivono che era già ricoverato in ospedale per altre patologie ma l'informazione è inesatta: Trevisan era cardiopatico e debilitato ma il ricovero in ospedale a Schiavonia domenica 16 febbraio avviene per problemi respiratori manifestatisi il 13 febbraio. «I medici – riferisce il 26 febbraio la figlia Vanessa a Fanpage – non riuscivano a capire cosa provocasse l'infiammazione ai polmoni che gli impediva di respirare. La dottoressa che seguiva il caso ci diceva di non poter fare il test per il virus perché il protocollo non lo prevedeva per pazienti che non erano tornati dalla Cina, o non avevano avuto contatti con soggetti a rischio».

Il 26 febbraio i decessi sono dodici. Tutti anziani e già malati, si sottolinea. Numeri piccoli, rispetto a quel che accadrà in seguito, e però in quei giorni sono dati che fanno impressione perché segnalano che di Covid 19 si può morire nel giro di due settimane dalla comparsa dei sintomi. Angelo Borrelli introduce tuttavia la distinzione se le persone decedute sono morte "di" coronavirus oppure "con" il coronavirus. Specifica che spetterà all'Istituto superiore di sanità fare i propri accertamenti; ma il messaggio che passa nella prima fase della crisi in Italia è che i

morti, tutti anziani, avevano una situazione di salute già compromessa e quindi sarebbero deceduti in breve tempo anche senza coronavirus. Sono morti, insomma, “con” il coronavirus come accade in occasione delle ordinarie epidemie influenzali.

La conseguenza di quella scelta comunicativa è che si tende da subito a sottovalutare la situazione in cui siamo entrati, proprio a partire dall’area più colpita: la Lombardia. Il sindaco di Milano Beppe Sala quel 26 febbraio invita i milanesi a vincere la paura e prendere un aperitivo sui Navigli. Sempre il 26 febbraio, il collega sindaco di Napoli, Luigi de Magistris, decide di chiudere le scuole della città per una santificazione straordinaria, nonostante fino a quel momento non si è registrato nessun caso nel suo comune. Di fronte a scelte così divergenti, forse sarebbe stato il caso di interrogarsi sui rischi dell’eccesso di prudenza di Napoli o dell’eccesso di spensieratezza di Milano e invece il 27 febbraio il quotidiano “la Repubblica” non ha dubbi, dà voce all’appello di Sala e a tutta pagina pubblica un titolo di due parole: «Riapriamo Milano». Quel 27 febbraio il governatore del Lazio e segretario del Partito democratico Nicola Zingaretti vola a Milano per farsi fotografare in un bar a prendere l’aperitivo. Sala rilancia in rete il video #milanononsiferma.

L’Istituto superiore di sanità, in effetti, quando analizzerà le cartelle cliniche accerterà che la grande maggioranza dei deceduti da coronavirus aveva patologie pregresse. E però un soggetto con ipertensione o diabete colpito dal Covid 19 e deceduto in una decina di giorni è morto a causa del coronavirus e non banalmente “con” il coronavirus. Ipertensione e diabete sono malattie serie dalle conseguenze anche gravi ma non paragonabili per letalità a un cancro al fegato. Il problema, in tali casi, è di definizione. Per esempio nelle statistiche ufficiali le vittime di incidenti stradali sono tutte le persone che muoiono in un sinistro stradale oppure nei trenta giorni successivi. È una definizione e come tale soggetta a errori e però il solo modo possibile per descrivere un fenomeno è di definirlo con chiarezza. Ci sarà qualche morto in incidente stradale che in realtà sarebbe deceduto comunque di lì a pochi giorni perché già gravemente malato, così come ci sarà qualche deceduto il giorno 31 o il giorno 101 dopo il sinistro, la cui fine sarebbe riconducibile agli effetti del sinistro e che a causa della definizione sfugge al conteggio. L’importante è seguire un criterio e renderlo pubblico.

Per i decessi da coronavirus manca completamente la definizione. Nella presentazione dei dati da parte di Borrelli si sottolinea ogni gior-

no che una parte da quantificare delle vittime è probabilmente morta “con” il coronavirus e non “di” coronavirus. Nei bollettini giornalieri della Protezione civile dopo il numero di decessi appare la chiosa «questo numero, però, potrà essere confermato solo dopo che l’Istituto Superiore di Sanità avrà stabilito la causa effettiva del decesso»⁵. In assenza di valutazioni più precise, quella sottolineatura rappresenta un errore grave di comunicazione perché spinge gli stessi decisori pubblici a sottovalutare un fenomeno, favorendo a reazioni meno tempestive, in particolare nella gestione dell’epidemia in Lombardia, come dimostra l’incertezza mostrata a inizio marzo dalle autorità centrali e regionali con la mancata chiusura di due comuni della provincia di Bergamo in valle Seriana: Alzano Lombardo e Nembro.

La prima analisi sui decessi dell’Istituto superiore di sanità arriva il 5 marzo e si riferisce alle cartelle cliniche di 105 soggetti. Si evidenzia la frequente presenza di patologie pregresse, tuttavia le principali sono appunto ipertensione arteriosa e diabete mellito, ovvero malattie che possono favorire l’insorgere di complicanze e pertanto di decessi ma che di regola non sono in via diretta causa di morte. Ciò nonostante l’analisi dell’Iss è tradotta ancora una volta come la prova che il coronavirus colpisce soprattutto persone già nella fase terminale della propria esistenza, forse perché l’età media di quei primi 105 deceduti è 81 anni cioè un’età molto vicina alla speranza di vita alla nascita dei maschi. E sono appunto i soggetti maschili i più fragili se colpiti dal Covid 19. Ma anche qui si commette un clamoroso errore statistico dovuto alla scarsa dimestichezza degli italiani in generale e degli operatori dell’informazione con la statistica. È vero infatti che secondo le rilevazioni Istat la speranza di vita di un maschio italiano è di 81 anni (80,9 per la precisione); ma ciò si intende come aspettativa media “alla nascita”. Un ottantenne non ha soltanto un anno scarso di vita attesa ma molti di più e per l’esattezza 8,7 anni. A 81 anni, quindi, un maschio italiano non è destinato a morire di lì a poco ma ha in media una aspettativa di vita ancora di 8,1 anni.

Nell’analisi dei primi dati si commette un ulteriore errore di valutazione: si considera l’età avanzata dei deceduti come la prova che il virus

⁵ <http://www.protezionecivile.gov.it/web/guest/media-comunicazione/comunicati-stampa/-/content-view/view/1226000>. La chiosa relativa al numero dei decessi appare per la prima volta nel comunicato stampa del 28 febbraio 2020 e sarà ripetuta identica fino al 18 aprile 2020 per poi sparire a partire dal comunicato stampa del 19 aprile 2020.

è letale quasi soltanto con persone già deboli e portatrici di malattie pregresse e questo porta a sottovalutare i rischi che corrono persone in età attiva che entrano a contatto con il virus, come i medici. In realtà le persone molto anziane e malate sono, come è ovvio, più fragili e quindi perdono rapidamente la battaglia contro il virus ed entrano altrettanto rapidamente nelle statistiche ufficiali. Dando l'illusione che un quarantenne in buone condizioni di salute non possa morire. Il report del 5 marzo su 105 morti infatti indica nell'11% i deceduti con meno di 70 anni, di cui neppure uno al di sotto dei 50. Quando i dati si consolideranno, però, la percentuale cambierà. La rilevazione con i dati al 7 maggio su 27.955 morti rileva 3.963 persone al di sotto dei 70 anni: il 14%. E le vittime con età inferiore ai 50 anni sono 264. La differenza è che un corpo relativamente sano combatte più a lungo, ma non è affatto al riparo da esiti letali, come avrebbe dovuto insegnare la storia del giovane medico di Wuhan, Li Wenliang, che aveva lasciato l'allarme a dicembre 2019 e che è poi deceduto il 7 febbraio 2020. A 34 anni.

La realtà infatti prima o poi si prende la sua rivincita e nel caso del coronavirus l'esito è drammatico. A segnalare il fenomeno dei morti "sommersi" è il sindaco di Bergamo Giorgio Gori sull'Eco di Bergamo. È il 20 marzo 2020. Quando infatti arrivano i dati comunali sulla mortalità, relativi a tutte le cause, gli incrementi di morti nelle prime settimane di marzo 2020 rispetto al marzo 2019 in molte aree della Lombardia superano fino a quattro volte i decessi da Covid certificati. Quindi non soltanto i decessi ufficiali da Covid sono tutti (o quasi tutti, il che è lo stesso) morti "di" coronavirus, ma ci sono tanti morti in più per i quali l'unica spiegazione possibile è la diffusione dell'epidemia o il collasso del sistema sanitario nel fronteggiare altre emergenze a causa dell'esaurimento dei posti nelle terapie intensive. A fine aprile il quadro sarà chiaro: l'Istituto superiore di sanità nel suo rapporto con i dati al 20 aprile evidenzia che soltanto il 7,3% dei deceduti in ospedale positivi al tampone è stato ricoverato per ragioni che non hanno rapporto con il coronavirus (tumori, infarti, perforazione intestinale e così via).

Nelle prime settimane, insomma, ci si illude che di Covid 19 si muoia poco e quasi soltanto in casi già compromessi. La sottovalutazione di un fenomeno non è mai soltanto un problema statistico. Non effettuare il tampone ai deceduti in casa o nelle residenze per anziani porta una sottostima dei morti di coronavirus, ma porta soprattutto una sottostima dei contagiati, perché le persone che sono state a contatto con un malato morto "soltanto" di polmonite non vengono isolate e

continuano a trasmettere l'infezione. La mancanza per tutto il periodo marzo-aprile di un monitoraggio a campione impedisce di stimare statisticamente quante siano per persone effettivamente contagiate e quindi valutare il tasso di mortalità il quale, in assenza di dati precisi, in Italia appare alto in modo anomalo rispetto agli altri paesi europei.

Per avere un riscontro ufficiale sulla effettiva mortalità diretta e indiretta da coronavirus bisogna attendere il 4 maggio 2020, primo giorno della fase 2. In Italia i morti in eccesso rispetto a quelli con la diagnosi da Covid 19 sono 11.644 al 31 marzo 2020. Lo certificano Istat e Iss (Istituto superiore sanità) in un report congiunto con dati finalmente rappresentativi della situazione nazionale⁶. I morti sommersi dell'epidemia sono una tragedia nella tragedia che però non sfiora neppure il Mezzogiorno, al contrario di quanto ipotizzato a inizio aprile dalla Fondazione Hume di Luca Ricolfi secondo il quale «c'è stato in problema di sottodiagnosi in Veneto e in molte regioni del Sud»⁷. In effetti la percentuale dei morti certificati Covid nel Sud Italia rispetto al totale dei decessi è bassa: il 2%. Ma non c'è alcuna sottostima perché il 2% è esattamente l'incremento nel Mezzogiorno di mortalità nel mese di marzo del 2020 rispetto alla media dei morti di marzo tra il 2015 e il 2019. Nel Nord Italia l'incremento a marzo dei morti reali conteggiati dai Comuni è invece del 95%.

I valori più drammatici si registrano, come prevedibile, in Lombardia. Tra il 20 febbraio e il 31 marzo 2020 sono stati certificati 8.362 morti da Covid. Ma quanti sono stati i morti reali? Confrontando le anagrafi dei comuni, nel 2020 rispetto alla media dei cinque anni precedenti in Lombardia ci sono stati 16.084 morti in più, quindi quasi il doppio rispetto a quelli ufficiali da coronavirus. Di cosa sono morti gli 8mila lombardi sfuggiti alle analisi dei tamponi? Istat e Iss fanno tre ipotesi: la prima è «una ulteriore mortalità associata a Covid-19 (nei casi in cui non è stato eseguito il tampone)»; la seconda è «una mortalità indiretta correlata a Covid-19» (come decessi da disfunzioni di organi quali cuore o reni, possibile conseguenza della malattia scatenata dal virus in persone non testate); infine «una mortalità indiretta non correlata al virus ma causata dalla crisi del sistema ospedaliero nelle aree maggiormente affette». In pratica la saturazione del sistema ospedaliero

⁶ <https://www.istat.it/it/archivio/242149>.

⁷ <https://it.notizie.yahoo.com/ricolfi-morti-potrebbero-essere-80mila-0455>.

lombardo ha provocato la morte di persone colpite da altri malanni che non hanno ricevuto cure adeguate e tempestive.

In nessun'altra parte d'Europa si verifica un aumento della mortalità complessiva forte come in alcune province lombarde e in particolare a Bergamo (568%), Cremona (391%), Lodi (371%), Brescia (291%) mentre la provincia più colpita fuori dalla Lombardia è Piacenza (264%). Per fare un confronto, in Spagna (il paese con la situazione più simile all'Italia) i morti in eccesso rispetto alla media sono 8.096 e la rilevazione copre un periodo più lungo di quello italiano perché arriva al 19 aprile. L'area con l'incremento di mortalità più accentuata è Madrid con più 186% mentre al Sud, in Andalusia, l'aumento nella contabilità dei decessi è limitato all'8%. Le rilevazioni arrivano da analisi locali perché Eurostat appare incapace di monitorare il fenomeno mentre la crisi è in atto e soltanto il 4 maggio crea una sezione sul sito dedicata al Covid 19, nella quale però i primi dati a essere inseriti sono quelli delle stime dell'impatto economico della pandemia. Un modo probabilmente involontario ma significativo di come nell'Unione europea l'attenzione alla contabilità economica sia prevalente rispetto a quella relativa alle persone.

I confronti sulla mortalità sono possibili non grazie a Eurostar bensì in base a una rilevazione fatta da Euromomo.eu⁸, network di organismi europei nato nel 2008 per monitorare la mortalità da influenza, con analisi settimanali per 26 territori europei (non sempre coincidenti con l'intera nazione). Ebbene: la situazione più drammatica nel continente a causa della pandemia da Covid 19 si registra in Inghilterra con più 44% nella quindicesima settimana del 2020, cioè la seconda di aprile, seguita dalla Spagna con il 34% nella quattordicesima settimana, quella a cavallo tra fine marzo e inizio aprile; ma incrementi tra il 20 e il 30% riguardano anche Belgio e Olanda. La Francia fa segnare un più 22% di picco nella quattordicesima settimana. La Germania, invece, conterebbe davvero così pochi morti come si afferma nei bollettini ufficiali sull'epidemia, almeno nelle due sole aree rilevate da Euromomo e cioè a Berlino e a Hesse.

L'Italia registra un picco nella quattordicesima settimana limitato al 23% ovvero un incremento della mortalità totale in linea con quello francese e olandese e minore di Inghilterra, Spagna e Belgio. Ciò è l'effetto di avere al suo interno contemporaneamente sia l'area più col-

⁸ European mortality monitoring: <https://www.euromomo.eu>.

pita sia quella meno infettata d'Europa. Nel Meridione d'Italia, dove è scattato il lockdown il 9 marzo e cioè prima che l'epidemia raggiungesse numeri rilevanti, vi sono regioni dove la mortalità 1-31 marzo 2020 è addirittura più bassa rispetto allo stesso mese del periodo 2015-19. In Campania la flessione è dell'1,9% (con Napoli -0,9% e Salerno -7,7%); in Sicilia del 2,7% (con Palermo -9,2%); in Basilicata meno 7,2% (con Matera a -11,3% migliore provincia d'Italia). Molto bene anche il Lazio grazie al dato di Roma (meno 9,4%), mentre al Sud segnali negativi sulla mortalità si registrano in Puglia e in particolare nelle province di Bari, Foggia e Barletta-Andria-Trani. Il report di Istat e Iss si ferma al 31 marzo e fotografa quindi il mese peggiore dal punto di vista dell'epidemia. Il fenomeno dei morti sommersi continua infatti fino a metà aprile per poi rientrare a fine mese.

6. Conclusioni

La modalità di presentazione dei dati non è mai neutrale rispetto alle letture che ne conseguono. La Protezione civile in occasione della crisi da coronavirus si è data in modo esplicito un obiettivo di trasparenza e tuttavia l'ambiguità di talune definizioni e la carenza di una progettazione concettuale della comunicazione statistica ha finito col favorire letture scorrette, in particolare sull'andamento giornaliero dei casi diagnosticati e sulla valutazione della letalità del Covid 19, suggerendo decisioni politiche intempestive. Soltanto a inizio maggio è emerso in modo inequivocabile quanto fosse mal posta la domanda che circolava nei primi giorni di diffusione dell'epidemia e cioè se le vittime fossero morte "di" coronavirus o "con" il coronavirus. L'incremento di morti registrato dalle anagrafi comunali per il solo mese di marzo infatti ha superato di oltre 11mila unità quello dei 12.428 decessi ufficiali registrati al 31 marzo come coronavirus, raddoppiando quasi il reale bilancio della pandemia. «Verosimilmente – hanno scritto Istat e Iss nel loro report del 4 maggio 2020 – il Covid 19 ha agito sia anticipando il decesso in individui affetti da gravi patologie, sia incrementando la mortalità con i suoi effetti diretti e indiretti, particolarmente evidenti nelle aree a media e alta diffusione», cioè al Nord e nelle Marche. Secondo il Rapporto, «l'analisi di tutte le cause di morte del 2020 consentirà di valutare quanto l'eccesso di mortalità osservata sia attribuibile anche ai decessi di persone non sottoposte al test ma certificate dai medici sulla base di una

diagnosi clinica», e quindi non conteggiate ufficialmente, e quanto «agli effetti indiretti su specifiche cause di morte, soprattutto quelli che sono riconducibili alle difficoltà del sistema ospedaliero nel lavorare in condizioni di forte stress ma anche al minor ricorso alle prestazioni del servizio sanitario da parte dei cittadini per timore del contagio». Istat e Iss nel maggio 2020 non erano in grado di stimare i “pesi” di ciascuna componente e probabilmente sarà impossibile accertare se e quanti decessi siano legati alla gestione incerta della crisi nelle prime fasi dell’epidemia; tuttavia c’è da augurarsi che, in eventuali future emergenze sanitarie, la comunicazione chiara e tempestiva delle informazioni sia considerata fattore strategico, da perseguire con una progettazione concettuale, coinvolgendo da subito il soggetto pubblico titolare di tale funzione: l’Istat.

Finito di stampare presso la *Grafica Elettonica* (Na)
nel mese di luglio 2020

