

MARCOPOLO

Percorsi di diritto pubblico interno e comparato
lungo i confini disciplinari

10

Collana diretta da
Salvatore Prisco

MARCOPOLO perché il diritto in genere – e quello comparato, in particolare – è un viaggio di esplorazione, come ha scritto brillantemente Maurizio Lupoi, attraverso terre solo in parte (e spesso solo all'apparenza) note. Se chi lo intraprende ne ritorna uguale a com'era quando lo aveva iniziato, meglio sarebbe stato allora rimanere a casa.

E perché, come accade a quell'antico e venerato personaggio della Serenissima – e prima di lui a Ulisse – l'inquietudine e la curiosità sono le molle che spingono chi vive e studia a superare i propri limiti di partenza, le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare in avanti la bandierina della conoscenza.

Uno spirito da coltivare e un'indicazione metodologica da consegnare ai giovani – siano essi ricercatori e studenti – o in genere ai lettori che s'interrogano, perché il deposito scientifico ereditato dai nostri Maestri possa essere quotidianamente reinvestito e vivificato, producendo così un'ulteriore fiammella di luce in grado di illuminare un poco di più il mondo complesso che ci circonda.

Come nell'evangelica parabola dei talenti, rischiare lungo sentieri poco battuti è comunque meglio che amministrare pigramente quanto ricevuto: è tutto assieme – ed inscindibilmente – carattere costitutivo dell'abito mentale del ricercatore, segno di intelligenza, dovere morale.

(S. P.)

La collana accoglie contributi monografici individuali e atti di convegni, sottoposti a previo referaggio "a doppio cieco", con esito positivo e conforme, da parte di due membri del Comitato dei Garanti, ovvero di esperti esterni ad esso – anche non italiani – individuati dal direttore della stessa sulla base della competenza specifica, documentata dalle loro pregresse pubblicazioni sull'oggetto del lavoro sottoposto a valutazione.

Si prescinde dal referaggio nel caso di raccolte di scritti pubblicati in precedenza in altre sedi e nell'occasione già valutati positivamente.

Dialoghi in emergenza

a cura di

Francesca Niola Michela Tuozzo

Editoriale Scientifica

Comitato dei Garanti

Francesca ANGELINI
Alfonso CELOTTO
Lorenzo CHIEFFI
†Pasquale CIRIELLO
Giovanni COCCO
Antonio D'ALOIA
Maria D'ARIENZO
Michele DELLA MORTE
Mario DOGLIANI
Tommaso Edoardo FROSINI
Fiorenzo LIGUORI
Raffaele MANFRELLOTTI
Ilenia MASSA PINTO
Valeria MARZOCCO
Roberto MICCÚ
Alessandro MORELLI
Fabrizio POLITI
Paolo RIDOLA
Francesco RIMOLI
Massimo SICLARI
Alessandro TORRE

Proprietà letteraria riservata

Questa pubblicazione è stata realizzata con il parziale contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

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

ISBN 978-88-9391-884-8

INDICE

Prologo

SALVATORE PRISCO

La didattica universitaria a distanza. “Filosofia”, opportunità, limiti e rischi

IX

L'emergenza pandemica nella dinamica delle forme di Stato e di governo

FEDERICA ESPOSITO

Il parlamentarismo italiano di fronte a nuovi problemi: regionalismo asimmetrico, riduzione del numero dei componenti, riflessi dell'emergenza sanitaria

27

GIULIA FONTANELLA

Le libertà fondamentali in Francia alla prova dell'emergenza sanitaria

45

CHIARA CERBONE

L'esperienza spagnola nella gestione delle emergenze: una democrazia a prova di contagio?

79

FULVIA ABBONDANTE

Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione e innovazione

103

MARIA SARAH BUSSI

L'emergenza Covid-19 e il ruolo delle Corti. Il principio di precauzione e l'ideale della giustizia sociale nelle esperienze di Brasile ed India

117

NOEMI MAZZARACCHIO

I ciechi tastano l'elefante (*mangren mo xiang*) e la libellula si posa sul bocciolo di loto. La realtà cinese e non la sua retorica 135

*L'impatto del regime
di lockdown sui diritti*

FRANCESCA NIOLA

Gli effetti del *lockdown* sull'ambiente: adottiamo una nuova prospettiva? 161

ANNA D'AVINO

L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo del Coronavirus 179

FEDERICA IOVINO

Scuola: didattica a distanza o senza distanza per lo sviluppo della persona? 189

ROSANNA FATTIBENE

Il carattere multidimensionale della povertà alla luce della pandemia 199

MICHELA TUOZZO

La zattera degli esuli: percorsi migratori alla prova della chiusura delle frontiere 223

EDDA NAPOLITANO

La dignità del sofferente: etica della cura e principi di razionamento. Diritto alla salute ed emergenza pandemica dall'abrogazione del *Patient Protection and Affordable Care Act* al documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) 263

Confinamento e lavoro agile

RAFFAELE PIGNATARO

Lavorare ovunque, lavorare meglio: brevi riflessioni sul lavoro agile 285

ANTONIA BERNARDO

Smart working e pubblica amministrazione nella sfida al Coronavirus 299

INDICE	VII
FABIO DELL' AVERSANA Le arti e lo spettacolo alla prova del Covid-19	321
<i>Emergenza, carcere, processi</i>	
GAIA TESSITORE Giustizia penale e carcere: l'immobilismo dell'emergenza	331
SARA AMATO Emergenza sanitaria da Covid-19: il diritto di difesa nel processo amministrativo tra abolizione e ripristino del contraddittorio orale. L'ondivaga posizione del legislatore alla luce degli interventi razionalizzanti della giurisprudenza	351
GIULIA MUSELLA Il processo civile ed amministrativo alla prova del Covid-19	371
<i>Ri-costruire: fondi europei, credito e appalti</i>	
ANDREA DE PETRIS Il conflitto che non c'era? La sentenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco sul <i>Public Sector Purchase Programme</i>	381
WALTER GIACOMO CATURANO Oltre la pandemia economica: ripartire dal credito come esercizio di fiducia	417
TIZIANA MASONE Gli appalti pubblici nella crisi. Il dibattito aperto durante la pandemia sulla ristrutturazione del sistema	443
<i>Epilogo</i>	
SALVATORE PRISCO Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus	461
<i>Gli autori</i>	469

SALVATORE PRISCO

Prologo.

La didattica universitaria a distanza.
“Filosofia”, opportunità, limiti e rischi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Perché sì: gli entusiasti della tecnologia come strumento di realizzazione delle “magnifiche sorti e progressive” nella formazione accademica. – 3. Perché no: i catastrofisti della “morte del pensiero critico” – 4. È davvero possibile un compromesso? Qualche riflessione conclusiva su università, società tecnologica e mercato. Il senso dell’in-segnare.

1. *Premessa*

Chi, durante la fase più cruda della pandemia, abbia lavorato da casa, o viva con figli minori iscritti a scuole di qualsivoglia ordine e grado, ovvero ancora ne abbia di maggiorenni che frequentano l’università, ha trascorso il periodo in cui era vietato uscire – salvo eccezioni da autocertificare in un apposito modulo da portare con sé – in una condizione particolare: questo segmento di popolazione (padri, madri e figli) è rimasto cioè come tutti isolato, ma non abbandonato alla solitudine, giacché anzi le giornate sono state affollate (perfino con una pressoché inesistente divisione del tempo tra *privacy* e proiezione dei contatti all’esterno via *computer*) di compiti da assolvere, grazie all’impiego ormai generalizzato e pervasivo della comunicazione telematica.

Di lavoro e didattica scolastica da remoto si occupano nel presente volume altri interventi. A chi scrive è stata chiesta dalle curatrici qualche riflessione su quel segmento della vita adulta degli studenti (normalmente giovanile) che riguarda l’impatto di una simile modalità formativa su di loro e sul ruolo dei docenti.

La discussione tra “apocalittici” e “integrati” – come avrebbe detto Umberto Eco – circa l’indesiderabilità o il pregio dell’università frequentata “a distanza” (fenomeno beninteso diversissimo da quello, che tutti conosciamo, di studenti che – in facoltà che non prevedano

obbligo di frequenza – si presentano soltanto a sostenere esami preparati ciascuno per proprio conto) è in questo particolare momento assai accesa e oscilla appunto tra lodi del buon tempo antico, avveniristiche prefigurazioni di una “somministrazione delle lezioni” (il linguaggio usato è sempre una spia del desiderio e della mentalità) completamente fondata sulla smaterializzazione dei rapporti tra professori e allievi, nonché infine tentativi più o meno felici di mediazione tra siffatte posizioni estreme.

Essendo infatti divenuto impossibile, dall’inizio del mese di marzo 2020 (e dopo che i primi casi di Covid-19 si erano manifestati in Italia già nell’ultima settimana di febbraio), tenere corsi, esami e sedute di laurea nel modo consueto, ossia in compresenza fisica dentro un’aula “reale”, nonché accedere fisicamente alle biblioteche pubbliche o private ad uso pubblico, si è passati ovunque all’impegno da remoto in queste attività.

Praticamente subito il bravo collega e mio carissimo amico Giovanni Pascuzzi – giuscomparatista dell’università di Trento, dotato di una lunga e brillante dimestichezza anche quale formatore di formatori, impiegando appunto (non solo, ma in aggiunta a quelle classiche d’aula tradizionale) le modalità di lezione e seminariali alle quali ci si sta ora riferendo – ha lanciato, da “amministratore”, il gruppo su Facebook *Imparare insegnando ai tempi del coronavirus* e in questo spazio ha collocato via via materiali utili a una discussione metodologica.

È doveroso richiamare qui l’iniziativa, per ringraziarlo e al tempo stesso avvertire il lettore che molte fonti delle informazioni sulle esperienze che in questa sede verranno riferite e delle valutazioni che saranno compiute possono essere ritrovate in tale sede.

2. *Perché sì: gli entusiasti della tecnologia come strumento di realizzazione delle “magnifiche sorti e progressive” nella formazione accademica*

In una recente intervista, l’interpellato – professore emerito di sociologia del lavoro alla Sapienza – ha risposto, adattandole alla straordinarietà imposta dalle circostanze, le sue risalenti tesi sulla materia (le trasformazioni del modo di produzione), consegnate a diversi libri e saggi scientifici. In sintesi, con le modalità di prestazione del lavoro che qui possiamo genericamente definire “agile” o “da remoto”, senza

dovere preoccuparci di precisazioni al riguardo, che una diversa e più specifica direzione di queste pagine pure imporrebbe,

Siamo di fronte al più grande esperimento sociale mai realizzato [...]. Per il dipendente c'è una migliore gestione della vita familiare, minore ansia da prestazione, azzeramento del pendolarismo aumento della produttività stimato del 15/20% in pratica raggiungiamo la percentuale produttiva della Germania. Si azzerano il *gender gap* e si trattengono i giovani talenti.

Le aziende, dal canto loro, «hanno tutto da guadagnare: risparmiano energia, mensa, riscaldamento. Meno assenteismo e più produttività», anche se c'è qualcuno a cui questo non aggrada: «I capi azienda non sono preparati a gestire da remoto, vogliono vedere i loro polli da batteria in azione»¹.

Mutatis mutandis, la prospettiva potrebbe piacere anche agli studenti universitari e ai loro docenti, soprattutto se fuorisede, o con *handicaps* fisici, ovvero residenti in luoghi non serviti da trasporto pubblico, o ancora resi impervi da circostanze contingenti (isole battute da un mare agitato, paesi montani innevati) e a studenti lavoratori, nonché ad anziani con molto tempo ormai libero e permanente desiderio di acculturarsi.

Con corsi, verifiche ed esami da lontano si risparmia sui costi di vitto e alloggio (il che può essere vantaggioso per il bilancio di famiglie con più di un componente agli studi lontano da casa), sulle spese di trasporto (il che fa bene anche all'ambiente), si recuperano perfino ore di sonno, se le lezioni vengono registrate e possono essere viste e ascoltate *ad libitum*, aumenta la possibilità di rendere più internazionale la preparazione, collegandosi con studiosi che vivono e operano all'estero, infine si palesano altresì benefici se vi sono spiegazioni da chiedere: basta in fondo risentire più volte la lezione nei punti oscuri e per il resto smanettare su *Wikipedia* o su siti serî e qualcosa, a chiarimento dei dubbi, ne verrà alla fine fuori. L'effetto di circolazione delle informazioni, di non esclusione di vaste platee umane e di loro integrazione diffusa è indubitabile e si viene altresì incontro in questo modo all'esigenza di *lifelong learning* e all'istanza democraticistica di base ad essa sottesa².

¹ “De Masi: da casa siamo produttivi tanto quanto la Germania”, intervista di I. TROVATO, in *Corriere della Sera*, 6 Giugno 2020.

² Per un esame complessivo (e complesso) della questione, in una ricchissima letteratura, può bastare – ai limitati fini di questa nota – il riferimento ad A. CALVANI,

Sulle controindicazioni in termini di azzeramento della socialità (dove l'aggettivo appena impiegato, scelto in nome del più consueto "democratico" per sottolineare i profili di ambiguità collegabili al fenomeno, secondo l'avviso di chi scrive) e di calo di profitti per l'indotto che gravita attorno agli studenti si deve per ora tacere: questo paragrafo è lo spazio degli entusiasti dell'innovazione e richiamarle qui disturberebbe come una stonatura in un coro di voci accordate all'unisono.

Un'equilibrata conclusione (che segue a un'analisi particolareggiata e assai interessante, che qui è impossibile per motivi di spazio riassumere nelle scansioni particolari del ragionamento) nota che, in ogni caso, inevitabilmente

L'emergenza da COVID-19 ha imposto una brusca accelerata a processi ormai indifferibili: sembra ormai chiaro che l'innovazione della PA non passi per la rilevazione biometrica delle presenze, ma per il superamento della logica del cartellino³,

mentre in precedenza la medesima autrice aveva appunto preso in esame la formazione a distanza relativa a quei particolari rami della pubblica amministrazione che sono la scuola e l'università. In ragione della sua conclusione al riguardo, se ne darà peraltro conto in seguito.

3. *Perché no: i catastrofisti della "morte del pensiero critico"*

Se esistessero un campionato e la relativa classifica tra quanti sono stati particolarmente critici delle modalità didattiche osservate forzatamente in questa stagione, ho pochi dubbi che lo scudetto lo vincerebbe Giorgio Agamben.

Il filosofo sarebbe sicuramente al vertice di un'ideale graduatoria dei resistenti ad oltranza, perché ha da un lato minimizzato l'impatto del Covid-19, ritenendo che l'allarme lanciato sulla diffusione della pandemia sia stato artatamente "gonfiato", per sperimentare su scala

Dall'educazione a distanza all'e-learning, voce dell'*Enciclopedia del XXI Secolo*, Roma, 2009, online ad nomen auctoris e alla bibliografia qui richiamata.

³ G. FILOSA, *Il cambiamento come opportunità: la formazione ai tempi del Coronavirus*, in *Riv. Trim.Sc.Amm.*, 2/ 2020, 25.

planetaria un'operazione di disciplinamento (e di più: foucaltianamente, di autodisciplinamento) sociale, dall'altro sostenuto che

I professori che accettano – come stanno facendo in massa – di sottoporsi alla nuova dittatura telematica e di tenere i loro corsi solamente *on line* sono il perfetto equivalente dei docenti universitari che nel 1931 giurarono fedeltà al regime fascista. Come avvenne allora, è probabile che solo quindici su mille si rifiuteranno, ma certamente i loro nomi saranno ricordati accanto a quelli dei quindici docenti che non giurarono. Gli studenti che amano veramente lo studio dovranno rifiutare di iscriversi alle università così trasformate e, come all'origine, costituirsi in nuove *universitates*, all'interno delle quali soltanto, di fronte alla barbarie tecnologica, potrà restare viva la parola del passato e nascere – se nascerà – qualcosa come una nuova cultura.

Coerentemente con lo sviluppo generale del suo pensiero e coltivando un assoluto pessimismo circa le prospettive della formazione universitaria, egli aveva del resto abbandonato da tempo l'istituzione e l'insegnamento ufficiale⁴.

Alla fase del *play off* sarebbero peraltro sicuramente finiti due suoi *competitors* in tutto degni del vincitore, come Federico Bertoni e Donatella Di Cesare.

Il primo ha affidato a un *pamphlet* d'occasione⁵ la sua tesi. Rinviando per la sostanza ad altri assunti non dissimili dei suoi colleghi richiamati in questo paragrafo, il *caveat* più originale rispetto alle rimanenti è nella sua riflessione che segue, tratta da una diversa fonte⁶:

⁴ Le asserzioni cui ci si riferisce sono rispettivamente ne *L'invenzione di un'epidemia*, in www.quodlibet.it, 26 febbraio 2020, *ad nomen auctoris* e in *Requiem per gli studenti*, in *Diario della crisi*, www.iisf.it, 22 maggio 2020. Per una loro discussione critica, peraltro sintonica, si legga S. FORNARO, *Agamben e il requiem per l'Università*, in *Unis-Visioni del tragico / Covid-19, online*, 24 maggio 2020.

⁵ *Insegnare (e vivere) ai tempi del virus*, Milano, 2020, ma già ID., *Universitaly. La cultura in scatola*, Roma-Bari, 2016.

⁶ *Cinque scene e cinque punti sulla didattica a distanza*, in *Griseldaonline*, 30 marzo 2020. M. C. PIEVATOLO, *Teledidattica: proprietaria e privata o libera e pubblica?*, in www.roars.it, 8 giugno 2010, segnala le possibilità (perlopiù trascurata dalle università italiane, salvo pochissime eccezioni) di impiegare una piattaforma, Garr, partecipata dal Miur e da importanti enti di ricerca pubblica, che avrebbe minimizzato il rischio di usi anomali dei dati da parte di colossi stranieri del settore.

È facile prevedere..., che la didattica a distanza possa diventare il nuovo *business* di quelle *corporations* tecnocratiche che sono ormai le nostre università... C'è anche un aspetto tecnico spesso trascurato, ma niente affatto secondario. Gran parte degli insegnamenti online attivati in queste settimane dalle università pubbliche sono affidati a sistemi proprietari in mano a multinazionali come Google e Microsoft e a *datacenter* esteri, con scelte certamente giustificabili per l'urgenza, ma comunque preoccupanti, non solo perché la funzione didattica maneggia dati sensibili, ma soprattutto perché chi possiede i nostri dati e costruisce il nostro ambiente di lavoro ha anche il potere di determinare le nostre scelte. È una questione enorme che riguarda anche la nostra vita privata, sempre più virtuale, ma che istituzioni pubbliche (fino a prova contraria) come le università dovranno affrontare in modo serio e attento, anche con investimenti specifici per sviluppare piattaforme informatiche basate su *software* libero, sullo sviluppo di competenze informatiche locali e sulla custodia attenta dei dati di studenti e docenti.

Interessante, del resto, è anche un'osservazione di un altro commentatore sulla riduzione netta della *privacy* in tali circostanze⁷. Anche chi scrive, ad esempio, dopo un certo numero di esami da remoto, può dire di avere sbirciato nolente nell'intimità delle camere degli studenti, guardato i *poster* alle loro pareti, apprezzato i pupazzetti nelle librerie, strumenti musicali appoggiati ai muri, in un caso ha perfino quasi avvertito il profumo del caffè che s'intuiva fatto di fresco con una macchinetta – invero di non troppo modeste dimensioni, indice di un luogo abitato forse da diversi studenti fuorisede – che veniva inquadrata dalla telecamera di chi si era collegato dalla cucina dell'abitazione e in un altro si è imbattuto nella visione di un letto sfatto. Magari questa fuggevole panoramica sulle “case degli altri” – in un incontro che non si realizza in un luogo istituzionale e perciò “in campo neutro” – è diventata a volte un pretesto utile a sdrammatizzare l'inizio di un'interrogazione, ma da alcuni tale approccio *soft* può essere stato percepito come un ingresso virtuale e in realtà non desiderato nell'atmosfera domestica, per quanto essi fossero stati costretti dalla necessità ad “aprire

⁷ Si legga quanto osserva incisivamente, in relazione all'intrusione nelle «case degli altri» che in tale modo si compie, S. LUBELLO, *A distanza siderale. Una didattica per sottrazione: Università*, in *Treccani.it*, 15 giugno 2020.

la porta” all’ospite occasionale, benché ne avrebbero volentieri fatto a meno.

Della seconda, autrice anch’essa di un libro di riflessioni ispirate dalla circostanza⁸, si cita da un articolo del settimanale cui collabora⁹:

Assicurare lezioni a distanza ed esami non significa salvaguardare l’università, che non è una fabbrica di saperi, né un esameificio. Manca la vita universitaria in tutta la sua insostituibile ricchezza, la sua vivacità, la sua effervescenza. È possibile che molti studenti, dispersi e isolati, abbandoneranno del tutto il percorso accademico. L’iscrizione mirerà solo a conseguire un diploma, uno scopo esteriore, mentre lo studio sarà sempre più strumentale. *Ne risentiranno le facoltà umanistiche*. Lo svuotamento dell’università e la sua alterazione sono già in atto. Forse finirà per imporsi il modello tecno-aziendale. Punteggi, valutazioni, rendicontazioni, iperaccademismo. Come durante la pandemia è venuto meno lo spazio pubblico, così il fantasma dell’università aleggia solo tra gli schermi. Non riducibile a cifre e tabelle, l’università è il nucleo portante della vita culturale e il laboratorio della politica. Di più: è il luogo per eccellenza della resistenza critica, della dissidenza e, se necessario, della disobbedienza civile.

Come si vede – essendosi qui abbondato per chiarezza in citazioni testuali – le prospettive dei rispettivi autori convergono (sia pure con accenti diversi, ma nemmeno poi tanto: il cuore delle riflessioni è comune) in una critica radicale dell’esistente e nel timore che le pratiche emergenziali si stabilizzino, anzi che possano prendere la mano, venendo l’università alla fine asservita anche in questo modo, più di quanto non lo sia già oggi, a logiche di pura utilità economica (su questo si ritornerà alla fine).

Prima di passare a valutare criticamente il dibattito fin qui riepilogato e concludere, una precisazione va fatta in relazione al corsivo nell’ultima citazione, che è stato apposto dall’autore di questo contributo.

Nel 1984, David Lodge – in patria professore di letteratura inglese, nonché scrittore di romanzi, saggista, autore teatrale – pubblica *Small World. An Academic Romance*, tradotto in italiano come *Il pro-*

⁸ *Virus sovrano?*, Torino, 2020.

⁹ *L’Università italiana diritta verso il declino*, ne *L’Espresso*, n. 24, 7 giugno 2020.

fessore va al congresso, uno spassoso romanzo di grande successo, che traspone nel mondo universitario britannico i modi delle avventure cavalleresche tipici della poesia ariostesca. Tra le righe si legge una critica all'operazione che l'indirizzo politico del governo conservatore di Londra (il cui primo ministro era all'epoca Margaret Thatcher) aveva assunto, ossia quella di tagliare i finanziamenti agli studi umanistici – sfondo contestuale della narrazione – per spostarli su quelli scientifico-tecnologici. Questo per dire che, se la preoccupazione distopica della filosofa della Sapienza ha molto verosimilmente un futuro, bisogna essere consapevoli che ha comunque già avuto anche un passato.

4. *È davvero possibile un compromesso? Qualche riflessione conclusiva su università, società tecnologica e mercato. Il senso dell'in-segnare*

Spero che il gioco dialettico dei due paragrafi che precedono immediatamente questo sia apparso chiaro. Ci si è messi, rispettivamente, prima nei panni di un innamorato acritico della tecnologia applicata all'università, che come tutti gli innamorati persi trova l'oggetto delle sue brame privo di difetti e a tutto concedere caratterizzato da vezzi che lo rendono unico ai suoi occhi e poi dei fustigatori della nequizia irrimediabile di una simile prospettiva.

La sintesi, che piacerebbe a un hegeliano di ferro (se ancora ne esistessero, da qualche parte), è in una parola magica: *blended*, che non è solo il connotato di un buon *whisky* invecchiato, né l'etichetta di certi abiti, appunto in “misto lana”.

Un poco e un poco, insomma, didattica di almeno parziale compresenza fisica in aula, osservate tutte le note cautele, ma con ausili per intrattenere contatti da remoto: corrispondenza elettronica, ricevimento routinario degli studenti, lezioni di recupero e qualche seminario, adempimenti amministrativi, riunioni tra colleghi e di organi interni e comunque ulteriore, forte investimento dell'università nella tecnologia¹⁰.

¹⁰ Nel contributo in precedenza citato, G. FILOSA scrive: «Le considerazioni sopra riportate (*quelle sulla pubblica amministrazione*, n. d. r.) riguardano sia la formazione in presenza (ad esempio corsi d'aula frontali) sia la formazione a distanza o *e-learning*: in quest'ultimo caso gli aspetti emotivo-affettivi e relazionali della formazione sono delegati a piattaforme più o meno sofisticate e tracciabili (ad esempio

A un primo sguardo, la ragionevolezza di questa soluzione mediatrice appare equilibrata, anche perché gli atteggiamenti che si sono in precedenza sintetizzati non si ritrovano “in forma pura”, per così dire, nella realtà. Su questo piano, insomma, molti (se non certo tutti) sarebbero disposti a convergere, anche dopo che fosse stato completamente superato il rischio pandemico.

Decisamente convinti delle opportunità offerte agli atenei dalla effettuazione elettronica a distanza di molti procedimenti amministrativi, nonché dalla possibilità di svolgere in tale modo anche parte della ricerca e della didattica, sono stati ad esempio i relatori di un *webinar* svoltosi sulla piattaforma *Zoom* il 15 Giugno 2020 per conto dell'università Ca' Foscari di Venezia, dal titolo emblematico *Il ruolo delle Università dopo l'emergenza*.

Essi hanno peraltro distinto, all'interno delle “tre missioni” dell'università, fra pratiche nelle quali la telematica è da incoraggiare (la fornitura di servizi e la semplificazione dei procedimenti amministrativi, ad esempio, ma tutelando altresì i diritti dei prestatori di lavoro o il collegamento degli atenei col territorio, favorito e intensificabile grazie

Moodle) che, attraverso le *chat* e/o i *forum on line*, consentano la costituzione di una comunità virtuale di apprendimento. In questo senso il *web* e i *social media* hanno per così dire scavalcato e reso obsoleto l'*elearning*, inteso come *web based training* o *wbt*, “liberalizzando” la fruizione di contenuti più o meno interattivi e multimediali, di natura non solo colmativa (ad esempio i *pdf*), ma anche imitativa (i *webtutorial*), di qualità molto variabile, ma accomunati dalla facile reperibilità tramite motore di ricerca. Gli apprendimenti informali fruiti tramite *web* sono però sicuramente utili quando si pongano come *complementari* (il corsivo è nel testo, n.d.r.) a percorsi formativi di tipo formale o non formale, che facciano da cornice di riferimento e di ancoraggio di nuove nozioni all'interno di un'impalcatura di conoscenze consolidate e accreditate (*scaffolding*). Se manca questa base, di natura essenzialmente culturale, il rischio è che gli apprendimenti informali acquisiti in maniera disordinata tramite *web* abbiano la pretesa di sostituirsi alla formazione strutturata, trasformandosi così in false credenze, teorie ingenuie, illusione di conoscenza e, in ultima analisi, sovrastima delle proprie competenze secondo il ben noto effetto Dunning-Kruger. Pertanto, se è vero che lo *smart working* ha l'indubbio vantaggio di lasciare più tempo per l'autoformazione, è necessaria che questa sia strutturata all'interno di percorsi informali o non formali, in presenza o a distanza, anche per meglio valorizzare le competenze comunque acquisite. *Rispetto alla formazione a distanza però, la formazione in presenza o blended ha il vantaggio di sopperire a quel “vuoto relazionale” che rappresenta uno dei rischi del lavoro agile (il corsivo di questa frase è invece dell'autore del presente scritto, n.d.r.)», 10 s.*

ad un uso massiccio del *web*) e situazioni – la didattica propriamente detta – nelle quali l’interazione in compresenza fisica tra docenti e studenti deve restare centrale¹¹.

Tutto a posto, dunque? Si può concludere con un “vissero felici e contenti”, o – come si direbbe dalle mie parti – con un esito pacificatore “a tarallucci e vino”, dopo una lite furiosa?

Piano, si freni l’entusiasmo per avere trovato la possibile quadratura del cerchio.

Il coronavirus è un agente patogeno che non ha creato esso disuguaglianze, ma le ha illuminate, che ha cioè funzionato da cartina di tornasole di molti aspetti malati del nostro sistema di convivenza.

In primo luogo (per restare all’ordine di riflessioni che si stanno facendo qui) ha confermato quello che si chiama, con espressione anglosassone, il *digital divide*, ossia la disuguale distribuzione – tra i soggetti, le generazioni e i territori – della necessaria formazione e strumentazione informatica¹².

Questo equivale a dire perciò che si è reso evidente a tutti, ancora più di prima, che Internet dovrebbe essere reso fruibile a carico dello Stato: l’istruzione popolare è un diritto sociale fondamentale, giacché in mancanza (oltre che senza salute, lavoro stabile, disponibilità di un’abitazione dignitosa, tutti bisogni essenziali) non possono realizzarsi i presupposti reali della «effettiva partecipazione... all’organiz-

¹¹ Per avere un’idea del “taglio” dell’evento, la conferenza – internazionale per la presenza di relatori stranieri – ha offerto (tra altre) relazioni interessanti di A. TROISJ, *Prospettive ordinamentali e dimensione del lavoro nell’Università*; di M. COLURCIO, *L’Università del futuro: l’esigenza di nuovi modelli di business*; di C. HOFACKER, *Il software mangerà le Università?*; di V. FILOTTO, *Covid-19: sfide e opportunità per l’educazione terziaria e la ricerca accademica*.

¹² Il rilievo sul punto è pressoché generale, ma per approfondimenti si vedano ad esempio R. FATTIBENE, *Sviluppo tecnologico e dimensione sociale nell’Unione Europea*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 1-2/2002, 184 ss. (per il rilievo specifico 191.); F. ABBONDANTE, *E-learning: la nuova dimensione dell’apprendimento*, in *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, a cura di G. De Minico, Napoli, 2010, 225 ss. (118 per la notazione in termini) e di recente S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell’emergenza (COVID 19)*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 1/2020; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 285 ss. e G. FILOSA, *Op. cit.*, 2 (e nota 2).

zazione politica, economica e sociale del Paese» e l'alfabetizzazione minima odierna è indubabilmente quella elettronica¹³.

In concreto, occorrono diffusione della formazione tecnologica specifica (e di più: dell'apertura culturale ad essa) e disponibilità a costo zero, o pressoché tale, di idoneo *hardware* e *software*, ossia di *computers* e strumenti analoghi, nonché di connessioni davvero affidabili e ultraveloci, di cui sia garantita la riservatezza delle comunicazioni, la sottrazione al mercato dei dati (molti sono quelli sensibili: quando uno studente sostiene un esame da remoto, ad esempio, va identificato con «idoneo documento», che va mostrato alla telecamera del componente della commissione che ne verbalizza l'esito) e il controllo da disturbi e intrusioni di *hackers*.

In secondo luogo, a chi ha appreso sin da tempi ormai lontani¹⁴ che “il mezzo è il messaggio”, è apparso evidente che altro è la lezione di presenza, altro quella a distanza, in termini di costruzione del discorso e di strategie che lo comunicano: tanto la prima è per sua natura problematica e personalizzata (di più: costruita *assieme* tra docente e studenti), quanto la seconda è per necessità tendenzialmente asseverativa e standardizzata, come sa chi del resto impiega *slides* ad uso didattico, già da ben prima della pandemia. In buona sostanza, il contatto da remoto cambia la natura dell'insegnamento e in qualche misura anche del metodo e della struttura di esso.

Certo, scagliarsi *tout court* contro l'uso – nella formazione – di Internet e in genere di tecnologie nuove (l'aggettivo serve a sottolineare che tutto è relativo: anche la biro fu tale, rispetto alla penna d'oca e poi alla stilografica e così il telefono, indubbiamente più pratico del ricorso al *tam tam* e ai piccioni viaggiatori, l'acqua corrente nelle case in luogo del recarsi a una fonte comune, l'uso domestico della corrente elettrica invece dell'impiego delle fiaccole e dei lumi a petrolio e via elencando) sarebbe una battaglia di retroguardia: a tacere d'altro, ne è

¹³ Si conviene quindi con chi decisamente assume tale posizione, come ad esempio, *ex multis*, G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, ora in EAD., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 44 ss. e già in precedenza EAD, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., 9 ss. e ancora prima R. FATTIBENE, *Op. cit.*, 189.

¹⁴ Il riferimento è ovviamente a M. MAC LUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, trad. it., Milano, 1967.

una riprova questo stesso libro, nato da un *webinar* e i cui contributori, compreso chi scrive, hanno largamente attinto alla stampa quotidiana e periodica, nonché a materiali disponibili nel *web*, essendo chiuse le biblioteche pubbliche, restando invece salvo l'ovvio ricorso di ciascuno alla propria personale.

A proposito di *webinars* in generale, ne abbiamo del resto fatto in questa fase una vera indigestione e ci toccava a volte districarci acrobaticamente tra più di uno nel medesimo giorno, quando la nostra curiosità ne era sollecitata, col vantaggio di una presenza virtuale a ciascuno di essi e azzerando i costi di trasporto e di albergo, nonché la fatica fisica dei trasferimenti reali, con benefici non da poco, per ognuno e per l'ambiente: abbiamo tutti visto immagini di come il mare e i fiumi si siano purificati, di come l'inquinamento dell'atmosfera sia drasticamente diminuito. Quasi un paradosso, una nemesi, a pensarci: si palesa tra gli esseri umani una patologia pandemica a carico delle vie respiratorie e vengono imposti a suo rimedio (in mancanza di farmaci davvero decisivi, in sostanza di un vaccino) il distanziamento fisico e il confinamento in casa, si osserva che si ritraggono allora – con dinamica inversa – le offese alla natura, che respira e si risana.

La nostra moltiplicata possibilità di presenza a più eventi, talora perfino in pratica ubiquitaria, ha in ogni caso cambiato il modo di fruire di un convegno e penso che questa possibilità non rifluirà del tutto, ma è stata anche pagata in termini di “distanziamento sociale” effettivo tra gli studiosi, che ne è risultato anzi in tale modo addirittura sottolineato.

Chiudendo però questo largo inciso, se posso ricorrere all'impudicizia di citare me stesso, anche quanto ai meriti e alle patologie dell'università a distanza può valere quello che sono solito affermare sui grandi reazionari, studiare i quali serve, a coloro che si proclamano democratici, per esserlo senza troppe illusioni. Stare dentro i processi storici, essere riformisti – anche radicali, anzi il riformismo ha senso solo se tale, essendo l'alternativa mera manutenzione istituzionale – consapevoli della loro direzione di sviluppo sempre “rischiosa” è cioè comunque meglio che restarne volontariamente estranei, in attesa della rivoluzione.

In linea di principio ha peraltro ragione Pascuzzi, nell'introdurre il gruppo su Facebook di cui si è detto: l'*e-learning* non è comunque *e-te-*

aching. E – come l’incontrarsi fisicamente tra ricercatori porta con sé il valore aggiunto di arricchire i contatti di un *quid* quantitativamente e sul piano della qualità indefinibile, ma nondimeno insurrogabile – così l’insegnare (se non l’informare; il rapporto tra questa seconda attività e l’altra è lo stesso che corre tra il «riempire il sacco» e l’«accendere un fuoco», quest’ultimo da ritenere il vero compito di un Maestro, secondo la nota massima di Plutarco) non può prescindere dal lavoro fatto assieme tra docenti e allievi, in un’aula reale, in compresenza fisica, “ad altezza d’occhio”, come – se è lecito ricordare ancora me stesso – sono solito dire a lezione.

Dice bene un collega che si è già richiamato¹⁵:

La lezione è presenza fisica, contatto: l’attenzione dello studente dietro uno schermo non resta alta a lungo, e anzi, con microfono e videocamera spenti, scema rasentando quasi lo *stand-by*.... Nel processo di formazione la lezione non ha l’esclusività, perché valgono anche le discussioni e i confronti, a lezione finita o prima della lezione, tra studenti, *inter pares*, lo scambio degli appunti, la richiesta di delucidazioni, innumerevoli confronti anche nelle pause. Ed è questo un altro punto cruciale: vivere le lezioni in presenza si sostanzia quasi sempre di altri momenti anch’essi costitutivi della vita universitaria, come lo studio e la lettura negli spazi ad hoc, in una dimensione di vita di comunità, in cui tali attività non sono isolate ma si svolgono nelle biblioteche, dove scorrendo tra gli scaffali ci si imbatte fortuitamente nel libro accanto a quello che si cerca e che si rivela più interessante, talvolta fondamentale. Insomma frequentare le lezioni trasporta nel mondo, non nell’isolamento, in una rete di momenti e spazi strettamente correlati in cui si moltiplicano le occasioni di formazione, di riflessione e di dialogo con gli altri.

Questa idea è beninteso prevalente in modo largo. Anche solo a riferire del sentimento diffuso tra i miei colleghi di disciplina e di settore, è stata vigorosamente sostenuta, tanto in sede scientifica, quanto in quella giornalistica, sia per la scuola, sia per l’università¹⁶. Che si

¹⁵ S. LUBELLO, *loc. cit.*

¹⁶ Si vedano, tra altri, A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/ 2020, 116 ss. (spec. 122); G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, ivi, 410 ss., ove si leggono (425 ss.) condivisibili osservazioni – ma è tale l’intera impostazione dell’autore – basate sull’idea che nella

debba perciò tornare in aula al più presto (sperando di non incappare col freddo in una ripresa su larga scala dell'infezione e scongiurando altresì l'obbligo degli allievi di indossare caschi spaziali e di sottoporsi al confinamento dietro schermature di *plexiglass*, proposte tutte oggi presenti nella discussione al riguardo) è dunque opinione di molti e sta facendosi strada anche tra i rettori degli Atenei, intervistati dalla stampa quotidiana.

Si vorrebbe ritenere che questi ultimi siano tutti raffinati intellettuali, pensosi dunque della funzione dell'accademia e di una corretta pedagogia, ma non si riesce al tempo stesso a scacciare un molesto e insistente pensiero: quello che tale proposta sia guidata principalmente da robusti interessi economici.

Chi infatti, nell'alternativa tra lo studiare da remoto nella università più vicina a casa, anche se di modeste dimensioni e fama non ancora consolidata e il farlo come studente di una più prestigiosa e di antica tradizione (che infatti non dovrebbe avere, da questo punto di vista, troppi problemi di attrattività) non sceglierebbe, nutrendo qualche ambizione, la seconda? Oppure – preoccupazione opposta, propria delle università classicamente intese e frequentate, ma in questo caso grandi, medie o piccole che siano – chi, se l'insegnamento dovesse es-

partita tra scuola (inteso come luogo di valore educativo, solo se fisicamente vissuto) e tecnologia, pur da lì non certo negletta, l'educazione è destinata a soccombere; S. REGASTO, *L'Autonomia costituzionale dell'Università: questa sconosciuta*, in *Dirittifondamentali.it*, 9 aprile 2020 (su un aspetto peculiare, anch'esso forzatamente travolto dall'emergenza pandemica, ossia l'altrimenti fisiologico rinnovo periodico degli organi accademici di vertice giunti in prossimità dell'ordinaria scadenza del mandato); A. PERTICI, *Scuola e Università sono comunità, non contemplanò la distanza*, in *Huffington-Post*, 7 giugno 2020. Specifiche osservazioni sulle esigenze di gioco e socialità dei bambini nell'età della prima infanzia, le cui esigenze di corretto sviluppo psicologico sono state sacrificate dalle severe misure di reazione cautelativa alla pandemia, sono quelle di L. CONTE, *"Prima la salute" o "Prima i bambini"? Riflessioni sui diritti dell'infanzia al tempo del Covid-19*, ivi, 29 aprile 2020. Profili critici sulle modalità organizzative per contemperare l'esigenza di effettuare esami di maturità non da remoto e contrasto alla diffusione del Covid-19 in V. BALDINI, *Frammenti di riflessione su un capolavoro all'italiana*, ancora ivi, 31 maggio 2020. Un appello al ministro dell'università per un sollecito ritorno ad attività di presenza, steso da Costanza Margiotta e firmato da molti professori (tra i quali chi scrive), è stato diffuso dalla stampa e dai *social media* il giorno 11 Giugno 2020 e può leggersi nel richiamato gruppo aperto su Facebook.

sera a lungo e per un tempo oggi indeterminabile esclusivamente o in prevalenza telematico, non sceglierebbe allora direttamente ed invece un'università che nasce proprio così "targata" e vanta un'assai più risalente esperienza tecnica nel ramo, quantomeno nella fascia degli studenti e dei loro familiari e finanziatori della formazione (e sono tanti) per i quali la laurea è in sostanza non molto di più che un passaggio cui sottoporsi, una sgradevole *corvée*, per accedere al mercato del lavoro?¹⁷

Chi scrive deve a questo punto – per onestà intellettuale – fare *outing*: tra i contrariati dalla svolta aziendalistico-tecnocratica dell'università – ormai purtroppo sedimentata, ma che l'uso massiccio della tecnologia applicata a sostituire la necessità di incontro diretto e in prossimità fisica tra docenti e studenti cui abbiamo assistito rischia di consolidare – c'è anche lui¹⁸.

Come qualcuno ha osservato, si tende infatti oggi a una didattica disegnata sulla base di algoritmi, in cui il rapporto tra docente e studente è sostanzialmente strutturato da questa caratteristica e il tutto è funzionale a un "controllo della qualità di processo e di prodotto", esterno alla abituale relazione umana che si crea in aula; una prossimità che nel modello da taluni prefigurato resta, ma non necessariamente, potendo perciò essere sostituita e smaterializzata abbastanza serenamente. Vi sono del resto entità – come l'università statale di Milano, quella di Verona, il consorzio Federica.eu, la Fondazione Crui – i cui tecnici della comunicazione (solitamente ingegneri o comunque

¹⁷ Sul punto, A. GURRADO, *La didattica a distanza è anche questione di marketing*, ne *Il Foglio*, 31 Maggio 2029; A. MAZZETTE, *Covid-19 e attività didattica: la distanza fa male all'università*, in *La Nuova Sardegna*, 8 Giugno 2020, ora entrambi in *Imparare insegnando...*, cit.

¹⁸ Sottoscrittore dell'appello *Disintossichiamoci – Sapere per il futuro*, steso materialmente da Valeria Pinto, che lo ha lanciato con Davide Borrelli, Maria Chiara Pievatolo e Federico Bertoni e ha poi raccolto un nutrito numero di adesioni, che può leggersi in *roars.it.*, 14, febbraio 2020. Sui problemi dell'attuale modalità di valutazione del e nel sistema universitario, profilo strettamente connesso a quello oggetto del presente lavoro, l'ideatrice aveva in precedenza scritto il lucido e fortunato *pamphlet Valutare e punire*, II ed. accresciuta, Napoli, 2010. La più recente riflessione collettanea in argomento (sintonica col pensiero esposto nel volume e con quello dell'autore del presente lavoro) è contenuta nel n. 8/ 2019 su *Cartografie sociali. Rivista di sociologia e scienze umane*, dedicato appunto a *Tra potere e sapere: studi critici sulla valutazione*, a cura di D. Borrelli e D. Giannone.

operatori informatici) consigliano il *format* ideale della lezione, suggerendo di suddividerla in brevi segmenti audio-video, corredati di materiale illustrativo, senza riferimenti a date e a elementi di continuità nel discorso in essere dall'una all'altra, in modo a risultare fungibili anche separatamente nel percorso di apprendimento del discente, che è beninteso addestramento ad una tecnica, non costruzione di una relazione di mentorato dentro la quale soggetti individuali non contrapposti, ma cooperanti (docente, studenti, classe) crescono attraverso il dialogo e lo scambio di esperienze.

Come ha scritto un Maestro contemporaneo italiano del diritto, guardando con spietata lucidità alla situazione odierna:

Il sapere giuridico si frange [...] nella molteplice specialità dei saperi. E questi, ormai divelti da una forma universale e strappati da un centro comune, si offrono in una sorta di chiusa e serrata auto-sufficienza. Ciascuno sta a sé; ciascuno conosce bene il fatto suo. Il giurista completo, il *Volljurist*, è figura del passato [...]. La molteplicità dei saperi corrisponde alla figura dell'uomo frazionario, quale è richiesta dalla divisione del lavoro e dalla logica del capitalismo. L'uomo intero non riguarda più l'Università. L'alleanza fra tecnica ed economia, la tecno-economia, domina il nostro tempo. Essa non reclama unità e pienezza dell'individuo, rifiuta gli attriti del soggetto, esige l'impersonale oggettività della prestazione tecnica. Il principio di divisione del lavoro determina la pluralità delle funzioni: ciascuna funzione esige un'abilità tecnica. Il sapere, sperimentato sui casi, assume il valore di prestazione, vendibile ad altri e acquistabile da altri¹⁹.

A parere di chi scrive, il proposito di un'università in cui “sapere” e “saper fare” (per quanto riguarda la sua materia, tradizionalmente, *law in books* e *law in action*) si alimentino reciprocamente più di quanto non accada mediamente oggi, non è per vero in sé repressibile, anzi va salutato con favore. Quella che rimane tuttavia davvero essenziale è la direzione e la finalità dell'analisi dei casi, metodo che all'autore dello

¹⁹ N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, in *Riv. giur. degli studenti dell'Univ. di Macerata*, online, 2010, 32 s. Si tratta dunque di un processo risalente, sul quale la crisi da coronavirus ha solo ampliato la consapevolezza dell'opinione pubblica colta e riattualizzato la discussione. Per una ricostruzione di questa involuzione in prospettiva diacronica, si legga M. C. PIEVATOLO, *L'università e le sue crisi: una riflessione storica*, in *roars.it.*, 26 febbraio 2013.

scritto appena richiamato sembra invece *tout court* piacere: occorre sempre partire da essi, ricondurli al sistema complessivo e degli uni e dell'altro compiere un esame libero e critico, appunto non piegato a finalità di applicazione alla tecno-economia.

Se comunque quello sopra descritto è lo spirito del tempo, occorre allora contrapporvi pratiche di resistenza attiva e la formazione deve assumere siffatto orizzonte come sua stella polare. Non essere luddista, il che sarebbe una sconfitta per tutti, ma tale da mostrare e valorizzare dialetticamente la ricchezza e fecondità di un altro modo di pensare e vivere l'università, conquistando progressivamente nuovi adepti alla buona causa. Che poi nuova non è, ma semplicemente quella praticando la quale (attraverso l'esempio e l'osservazione di come la coltivavano e trasmettevano i loro Maestri) molti di noi – nani sulle spalle di giganti – hanno inteso *in-segnare*, ossia lasciare un'orma del loro passaggio nell'istituzione e più largamente nel mondo.

Il contributo è già stato pubblicato sulla rivista *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 2/2020, 19 giugno 2020.

FEDERICA ESPOSITO

Il parlamentarismo italiano di fronte a nuovi problemi: regionalismo asimmetrico, riduzione del numero dei componenti, riflessi dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. L'abbandono, nel breve periodo, di una nuova ipotesi di macroriforma costituzionale e la strategia dello "spezzatino". – 1.1. A vent'anni dalla riforma del Titolo V: l'inattuata integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali e la strada del regionalismo "asimmetrico". – 1.2. Il significato della riduzione del numero dei componenti (se confermato dal referendum costituzionale in corso) per il ruolo del Parlamento. – 2. Il Parlamento nell'emergenza Covid-19. – 2.1. La discussione sul voto a distanza in Italia e la sua utilizzazione regolamentata in Spagna e altrove. – 2.2. La riduzione del bicameralismo in caso di "stato di difesa" nella Legge Fondamentale tedesca e nello "stato di allarme" della Costituzione spagnola del 1978.

1. *L'abbandono, nel breve periodo, di una nuova ipotesi di macroriforma costituzionale e la strategia dello "spezzatino".*

La legge costituzionale del 2001 ha segnato un momento fondamentale nella riforma delle autonomie e in particolare del regionalismo, influenzando il dibattito sul superamento del bicameralismo paritario a favore di una camera territoriale. Tuttavia, a seguito dell'esito negativo del referendum costituzionale del 2016, la riforma del Senato sembra rinviata *sine die*, nonostante gli storici e periodicamente riaffioranti sentimenti di insofferenza dell'opinione pubblica nei confronti dell'istituto parlamentare resistano e siano oggi alimentati da nuove forze "populiste" e accompagnati dall'esigenza di valutare gli effetti sui procedimenti parlamentari dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19. La difficoltà di intervenire con una riforma costituzionale strutturale del Parlamento è tangibile e infatti, nell'odierna agenda istituzionale l'obiettivo sembra piuttosto quello di completare l'attuazione della l. cost. n. 3 del 2001 e contemporaneamente semplificare nel numero, ma non nelle funzioni, le due Camere¹.

¹ Illustra il cambio di fase, dopo varie commissioni bicamerali *ad hoc* e riforme costituzionali organiche, in entrambi i casi fallite, L. SPADACINI, *Prospettive di riforma*

Attualmente ogni riflessione sui problemi degli organi parlamentari non può comunque prescindere dall'emergenza sanitaria in corso. La diffusione del nuovo virus rappresenta infatti una sfida profondamente insidiosa e complessa, sia per la sua estensione spaziale, essendo la minaccia planetaria (il giorno 11 marzo il Direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità l'ha definita ufficialmente una "pandemia"), sia perché nessun interesse umano (privato o pubblico, individuale o collettivo, familiare, morale, religioso, economico, di fruizione del tempo libero attraverso turismo, vacanze, spettacoli) ha potuto dirsi esente dal venire in questo momento travolto.

La reazione degli ordinamenti all'emergenza, di natura comunque e in primo luogo sanitaria, pur risentendo delle peculiarità delle singole forme di Stato e di governo, si è caratterizzata in questi primi mesi per alcuni tratti comuni: un inevitabile rafforzamento del potere esecutivo e quindi del Governo centrale (tanto negli Stati già originariamente accentrati, quanto in quelli federali). I provvedimenti adottati hanno così comportato la compressione di molti diritti costituzionali per limitare la diffusione del contagio, come meglio si dirà, pertanto è necessario riflettere sul ruolo delle Camere nell'attuale emergenza, soprattutto in un ordinamento come il nostro in cui il Governo «cura, nello svolgimento dell'indirizzo fiduciario, la gestione della crisi»².

1.1. *A vent'anni dalla riforma del Titolo V: l'inattuata integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali e il regionalismo "asimmetrico"*

La situazione appena descritta ha comportato una messa in sordina, almeno temporaneamente, di una questione che nei mesi prece-

*costituzionale nella XVIII legislatura, in Astrid Rassegna, 13/ 2018. La cautela è peraltro d'obbligo: se infatti – è stato notato – si considerano assieme e in collegamento sistemico con quest'ultima riforma di cui al testo, le discussioni sulla possibile riduzione della libertà di mandato e la proposta di referendum legislativo di iniziativa popolare, si può temere che, attraverso una strategia dello "spezzatino", si colpisca la democrazia rappresentativa in sé stessa. Così ad esempio S. PRISCO, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo, Atti del Convegno di studi del Dipartimento di Giurisprudenza del 13 aprile 2018*, a cura di G. De Minico e G. Ferraiuolo, Bagno a Ripoli, 2019, 19 ss.*

² R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza, in federalismi.it*, 1 aprile 2020, 3.

denti aveva fatto molto discutere, nel dibattito politico-istituzionale, ossia quella del regionalismo (ordinario) cosiddetto asimmetrico.

L'art. 116, comma III, della Carta Costituzionale riconosce infatti oggi alle Regioni ordinarie (a tenore del testo del titolo V riformato nel 2001) «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in materie appartenenti alla potestà concorrente e in talune altre materie, di cui all'art. 117, comma II³.

La discussione su tale assetto, rimasto a lungo solo sulla carta, è tornata di grande attualità a seguito dei referendum popolari del 2017 in Veneto e Lombardia (pur non necessari costituzionalmente), il cui esito le ha indotte a chiedere al Governo negoziati per addivenire a un'intesa devolutiva con le Regioni richiedenti, laddove un'altra Regione, l'Emilia-Romagna, si è mossa in direzione analoga, ma senza iniziativa referendaria e comunque in precedenza un diverso Governo (Gentiloni) si era già determinato a concludere con le regioni interessate pre-intese, allo scopo di depotenziarne e contestarne la carica quasi eversiva, se fosse stata lasciata deflagrare.

Un dato importante riguarda il potere d'iniziativa *ex art.* 116 in capo all'istituzione regionale, capovolgendosi in questo caso uno schema ricorrente nel nostro ordinamento in tema di decentramento, in cui si era fin qui visto lo Stato rivestire un ruolo di iniziativa preminente. Si tratterebbe, invece, di un rapporto multilaterale tra Regioni, Governo e forze politiche, in quanto, sebbene sia innegabile il coinvolgimento in prima linea degli Esecutivi in tale procedura, l'art. 116 prevede che

³ La disposizione stabilisce testualmente che: «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata». Per un riepilogo dei termini della discussione al suo esordio, F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *Forumcostituzionale.it*, 6 novembre 2018. Per i successivi aggiornamenti del dibattito, in un'ampia letteratura, di vedano almeno F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 19 dicembre 2019 e ivi bibliografia.

siano le Camere ad esprimersi in via definitiva sull'intesa raggiunta e allo stesso modo si ritiene che anche i Consigli regionali debbano essere coinvolti, dal momento che le nuove forme di autonomia riguardano la potestà legislativa ed amministrativa delle Regioni⁴.

Desta peraltro perplessità – tra gli altri punti dubbi – il riferimento al «rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost.», in quanto proprio la l. 42/2009, di attuazione del federalismo fiscale stabilisce che la legge con cui sono attribuite nuove potestà autonome, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, debba provvedere anche all'assegnazione delle risorse finanziarie necessarie. La criticità non consiste nell'autorizzazione di un eventuale incremento della fiscalità regionale o dei futuri trasferimenti erariali dello Stato, ma piuttosto nelle disuguaglianze in termini di *chances* tra le varie Regioni, dal momento che il rispetto del principio di cui all'art. 81 Cost. sull'equilibrio di bilancio è considerato un presupposto sostanziale per sedere al tavolo dei negoziati pre-intesa⁵. Da queste premesse si deduce che la strada del regionalismo differenziato sarà praticabile al più solo da quelle regioni economicamente più sviluppate che non presentano disavanzi importanti e situazioni di dissesto finanziario, il che conferisce a questa via riformatrice un chiaro segno di indebolimento dell'unità nazionale.

Una proposta parallela (oggi abbandonata) concerneva come noto l'integrazione – prevista dall'art. 11 della riforma del 2001 – della Commissione bicamerale per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali tramite la modifica dei regolamenti parlamentari⁶.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 11: «Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate,

⁴ A tale riguardo, ad esempio, l'art. 14, comma 3 lett. g) dello Statuto della regione Lombardia stabilisce, infatti, che spetta al Consiglio «deliberare in merito all'iniziativa e alla conclusione dell'intesa con lo Stato di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione».

⁵ In tal senso F. FURLAN, *Op. cit.*.

⁶ Si veda *amplius* L. CASTELLI, *Il Senato delle autonomie*, Milano, 2010, 219 ss.

e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge, l'Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti».

L'art. 11, nonostante la sua disapplicazione, ha destato numerosi problemi interpretativi, in special modo riguardo alla limitazione dell'attività consultiva della Commissione integrata, e del relativo effetto aggravato sul procedimento legislativo, alle sole materie espressamente richiamate dal medesimo articolo, mentre quelle che nella pratica legislativa creano maggiori ricadute sulle autonomie territoriali sono le cosiddette "materie trasversali". In secondo luogo, andrebbero approfonditi gli effetti della procedura parlamentare in questione sul procedimento legislativo⁷ che potrebbe risultrne aggravato, dal momento che il parere rinforzato andrebbe richiesto alla Commissione per le questioni regionali sia nell'esame alla Camera, sia in quello al Senato, in caso di "navetta"⁸.

1.2. *Il significato della riduzione del numero dei componenti (se confermato dal referendum costituzionale in corso) per il ruolo del Parlamento*

Per quanto attiene alla riduzione del numero dei parlamentari (di cui alla legge costituzionale approvata in via definitiva dalla Camera dei Deputati l'8 ottobre 2019, in seconda deliberazione), è necessario interrogarsi intorno alle ripercussioni che essa avrà sul bicameralismo italiano, laddove venga confermata dal referendum costituzionale previsto nel prossimo autunno.

Il testo della legge, molto scarno, prevede in sintesi un taglio lineare dei deputati da 630 a 400 e quello dei senatori da 315 a 200 a partire

⁷ Per approfondimenti *Ibidem*, 236 ss., ove viene ricordato il risultato dei lavori dell'istruttoria avviata dal Presidente del Senato nel 2001, secondo la quale «nel caso in cui la Commissione integrata abbia espresso un parere contrario, o condizionato, sulle disposizioni di una proposta di legge nelle materie di cui all'art. 11, comma 2 e la commissione di merito non vi sia adeguata, le corrispondenti proposte di soppressione o di modificazione del testo s'intendono presentate come emendamenti in Assemblea». Quest'ultima può non approvare gli emendamenti, ma sulle relative disposizioni del progetto di legge si applica la procedura rinforzata dell'art. 11, per cui l'Assemblea dovrà approvarle a maggioranza dei suoi componenti.

⁸ Sul punto G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative, in federalismi.it*, 3/2019, 66.

dalla Legislatura successiva all'entrata in vigore della legge costituzionale approvata. La diminuzione riguarda anche gli eletti nella Circo-scrittione estero e il numero minimo di senatori spettanti alle Regioni che viene ridotto a tre, salvo che per il Molise e la Valle d'Aosta, per le quali si mantengono i seggi precedentemente stabiliti (rispettivamente due e uno), prevedendosi, invece, per la prima volta, un numero minimo di seggi senatoriali per le Province autonome di Trento e Bolzano.

Ciascun ramo del Parlamento sopporterebbe, quindi, una riduzione del 36,5% dei suoi componenti elettivi, con un aumento sensibile del numero medio di abitanti rappresentato da ciascun eletto, giacché il rapporto diverrebbe di 151.000 abitanti per deputato e di 303.000 abitanti per ogni senatore.

Secondo il Servizio Studi del Senato undici Regioni eleggerebbero non più di sei senatori, mentre alla Camera nove Regioni eleggerebbero non più di dieci deputati, naturalmente nell'ipotesi di considerare invariate le ventotto circoscrizioni previste della legge elettorale vigente⁹.

In caso di esito positivo del referendum, dunque, il numero di abitanti rappresentato da ogni parlamentare sarebbe tra i più alti in Europa, considerando entrambi i rami del Parlamento e il più alto in assoluto per quanto riguarda la sola Camera dei deputati, anche se tra gli obiettivi dichiarati dai riformatori c'è la volontà di avvicinare l'Italia agli altri Stati europei, riportando essi i dati della Germania (mediamente attorno a seicento parlamentari nel minimo, più quelli espressi con mandati aggiuntivi ai diretti, il che ne porta il numero a oltre settecento), Gran Bretagna (seicentocinquanta) e Francia (poco meno di seicento)¹⁰. Questi dati comparati meritano tuttavia precisazioni, in quanto i sostenitori della legge costituzionale riportano il numero di eletti di entrambe le nostre Camere con quelli eletti – negli ordinamenti richiamati – in una sola Camera, formata con suffragio diretto.

Le implicazioni sono molteplici. Basti pensare che in materia di organizzazione interna delle Camere, le quattordici Commissioni per-

⁹ Cfr. Servizio Studi del Senato, *Riduzione del numero dei parlamentari*, Dossier n. 71 del 16 ottobre 2018, 11 ss.

¹⁰ E. ROSSI, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 423.

manenti, previste attualmente, sarebbero composte al Senato da soli quattordici senatori ciascuna, laddove dovesse rimanere invariata la regola tradizionale per cui ciascun parlamentare può essere membro di una sola Commissione.

Le ripercussioni sarebbero allora molto forti, soprattutto nell'ipotesi di riunione di una commissione in sede deliberante: il quorum utile per la deliberazione sarebbe costituito da un esiguo numero di componenti, soprattutto alla luce del regolamento del Senato riformato nel 2017, che all'art. 34 stabilisce che i disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante o in sede redigente. In sostanza, pochissimi basterebbero ad approvare (e in una sede al riparo da una forte attenzione dell'opinione pubblica) una legge, il che naturalmente esporrebbe il singolo parlamentare – prevedibilmente controllato anche per questa particolarità più di prima dalla segreteria del rispettivo partito, fin dalla fase della predisposizione delle liste – alla golosità dei lobbisti. In sostanza, appare imprudente mettere mano al semplice taglio del numero dei parlamentari, senza contestualmente disciplinare la democrazia interna dei partiti politici, in attuazione dell'art. 49 della Carta Costituzionale e rendere controllati e trasparenti i rapporti degli emissari dei gruppi di pressione con l'attività parlamentare, per di più nemmeno conoscendo poi se e in quali termini opererebbe una nuova legge elettorale, che si renderebbe necessaria per attenuare le conseguenze dis-rappresentative dei territori prima viste, ma che (se fosse non del tutto proporzionale) lascerebbe fuori dalla Camere troppe sensibilità politiche. Vi sarebbero cioè meno parlamentari e meno partiti o, quanto alle Camere, gruppi: per alcuni forse un risultato auspicabile, ma presumibilmente l'odierna conflittualità tra partiti – anche in seno a contrapposte coalizioni di maggioranza e di opposizione – semplicemente si trasferirebbe all'interno di macro-contenitori disomogenei. Della legge elettorale si dice peraltro, con un approfondimento, poco più oltre.

Conseguenze vi sarebbero anche sul peso dei cinquantotto rappresentanti aggiuntivi delle Regioni nel collegio a Camere riunite che deve procedere all'elezione del Presidente della Repubblica, quota che passerebbe dal 5,74% al 9,57%¹¹.

¹¹ G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, 2/2019, 375 ss. (spec. 387).

Il disegno di legge recante “Modificazioni agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”, limitandosi a modifiche concernenti i numeri e rinviando al futuro le riforme strutturali sul bicameralismo paritario, nella sua apparente semplicità induce in definitiva ad una serie di riflessioni sugli obiettivi dichiarati e sui risultati che realmente potrebbe realizzare.

Nel «Contratto per il Governo del cambiamento» tra Lega e Movimento Cinque Stelle si legge che la necessità perseguita è quella di rendere più agevole l'organizzazione dei lavori delle Camere e «più efficiente l'*iter* di approvazione delle leggi, senza intaccare in alcun modo il principio supremo della rappresentanza, poiché resterebbe ferma l'elezione diretta a suffragio universale da parte del popolo per entrambi i rami del Parlamento senza comprometterne le funzioni»; i relatori della legge sostengono inoltre che si debba porre un rimedio all'elevata litigiosità del nostro bicameralismo, garantendone l'efficienza, con un'attenzione specifica anche al taglio della spesa pubblica, o con più precisione dei “costi della politica”.

In merito al primo obiettivo, l'incidenza del numero dei parlamentari non è una problematica nuova nel dibattito politico italiano. Sin dall'approvazione della l. cost. del 1963, n. 2, che comportò un incremento di centotré parlamentari rispetto alle precedenti elezioni del 1958, si raccolsero critiche che, a ben vedere, non tenevano in debito conto il fine ultimo di tale riforma, che era quello di impedire il continuo incremento dei parlamentari dovuto all'aumento della popolazione¹². È evidente che non si tratta di questioni numeriche sterili, in quanto proprio i numeri sono alla base della democrazia rappresentativa e del connesso principio del governo della maggioranza¹³; tale principio potrebbe tuttavia ricevere una lettura solo formalistica, se ad esso non si accompagnasse una lettura di carattere sostanziale e di ulteriore legittimazione, data dall'effettiva capacità rappresentativa degli

¹² *Ibidem*, 378, che fa notare come con le regole in vigore fino al 1963 oggi avremmo avuto milletrecento parlamentari.

¹³ Per approfondimenti P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fascicolo speciale, 2019, 87 ss.

eletti. Quest'ultima dipende necessariamente dal sistema elettorale e in particolare dal sistema delle circoscrizioni e dei collegi.

La legge elettorale vigente (l. n. 165/2017 e d.lgs. n. 189/2017) prevede 232 collegi uninominali e 63 plurinominali per la Camera dei deputati, 116 collegi uninominali e 33 collegi plurinominali per il Senato. La legge costituzionale in questione non interviene sulla materia elettorale, ma si ripercuote sulla determinazione dei collegi, in quanto la riduzione dei parlamentari comporterà la ridefinizione dei confini dei collegi, sia uninominali, sia plurinominali. Lo scenario che potrebbe prefigurarsi è quello di un ampliamento ulteriore dei collegi uninominali, già molto estesi, resi così incapaci di realizzare quel legame diretto tra gli elettori e gli eletti che rappresenta uno degli argomenti più importanti a sostegno di tale opzione elettorale. Un ulteriore problema, che potrebbe addirittura acuirsi, è quello delle eccessive differenze tra le consistenze demografiche dei diversi collegi, con conseguenze sull'uguaglianza del voto di cui all'art. 48 della Costituzione

La legge Rosato, confermata dalla l. 51/2019, approvata per assicurare l'applicazione della legge elettorale indipendentemente dal numero dei parlamentari, stabilisce sia per il Senato, sia per la Camera che «la popolazione di ciascun collegio uninominale e di ciascun collegio plurinominali può scostarsi dalla media della popolazione, rispettivamente, dei collegi uninominali e dei collegi plurinominali della circoscrizione, di non oltre il 20% in eccesso o in difetto»¹⁴.

Tale margine, in collegi ancora più ampi, comporterà dunque differenze demografiche eccessive, in contrasto con precedenti leggi elettorali e con alcune esperienze comparate¹⁵. Aumentare il numero medio di elettori per eletto significa aumentare la distanza dei parlamentari dal territorio, a vantaggio degli organi direttivi nazionali dei partiti (come si accennava prima) e delle nuove tendenze “neo-centraliste”, a fronte di un sistema delle autonomie che ne risulterebbe ulteriormente indebolito.

¹⁴ Legge 165/2017, art. 3, comma 1, lett. c) e comma 2, lett. c).

¹⁵ Si pensi che tale percentuale di variazione risulta raddoppiato rispetto alla legge Mattarella, mentre nel Regno Unito i collegi possono variare per un massimo del 5% rispetto alla media della circoscrizione, sul punto ancora G. TARLI BARBIERI, *Op. cit.*, 384.

Si tratta solo di uno scenario possibile, ma che nel caso di realizzazione imporrebbe nuove riflessioni sul riconoscimento della rappresentanza territoriale in Parlamento, il cui percorso sembrava ormai obbligato.

Un'ultima considerazione va fatta in merito al dichiarato obiettivo di assicurare un funzionamento più agevole delle assemblee parlamentari, garantendo in questo modo anche una maggiore stabilità e riguarda l'assenza di consequenzialità tra riduzione del numero dei partiti in Parlamento, che appare l'unico risultato certo, come anche qui si diceva in precedenza e alleanze politiche più durature che garantiscono la governabilità.

A titolo esemplificativo, l'esperienza del centro-sinistra italiano insegna come «a questa forma di razionalizzazione e di semplificazione del sistema dei partiti non corrisponda una semplificazione della frammentazione politica del corpo elettorale»¹⁶.

È infine necessario spendere qualche osservazione anche sulla seconda finalità avanzata dai sostenitori della legge costituzionale, oggi in attesa di voto popolare, in relazione al vantato risparmio per il bilancio dello Stato che seguirebbe al taglio dei parlamentari, e che, a ben vedere, nel dibattito pubblico è l'argomento di maggiore presa su larghi strati di elettorato. Il risparmio lordo annuo ammonterebbe a cinquantatre milioni per la Camera e a ventinove per il Senato, mentre quello al netto delle imposte e dei contributi pagati dai parlamentari allo Stato consisterebbe in trentasette milioni per la Camera e venti per il Senato. Si otterrebbe quindi una riduzione dei “costi della politica” pari a cinquantasette milioni all'anno, che rappresenta lo 0,007% della spesa pubblica italiana¹⁷. Il vero è che «Scegliere il numero di membri elettivi di un'assemblea dovrebbe [...] essere frutto non di una scelta casuale o addirittura “punitiva” nei confronti della classe politica [...] e della c.d. antipolitica; bensì di una costruzione razionale»¹⁸ diretta a

¹⁶ P. CARROZZA, *Op. cit.*, 97.

¹⁷ Per un'analisi dettagliata delle previsioni di risparmio sulla spesa pubblica si veda E. FRATTOLA, *Quanto si risparmia davvero con il taglio del numero dei parlamentari?*, in *Osservatorio CPI*, 24 luglio 2019.

¹⁸ P. CARROZZA, *Op. cit.*, 88.

colmare il dato puramente aritmetico attraverso la credibilità e l'auto-revolezza delle istituzioni agli occhi dei rappresentati.

2. *Il Parlamento nell'emergenza Covid-19*

2.1. *La discussione sul voto a distanza in Italia e la sua utilizzazione regolamentata in Spagna e altrove*

La Costituzione italiana non definisce in un'apposita disposizione, come altre, lo stato (o diversi stati) di emergenza, né vi è una disciplina *ad hoc* che individui i poteri esecutivi in tempo di crisi, pertanto, come precisato dalla presidente della Corte Costituzionale, non potendo considerare la Carta sospesa, bisogna individuare quale sia la "busso-la" tra le sue disposizioni.

In primo luogo, è dubbio il ricorso all'art. 78 in materia di stato di guerra, poiché si tratta di una norma eccezionale che non può essere applicata in via analogica. Un primo riferimento importante, invece, è l'art. 77 Cost. che consente al Governo di affrontare i «casi straordinari di necessità e urgenza» attraverso lo strumento dei decreti-legge, i quali nella volontà dei Costituenti dovevano immediatamente essere sottoposti al controllo del Parlamento per la loro conversione, coerentemente alla nostra forma di governo che consente all'esecutivo di agire con provvedimenti d'urgenza, a patto che vengano in seguito ri-attratti nel circuito della rappresentanza democratica parlamentare¹⁹.

¹⁹ L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 29. Si leggano peraltro sul punto, anche S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, ivi, 24 marzo 2020, che appaiono al riguardo più problematici, ma beninteso *de jure condendo* (ossia contrari ad un'estensione interpretativa dell'art. 78, proprio perché disposizione eccezionale, ad emergenze ambientali e sanitarie, ma favorevoli a un ampliamento testuale del suo attuale tenore, riservando a legge costituzionale l'individuazione degli organi, delle forme e dei limiti materiali e temporali per la gestione di queste specifiche situazioni emergenziali, sulla scorta delle "emergency clauses" di molti ordinamenti democratici, di cui si daranno esempi oltre nel testo). Una discussione in proposito è in *Osservatorio sulle fonti*, numero speciale, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, 2020, in cui si leggano in particolare P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, 295 ss.; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retro-*

Il ruolo centrale affidato alle Camere dalla nostra forma di governo implica da un lato l'obbligo di assicurarne il funzionamento, al fine di realizzare la continuità istituzionale e l'effettivo controllo sull'Esecutivo, e dall'altro la previsione di regole adeguate a salvaguardare la salute dei membri e del personale, nonché il rispetto delle disposizioni per il contenimento dell'epidemia.

A tale riguardo, la dottrina si è interrogata sulla possibilità, e soprattutto sulla legittimità alla luce dei regolamenti parlamentari e delle norme costituzionali, di un'apertura al voto telematico. L'art. 64, comma terzo della Cost. stabilisce che «le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti», ma anche gli artt. 51, 61, 62, 63 richiamano concetti quali “seduta” e “riunione” che impongono all'interprete di chiarire se sia possibile ricomprendere la presenza virtuale, realizzata con il voto da remoto, nelle disposizioni richiamate. La “presenza” a cui facevano riferimento i Costituenti era necessariamente quella fisica ma, alla luce delle nuove tecnologie e di una società che ha assimilato varie forme di collegamento virtuale in ambiti importanti della vita sociale (basti pensare alla didattica online e al processo telematico), un'interpretazione non evolutiva potrebbe risultare obsoleta²⁰. Tuttavia, pur essendo possibile, in

guardia, 313 ss.; G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, 541 ss., rinviando agli ultimi due cui anche per la bibliografia.

²⁰ Divisi tra favorevoli, contrari e problematici, si vedano B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 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 AIC*, 3/2020, 1 ss.; R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza: rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *federalismi.it*, 21/2020, 45 ss.; 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*, 1/2020, 1 ss.; 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, 1 ss.; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 214 ss.; per un riepilogo E. RINALDI, *La partecipazione ‘da remoto’ all'adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un'ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in

via sia teorica, sia pratica, pensare a forme di voto a distanza, la strada da perseguire non è quella interpretativa dei regolamenti, poiché, a causa dell'ampia portata innovativa dello strumento, non si tratterebbe di un'interpretazione evolutiva, bensì creatrice.

Limitando la discussione al piano tecnico-giuridico in senso stretto, ossia non approfondendo in questa sede il tema del costituirsi storicamente del Parlamento quale privilegiata (dunque non unica) sede di sintesi del dibattito democratico, sono necessarie ulteriori riflessioni che tengano conto non solo del momento finale della votazione, ma anche di quanto la precede.

Così, eventuali forme di collegamento virtuale dovranno rispettare i parametri dell'art. 48 e dell'art. 67, ai sensi del quale «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato»; pertanto la tecnologia adoperata dovrà garantire sia l'esercizio effettivo della funzione rappresentativa, una volta che si superi la non irrilevante obiezione che essa implichi necessariamente contatti *de visu*, anche riservati, sia e a maggiore ragione, laddove richiesta, la segretezza, che però si sposa con difficoltà con le modalità di un voto telematico, per la presenza della inevitabile intermediazione della piattaforma da impiegare e dei tecnici preposti al suo efficace funzionamento.

In Spagna il voto telematico ha trovato un ampio uso a seguito della dichiarazione dello stato di allarme del 14 marzo 2020, ma la sua disciplina non è recente, in quanto è stata introdotta nel regolamento del *Congreso de los Diputados* nel luglio 2011 e in seguito in quello del

Consulta online, 29 giugno 2020. In posizione critica, con Calvano, è ad esempio M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, ne *Il Manifesto*, 31 marzo 2020, il quale sottolinea che il voto è l'elemento finale direttamente percepibile di un processo articolato che ha luogo, dapprima, nella dialettica interna alle commissioni e, in seguito, in assemblea, e che, data la sua complessità, esso non può essere paragonato allo *smart-working* (sul quale, nel presente volume, si veda il contributo di R. PIGNATARO, *Lavorare ovunque, lavorare meglio: brevi riflessioni sul lavoro agile*, 285 ss.), nonché P. MARSOCCHI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 6 maggio 2020; si vedano infine G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo. it*, 1/2020, I ss.; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, ivi, 131 ss.

Senado con la riforma del novembre 2013²¹. La disciplina per ambedue le *Cortes* è pressoché speculare: l'Ufficio di Presidenza della Camera di appartenenza può consentire il voto *no presencial* in presenza di determinati presupposti (gravidanza, maternità, paternità o malattia grave), con un'autorizzazione limitata sia temporalmente che in relazione alla votazione espressamente individuata. Il voto telematico ha rappresentato una soluzione di compromesso per preservare il carattere personale e non delegabile del voto richiesto dall'art. 79, c. 3 della Costituzione spagnola, dal momento che nelle votazioni da remoto è previsto l'uso esclusivo dell'intranet delle Camere, quindi di una rete dai contatti per definizione privati, ben lontana dal poter essere assimilata all'uso del web come strumento di sussidio alla rappresentanza talvolta sostenuto in Italia e dal successivo controllo telefonico in ordine all'avvenuta espressione del voto e alla relativa volontà.

In quest'ottica, lo strumento in esame, previsto come eccezionale, consente di rafforzare la partecipazione democratica: basti pensare che la genesi del *voto no presencial* consisteva nell'assicurare l'uguaglianza tra uomini e donne nello svolgimento del mandato elettorale, consentendo loro di conciliare la maternità e la paternità con le funzioni parlamentari²².

L'emergenza determinata dalla diffusione del Covid-19 ha reso possibile un impiego generale ed esteso del voto da remoto, proprio per scongiurare la paralisi delle *Cortes* che si era prospettata a seguito della sospensione dovuta ad un caso di contagio tra i deputati del gruppo parlamentare *Vox*. Il 12 marzo la Presidente del *Congreso*, preso atto che la sospensione precedentemente disposta era stata prevista al fine di non ridurre la legittimità democratica delle votazioni cau-

²¹ Si vedano *amplius* S. CURRERI, C. MARCHESI, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020 e in questo volume il contributo di C. CERBONE, *L'esperienza spagnola nella gestione delle emergenze: una democrazia a prova di contagio?*, 79 ss., della quale (con A. RUSSO) si veda inoltre *Il Parlamento durante l'emergenza coronavirus: alcuni spunti dal caso spagnolo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/ 2020 e altresì M. C. CARBONE, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare. Alcune brevi osservazioni a partire dalla normativa emergenziale in Spagna*, *ivi*, 1° giugno 2020.

²² *Ley Orgánica* 22 marzo 2007, n. 3.

sata dall'assenza forzata di 52 deputati, ha esteso l'utilizzo del voto telematico durante lo stato di allarme per consentire il funzionamento ordinario dell'organo con modalità determinate dal contesto storico. Bisogna precisare che un impiego diffuso del di tale strumento è possibile in Spagna grazie ad un'interpretazione estensiva dell'art. 82, c. 2, del Regolamento del *Congreso*, quindi si tratta di un'applicazione più ampia di una modalità di voto già esistente. In particolare, è stato valorizzato il presupposto della grave infermità, previsto inizialmente per l'impedimento del singolo deputato, mentre oggi tale facoltà è riconosciuta sia per far partecipare ai lavori parlamentari i soggetti positivi al virus, sia per limitare i contagi.

2.2. *La riduzione del bicameralismo in caso di "stato di difesa" nella Legge Fondamentale tedesca e nello "stato di allarme" nell'esperienza spagnola*

Come anticipato, durante l'emergenza sanitaria, nonostante le diverse forme di Stato e di governo, abbiamo assistito ad un necessario accentramento dei poteri nell'Esecutivo. Poiché i Parlamenti nazionali continuano a svolgere le loro funzioni, appare opportuno analizzare quali siano state le tecniche adottate per permettere la convivenza del bicameralismo con le esigenze di celerità proprie di una situazione emergenziale, tenendo in debito conto l'importanza di un controllo da parte degli organi rappresentativi in materia di provvedimenti limitativi di molteplici diritti costituzionali. Per esigenze di sintesi e di omogeneità sistemica, le osservazioni che seguono sono state limitate a due ordinamenti con modelli simili al nostro, ossia a forma di governo parlamentare e con riconoscimenti costituzionali di ampie autonomie territoriali.

La Legge Fondamentale tedesca disciplina alcuni stati di crisi distinguendo tra stati di emergenza esterni, quali lo stato di difesa *ex art.* 115 A e lo stato di tensione *ex art.* 80 A e lo stato di emergenza interno, all'art. 91, prevedendo all'art. 11 la possibilità di limitare la libertà di circolazione per un pericolo imminente o a causa della minaccia di epidemie²³.

²³ Servizio Studi del Senato, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Dossier n. 180/2, aprile 2020, 4.

A ben vedere, nessuna di queste previsioni risulta sufficientemente elastica da ricomprendere al suo interno la situazione sanitaria attuale. Tuttavia, la Germania è dotata di una legge federale *ad hoc* del 20 luglio 2000 per la gestione delle epidemie, la quale prevedeva, nella sua formulazione originaria, la permanenza dei poteri esecutivi nei *Länder*, a fronte di un accentramento della funzione legislativa a livello federale. Quest'ultima statuizione non ha impedito la perdurante frammentazione delle competenze tra i diversi livelli di governo e alcune difficoltà di coordinamento tra i *Länder*²⁴, che hanno indotto il 27 marzo ad introdurre nel cd. *Corona-Krisenpaket* modifiche alla legge federale citata finalizzate a conferire ulteriori poteri al Ministero federale della sanità²⁵.

In particolare, in merito al funzionamento del *Bundestag*, l'ordinamento tedesco, dovendo contemperare la validità delle deliberazioni con l'esigenza di limitare la presenza dei rappresentanti in aula, ha optato per la modifica temporanea ai regolamenti parlamentari. Infatti, non essendo contemplata una modalità di voto diversa da quella in presenza, si è intervenuto sull'art. 45 del Regolamento interno prevedendo fino al 30 settembre una temporanea riduzione del quorum costitutivo al 25% dei membri, contro il 50% normalmente previsto²⁶.

In Spagna l'emergenza sanitaria attuale è stata considerata un'ipotesi rientrante nell'*estado de alarma*, ex art. 116, c. 2 della Costituzione spagnola. A seguito della dichiarazione del suddetto stato, avvenuta con il Real Decreto 14 marzo 2020, n. 463 per una durata di quindici giorni, è previsto il conferimento al Governo centrale di poteri idonei a limitare²⁷ molti diritti costituzionali quali quello alla circolazione e

²⁴ Per un'analisi dettagliata dell'incidenza della forma di Stato sulla risposta all'emergenza sanitaria si veda L. CUOCOLO, *Op. cit.*, 5 ss.

²⁵ Sul contenuto delle sei leggi oggetto del *Corona-Krisenpaket* si veda Servizio Studi del Senato, *Emergenza da Covid-19 e misure sanitarie e socio-economiche: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Dossier n. 183, aprile 2020, 13 ss.

²⁶ Servizio Studi del Senato, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, cit., 7; A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio AIC*, 3/ 2020, 629 ss.

²⁷ Cfr. S. CURRERI – C. MARCHESI, *Op. cit.*, 64, secondo i quali, alla luce dei provvedimenti del Governo spagnolo, è più corretto parlare di sospensione dei diritti costituzionali.

alla riunione ma anche alla proprietà nei casi di requisizione dei beni di prima necessità²⁸.

Tale istituto emergenziale prevede una forte partecipazione del solo *Congreso de los Diputados*, il quale esercita il controllo sulle misure adottate dall'Esecutivo, obbligato a rispondere ad eventuali interrogazioni dei deputati ed è l'unico organo legittimato ad autorizzare la proroga di ulteriori quindici giorni dello stato di allarme. In quest'ultimo caso i poteri del *Congreso* sono molto più incisivi, dal momento che l'assemblea potrà intervenire sui contenuti e sul termine della proroga dello stato eccezionale, configurandosi un vero e proprio concorso nella formazione dell'atto²⁹.

La continuità delle funzioni del *Congreso* è stata salvaguardata attraverso l'autorizzazione al voto telematico generalizzato, di cui si è detto in precedenza, proprio in virtù del ruolo affidato alla Camera in un'emergenza del genere.

Alla luce di entrambe le vicende straniere brevemente esaminate, possiamo dunque concludere che l'accentramento dei poteri negli Esecutivi e il sacrificio dei poteri dei *Länder* e delle Comunità Autonome sia avvenuto al limite del quadro costituzionale, utilizzando lo stato di allarme, chiaramente previsto in Costituzione o in apposite leggi, per situazioni però diverse dalla pandemia da Covid-19 del resto imprevedibile quando le disposizioni relative erano state introdotte. Quelle sopra sintetizzate attengono infatti nella *ratio* alla disciplina di vicende che, a ricostruire la volontà del rispettivo legislatore costituzionale, si intendeva che dovessero avere una portata limitata, breve nel tempo e territorialmente circoscritta, così che il risultato derogatorio fosse compatibile con una compressione dei diritti costituzionali.

La lezione che si può trarre dal diritto comparato è che la singolarità dell'attuale emergenza sanitaria, che si sta estendendo a molteplici ambiti della vita sociale – come si diceva all'inizio e va in conclusione ribadito, col timore (mentre si scrive) di una ripresa autunnale dei con-

zionali e non di limiti, sicché la vicenda avrebbe dovuto essere ricondotta allo stato di eccezione di cui al 116, c. 3, Cost.

²⁸ Artt. 11 e 12 della *Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio*.

²⁹ S. CURRERI, C. MARCHESE, *Op.cit.*, 77.

tagi, del resto da noi ancora oggi presenti in focolai ristretti e altrove (Brasile, India, USA) conclamati – necessita in definitiva di un coinvolgimento delle assemblee rappresentative che sia effettivo, in quanto si tratta della sede costituzionale di garanzia della sovranità e delle dinamiche democratiche.

Alla luce delle purtroppo forse ancora necessarie (in una prospettiva pessimistica) pervasive limitazioni ai diritti di libertà, sociali, economici, ma anche politici, la piena partecipazione del Parlamento – e tanto più se occorre anche definire una strategia di allocazione degli aiuti a fondo perduto e dei prestiti in denaro ricevuti dall'Unione Europea, per sovvenire i mali sociali evidenziatisi durante la pandemia e far ripartire lo sviluppo economico – garantisce cioè ai necessari provvedimenti del Governo una legittimazione indispensabile (al di là della mera legalità formale), superandosi così lo schema della gestione emergenziale della fase più cruda operata attraverso dd.p.c.m. adottati ai sensi degli artt. 7, 23, 24 del t.u. della protezione civile (d.l.g.vo 1/ 2018), peraltro coniugato con (e “coperto” da) decreti-legge: un complesso di fonti di disciplina dell'emergenza che, pur non potendo essere giocoforza messo in discussione nel pieno del c. d. *lockdown*, non sarebbe però in una fase successiva e diversa ulteriormente accettabile³⁰.

³⁰ Sulla situazione delle fonti durante la pandemia, oltre agli autori che hanno contribuito all'*Osservatorio sulle fonti*, numero speciale, cit., S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline*, 16 Giugno 2020 e, nel presente volume, S. PRISCO, *Epologo. Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus*, 461 ss. Sull'inopportunità della proroga dello stato di emergenza, M. VILLONE, *Proroga dell'emergenza ambigua, il Colle “persuada” Conte a non farlo*, ne *Il Manifesto*, 16 maggio 2020; in termini più generali, in relazione all'emarginazione del Parlamento nella fase di chiusura generalizzata registrata, convergono G. SILVESTRI, F. SORRENTINO, *Op. cit.*

GIULIA FONTANELLA

Le libertà fondamentali in Francia alla prova dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. Premessa. La crisi del Covid-19, il bilanciamento degli interessi coinvolti e uno sguardo comparato ad alcuni modelli costituzionali per la gestione delle emergenze. – 2. (*segue*) Il regime giuridico per l'emergenza in Italia e in Francia. Ulteriori modelli teorici ed effettività di gestione nella crisi del Covid-19. – 3. Gestione dell'emergenza e forma di governo. – 4. *L'état d'urgence sanitaire* e la riserva di legge. – 4.1. Le criticità del nuovo stato d'urgenza. – 5. Le libertà economiche tra restrizioni e misure di sostegno. – 6. Il bilanciamento in fase di "de-confinamento". – 7. Brevi note conclusive.

1. *Premessa: La crisi del Covid-19, il bilanciamento degli interessi coinvolti e uno sguardo comparato ad alcuni modelli costituzionali per la gestione delle emergenze*

L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'OMS riconosceva e dichiarava il carattere pandemico dell'epidemia da Covid-19: l'emergenza sanitaria coinvolgeva ormai tutta la popolazione mondiale, grazie alla capacità del virus in questione di diffondersi ovunque in maniera incredibilmente semplice e rapida.

Invero, già prima di quella data, i Paesi più colpiti dall'epidemia avevano predisposto delle strategie di tutela della popolazione e di contenimento della crisi sanitaria.

In Italia, già l'8 marzo 2020 veniva emanato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante le misure necessarie per l'emergenza e il contenimento dell'emergenza epidemiologica in corso.

La complessità di scelte di Governo guidate dall'interesse primario di proteggere la salute delle persone non poteva che tradursi in necessarie limitazioni di alcune libertà fondamentali.

È noto che la necessità di limitare nella massima misura possibile i contatti tra le persone al fine di garantire la tenuta dei sistemi sanitari, è stata compresa e attuata gradualmente, fino a vietare ogni forma di contatto sociale che non fosse inevitabile per ragioni di stretta necessità collegate alla salute, al sostentamento individuale e al lavoro.

Così, la crisi aperta dalla minaccia del Covid-19 ha generato tra diritti e libertà fondamentali conflitti, almeno apparentemente insanabili nella misura in cui le relative istanze di tutela godono di pari dignità¹.

È evidente che il pericolo del contagio – e la conseguente necessità di dispiegare l'arma del distanziamento sociale – ha comportato non solo l'urgenza di tutelare la salute dei cittadini, ma anche la necessità di bilanciare con essa altri diritti e libertà fondamentali: il bilanciamento in parola coinvolge, come si vedrà più specificamente, la libertà di movimento, di riunione, d'iniziativa economica.

In particolare, in Francia, la manovra di contenimento del contagio ha previsto anche un momentaneo arretramento della libertà di voto: la *Loi* 2020-290 del 23 marzo ha stabilito, tra l'altro, il rinvio del secondo turno delle elezioni amministrative in Francia, dopo essersi registrato, al primo turno, un elevatissimo tasso di assenteismo, compreso tra il 53 e il 56%. Lo stesso è accaduto peraltro anche in Italia, per il rinnovo di alcune amministrazioni regionali e la celebrazione del referendum costituzionale sulla legge costituzionale che ha ridotto il numero dei componenti di Camera e Senato.

L'esito di questo bilanciamento è evidentemente la momentanea compressione delle libertà citate, in ragione di un rischio enorme per la salute e dell'impossibilità di prevedere in maniera certa tempi e modalità di sviluppo della pandemia in corso.

La particolarità del momento fa sì che questa operazione di bilanciare, di ricerca di un equilibrio ragionevole tra contrappesi, normalmente rimessa ai giudici, o, a monte, ai legislatori, sia rimessa agli organi di governo, chiamati a prendere decisioni delicate in tempi concitati.

Come ciascun ordinamento abbia reagito all'emergenza sanitaria in corso, con quali strumenti giuridici, e con quali scelte d'intervento nella vita della popolazione, è dipeso dalla forma di Stato, dalla forma di governo, dalle condizioni politiche e culturali preesistenti.

¹ Sul bilanciamento tra valori e interessi di rango costituzionale si veda per tutti, onde non appesantire la nota con riferimenti eccessivi, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 7 e ivi bibliografia.

In particolare, possiamo affermare che la strategia difensiva di ciascun ordinamento europeo sia dipesa soprattutto, ma non solo, dalla sua Costituzione o Legge fondamentale.

Tra gli studiosi italiani non è mancato chi si è interrogato sulla legittimità costituzionale delle decisioni prese dal Governo, foriere di limitazioni delle libertà fondamentali – e degli strumenti prescelti per porle in essere. Tuttavia, da più parti si è affermata la conformità delle stesse alla Costituzione: sussiste una ragionevole proporzione delle limitazioni realizzate, rispetto agli scopi perseguiti e al rischio affrontato, e la Costituzione del 1948 sembra aver retto alla prova di *stress*².

Il grande sforzo che le istituzioni italiane sono state chiamate a compiere per fronteggiare l'epidemia è stato evocato da più parti mediante l'espressione "stato d'eccezione". In realtà di uno stato d'eccezione in Costituzione non v'è traccia, né vi è concordia di vedute sulla sua definizione³. Seguendo comunque uno dei suoi più alti (ma anche discussi) teorici contemporanei⁴, l'eccezione crea il diritto e identifica il sovrano – che è appunto chi può stabilirla, opponendosi a tutto il diritto esistente – mentre l'emergenza è una situazione che non fa fuoriuscire dal quadro giuridico esistente, ma lo rimodella per governare una situazione di anormalità contingente. Così, ad esempio, il decreto-legge da noi è una fonte primaria che risponde ad una situazione eccezionale di straordinarietà ed urgenza attraverso un atto "normalizzato" dalla previsione costituzionale dell'art. 77 Cost. Su questo, si veda comunque più approfonditamente nel paragrafo che segue.

Com'è noto, la Legge fondamentale tedesca prevede, per condizioni eccezionali, lo *stato di difesa* all'art. 115a, lo *stato di tensione* all'art.

² Secondo l'espressione adoperata da F. TORRE, *La costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1/2020.

³ 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 – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 37-38.

⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, ora in *Le categorie del "politico"*, trad.it. G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 22 ss.; G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, 1965.

80a, lo *stato di emergenza legislativa* all'art. 81⁵; nessuna di queste ipotesi ha offerto uno strumento adattabile all'emergenza sanitaria.

La Costituzione spagnola prevede lo stato d'emergenza in una triplice variante: lo *stato d'allarme*, lo *stato di eccezione* e lo *stato d'assedio* (art. 116 commi 2, 3 e 4). Effettivamente, con decreto del 14 marzo, il Governo spagnolo ha dichiarato lo stato d'allarme, con un forte accentramento del potere a livello statale, a discapito del potere decisionale delle autonomie territoriali.

Quanto alla Costituzione portoghese, anch'essa prevede una molto puntuale disciplina dello "stato d'assedio" e dello "stato di emergenza" (artt., 19, 134 e 138).

La prima disposizione identifica i presupposti per la dichiarazione dello stato di assedio e di emergenza, che si ritrovano «nei casi di aggressione effettiva o imminente di forze straniere, di grave minaccia o perturbazione dell'ordine costituzionale democratico o di calamità pubblica»; la necessità di limitare a necessità di dichiarazione/esecuzione dello "stato di assedio" o "di emergenza" «con particolare riferimento alla loro estensione e durata e mezzi utilizzati, a quanto è strettamente necessario al pronto ristabilimento della normalità costituzionale»; l'obbligo di motivazione, con specificazione «dei diritti, delle libertà e delle garanzie il cui esercizio rimane sospeso»: la dichiarazione dello stato «d'assedio» o «di emergenza» «in nessun caso può intaccare i diritti alla vita, alla integrità personale, alla identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, la irretroattività della legge penale, il diritto di difesa degli imputati e la libertà di coscienza e di religione» e «può alterare la normalità costituzionale soltanto nei termini previsti nella Costituzione e nella legge e non può in particolare incidere sull'applicazione delle regole costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di governo delle regioni autonome o sui diritti e sulle immunità dei rispettivi titolari». Gli articoli 134 e 138 attengono invece, rispettivamente agli organi e ai procedimenti abilitati (i primi) a dichiarare e ad attuare in conformità dei secondi lo stato di emergenza.

⁵ L. MEZZETTI, *Comando costituzionale delle forze armate e gestione degli stati di crisi nella Repubblica Federale di Germania*, in *Dir e Soc.*, 2/1991, 307 ss.; V. GÖTZ, *La costituzione dell'emergenza nella legge fondamentale tedesca*, ivi, 4/ 1991, 539 ss.

Certo è che, se da un lato, Spagna, Germania, Portogallo e Francia (su cui al paragrafo successivo), ma non l'Italia, per il cattivo ricordo dello "stato d'assedio" di età statutaria⁶, sono ordinamenti accomunati dalla presenza in Costituzione di peculiari strumenti e regimi d'emergenza, dall'altro sono caratterizzati da architetture istituzionali e forme di governo diverse⁷.

Nessuno di essi si è peraltro, nella circostanza, avvalso effettivamente degli strumenti esistenti per fronteggiare la crisi in corso, il che induce ulteriormente a riflettere sul carattere del tutto inedito e peculiare dell'emergenza epidemiologica, in nulla paragonabile alle situazioni di allarme sociale e di emergenza securitaria immaginate dalle Carte fondamentali.

La Spagna e la Francia, che hanno proposto delle strategie in qualche modo simili, perché non eccessivamente aggressive rispetto alle libertà fondamentali dei cittadini, sono però portatrici – ad esempio e come noto – di modelli statuali antitetici: al regionalismo spagnolo – che, invero, ha conosciuto in questa circostanza un arretramento a favore dell'accentramento del potere decisionale e dell'organizzazione delle forze dell'ordine, dettato dalla necessità di fronteggiare l'emergenza – si contrappone il modello unitario francese.

Dall'osservazione dell'esperienza spagnola, e, in generale, del rapporto tra forma di governo e misure approntate, si può ricavare un dato: l'accentramento dei poteri garantisce, in un momento di emergenza, una risposta apprezzabile, nella misura in cui rende più celere e uniforme la risposta dei pubblici poteri.

Si può dire che la reazione al rischio di diffusione esponenziale del contagio sia più lenta se l'ordinamento è più composito, il che si registra laddove sia prevista una struttura di governo su più livelli.

D'altro canto, la presenza di forme decentrate di governo sembra garantire una migliore aderenza delle misure prescelte alle effettive neces-

⁶ Si vedano per tutti, sul piano storico e per richiami bibliografici, S. TRAVERSA, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Boll. Inform. cost. e parl.*, 2/1981, 135 ss.; G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003, 3 ss.

⁷ Agli autori citati in precedenza, ma per esami comparati complessivi, si aggiungano A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enc. Sc. Soc.*, Roma, 1993, III, 551 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

sità del territorio, una compressione delle libertà fondamentali proporzionata al rischio, appunto un migliore bilanciamento degli interessi in gioco: è quanto si è registrato in Italia, dove (come si vedrà fra breve) una clausola costituzionale d'emergenza sembra non esistere e la reazione alla crisi è stata molto forte, caratterizzata da rigide limitazioni delle libertà fondamentali in ragione di un'elevatissima diffusione del contagio.

È interessante allora osservare come l'emergenza sanitaria funga da detonatore di tendenze istituzionali e politiche già in atto, come renda macroscopicamente evidenti processi latenti nel tessuto giuridico dei Paesi coinvolti.

2. (segue) *Il regime giuridico per l'emergenza in Italia e in Francia. Ulteriori modelli teorici ed effettività di gestione nella crisi del Covid-19*

Gli strumenti adoperati dagli ordinamenti costituzionali europei per affrontare l'emergenza sono stati dunque tra loro molto diversi e, come accennato, la varietà delle soluzioni adottate a livello formale non è dipesa solo dalle loro specifiche previsioni costituzionali.

Non è possibile, infatti, rintracciare una sola tipologia di clausola emergenziale cui ricondurre ciascuna esperienza costituzionale, non solo per la varietà degli strumenti utilizzati, ma perché diverso è il modo in cui "lo stato di emergenza" si è innestato sulla base costituzionale e sulla storia di ciascun ordinamento.

Uno studio meramente formalistico delle disposizioni costituzionali sarebbe parziale e fuorviante; tuttavia il relativo esame costituisce un punto di partenza per la conduzione della presente indagine che, partendo da brevi notazioni comparatistiche, intende aprire un *focus* sull'ordinamento francese e sulla sua gestione dello stato d'emergenza.

Di due regimi di emergenza di Paesi a governo parlamentare e autonomie territoriali garantite di Paesi a noi culturalmente, storicamente e geograficamente prossimi si è appena detto.

Quanto all'ordinamento italiano, non vi è contemplata la possibilità di sospendere, in tutto o in parte, la Costituzione e l'unico regime eccezionale è previsto, all'art. 78 Cost., per lo stato di guerra⁸.

⁸ A norma dell'art. 78 della Costituzione italiana, le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari. È stato notato, giustamente, che

Alle emergenze si provvede ricorrendo al decreto-legge (*ex art. 77*), quindi sotto il controllo del Presidente della Repubblica, che lo emana e in questa sede lo controlla in via preventiva, delle Camere, che devono convertirlo in legge (anche, in ipotesi, emendandolo) entro i sessanta giorni dalla sua ricezione e della Corte Costituzionale⁹.

In concreto, l'emergenza Covid è stata peraltro da noi “coperta” da decreti-legge¹⁰, ma in aggiunta al sistema di cui al T.U. sulla protezione civile (dopo la dichiarazione di stato di emergenza del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, di cui alla G.U. 126 del successivo 1° febbraio), ossia con il d. lg.vo 1/ 2018, artt. 7, 23, 24 e conseguenti DD. P. C. M.

L'ordinamento francese prevede invece ben tre diversi regimi che si potrebbero definire d'eccezione, perché presuppongono situazioni emergenziali.

l'emergenza pandemica è solo metaforicamente assimilabile ad una guerra, dunque non sarebbe possibile applicare lo schema di cui all'art. 78 Cost. in via analogica, se non con estrema cautela. Il medesimo studioso ha pertanto proposto una revisione costituzionale che, rivisitando gli articoli 77, 78 e 120 della Carta costituzionale, allarghi questo schema emergenziale, rendendolo utilizzabile in situazioni diverse dallo stato di guerra. Tale riforma dovrebbe fissare «quello che possa farsi, che non debba farsi e chi debba farlo in situazione di emergenza, andando a comporre il gabinetto di gestione della crisi, che in ogni caso deve ovviamente rispondere in ultima analisi alle assemblee parlamentari e al Presidente della Repubblica, organi la cui azione va collocata all'inizio e alla fine del procedimento, autorizzandolo e seguendone l'applicazione perché non deragli, con le Camere che – ad emergenza finita – devono poi a consuntivo rivisitare il modo in cui la vicenda è stata giuridicamente coperta e sanare eventuali illegittimità medio tempore intercorse, che non vi sia stato modo di correggere prima, in ragione del carattere convulso degli eventi e dei rimedi ad essi». S. PRISCO, in ID., con F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo, in federalismi.it., Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 6. Per ricostruzioni del tema *de jure condito*, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio AIC*, 3/ 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/ , 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *ivi*; G. Sivestri.

⁹ *Ex plurimis*, F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003, 189 ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

¹⁰ F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020.

A livello costituzionale, troviamo *in primis* l'art. 16 che prevede l'attribuzione di poteri eccezionali al Presidente della Repubblica «quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto»; inoltre l'art. 36 prevede la possibilità che sia dichiarato *l'état de siège* (stato di assedio) da parte del Consiglio dei ministri, per una durata non superiore a dodici giorni, salva ulteriore proroga su autorizzazione del Parlamento.

È prevista inoltre un'ipotesi di regime emergenziale anche a livello di legge ordinaria: la *Loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955 prevede che il Governo possa dichiarare *l'état d'urgence* con decreto del Consiglio dei ministri, quando ricorra un pericolo imminente derivante da minacce gravi all'ordine pubblico, oppure «in caso di avvenimenti che presentino per la loro natura e per la gravità, il carattere di calamità pubblica»¹¹.

Va notato che la *Loi* del 1955 è anteriore alla Costituzione vigente in Francia – nata nel 1958 – e che la figura dell'*état d'urgence* è uno strumento non solo rilegittimato dalla sua sopravvivenza all'avvento della Costituzione, ma ampiamente utilizzato e convalidato dalla prassi soprattutto per fronteggiare il problema del terrorismo, anche in virtù della genericità dei suoi presupposti.

Invero, nella più recente e più prolungata applicazione dell'*état d'urgence*, che si è verificata nel 2015 in occasione degli episodi di terrorismo incominciati con la strage del *Bataclan*, la legge in commento è stata significativamente modificata attraverso le leggi che hanno prolungato lo stato di emergenza fino al 2017. Innanzitutto, è stato inserito un nuovo art. 4-1, secondo il quale l'Assemblea nazionale ed il Senato devono essere informati senza indugio delle misure prese dal Governo durante lo stato d'urgenza e possono altresì chiedere informazioni per completare il quadro di controllo e valutazione di tali misure. Oltre a questo avvicinamento del Parlamento al Governo nel periodo di applicazione dello stato di emergenza volto a compensare lo squilibrio che caratterizza questa situazione, è stata prevista espressamente la giustiziabilità delle misure adottate nell'ambito dell'*état d'urgence* davanti

¹¹ Così recita l'art. 1 della *Loi* 55-385.

al giudice amministrativo, che così tende a diventare il giudice delle libertà nelle situazioni emergenziali¹².

Da questi pochi elementi è già possibile riconoscere la sagoma dell'attuale ordinamento costituzionale francese, nato dall'esperienza emergenziale della guerra d'indipendenza algerina e caratterizzato ad oggi dalla preminenza della figura del Presidente della Repubblica e del potere esecutivo.

Ad ogni modo, le differenze appena evidenziate tra l'ordinamento italiano e quello francese, ai fini dell'indagine che si vuole condurre in questa sede, sono meno determinanti di quanto si possa *prima facie* dedurre, dal momento che anche in Francia, nonostante la preesistenza degli strumenti appena ricordati, si è resa comunque necessaria l'adozione di un atto normativo *ad hoc* per affrontare l'emergenza sanitaria originata dall'epidemia di Covid-19. Si tratta della *Loi* n. 2020-290 del 23 marzo.

3. *Gestione dell'emergenza e forma di governo*

Le figure di stato d'urgenza immaginate dal costituente francese altro non sono che il riconoscimento della possibilità che in situazioni eccezionali si deroghi al principio della separazione dei poteri che fonda lo Stato di matrice liberale, con un accentramento della facoltà di produzione normativa volto appunto a fronteggiare l'emergenza.

Il momentaneo sacrificio di tale principio basilare e la conseguente sospensione delle garanzie costituzionali per i diritti e le libertà dei cittadini sono tollerate, nello stato liberal-democratico, a fronte della necessità di garantire la sopravvivenza stessa dell'ordinamento statale; è più agevole calarsi nella situazione appena prospettata immaginando situazioni di pericolo collegate ad una crisi internazionale, ad una crisi interna che miri a sovvertire l'ordine costituito, ad una guerra.

In una condizione di crisi per lo Stato e di conflitto tra esigenze contrapposte, si assiste ad una delle più compiute manifestazioni del "diritto politico", dal momento che le ordinarie funzioni di produzione normativa vengono attribuite all'organo statale più idoneo ad

¹² B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19, quand le Conseil d'État port l'État de droit sur se épaules*, in *La Semaine Juridique – Édition générale*, 1 giugno 2020, *passim*.

attrarre queste facoltà per governare la crisi. Il “diritto politico” può essere definito infatti – com’è noto – come la produzione giuridica che promana da un’autorità politica, generalmente un organo del vertice di governo, che traduce in norme giuridiche l’indirizzo politico del governo sulla base di valutazioni di merito¹³.

Ci si potrebbe domandare, allora, se un ordinamento come quello francese, caratterizzato da una normale preminenza dell’Esecutivo, sia – per questo motivo – più pronto a reagire a una crisi rientrante nelle definizioni di *état de siège* previsto in Costituzione o di *état d’urgence* previsto nella legge del ’55, ovvero di carattere inedito, come quella che si sta analizzando dal punto di vista delle azioni messe in campo dal Governo.

Per cercare una risposta a questo interrogativo appare utile un breve richiamo, seppure meramente descrittivo, alla forma di governo francese, allo scopo di individuare quegli elementi che denotano la normale preminenza dell’esecutivo di cui si è detto, per poi passare ad osservare l’effettiva azione di Governo.

Com’è noto, la forma di governo francese rappresenta l’archetipo contemporaneo (con un precedente a Weimar) del modello semipresidenziale¹⁴. Nata nel 1958, la Costituzione della V Repubblica, semipresidenziale e dualistica (secondo la tradizione nazionale), un cui brillante schema interpretativo ne è la nota formula duvergeriana della “Monarchia repubblicana”¹⁵, è stata poi integrata e consolidata in tale direzione dalla riforma del 1962, che sancì l’elezione a suffragio uni-

¹³ Per tutti, ai limitati fini di questa nota, si veda A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, spec. 270 s. e 349 ss.

¹⁴ *Ex plurimis*, A. SANDULLI, *Il sistema presidenziale*, in *Deux Constitutions: la V^e République et la Constitution italienne; parallèles et commentaires*. Actes du colloque organisé par l’Associazione Italia-Francia et l’École française de Rome, 3 décembre 1980. Publications de l’École Française de Rome, 1988, 15 ss.; E. GROSSO, *Francia*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, Roma-Bari, 2009, 158 ss.; R. BRIZZI, *Alle origini del semipresidenzialismo francese. Debré, il Generale e la costituzione della Quinta Repubblica*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell’800 e del ’900*, 1/2009, 53 ss. In sede manualistica, non occorrendo – per quanto qui interessa – ulteriore approfondimento, si veda L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017.

¹⁵ M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine, ou comment les démocraties se donnent des rois*, Paris, 1974.

versale del Presidente della Repubblica, cui sono attribuiti importanti poteri che può esercitare in piena autonomia e che è indipendente dal Parlamento, mancando tra questi due organi un rapporto fiduciario ed inoltre da tutte le successive.

Il semipresidenzialismo francese combina invero caratteri appartenenti a due diversi modelli di governo: il presidenzialismo, dal momento che prevede l'elezione diretta del capo dello Stato e soprattutto la sua guida dell'Esecutivo nei casi in cui è richiesto un impulso politico-istituzionale unitario (ad esempio politica estera e difesa), ma della forma di governo parlamentare mantiene il rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento (in realtà l'Assemblea nazionale, la Camera politica).

Il risultato di questa combinazione di elementi statutari provenienti da forme diverse di governo è una struttura bicefala dell'esecutivo: a capo del Governo, che «determina e dirige la politica nazionale» (art. 20 co. 1 Cost.), troviamo il Presidente della Repubblica, democraticamente eletto dal popolo, ma qui siede anche un Primo ministro, che ne dirige l'azione politica (art. 21 co. 1 Cost.) e che riceve invece ed appunto la sua legittimazione attraverso la fiducia dal Parlamento.

Come si vedrà, anche in Francia, la riserva di legge è storicamente imprescindibile anche nelle contingenze pandemiche, nonostante la preesistenza di strumenti astrattamente idonei a gestire l'emergenza e di un Esecutivo forte: il fatto che sia stata adottata la *Loi n. 2020-290* conferma la necessità di un forte coinvolgimento assembleare.

4. *L'état d'urgence sanitaire e la riserva di legge*

Il percorso che è sfociato, in Francia, nell'adozione della *Loi n. 2020-290* del 23 marzo si è articolato in diverse battute, ma risulta complessivamente lineare; ripercorrendone le tappe è possibile riconoscere lo sforzo di riconduzione dei provvedimenti emergenziali adottati nell'alveo della legalità costituzionale.

Nel corso della pandemia sono stati adottati in effetti diversi provvedimenti idonei ad arrecare un *vulnus* ad alcune delle libertà fondamentali dei singoli e della collettività, attraverso un'un'escalation di restrizioni.

In un primo momento – quando in altri Paesi vicini erano già stati emanati provvedimenti autoritativi per affrontare l'emergenza da

coronavirus – le autorità francesi si erano limitate a raccomandare ai cittadini di limitare gli spostamenti al minimo essenziale. In tal senso, venivano sospesi gli esercizi pubblici e chiusi i luoghi di intrattenimento. Tra l'altro, non si era ancora disposta la sospensione delle elezioni amministrative.

Questa prima fase è stata foriera di una compressione del diritto di spostarsi sul territorio nazionale che non è generalizzata, bensì riferita a circostanze specifiche: si tratta di provvedimenti per lo più riferibili alla sfera della libertà personale, poiché impongono ai soggetti provenienti dalle zone maggiormente interessate dal contagio di mettersi in quarantena, rimanendo all'interno di centri dedicati, sotto il controllo delle autorità di pubblica sicurezza.

Un'ulteriore restrizione della libertà di circolazione in questa prima battuta è consistita nel divieto, imposto con *Arrêtè* del 13 marzo del Ministero della Salute, rivolto alle navi da crociera e alle navi passeggeri che trasportino più di cento persone, di fare scalo in Corsica o presso le regioni d'oltre-mare, zone meritevoli di maggiore protezione a causa del loro carattere insulare e dei maggiori rischi cui i rispettivi sistemi sanitari sarebbero stati esposti in caso di diffusione del virus.

Solo il 16 marzo¹⁶, visto l'aumento esponenziale del numero dei contagi, il Governo, allineandosi ai provvedimenti già adottati negli Stati vicini, ha disposto, a partire dalle ore 12.00 del giorno successivo il *lockdown*; insieme alla chiusura di tutti i luoghi aperti al pubblico e al divieto di assembramenti, è stato disposto il divieto di spostamenti non essenziali ed il confinamento generalizzato della popolazione francese presso i propri domicili. Così, anche la Francia ha conosciuto una limitazione della libertà di circolazione che non ha precedenti in tempi di pace.

Precisamente, con il *Décret no 2020-260* del 16 marzo, il Governo ha vietato di allontanarsi dal proprio domicilio, se non per ragioni di stretta necessità: le eccezioni ammesse riguardavano gli spostamenti

¹⁶ Il *lockdown* è stato disposto con *Décret no 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19*, pubblicato sul *Journal Officiel de la République Française* del 17 marzo 2020 e che era stato adottato dal Primo ministro su proposta del Ministro della Salute e del Ministro dell'Interno.

motivati da esigenze di lavoro, dall'acquisto di beni di prima necessità, da esigenze familiari, spostamenti consentiti esclusivamente nel rispetto delle misure generali di prevenzione della propagazione del virus, evitando assembramenti di persone.

In realtà, questo decreto in un primo momento aveva inteso ricomprendere nella nozione di «spostamento dettato da ragioni di necessità» anche lo spostamento dettato da motivi di salute (quindi anche una semplice passeggiata) nonché la possibilità di effettuare piccoli spostamenti legati ai bisogni degli animali da compagnia e per fare sport all'aperto.

Il *Décret no 2020-260* del 16 marzo è stato censurato dal *Conseil d'Etat*¹⁷ che, accogliendo in parte la domanda proposta dal Sindacato dei giovani medici, ha ordinato al Primo ministro e al Ministro della salute di precisare la portata della deroga al confinamento prevista per ragioni di salute. Tale eccezione doveva essere limitata alle sole questioni urgenti e la possibilità di muoversi in prossimità del proprio domicilio doveva specificata in modo da escludere la pratica di attività sportive.

Effettivamente, il *Décret no 2020-293* del 23 marzo, approvato sulla base della *Loi n. 2020-290* del 23 marzo, ha adeguato la portata delle prescrizioni in esame alle indicazioni del *Conseil d'Etat*: gli spostamenti dettati da motivi di salute venivano così ammessi solo per il caso di cure che non possano essere differite o somministrate a distanza. I brevi spostamenti non potevano superare il limite di un'ora al giorno, dovevano avvenire nel raggio di un km attorno il domicilio e potevano consistere in attività fisiche individuali, ad esclusione delle pratiche sportive collettive.

Il decreto del 23 marzo non appare del tutto fedele all'ordinanza del *Conseil d'Etat*, dal momento che non ha disposto il divieto di praticare sport individuale per strada, ed ha consentito anche brevi passeggiate «in famiglia».

Con lo stesso decreto del 23 marzo, il Governo ha disposto il divieto di spostamenti via aerea tra il territorio continentale della Francia metropolitana (*territoire hexagonal*) e i territori d'oltremare, salvo che per motivi strettamente necessari di natura familiare, motivi sanitari

¹⁷ *Ordonnance n. 439674 du 22 mars 2020.*

urgenti, impegni di lavoro indifferibili. In relazione a questi spostamenti, comunque, il *Décret n. 2020-337* del 26 marzo ha introdotto la possibilità, per il rappresentante dello Stato territorialmente competente, di ordinare la messa in quarantena delle persone che dalla Francia continentale arrivino presso le collettività d'oltremare.

L'esercizio di tali poteri ulteriormente restrittivi della libertà di circolazione delle persone è rimesso a livello locale ad autorità rappresentative dello Stato, quindi non ha posto, come già si notava, difficoltà di coordinamento della gestione multi-livello della crisi¹⁸.

Più problematici sono stati i provvedimenti ulteriormente restrittivi della libertà *d'aller et venir* adottati da molti sindaci nell'esercizio delle funzioni di ordine pubblico loro attribuito dal *Côte général des collectivités territoriales*. Trattandosi di provvedimenti maggiormente restrittivi rispetto alle misure adottate a livello nazionale, alcuni di essi sono stati sospesi nella loro efficacia da parte dei giudici amministrativi in sede d'impugnazione, ritenendosi ingiustificato questo aggravio.

La limitazione della libertà di movimento è andata di pari passo con la compressione di un'altra libertà fondamentale, quella di riunione, più volte riconosciuta anche dal *Conseil Constitutionnel* come dotata di dignità costituzionale, in quanto "*expression collectivee des idées et des opinions*"¹⁹.

Il pericolo derivante dalla formazione di assembramenti è stato agitato con una serie di provvedimenti, via via più restrittivi.

Con un primo *Arrêté* del 4 marzo, il Ministero della Salute aveva vietato ogni assembramento che prevedesse la presenza di più di cinquemila persone in un ambiente chiuso; il 9 marzo il numero di

¹⁸ In tal senso, F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*. (aggiornato al 5/5/2020) a cura di L. Cuocolo, *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 73, afferma, a proposito del rapporto tra i diversi livelli di Governo nella gestione dell'epidemia: «La questione – che non si pone, se non in misura minima, nell'ordinamento francese, dove è indubbio che i poteri di gestione della crisi appartengono allo Stato e, a livello locale, ai prefetti in qualità di rappresentanti del Governo – assume invece rilevanza centrale nell'ordinamento spagnolo».

¹⁹ *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 94-352.

partecipanti ammesso è stato ridotto a mille, e il divieto è stato esteso anche ai luoghi all'aperto.

Solo con *Arrêté* del 13 marzo è stata totalmente vietata ogni forma di assembramento, riunione o attività che coinvolgesse più di 100 persone. A queste limitazioni andava poi aggiunto il fatto che i prefetti avessero facoltà di adottare misure individuali o regolamentari per vietare tali assembramenti anche con meno di cento partecipanti ove le circostanze lo richiedessero, oppure, al contrario, di autorizzare assembramenti anche con un numero maggiore di persone ritenuti indispensabili per la continuità della vita della nazione.

Data l'importanza della limitazione in questione, sono sorti dubbi circa la legittimità dello strumento giuridico utilizzato per realizzarla, nonché sulla ragionevolezza di un divieto di assembramento basato su un criterio meramente numerico, che non tenga conto delle concrete modalità del suo svolgimento, nonché dell'ampiezza degli spazi interessati.

Solo con *Arrêté* del 15 marzo, si è precisato che i raggruppamenti consentiti dovessero essere organizzati in modo tale da garantire le misure d'igiene e distanziamento, le cosiddette "*barrières*", disposizione confluita del *Décret* n. 2020-293 del 23 marzo. Come si può notare agevolmente che le misure restrittive adoperate in Francia siano state non solo più tardive, ma anche meno invasive delle analoghe misure adoperate in Italia.

L'insieme dei provvedimenti fin qui esaminati disegna in sintesi un quadro frammentario di misure idonee ad arrecare – come si era criticamente anticipato – un *vulnus* ad alcune basilari libertà dei cittadini, adottate dagli organi di Governo per arginare il contagio da Covid-19 e motivate dalla necessità di tutelare la salute dei cittadini in via diretta e anche – indirettamente – proteggendo il sistema sanitario da un sovraccarico di prestazioni ad esso richieste.

Come appena detto, tutti gli atti adottati per affrontare l'emergenza, in Francia come in Italia e in altri Paesi, sono stati provvedimenti emanati dall'esecutivo: in particolare, il divieto di circolazione imposto con decreto del 16 marzo, particolarmente aggressivo della sfera di libertà personale, rinviene la propria base legale negli *Arrêtés* del Ministero della Salute.

Essi si fondano nel *Côte de la santé publique*, a tenore del quale il Ministero della Salute può adottare “ogni misura proporzionata ai rischi corsi e appropriata alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e di limitare le conseguenze delle minacce possibili alla salute della popolazione”, in caso di minaccia sanitaria grave, in particolare in caso di pericolo di epidemia.

Occorre allora domandarsi se l'adozione di misure così restrittive di diritti costituzionali mediante atti non legislativi, svincolati dal controllo parlamentare, sia compatibile con il principio della riserva di legge e, più in generale, con l'insieme dei principi fondanti uno stato democratico.

In particolare, sorgono perplessità, giacché in base all'art. L. 3131-1 del *Côte de la santé publique*, il Ministro della Salute può adottare, con decreto motivato, misure proporzionate al rischio collegato all'epidemia e appropriate alle circostanze e autorizzare il prefetto territorialmente competente ad adottare le misure applicative dell'*arrêté*, comprese le misure individuali, con la precisazione che in quest'ultimo caso dovrà informare immediatamente il Procuratore della Repubblica. Su questa base legale, numerose sono state le misure prefettizie adottate per arginare la propagazione del Covid-19. Accanto alle misure adottate dal Ministero della Salute e dai prefetti, troviamo quelle adottate dai sindaci, il cui potere di *police administrative* è stato utilizzato a complemento delle misure ministeriali o prefettizie.

In sostanza, il *Côte de la santé publique*, fornisce una sorta di delega “in bianco” al Ministro della Salute, dal momento che non individua la tipologia di misure applicabili, non fissa una durata per le stesse, e non prevede alcuna forma di controllo da parte del Parlamento.

L'utilizzo di questo strumento per l'adozione dei provvedimenti necessari a contenere l'epidemia da Covid-19 ha suscitato perplessità, soprattutto alla luce del fatto che l'ordinamento francese disponeva già di alcuni strumenti giuridici pensati per delle situazioni di emergenza.

Come accennato, la *Loi* n. 55-385 del 1955 prevede che il Governo possa dichiarare l'*état d'urgence* quando ricorra un pericolo imminente derivante da minacce gravi all'ordine pubblico, oppure «in caso di avvenimenti che presentino, per la loro natura e per la gravità, il carattere di calamità pubblica». Non è mancato chi abbia ritenuto che questo

strumento potesse essere interpretato in maniera abbastanza elastica da ricomprendere l'emergenza da Covid-19²⁰, così da poter contenere i provvedimenti adottati, nell'ambito della legalità predefinita democraticamente.

D'altra parte, l'état d'urgence previsto dalla legge del '55 non solo è conforme a Costituzione – come ribadito a più riprese dal *Conseil Constitutionnel* – ma è accompagnato da una serie di garanzie costituzionali. I poteri esercitabili dal Governo sono predeterminati dalla legge, la durata massima delle restrizioni è di 12 giorni, salvo proroga autorizzata dal Parlamento, che può sempre esercitare un controllo sull'operato concreto dell'esecutivo; infine, dell'adozione di misure di sicurezza sono informati l'Assemblea nazionale e il Senato.

Evidentemente, questo stato d'urgenza tipizzato dalla legge del 1955 non è apparso abbastanza duttile da potersi adattare alle esigenze di questo momento storico: se, da un lato, la pandemia poteva essere qualificata come calamità pubblica, dall'altro, il regime di stato di emergenza della legge del '55 ha una forte colorazione securitaria, che difficilmente avrebbe potuto adattarsi a una crisi sanitaria.

In poche parole, il ricorso alla legge del 1955 non avrebbe comunque evitato l'introduzione di disposizioni specificamente dedicate alle crisi sanitarie: si sarebbero potute applicare solo le disposizioni relative all'avvio e alla fine dello stato d'emergenza, laddove le disposizioni che prevedono le specifiche misure applicabili sono marcatamente dotate di una connotazione securitaria.

In particolare, l'art. 5 della legge del '55 specifica che le misure per vietare la circolazione di persone e veicoli e le misure per vietare la permanenza delle persone possono essere giustificate dall'obiettivo di «prevenire i disturbi alla sicurezza e all'ordine pubblico». Analogamente, l'art. 6 specifica che la misura degli arresti domiciliari può essere applicata solo alle persone «per le quali vi sono serie ragioni per credere che [il loro] comportamento costituisce una minaccia per la sicurezza pubblica»²¹.

²⁰ In tal senso, F. GALLARATI, *Op. cit.*, 65.

²¹ Così, X. DUPRÉ DE BOULOIS in *Éloged'un état d'urgence sanitaire en «co-construction»*. CSP, art. L. 3131-12 et s., *La Semaine Juridique – Edition générale*, in *comparativecovidlaw.it*, 18 mai 2020.

Parte della dottrina francese si è interrogata circa la reale necessità di istituire un nuovo stato d'emergenza, ritenendo che la crisi sanitaria potesse essere qualificata come "calamità pubblica" o che la legge del 1955 potesse essere modificata e adattata alla situazione²².

Altra parte della dottrina riteneva sufficiente il ricorso alla teoria delle circostanze eccezionali per convalidare – almeno *a posteriori* – le misure adottate²³.

Ad ogni modo, con il titolo I della *Loi* n. 2020-290, è stata istituita, aggiungendo un capitolo I *bis* al *Côde de la santé publique*, una nuova figura di stato di emergenza, l'*état d'urgence sanitaire*. Va sottolineato che si tratta di una legge ordinaria, non organica: grazie a questa scelta, il Governo ha evitato la più complessa procedura prevista per la *loi organique* ed il controllo di costituzionalità preventivo obbligatorio²⁴.

Più precisamente, nell'ambito dell'emergenza Covid-19, il Consiglio dei ministri ha approvato ben tre progetti di legge. Così, accanto alla legge n. 2020-290 creatrice dello stato d'urgenza sanitaria, a completare il quadro del regime d'eccezione, si collocano la legge n. 2020-289 *de finances rectificative pour 2020* e la legge organica n. 2020-365 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

Questo insieme di norme coniuga disposizioni temporanee, dettate dall'esigenza di rispondere efficacemente alle circostanze eccezionali, e disposizioni permanenti, che intervengono a modificare l'ossatura giuridica dell'ordinamento con l'introduzione di un nuovo regime d'eccezione²⁵.

L'introduzione di questo ulteriore veicolo legale è avvenuta mediante una *procédure accélérée* prevista dai Regolamenti parlamentari,

²² A. GELBLAT, L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *La Revue des droits de l'homme - Actualités Droits-Libertés*, 2020, 3.

²³ C. PAUL, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique*, *Mediapart*, 23 mars 2020.

²⁴ Nel senso della opportunità di optare per lo schema della *loi organique* per perseguire l'istituzione dello stato d'emergenza sanitaria, P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale, 2020, 425 ss.

²⁵ Così D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 310. ss.

che ha consentito di concludere il 23 marzo l'*iter* di approvazione nel giro di soli sei giorni. La presentazione del disegno di legge era stata annunciata dal Presidente della Repubblica Emmanuel Macron, con riferimento all'introduzione di uno strumento governativo di risposta efficace all'emergenza. Esso veniva appunto descritto come strumento volto a consentire al Governo di "legiferare con ordinanza negli ambiti strettamente connessi alla gestione della crisi"²⁶.

L'*état d'urgence sanitaire* istituito con la legge in commento, è tratteggiato sulla falsariga dell'*état d'urgence* previsto dalla *Loi* del '55 ed è caratterizzato – quasi come in un rapporto di *genus ad speciem* – da ulteriori elementi specializzanti.

Per quanto riguarda il presupposto specifico per la dichiarazione dello stato di urgenza sanitaria, si tratta del "caso di catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione", e non del più generico requisito della "*calamité publique*". Lo stato di emergenza sanitaria può essere dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri, adottato sulla base del rapporto del Ministro della Salute e dei dati scientifici relativi alla situazione sanitaria pubblicati, su tutto o parte del territorio metropolitano o d'oltremare.

In caso di dichiarazione dello stato d'emergenza sanitaria, così come per il caso dell'*état d'urgence*, l'Assemblea Nazionale e il Senato sono informati immediatamente delle misure adottate dal Governo, per consentirne il controllo; tali organi possono richiedere ogni informazione necessaria ai fini della valutazione dell'opportunità di tali misure.

Inoltre, la proroga della durata iniziale dello stato d'emergenza deve essere autorizzata in ogni caso con legge. Tuttavia, se in base alla legge n. 55-385 l'autorizzazione parlamentare alla proroga disposta dal Governo deve intervenire entro quindici giorni, nel caso di urgenza sanitaria, la durata massima delle misure adottate dal Governo, in assenza di autorizzazione parlamentare alla proroga, è di un mese.

In realtà, lo stato d'emergenza sanitaria determinato dal Covid-19, si è manifestato subito con un ulteriore elemento specializzante, proprio relativo alla durata: l'art. 4 della *Loi 2020-290*, ha previsto, in de-

²⁶ Il virgolettato è riportato testualmente dal messaggio del Presidente Macron del 16 marzo 2020.

roga a quanto stabilito per la durata della dichiarazione dello stato d'emergenza sanitaria, che per l'epidemia in corso, lo stato d'emergenza è dichiarato *ex lege* e con una durata iniziale di due mesi, salva la possibilità per il Consiglio dei Ministri di stabilire con decreto la fine anticipata dello stato d'emergenza.

Il meccanismo in base al quale è stabilita questa durata eccezionale è molto semplice, perché per l'emergenza in corso è chiaro che il vaglio parlamentare sulla sussistenza dei requisiti è stato fatto in sede di elaborazione stessa della nuova fattispecie.

Un'altra particolarità prevista per questo stato d'emergenza sanitaria è l'istituzione di un comitato scientifico composto da tre componenti nominati rispettivamente dal Presidente della Repubblica, dall'Assemblea nazionale e dal Senato, e da altri esperti nominati con decreto. Tale organo è tenuto a rendere periodicamente dei pareri sullo stato della catastrofe sanitaria, sulle conoscenze scientifiche disponibili, sulle misure idonee a fronteggiare l'emergenza, sulla durata della stessa²⁷.

La portata fortemente innovativa dalla *Loi 2020-290* emerge però soprattutto dalla lettura dell'art. 2, istitutivo del *Côde de santé publique*, che introduce un'ampia gamma di poteri riconosciuti al Governo per la gestione dell'emergenza.

In virtù di queste nuove disposizioni, il Primo ministro ha la facoltà di adottare con decreto, su rapporto del Ministro della salute, un insieme di misure, quali il divieto di circolazione di persone e veicoli in determinati luoghi ed orari, il confinamento presso il proprio domicilio salvi gli spostamenti necessari, la messa in quarantena dei contagiati, la chiusura provvisoria di luoghi aperti al pubblico, la requisizione dei beni e la precettazione del personale necessario per contrastare l'epidemia, il controllo dei prezzi di alcuni prodotti, e tutte le altre misure limitative della libertà d'impresa.

La gamma dei poteri eccezionali esercitabili dal Governo in stato d'emergenza sanitaria è completa solo se si considerano le due clausole di chiusura che gli consentono l'adozione di ogni misura necessaria a mettere a disposizione dei pazienti medicine appropriate ed ogni altra

²⁷ Per le criticità sollevate in relazione all'istituzione del comitato tecnico-scientifico, si veda *infra*.

misura limitativa della libertà d'impresa finalizzata a mettere fine alla catastrofe sanitaria.

Soprattutto dall'attribuzione di queste facoltà eccezionali al Primo ministro emerge un chiaro intento del Parlamento di riportare nell'alveo della legalità costituzionale una serie di misure già in concreto adottate mediante provvedimenti eccentrici rispetto al normale *iter* parlamentare.

L'art. 34 della Costituzione francese reca una riserva di legge in materia di diritti civili; dunque, l'adozione di provvedimenti governativi di fatto limitativi di libertà fondamentali quali la più basilare libertà di movimento, stride in linea di principio con il principio di legalità.

Invero in Francia, dove non è sorto il problema del conflitto tra livelli di governo per la gestione dell'emergenza – semplicemente perché questa gestione multilivello non c'è, dal momento che anche i prefeetti operano in ambito territoriale come *longa manus* del Governo – la principale perplessità sollevata dall'adozione dei provvedimenti *ante* legge n. 290 del 2020, è stata dunque quella della loro attitudine a violare il principio della riserva di legge e dunque la divisione stessa dei poteri dello Stato.

Con l'adozione della legge n. 290, si ha conferma del fatto che nell'ordinamento democratico francese, nonostante la forma di Governo che si basa su un esecutivo forte, il rapporto libertà-autorità rimanga ancorato al principio di legalità.

Se da un lato questo atto parlamentare dà la copertura costituzionale necessaria a quelle limitazioni di diritti fondamentali, dall'altro si può ritenere che delegittimi le misure già prese e adottate prima del 23 marzo, ovvero che confermi la loro dubbia compatibilità costituzionale.

4.1. *Le criticità del nuovo stato d'urgenza*

All'indomani dell'istituzione dello stato d'urgenza sanitaria, numerose sono state le critiche e le perplessità sollevate, in primo luogo perché si teme che siffatto strumento possa normalizzarsi. Com'è stato osservato – complice la vaghezza della formula "*catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature e sa gravité, la santé de la population*" di cui alla norma in esame – l'inserimento di una clausola costituzionale di emergenza potrebbe facilitare il ricorso ai meccanismi emergenziali

anche quando non vi sia un *idem sentire* politico in ordine alla necessità dell'intervento eccezionale²⁸.

Un abuso della figura in esame potrebbe infatti verificarsi ogni qualvolta la Francia possa trovarsi ad affrontare una crisi di natura sanitaria – così approdando in maniera abbastanza agevole in forme di limitazione dei diritti fondamentali – anche a causa del generale stato di degrado del sistema sanitario, sul piano della disponibilità materiale, e sul piano dell'erogazione di servizi.

La perplessità appena esposta diventa più consistente se si considera che le misure individuali reputate necessarie dal Primo ministro e dal Ministro della Salute potrebbero essere utilizzate per stigmatizzare determinate categorie di persone²⁹.

Il dubbio appare fondato in quanto con l'emergere dell'epidemia di Coronavirus, il fenomeno razzista e xenofobo è emerso attraverso i *media* in maniera particolarmente preoccupante. Il 26 gennaio, un giornale regionale francese ha pubblicato un'immagine in prima pagina di una donna di origine asiatica che indossa una mascherina, accompagnata dal titolo "*Allerta gialla*"; un altro articolo recava invece il titolo "*Nuovo rischio giallo?*", richiamando un'espressione usata nel XIX secolo per colpire gli asiatici orientali.

Secondo le informazioni fornite dalla stampa, le persone di origine asiatica – o percepite come di origine asiatica o provenienti da un paese identificato con coronavirus diffuso come l'Iran – sono state le più colpite da molestie e violenze negli spazi pubblici: bambini di origini asiatiche sono stati vittime di episodi di bullismo nei sobborghi di Parigi, uno studente cinese è stato attaccato in un supermercato a Strasburgo, una liceale è stata insultata a presa a pugni, una donna parigina di origine vietnamita-cambogiana è stata umiliata su un autobus³⁰.

Alla luce delle criticità appena esposte, non è mancato chi abbia sottolineato la necessità di vigilare attentamente sull'applicazione del-

²⁸ In tal senso P. MILAZZO, *Op. cit.*, 434.

²⁹ In tal senso: D. PAMELIN, *Op. cit.*, 317.

³⁰ Per uno studio dell'impatto dell'epidemia su determinate comunità: *Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU. Fundamental Rights Implication*, Institut Français des Droits et Libertés, 23 March 2020, in *fra.europa.eu*.

le misure emergenziali, con l'auspicio della loro abolizione alla fine dell'emergenza³¹.

Diverse perplessità hanno accompagnato l'istituzione di uno specifico comitato di esperti, nominato dal *Ministère des Solidarités et de la Santé* su impulso del Presidente della Repubblica.

L'art. L. 3131-19 del *Côde de la Santé*, introdotto con la *Loi* n. 2020-290, ha previsto che per tutta la durata dell'emergenza sia istituito un comitato scientifico formato da esperti qualificati, il cui presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica. La nomina di altri due membri è riservata al Presidente dell'Assemblea nazionale e al Presidente del Senato; il comitato è inoltre composto da specialisti di malattie infettive, un antropologo, un sociologo e un matematico. Il compito del comitato è quello di fornire al Governo o al Ministro della Salute chiarimenti scientifici su questioni precise e concrete relative alla gestione della crisi sanitaria.

Inoltre, il comitato ha il compito di fornire pareri pubblici sullo stato dell'emergenza e le misure da adottare. Esso è direttamente consultabile da parte del Governo su specifiche questioni: questo chiarisce il ruolo di notevole influenza che si è voluto attribuire a quest'organo, anche grazie a un intervento normativo che ne ha descritto puntualmente compiti e funzioni all'interno del quadro organico della dichiarazione dell'*état d'urgence sanitaire*.

In questo tratto si coglie la fondamentale differenza rispetto all'omologo comitato scientifico previsto in Italia dall'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e costituito con successivo decreto del 5 febbraio del Capo del Dipartimento della Protezione civile³².

Nella mente del legislatore francese, i pareri del comitato scientifico hanno quindi un ruolo importante, non solo per l'aggiornamento delle scelte legislative, ma anche per il livello d'informazione della collettività.

³¹ D. PAMELIN, *Op. cit.*, 318.

³² Per una disamina completa delle differenze intercorrenti tra il ruolo del comitato tecnico-scientifico italiano e quello francese, G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 89 ss.

In particolare, la legge sullo stato d'urgenza sanitaria ha previsto l'obbligo di pubblicazione *online* sul sito del Ministero della Solidarietà e della Salute dei pareri resi dal comitato tecnico-scientifico al Governo, una forma di trasparenza ritenuta funzionale ad alimentare la fiducia della popolazione nei confronti del comitato e della scienza³³. Peraltro e come è stato osservato, dal momento che la dichiarazione dello stato di urgenza sanitario deve essere fatta sulla base di un rapporto del Ministro della Salute e dei dati scientifici relativi alla situazione sanitaria, la pubblicazione di questi dati dovrebbe costituire una sorta di legittimazione esterna della scelta politica di adottare le misure restrittive, basata su un bilanciamento tra potere pubblico e potere scientifico³⁴.

Nato con il dichiarato scopo di attenuare le criticità suscitate dalla *Loi n. 2020-290*, il *conseil scientifique* non è apparso in grado di assolvere tale funzione, dal momento che – si è detto – esso consiste in un organo consultivo, che si riunisce solo dopo la dichiarazione dello stato d'urgenza e che emette esclusivamente pareri, degli atti non vincolanti per definizione. Paradossalmente, il parere è previsto come necessario al fine di prorogare lo stato d'urgenza sanitaria.

Invero, i dubbi sull'introduzione di questo stato d'urgenza speciale riguardano, più a monte, come accennato, i presupposti stessi della sua creazione, anche se il *Conseil d'Etat*, con il suo parere positivo sul progetto di legge ha legittimato l'operato del Governo, in quanto ha ritenuto "utile" nella situazione di emergenza sanitaria in corso, l'adozione di un regime peculiare.

Un elemento che, in particolare, ha occupato il dibattito tra le istituzioni francesi è quello del controllo parlamentare rafforzato: dopo aver ricevuto forti critiche dal Consiglio di Stato, il Governo si è opposto alla sua creazione, temendo che potesse intralciare la sua azione politica. Nonostante i parlamentari intendessero ispirarsi al controllo previsto per stato d'emergenza securitaria, anche la dottrina ha criticato la sua introduzione, cercando tra le risorse del diritto parlamentare comune degli adeguati meccanismi di controllo. Quando il Senato ha effettivamente ottenuto il ripristino, nell'architettura della *Loi n. 2020-290*, di un meccanismo di controllo simile a quello previsto per lo stato d'emergenza se-

³³ *Ivi*, 91.

³⁴ J.PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, 2020, n. 15, 836 ss.

curitaria, il Governo ha ottenuto dall'Assemblea delle restrizioni relative alla frequenza, alla portata e all'estensione del controllo parlamentare. Tali restrizioni sono oggetto delle principali critiche dottrinali; in particolare, secondo alcuni autori, sarebbe un'assurdità concettuale il fatto di aver limitato l'area di controllo alla sua dichiarazione dello stato di emergenza, escludendo i numerosi poteri di agire per mezzo di ordinanze.

Invero, le preoccupazioni della dottrina si sono concentrate anche sulla capacità delle istituzioni giurisdizionali di svolgere efficacemente il loro ruolo di contropotere. In particolare, alcuni osservatori hanno sollevato delle perplessità in merito al mancato controllo preventivo di costituzionalità della legge del 23 marzo 2020, trattandosi di misure suscettibili di violare la libertà individuale ai sensi dell'art. 66 della Costituzione e di sanzioni previste in caso di violazione ripetuta del confinamento con riferimento agli articoli 7, 8, e 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino³⁵.

Simili perplessità sono state perpetrate in maniera piuttosto accesa, anche in considerazione della sospensione – disposta con legge organica 2020-365 – per un periodo di tre mesi dei termini di rimessione delle questioni prioritarie di costituzionalità dai giudici-filtro al Consiglio costituzionale, nonché i termini di decisione del Consiglio stesso. Trattandosi di *loi organique*, la questione è arrivata davanti al Consiglio costituzionale in via di controllo preventivo: pronunciandosi sulla violazione dell'art. 46 della Costituzione, che prevede un termine di 15 giorni fra la presentazione del disegno di legge organica e la sua discussione in Parlamento, dal momento che nel caso di specie era invece trascorso solo un giorno, il Consiglio costituzionale ha giustificato tale evidente *deroga* ad una disposizione costituzionale molto precisa nella decisione 2020-799 del 26 marzo 2020, affermando che “tenuto conto delle particolari circostanze di questo caso, non c'è motivo di ritenere che questa legge organica sia stata adottata in violazione delle norme procedurali di cui all'articolo 46 della Costituzione”³⁶.

³⁵ A. GELBLAT, L. MARGUET, *Op. cit.*, 10 e 14.

³⁶ Su tale vicenda V. CHAMPEIL, DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 CDDC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés*, 13 aprile 2020, *passim*.

5. *Le libertà economiche tra restrizioni e misure di sostegno*

Non c'è dubbio che l'emergenza causata dall'epidemia da coronavirus – con il conseguente confinamento della cittadinanza presso le proprie abitazioni – abbia determinato una brusca frenata per la vita economica e lavorativa di tutti i Paesi coinvolti.

La necessità di attuare il distanziamento sociale, accompagnata dalla consapevolezza di dover sostenere le aziende e le famiglie nel periodo del *lockdown* così come nelle fasi successive di graduale ripresa delle attività, fa sì che il quadro delle misure di natura economica che hanno accompagnato l'emergenza sanitaria sia composto da un lato da misure restrittive delle libertà economiche, e dall'altro dall'introduzione di misure volte a sostenere imprenditori e lavoratori.

Il Ministero della Salute francese aveva imposto in un primo momento la chiusura degli *établissements recevant du public* a partire dal 15 marzo. La restrizione ha colpito in particolare i bar e i ristoranti, salva la possibilità di continuare a svolgere l'attività da asporto e la consegna a domicilio. Con l'*Arrêté* del 14 marzo, in realtà, erano coinvolti nella chiusura anche le sale per conferenze, spettacoli e riunioni, i centri commerciali, le sale da ballo e da gioco, le biblioteche, le sale di esposizione, gli stabilimenti sportivi coperti ed i musei. L'elenco delle attività commerciali assoggettate alla chiusura è stato man mano ampliato, e sempre più esteso anche agli esercizi commerciali di beni ritenuti non essenziali.

In questa prima battuta, non erano state sospese le attività mercatali, decisione censurata dal *Conseil d'Etat*. Così, in adempimento dell'ordinanza del *Conseil d'Etat*, con Décret 2020-293, il Governo ha disposto il divieto di svolgimento di tutti i mercati, anche al coperto, salva la possibilità per il prefetto di autorizzare l'apertura, su parere del sindaco, dei mercati alimentari che rispondano ai bisogni di approvvigionamento della popolazione, e sempre che siano disposte misure organizzative e di controllo idonee al rispetto della regola del distanziamento sociale e del divieto di assembramenti di più di cento persone.

In Francia, a differenza che in Italia e Spagna, non è mai stata disposta una sospensione generalizzata delle attività produttive, e quando il *Conseil d'Etat* ha avuto modo di pronunciarsi sull'argomento ha spiegato che un confinamento totale della popolazione, con conse-

guente interruzione di tutte le attività produttive, comporterebbe un rischio troppo elevato, quasi un controsenso rispetto all'esigenza di salvaguardare la comunità³⁷.

Occorre rilevare, tra l'altro, la *Loi n. 2020-290* del 23 marzo non ha previsto la chiusura totale delle attività produttive tra le misure adottabili dall'esecutivo per far fronte all'état d'urgence sanitaire; dunque una decisione del genere potrebbe essere presa dal Governo solo esercitando i poteri eccezionali previsti dalla clausola di chiusura in base alla quale il Primo Ministro è autorizzato ad adottare con decreto "ogni altra misura regolamentare limitativa della libertà d'impresa".

Un'altra importante limitazione di una libertà economica fondamentale si è avuta con delle misure restrittive della proprietà privata, dal momento che il Governo francese ha disposto, già con decreto del 13 marzo, la requisizione temporanea di tutte le maschere di protezione della respirazione in possesso di qualsiasi ente pubblico o privato, allo scopo di assicurarne la destinazione al personale sanitario e ai pazienti.

La *Loi n. 2020-290* del 23 marzo ha poi introdotto la possibilità per il Governo di ordinare la requisizione di tutti i beni e i servizi necessari alla lotta contro la catastrofe sanitaria, insieme alla precettazione del personale, il cui indennizzo è disciplinato dal codice della difesa. In applicazione di questa disposizione, con decreti successivi il Governo ha autorizzato i prefetti ad ordinare, con misure individuali o generali, la requisizione di strutture sanitarie o socio-sanitarie, beni e personale necessari al relativo funzionamento (in caso di aumento importante di contagi), delle materie prime necessarie alla fabbricazione delle maschere di protezione, delle strutture ricettive del pubblico, nella misura necessaria alle esigenze di alloggio del personale e di deposito del materiale in concessione con l'emergenza sanitaria.

Inoltre, con il decreto n. 2020-197 del 5 marzo 2020, il Governo francese ha imposto³⁸, per tutelare i consumatori, un prezzo massimo di vendita all'ingrosso e al dettaglio per i gel idroalcolici.

³⁷ Il *Conseil d'Etat* si è pronunciato in tal senso rigettando la domanda cautelare proposta dal *Syndicat Jeunes Medecins*, nella parte in cui era volta ad ottenere che fosse ingiunto all'esecutivo di disporre il confinamento totale della popolazione ad eccezione soltanto delle attività essenziali.

³⁸ In applicazione di quanto previsto dall'art. L. 410-2 del *Côte du commerce*.

Tra le varie componenti del regime d'eccezione istituito dalla *Loi n. 2020-290*, si colloca la possibilità per il Governo, prevista dall'art. 11, di adottare delle ordinanze aventi forza di legge ai sensi dell'art. 38 della Costituzione³⁹, volte a contrastare l'epidemia sul fronte economico, sociale e amministrativo.

Una notazione interessante riguarda le misure prese nell'ambito dell'amministrazione della giustizia: per alleggerire gli effetti provocati dall'epidemia sull'andamento dell'attività giurisdizionale, e per attenuare il rischio della propagazione dell'epidemia negli uffici giudiziari, è stata prevista la possibilità per il Governo di disporre con ordinanza la sospensione dei termini processuali e di derogare alle regole sulla competenza e sulla composizione degli organi giurisdizionali.

Tra le misure temporanee del complesso di disposizioni varate per la gestione dell'epidemia, vi sono quelle previste dalla legge n. 2020-289 (legge di modifica della legge finanziaria per il 2020⁴⁰), misure di natura economico-finanziaria volte a fornire un sostegno dinanzi all'emergenza sanitaria. Le varie disposizioni hanno una durata precisa e sono soggette a riconferme, anche per l'eccezionalità delle previsioni in esse contenute.

Le misure di sostegno all'economia sono nate da proposte del Governo, approvate con *iter* parlamentari accelerati, anche sfruttando procedure di urgenza previste dai rispettivi ordinamenti con tempi ristretti.

Si tratta di una manovra in ambito economico e finanziario, comprensiva di misure di sostegno del reddito dei lavoratori e delle famiglie e di mantenimento dei flussi di liquidità alle imprese, sia attraverso la concessione di garanzie statali sui prestiti bancari, sia tramite la concessione di prestiti diretti da parte di istituti di credito pubblici, che di proroga di versamenti erariali e contributivi.

³⁹ L'art. 38 della Costituzione francese prevede, com'è noto, la possibilità che il Governo sia autorizzato dal Parlamento ad adottare, entro un periodo di tempo determinato, ordinanze nell'ambito di materie che sono coperte dalla riserva di legge, che decadono se entro un termine stabilito non viene depositato in Parlamento un progetto di legge di ratifica.

⁴⁰ Per una disamina dettagliata della modifica della legge finanziaria, si legga *Emergenza da Covid-19 e misure sanitarie e socioeconomiche: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Dossier del Servizio studi al Senato, n. 183, aprile 2020, 5.

Più precisamente, le misure adottate con la legge n. 2020-289 hanno riguardato *in primis* l'aumento della spesa per i dispositivi sanitari, l'accelerazione e l'incremento dell'assicurazione sanitaria per i malati e i familiari che li assistono, il supporto dei salari dei lavoratori occupati ad orario ridotto, il supporto in termini di liquidità attraverso la proroga dei versamenti erariali e contributivi per le imprese.

Un intervento mirato di supporto finanziario diretto, abbinato alla proroga del versamento di canoni di locazione e utenze, ha riguardato le piccole e medie imprese, evidentemente le più colpite dalla crisi; analoga misura di erogazione di fondi è stata varata per il supporto diretto dei lavoratori autonomi.

Questo supporto diretto consiste nell'attribuzione diretta di fondi ai beneficiari per consentire il sostegno dei costi operativi durante l'emergenza. Le imprese beneficiarie di questi fondi sono le imprese la cui attività si è interrotta a causa dell'emergenza epidemiologica o il cui *turnover* mensile si è ridotto del 70% nel mese di marzo 2020 rispetto all'anno precedente; sono fissati anche dei requisiti strutturali di queste imprese beneficiarie, in un massimo di dieci dipendenti e un *turnover* annuo non eccedente la cifra di un milione di euro.

La *Loi n. 2020-289* ha stabilito anche, come accennato, che lo Stato può accordare delle garanzie sui crediti concessi alle società finanziarie alle imprese non finanziarie registrate in Francia.

E ancora, la legge in commento ha autorizzato la Cassa centrale di riassicurazione a eseguire operazioni di assicurazione e riassicurazione, con garanzia dello Stato, alle piccole e medie imprese aventi sede in Francia.

6. *Il bilanciamento in fase di "de-confinamento"*

«Il Paese non può essere confinato a lungo». Con queste parole il Primo Ministro francese Edouard Philippe apriva il suo discorso del 27 aprile 2020 all'Assemblea nazionale a Parigi, annunciando l'inizio della fase di de-confinamento – l'omologo della "fase due" italiana – a partire dall'11 maggio, stante la significativa e costante diminuzione dei contagi.

Si è trattato di un programma di graduale ripresa delle attività, anche scolastiche, diversificato su base territoriale – con politiche di apertura dettate per regione, dipartimento o comune – sulla scorta di

diversi fattori. In particolare, tre sono stati criteri eletti per stabilire lo stato dell'emergenza in corso nelle varie aree del territorio: la capacità di ospedalizzare i contagiati con ricovero in rianimazione, il livello di circolazione attiva del virus, la capacità a livello locale di tracciare e interrompere le catene di contagio.

È un dato interessante che la Francia, tipo di Stato unitario, si riorganizzi, per questa fase, su base territoriale, valorizzando il ruolo politico e – appunto – organizzativo degli enti locali.

La *ratio* di questo piano di ripresa è sicuramente correlata alla necessità di consentire «progressivamente e prudentemente» la ripresa delle attività economiche: se il distanziamento sociale, realizzato attraverso il confinamento della popolazione, si è dimostrato uno strumento efficace di contenimento del contagio nel breve periodo, appare fondato il timore che il protrarsi di questa situazione possa causare dei danni insostenibili soprattutto alla vita economica del Paese.

In sostanza, le decisioni prese per la nuova organizzazione delle attività, si sono basate su un nuovo bilanciamento degli interessi.

Mutata la situazione di fatto – poiché si è attenuato il rischio per la salute delle persone e per il sistema sanitario – è apparso opportuno riorganizzare la gestione delle attività lavorative dando maggiore rilievo alle libertà di natura economica, che avevano subito una ragionevole e momentanea compressione.

Il bilanciamento degli interessi, come si sa, non è dato una volta per tutte. La ricerca di un punto di equilibrio tra interessi giuridici contrapposti, ovvero la ricerca della migliore composizione possibile di un conflitto, è un'operazione in continuo divenire e muta in base alle circostanze concrete.

Ancora una volta, in questa fase, quest'operazione di soppesare gli interessi coinvolti è rimessa agli organi di Governo.

Consapevole della possibilità di un nuovo aumento dei contagi, il *premier* francese ha dunque ritenuto opportuno adoperare, a partire dal 2 giugno, un'azione di governo flessibile, ovvero adattabile in base alle zone geografiche, essendo eterogenea la diffusione dell'epidemia.

Ancora una volta, il bilanciamento degli interessi comporta il sacrificio momentaneo di qualche istanza di rilievo costituzionale. La

fase di de-confinamento prevede una libertà di circolazione comunque consentita in funzione di esigenze indifferibili, nel rispetto delle regole di sicurezza necessarie a scongiurare il pericolo di un nuovo picco epidemico.

Dalla necessità di vigilare su questa fase di de-confinamento al fine di evitare la formazione di assembramenti, è sorta un'interessante questione di bilanciamento con il diritto alla riservatezza, parzialmente risolta dal *Conseil d'Etat* con ordinanza del 18 maggio.

La questione era giunta al supremo consesso di giustizia amministrativa su ricorso delle associazioni *La Quadrature du Net* e *Ligue des droits*, dopo che il Tribunale di Parigi aveva respinto l'istanza di porre fine alla sorveglianza realizzata dalla polizia mediante droni al fine di attuare le misure di contenimento dei contagi.

Il *Conseil d'Etat* ha accolto l'istanza delle associazioni ricorrenti, ordinando la cessazione dell'attività di sorveglianza mediante droni; invero, la Prefettura della polizia di Parigi aveva affermato che tale attività di osservazione non veniva utilizzata per identificare le persone, ma solo per rilevare la presenza di raggruppamenti di persone in contrasto con le misure sanitarie in vigore, così da poter intervenire tempestivamente per disperdere gli assembramenti.

Il giudice del procedimento sommario ha ritenuto tale attività di osservazione mediante droni potenzialmente lesiva della *privacy* dei cittadini. Ha osservato che i droni utilizzati, avendo uno *zoom* ottico e potendo volare al di sotto degli ottanta metri, sono in grado di raccogliere dati identificativi, mentre non sono dotati di alcun dispositivo tecnico per garantire che le informazioni raccolte non vengano utilizzate per identificare le persone riprese, abusando di questo strumento per fini diversi dal controllo delle riunioni pubbliche.

Così inquadrata, quest'attività di osservazione rientra nell'alveo del trattamento dei dati personali, dovendo dunque rispettare la relativa disciplina legislativa. Ritenendo violate le norme sul trattamento dei dati sensibili, il *Conseil d'Etat* ha sospeso l'utilizzo dei droni fino a quando – previa dotazione di dispositivi idonei a garantire che non venga fatto un uso improprio dei dati raccolti – non sia emesso un decreto ministeriale che lo autorizzi sulla scorta di un parere positivo della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, l'autorità amministrativa indipendente incaricata di garantire l'osservanza della

legge sulla tutela dei dati personali, nei casi in cui si effettuino raccolte, archiviazioni, elaborazioni di dati personali⁴¹.

7. *Brevi note conclusive*

Il presente lavoro è nato dall'idea di interrogarsi sulla modalità di reazione all'emergenza pandemica da parte di un ordinamento particolare, quello francese, provando ad analizzare la questione dal punto di vista prospettico della forma di governo.

È stato felicemente detto con una metafora che, come ciascun individuo reagisce all'infezione da coronavirus secondo la sua costituzione fisica, la sua storia ed i suoi anticorpi, analogamente ciascun ordinamento democratico ha reagito all'emergenza sanitaria come ha potuto: in base alla sua Costituzione senz'altro, ma anche in base all'etica pubblica, alle tendenze già in atto e – in una parola – in base alla sua storia⁴².

Ci si è chiesti allora se l'ordinamento francese, caratterizzato da una normale preminenza dell'esecutivo, fosse, per questo, dotato di una particolare capacità di reazione all'emergenza.

Si è riscontrato, attraverso la ricerca condotta, che la risposta del Governo è stata piuttosto celere, anche se non eccessivamente invasiva e – riportandosi ancora alla metafora di cui sopra – si è parlato, per la Francia come per la Spagna, di Paesi che hanno riportato “lievi sintomi”, a differenza dell'Italia, “sintomatico grave”. L'azione di Governo si è articolata in una serie di provvedimenti governativi, poi confluiti nella *Loi n. 2020-290*, a riconferma della non derogabilità della riserva di legge in materia di diritti civili e libertà fondamentali.

Nella seconda fase di gestione della crisi, improntata alla graduale ripresa delle attività, si è riscontrata, nonostante l'impronta marcata centralistica del tipo di Stato francese, una maggiore responsabilizzazione su base territoriale degli enti di governo.

L'emergenza sanitaria ha fornito inoltre un'occasione unica per studiare forme di bilanciamento inedite in tempi normali, ipotesi che

⁴¹ *Conseil d'Etat – Ordonnance du 18 mai 2020 – Surveillance par drones*, in *Comparativecovidlaw.it*.

⁴² F. ABBONDATE, *Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione e innovazione*, 103 ss., in questo volume.

rappresentano forse la massima espressione di quella continua ricerca di un equilibrio tra istanze contrapposte che è propria del bilanciare.

Dall'osservazione dell'esperienza francese emerge con chiarezza che tutte le preesistenti figure di stati d'emergenza esistenti nella Costituzione della V Repubblica non sono sembrate comunque adatte alla gestione della crisi da Covid-19, come se ciascun evento emergenziale tendesse ad affermare di fatto un "proprio" diritto, in ragione delle sue peculiarità.

Si evidenzia così la difficoltà di tipizzare, una volta per tutte, una clausola costituzionale idonea a bilanciare le forti istanze di tutela delle libertà fondamentali connaturate alle situazioni di emergenza, il che renderebbe ultronee le preoccupazioni di alcuni di tipizzare *ex ante* un modello di «Costituzione dell'emergenza»⁴³: esattamente come il coronavirus, ogni concreta emergenza sarebbe infatti mutante a suo modo.

Così ragionando, si può ritenere che l'effettiva tutela dei diritti e delle libertà fondamentali rimanga affidata, a prescindere dall'esistenza in una Costituzione di una disposizione che preveda lo stato d'emergenza, alla sinergia di fattori che presidiano l'ordinamento democratico, quali l'operato del Parlamento in sede di elaborazione dei testi normativi ed il controllo di legittimità costituzionale svolto dai giudici in via preventiva o successiva. Anche lo sviluppo di una dottrina dell'emergenza derivante dalla giurisprudenza costituzionale – che è presente sia in Italia, sia in Francia – può rappresentare un momento significativo per rafforzare la garanzia del rispetto dell'ordinamento costituzionale.

⁴³ Ad esempio S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit. Decisamente contrario a tale prospettiva razionalizzante A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale, 2020, 313 ss. (e spec. 346). Più problematico, nel riepilogare le posizioni presenti nel dibattito e nell'introdurre il numero della rivista, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, ivi, 295 ss.

CHIARA CERBONE

L'esperienza spagnola nella gestione delle emergenze: una democrazia a prova di contagio?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'architettura costituzionale dell'*Estado de derecho, democrático y autonómico español*. – 2.1. (*segue*) Gli stati eccezionali nell'art. 116 CE e la *ley organica* n. 4/1981. – 3. Dalla dichiarazione dell'*estado de alarma* agli ultimi giorni: cronaca degli atti necessari ed urgenti del Governo. – 4. Il ruolo del Parlamento durante l'emergenza: tra esigenze di garanzia per la salute dei *Diputados* e la prosecuzione dei lavori per garantire il controllo politico sull'attività del Governo. – 5. Il controllo del *Tribunal Constitucional* sull'*estado de alarma*; le tutele costituzionali all'assetto democratico. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Gli stati d'emergenza, derivando da un eterogeneo catalogo di eventi, non si prestano a classificazioni. È però possibile tracciarne alcuni aspetti comuni: il carattere improvviso e transitorio degli eventi che li integrano, la profonda crisi che si produce sulle compagini sociali colpite¹. La mondiale emergenza epidemiologica determinata dalla diffusione del Covid-19 ha imposto, agli Stati colpiti dal contagio, uno sforzo di gestione della circostanza straordinaria mai verificatosi prima. Una delle chiavi di lettura degli effetti di carattere politico, economico e sociale che si produrranno sugli Stati può essere offerta dallo studio degli atti posti in essere dagli organi deputati – prevalentemente dalla normativa costituzionale – a fronteggiare le situazioni eccezionali. Il presente contributo muove in questo verso e nasce con l'obiettivo di proporre al lettore una riflessione postuma sulla gestione dell'emergenza coronavirus in Spagna. Si discorrerà, non prima di aver delineato le caratteristiche dell'ordinamento costituzionale spagnolo, sul ruolo che il *Gobierno* e il *Congreso de los Diputados* hanno avuto

¹ A. PIZZORUSSO, *Emergenza (Stato di)* in Enciclopedia delle Scienze sociali – III, Roma, 1993, 551.

nella gestione dell'*estado de alarma* oltreché sul ruolo di garanzia che, anche durante l'emergenza, riveste il *Tribunal Constitucional*. Infine, le ultime battute saranno dedicate alla comparazione con la gestione italiana dell'emergenza ed alla riflessione sulle riforme che potrebbero interessare il nostro ordinamento. In tal senso, l'ordinamento spagnolo potrebbe rappresentare un modello cui guardare con interesse.

2. *L'architettura costituzionale dell'Estado de derecho, democrático y autonómico español*

Premessa necessaria al fine di comprendere gli atti della gestione dell'emergenza epidemiologica che ha colpito la Spagna nel marzo del 2020 è la definizione del perimetro costituzionale entro il quale si inseriscono i poteri degli organi dello Stato chiamati ad operare in situazioni d'urgenza. La *Constitución Española* del 1978 – da ora CE –, nata dalle ceneri del regime dittatoriale franchista² e con lo sguardo rivolto alle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, disegna un *Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*³. Uno Stato nel quale *la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*

² Nel corso del Novecento, la Spagna ha conosciuto due regimi dittatoriali. Come vedremo, tale circostanza non è del tutto indifferente alla previsione di una disciplina costituzionale dell'emergenza sia nella Costituzione della Seconda Repubblica spagnola del 1931 che nella Costituzione spagnola del 1978. Appare dunque opportuno operare alcuni riferimenti storici. A seguito della Prima guerra mondiale – alla quale la Spagna non partecipò rimanendo neutrale – vi furono importanti tensioni politiche e sociali che condussero, nel 1923, alla dittatura militare di Miguel Primo de Rivera conclusasi solo nel 1931 quando, a seguito delle elezioni che videro la vittoria di socialisti e repubblicani, fu deposta la monarchia di Alfonso XIII e fu istituita la Seconda Repubblica Spagnola la cui Costituzione prevedeva, all'art. 42, la sospensione di diritti e libertà in caso di circostanze emergenziali. La Repubblica non ebbe lunga vita e le tensioni tra gruppi politici avversi ripresero sin dal 1933 per poi culminare, nel 1936, nella drammatica guerra civile spagnola che si concluse solo nel 1939 con l'instaurazione della dittatura militare di ispirazione fascista del Generale Francisco Franco; dittatura durata fino al 1975 quando, dopo la morte del *Generalísimo*, la Spagna ha intrapreso un processo di democraticizzazione, la cd. *transición española*, che ha condotto alla promulgazione, il 27 dicembre 1978, della Costituzione spagnola che, come analizzeremo, prevede una minuziosa disciplina degli stati emergenziali.

³ Art. 1 *Constitución española*.

la forma politica [...] es la Monarquía parlamentaria. Tali caratteristiche⁴ fanno della Spagna una democrazia in linea con la tradizione del costituzionalismo moderno e che pone a fondamento del patto di convivenza civile della propria comunità la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei suoi membri. Diritti e libertà che, intangibili ed inderogabili, sono sanciti in un catalogo assai preciso contenuto nel Titolo I – *De los derechos y deberes fundamentales*⁵ – della CE e che, come si vedrà, possono subire limitazioni o sospensioni solo in

⁴ Il novero delle caratteristiche dello Stato spagnolo, chiaramente, non può dirsi esaurito in questa brevissima introduzione ed occorrono dunque alcune ulteriori notazioni. La Spagna assume, quanto al criterio di distribuzione del potere tra centro e periferia, una peculiare forma d'organizzazione che prende il nome di *Estado autonómico*. Per una definizione di quest'ultimo, si veda *ex multis*: E. GIRÓN REGUERA, *Esperienze e prospettive del regionalismo spagnolo*, 1, nel quale l'A. precisa che «a partire dalla Costituzione spagnola del 1978, soprattutto dal suo articolo 2 – che, accanto all'unità indissolubile della Nazione spagnola, riconosce e garantisce anche il diritto dall'autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono – e dal suo Titolo VIII – dedicato all'organizzazione territoriale di Spagna – si è avviato un ampio e graduale processo di decentramento politico in Spagna, parallelo al processo di democratizzazione, che nei suoi ventisette anni di vita, ha portato al consolidamento di uno Stato Democratico di diritto ed anche di uno Stato delle Autonomie con un forte decentramento istituzionale, il cui è articolato in diciassette Comunità Autonome con piena autonomia politica. Lo Stato spagnolo è oggi una forma decentrata intermedia tra lo Stato regionale e lo Stato federale, perché, benché nasca con forma regionale, ha acquisito progressivamente tratti e connotazioni di tipo federale e ha dato origine a un modello fortemente decentralizzato [...]. In tal modo, la peculiarità più importante della Costituzione spagnola, rispetto a quanto succede nel diritto comparato, consiste nel non compiere una definizione del modello territoriale adottato. Il Costituente, invece di adottare uno dei modelli tradizionali di forma territoriale decentrata dello Stato (Stato federale o regionale) ha seguito un diverso cammino, che si caratterizza, fondamentalmente, per evitare la definizione della forma di Stato, lasciando aperto un processo dal punto di vista giuridico e politico dell'attuazione concreta dell'organizzazione territoriale dello Stato».

⁵ A titolo esemplificativo si riportano alcuni dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti nel Titolo I, Capitolo II, *Derechos y libertades* della CE – articoli da 14 a 38 -: principio d'uguaglianza (art. 14); diritto alla vita (art. 15); diritto alla libertà ideologica, religiosa e di culto (art. 16); diritto alla libertà personale (art. 17); diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 18); diritto alla libertà di residenza e di circolazione (art. 19); libertà d'espressione (art. 20) diritto di riunione (art. 21); diritto di associazione (art. 22); diritto all'educazione e libertà dell'insegnamento (art. 27); libertà di associazione sindacale e diritto allo sciopero (art. 28); diritto alla proprietà (art. 33).

ragione di situazioni aventi carattere di straordinarietà ed urgenza in ossequio a quanto tassativamente previsto dalla Costituzione stessa. La tutela dell'assetto democratico trova poi conferma nella disciplina costituzionale degli *estados excepcionales*. Il Costituente spagnolo decide infatti di imbrigliare la disciplina delle circostanze che mettono in pericolo la popolazione così come le istituzioni politiche dello Stato entro una rete a maglie strette. Invero, la preoccupazione di limitare i poteri emergenziali onde evitarne – come altrove accaduto⁶ – il rischio di esercizio abusivo e di un sovvertimento dell'ordine costituito⁷, era stata percepita anche dal Costituente della Seconda Repubblica spagnola del 1931 che all'art. 42⁸ disciplinava – in modo non dissimile da

Come si vedrà nel corso della trattazione, alcuni dei diritti e delle libertà qui citate hanno subito limitazioni in ragione dell'emergenza epidemiologica.

⁶ Il riferimento è qui agli episodi che hanno condotto, nei primi mesi del 1933 alla fine della Repubblica di Weimar. Dopo l'incendio del *Reichstag* del 27 febbraio 1933, in ossequio a quanto previsto dall'art. 48 della Costituzione Weimariana – secondo cui «Il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153» –, Adolf Hitler ha assunto previo due decreti presidenziali (conosciuti come decreto dell'incendio del *Reichstag* ed il decreto dei pieni poteri) ed in modo formalmente legale, i poteri necessari all'instaurazione del proprio regime dittatoriale durato dal 1933 al 1945.

⁷ G. DE MINICO, *Costituzione Emergenza e Terrorismo*, Napoli, 2016, 23. Bisogna esser cauti nel riferire rispetto alla garanzia che la razionalizzazione di una clausola d'emergenza costituzionalizzata può offrire agli ordinamenti che la prevedono. Nell'opera citata, l'A. afferma – con argomentazioni condivisibili e rifacendosi alle vicende che hanno condotto alla fine della Repubblica di Weimar – che la sola presenza di clausole emergenziali espressamente previste non mette a riparo da eventi dittatoriali ma «la storia ci suggerisce [...] di non valutare un istituto in base alla sua astratta appartenenza a una figura ipotetica di riferimento ma in ragione della sua concreta operatività. È solo nei fatti che si può giudicare se effettivamente basti una clausola scritta per mettere in sicurezza l'assetto costituzionale oppure sia la tenuta effettiva del sistema politico a difenderlo da un potere surrettiziamente costituito ma di fatto introduttivo di un nuovo ordine eversivo rispetto a quello precedente che fingeva di proteggere».

⁸ La Costituzione della Seconda Repubblica Spagnola del 1931 prevedeva, all'art. 42, la disciplina dei casi di notoria ed imminente gravità: «Art. 42 – *Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno,*

quanto oggi previsto dall'art. 116 CE – il potere del Governo, in accordo con il *Congreso* o eventualmente con la *Diputacion Permanente*, di sospendere diritti e libertà laddove si fosse trovato a fronteggiare situazioni dal carattere particolarmente pericoloso per lo Stato. Come notato da alcuni⁹, l'impostazione spagnola del diritto costituzionale dell'emergenze non si ritrova in nessun altro ordinamento di Paesi occidentali, i quali provvedono alla gestione emergenziale prevalentemente con la previsione di *emergency clause*. È dunque con la Costituzione del 1978 che nasce – o rivive – il *Derecho excepcional* la cui *ratio*, oltretutto nella tutela dell'ordine costituito, è da ricercarsi nel condiviso assunto secondo cui «se la Costituzione regola una determinata concezione della realtà sociale che si considera normale, è quando questa situazione cambia che la Costituzione deve essere capace di rispondere al fine di garantire ugualmente la sua efficacia potendo distinguere tra situazioni di normalità e situazioni di eccezionalità»¹⁰.

Quali norme entrano a far parte nel novero del *Derecho excepcional*? Gli articoli 116, 55 comma 1, 117 comma 5 e l'art. 169 della Costi-

cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad. Si las Cortes estuviesen reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Si estuviesen cerradas, el Gobierno deberá convocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente al noveno día. Las Cortes no podrán ser disueltas antes de resolver mientras subsista la suspensión de garantías. Si estuvieran disueltas, el Gobierno dará inmediata cuenta a la Diputación Permanente establecida en el artículo 62, que resolverá con iguales atribuciones que las Cortes. El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso. Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique, la ley de Orden público. En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio.»

⁹ I. M. LO PRESTI, *L'esperienza spagnola: dal terrorismo interno alla minaccia globale. Strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova"*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, anno VII, n. 1, 2017, 135-175, nel quale l'A. nota che «l'ordinamento spagnolo rappresenta di fatto una realtà minoritaria in un panorama di democrazie occidentali europee che hanno optato per escludere dalle carte fondamentali la preventiva predisposizione di regimi giuridici derogatori per i cd. stati d'emergenza». Del medesimo avviso P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

¹⁰ P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984, 17.

tuzione costituiscono, assieme alla *Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio* del 1° giugno 1981 n. 4¹¹, lo zoccolo duro della normativa emergenziale spagnola. Tali previsioni vanno poi integrate dalla *Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil* ed infine, orientando l'analisi alle norme a tutela della salute pubblica che trovano applicazione in caso di epidemia, si richiamano: la *Ley Organica* n. 3/1986, *de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*, (LOMESP); l'art. 26 della *Ley* n. 14/1986, *General de Sanidad*; l'art. 54 della *Ley* n. 33/2011, *General de Salud Pública*. In ultimo, è bene precisare che – ricalcando quanto previsto dalla normativa nazionale – anche le *Comunidades Autonomas*¹² – alle quali in ogni caso la disciplina statale riconosce un potere d'intervento – sono dotate di disposizioni volte a disciplinare la gestione dei casi emergenziali che interessano i propri territori. Segue l'analisi di alcune delle norme appena citate.

¹¹ È possibile consultare il testo della *Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio*, n. 4/1981 sul portale del *Boletín Oficial del Estado*, sezione *Legislación*, al seguente indirizzo: www.boe.es.

¹² V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El Coronavirus (Covid-19): Respuestas jurídica frente a una situación de emergencia sanitaria – El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 86-87/2020, 6-21. Tra le valutazioni che l'autore opera nel presente contributo si sottolinea come le *Comunidades Autonomas*, soprattutto in materia di sanità, possano adottare – secondo il dettato della *Ley Organica* 3/1986 – atti, nella fattispecie ordini a tutela della popolazione dei propri territori. Nel caso della gestione autonoma dell'emergenza coronavirus si richiamano, a titolo esemplificativo, l'*Orden de la Consejería de Salud por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus* della Comunità Autonoma della Murcia e l'*Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Seguridad, por la que se procede a la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid-19* dei Paesi Baschi. Infine, è bene richiamare l'art. 21 della *Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local* che attribuisce ai Sindaci il potere di adottare personalmente e sotto la propria responsabilità, nel caso di catastrofi o incidenti pubblici, le misure necessarie ed adeguate a fronteggiare tali eventi, dandone immediatamente conto al Consiglio. Dunque, le discipline delle emergenze, oltre ad esser contenuta nel diritto eccezionale costituzionale e nazionale trova cittadinanza anche nelle singole previsioni autonomiche oltretutto nei poteri attribuiti dalle leggi nazionali agli altri organi di governo territoriale. *A fortiori* si precisa che in nessun caso gli atti autonomici potranno limitare diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

2.1. (segue) *Gli stati eccezionali nell'art. 116 CE e la ley organica n. 4/1981*

L'art. 116 CE¹³, che rappresenta il cardine della disciplina emergenziale spagnola, cataloga gli *estados excepcionales* in *estado de alarma* – previsto al comma 2 –, *estado de excepción* – di cui al comma 3 – ed *estado de sitio* la cui definizione è demandata al comma 4.

Il dettato costituzionale, limitandosi a poche battute sui soggetti deputati alla gestione dell'emergenza e sulle coordinate spaziali e temporali della stessa, non esaurisce la definizione delle circostanze eccezionali rimandando, quanto alla definizione di quest'ultime oltretutto dei presupposti, delle competenze e delle limitazioni corrispondenti, ad una successiva *ley organica*: La *Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio* del 1° giugno 1981 n. 4 – da qui *LOAES* –. In assenza della *LOAES*¹⁴ che definisce, colmando una lacuna normativa

¹³ Articolo 116 CE: «1. Una legge organica regolerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, le competenze e le limitazioni corrispondenti. 2. Lo stato di allarme sarà dichiarato dal Governo mediante decreto deliberato dal Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di quindici giorni, riferendo al Congresso dei Deputati riunito immediatamente a tale scopo, senza la cui autorizzazione detto periodo non potrà essere prorogato. Il decreto determinerà l'ambito territoriale cui si riferiscono gli effetti della dichiarazione. 3. Lo stato di eccezione sarà dichiarato dal Governo mediante decreto deliberato dal Consiglio dei Ministri, previa autorizzazione del Congresso dei Deputati. L'autorizzazione e proclamazione dello stato di eccezione dovrà determinare espressamente gli effetti dello stesso, l'ambito territoriale cui si riferisce e la sua durata, che non potrà eccedere i trenta giorni, prorogabili per un altro periodo di uguale durata, con gli stessi requisiti. 4. Lo stato di assedio sarà dichiarato dalla maggioranza assoluta del Congresso dei Deputati, su proposta esclusiva del Governo. Il Congresso determinerà il suo ambito territoriale, durata e condizioni. 5. Non potrà procedersi allo scioglimento del Congresso durante la vigenza di alcuno degli stati compresi nel presente articolo, venendo le Camere convocate automaticamente qualora non fossero in periodo di sessione. Il loro funzionamento, come quello degli altri poteri costituzionali dello Stato, non potrà interrompersi durante la vigenza di tali stati. Se si producesse alcuna delle situazioni che danno luogo a uno qualsiasi di detti stati, quando il Congresso sia sciolto o scaduto dal suo mandato, le competenze del Congresso saranno assunte dalla sua Deputazione Permanente. 6. La dichiarazione degli stati di allarme, di eccezione e di assedio non modificheranno il principio di responsabilità del Governo e dei suoi agenti riconosciuto nella Costituzione e nelle leggi».

¹⁴ L'ordinamento spagnolo demanda la disciplina di alcune materie di carattere particolarmente delicato allo strumento della *ley organica*. Tali materie trovano definizione all'art. 81 CE che statuisce: «*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los*

che aveva comportato non pochi pericoli per la democrazia spagnola durante i primi mesi del 1981¹⁵, il perimetro dei succitati *estados excepcionales*, quest'ultimi sarebbero rimasti mere enunciazioni.

La LOAES offre una minuziosa disciplina delle situazioni d'emergenza esordendo, al *capítulo primero*, con la previsione di disposizioni comuni ai tre *estados* ed in particolare statuendo all'art. 1 uno dei cardini della disciplina emergenziale: il principio di proporzionalità delle misure adottate. Non potranno esser dichiarati stati d'emergenza se non nel caso in cui vi si trovi a fronteggiare «circostanze straordinarie che rendono impossibile il mantenimento della normalità mediante i poteri ordinari delle Autorità competenti» e gli atti che si renderanno necessari in ragione dell'emergenza dovranno essere adottati in misura proporzionale alle circostanze cui lo stato d'emergenza mira a far fronte. Il dettato organico precisa, inoltre, che gli atti emergenziali – sempre impugnabili – non interrompono, in nessun caso, il normale funzionamento dei poteri costituzionali dello Stato. Infine, seguono le disposizioni sulla pubblicazione sul bollettino ufficiale delle misure adottate e l'obbligo di informazione degli atti governativi emergenziali.

I successivi *capítulos* sono dedicati rispettivamente all'*estado de alarma*, all'*estado de excepción* e all'*estado de sitio*: una scansione questa che rispecchia non solo la crescente gravità delle circostanze che troveranno regolazione attraverso la LOAES ma che risponde alla logica di offrire una risposta differenziata a fenomeni differenziati¹⁶.

L'*estado de alarma*, disciplinato dagli articoli da 4 a 12 della LOAES, regola circostanze politicamente neutrali¹⁷ derivanti da catastrofi

derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

¹⁵ Il 23 febbraio 1981 in Spagna vi fu colpo di stato militare – conosciuto come *golpe Tejero* dal nome del tenente colonnello Antonio Tejero Molina che guidava alcune truppe militari della *Guardia Civil* nell'attività sovversiva - il cui atto più grave fu l'assalto al *Congreso de los Diputados*. L'assenza di una *ley organica*, come richiamata dal comma 1 dell'art. 116 CE, non permise di dichiarare lo stato d'assedio seppur da quest'ultimo previsto.

¹⁶ *Op. cit.* nota 12, 10.

¹⁷ V. P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley organica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2/1981, 93-128.

naturali o cagionate dalle attività dell'uomo e/o dalle conseguenze delle stesse. Circostanze queste che mettono in pericolo l'incolumità fisica dei cittadini ma non dello Stato e che, tassativamente previste dall'art. 4 al comma 1, sono catalogate in: a) catastrofi e calamità naturali; b) crisi sanitarie *tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*; c) paralisi dei servizi pubblici; d) scarsità di prodotti di prima necessità. L'organo deputato alla dichiarazione dell'*estado de alarma* è il Governo previo decreto del Consiglio dei Ministri. Tale decreto, dal contenuto tipico, dovrà determinare l'ambito territoriale di applicazione delle disposizioni d'emergenza, la durata – che *ex art.* 116, c.2 *CE* non può essere superiore ai quindici giorni successivi all'adozione del decreto ma che può essere prorogata su autorizzazione della sola camera bassa del Parlamento spagnolo, il *Congreso de los diputados* – ed infine gli effetti dell'*estado de alarma*.

Dalla lettura degli articoli da 6 a 10 della *LOAES* emerge poi che è il Governo l'autorità competente a gestire l'emergenza mentre al Parlamento spetta il controllo politico degli atti governativi – funzioni queste sulle quali si tornerà nei paragrafi successivi –. Altro carattere precipuo dell'*estado de alarma* è l'ammissione di misure limitative dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente previsti. Le limitazioni che potranno adottarsi *ex art.* 11 *LOAES*, sono: a) limitazione o condizionamento della circolazione o permanenza di persone e veicoli in determinati luoghi e a determinati orari; b) requisizione temporanea di beni e obbligatorietà di alcune prestazioni; c) occupazione transitoria di industrie e fabbriche di concerto con i Ministeri competenti con eccezione del domicilio privato; d) limitazioni dell'uso di beni e servizi di prima necessità; e) imposizione di ordini al fine di garantire produzione e dunque approvvigionamento dei beni di cui alla lettera d).

Nel crescendo emergenziale, giungendo al *capítulo tercero* – art. 13/31 – troviamo l'*estado de excepción* che potrà essere dichiarato quando «il libero esercizio dei diritti e delle libertà dei cittadini, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali per la comunità o qualunque altro aspetto di ordine pubblico risultino gravemente alterati tanto che l'esercizio dei poteri ordinari è insufficiente a ristabilire l'ordine e mantenerlo». A differenza dell'*estado de alarma*, l'*estado de excepción* si caratterizza per la sua portata squisitamente politica, di attacco alle istituzioni democra-

tiche e ai diritti e alle libertà dei cittadini. Per tale motivo trova una più penetrante regolazione nella *LOAES* che, quanto al meccanismo di dichiarazione e di gestione dell'emergenza, prevede la partecipazione concorrente di *Gobierno* e *Congreso de los Diputados*. L'*estado de excepción* non potrà infatti essere direttamente dichiarato dall'Esecutivo che dovrà esser prima autorizzato dal *Congreso* che delibererà, sulla richiesta governativa, a maggioranza semplice. Gli estremi della richiesta d'autorizzazione a dichiarare l'*estado de excepción* sono tassativamente elencati dall'art. 13 della *LOAES* che prevede vi sia: a) la determinazione degli effetti che si produrranno con la dichiarazione con espressa menzione – in ossequio a quanto previsto dall'art. 55 *CE* – dei diritti di cui si chiede la temporanea sospensione; b) le misure da adottare rispetto alla sospensione che si sollecita; c) l'indicazione dell'ambito territoriale d'applicazione e della durata dell'eccezione – durata che non può esser superiore a trenta giorni rinnovabili, con proroga espressa del *Congreso*, ai successivi trenta giorni – ed infine d) il limite massimo delle sanzioni pecuniarie che possono essere comminate. Solo dopo aver ricevuto l'autorizzazione del *plenum*, il Governo potrà provvedere, tramite decreto, a dichiarare lo stato d'eccezione (art. 14 *LOAES*). I successivi articoli confermano la concorrenza di *Congreso* e *Gobierno* nell'eventuale modifica delle misure già adottate ed infine, gli articoli da 17 a 31 definiscono la specifica disciplina della sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente previsti.

In ultimo, l'*estado de sitio*, artt. 32-36 *LOAES*, risulta essere l'*extrema ratio* per l'ordinamento spagnolo che potrà ricorrervi solo nel caso in cui si sia prodotta o si stia producendo «un'insurrezione o un atto di forza contro la sovranità o l'indipendenza della Spagna, la sua integrità territoriale, l'ordinamento costituzionale». La gravità assoluta dell'emergenza cui lo stato d'assedio è deputato a far fronte la si comprende da alcune caratteristiche delle procedure di dichiarazione e gestione. Il Governo, al fine di dichiararne la vigenza, dovrà incontrare l'autorizzazione del *Congreso* che, ex art. 116 comma 4, delibererà a maggioranza assoluta. Dopo la dichiarazione si avrà una militarizzazione della situazione di anormalità e sarà possibile adottare misure che prevedono la maggiore sospensione dei diritti e delle libertà contemplata dalla *LOAES*: alla sospensione dell'elenco tassati-

vamente indicato dall'art. 55 CE si affianca finanche la possibilità di sospendere le garanzie giuridiche dell'imputato. Ulteriore differenza rispetto ai due *estados* precedentemente analizzati sta nel fatto che non è prevista una durata e l'*estado de sitio* durerà fino a che non potrà considerarsi superata la minaccia sovversiva.

Sono necessarie alcune notazioni. La scelta del costituente spagnolo di prevedere i tre stati d'emergenza nel medesimo articolo, il 116 CE, è stata fortemente criticata in sede di approvazione della LOAES in quanto, ad avviso di alcuni deputati – come riportato dalle cronache parlamentari¹⁸ – non era opportuno disciplinare nel medesimo “sacco” circostanze di natura così eterogenea. In particolare, secondo quest'ultimi, lo stato d'allarme non può trovare cittadinanza nella medesima disposizione che disciplina l'eccezione e l'assedio. A corroborare tale tesi potrebbe dirsi che, come anticipato, una sensibile differenza tra i tre *estados* si rinviene in materia di tutela dei diritti: mentre con la dichiarazione stato d'allarme si ammette la sola limitazione dell'esercizio dei succitati diritti, gli stati d'eccezione e d'assedio – come accordato dall'art. 55 CE – possono disporre finanche la sospensione e ciò in ragione della maggiore pericolosità per lo Stato delle circostanze che mirano a fronteggiare.

Da ultimo, è bene precisare che la Spagna non ha avuto una grande esperienza d'attuazione degli stati d'eccezione ed i meccanismi previsti

¹⁸ F. SANTOALALLA LOPEZ, *Cronica Parlamentaria*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol.1 – num. 2, maggio-agosto 1981, 249-282. Una traccia di tale critica è rinvenibile, nel dibattito parlamentare, 270 «*El error de nuestra Constitución ha sido incluir en el mismo artículo 116 a los estados de alarma, excepción y sitio, que son situaciones cualitativamente distintas entre sí. Si realmente se pensó que el estado de alarma tuviese como supuestos de hecho los recogidos más tarde en el artículo 4.º de la ley estudiada (catástrofes y calamidades públicas, crisis sanitarias, desabastecimientos de productos), nunca debió ser previsto en el mismo precepto constitucional que los estados de excepción y de sitio, y nunca debió establecerse (art. 116.1) que una misma ley regularía estos tres estados. En efecto, los estados de excepción y sitio son situaciones de anomalía estatal, situaciones que afectan a la vida y seguridad del Estado, mientras que el estado de alarma, en la forma regulada, no es más que una situación de anomalíasocial, que implica la existencia de unas alteraciones importantes en la colectividad, pero que no tienen la trascendencia como para poner en riesgo la vida del Estado. De ahí lo desafortunado de introducir en el mismo «saco» a los estados de excepción y sitio y al estado de alarma, dando a este último un alcance y una trascendencia que en modo alguno tiene».*

dalla *LOAES* hanno trovato la loro prima applicazione nel dicembre del 2011 quando, a causa del massiccio sciopero dei controllori di volo spagnoli, il Governo Zapatero ha dichiarato il primo *estado de alarma* della storia contemporanea spagnola¹⁹. Per la dichiarazione del marzo 2020, il Governo Sánchez ha potuto dunque giovare di questo precedente.

3. *Dalla dichiarazione dell'estado de alarma agli ultimi giorni: cronaca degli atti necessari ed urgenti del Governo*

Come anticipato, la dichiarazione dell'*estado de alarma* è di competenza dell'Esecutivo che ne riferirà immediatamente al *Congreso*²⁰; quanto alla gestione delle circostanze che integrano l'*estado de alarma* è il legislatore organico a consacrare il ruolo del Governo quale autorità competente ad esercitare le prerogative proprie dei poteri di necessità. In particolare, conseguentemente alla dichiarazione concordata in sede di Consiglio dei Ministri, il Governo disporrà di tutte le *Autoridades civiles de la Administración Pública* e dei *Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de la Corporaciones Locales* potendo impartire a quest'ultime – la cui resistenza è sanzionata *ex art. 10 LOAES* – ordini che muovono nel verso della necessaria protezione di persone,

¹⁹ La prima dichiarazione dell'*estado de alarma* è avvenuta il 4 dicembre 2010 con il *Real Decreto* 1673/2010 al fine di fronteggiare la paralisi del traffico aereo provocata dal massiccio sciopero dei controllori di volo spagnoli. L'allora Governo, presieduto dal Presidente Zapatero, aveva ritenuto si fosse verificata una lesione del diritto alla libera circolazione previsto dall'art. 19 CE, la paralisi di uno dei servizi pubblici essenziali per la comunità così come prescritto dalla lettera c) dell'art. 4 della *LOAES* oltreché le circostanze di cui alle lettere a) e d). Tale disposizione è stata poi integrata con il successivo *Real Decreto* 1717/2010 del 17 dicembre 2010 che ha prorogato, su autorizzazione parlamentare, lo stato d'allarme. Le misure adottate al fine di normalizzare il servizio pubblico del trasporto aereo furono la nomina di un'autorità per la gestione del traffico aereo (AENA) e la sottoposizione dei controllori di volo a quest'ultima oltreché al regime di personale militare. L'AENA agiva, in ogni caso, sotto la supervisione del Ministero della Difesa. Le azioni del Governo Zapatero furono oggetto di censura attraverso diversi *recursos de amparo* uno dei quali ha condotto, nel 2016, alla sentenza n. 86/2016 del *Tribunal Constitucional*. Quest'ultima, pur rigettando il *recurso*, ha precisato che sia il decreto con il quale si dichiara lo stato d'allarme che il successivo decreto di proroga sono atti aventi forza di legge.

²⁰ Art. 116, comma 2, CE; si veda la nota 13.

beni e luoghi dalle catastrofi in atto. Inoltre, il rapporto tra *Gobierno* e *Congreso* è richiamato all'art. 8 della *LOAES* nel quale si afferma che, nell'esercizio delle prerogative riconosciutegli, «*el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida [...] y de los decretos que dicte durante la vigencia del estat de alarma*».

Il repentino precipitare della situazione epidemiologica tra il 10 ed il 13 marzo ha fatto sì che, con il *Real Decreto* 463/2020 del 14 marzo, il Governo Sánchez dichiarasse l'*estado de alarma* su tutto il territorio nazionale per la durata di 15 giorni. La dichiarazione – come prescritto dall'art. 1 del *Real Decreto* e confermato in sede di conferenza stampa dallo stesso *Presidente del Gobierno* Pedro Sánchez – è stato un atto necessario dovuto al verificarsi delle circostanze espressamente previste dalle lettere b) e d) dall'art. 4 della *LOAES*²¹. Nella dichiarazione dell'*estado de alarma* contenuta nel suddetto *Real Decreto* – che si ricorda avere contenuto tipico – oltre alle indicazioni di portata temporale e territoriale si è precisato che le autorità delegate ad adottare misure straordinarie (ordini, risoluzioni, disposizioni, istruzioni interpretative) nelle materie di competenza dei propri dicasteri sarebbero stati i Ministri della Difesa, degli Interni, dei Trasporti e della Sanità con una postilla rispetto a quest'ultimo avente la competenza residuale nelle aree non coperte da altrui delega; si è inoltre disposto che tutte le forze di pubblica sicurezza, come sopra citate, fossero sottoposte alle indicazioni dell'Esecutivo; infine si sono adottate penetranti misure di limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali²². Occorre soffermarsi su quest'ultimo punto. L'art. 7 del *Real Decreto* 463/2020 ha previsto, in linea con la previsione dell'art. 11 *LOAES*, la limitazione della libertà di circolazione ai soli casi di necessità – tra cui l'acquisto di beni di prima necessità quali alimenti e prodotti farmaceutici – e

²¹ Per una precisa cronaca degli atti e delle attività del Governo durante l'emergenza si veda: L. FROSINA, *Il "prolungato" stato di allarme per la gestione dell'emergenza Coronavirus. La eccezionalità tra proporzionalità e identità costituzionale* in *Nomos, le attualità del diritto* – Cronache costituzionali dall'estero, gennaio-aprile, n. 1/2020, 12.

²² F. GALLARATI, *Le libertà alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna* 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*, 46-77.

nel rispetto delle condizioni di distanziamento sociale impartite al fine di limitare il contagio. Tale misura di limitazione e distanziamento sociale è stata corroborata dalle misure atte a evitare gli assembramenti. Pur in assenza di un espresso divieto, il *Real Decreto* ha assunto, una serie di disposizioni volte a regolare la partecipazione alle cerimonie civili e religiose ed evitare fossero motivo di ingiustificate *aglomeraciones* con conseguenti rischi per la salute pubblica; con il medesimo intento si è inoltre limitata la possibilità di riunione e manifestazione. Quest'ultima circostanza ha condotto alla prima pronuncia del *Tribunal Constitucional* avente ad oggetto le disposizioni di contrasto al coronavirus. Inoltre sono state adottate una serie di limitazioni alle libertà economiche come la chiusura di tutti gli esercizi commerciali che non somministrassero beni di prima necessità (l'elenco delle attività che, in regime di deroga, avrebbero potuto continuare la vendita è stato inserito nel *Real Decreto* 463/2020 all'art. 10 per poi essere parzialmente modificato dal *Real Decreto* 465/2020 e derogato dai provvedimenti del Ministero della Salute del 19 e del 23 marzo 2020). Da ultimo sono state sospese tutte le attività culturali, chiusi i musei, sospese tutte le attività didattiche.

Le limitazioni fin qui descritte sono state oggetto di vivace dibattito dottrinale – oltreché di ricorso al *Tribunal Constitucional* – in quanto in molti²³ hanno sostenuto non fossero confacenti alla previsione di cui all'art. 11 *LOAES*²⁴ ed in generale andassero oltre il perimetro

²³ Si vedano le opinioni dei costituzionalisti Carlo Flores, Carlos Ruiz Miguel ed Enrique Arnaldo su *abc.es* rinvenibili al seguente indirizzo: https://www.abc.es/espana/abci-decreto-tardio-poco-convincente-y-notables-lagunas-202003142330_noticia.html. Inoltre, per una schematica comparazione tra l'*estado de alarma* e l'*estado de excepcion* si veda: https://www.abc.es/espana/abci-juristas-avisan-estan-aplicando-medidas-propias-estado-excepcion-202003312210_noticia.html.

²⁴ Alla luce di quanto descritto nei paragrafi precedenti ed al fine di proporre al lettore un'autonoma valutazione sull'adeguatezza delle misure limitative di diritti e libertà fondamentali adottate con il *Real Decreto* 463/2020 – articoli 7 e 11 – e successivi decreti si riporta il testo dell'art. 11 *LOAES* che prevede l'elenco delle misure limitative che possono essere adottate: «*Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de*

definito dalla disciplina dell'*estado de alarma* per sfociare nelle più penetranti limitazioni – *rectius*, sospensioni – previste dall'*estado de excepción*²⁵ e che, a differenza delle limitazioni previste dall'*estado de alarma*, trovano copertura nel dettato costituzionale all'art. 55, c.1 CE. Invero, il *Real Decreto* 463/2020, quanto a misure limitative di diritti e libertà fondamentali, ha solo dato avvio alla prolifica attività del Governo che si è manifestata con una lunga serie di provvedimenti²⁶ che talvolta hanno inasprito le misure dapprima previste – come nel caso dell'*hibernación* di tutte le attività economiche non essenziali dal

bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto».

²⁵ Di questo avviso: R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *¿Estado de Alarma o Estado de Excepción?* in *Diario La Ley*, N° 9621, Sección Doctrina, 27 de Abril de 2020, Wolters Kluwer. Si riporta un breve passo che si ritiene possa essere utile al vaglio sull'adeguatezza della scelta dell'*estado de alarma* piuttosto che il più limitativo *estado de excepción*, 9: «*La limitación de derechos fundamentales es clara, patente, notoria y manifiesta. Y tal limitación de derechos fundamentales necesita una cobertura legal que solo tiene encuadre, según nuestra Constitución (art. 55.1), bajo la declaración del estado de excepción o de sitio. Nunca bajo el estado de alarma. Debe recordarse al Gobierno que, según el párrafo segundo del apartado 2 del citado precepto constitucional, «la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica [LO 4/1981, de 12 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio)] producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes [...] En definitiva, lo que inicialmente se hizo bien (declarar el estado de alarma para controlar la pandemia – que no evitar por cuanto ya estaba extendida por todo el territorio nacional –) ha derivado en una limitación de libertades y derechos fundamentales que no puede sustentarse con este estado de alarma, sino que debe darse un paso más, declarando el estado de excepción, previa autorización del Congreso de los Diputados. Cierto es que sería algo absolutamente excepcional (sería la primera vez en la historia de nuestra reciente democracia), pero también es excepcional la grave crisis, social, sanitaria y económica que estamos padeciendo».*

²⁶ Tutti i provvedimenti adottati dal Governo in ragione dell'emergenza sanitaria sono stati raggruppati dall'Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado* nel *Codigos electrónicos, Covid-19: Derecho Europeo, Estatal y Autonómico* il cui ultimo aggiornamento è datato 20 giugno 2020. Tale rassegna è consultabile sul sito dell'Agencia (www.boe.es) nella sezione *Biblioteca Jurídica Digital*.

30 marzo al 9 aprile 2020 avvenuta con *Real Decreto-ley* n. 10/2020 – tal'altra le hanno affievolite in ragione della diminuzione dei contagi – il riferimento è qui alla cd. *desescalada* che intrapresa il 4 maggio 2020 ha lentamente traghettato la Spagna verso una (*nueva*) *normalidad*²⁷.

In conclusione, non può non farsi un cenno alle reiterate richieste di proroga dell'*estado de alarma* di cui si riporta una breve cronologia²⁸ ed il cui esito politico sarà analizzato nel successivo paragrafo. Il Governo Sánchez ha richiesto ben 6 volte al *Congreso* di approvare, mediante *Resolución*, una proroga di 15 giorni dell'*estado de alarma*. La prima proroga²⁹ è stata accordata dal *plenum* durante la prima seduta telematica della storia spagnola avvenuta il 25 marzo 2020 mentre l'ultima proroga³⁰ è stata autorizzata in data 3 giugno 2020. Dalla mezzanotte del 20 giugno 2020 in Spagna non vige più *l'estado de alarma*.

4. *Il ruolo del Parlamento durante l'emergenza: tra esigenze di garanzia per la salute dei Diputados e la prosecuzione dei lavori per garantire il controllo politico sull'attività del Governo*

Il Parlamento, in particolare il *Congreso de los Diputados*, assume un ruolo di crescente partecipazione alla gestione delle emergenze; un ruolo proporzionale alla gravità dell'evento cui la normativa emergenziale mira a fronteggiare. Rispetto all'*estado de alarma*³¹, il *Congreso*

²⁷ Il riferimento è qui alle parole del Presidente Pedro Sánchez che durante la conferenza stampa del 20 giugno 2020 ha ripercorso tutte le tappe della lotta al coronavirus definendo il 20 giugno come data di cessazione dell'*estado de alarma* e ritorno ad una nuova normalità.

²⁸ Nel corso della pandemia sono stati adottati ben 6 decreti di proroga: *Real Decreto* 476/2020 del 27 marzo 2020; *Real Decreto* 487/2020 del 10 aprile 2020; *Real Decreto* 492/2020 del 24 aprile 2020; *Real Decreto* 514/2020 dell'8 maggio 2020; *Real decreto* 537/2020 del 22 maggio ed infine *Real Decreto* 555/2020 del 5 giugno 2020. Tali decreti corrispondono ad altrettante *Resolución* di autorizzazione alla proroga del *Congreso*.

²⁹ *Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.*

³⁰ *Resolución de 3 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.*

³¹ A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España* in *Teoría y realidad constitucio-*

esercita il controllo politico sugli atti dell'Esecutivo. L'attività parlamentare funge infatti da contrappeso³² per le decisioni governative che, come sopra analizzato, sono nella facoltà di limitare diritti e libertà fondamentali previo decreto. Attraverso quali attività si manifesta tale controllo? è necessario richiamare la previsione regolamentare dell'art. 162 *Reglamento Congreso de los Diputados*³³ nel quale è statuito che in primo luogo il *Congreso* avrà il diritto di essere informato delle attività del Governo oltretutto promuovere – come invero accaduto durante la seduta del 25 marzo 2020 con l'approvazione della VI risoluzione aggiuntiva al Real Decreto 463/2020 – risoluzioni che comportino per il Governo l'obbligo di informazione delle misure adottate in vigore dello stato eccezionale.

In secondo luogo – e pare condivisibile sostenere che è in questa seconda attività che si manifesta in modo preponderante il controllo dell'Assemblea – il Congresso ha il potere di autorizzare o meno la proroga dell'*estado de alarma* (che ricordiamo avere una durata limitata ai 15 giorni successivi al decreto che lo dichiara o che ne sancisce la proroga). Si tratta di un vero e proprio potere di compartecipazione alla formazione³⁴ del decreto di proroga che si forma in base ad un *Acuerdo* raggiunto tra le due parti in sede parlamentare.

nal, n. 28/2011, 313-334. Si leggano in particolare le pagine da 322 a 330 dedicate al modello d'emergenza delineato dalla Costituzione spagnola del 1978.

³² S. CURRERI, C. MARCHESI, *Il 'voto telematico no presencial' nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome* in *federalismi.it*, n. 12/2020, 78.

³³ Gli articoli da 162 a 165 del *Reglamento del Congreso de los Diputados* sono dedicati rispettivamente alle disposizioni parlamentari in materia di stato di allarme, d'eccezione e di assedio. Si riporta di seguito il testo dell'art. 162 dedicato allo stato d'allarme «1. *Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al Presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el Decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la Comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.* 2. *Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116, 2, de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquél.* 3. *Los Grupos Parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga, hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada.*»

³⁴ V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Op. cit.*

Come sopra accennato, la pandemia ha reso necessarie ben sei proroghe – corrispondenti ad altrettante *Resolución del Congreso* - dell'*estado de alarma*. Rispetto a quest'ultime è possibile evidenziale che il consenso dei gruppi parlamentari è stato via via meno ampio: se la prima proroga è stata approvata con 321 voti favorevoli, 0 voti contrari e 28 astenuti, l'ultima è stata approvata con 177 voti favorevoli, 155 contrari e 18 astenuti denotando il minor sostegno delle forze parlamentari alla gestione emergenziale del Governo Sanchez.

In ultimo, si segnala che l'emergenza ha imposto al *Congreso* l'adozione – al fine di esercitare le funzioni appena citate – di misure di portata straordinaria che andassero a conciliare la necessità di garantire la prosecuzione dell'attività parlamentari (tra cui la convalida dei decreti-legge adottati dal Governo) e dunque l'attività di controllo politico, con la tutela della salute dei deputati. In particolare sin dal 12 marzo 2020³⁵, il *Congreso* ha rimodulato la propria attività dapprima sospendendo (anche a causa di un caso di positività al coronavirus tra le fila di Vox) le attività parlamentari per le successive due settimane per poi dare la possibilità a tutti i deputati di partecipare a distanza alla successiva seduta del 25 marzo 2020 ammettendo dunque il voto *no presencial*³⁶ attraverso l'estensione a tutti i deputati delle misure previste dall'art. 82³⁷ comma 2 del *Reglamento del Congreso*. Tale misura

³⁵ Per la consultazione del comunicato del *Congreso de los diputados*: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_pi-ref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa?idNotaSalaPrensa=35249&mostrarvolver=N.

³⁶ Per completezza si fa presente che anche il *Senado* ha adottato, durante il periodo d'emergenza, modalità di voto telematico a distanza ancorché non rivesta alcun ruolo nella gestione degli stati d'emergenza.

³⁷ *Artículo 82*: «1. La votación podrá ser: 1.º Por asentimiento a la propuesta de la Presidencia. 2.º Ordinaria. 3.º Pública por llamamiento. 4.º Secreta. 2. En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar en escrito motivado que los Diputados emitan su voto por procedimiento telemático con comprobación personal, en las sesiones plenarias en aquellas votaciones que, por no ser susceptibles de fragmentación o modificación, sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo. A tal efecto, el Diputado cursará la oportuna solicitud mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara, quien le comunicará su decisión,

ha rappresentato un *unicum* nel panorama parlamentare europeo: il Parlamento spagnolo è stato il primo ad adottare il voto deliberativo *no presencial*³⁸.

5. *Il controllo del Tribunal Constitucional sull'estado de alarma; le tutele costituzionali all'assetto democratico*

Al fine di vagliare il tipo di controllo che il *Tribunal Constitucional*³⁹ – da ora *TC* – esercita rispetto agli atti derivanti dall'emergenza⁴⁰

precisando, en su caso, las votaciones y el periodo de tiempo en el que podrá emitir el voto mediante dicho procedimiento. El voto emitido por este procedimiento deberá ser verificado personalmente mediante el sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa y obrará en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente».

³⁸ Si permetta di rinviare ad una breve riflessione sull'emergenza sanitaria spagnola e sul voto deliberativo a distanza adottato dal suo Parlamento: C. CERBONE, A. RUSSO, *Il Parlamento durante l'emergenza coronavirus: alcuni spunti dal caso spagnolo*, in *dirittifondamentali.it*, fascicolo 2/2020, 119-137.

³⁹ Il *Tribunal Constitucional* è l'organo di giustizia costituzionale spagnola, *interprete supremo della Costituzione* – come statuito dall'art. 1 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, cd. *LOTC* – e competente a giudicare sull'illegittimità costituzionale della legge e degli atti aventi forza di legge. Le norme dedicate al TC sono contenute sia nel Titolo IX della Costituzione spagnola che nella sopracitata *LOTC*. Appare appena il caso di precisare che il sistema di giustizia costituzionale spagnolo – quanto alla classificazione operata rispetto alle modalità d'accesso – si ascrive alla categoria di modelli misti e dunque si potrà accedere al suo sindacato attraverso: a) l'accesso in via incidentale sollevato da un organo giurisdizionale nel corso di un giudizio dinanzi a se incardinato e laddove ritenga che, la norma che dovrebbe trovare applicazione al caso di specie, si ponga in contrasto con il dettato costituzionale; b) il ricorso diretto ad opera di alcuni soggetti legittimati dall'articolo 162, comma 1, lettera a) che include il Presidente del Governo, il Difensore del Popolo, 50 deputati, 50 senatori, gli organi collegiali esecutivi delle CCAA, le Assemblee delle CCAA; c) il *recurso de amparo* volto a censurare le violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali ad opera dei cittadini, del Difensore del Popolo e dei pubblici ministeri. Quest'ultima si è affermata come principale via d'accesso ai giudizi di costituzionalità. Si precisa infine che il suo giudizio è un giudizio successivo.

⁴⁰ Si segnala che il *Tribunal Constitucional* – così come gli altri organi di esercizio dei poteri dello Stato – durante l'emergenza pandemica ha dovuto rimodulare la propria attività. In particolare, già il 16 marzo 2020, i giudici costituzionali hanno approvato – durante una riunione *no presencial* – un *Acuerdo* che ha previsto da un lato la sospensione di tutti i termini processuali durante la vigenza dell'*estado de alarma* dall'altro ha chiarito che, in nessun caso, il *TC* avrebbe sospeso il suo funzionamento

è necessario operare alcune riflessioni preliminari, focalizzando l'attenzione su alcuni aspetti del suo giudizio. La Costituzione spagnola, non prima di aver definito composizione e competenza del TC, definisce una peculiarità modalità d'accesso al giudizio costituzionale attivabile ad opera di ogni cittadino nei casi di presunta violazione dei diritti e delle libertà personali riconosciute dagli articoli da 14 a 29 oltreché dell'art. 30, comma 2 *CE*⁴¹. Tale modalità d'accesso prende il nome di *recurso de amparo*⁴².

Attraverso tale strumento, sin dalla prima dichiarazione dell'*estado de alarma* del dicembre 2010, si è adito il TC sottoponendogli la valutazione sulla legittimità costituzionale degli atti adottati in ragione dell'emergenza; ciò ha permesso alla Corte di precisare, con la storica sentenza STC 83/2016⁴³, che la dichiarazione di stato d'allarme e tutti gli atti ad essa connessi, comprese le autorizzazioni parlamentari alla

e che dunque, anche in vigenza dell'*estado de alarma* avrebbe continuato ad adottare "resoluciones y medidas cautelares" necessarie a garantire il sistema costituzionale e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale accordo è stato poi integrato il 6 maggio 2020 prevedendo che i termini processuali sospesi in ragione dell'*estado de alarma* avrebbero ripreso il loro corso. Alcuni commentatori, rifacendosi all'attività che il TC ha svolto durante i mesi dell'emergenza sanitaria, hanno ritenuto di sottolineare che vi fosse stata una vera e propria interruzione della sua attività. Per approfondimenti si veda: C. RUIZ MIGUEL, *Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español*, *Diario La Ley*, n. 9556/2020, Wolters Kluwer.

⁴¹ Gli articoli della Costituzione spagnola che si riferiscono al *recurso de amparo* sono l'articolo 161, comma 1 lettera b nella quale si statuisce che «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca» e l'art. 53, comma II: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

⁴² Per un approfondimento sul tema si veda U. ADAMO, *L'amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, fascicolo 3/2015, 17 settembre 2015.

⁴³ Oltre alla sentenza del TC n. STC 83/2016 del 28 di aprile 2016 si veda anche il precedente ATC 7/20132 del 13 gennaio del 2012.

sua proroga, hanno forza di legge⁴⁴ e sono dunque passibili di controllo di legittimità costituzionale. Nel solco di tale pronuncia muovono i ricorsi volti a censurare le misure limitative dei diritti e delle libertà previste dal *Real decreto* 463/2020 e dagli atti ad esso connessi adottati per far fronte all'emergenza coronavirus. In particolare, il *TC* ha vagliato due *recursos*, pronunciandosi per l'ammissibilità solo in un caso.

La prima dichiarazione d'ammissibilità, dall'esito negativo, riguarda il *recurso de amparo* promosso dalla *Central Unitaria de Trabajadores* in cui si lamenta la lesione dei diritti costituzionali di riunione in luogo pubblico e libertà sindacale (sanciti rispettivamente dagli articoli 21 e 28 della *CE*) vista l'impossibilità di manifestare in occasione del 1° maggio, *Día de los Trabajadores*. Il *TC* ha dichiarato inammissibile il *recurso* sulla base dell'assunto che i suddetti diritti non hanno portata illimitata ma possano subire una limitazione in ragione di esigenze di forza maggiore; inoltre, lo svolgimento della manifestazione avrebbe potuto rappresentare un ostacolo per la circolazione di mezzi di soccorso.

Il secondo *recurso* – dichiarato ammissibile dal *TC* – è stato invece promosso da 52 deputati del gruppo parlamentare *Vox* con l'obiettivo di vedere dichiarata l'illegittimità costituzionale delle limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali contenute negli articoli da 7 a 11 del *Real Decreto* 463/2020, nei successivi decreti di proroga⁴⁵ e nell'*Orden del Ministerio de Sanidad* 298/2020 che prevede una serie di misure eccezionali in relazione alle cerimonie funebri. Tale ricorso, colpendo l'atto principe della gestione emergenziale spagnola, oltre ad aver rilievo dal punto di vista giuridico, assume un certo peso politico giacché è volto a censurare, politicamente, l'intera condotta del Governo Sanchez⁴⁶. Dovrà ora attendersi la pronuncia e le conseguenze che potrebbero prodursi sull'intero sistema politico-costituzionale spagnolo.

⁴⁴ D.F. DE GATTA SÁNCHEZ, *El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales*, *Diario La Ley*, n. 9651/2020, Sección Tribuna, 11 de Junio de 2020.

⁴⁵ A tal proposito si noti che il gruppo parlamentare *Vox* ha sostenuto anche in sede parlamentare – sin dalla votazione della II proroga dell'*estado de alarma* – l'illegittimità delle misure adottate in quanto ingiustificatamente limitative delle libertà dei cittadini.

⁴⁶ Dalle dichiarazioni del segretario di *Vox*, Santiago Abascal, si evince chiaramente il profilo politico del ricorso. Abascal ha infatti in più occasioni denunciato

Così come il *Tribunal Constitucional* svolge un ruolo di garanzia (anche) nei casi d'emergenza, sono rinvenibili in Costituzione alcune ulteriori fondamentali garanzie – non ancora citate – a tutela dell'assetto democratico dello Stato. Durante la vigenza degli stati d'eccezione è fatto divieto di scioglimento o di interruzione del funzionamento delle *Cortes* (art. 116, comma 5 CE) ed inoltre non potrà intraprendersi un procedimento di riforma costituzionale (art. 169 CE). Con quest'ultime vuole garantirsi che, in ragione dell'emergenza, non vi sia un accentramento del potere emergenziale in capo al Governo e si garantisca dunque il ruolo di controllo e compartecipazione alla produzione degli atti emergenziali che riveste l'Assemblea parlamentare per poi promuovere, con la previsione di cui all'art. 169 CE, la garanzia dell'architettura costituzionale spagnola vietando le modifiche del testo costituzionale che ben potrebbero prestare il fianco ad un sovvertimento dell'ordine costituito.

6. Conclusioni

L'ordinata gestione spagnola dell'emergenza – ancorché non esente dalle critiche della dottrina – si presta ad un confronto con quanto invece accaduto in Italia nei primi mesi del 2020. Pur nella consapevolezza di non poter operare una comparazione tra i due sistemi e tra le garanzie che questi offrono nei casi di necessità, potrebbe essere utile valutare l'opportunità di introdurre, nel nostro ordinamento, alcuni istituti che hanno mostrato di operare efficacemente in Spagna.

Come visto, l'ordinamento spagnolo conosce una minuziosa disciplina degli *estados excepcionales* che ha orientato l'attività del Governo dalla dichiarazione dell'*estado de alarma* sino all'ultima fase della cd. *desescalada*. L'ordinamento italiano invece si limita a prevedere, all'art. 78 Cost., lo stato di guerra per poi demandare la disciplina dei *casi di necessità ed urgenza* allo strumento del decreto-legge così come previsto dall'art. 77 della Costituzione. Quest'ultimo non sempre si presta ad una celere adozione – come nel caso delle contingenze dovute alla violenta diffusione di una pandemia – imponendo dunque il ricorso

una “flagrante violazione” dei diritti e delle libertà fondamentali oltreché l'errore nella scelta del meno stringente stato d'allarme piuttosto che dello stato d'eccezione che avrebbe giustificato le stringenti limitazioni dei diritti e delle libertà adottate.

a strumenti dall'adozione immediata. Ciò è accaduto sin dalle prime battute della gestione dell'emergenza sanitaria quando il Governo ha adottato una serie di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (cd. *d.P.C.M.*) con la conseguente affermazione di una nuova prassi di gestione delle emergenze.

L'avvicendamento di *d.P.C.M.* e decreti legge – prassi formalmente legittima – è stata oggetto di ampio dibattito dottrinario⁴⁷ ed in molti⁴⁸ hanno sostenuto fosse opportuno, per evitare in futuro il *caos* normativo o l'eventuale riproporsi di una mera prassi emergenziale, prevedere in Costituzione una specifica disciplina emergenziale al fine di razionalizzare la gestione dell'emergenza prevedendo, entro un perimetro ben definito, gli organi di gestione ed i poteri dagli stessi esercitabili, gli strumenti attraverso i quali esercitarli ed infine i necessari limiti e controlli.

L'esigenza di una normativa costituzionale delle emergenze non solo appare opportuna ma finanche necessaria. Pur nella consapevolezza che la caratteristica precipua delle emergenze sia l'imprevedibilità, poter ancorarne l'andamento ad una minuziosa disciplina, potrebbe garantire una migliore e più efficace gestione ed inoltre potrebbe tutelare l'equilibrio istituzionale che, anche durante d'emergenza, deve necessariamente essere rispettato.

⁴⁷ Si veda, *ex multis*: G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19 in Nomos, le attualità del diritto. Note e commenti – Problemi giuridici dell'emergenza Coronavirus*, n. 1/2020.

⁴⁸ Le proposte di modifica, integrazione, innovazione dell'ordinamento costituzionale e non sono state molte. Tra le proposte che appaiono più pregevoli si cita: S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo in federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili in Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2020, 7 aprile 2020. Di opposto avviso, si veda *ex multis* M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

FULVIA ABBONDANTE

Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione ed innovazione

SOMMARIO: 1. Le reazioni di alcuni ordinamenti europei alla crisi sanitaria: un rapido sguardo. – 2. Le “relazioni pericolose” fra governo e parlamento durante l'emergenza: il caso inglese. – 3. La *House of Commons* al tempo del Covid-19. – 4. Qualche breve riflessione conclusiva.

1. *Le reazioni di alcuni ordinamenti europei alla crisi sanitaria: un rapido sguardo*

La pandemia, ancora in atto, rappresenta uno degli eventi più disruptivi dal dopoguerra ad oggi. Un avvenimento di straordinaria portata non solo per la tragicità del suo sviluppo quanto anche, e soprattutto, per l'impatto che un simile catastrofe ha avuto sulla vita di ognuno. Nel gergo politico, l'associazione più frequente è stata alla guerra, tuttavia, sebbene tale riferimento si riveli utile sul piano emotivo e psicologico, appare fuorviante dal punto di vista giuridico¹. Molto più opportunamente si tratta di un evento di eccezionale portata in considerazione della modalità con cui il contagio si è diffuso: repentino, a livello globale e in maniera democratica, con andamento imprevedibile quanto alla sua durata. Le scelte dei decisori politici sono state sottoposte, per tali motivi, a continui aggiornamenti, ripensamenti e adattamenti in virtù dell'andamento della diffusione dell'agente patogeno. È possibile notare, peraltro, una correlazione molto stretta fra la propagazione del Covid-19 e la capacità di gestione dell'emergenza dei singoli sistemi, individuando una sorta di proporzionalità diretta fra quelli in cui la capacità di fronteggiare in maniera veloce e luci-

¹ Come rilevato, tra i primi, da S. PRISCO in ID., F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 5 e più di recente da S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 16 giugno 2020, 531 ss. (spec. 531-532).

da le criticità poste dall'infezione virale ha prodotto minori fratture e contraddizioni e quelli che hanno reagito in modo lento e disordinato, consentendo al *virus* di diffondersi all'interno del proprio territorio in maniera significativa. Utilizzando un gergo ormai familiare è possibile distinguere fra ordinamenti cosiddetti asintomatici, in cui la presenza dell'infezione virale ha prodotto una risposta improntata alla collaborazione fra governo e parlamento, partiti politici, livello centrale e periferico (si pensi al Portogallo e alla Germania) e i cosiddetti sintomatici lievi, come ad esempio la Francia e la Spagna, che – almeno in una prima fase – hanno registrato una risposta lenta, ma recuperata con l'aggravarsi dell'infezione, pur tenendo presente che si tratta di ordinamenti con forme di governo molto differenti fra loro e una forma di Stato, quanto all'articolazione territoriale, decisamente dissimile. Indagando sulle cause del diverso impatto che l'infezione ha prodotto su tali ordinamenti, il primo elemento che affiora è la presenza di clausole di emergenza inserite direttamente in Costituzione. Ciò non ha comportato un ricorso automatico a tali norme, anzi è possibile individuare delle significative differenze fra i quattro paesi. In Francia, il Presidente Macron non ha impiegato l'art. 16 – norma elastica e vaga quanto ai presupposti – che avrebbe potuto costituire la base giuridica per intervenire in tale circostanza, ma ha preferito procedere all'adozione di una legge specifica volta a fronteggiare la propagazione dell'agente patogeno, che fosse destinata a sopravvivere anche in previsione di altre epidemie². Analogamente, la Germania – che pur prevede in Costituzione differenti fattispecie di emergenza, in cui l'elemento che le accomuna è l'attivazione di schemi collaborativi tra livelli di governo, mentre è escluso un trasferimento di poteri al governo centrale³

² Come sottolinea A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1458. Sulla stessa linea argomentativa C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, ivi, 1637 ss.

³ Sulla particolare natura dello statuto costituzionale dell'emergenza tedesca si veda A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, il quale distingue fra le ipotesi in cui la Costituzione regola i cc.dd. *stati di crisi interne*, come l'ipotesi prevista dall'art. 91 e l'art. 87a, da quelle contenute nell'art. 35 (3) e (4) vengono in rilievo ipotesi "neutre" come i casi di catastrofi naturali o di tipo sanitario. Accanto a questi poteri di emergenza allocati

– ha utilizzato la legge esistente del 2000, specifica sulle emergenze sanitarie, parzialmente modificata nel senso di rafforzare il ruolo delle autorità federali⁴ e potenziare i meccanismi di cooperazione⁵. Diverso invece l'approccio seguito dal Portogallo, grazie anche al modello di emergenza descritto in Costituzione improntato ad uno schema dove tutti gli attori istituzionali a livello centrale sono coinvolti, che ha agito in maniera progressiva ma rapida. In una prima fase è stato attivato il meccanismo dello stato di allarme – non previsto in Costituzione bensì dalla legge fondamentale sulla protezione civile⁶ – per poi passare, solo con l'aggravarsi del contagio, a quello propriamente dello stato eccezionale emergenza, che si articola attraverso una procedura molto puntuale e complessa, che prevede il coinvolgimento dell'Assemblea parlamentare⁷. In Spagna si è invece scelto di utilizzare il solo stato di allarme⁸, proclamato dal Primo Ministro Sanchez e confermato più

a livello federale esiste un “diritto di protezione da catastrofi naturali” che, ai sensi dell'art. 70 LF, è materia di competenza esclusiva dei *Länder* e si compone delle leggi emanate in materia dai singoli Stati membri della Federazione.

⁴ Peraltro, come osserva V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 598 ss., l'attribuzione al Ministro federale della Salute del potere di assumere ordinanze/regolamenti senza l'ordinaria approvazione del *Bundesrat*, con cui sono disposte limitazioni o sospensioni di diritti costituzionali, ha determinato forti reazioni critiche da parte della dottrina tedesca, ma una cauta reazione da parte della giurisprudenza costituzionale.

⁵ J.WOELK. *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020.

⁶ Tale legge del 2006 prevede all'art. 8, oltre allo stato di allerta e a quello costituzionale di emergenza, anche quello di crisi sanitaria.

⁷ Descrive in modo analitico le sei fasi in cui si articola il procedimento E. A. IMPARATO, *Il Portogallo al banco di prova dell'emergenza sanitaria mondiale*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1617 ss. In particolare, si sottolinea come la dichiarazione dello stato di emergenza spettante al Presidente – come nel caso dell'attuale pandemia – previo parere legittimante del Governo e successiva delibera di autorizzazione del parlamento (e, nel caso di sua impossibilità, da parte di una Commissione permanente) dimostri uno stretto nesso di interdipendenza «laddove tutti i soggetti istituzionali intervengono in un processo ben articolato che sembra perseguire come fine anche quello di “controbilanciare” le competenze di ogni organo coinvolto».

⁸ Come osserva ancora A. VEDASCHI, *Op. cit.*, 1459-1460 nella Costituzione spagnola l'art. 116 Cost. elenca tre diverse tipologie di stati emergenziali – lo stato di allarme (*alarma*), lo stato di eccezione (*excepción*) e lo stato di assedio (*sitio*) – che non si pongono su una scala crescente di pericolo derivanti da una stessa minaccia ma

volte dal Congresso, mentre per la concreta gestione dell'emergenza è stata utilizzata la *Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio*.

V'è da dire che, in terra iberica, l'autonomia di cui godono le *comunidades autonomas* ha consentito in alcuni casi di anticipare le scelte operate dal governo centrale, ma, una volta intervenuta la dichiarazione dello stato di allarme, il potere decisionale si è spostato a livello centrale nella fase acuta della diffusione dell'infezione⁹, senza tuttavia comprimere del tutto i margini di autonomia delle articolazioni territoriali spagnole. Queste hanno peraltro ottenuto dal Governo di Madrid la conclusione di un accordo¹⁰ che possa regolare i futuri rapporti fra Stato centrale ed autonomico in modo consensuale e flessibile, così da ridurre i conflitti che pure hanno caratterizzato il periodo intenso della pandemia.

È possibile, da ultimo, individuare un'ulteriore categoria, quella relativa agli ordinamenti che potrebbero essere definiti i "sintomatici gravi", tra cui figurano l'Italia ed il Regno Unito, per rimanere nell'ambito delle democrazie mature europee¹¹. V'è da dire che il caso non ha

descrivono tre differenti ipotesi ciascuna dotata di autonoma origine. È la disciplina costituzionale a individuare la diversità di spessore politico tra i diversi regimi. Il differente grado di politicità sull'articolazione decisionale-procedurale premessa all'attivazione dei singoli stati di eccezione. Per una più precisa analisi della disciplina spagnola si rinvia a V. PIERGIGLI, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione del estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1537 ss.

⁹ G. POGGESCHI, *Le Comunità autonome spagnole di fronte alla crisi Covid-19: una fase di "federalismo autonómico" per la Spagna*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1571.

¹⁰ Si tratta del *plano de desescalada* che in base all'accordo tra Stato centrale e Comunità autonomo su principi di gradualità, asimmetria e coordinamento che hanno consentito una lenta fuoriuscita dal periodo di confinamento. A seguito di detto piano il 3 maggio il Ministro della salute ha emanato l'ordinanza 387/2020 con cui si dà avvio alla fase di *cogobernanza*. Sugli sviluppi successivi si v. G. POGGESCHI, *Op. cit.*, 1577-1582.

¹¹ Discorso a parte meritano gli Stati Uniti, in cui la conflittualità tra Congresso e Presidente e livello federale ha raggiunto livelli senza precedenti. Sul punto A.VEDASCHI, *Op. cit.* e specificamente 1461 ss. e F. CLEMENTI, *Gli Stati uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1875 ss.

giocato a nostro favore, per essere stata l'Italia il primo paese europeo ad essere travolto dal contagio, che ci ha trovato del tutto impreparati ad affrontare una situazione eccezionale di siffatta portata. Pur in assenza di una specifica disposizione emergenziale, la nostra Costituzione ha individuato strumenti in grado di fronteggiare circostanze impreviste: l'art. 77 e, a livello di legislazione ordinaria, il d.lgs. n. 1/2018, nonché i dpcm del Presidente del Consiglio dei Ministri, con base legittimante proprio nei decreti legge via via adottati con l'aggravarsi dell'infezione da Covid-19, e le ordinanze ministeriali. Un profluvio di atti normativi a livello statale, a cui si sono aggiunti anche quelli di natura regionale o sub regionale – per l'intrecciarsi delle competenze concorrenti – determinando interferenze, lacune e incongruenze ed un inevitabile, quanto fisiologico, esautoramento del ruolo del Parlamento con un accentramento – secondo molti autori – dei poteri decisionali anomali del Presidente del Consiglio dei Ministri¹². L'abbondanza di tali fonti sovrapposte e scoordinate – per non parlare del disordine causato dalle autonome iniziative degli enti territoriali e locali, evidenti segno di un'assenza totale di meccanismi di coordinamento, nonché la necessità di interrompere gli scontri fra Esecutivo e opposizioni parlamentari – ha messo in luce la difficoltà di far fronte all'evento pandemico in maniera tanto efficiente quanto ragionevole, aprendo il dibattito sull'opportunità di inserire una specifica disciplina dell'emergenza nella Carta Fondamentale. La dottrina maggioritaria appare fermamente contraria ad un'ulteriore “manutenzione costituzionale” in una contingenza, quale quella attuale, che produrrebbe una soluzione affrettata sull'onda della necessità. La tesi prevalente è che andrebbero utilizzati e perfezionati, sia da un punto vista normativo sia istituziona-

¹² L'impatto dell'emergenza sul sistema delle fonti è stata affrontata tra i tanti da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10 aprile 2020, 109 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, Fasc. I, 2020, 6 aprile 2020, 203 ss. S. STAIANO. *Op. cit.*, 531 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 18 marzo 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”?* ivi, *Editoriale* n. 16/2020, 27 maggio 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 11 giugno 2020, 558.

le, i meccanismi già esistenti visto che, nel contesto italiano, sussistono norme adatte anche alla gestione di una siffatta situazione eccezionale¹³. Pur condividendo le preoccupazioni espresse da tale corrente di pensiero la questione, ad avviso di chi scrive, va posta, ancora una volta, spostando il *focus* sulla peculiarità dell'oggetto di tale emergenza, che non appare assimilabile ad altre. La pandemia non è solo un evento straordinario ma, già nella sua accezione semantica, implica l'idea di una dimensione totalizzante e di stravolgimento complessivo di ogni aspetto della vita in cui è necessario conoscere "chi-fa-cosa" in modo anticipato e tempestivo per evitare paralisi o inefficienze del sistema. D'altro canto le crisi sanitarie non hanno un tasso di politicità analogo ad eventi straordinari. La circostanza che, in alcuni ordinamenti, si sia fatto ricorso a una disciplina ad *hoc* o si sia modificata una precedente – anche se solo a livello di legislazione ordinaria – per meglio rispondere all'obiettivo di coordinamento ed efficacia dell'azione politica dimostra, come detto, l'eccentricità e la particolare natura dell'infezione da agente patogeno. Certo anche in Italia sarebbe possibile (e per qualcuno finanche auspicabile¹⁴) percorrere anche la strada di una riforma solo sul piano della normazione primaria. Tale intervento però non sarebbe in grado migliorare la qualità della legislazione che è una delle molteplici cause dell'illogicità del sistema. Un vizio antico da cui è difficile liberarsi in tempi brevi con l'altissimo rischio di creare altri e non meno gravi anomalie sul funzionamento complessivo dell'ordinamento. Né, tantomeno, un rafforzamento dei meccanismi di cooperazione già in parte sperimentati, come la Conferenza Stato-Regioni, potrebbe colmare la frattura fra centro e periferia e tra regioni del Nord e del Sud, rafforzata dallo sciagurato processo di differenziazione. Rispetto poi alla debolezza parlamentare, essa ha radici remote che non sono di certo ascrivibili solo alla crisi sanitaria da Covid-19¹⁵. Una riforma costituzionale – a bocce ferme – integrativa della disciplina contenuta negli artt. 77, 78 e

¹³ In tal senso si sono espressi S. STAIANO, *Op.cit.*, specificamente 557; A. CARDO-NE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile in: <http://www.osservatorio-sullefonti.it>, 314 ss.

¹⁴ S. STAIANO, *Op. cit.*, 557.

¹⁵ *Ibidem*, 554 ss.

120 Cost., consentirà di arrivare attrezzati e con le idee chiare ad una prossima e non improbabile pandemia o in caso di altri eventi straordinari quali le crisi ambientali. Come già anticipato in altra sede una modifica costituzionale in tal senso impedirebbe il possibile abuso o la strumentalizzazione dello stato emergenziale, non solo per il maggiore coinvolgimento del Presidente della Repubblica e del Parlamento, garanti sia nella fase antecedente sia ad emergenza conclusa della correttezza dell'operato dell'Esecutivo – che resta volenti o nolenti l'organo che meglio può gestire una situazione di tale eccezionalità – ma perché deve indicare in modo espresso tutto quello che è precluso durante la fase emergenziale¹⁶. Ultimo ordinamento da considerarsi un sintomatico grave è il Regno Unito, in cui l'assenza di una Costituzione scritta, non ha impedito il formarsi un *corpus* stratificato di *statutes* in grado di coprire una vasta gamma di situazioni imprevedibili ed eccezionali¹⁷. Nell'attuale crisi sanitaria anche la Gran Bretagna ha però optato per una disciplina nuova, che rappresenta un buon punto di osservazione di fenomeni disfunzionali pregressi nelle dinamiche istituzionali, peraltro affrontati nella logica del realismo e pragmatismo tipici della cultura britannica e delle sue intrinseche peculiarità.

2. *Le “relazioni pericolose” fra governo e parlamento durante l'emergenza: il caso inglese*

Il corso della vicenda della crisi sanitaria nel Regno Unito è stato caratterizzato, nel periodo iniziale, da una sostanziale sottovalutazione della gravità dell'infezione virale. Nella fase di esordio della pandemia, l'Esecutivo di Sua Maestà, fedele all'impostazione di evitare azioni invasive e incisive, ha affidato l'opera di contenimento del contagio a strumenti di *soft law*, muovendosi soprattutto nell'ottica di indicare i

¹⁶ S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *Op. cit.*, con sfumature diverse. altresì G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 277 ss. A. RUGGERI, *Op. cit.*, 206; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello Stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 13 marzo 2020, 5 ss.; L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, ivi, 18 marzo 2020, 6-7.

¹⁷ Analizza specificamente tutti i numerosi *Acts*, intervenuti nel tempo, in materia emergenziale, A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 1781 ss.

comportamenti virtuosi idonei alla limitazione della diffusione dell'agente patogeno¹⁸. Solo l'incremento esponenziale del numero degli infettati e l'affanno avvertito dal Servizio sanitario ha determinato un significativo cambio di rotta, il cui punto di svolta è stato il *Coronavirus Act 2020* che il 25 Marzo, dopo un'approvazione molto rapida da parte delle Camere attraverso la *fast track legislation* (grazie anche alla sostanziale collaborazione dell'opposizione che, secondo una tradizione consolidata, nelle situazioni eccezionali abbandona la logica competitiva a vantaggio dell'interesse collettivo¹⁹) ha ottenuto il *Royal Assent*. Come si diceva innanzi, in UK la legislazione emergenziale è copiosa e copre una serie di differenti ipotesi eccezionali. Eppure, anche la Gran Bretagna ha optato per uno *statute* apposito per affrontare la pandemia da Covid-19. Una legge, non solo complessa, ma inedita, da cui emerge, come ha sottolineato la dottrina britannica sin dalla sua approvazione, un "excessive Executive dominance", superando quello che è l'elemento fondante della forma di governo parlamentare inglese caratterizzato da una *natural Executive dominance*, quest'ultima funzionale alla realizzazione dell'efficienza costituzionale. L'effetto distorsivo della prevalenza dell'Esecutivo impedisce, in pratica, "the efficient functioning of the constitution by undermining constitutional principles or preventing other branches performing their constitutional role"²⁰. Da una seppur sommaria analisi della legge uno degli elementi espressivi di uno sproporzionato accentramento di poteri nelle mani dell'Esecutivo²¹ è rappresentato dalla durata della *Sunset Clause*²². Lo stato di emergenza e le misure che da esso derivano si estendono, infatti, per un arco temporale di due anni,

¹⁸ Una ricostruzione puntuale di tali atti è contenuta in L. DELL'ATTI, *Stato d'emergenza, sovereignty of Parliament e le sue sfide. Riflessioni brevi sulle implicazioni costituzionali del CoVid-19 nel Regno Unito*, in Osservatorio AIC, 3/ 2020.

¹⁹ A. TORRE, *Op. cit.*, 1802.

²⁰ È quanto sostiene J. HINKS, *The Coronavirus Act 2020: An Example of 'Excessive Executive Dominance'*, U.K. Const. L. Blog (9th June 2020), <https://ukconstitutionallaw.org/>.

²¹ In tal senso, nella dottrina inglese, T.KOSTANTINIDES, L. MARSONS in *Covid-19 and Its Impact on the Constitutional Relationship between Government and Parliament*, U.K.Const.L.Blog (26th April 2020), in <https://ukconstitutionallaw.org/>.

²² S. MOLLOY, *Covid-19, Emergency Legislation and Sunset Clauses*, U.K.Const.L.Blog (8th April 2020), in <https://ukconstitutionallaw.org/> evidenzia peraltro il ruolo fondamentale svolto da tali norme per assicurare democraticità alla legislazione emergenziale.

a differenza di altri precedenti legislativi che, proprio rispetto a situazioni eccezionali, individuano periodi più brevi e peraltro sottoposti ad un controllo parlamentare più stringente²³. L'art. 90 consente inoltre al Governo, con un provvedimento di natura regolamentare, di aumentare la vigenza per un massimo di 6 mesi senza il coinvolgimento del Parlamento qualora quest'ultimo non si trovi in sessione. La clausola di temporaneità del *Coronavirus Act* si allontana, in maniera significativa, sia dalle altre legislazioni dei paesi europei in materia sia dagli standard previsti da documenti internazionali, che invitano appunto gli Esecutivi a circoscrivere le misure straordinarie per il periodo strettamente necessario ad affrontare l'evento emergenziale. In origine, peraltro, non era previsto alcun intervento del Parlamento in quanto, in caso di mancato rinnovo, il periodo di emergenza sarebbe spirato automaticamente dopo i due anni. La dottrina, ma anche un'importante campagna stampa, ha favorito il passaggio di un emendamento laburista (l'art. 98) che introduce una *parliamentary review* sull'operatività di tale legge da aversi ogni sei mesi. Il secondo elemento sintomatico di un trasferimento di poteri ampissimo nei confronti dell'Esecutivo è rappresentato dai *delegated powers*. Il *Coronavirus Act* differenzia fra deleghe specifiche, la cui attuazione è rimessa ad apposite *regulations* ministeriali nelle materie riservate o ad atti simili nelle materie oggetto di *devolution*, sia i cd. "structural powers", conferiti dalla legge, in via generale, con lo scopo di assicurare l'efficacia e la funzionalità alle norme contenute nel *Coronavirus Act*. In virtù di tali poteri l'attuazione, il ritiro o la riattivazione delle misure previste nella legge emergenziale, vengono determinate da una valutazione dell'esecutivo in base all'evoluzione dell'infezione²⁴. Un ulteriore

²³ Il *Civil Contingencies act* del 2004 – la disciplina generale sulle emergenze – stabilisce una durata di trenta giorni mentre *The Prevention of Terrorism Act* del 1989, previsto per una delle ipotesi tipica quale quella appunto terroristica. Il termine di un anno, salvo proroga da parte del Parlamento.

²⁴ Sul tema, nella dottrina inglese, C.T. CARR, *Parliamentary Control of Delegated Legislation*; D. HAYHURST, P. WALLINGTON, *The Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation*, entrambi in *Public Law*, risp. 1956, 220 ss. e 1988, 547 ss; in quella italiana una panoramica generale è contenuta in A. MARCHETTI, *Il potere normativo dell'Esecutivo del Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti* n. 3/2018, e G. CARVALE, *L'attività normativa dell'Esecutivo britannico*, in *La Costituzione Britannica*, a cura di A. Torre, L. Volpe, Torino, 2005, 847 ss.

elemento di criticità è rappresentato dall'introduzione dei cc.dd. *Henry VIII powers*, che autorizzano il Governo a poter modificare le leggi del Parlamento con un differente grado di coinvolgimento delle Camere: nel caso di una *secondary legislation* si attiva una *negative procedure* in virtù della quale la legge entra in vigore con la sola firma del ministro a meno che le Camere – o solo i Comuni nella materia finanziaria – entro 40 giorni non approvino una mozione di rigetto; qualora si tratti, invece, di una *primary legislation* il coinvolgimento dell'Assemblea può seguire due strade diverse. Nel caso di *affirmative procedure* entrambe le Camere dovranno avviare il dibattito e la conseguente eventuale approvazione della modifica. Nell'ipotesi di *draft affirmative procedure*, solo qualora lo richieda l'opposizione, si potrà avviare la discussione e giungere alla possibile modifica legislativa²⁵. Il trasferimento della funzione legislativa attraverso tali peculiari clausole produce un effetto antidemocratico²⁶. In più occasioni è stata evidenziata l'importanza e l'utilità di un maggiore accentramento della decisione nelle mani dell'Esecutivo, soprattutto quando ci si trovi in situazioni eccezionali. Tuttavia, le *Henry VIII clauses* devono avere un tempo di applicazione limitato decorso il quale esse spirano automaticamente, sebbene il Parlamento ne abbia approvato un'estensione. La loro funzione principale dovrebbe essere quella di agevolare l'attuazione legislativa ma l'azione dei ministri deve essere sempre sottoposta, per impedire un utilizzo scorretto di tali strumenti, a procedure di approvazione che comportano un pieno coinvolgimento del parlamento. Se analizziamo i dati relativi all'uso delle *negative procedure* durante la fase pandemica, noteremo che ben 134 *statutory instruments* sono passati attraverso la *negative procedure*, 21 attraverso l'*affirmative procedure* e 7 dalla *draft affirmative procedure*²⁷. Non si tratta di una novità e la presenza nella legge anti Covid-19 dei tre elementi in precedenza segnalati – indeterminatezza del termine finale del stato di emergenza, inserimento di ampi poteri delegati cui vanno ricompresi anche le *Henry VIII clauses* – rappresentano una compressione signifi-

²⁵ Un'ampia analisi di tale peculiare legislazione delegata è contenuta in C. FORSYTH, E. KONG, *The Constitution and Prospective Henry VIII Clauses*, in *Judicial Review*, 1/2004, vol. 9, 17 ss.

²⁶ J. HINKS, *Op. cit.*

²⁷ Tali dati sono ricavati dal sito <https://www.hansardsociety.org.uk/publications/data/coronavirus-statutory-instruments-dashboard>.

cativa della sovranità parlamentare (già messa a dura prova della vicenda Brexit e considerata da Dicey in poi l'asse portante dell'ordinamento costituzionale inglese) e del ruolo di controllo che proprio in questi particolari frangenti spetta alle Camere. Quello che al momento è difficile stabilire è se il *Coronavirus Act* rappresenterà uno schema di rapporti fra Esecutivo e Legislativo stabile se non altro perché la crisi pandemica ancor oggi non sembra arrestarsi e se, ove le previsioni degli esperti dovessero essere confermate, potrà essere considerato un utile precedente per tutte le future crisi sanitarie che diverranno, con altissima probabilità, cicliche e frequenti.

3. *La House of Commons al tempo del Covid-19*

Alla questione di un forte accentramento di poteri nelle mani del Governo si è affiancata, durante l'emergenza pandemica, quella della limitata operatività del Parlamento di Westminster. Caso ha voluto che la diffusione del contagio in UK sia caduta in un periodo dell'anno, dal 25 marzo al 26 aprile, in cui entrambe le Camere erano in *recess* e l'attività parlamentare sospesa. Un tempo evidentemente troppo lungo, visto l'aggravarsi della situazione che, di giorno in giorno, si rivelava sempre più complessa rispetto a quanto previsto. Di qui la scelta di anticipare il periodo di chiusura, dal 26 marzo al 21 aprile, e consentire la ripresa dei lavori parlamentari in base a precise norme precauzionali: a) riduzione delle presenze in aula; b) procedure di voto praticate solo a piccoli gruppi per volta; c) le sedute dei *Select Committees* per video-conferenza. L'aggravarsi della crisi sanitaria ha, peraltro, aperto il dibattito, anche in Inghilterra, sulla necessità di introdurre il voto da remoto per ridurre al minimo la possibilità di contagio fra i membri della Camera dei Comuni. Nel dibattito italiano, oggi meno sentito in ragione del superamento momentaneo della fase difficile della pandemia, le critiche all'utilizzo delle nuove tecnologie sono state ancorate all'interpretazione contenuta nell'art. 64 della Costituzione che, inserendo l'inciso "in presenza", sembrerebbe escludere la possibilità della modalità telematica, e ai rischi connessi alla mancanza di trasparenza dei lavori parlamentari²⁸; in Inghilterra, diversamente, con la rapidità e

²⁸ Su tale posizione l'on.le Fiano (cfr resoconto stenografico della seduta 31 marzo della giunta del regolamento della Camera, 7), ma il dibattito ha interessato per

il pragmatismo che caratterizza quella cultura giuridica, la scelta è caduta su un modello ibrido. È stato, infatti, subito chiaro quanto fosse irrealizzabile una soluzione ottimale in una situazione di grandissima complessità e peraltro mutevole di giorno in giorno. Forse anche la vicenda personale di Boris Johnson, vittima del Covid-19, e le implicazioni istituzionali²⁹ che la malattia ha prodotto, hanno spinto a optare per un modello ibrido inizialmente limitato all'attività di *parliamentary scrutiny* – circoscritta appunto alle *Prime Minister's Question, any urgent question and statement* – garantendo la presenza di 50 membri in aula e altri 120 da remoto. Il 21 Aprile 2020, la Camera dei Comuni ha approvato una mozione in tal senso e, il giorno successivo, è passata un'ulteriore mozione che ha permesso il voto anche a distanza sui *substantive proceedings*. In pari data il *leader* della Camera ha presentato un'ulteriore mozione sul voto da remoto, che ha superato il vaglio dei Comuni, nonostante alcuni rilievi mossi dalla *Procedure Committee*, con l'accordo che nessuna votazione avrebbe potuto essere svolta utilizzando la modalità a distanza senza che la suddetta Commissione avesse esaminato lo schema proposto dall'Esecutivo per la sua attuazione. Il 12 maggio l'*House of Commons* ha votato, per la prima volta nella sua storia, in modalità telematica decidendo di prolungare queste procedure, inizialmente previste fino al 12 maggio, fino al 20 maggio. Dal 2 giugno 2020, quando la situazione complessiva si è parzialmente normalizzata, i Comuni sono ritornati alle procedure in presenza con l'adozione delle misure di distanziamento sociale, in linea con le *public health guidance*. In data 4 giugno 2020, la *House of Commons* ha

alcune settimane sia la Camera dei Deputati, sia il Senato. Una ricostruzione analitica delle numerose discussioni *ad hoc* è contenuta nelle numerose in F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla praticabilità di un Parlamento telematico*, in *federalismi.it*; in dottrina assumono una posizione contraria all'utilizzo della tecnologia informatica, ancora F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Op. cit.*, nonché M. LUCIANI, *Op. cit.*, spec. nota 64, 121. Posizioni meno rigide sono state assunte da S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid 19: fiat iustitia e pereat mundus?*, in *laCostituzione.info* 11.03.2010; ID., *Il Parlamento in emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 214 ss.; F. CLEMENTI, *Virus: la democrazia rappresentativa si difende con il voto a distanza*, in *Il Sole 24ore*, 16 marzo 2020; N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto "da remoto" dei parlamentari*, in *openluiss.it*.

²⁹ Sul punto C. MARTINELLI, *Raab è solo il vice di Boris Johnson? Non proprio. Ecco perché*, in *Ilsole24 Ore plus*, 14 aprile 2020.

consentito, a quei membri che autocertifichino l'impossibilità di essere presenti in aula per ragioni di salute o motivi di sanità pubblica legate alla pandemia, di partecipare agli *scrutiny proceedings* da remoto. Tali nuove procedure sono entrate in vigore l'8 giugno e prorogate ulteriormente dal 1 luglio fino al 2 settembre del 2020. La sperimentazione temporanea, senza la drammatizzazione che ha invece caratterizzato altri ordinamenti, del modello *hybrid* è l'ennesima prova della capacità degli inglesi di tenere insieme tradizione ed innovazione in maniera armonica senza che l'una rinneghi l'altra. Il loro pervicace rifiuto di una Costituzione scritta nasce dall'idea che mettere su carta la realtà significa farla nascere già vecchia perché appunto essa è fluida ed in continuo mutamento. Le scelte operate per garantire la continuazione dell'attività parlamentare non rappresenta di certo il vaccino, ma una terapia farmacologica che impedisce almeno per il momento di cantare il *requiem* al parlamento più antico del mondo che da qualche anno a questa parte si è trovato molto spesso nella temperie della storia.

4. *Qualche breve riflessione conclusiva*

Volendo trarre qualche, seppur breve, conclusione appare evidente che la crisi sanitaria e l'emergenza da essa prodotta hanno messo in risalto due tendenze diametralmente opposte con riguardo all'esperienza inglese. La prima è che nella forma di governo parlamentare del Regno Unito per la combinazioni di fattori endogeni – sistema elettorale orientato ad una spiccata prevalenza dell'Esecutivo sul legislativo che ha determinato una lenta erosione del mito della sovranità parlamentare di cui il *Coronavirus Act 2020* è solo l'emblema più evidente – e fattori esogeni – l'incertezza dell'esito della vicenda Brexit e l'imprevedibilità delle condizioni economiche derivanti dall'esplosiva combinazione del divorzio dalla Ue e la crisi sanitaria – si assiste ad un continuo tentativo di marginalizzazione del ruolo di Westminster. L'opzione verso un modello di funzionamento ibrido, pur con tutte le difficoltà e le questioni irrisolte da un punto di vista costituzionale, nella fase più calda della pandemia rappresenta un seppur minimo segnale di reazione a questa sostanziale emarginazione delle Camere. L'utilizzo della tecnologia in un mondo così pervicacemente legato ai suoi riti e tradizioni è il segnale, anche solo simbolico, dell'importanza che il Parlamento continua ad avere nell'ordinamento inglese. È dif-

ficile allo stato dire quale piega assumerà in futuro la forma di governo parlamentare più antica del mondo e per quanto tempo ancora la dominanza dell'Esecutivo sarà la regola e non l'eccezione. L'anomalia della situazione attuale rende visibile le profonde distorsioni che, la mancanza di effettivi *check and balances* producono sul corretto funzionamento del sistema complessivo. Se nelle fasi di crisi è quasi naturale che la decisione sia accentrata per consentire efficienza, efficacia e rapidità di soluzione, rilevanti saranno i momenti di normalizzazione per comprendere quanto l'assenza di confronto, di voci contrarie, costituiscano non un rallentamento dei processi decisionali quanto un'occasione per immaginare scelte che attraverso la mediazione possano realizzare visioni di lungo periodo.

La pandemia ha prodotto, anche a livello giuridico costituzionale un effetto di svelamento di dinamiche già in atto, rendendo tutti coscienti non solo della vulnerabilità dei corpi ma delle fragilità delle faticose conquiste che, da almeno due secoli a questa parte, ha caratterizzato l'area occidentale del mondo. Le limitazioni delle libertà fondamentali, queste ultime considerate scontate prima dell'avvento del Covid-19, ci ricordano che nulla ci appartiene per sempre. Siamo davanti a profonde trasformazioni. Le consapevolezze acquisite in questi mesi dovrebbero guidarci guardando senza nostalgie al passato e facendo attenzione ai pericoli che il futuro immancabilmente ci riserva.

MARIA SARAH BUSSI

L'emergenza Covid-19 e il ruolo delle Corti.
Il principio di precauzione e l'ideale della giustizia sociale
nelle esperienze di Brasile ed India.

«Hubbell, people are their principles»

(Katie Morosky)

S. POLLACK, *The way we were*, 1973

SOMMARIO: 1. L'emergenza Covid-19: certezza del diritto *versus* incertezza scientifica. – 2. Diversità di condizioni, giudizialità e principi. Le Corti quali interpreti del “*transformative role*” delle carte costituzionali di Brasile ed India. – 3. Il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano tra principio di precauzione e rispetto del *pacto federativo*. – 4. La *Supreme Court of India* ed il suo ruolo di garante della giustizia sociale. – 5. Utopie e “altrove”. In luogo di una conclusione.

1. *L'emergenza Covid-19: certezza del diritto versus incertezza scientifica*

Il ruolo delle Corti nelle democrazie contemporanee è una tematica che da sempre impegna la dottrina giuspubblicistica italiana e straniera, essendo stata tuttavia oggetto di rinnovato interesse nell'ultimo ventennio¹.

¹ La letteratura sul tema e, in generale, sul ruolo della Magistratura nelle attuali democrazie è vastissima. Si vedano, *ex plurimis*, A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven-London, 2nd ed., 1986; C.N. TATE, T. VALLINDER (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, 1995; M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; M. BELOV, *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, 2019. Nella dottrina italiana, tra i più recenti, *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, 2004; C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 3^a ed., 2011; M. CAIELLI, E. PALICI DI SUNI, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*,

Nel regime di straordinarietà istituitosi a seguito dell'imposizione di misure di *lockdown* dettate dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, i dibattiti tra gli studiosi di diritto costituzionale hanno riguardato prevalentemente i profili normativi dell'emergenza e, in particolare, il rapporto tra gli Esecutivi e i Parlamenti. Quest'ultimo ha rappresentato, evidentemente, lo spazio teorico in cui si è consumata la torsione tra principi e valori giuridici messi in crisi da un evento epidemico che, ad oggi, ha colpito 188 paesi dell'atlante geopolitico mondiale².

Invero, il ruolo dei Governi, nell'intento di contenere gli effetti – in parte imprevedibili, ma già dichiaratamente avversi – di un fenomeno scientificamente nuovo, si è espanso a discapito di quello degli organi legislativi, sull'onda della celerità richiesta per l'assunzione di decisioni che coinvolgono diritti costituzionalmente garantiti, *in primis* il diritto alla salute. Un tal stato di cose ha determinato la necessità di riflettere sulla tenuta del sistema delle fonti del diritto (perlomeno negli ordinamenti continentali) e, nell'ambito degli stati composti, sulle complesse dinamiche tra i vari livelli di governo, nel quadro delle rispettive competenze³.

Se però, nello scenario delle esperienze europee, l'assenza di ulteriori protagonisti nell'ambito del circuito decisionale dell'emergenza poteva rappresentare un fatto scontato, al pari la postura proattiva assunta dalle corti di vertice di alcuni sistemi extra-occidentali non giunge del tutto inaspettata.

Prima di dare avvio a questa breve riflessione sulle esperienze di Brasile ed India dalla prospettiva del potere giudiziario, si rende necessaria una premessa.

Assago, 2017; L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019; F. BIAGI, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge, 2020.

² Come noto, per un aggiornamento in tempo reale dei dati relativi ai contagi è possibile consultare il *Covid-19 Dashboard* a cura del *Center for Systems Science and Engineering* (CSSE) della Johns Hopkins University, all'url <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> nonché il *Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard* dell'Organizzazione mondiale della Sanità (WHO), all'url <https://covid19.who.int/>.

³ Su tali tematiche si veda, nel presente volume, la riflessione in chiave comparata di F. ABBONDANTE, *Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione e innovazione*, 103 ss. Per i dibattiti relativi al contesto italiano si rinvia alle successive note 17 e 18.

Vi sono due concetti, confliggenti con alcuni dei paradigmi tradizionali propri del mondo del diritto, atti ad offrire una chiave di lettura per le considerazioni contenute nelle pagine che seguono. Si tratta dell'incertezza e della diversità, rispetto alle quali il Covid-19 ci ha trovato impietosamente esposti.

Il riferimento è, in primo luogo, all'incertezza scientifica, che pur non totalmente sconosciuta, non è stata sin d'ora presa probabilmente in adeguata considerazione. Difatti, in una società che «esprime un bisogno sempre più forte di sicurezza, legato all'impostazione culturale e metodologica delle scienze esatte come soluzione a tutti i problemi dell'umanità», ad essa si sono opposte visioni neopositiviste, che si fondano «su una idea di controllo totale da parte della scienza sulla vita dell'uomo e sull'organizzazione sociale»⁴.

Il giurista, colto al varco dall'incertezza scientifica, ricerca delle risposte attingendo allo strumentario teorico della propria «tradizione giuridica»⁵ – che, nel caso del giurista italiano, è costituito da quel complesso di nozioni che sovrintendono alla teoria dell'ordinamento giuridico – facendo pertanto ricorso in primo luogo ad un ideale, definito anche come «una sorta di meta-valore»⁶, ovvero la certezza del diritto.

Paolo Grossi ha definito la certezza del diritto come «una “verità” che ci proviene dal seno profondo della modernità giuridica, una “verità” in cui parecchie generazioni di giuristi – dagli adepti settecenteschi

⁴ Così D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003, 47.

⁵ Il riferimento è evidentemente all'opera di H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it., Bologna, 2011.

⁶ G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, 517 ss. (534 per la cit.). L'Autore sottolinea come nello Stato di diritto la certezza del diritto rappresenti «una sorta di meta-valore, che presiede al funzionamento dell'intero ordinamento giuridico, e che è funzionale alla (o è il presupposto della) realizzazione di tutti gli altri valori perseguiti dall'ordinamento: la tutela dell'autonomia individuale, la sicurezza dei traffici, l'eguaglianza formale», mentre con l'avvento dello Stato costituzionale, questo non scompare, ma acquisisce «una nuova, ulteriore dimensione relativa: è un valore tra gli altri presenti nel pantheon costituzionale, ed entra costantemente nel gioco del bilanciamento con altri valori o principi costituzionali» (*Ivi*, 534 ss.). Sul tema del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale è doveroso il rinvio a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

del credo illuministico ai sacerdoti otto/novecenteschi del culto della legge – hanno convintamente creduto, tanto da proporla come una acme di civiltà giuridica, ineguagliabile e, pertanto, insopprimibile»⁷.

Dalla seconda metà del Novecento in avanti, in un crescendo, la legge ha però ceduto il passo a «strumenti euristici nuovi», ovvero i principi⁸.

Il legame tra principi e diritto post-moderno – quest'ultimo da intendersi come «nuova cultura giuridica»⁹, che muove dalla teoria della post-modernità di J.F. Lyotard e viene riassunta nella formula della «incredulità verso le meta-narrative»¹⁰ – è stata oggetto di analisi in un volume dedicato alla «forza normativa dei principi»¹¹.

La dottrina italiana, richiamando le riflessioni di Modugno sul carattere normogenetico dei principi e il pensiero di Dworkin – il quale «cerca i principi, cui necessariamente si deve ricorrere per decidere gli *hard cases*, nel dato etico di fondo che sorregge una certa compagine sociale» – ha rilevato come un certo superamento delle barriere tra eticità e diritto fosse presente anche nel pensiero di Santi Romano¹².

⁷ P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia Civile*, 4/2014, 921 ss. (923 per la cit.).

⁸ P. GROSSI, *Op. cit.* Come rilevato dal Presidente emerito della Corte costituzionale «si è finalmente, anche se tardivamente, capito che era (e tanto più oggi è) giunta l'ora di deporre dal suo trono intangibile il legislatore, sovrano ormai sterile, e di desistere dal conclamare un assolutismo giuridico decisamente fuori tempo. (...). Le fonti, nella loro compatta scansione gerarchica, vengono tratte dal sacrario intoccabile in cui illuministi e giacobini le avevano collocate, mentre la legge, deposto il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principi» (*ivi*, 942).

⁹ In questo senso, con riguardo alla definizione del diritto post-moderno, D. AMIRANTE, *I principi generali nell'evoluzione del diritto contemporaneo: note minime introduttive*, in *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, a cura dello stesso Autore, Padova, 2006, 9 ss. (12 per la cit.).

¹⁰ Come ricordato da N. DE SADELEER, *I principi ambientali fra diritto moderno e post-moderno* in *La forza normativa dei principi*, cit., 17 ss., che richiama J.F. LYOTARD, *The Postmodern Condition. A Report on Knowledge*, Minneapolis, 1984.

¹¹ Il riferimento è appunto a *La forza normativa dei principi*, cit., a cura di D. Amirante.

¹² A. CERRI, *Considerazioni generali sui principi giuridici e sui valori* in *La forza normativa dei principi*, cit., 65 ss. (71 per la cit.).

Nel prisma del diritto all'epoca della globalizzazione, la recente rilettura de *L'ordinamento giuridico* compiuta da W. Menski, che enfatizza la dimensione etica che nel concetto di "istituzione" si celava, evidenzia quanto quest'opera offra oggi nuova linfa alle teorie del pluralismo giuridico, a patto di un superamento della «avversione positivista all'incertezza giuridica» e la paura del caos connessa al riconoscimento di "altri" ordini legali¹³.

2. *Diversità di condizioni, giudizialità e principi. Le Corti quali interpreti del "transformative role" delle carte costituzionali di Brasile ed India*

Accanto alla certezza del diritto, che cede il passo alla congiunturalità, l'attuale emergenza pone in discussione anche il canone della generalità e dell'astrattezza della norma, richiedendo che siano assunte in misura sempre maggiore decisioni "caso per caso" e riproponendo così, estremizzandole, le caratteristiche del diritto post-moderno.

Questo vede difatti come protagonista l'interprete e in particolare il giudice, per essere la giudizialità «una caratterizzazione forte del passaggio giuridico pos-moderno» e «il lavoro ermeneutico dei giudici l'espressione più genuina di un "diritto vivente"»¹⁴. Ciò ancor di più ove ci si ponga in una prospettiva che guardi alla "giustizia realizzata", quella suggerita da Amartya Sen, che prende le mosse dal concetto di *nyāya* presente negli antichi testi sanscriti al fine di proporre un'elaborazione teorica orientata da un'idea di giustizia «centrata sulle realizzazioni concrete»¹⁵.

Perché a ben vedere, l'avvento del Covid-19, in uno con l'incertezza scientifica, ha richiesto che si tenesse pure da conto della diversità, intesa quale differenza di condizioni che intercorre, perfino nei paesi

¹³ W. MENSKI, *Law as a global entity through Italian eyes and minds*, in *Ethics & Global Politics*, vol. 11, in DOI: 10.1080/16544951.2018.1498701. L'Autore afferma, in particolare, che: «*Romano in English translation, if read carefully, constitutes an important source of lifeblood to inspire new vigour in global plural legal theorizing. I suggested recently (Menski, 2016a) that a major globally present logical and rational foundation for attempts to generate identifiable legal orders may be a lurking latent fear of chaos. This goes much deeper than positivist aversion to legal uncertainty*» (ivi, 11).

¹⁴ Così P. GROSSI, *Op. cit.*, 945.

¹⁵ A. SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it., Milano, 2010, 35 ss. (23 per la cit.).

legati alla *western legal tradition*, non solo tra territori ed aree geografiche, ma altresì tra individui.

Nel panorama italiano, esemplificativamente, l'emergenza ha chiamato al banco di prova – come da altri rilevato – le trasformazioni che negli anni sono intervenute sul terreno della forma di stato a cagione del progressivo allontanamento dal paradigma costituzionale della solidarietà, acuendo le tensioni sorte nel dialogo, mai sopito, tra Nord e Sud¹⁶.

Ancora, il “diritto a ricevere le cure” in un contesto di scarsità delle risorse – un dilemma che attanaglia *ab immemorabili* gli economisti, ma che la straordinarietà degli eventi ha spinto verso l'inimmaginabile – ha lasciato gli operatori in balia di “raccomandazioni” di dubbia accettabilità sotto il profilo etico¹⁷. Tale circostanza imporrebbe forse, a

¹⁶ Come rilevato dalla seconda in S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 7 ss.

¹⁷ Con riferimento alla complessa questione delle cure e sull'impatto dell'emergenza nel prisma dei diritti e delle libertà, si vedano le riflessioni del primo in S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *Op. cit.*, 15 ss., in ordine alle «Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili» della Società Italiana Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI). A queste ultime hanno fatto seguito i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica, contenuti nei documenti «Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”» e «Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale», rispettivamente dell'8 aprile 2020 e del 28 maggio 2020, reperibili su <http://bioetica.governo.it/italiano/>. Sul tema si veda altresì, nel presente volume, il contributo di E. NAPOLITANO, *La dignità del sofferente: etica della cura e principi di razionamento. Diritto alla salute ed emergenza pandemica dall'abrogazione del Patient Protection and Affordable Care Act al documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI)*, 263 ss. Più in generale, la problematica della limitazione dei diritti costituzionali mediante decreti legge, DPCM e ordinanze ministeriali è affrontata tra gli altri da L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE Online*, v. 43, n. 2/2020, disponibile in: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/969>, F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. 3/2020, 253- 271; 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, n. 16/2020, 27 maggio 2020. Una ricca bibliografia giuridica su questa fase, anche con rinvio a risorse *online* è disponibile

monte, di rivedere i principi che presidiano alla razionalità neoliberale che ha fatto dell'efficienza un ideale da perpetuare, anche nel settore sanitario.

Mentre dunque in Italia il decisore politico ha avocato a sé tutte le funzioni connesse alla disciplina dell'emergenza (sebbene il "peso della scelta" sia gravato anche su altri soggetti, oltre a quelli propriamente istituzionali)¹⁸, il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano e la *Supreme Court* indiana, già nella fase embrionale del contagio, hanno contribuito in via interpretativa a definire quali valori costituzionali fossero da considerarsi meritevoli di tutela in via prioritaria rispetto ai molteplici interessi in conflitto¹⁹.

in *Risorse giuridiche sull'emergenza Covid-19*, materiali di bibliografia, aggiornato al 22 giugno 2020, a cura della Camera dei Deputati, 2/2020.

¹⁸ Sul dibattito sviluppatosi con riguardo al sistema delle fonti, specialmente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10 aprile 2020, 109 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, Fasc. I, 2020, 6 aprile 2020, 203 ss.; S. STAIANO *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 16 giugno 2020, 531 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, *ivi*, n. 2/2020, 11 giugno 2020, 558 ss.; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 174 ss. Per quanto attiene all'attività del Parlamento e della Corte Costituzionale al tempo del Coronavirus si vedano *ex plurimis* e oltre alla rassegna bibliografica citata appena sopra, N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, disponibile in www.forumcostituzionale.it, 121 ss. e P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta online*, I/2020, 25 marzo 2020, 158. Una lettura degli equilibri della forma di governo italiana alla prova del coronavirus è stata operata da A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta online*, II/2020, 2 maggio 2020, 255 ss.

¹⁹ Per una ricostruzione, sotto il profilo normativo, delle prime fasi dell'emergenza in queste due esperienze costituzionali si vedano le video schede di P. L. PETRILLO, sul Brasile e di P. VIOLA, sull'India, disponibili nella sezione *Comparative Covid Law - Video schede* del sito web dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, all'url <http://www.dpce.it/comparative-covid-law-video-schede.html>. Con riferimento al contesto brasiliano, B. QUEIROZ CUNHA, *Brazil's COVID-19 Response is Caught Between Denialism and Technocratic Hubris*, in *The Regulatory Review*, 1 giugno 2020; L. NETTO, *The Illiterate Democracy: Brazil's response to the Coronavirus and the human right to science*, in *VerfBlog*, 25 maggio 2020, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200526-013401-0>; T. FITERMAN TEDESCO, R. DIAS, *La emergencia de salud pública internacional derivada*

Nelle pronunce di seguito analizzate riecheggiano, in verità, ideali che appartengono al patrimonio giuridico di questi ordinamenti sin dalla loro genesi e che hanno portato la dottrina ad attribuire alle carte costituzionali di India e Brasile un «*transformative role*» ai fini della rifondazione politica e morale delle rispettive società²⁰. Il tenore di tali decisioni, ove si tenga conto del ruolo svolto dalle due Corti nel quadro degli equilibri costituzionali al tempo della ordinarietà, sembra confermare la “funzione sociale” che caratterizza il formante giurisprudenziale di queste esperienze costituzionali, le quali mostrano una forte vocazione per la tutela (anche per la via giurisdizionale) dei diritti.

Sotto il profilo teorico, rispetto al costituzionalismo che orizzontalmente attraversa il globo, partendo dal tropico del Cancro e giungendo fino a quello del Capricorno, ci si riferisce anche tramite la locuzione di “costituzionalismo del *Global South*”²¹. Tale definizione però – a parere di chi scrive – rischia di svilire, nell’archetipo post-coloniale, l’apprezzamento di questi sistemi come il laboratorio di un costituzionalismo nuovo e diverso.

del Coronavirus (Covid-19) y la reacción normativa Brasileña: un panorama a partir de la ley 13.979/2020, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2020, 765, ma altresì E. BERTOLINI, *Cinquanta sfumature di... negazionismo da Coronavirus*, in *DPCE Online*, v. 43, n. 2/2020, disponibile in <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1045>, che, nell’ambito di una più ampia riflessione in chiave comparata, equipara l’approccio dell’Esecutivo brasiliano a quello statunitense. Sull’India si veda l’approfondita analisi di T. AMICO DI MEANE, *India e Covid-19. Le ambiguità costituzionali di un’emergenza non dichiarata*, in *DPCE Online*, v. 43, n. 2/2020, disponibile in <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1007>; G. BHATIA, *India’s Executive Response to COVID-19*, in *The Regulatory Review*, 4 maggio 2020, e dello stesso Autore *An Executive Emergency: India’s Response to Covid-19*, in *VerfBlog*, 13 aprile 2020, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200413-153127-0>, nonché A. SEKHRI, *Learning to Live with Crisis Governance Long after the Coronavirus?*, 17 maggio 2020, disponibile in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3603202>. Molti dei contributi qui richiamati sono reperibili altresì sul sito web <https://www.comparativecovidlaw.it/>, a cura dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, dell’Associazione italiana di diritto comparato e della Società italiana per la ricerca nel diritto comparato.

²⁰ O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (Eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria-New Delhi, 2014.

²¹ Il riferimento è all’opera di D.B. MALDONADO (Ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, New York, 2013.

La nozione di “*transformative constitutionalism*” appare molto più idonea ad illustrare come la Corte Suprema indiana e il Tribunale Supremo Federale brasiliano abbiano concorso alla accennata istituzione di nuove fondamenta politico-morali di queste società nell’orbita delle loro attuali Costituzioni, dei cui valori le stesse si sono rese custodi.

Tale ruolo ha dato evidentemente vita ad ampi dibattiti, in particolare ove considerato dalla prospettiva della separazione dei poteri di montesquieviana memoria. Le giurisdizioni di India e Brasile sono difatti note per il loro attivismo giudiziario. Si tratta però di un fenomeno che merita di essere rivalutato, abbandonando le ricostruzioni che di esso ne ha dato la letteratura, anche di matrice politologica, orientata dal paradigma statunitense, che lo intende, peraltro, come una mera attitudine del singolo nel giudicare.

3. *Il Supremo Tribunal Federal brasiliano tra principio di precauzione e rispetto del pacto federativo*

In Brasile il *Supremo Tribunal Federal*, con un provvedimento cautelare di natura monocratica reso nel procedimento ADPF 669/DF (avente ad oggetto un’azione di *arguição de descumprimento de preceito fundamental*)²², promosso dal partito politico *Rede Sustentabilidade* e connesso al giudizio per ADPF 668/DF di iniziativa della *Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos*, è pervenuto a vietare la promozione e la diffusione della campagna pubblicitaria

²² Cfr. *Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal*, ADPF 669/DF, Relatore Ministro Luís Roberto Barroso, decisione del 31-03-2020, DJE n° 82 del 02.04.2020. Si vedano i contributi di J.V. CARDOSO, *The Collision between Bolsonaro and the Sovereignty of Science: The Courts Step In*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 9 aprile 2020, all’url <http://www.icconnectblog.com/2020/04/the-collision-between-bolsonaro-and-the-sovereignty-of-science-the-courts-step-in/> e L.A. NOCERA, *L'emergenza Covid-19 in Brasile: Bolsonaro nega il rischio di pandemia. Si aprono scenari di conflitto tra esecutivo e giudici per un programma di provvedimenti in grado di contenere la diffusione del virus*, in *Osservatorio su “Nuovi autoritarismi e democrazie”*, 20 aprile 2020, disponibile in <http://nad.unimi.it/>, che analizzano la decisione assunta il 28 marzo scorso dalla Corte federale di Rio de Janeiro nel procedimento di cui all’*Ação Civil Pública* n. 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ in relazione alla medesima campagna “*O Brasil não pode parar*”.

“O Brasil Não Pode Parar”, sostenuta dal Governo, o eventuali future campagne del medesimo tenore.

In particolare, si legge nel dispositivo della decisione: «*Diante do exposto, recebo a ação da Rede Sustentabilidade. Defiro a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. [...] Determino a intimação do Google, Instagram, Twitter, Facebook, Telegram e Whatsapp acerca da presente decisão*».

Due le premesse da cui muove il relatore onde pervenire alla decisione di concessione della misura cautelare. La prima è di natura teorica, basandosi sulla considerazione che la Costituzione per un verso garantisce il diritto alla vita, alla salute, alla sicurezza e all'informazione (articolo 5, *caput*, XIV e XXXIII; articoli 6 e 196), ma prevede altresì che le campagne delle agenzie governative debbano avere carattere educativo, informativo o di orientamento sociale (articolo 37, §1°). La seconda, di carattere pratico, è che se il distanziamento sociale costituisce la misura raccomandata per la lotta contro la trasmissione del coronavirus, occorre tener poi conto, ai fini di una valutazione dell'opportunità della divulgazione di messaggi che esortino la cittadinanza a proseguire nelle proprie attività ordinarie, della situazione socio-economica brasiliana. La presenza di grandi agglomerati urbani, di molte comunità a basso reddito e di un numero elevato di persone che vivono in condizioni di salute precarie, potrebbero rendere maggiormente gravoso il contenimento del contagio, ad opinione del relatore. Posto dunque che le misure volte a contrastare la diffusione, in contesti di tal fatta, richiedano interventi ancor più urgenti e rigorosi, l'argomentazione utilizzata è che in ogni caso, nell'ambito del Tribunale Supremo Federale, si è sviluppata e consolidata una giurisprudenza, in materia di protezione ambientale e di salute pubblica, orientata ai principi di precauzione e prevenzione. Pertanto, pur ove sussistessero dubbi sotto il profilo scientifico circa l'adozione delle misure di distanziamento, questi dovrebbero risolversi a favore della protezione della salute pubblica.

Qualificata quindi la campagna pubblicitaria “*O Brasil Não Pode Parar*”, in sostanza, come disinformativa, viene sottolineato come, nel caso di specie, non esista una dicotomia tra salvaguardia della salute e tutela dell'economia, come erroneamente si potrebbe ritenere, in quanto, al contrario, la mancata adozione tempestiva di misure restrittive aumenterebbe il rischio di isolamento economico²³.

Nella stessa direzione sembra andare la decisione assunta nel procedimento ADPF 672/DF²⁴ proposta dal Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile (CFOAB) e relativa al conflitto insorto tra i vari livelli di governo circa la gestione dell'emergenza sanitaria. Muovendo dalla considerazione che la Costituzione federale, in diverse disposizioni, individua le regole relative all'esercizio delle competenze in materia di protezione della salute pubblica ed evidenziando come già nel preambolo tra i compiti dello Stato figuri quello di garantire il benessere della società, la misura cautelare viene parzialmente concessa nei termini di seguito sintetizzati²⁵. Il *Supremo Tribunal Federal* chiarisce come non spetti al potere giudiziario valutare la convenienza e l'opportunità dei provvedimenti adottati dal Presidente della Repubblica nell'ambito delle proprie attribuzioni costituzionali, ma è suo dovere verificare l'adeguatezza, rispetto alla situazione concreta, delle scelte operate nell'esercizio di tale discrezionalità, vagliandone la coerenza logica.

Prevedendo gli articoli 23 (II e IX), 24 (XII) e 30 (II) della carta costituzionale, in relazione alla salute e all'assistenza pubblica, una competenza comune tra Unione, Stati, Distretti e Municipi, per cui gli Stati e i Distretti sono titolari di competenze concorrenti, mentre i Mu-

²³ Rispetto tanto all'ADPF 669 che all'ADPF 668 è stata dichiarata successivamente l'estinzione delle relative azioni «*por perda de objeto*» ai sensi dell'art. 21, §1°, del *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* (RISTF), per aver manifestato l'Unione la volontà di non dare avvio alla campagna, per il tramite della Presidenza della Repubblica (nell'ADPF 668) e del Procuratore generale federale (nell'ADPF 669). Si veda *Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal*, ADPF 669/DF, Relatore Ministro Luís Roberto Barroso, decisione del 7.5.2020, DJE n. 114 dell'08.05.2020.

²⁴ Cfr. *Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal*, ADPF 672/DF, Relatore Ministro Alexandre De Moraes, decisione del 08.4.2020, DJE n. 89 del 14.04.2020.

²⁵ La misura cautelare è stata concessa «*ad referendum do Plenário*», ai sensi dell'art. 21-V del *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* (RISTF).

nicipi di una competenza supplementare, gli enti territoriali possono istituire o mantenere in essere misure restrittive durante la pandemia, «*sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário*».

Come chiarito dal Ministro relatore, difatti, l'interpretazione della Legge 13.979/20, contenente le disposizioni volte a dettare le misure necessarie a fronteggiare l'emergenza da coronavirus, richiede l'adozione di una prospettiva che dia effettiva applicazione ai principi della separazione dei poteri e del federalismo, che vengono qualificati come «*cláusulas pétreas*» della Costituzione federale.

4. *La Supreme Court of India ed il suo ruolo di garante della giustizia sociale*

La Corte Suprema indiana, dal canto proprio, ha confermato nei primi momenti dell'emergenza il suo ruolo di “*guardian of the Constitution*”, volendo utilizzare la formula coniata da D.D. Basu²⁶. Si tratta però di una funzione che, in questo contesto, va letta alla luce del legame esistente tra *rule of law* e giustizia sociale, nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali. Essa si esprime invero non tanto nell'esercizio del potere di *judicial review*, quanto nella previsione di cui all'art. 32 della Costituzione, che consente al singolo di adire l'organo di vertice della giustizia indiana, come le *High Courts* statali, «*for the enforcement*» di un diritto fondamentale, tramite il ben noto strumento della *public interest litigation*.

Nell'ambito di tale azione, che si caratterizza per una notevole deformalizzazione processuale e una legittimazione attiva piuttosto ampia, la Corte dispone anche del potere di dare avvio a procedimenti cosiddetti *suo motu*, ovvero di propria iniziativa, sulla scorta di situazioni di cui è venuta a conoscenza tramite, ad esempio, i media.

In questo quadro, la *Supreme Court of India* ha emanato nell'aprile 2020 un *order*, a seguito della proposizione di una azione promossa nel pubblico interesse²⁷, tramite il quale è stata emessa una *ad interim direction* nei confronti dell'Unione affinché, accanto alle strutture

²⁶ D.D. BASU, *Introduction to the Constitution of India*, New Delhi, 2005.

²⁷ Cfr. *Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition No. 10816/2020, Shashank Deo Sudhi v. Union Of India & Ors.*, order del 08.04.2020

pubbliche, anche i laboratori privati effettuassero gratuitamente i test diagnostici del Covid-19.

Il presupposto a fondamento della decisione è che in un momento di calamità nazionale, anche le strutture private «*have an important role to play in containing the scale of pandemic by extending philanthropic services in the hour of national crisis*», in quanto il costo di 4500 rupie non sarebbe sopportabile da gran parte della popolazione, e che conseguentemente «a nessuno può essere negato di sottoporsi al test del COVID-19 in ragione del mancato pagamento dell'importo».

Tale decisione, nella sua straordinaria portata in un'ottica di giustizia distributiva, non è andata però esente da critiche, per non essersi espressa la Corte circa un eventuale diritto di rimborso dei costi in favore dei laboratori privati²⁸.

Solo dopo pochi giorni dalla sua adozione, questa è stata difatti oggetto di modifica con un successivo *order*²⁹ in cui la Corte, chiarendo che l'intento del provvedimento in precedenza assunto era quello di rendere accessibile il test alle fasce economicamente più deboli della società, ha precisato, in primo luogo, che tutti i soggetti che fossero stati in grado di sostenerne i costi avrebbero dovuto provvedere al relativo pagamento. Peraltro, in considerazione dell'*affidavit* depositato dall'*Indian Council of Medical Research* (ICMR)³⁰, in cui si dichiarava che in base alla direttiva emessa dalla *National Health Authority* il test sarebbe stato effettuato gratuitamente anche dai laboratori privati per coloro che potevano beneficiare del sistema dell'*Ayushman Bharat Pradhan Mantri Jan Aarogya Yojana*³¹, la Corte ha ordinato al Governo

²⁸ Sul punto, si veda *Don't have 'wherewithal' to do COVID-19 tests free of cost: private labs in The Hindu*, 10 aprile 2020, nonché *COVID-19 tests must be free in government, private labs: Supreme Court in The Economic Times*, 8 aprile 2020.

²⁹ Cfr. *Supreme Court of India, Civil Extraordinary Jurisdiction, Writ Petition No. 10816/2020, Shashank Deo Sudhi v. Union Of India & Ors.*, *order* del 13.04.2020. Un interessante commento della decisione, che tiene conto della complessità della questione, viene da A. ALLURI e K. PATHI, *India coronavirus: Should people pay for their own Covid-19 tests?* in *Bbc News*, 20 aprile 2020.

³⁰ Sul sito web dell'ICMR (<https://www.icmr.gov.in/>) sono consultabili il documento «*Strategy of COVID19 testing in India*» del 17 marzo 2020 e le sue successive revisioni.

³¹ Trattasi di un sistema di assicurazione sanitaria rientrante nelle politiche pubbliche per la salute, finanziato dal Governo e i cui costi di attuazione sono ripartiti tra

di valutare se ulteriori soggetti (non coperti da tale regime) potessero beneficiare del *free test*, sollecitando sul punto l'emanazione di apposite linee guida. Da ultimo, è stata altresì richiesta l'adozione di linee guida ai fini della determinazione delle modalità di rimborso dei relativi costi ai laboratori privati.

La questione affrontata investe evidentemente la tematica dell'effettività dei diritti sociali, i quali, richiedendo prestazioni da parte dello Stato, impongono valutazioni che tengano conto dei vincoli di bilancio³².

Sotto questo profilo, la Corte, durante l'emergenza, ha dato prova di quanto il principio della giustizia sociale sia rilevante nel contesto costituzionale indiano³³.

Emblematico in tal senso è l'*order* emesso dall'organo di vertice della giustizia indiana a seguito della chiusura nel paese delle scuole e

governo centrale e governi statali, che vede come beneficiari soggetti appartenenti a famiglie a basso reddito.

³² Per uno studio in chiave comparata sulla giustiziabilità dei diritti sociali, anche nell'ambito delle giurisdizioni internazionali, si veda M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2009.

³³ In una prospettiva critica rispetto all'operato della Corte Suprema si pongono le riflessioni di G. BHATIA, *India's Executive Response to COVID-19*, cit. In particolare l'Autore ha osservato, riferendosi agli *orders* emessi dalla Corte tanto nel caso *Shashank Deo Sudbi v. Union Of India* in questa sede analizzato, come nel caso *Harsh Mander v. Union Of India*, che «*These orders are noteworthy because the Supreme Court has historically been interventionist. The Supreme Court has incorporated a number of socio-economic rights into India's Constitution, including the right to health and the right to livelihood. The Supreme Court's present deference is at odds with the institutional role that it has carved out for itself*». Si vedano altresì G. BHATIA, *An Executive Emergency: India's Response to Covid-19*, cit. e A. SEKHRI, *Learning to Live with Crisis Governance Long after the Coronavirus?*, cit. Un quadro estremamente chiaro delle rilevanti questioni su cui si è pronunciata la Corte durante la pandemia è offerto dal movimento per i diritti umani *Citizens for Justice and Peace* e, in particolare, da S. KADAM, *COVID19: Ten most significant decisions of the Supreme Court of India*, 3 giugno 2020, disponibile in <https://cjp.org.in/covid19-ten-most-significant-decisions-of-the-supreme-court-of-india/>, che indica tutti i più importanti casi trattati, che vanno, a titolo meramente esemplificativo, dalla questione del contagio nelle carceri alla condizione dei lavoratori migranti. Con riguardo a tale ultima problematica si veda S. NAGPAL, V. SRIVASTAVA, *India's coronavirus mass migration: How we've misunderstood the Indian migrant labourer*, in *LSE South Asia Centre (blog)*, 3 aprile 2020, disponibile in <https://blogs.lse.ac.uk/southasia/>.

di taluni *Anganwadis*, proprio nell'ambito di un procedimento avviato *suo motu*³⁴. Gli *Anganwadis* sono strutture introdotte dal governo indiano nel 1975, nell'ambito del programma di servizi integrati per lo sviluppo, per combattere la malnutrizione infantile, ma anche per offrire un supporto alle madri nella fase dell'allattamento, in particolare nelle zone rurali e tribali. Provvedendo queste, come gli istituti scolastici, a garantire il regime del *mid-day meal*, la Corte si è preoccupata che l'emergenza e le misure di distanziamento adottate per farvi fronte non andassero a privare i fruitori di questi servizi del sostentamento necessario, determinando l'instaurazione, in pendenza della crisi sanitaria, di un'ulteriore crisi, ovvero quella connessa alla malnutrizione.

Si legge difatti nella decisione, in ordine alle possibili ed ulteriori conseguenze che dal *lockdown* sarebbero potute scaturire, che: «*In that view of the matter, it is necessary, that all the States should come out with a uniform policy so as to ensure, that while preventing spread of COVID-19, the schemes for providing nutritional food to the children and nursing and lactating mothers are not adversely affected*».

Nello stesso senso muove l'*order* emesso nell'ambito del procedimento *suo motu* No. 4/2020, avviato dopo che la Corte è venuta a conoscenza della diffusione del contagio tra alcuni minori residenti presso istituti di protezione nello Stato del Tamil Nadu³⁵. Il provvedimento giudiziale – che contiene un lungo elenco di *directions* nei confronti di varie istituzioni, tra cui i *Child Welfare Committees*, dai *Juvenile Justice Boards* e dalle *Children's Courts*, alle *Child Care Institutions* e, non da ultimo, i governi degli Stati – nel fornire puntuali indicazioni sulle misure da assumere per assicurare il benessere dei bambini, dimostra invero una particolare attenzione anche in relazione ai profili propriamente psicologici dell'isolamento.

5. Utopie e “altrove”. In luogo di una conclusione

In un momento, come quello attuale, in cui la curva dei contagi in Brasile ed India è pressoché all'apice, con una diffusione proporzio-

³⁴ Cfr. *Supreme Court of India, suo Motu Writ Petition (C) No. 2/2020, order* del 18.03.2020.

³⁵ Cfr. *Supreme Court of India, suo Motu Writ Petition (C) No. 4/2020, order* del 03.04.2020.

nale alla ampiezza geografica dei loro territori, non si ritiene di poter formulare delle (neppur provvisorie) conclusioni sul ruolo che le rispettive Corti hanno rivestito durante l'emergenza da Covid-19.

Certo è possibile, allo stato, operare alcune considerazioni, che, in luogo di una conclusione, conservino in un'istantanea ciò che è accaduto nel passaggio dai primissimi esordi dell'emergenza, in cui si collocano i provvedimenti assunti dagli Esecutivi di questi paesi, allo scenario dell'oggi.

Un *excursus* sulle decisioni adottate dagli organi supremi della giurisdizione indiana e brasiliana in una fase in cui *“the worst was yet to come”*, apre la strada a nuovi interrogativi.

Nell'attuale panorama del diritto comparato le “voci del Sud”³⁶ offrono prospettive “altre” che si rivelano un valido strumento in un'ottica di riconsiderazione dei diritti in una dimensione, quella collettiva, che la *western legal tradition* pare aver di recente trascurato.

La Costituzione brasiliana nel proprio Preambolo si propone di garantire l'esercizio dei diritti sociali e individuali, individuando il benessere e lo sviluppo, ma anche l'uguaglianza e la giustizia, come «valori supremi di una società fraterna, pluralista e senza pregiudizi, fondata sull'armonia sociale»³⁷. L'articolo 3 enuncia tra gli obiettivi fondamentali della Repubblica federativa del Brasile quelli finalizzati alla riduzione delle disuguaglianze tanto sociali quanto regionali e la promozione del benessere, mentre l'art. 170 *caput*, stabilisce che l'ordine economico «*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*».

Si tratta di norme il cui tenore va apprezzato nel più ampio contesto del *Título I* e del *Título II* della carta, dedicati rispettivamente ai principi fondamentali – tra i quali assume pregnante rilievo, in seno all'articolo 1, il valore la dignità umana – e ai diritti e le garanzie fondamentali, tra cui figurano i diritti sociali.

Come rilevato da autorevole dottrina «nel campo della protezione dei diritti fondamentali, e dei diritti sociali in particolare, la Costitu-

³⁶ Come definite nella nota opera di W. TWINING, *Human Rights, Southern Voices. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Gbai and Upendra Baxi*, Cambridge, 2009.

³⁷ Si veda *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponibile in <http://www.planalto.gov.br>, *Preâmbulo*.

zione brasiliana ha un contenuto pionieristico, ed il suo ampio ed innovativo catalogo dei diritti riflette soluzioni particolarmente avanzate e recepisce nuove istanze di libertà (e di liberazione) delle società pluralistiche contemporanee»³⁸.

Il Presidente dell'Assemblea nazionale costituente U. Guimarães definì difatti la carta del 1988, tra l'altro, come *Constituição cidadã*³⁹, per aver questa posto la persona al centro dell'ordito costituzionale.

Nella Costituzione indiana l'ideale della *social justice*, enunciato nel Preambolo e ribadito negli articoli 38 e 39, che impongono allo Stato la promozione del *welfare*, permea tanto la Parte III della carta, relativa ai diritti fondamentali, che la Parte IV, concernente i principi direttivi della politica statale. L'articolo 21, che riconosce il diritto alla vita e alla libertà personale, rappresenta la chiave di volta per l'interpretazione di tutte le disposizioni in esse contenute, tenendole insieme in una sorta di *unicum*.

Tale valore costituzionale, invero, ha le sue radici in concetti radicati nella cultura indiana e che richiamano visioni olistiche, come il sanscrito *vasundhara katumbkam* (in inglese “*the world is one family*”), avendo trovato la sua massima espressione nel pensiero di un costituente, R.B. Ambedkar, e di un giudice, V.R. Krishna Iyer.

D'altronde, il principio di uguaglianza nella Costituzione indiana, pur essendo stato elaborato in un clima di contrapposizione tra le tesi propriamente redistributive e quelle gandhiane della “egualianza delle anime”, riveste «un ruolo fondante dell'intero assetto istituzionale»⁴⁰.

Riscoprire dunque “altrove” «l'utopia necessaria di un costituzio-

³⁸ Così P. RIDOLA, *Il futuro delle costituzioni nell'epoca della globalizzazione. Identità nazionale e «stato costituzionale cooperativo» nella Costituzione della Repubblica federativa del Brasile*, ora in ID., *Esperienza, Costituzioni, Storia. Pagine di Storia costituzionale*, Napoli, 2019, 533 ss. (533 ss. per la cit.).

³⁹ Il discorso del Presidente Guimarães – che utilizza anche la locuzione di *Constituição coragem* – è riportato da I. MÁRTIRES COELHO, *Evolução do Constitucionalismo Brasileiro Pós-88* in J.J.G. CANOTILHO, G.F. MENDES, I.W. SARLET, L.L. STRECK (Coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 2013, 61 ss., che, definendo le caratteristiche principali della Costituzione del 1988, sottolinea come questa si presenti anche come “*Constituição-Resposta*”.

⁴⁰ D. AMIRANTE, *Eguaglianza e diversità nel costituzionalismo democratico dell'Unione Indiana*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 20/2017, 1 ss. (9 per la cit.).

nalismo solidaristico»⁴¹ potrebbe contribuire a riportare l'attenzione su taluni paradigmi che pur appartengono al pensiero giuridico occidentale, in un tempo in cui il singolo, chiamato ad adempiere al sacrificio del distanziamento sociale, non può esimersi dal sentirsi parte di una comunità. Una comunità che non può che definirsi globale in costanza di un evento pandemico⁴².

⁴¹ La proposta di ricercare nel *Global South* «l'utopia necessaria di un costituzionalismo solidaristico» viene da E. BUONO, *Costituzionalismo meridiano. «Utopie necessarie» dal Global South per il futuro del costituzionalismo democratico*, in *Sud-Nord. Identità, Sviluppo, Confini*, Mothia. Quaderni di culture mediterranee, a cura di L.M. Alagna, A. Arienzo, vol. 2/2020, Palermo, 221 ss. (242 per la cit.), il cui contributo prende le mosse dall'opera di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

⁴² In quest'ottica Peter de Cruz, nelle conclusioni della sua nota opera, osserva con riguardo al ruolo del diritto comparato sul finire del ventesimo secolo: «*Surely, what comparative law can do is to enable us to look beyond our narrow parochial interests and illuminate our understanding of legal rules and concepts, to remind us that, despite differences in culture, history, law and language, we are all part of the larger community of mankind*», così P. DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, 2nd ed., London, 1999, 496. Il passaggio è richiamato anche da W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context*, Cambridge, 2006, 38 ss., nell'ambito di una più ampia riflessione su globalizzazione e armonizzazione del diritto.

NOEMI MAZZARACCHIO

I ciechi tastano l'elefante (*mangren mo xiang*)
e la libellula si posa sul bocciolo di loto.
La realtà cinese e non la sua retorica

SOMMARIO: 1. *Nomina sunt consequentia rerum*, o della necessità di un linguaggio aderente ai fenomeni da descrivere. – 2. La democrazia «a caratteristiche cinesi». Uno sguardo alle lunghe radici di pensiero del concetto. – 3. La Cina e il Covid-19. – 4. Un precedente: l'epidemia di SARS nel 2002-2003. – 5. Voci da Wuhan.

1. *Nomina sunt consequentia rerum, o della necessità di un linguaggio aderente ai fenomeni da descrivere*

Chiunque – si spera – vuole avere le carte in regola e la coscienza a posto con la lingua, utilizzandola in varia misura per essere battagliero e graffiante, ma sempre giudizioso e persuasivo, anche con quel tanto di anticonformismo necessario per rendere gli idiomi decorosi e gradevoli, oppure giovani, con appendici verbali e neologismi. Sicché parrebbe che non ci sia molto di nuovo da dire a tal proposito.

A ben riflettere però, è invalso da tempo un modo di essere originali, facile e rischioso insieme: favorire per esempio certe grafie, o dare il benvenuto a tutti i neologismi, o strizzare l'occhio a una sintassi più libera. Tanti sono gli esempi di *contravvenzione alla norma* nella narrativa moderna, passata anche in autori autorevoli e fidati. Teniamoci oggi invece nel *giusto mezzo*, considerando che bisogna essere *legalitari* non per pedanteria, ma per l'esigenza di avere una lingua unificata anche nelle minuzie, valutandone la prepotenza degli usi e conciliando la *legge del linguaggio* con il buon senso, senza mai trascurare quel che suggerisce la coerenza.

A chi legge parrà che la scrivente sia intransigente e non a torto: per il fatto che della lingua se ne abusa, si professa favorevole all'intransigenza. Forse al lettore toccherà sopportare la noia di doversi sentir spiegare i barbarismi del linguaggio, per reagire finanche alle mode di una certa politica... e capire il perché di tali mode; per capirne se nascondano altro e che cosa. Le espressioni possono nascondere infatti

ragionamenti molto semplici, o forse anche semplicistici. La pigrizia nel tradurle poi può farle passare per riproduzioni, ad alto livello di fedeltà, di qualcos'altro. E allora l'unico sistema di combattere il pessimo vezzo delle parole *appestate* è ignorarle? Sono melodiose come un colpo di tosse.

Contro questo degenerare e snaturato burocratismo del linguaggio politico che si va diffondendo, bisogna vaccinarsi al ripristino delle parole, buone come una buona terra. La denuncia, la proposta di un linguaggio migliore, si può ancora fare contro la gente predisposta a parlar male, per dirne il male che merita, finanche se in pienissima buona fede. Castighiamo qualche ipertrofico cattivo costume linguistico, respingiamolo: i buongustai della lingua e della formulazione del pensiero apprezzeranno. Dobbiamo raffigurare questo fenomeno di frustrazione e depotenziamento del linguaggio meglio che possiamo. Senza una sola paroletta di riprovazione e di analisi, si finirebbe poi con l'affannarsi a spiegare gli autentici significati dietro la cortina. Se esista infatti qualcosa di brutto, di orribile, di sconsigliabile, è proprio l'indecoroso adattamento alla *peste del linguaggio*. Sia perdonata la lunga citazione integrale che segue di una pagina letteraria (opportuna: si ragiona intorno ad un'epidemia pestilenziale e il suo richiamo è quindi attuale). Ammoniva Italo Calvino, nel proporre *l'esattezza* per il prossimo millennio:

Perché sento il bisogno di difendere dei valori che a molti potranno sembrare ovvii? Credo che la mia prima spinta venga da una mia ipersensibilità o allergia: mi sembra che il linguaggio venga sempre usato in modo approssimativo, casuale, sbadato, e ne provo un fastidio intollerabile. Non si creda che questa mia reazione corrisponda a un'intolleranza per il prossimo: il fastidio peggiore lo provo sentendo parlare me stesso. Per questo cerco di parlare il meno possibile, e se preferisco scrivere è perché scrivendo posso correggere ogni frase tante volte quanto è necessario per arrivare non dico a essere soddisfatto delle mie parole, ma almeno a eliminare le ragioni d'insoddisfazione di cui posso rendermi conto. La letteratura – dico la letteratura che risponde a queste esigenze – è la Terra Promessa in cui il linguaggio diventa quello che veramente dovrebbe essere.

Alle volte mi sembra che un'epidemia pestilenziale abbia colpito l'umanità nella facoltà che più la caratterizza, cioè l'uso della parola, una peste del linguaggio che si manifesta come perdita di forza conoscitiva e di

immediatezza, come automatismo che tende a livellare l'espressione sulle formule più generiche, anonime, astratte, a diluire i significati, a smussare le punte espressive, a spegnere ogni scintilla che sprizzi dallo scontro delle parole con nuove circostanze. *Non m'interessa qui chiedermi se le origini di quest'epidemia siano da ricercare nella politica, nell'ideologia, nell'uniformità burocratica, nell'omogeneizzazione dei mass-media, nella diffusione scolastica della media cultura.* Quel che mi interessa sono le possibilità di salute. *La letteratura (e forse solo la letteratura) può creare degli anticorpi che contrastino l'espandersi della peste del linguaggio.*

Vorrei aggiungere che non è soltanto il linguaggio che mi sembra colpito da questa peste. Anche le immagini, per esempio. Viviamo sotto una pioggia ininterrotta d'immagini; i più potenti media non fanno che trasformare il mondo in immagini e moltiplicarlo attraverso una fantasmagoria di giochi di specchi: immagini che in gran parte sono prive della necessità interna che dovrebbe caratterizzare ogni immagine, come forma e come significato, come forza d'imporsi all'attenzione, come ricchezza di significati possibili. Gran parte di questa nuvola d'immagini si dissolve immediatamente come i sogni che non lasciano traccia nella memoria; ma non si dissolve una sensazione d'estraneità e di disagio. Ma forse l'inconsistenza non è nelle immagini o nel linguaggio soltanto: è nel mondo. *La peste colpisce anche la vita delle persone e la storia delle nazioni,* rende tutte le storie informi, casuali, confuse, senza principio né fine¹.

L'uso-abuso della norma del linguaggio non è del solo cronista e del *quivis de populo*, è specialmente l'uso-abuso che ne fa lo studioso di Cina ed il politico fintamente riformista. Il contatto della parola con il suo uso dev'essere certo, tempestivo e pertinente, specie in ambito non letterario, ad opera dei politici, dei burocrati in genere, dei giornalisti, quando non anche dei frettolosi, dei noncuranti, degli sparagnini autori di studi specifici di settore sulla Cina, dei giuristi. Poiché non di una partita di calcio tra squadrette di borgata si tratta, occorre che non ci si riduca a miseri scribacchini. Che non risultino a nostro carico peccati di lingua.

Insomma, sembrano quanto meno strane certe presenze nella selva del linguaggio politico-giuridico cinese *riportato in italiano tal quale*,

¹ I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, 1988 (corsivi nostri). Per una successiva riflessione analogamente orientata di uno scrittore italiano, si legga G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Milano, 2010.

per il carattere estremamente tecnico della terminologia che si intende adoperare male. Il carattere tecnico, qualora invece esegua con puntualità il suo compito, verifica sin dalla correttezza della prosa se il politico linguaiolo ed il suo corteo di giuristi razzolino come predicano, poiché – come pure è di comune esperienza rilevare – la rispondenza non è sempre vera, e tanto accade anche senza nemmeno mettersi al sicuro con una coppia di virgolette. Sulla lingua prima o poi cascano anche i grandi.

Va rilevata una forma ossessiva di invadenza dei nomi in campi a loro non pertinenti e bisognerà “ridimensionarli” e razionarli nel loro (ab)uso che finisce per collocarli, con troppa audacia, al disopra della lingua stessa, a uso e consumo del bene e del male che sfidano in campo, senza fare più testo per l’onestà dei discorsi. Sfuggono al vaglio della validità semantica, e non ogni arbitrio, ogni incoerenza, ogni tautologia sono guizzi perdonabili di personalismi e di civettuola *presunzione di specialità*. Il rilievo non è fatuo, difende i piccoli come i grandi pensatori, difende la chiarezza dei dialoghi. Parlare e scrivere sono anch’essi un mestiere del corretto ragionare.

E, s’intenda bene, non si tratta affatto – come ebbe a scrivere Tiziano Terzani² – di «dover imparare il modo corretto di pensare e, certe cose, non poterle neppure pensare», ma di una operazione di serietà terminologica e proprietà lessicale che dischiude infinite soluzioni alla libera facoltà di pensare e produrre risultati.

Insomma, della lingua non può farsene “il comodo proprio” e ci si può emancipare da certi “complessi” di fronte ad essa, comprendendo tutto quanto è capace di concedere. La lingua, *le lingue* sono armi, sono pietre; possono accordare rivincite, non debbono dar luogo a malintesi. Che ciascuno possa sentirsi difeso dalla lingua, convinto dal suo uso, soddisfatto dalla sua lealtà, evitandosi di coltivare una prosa abborracciata, disinvolto ricettacolo di ogni bruttura. È eccessivo accogliere alcune espressioni, che vanno quanto meno *chiarite* e finanche *rifondate*, già troppo diffuse nell’esposizione di contenuti *sottesi e/o fraintesi*. Rifuggiamo dal trito e cominciamo ad aggiungere qualcosa a quest’analisi. Potrà forse aiutare a spezzare maldestre abitudini espressive.

² T. TERZANI, *La porta proibita*, Milano, 1984.

2. *Della democrazia «a caratteristiche cinesi». Uno sguardo alle lunghe radici di pensiero del concetto*

Studiosi, narratori, giornalisti, uomini politici attingono – nel raccontare la Cina – a *slogan* della propaganda; va da sé che più ne attingono più compiono opera di propaganda piuttosto che di analisi, di narrazione, di informazione, di cooperazione o di contrasto.

È presente più volte la locuzione – ormai assurda da tempo quasi a funzione di appendice immancabile, di suffisso debito – “*a caratteristiche cinesi*” (*zhongguo tese*) nel parlare di socialismo, di capitalismo, di democrazia in Cina: socialismo a caratteristiche cinesi (*zhongguo tese shehuizhuyi*), capitalismo a caratteristiche cinesi (*zhongguo tese zibenzhuyi*), democrazia a caratteristiche cinesi (*zhongguo tese minzhu*), allo stesso modo in cui si direbbe di specialità gastronomiche (*zhongguo tese meishi*) o di unicità di stile architettonico (*zhongguo tese jianzhu*).

Ma si attribuiscono a tali “socialismo”, “capitalismo” o “democrazia” delle caratteristiche come fossero aspetti nuovi di fronte ai “confratelli” di genere? Sempre più raramente e difficoltosamente nel caso dei confratelli-coltelli socialismo e capitalismo, e senza invece alcuna anche vaga somiglianza nel caso della consorella democrazia. La generosità dei termini muniti di appendice è davvero eccessiva. Il risultato non è limpido.

Detto altrimenti, lo studio dei caratteri o del carattere di un dato tipo non deve allontanarsi dal tipo cui si fa riferimento, o senza dubbio si rischia di ingenerare (e si ingenera davvero) una gran confusione.

Mille difetti si potranno rimproverare alle democrazie, ma non che esse non pongano a loro base la compresenza di alcuni caratteri: se è vero infatti che la democrazia è un fenomeno politico complesso, di cui ancora si discute se esista una definizione univocamente accettata, oggi alla classica formula «potere dal popolo, del popolo e per il popolo» viene anche affiancata la definizione fornita da Schumpeter, secondo cui essa «è un assetto istituzionale per giungere a decisioni politiche, nel quale alcune persone acquistano il potere di decidere attraverso una lotta competitiva per il voto popolare».

Molto si è scritto e detto del *fazhi* (nella sua duplice scrittura 法制 e 法治, perfettamente omofona, ma semanticamente non equivalenti).

te)³, poco o nulla si sta scrivendo e dicendo della più recente invasione mediatica di cui è oggetto in Cina il termine *minzhu* (democrazia), adoperato finanche senza l'appendice locutoria "con caratteristiche cinesi".

Il 4 giugno 2020 sono caduti trentuno anni dall'*incidente* di piazza Tiananmen (*Tiananmen shigu*), anche noto in Cina come l'avvenimento del quattro giugno (*liu si shijian*), una delle cui immagini emblematiche rimarrà Wang Weilin, il giovane solo e calmo, ritto innanzi al primo di una fila di carrarmati, lungo il viale della Lunga Pace a Pechino, e per questo ribattezzato poi "uomo carrarmato" (*tanke ren*). Tutto allora accadde e precipitò in un mese e mezzo⁴ e ancora vi è chi ritiene che un Paese «agricolo, impoverito e scarsamente istruito come la Cina non possa sostenere la democrazia»⁵, sottolineando che chi ci vive non

³ «Fu grazie allo sviluppo e alla depoliticizzazione delle istituzioni giuridiche intervenuti nel primo decennio di riforma che, nel linguaggio della dottrina giuridica cinese degli anni Novanta cominciò a essere utilizzato sempre più frequentemente un termine omofono del *fazhi* (法制) "sistema legale": *fazhi* (法治), "governo della legge", forma abbreviata dell'espressione, di antichissima origine legista, *yifa zhibu*, "governare il paese per mezzo della legge". Nel giro di poco tempo, tale termine sarebbe entrato prepotentemente nel linguaggio ufficiale come in quello comune, in quello accademico come in quello dei media. Tradurre questo *fazhi* (法治), che è anche utilizzato dal legislatore costituzionale nel menzionato emendamento del 1999, come "governo della legge" o *rule of law*, rischia di essere eccessivo e di trarre in inganno l'osservatore occidentale che [...] tende ad attribuire a quell'espressione i contenuti dettati dalla propria esperienza storica e culturale. Meglio dunque mantenere l'accento sull'utilizzo strumentale che il Partito Comunista fa del diritto e renderlo come *rule by law*, governo "per mezzo" della legge» (R. CAVALIERI, in *Germogli di società civile in Cina*, a cura dello stesso e di I. Franceschini, Milano, 2010, 59), non mancando di notare assieme all'autore che «le questioni etimologiche non riguardano tanto il fenomeno in atto in Cina, quanto la nostra capacità di comprenderlo». Un grande problema è tradurre il linguaggio, dunque, perché l'operazione traduttologica acriticamente condotta è capace di svilire i contenuti veicolati. L'emendamento costituzionale menzionato, del 15 marzo 1999, comportò l'aggiunta all'art. 5 della Costituzione cinese di un comma che sancisce l'adozione del principio di legalità nella costruzione di uno Stato socialista di diritto.

⁴ Studenti si sollevarono anche a Nanchino, città capoluogo della provincia del Jiangsu.

⁵ In questo nostro volume di dialoghi, pare opportuno invitare il lettore anche a reperire un articolo su carta stampata non troppo datato, firmato da N. D. KRISTOF per il *New York Times*, del 2 giugno 2004 (dal titolo *The Tiananmen Victory*). Il giornalista

sia preparato per la democrazia, quando invece per essa rischia la vita. Piuttosto che parlare di “sciocchi studenti” (*sha xueshengmen*)⁶, squalificando i loro desideri di cambiamento e di riscatto, bisognerebbe continuare a interrogarsi su quali “caratteristiche cinesi” rendano effimere e non percorribili soluzioni alternative ad un regime politico che risponde in modo immancabilmente repressivo e implementando anche un apparato di sorveglianza sempre più tecnologicamente avanzato⁷.

Quel che permette di immaginare e di strutturare mondi nuovi e società diverse, rendendo sempre possibili molteplici traiettorie al percorso delle esperienze storiche, sono le idee e le ideologie.

Idee e ideologie contano nella storia. Esse riformulano e reinventano le disuguaglianze, nel tempo e nello spazio, continuamente. Certo, contrasti di idee, di aspirazioni e di interessi sociali sono di pungolo alla democrazia e le democrazie a menti superficiali possono apparire disordinate⁸, ma in esse vale il riconoscimento della persona umana,

era lì, testimone di quegli eventi, e ricorda i guidatori di risciò raccogliere i corpi dei giovani studenti morti e feriti, salvando anche molte vite perché li trasportarono negli ospedali.

⁶ Si legga D. B. COLOGNA, *La gioventù in rivolta, primum mobile della storia cinese degli ultimi cent'anni*, in *Orizzonte Cina, Rivista trimestrale di politica, relazioni internazionali e dinamiche socio-economiche della Cina contemporanea*, consultabile al link: www.orizzontecina.it.

⁷ Il Parlamento Europeo nel mese di marzo scorso ha peraltro espresso il bisogno di democrazia e trasparenza nella sfida posta dall'intelligenza artificiale: «La sfida dell'intelligenza artificiale è la sfida di una nuova rivoluzione industriale. Abbiamo perciò molto bisogno di democrazia e trasparenza in questo fondamentale processo che cambierà le vite di tutti». Si legga in proposito G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

⁸ A tal proposito, mi piace richiamare un passaggio del discorso tenuto al Parlamento spagnolo a Madrid nel 1980 da Sandro Pertini: «L'umanità è nata libera e libera deve restare. La libertà è un bene prezioso inalienabile e deve essere custodito gelosamente e difeso costi quel che costi. Certo, la democrazia presuppone contrasti di idee, di aspirazioni, di interessi sociali, ma nel Parlamento essi hanno il loro più alto confronto. Necessaria è una maggioranza, ma è altrettanto necessaria una opposizione. Uno degli artefici dell'Unità, Camillo Benso di Cavour, rivolgendosi un giorno al suo più tenace avversario affermò: “Onorevole Valerio, io ho bisogno dell'opposizione e se essa in questo Parlamento non esistesse, sarei io a crearla”. L'opposizione controlla

alla quale peraltro – sia in quanto atomo singolo dotato di propria personalità e aspirazioni, sia in quanto partecipe di comunità e formazioni sociali – si richiede anche un preciso dovere di solidarietà (politica, economica e sociale), al contempo *ricoscentole* e garantendole (e men che mai attribuendole, come avverrebbe da sovrano a suddito) diritti inviolabili in quanto uomo e in quanto donna (come ci insegna l'art. 2 Cost. italiana), per giunta accogliendo un principio di *ius naturale*. Il giusnaturalismo postula infatti l'esistenza di principi eterni e immutabili, connaturati alla persona umana, cui il diritto (*ius positum*) si ispirerebbe traducendoli in norme.

Ciò detto, si intende smentire la correttezza della locuzione “democrazia a caratteristiche cinesi”, equivalente ad una ossimorica democrazia secondo i dettami del partito comunista cinese, evidente compimento, sotto profili e formali e sostanziali, di una *reductio in peius*, di una distorsione caricaturale, di una scaltra o burlesca faciloneria. Bisogna proprio emancipare i linguaggi dal giogo dei luoghi comuni e degli slogan ripetuti tra parlanti culturalmente diversi, ma

la maggioranza, ne è di pungolo: qui ogni contrasto sociale può placarsi in una sintesi giusta che rispecchi le ansie, le aspirazioni, gli interessi del popolo, al quale ogni membro del Parlamento deve sempre rispondere perché del popolo non è che il mandatario. E bisogna che gli eletti ascoltino l'elettore; ascoltare bisogna chi vuol vedere risolti i suoi problemi di ogni giorno: la necessità del lavoro, di un tenore di vita dignitoso, di una casa confortevole, ove trovare il meritato riposo dopo una giornata laboriosa, il bisogno di curare la propria salute e di adornare di cultura la propria mente e di sentirsi tutti figli eguali e non discriminati dalla patria, che non può essere madre per alcuni e matrigna per altri, ma madre premurosa con tutti. Lo Stato deve essere giusto ed incorrotto; forte ed umano: forte con i colpevoli, umano con i deboli. Certo, ove non esiste un regime democratico questi confronti e questi contrasti non si hanno. Le democrazie a menti superficiali possono apparire disordinate; le dittature invece appaiono ordinate; nessuna protesta, nessun clamore da esse si leva: ma è l'ordine delle galere, il silenzio dei cimiteri. No, alla più perfetta delle dittature io preferirò sempre la più imperfetta delle democrazie. Noi ci siamo battuti tutta la vita, pagando alti prezzi, perché ogni cittadino sia sempre un uomo in piedi padrone dei suoi sentimenti e dei suoi pensieri e non un servitore in ginocchio. I popoli non siano tramutati in armenti, ma siano rispettati nella loro dignità di esseri pensanti, i quali attraverso competizioni e contrasti non solo inevitabili ma utili e necessari all'umano progredire, si avviano verso un domani di libertà sicura, di vera giustizia sociale, di pace nel mondo. Difendere la libertà è un dovere di ogni cittadino. [...] Ma non consentiremo mai alla libertà di uccidere la libertà» (consultabile al link: www.fondazioneperini.it).

tecnicamente tenuti al rigore dei concetti. I termini rispettivamente usati dalle parti debbono essere consequenziali e conformi alla realtà dei fenomeni che intendono evocare o descrivere, secondo lo stesso proposito che fu di Giustiniano nelle sue *Institutiones: nomina sunt consequentia rerum*⁹.

Nel pensiero cinese esiste una terza tradizione filosofica o corrente mistica che ebbe a competere con il pensiero confuciano ed il pensiero legista: il pensiero taoista. Non acquisì mai rilievo politico nell'antica Cina per la sua professata distanza dall'azione politica, tuttavia non per questo demerita un riguardo: esso infatti contemplava uno stile di vita regolato da universali principi etici che potremmo definire giusnaturalistici e che intendevano ottenere l'osservanza anche degli uomini di Stato e di governo. Ciononostante, al pari del confucianesimo e del legismo, neppure il taoismo intendeva organizzare la società sulla base di regole di creazione umana e dunque sul diritto. Sia il confucianesimo, sia il legismo influenzarono invece il modo in cui la Cina si governò, per oltre duemila anni, ed entrambi contribuirono alla natura autocratica della storia politica cinese. Il confucianesimo divenne *de facto* l'ideologia ufficiale delle dinastie al potere, mentre l'influenza della scuola legista condusse all'ampio uso della legge penale quale strumento di controllo dei governanti sui governati. Sia il *fazhi* (*rule by law* di matrice legista) sia il *lizhi* 礼治 (*rule by man* o *rule by virtue* di matrice confuciana) contraddissero l'autentico spirito che da noi è sotteso alla *rule of law* della *Western legal tradition*. Il *lizhi* enfatizzò il ruolo di una *leadership* etica e morale condotta da un regnante virtuoso; il *fazhi* cercò unicamente di galvanizzare il controllo dello Stato sulla società, mai ponendo l'accento sulla necessità di congegni di controllo esterni sullo Stato e sui suoi governanti, mai postulando una loro soggezione alla legge, a quelle che noi definiremmo le *ragioni del diritto*.

Eppure, nonostante tali evidenze, rilevate dagli stessi studiosi cinesi¹⁰ con lucida esattezza, la tradizione confuciana non fu mai favorevole

⁹ Nota la citazione che ne fa Dante (*Vita Nova* XIII, 4): «Con ciò sia cosa che li nomi seguitino le nominate cose, sì come è scritto: "Nomina sunt consequentia rerum"».

¹⁰ Ad esempio, il professore di storia del diritto presso la *Chinese University of Politics and Law* di Pechino Yang Hefu critica l'enfasi posta dal confucianesimo sulle virtù. Nota infatti come «il governo per mezzo della virtù» abbia ritardato per duemila

a sovrani dispotici. Come rileva Zhang Bohui, professore di scienze politiche presso l'ateneo Lingnan di Hong Kong, Confucio predicava ai suoi discepoli (ed ai governanti stessi) che i governanti dovessero essere equi e giusti per potersi dire virtuosi. Confucio stesso, l'*insegnante delle diecimila generazioni*, viene da allora ancora oggi ritenuto un re non coronato (*wu mian zhi wang*), *su wang* (re degli elementi), *colui che del re non aveva il titolo, ma possedeva l'autentica sostanza*, a voler esprimere la dimensione enorme dell'influsso del suo pensiero e del suo esempio sul mondo intellettuale e politico cinese. Tale pensiero, riportato nei *Dialoghi*, fu sviluppato dal suo primo continuatore, Mencio (372-289 a.C.)¹¹ – che sembrerebbe in rapporto a Confucio come Platone a Socrate – nella teoria del “mandato celeste” (*tianming*), attribuendo agli strati feudali in sottordine (il popolo) una sorta di diritto di resistenza al sovrano, un “potere negativo”: «gli oppressori e gli scellerati sono uomini comuni. Ho sentito dire che è stato punito un individuo di nome Zhou, non che è stato mandato a morte un sovrano», si legge da uno scritto di Mencio. Michelangelo avrebbe a sua volta scritto, nel Cinquecento italiano, con immagine di estrema bellezza e vividezza: «Come fiamma più cresce più contesa dal vento, ogni virtù, che il cielo esalta, tanto più splende quant'è più offesa».

La dottrina politica di Mencio legittimò la fine della dinastia Zhou, che dal maestro Confucio, nell'epoca del suo massimo fulgore, tanto era stata prediletta. Era infatti lecito sovvertire le gerarchie e ribellarsi al sovrano che mostrandosi iniquo e ingiusto non potesse sposare con la sua condotta la regolazione del mondo. Il rinnovamento – nell'incessante variazione del tutto in rapporto alle circostanze – era contemplato ed esprimeva bene i *desiderata* del Cielo. La rivolta diveniva dunque come pioggia propizia, *jishi yu*, *pioggia che cade al momento*

anni lo sviluppo in Cina di una cultura giuridica, giacché «ha ommesso l'importanza dell'utilizzo del diritto per regolare la società e lo Stato». O ancora, il direttore del Law Institute dell'Accademica cinese di scienze sociali di Pechino Xia Yong addebita in particolare al confucianesimo il demerito di aver equiparato il ruolo della virtù ed il ruolo del diritto, con ciò generando la problematica assenza di separazione tra diritto e virtù nel pensiero giuridico tradizionale cinese. Si legga Suisheng Zhao, ed., *Debating Political Reform in China - Rule of Law vs. Democratization*, New York, 2006.

¹¹ Si legga M. SCARPARI, *La concezione della natura umana in Confucio e Mencio*, Venezia, 1991.

giusto, aiuto provvidenziale alla palingenesi sociale politica e morale, al rinnovamento dell'individuo Figlio del Cielo (*tianzi*) e con lui del cosmo intero, in un eterno ritorno alla virtù del dire e del fare¹².

Confucio ebbe dunque il demerito di focalizzarsi solo su una deferente obbedienza di tipo esteriore ai precetti, piuttosto che anche sul miglioramento intimo del carattere degli uomini¹³, ma ebbe l'indiscusso merito, e ancor più dopo Mencio, di aver indicato un carattere del governante degno: il buon esempio. La virtù del governante «era quella che, aleggiando sul popolo, riuscisse a trasformarlo proprio come fa il vento soffiando sull'erba e piegandola al suo passare»¹⁴.

Ossia: un gentiluomo porta alla luce quel che c'è di buono nella gente, non quel che c'è di cattivo. Un uomo volgare fa il contrario poiché la virtù del gentiluomo è quella del vento e la virtù del popolo quella dell'erba. E l'erba si piega solo al vento.

Pertanto, se, sempre seguendo l'insegnamento di Confucio, volessimo tentare una rettificazione dei nomi (*zhengming*)¹⁵, utilizzando

¹² Si rinvia anche al nostro *Il pensiero giuridico cinese delle origini*, in *Diritto & Religioni*, 2013.

¹³ *Confucius rejected law as a means for attaining social order because it focuses on external compliance only, not the internal betterment of human characters*. ZHANG BOHUI, *Toward the Rule of Law - Why China's Path Will Be Different from the West*, in *Debating Political Reform in China*, cit.

¹⁴ *His virtue was to sweep over the people and transform them just as the wind blowing over long grass bends them as it passes*. Così ZHANG BOHUI, *Ibidem*.

¹⁵ Si riporta tradotto uno dei passi più celebri dei *Dialoghi* (*Lunyu*) «Zilu chiese: "Poniamo il caso che il sovrano di Wei vi attenda per affidarvi un incarico di governo: che cosa fareste dapprima?". Il Maestro rispose: "Indubbiamente restituirei ai nomi il loro significato (*zheng ming*)". "Come siete astratto!", osservò Zilu. "Cosa vuol dire restituire ai nomi il loro significato?". Il Maestro disse: "Quanto sei incolto, Zilu! Un gentiluomo preferisce tacere sulle questioni che ignora! Quando ai nomi non è conferito il giusto significato, il discorso si fa incoerente e, se il discorso è incoerente, non si perviene a nulla; se non si perviene a nulla, antiche norme rituali e musica (*liyue*) non possono fiorire; se le antiche norme rituali non fioriscono, leggi e punizioni (*xingfa*) non saranno applicate correttamente; se leggi e punizioni non si applicano correttamente, ecco che il popolo non sa dove poggiare mani e piedi. Perciò, solo quando un gentiluomo stabilisce per una cosa un preciso nome, tale nome potrà essere pronunciato e, una volta pronunciato, tradursi in azione. Ecco perché egli, nell'esprimersi, è prudente». Si veda *Dialoghi* 13.3, trad. di Attilio Andreini, nonché per approfondimenti, A. ANDREINI, *Alcune considerazioni sulla natura del pensiero giuridico cinese*

termini che riflettano la sostanza della fattispecie *de qua*, potremmo certo accompagnare all'educazione all'appropriatezza morale (il *dao*, principio di ordine cosmico da cui discendevano i criteri etici) del gentiluomo e al senso di vergogna (*chi*) per le proprie inadempienze, anche una visione cinese di responsabilità – non penale, né civile, ma politica – del governante: il riconoscimento sul piano etico e dottrinale, nel pensiero tradizionale cinese, della responsabilità politica del governante come tratto non contingente ma implacabile del dovere di esemplarità della sua condotta.

Nel tentativo di segnare una crisi dei paradigmi fissi negli studi cinesi come chiave di lettura fin troppo enfaticizzata (talvolta lo è anche la contrapposizione tra il rito e la legge, tra *li* 礼 e *fa* 法) e persino, volendo per il momento sospendere la ricerca di eventuali e possibili contaminazioni di idee tra Cina e Occidente, la nettezza manichea con cui si sfugge alla coscienza specifica dell'uomo cinese riguardo alla responsabilità politica dei suoi governanti e alla possibilità di sollevarli dal loro ruolo (rovesciandone il mandato, *geming*) va contestata.

In Cina non esiste alcuna melmosa pace dei sensi o armonia sul tema degli ideali di governo, ma una vivace tensione dialettica tra studiosi e intellettuali, che in Italia non sempre trova debita rappresentazione. Della Cina si continua a condurre una sorta di narrazione mitica, retorica, lontana dalla frastagliata coscienza cinese che, allo stesso modo di Confucio e Mencio, si solleva contro l'*incubo* di un dominio del "grande *leader*" che attui cicli di governo repressivo, attraverso un'educazione che stigmatizza concezioni meno zelanti, aperte alla *digmità del vento e dell'erba* e al cambiamento.

In uno studio di diritto comparato sulla *rule of law*, il professore Xia Yong ha precisato il ruolo vitale di un sistema di pesi e contrappesi politici tra gli uomini di governo, quale preconditione per l'effettività di uno Stato di diritto in Cina. «*The most important institutional check on the absolutistic tendency was the Parliament, where English lords and gentries eventually foiled the kings' efforts to defy the rule of*

antico, in *Diritto, cittadini e potere in Cina. L'evoluzione del diritto cinese fra tradizione e modelli internazionali*, in *Sulla via del Catai, Rivista semestrale sulle relazioni culturali tra Europa e Cina*, anno VIII, a cura di R. Cavalieri, V. Bellomo, S. D'Attoma, numero 12, marzo 2015.

law»¹⁶ scrive, assegnando al Parlamento, quale sede di confronto del pluralismo politico inglese (e “parlamento” nasce etimologicamente da “parlare”...), il più importante tra i ruoli istituzionali: di limite al potere assoluto e di impedimento (il termine inglese *to foil* potremmo tradurlo *sventare*, nel senso – sia etimologico, sia simbolico di *s-ventare* – di togliere potere al vento) alle azioni dispotiche di elusione e di sfida alla *rule of law*.

Lo studioso non è solo e Zhang Bohui non ne ferma l'analisi; la prosegue facendo un salto indietro, ai tempi degli Stati Combattenti (*zhan guo*, dal finire del V secolo a.C. fino al 221 a.C.) in cui la Cina *went through a state revolution* (attraversò una rivoluzione della sua forma di Stato) divenendo sotto i Qin un impero ispirato dalla influenza dottrinale dei legisti.

Influenzato da studiosi di stampo legista quali Shang Yang e Han Fei, il sistema politico cinese venne fortemente centralizzato e dotato di un apparato normativo scritto che consacrò storicamente la mancanza di pluralismo politico e di quelle forze centrifughe che invece caratterizzarono e definirono l'identità europea.

Inevitabile, secondo lo studioso, che il sistema autocratico cinese risultasse incapace di autopromuovere l'ascesa del diritto come misura della giustizia e dell'eguaglianza, e *the only challenges to the system were either foreign invasions or peasant rebellions* (le uniche sfide al sistema potevano provenire o da invasioni straniere o da rivolte contadine) che iniettassero la pratica di un governo soggetto al Cielo e al diritto, secondo ragione e coscienza, e di una società civile maggiormente autonoma, al contempo *decentralized, polyarchical and cellular*: decentralizzata, poliarchica e cellulare.

Dunque responsabilità politica, funzione parlamentare di *s-ventamento* dei dispotismi e una prima idea di democrazia quale *poliarchia cellulare* (ove per poliarchia si intende un modello di democrazia pluralista articolata sulla diffusione del potere politico e dei relativi contropoteri all'interno di una struttura sociale che, mentre assegna il potere politico a *più* persone – pluralità di soggetti politici – si riconosce anche *cellulare*, a mo' di tessuto organizzato sulle persone quali sue unità fondamentali) sono temi propri anche al pensiero cinese antico e contemporaneo.

¹⁶ *Ibidem*.

Si ritiene inoltre, da parte di più studiosi del Paese, che la suggestiva ipotesi che la Cina possa approdare allo Stato di diritto in assenza di democrazia sia irrealistica¹⁷. Questo perché, in assenza di democrazia, il più notevole degli impedimenti rimarrebbe l'attuale utilizzo strumentale, da parte dello Stato-partito, delle istituzioni culturali e giuridiche, intrappolate in una gabbia¹⁸. Solo la democrazia – si sostiene – fornirebbe i necessari *checks and balances* all'azione politica del partito attraverso la compresenza di fattori vitali alla formazione dello Stato di diritto:

- separazione dei poteri;
- indipendenza della magistratura (fattore di diretta gemmazione dal precedente, sembrerebbe, ma dagli studiosi cinesi messo talvolta in particolare risalto, come se i poteri da dovere separare potessero eventualmente anche essere solo due: il potere giudiziario disgiungendosi dal potere legislativo-esecutivo);
- libertà di stampa;
- autonomia della società civile.

Tutto questo consentirebbe di alzare realmente la *soglia della cittadinanza* in Cina.

3. *La Cina e il Covid-19*

Ripensiamo ora al contesto cinese colpito dalla crisi epidemica da coronavirus (in cinese *guanzhuang bingdu*).

I principali testi di legge che hanno conferito al governo cinese poteri straordinari di intervento durante l'epidemia da covid-19 sono

¹⁷ Sul dibattito politico intorno all'emersione della *rule of law* in Cina e al modo in cui averla attraverso una svolta democratica dell'intero Paese, possono leggersi vari autori. Fornisce un'ottima base conoscitiva la lettura dei contributi di numerosi accademici cinesi contenuti nel citato volume a cura di Suisheng Zhao, *Debating Political Reform in China. Rule of Law vs. Democratization*.

¹⁸ *Ivi*, CAI YONGSHUN (docente di scienze politiche presso la Hong Kong University of Science and Technology) e YANG SONGCAI (docente di diritto presso la Hunan University), concordando su un'embrionale forma di *rule of law* emersa in Cina a seguito dei tumultuosi cambiamenti socioeconomici del Paese, compiono un' esplorazione sui modi in cui il potere statale in Cina comprometta l'evoluzione sana di tale *rule of law* e concludono affermando che *legal institutions remain in the "cage" of the party-state*.

due: la legge sulla prevenzione ed il controllo delle malattie infettive (*chuanranbing fangzhibifa*, del 1989, con modifiche da ultimo nel 2013)¹⁹ e la legge sulle risposte alle emergenze (*tufashijian yingduifa*, del 2007)²⁰.

Entrambe conferiscono ampi poteri all'esecutivo a tutti i livelli: centrale, provinciale, regionale e locale. Le decisioni di ciascun governo di livello inferiore sono soggette alle indicazioni della controparte del livello di governo superiore. A norma dell'art. 4 della legge sulla risposta alle emergenze, ogni livello di governo locale è responsabile della gestione delle emergenze nella sua rispettiva area di competenza, sotto la guida ed il coordinamento del governo centrale. La medesima legge, inoltre, stabilisce quattro livelli di allerta in situazione di emergenza. Il primo livello è il livello di allerta più alto (art. 42); ai sensi dei livelli primo e secondo di allerta, la legge consente il limitato utilizzo o la chiusura dei locali e la limitazione ed il controllo delle riunioni pubbliche (art. 45, paragrafo 7). Il piano di risposta alle emergenze sanitarie a livello centrale autorizza il Consiglio di Stato ad adottare le seguenti misure: limitare la libertà di riunione e di spostamento, ordinare la chiusura di imprese e di scuole, effettuare test medici sui mezzi di trasporto pubblico e lungo i confini territoriali ai pazienti sottoposti a quarantena, ai potenziali infetti e ai loro contatti stretti. La legge sulla risposta alle emergenze autorizza inoltre i comitati dei residenti e i comitati dei villaggi – che sono organi di autogestione di tali comunità – a mantenere l'ordine sociale, coadiuvando il governo centrale (art. 55). I cittadini sono dunque tenuti ad obbedire a tutto quanto disposto dal proprio governo locale, dal proprio comitato di residenti o di villaggio e persino dai propri datori di lavoro (art. 57). Alcune misure sono dunque totalmente arbitrarie e sono imputabili a questo criterio di responsabilità *localizzata*, che ha consentito anche misure di alta sorveglianza capillare e di recinzione delle località, impedendo in alcuni casi azioni concertate e coerenti. Di alcune ordinanze (o di alcuni *ordini*) si può persino dubitare che fossero vincolanti giuridicamente.

¹⁹ Consultabile in lingua cinese al *link*: http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=444706

²⁰ Consultabile in lingua cinese al *link*: http://www.gov.cn/flfg/2007-08/30/content_732593.htm

Alcune squadre *ad hoc* hanno gestito la risposta all'emergenza, sotto la guida delle autorità di governo locali, talvolta eccedendo il limite di quanto la legge li autorizzasse a fare. I loro ordini sono in ogni caso sempre stati implementati e applicati. Questo non può che essere un cenno al poco che è dato finora di sapere delle dinamiche cinesi e delle loro basi giuridiche²¹.

4. *Un precedente: l'epidemia di SARS nel 2002-2003*

Cosa accadde durante l'epidemia di SARS²² in Cina nel 2002-2003? Ripercorrendo il caso della SARS possono scorgersi le tensioni e le contraddizioni che affliggono il sistema politico cinese contemporaneo. Nel 1996, venne promulgata una legge – il cui testo oggi non appare disponibile – che sanciva che i disturbi da malattie infettive gravi venissero considerati segreti di stato, salvo che il governo centrale non li rendesse noti attraverso annunci ufficiali a carattere pubblico²³. La definizione di cosa debba intendersi per segreto di stato e di chi sia autorizzato a conoscerne risulta vaga e arbitraria, come si evince dalla generica descrizione contenuta nell'art. 2 della legge sui segreti di Stato: «I segreti di Stato devono essere questioni vitali per la sicurezza dello Stato e per gli interessi nazionali e sono affidati ad un limitato numero di persone per un dato lasso di tempo»²⁴. Il partito e gli ufficiali di governo disponevano teoricamente dei più ampi poteri di controllo e di gestione dello sviluppo dell'epidemia e i loro tentativi si rivolsero in tal senso. Il primo annuncio ufficiale sulla malattia polmonare fu fatto dall'Health Bureau della provincia del Guangdong l'11 febbraio 2003 e riportava un limitato numero di casi di una misteriosa malattia. Il giorno seguente, l'agenzia di stampa governativa Xinhua dichiarava “sotto controllo” la misteriosa malattia e non riportava alcun insorgere di nuovi casi. Nonostante milioni di messaggi di testo tra utenti

²¹ Si legga YE RUIPING, docente di diritto presso la *Victoria University* di Wellington, *The legal basis of China's Covid-19 response*, in *The China Story*, 21 maggio 2020.

²² Acronimo di *Severe Acute Respiratory Syndrome* o sindrome respiratoria acuta grave.

²³ *Report* a cura della *Library of Congress Asian Law Division*, 2003.

²⁴ Il testo della *Law of the People's Republic of China on Guarding State Secrets* è consultabile in lingua inglese sul sito <https://www.cecc.gov>

di internet e telefonia mobile contenessero voci di un incremento del numero dei malati col susseguirsi dei giorni, gli ufficiali di governo si impegnarono duramente a mantenere riservata ogni vicenda fino alla seconda metà di marzo, quando a Pechino si svolsero i lavori annuali del decimo congresso dell'Assemblea nazionale del popolo. Al secondo giorno di sedute di tali lavori parlamentari, una testata giornalistica di proprietà statale del Guangdong suscitò le ire del segretario di partito della regione per aver violato l'ufficiale oscuramento di informazioni nel raccontare la SARS. Le autorità governative apparvero incapaci di prevenire la diffusione della malattia impedendo le migrazioni interne dalle aree colpite, inducendo la Corte suprema del popolo ad annunciare misure nuove di deterrenza, disponendo l'arresto ed anche l'esecuzione della condanna capitale a danno di chi non osservasse la quarantena e le restrizioni agli spostamenti. Villaggi e città si autogestirono in modo non autorizzato e scoordinato, montando anche barricate contro eventuali uscite o ingressi di persone. Tutte le azioni intraprese ai livelli centrale e locale rimasero contraddittorie e opache. Il 3 aprile il ministro della salute Zhang Wenkang – nonostante l'evidenza mostrasse il contrario – proclamò che l'epidemia era stata contenuta e invitò le persone a ricominciare a viaggiare in Cina, senza dare ascolto neppure ai consigli contrari dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO). Fu solo a fine aprile 2003 che la Cina, dinanzi alla schiacciante evidenza dell'epidemia di SARS, si scusò pubblicamente per il proprio "fallimento nella leadership".

Nell'indagare le origini cinesi del coronavirus a Wuhan, città che conta 11 milioni di abitanti, capoluogo della provincia centrale dello Hubei, le ricerche sul sequenziamento genetico del virus mostrano una sconcertante mancanza di trasparenza: una censura draconiana ha colpito la diffusione delle informazioni scientifiche. Tornano estremamente attuali le parole di Amartya Sen, Nobel per l'economia, che (discutendo delle origini della grande carestia cinese degli anni 1959-1962, che uccise almeno 30 milioni di Cinesi) sostenne che: «c'è un'inevitabile fragilità in ogni sistema autoritario, poiché c'è poco che si possa fare per rimediare quando i leader di governo cambiano in direzione controproducente le loro priorità».

Gli errori politici in quella carestia devastante si protrassero per tre anni.

«Non esisteva una opposizione politicamente significativa (e nessuna critica fu possibile alle politiche disastrose perseguite dal governo) ed il blackout di informazioni fu così completo – attraverso la censura ed il controllo dei media statali – che il governo cinese venne ingannato dalla sua stessa propaganda, finendo col credere che il Paese disponesse di 100 milioni di tonnellate di riso in più rispetto a quanto effettivamente non fosse»²⁵.

Dinamiche censorie permisero allora alla carestia di crescere silenziosamente, convertendosi in un disastro²⁶. Questa dinamica censoria non è stata diversa oggi, come ben nota uno studioso italiano in una sua rapida panoramica sulle misure adottate dalle autorità cinesi nella lotta contro il coronavirus, panoramica inevitabilmente imperfetta, in quanto la comunicazione in materia da parte del Governo cinese, tanto a livello nazionale quanto a livello locale, è stata [...] caratterizzata dal desiderio di soffocare e/o minimizzare i dati relativi all'epidemia, ed è comunque sempre filtrata per ragioni politiche, dovendosi quindi gli osservatori basare largamente sulla stampa internazionale più accreditata²⁷.

Tanto vera è tale sua premessa, da rendere possibile un appunto: l'analisi, laddove svolta dallo studioso basandosi sul WHO-China Report (datato 28 febbraio 2020), risulta colpita dallo stesso vizio di opacità della dinamica censoria e della strategia politica adottate dalla Cina, così come in seguito (a metà maggio) si evincerà dalla promozione di un'indagine indipendente – richiesta e votata dall'Unione Europea, insieme a Giappone, Canada, Regno Unito, Russia, India, in tutto oltre cento Paesi – per una migliore comprensione delle circostanze che hanno permesso a questa pandemia di svilupparsi nonché per una

²⁵ A. Sen, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, 1981; Chang-Dae Hyun, *The Great Leap Famine and Amartya Sen*, *Grand Valley Journal of History*, Vol. 7: Iss. 1, Article 2, 2019.

²⁶ Si legga HO-FUNG HUNG, *Holding Beijing Accountable for The Coronavirus Is Not Racist*, in *Journal of Political Risk*, Vol. 8, No. 3, May 2020.

²⁷ A. CANEPA, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*. (aggiornato al 31/3/2020) a cura di L. Cuocolo, *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 168-194.

valutazione imparziale, indipendente ed esaustiva della risposta internazionale coordinata dall'Oms²⁸.

La Cina – per la quale negare è dialetticamente un tabù – ha ribattuto la non urgenza di tale inchiesta indipendente, dichiarandosi indisponibile ad accoglierla fino al completo superamento della pandemia da parte di ogni Paese infetto e presentando in breve torno di tempo, il 7 giugno, un proprio *White Paper*, dal titolo *Fighting COVID-19: China in action*, facendo seguito alla professione del suo Presidente, nonché segretario del PCC Xi Jinping, di «apertura, trasparenza e responsabilità». Il modo in cui i cinesi stanno riscrivendo questo pezzo di storia è una storia a sé.

Nell'immaginare pressioni esterne sulla Cina per stimolarla ad una metamorfosi improntata alla trasparenza e al rispetto del dialogo paritario nel mondo che verrà (freddo, ma globale), la specialista d'Asia Valérie Niquet, capo del polo asiatico presso la Foundation for Strategic Research (FRS) sulla Cina, think-tank francese indipendente, riflette:

La Cina, dopo oltre trent'anni di riforme, è diventata la seconda potenza economica al mondo e la prima potenza commerciale. Pechino è ora al centro delle reti di scambio e di comunicazione del mondo. L'ingresso della Cina nell'OMC nel 2001 ha accelerato questo processo e la Cina è diventata la fabbrica del mondo, aiutata dall'assenza virtuale di regole: sociali, ambientali, sindacali, ecc. del suo sistema politico. Allo stesso tempo, la mancanza di trasparenza del regime, la corruzione sistemica e l'assenza di libertà di stampa favoriscono pratiche la cui pericolosità si moltiplica per il peso della Cina sulla scena mondiale. Sia che l'eruzione dell'epidemia sia avvenuta in un mercato a Wuhan o in un laboratorio di ricerca scarsamente protetto, le cause sono le stesse e hanno portato alla stessa inosservanza delle regole di base, soprattutto in termini di controllo sanitario. Nel 2003, la SARS aveva le stesse origini.

Chi scrive crede di cogliere nel giusto, trovando del tutto fantascientifico che – a fronte di quanto fin qui detto sull'opacità delle fonti – si cominci o si continui ad opera di alcuni a *comparare* il decorso delle vicende sanitarie e politico-istituzionali nei Paesi occidentali con un *modello Wuhan* o *modello cinese* del tutto *unchecked*. Finché il vi-

²⁸ <https://www.ilsole24ore.com/art/oms-perche-piu-cento-paesi-vogliono-inchiesta-indipendente-gestione-pandemia>.

zio di opacità, all'origine di un discorso mendace fortemente univoco, perdura, qualsiasi raffronto perderà di senso. E poiché da studiosi non ci è dato di tacere e tacere non si deve, bisogna – ritengo – precisare di non poter definire alcun modello cinese, per evitare di incorrere in un imperdonabile errore comparativo.

5. *Un bilancio: del tastare da ciechi l'elefante e del dedurne la forma*

Nel riannodare assieme i fili di quanto fin qui tessuto – correttezza nell'uso del linguaggio, *potere negativo dell'erba*, virtù del dire e del fare, parametri per una *reale soglia della cittadinanza* avvertiti come vitali nella coscienza dei Cinesi – ricercando nelle radici storiche della tradizione politica indigena cinese, lungo un percorso che sfida ipotesi diffuse di atavica letargia dei pensatori verso un proprio modello di sviluppo politico e di governo, la letteratura veicola visioni che raccolgono angoli di tale gestazione di idee e formule, e raccoglierne alcune voci non risponderà forse (potrà obiettare lo scettico) ad un tentativo riuscito di preveggenza, ma si configura pur sempre come un atto che un osservatore deve insieme alla ragione e alla fede.

I Cinesi, per ammonirsi con buon garbo a preservare la mente contro ogni sicumera di dozzinali certezze, adoperano un idioma in quattro caratteri che affonda le sue radici in una storia indiana: *mangren mo xiang* (i ciechi tastano l'elefante).

Contro la pretesa settaria di rappresentare con un'unica voce ed un solo pensiero un'intera società che continua invece a comporsi di molte anime e differenti identità, si evoca in questa breve espressione la storia di un gruppo di ciechi ricevuti alla corte di un re indiano benevolo e attento alle richieste dei suoi sudditi, i quali intendevano rivolgergli una supplica: che potessero finalmente scoprire le fattezze degli elefanti. Il re li accontentò, chiedendo ai suoi servitori di portare loro un elefante perché lo tastassero. Felici, essi accorsero a tastarlo; alcuni gli toccavano la proboscide, altri le orecchie, altri le zanne, altri il busto, altri le zampe, altri la coda... Tutti sapevano di toccare un elefante e ciascuno iniziò a pensarci su. Così, dopo poco, quando il re chiese se avessero capito come fosse fatto un elefante, essi all'unisono assentirono. Allora il re domandò a ciascuno di loro e il cieco che aveva toccato la proboscide si disse sicuro che l'animale fosse grosso e lungo, una corda; chi aveva toccato l'orecchio corresse che era grande

e piatto, un ventaglio; chi aveva toccato la zanna replicò che fosse un ravanello; altri ancora che fosse grosso come un muro, mentre chi ne aveva tastato le zampe si diceva convinto che fosse un pilastro. Morale: i sudditi ciechi iniziarono ad essere in disaccordo e – pensando ciascuno di aver ragione – presero a litigare.

Da qui l'espressione idiomatica in uso tra i cinesi *mangren mo xiang* che insegna da generazioni che per ottenere una comprensione completa di qualsiasi cosa, si deve indagarla da più angolazioni e in tutti i suoi aspetti. Se non si propongano al proprio ragionare anche aspetti sconosciuti o poco noti, se ci si asservisca ad un pensiero unico o ad un Assoluto filosofico, ideologico, politico che si compiace di sottrarsi a qualsiasi vincolo o limite, a qualunque ipotesi di complessità del reale, si finisce come quei ciechi. E il rifiuto della realtà è un pregiudizio.

Se in Cina dunque, con minore o maggiore consapevolezza, risulta anche proverbialmente chiaro che cosa implichi l'essere vittime cieche di un sistema propagandistico che non fornisce della realtà altro che una visione settaria e contraffatta, qui occorre avvertire il lettore che in Italia a fine maggio scorso si è discusso e votato un rapporto del Copasir italiano sulla diffusione da parte della Cina di *fake news*, volte a manipolare l'opinione pubblica italiana e internazionale, tentando di realizzare le premesse di un depotenziamento dei tessuti sociali democratici²⁹.

Gli intenti egemonici di Pechino ed i suoi appetiti politici si vanno dipanando in forme subdole: a ragione di questo attentato alla chiarezza del dibattito geopolitico e della collaborazione globale – come dimostrato anche dall'intervento censorio esercitato dalle autorità cinesi sull'editoriale firmato dagli ambasciatori dei 27 Paesi dell'Unione Europea e pubblicato dal quotidiano *China Daily* (*Zhongguo ribao*) in occasione del XLV anniversario dell'inizio delle relazioni tra Europa e Cina –, si è creata di recente, lo scorso 5 giugno, un'alleanza parlamentare mondiale (*Inter-Parliamentary Alliance on China*, IPAC) trasversale ad ogni colore politico ed estremamente diversificata³⁰, per

²⁹ Si rinvia sul tema a M. SCARPARI, *Cina. Fakenews in salsa agrodolce e appetiti politici*, in *Inchiesta, online*, 28 maggio 2020.

³⁰ Riunisce parlamentari del Regno Unito, degli Stati Uniti, dell'Unione Europea, del Canada, della Germania, della Repubblica ceca, della Lituania, dell'Olanda,

*contrastare la minaccia cinese e rispondere alla sfida di politica estera più grande di tutti i tempi e proporre risposte pertinenti e sviluppare strategie produttive al fine di preservare i valori fondamentali dei diritti umani e delle libertà condivise dalle nazioni democratiche*³¹, contando già oltre 30mila membri aderenti, a 48 ore dalla sua istituzione, ivi compresi consulenti di caratura internazionale su temi quali le nuove tecnologie connesse al 5G, i diritti umani nel Xinjiang, il diritto internazionale come (dis)applicato nelle acque del Mar Cinese Meridionale e ad Hong Kong, il commercio e la finanza in seno alle regole dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, lo sviluppo sostenibile e l'inquinamento ambientale. Tutti temi nei quali, non ultimo attraverso una rete capillare di *think-tank* governativi³², non di sola propaganda interna si starebbe facendo uso nell'odierno *Impero celeste*.

Scriva la sinologa di lunga data e di spirito delicato e sempreverde Amina Crisma:

È il caso di chiederci se non ci troviamo oggi di fronte all'avvento di una prospettiva – una prospettiva “confuciana”, come la definiva Max Weber in profetiche pagine riproposte significativamente all'attenzione nei suoi ultimi interventi da un compianto maestro quale Paolo Prodi – che fa dell'adattamento al mondo il solo principio ispiratore a cui ogni soggetto debba integralmente conformarsi, in una totale adesione alla realtà data che annulla ogni altra e diversa istanza, e che annullando

dell'Australia, della Svezia, della Norvegia, del Giappone, dell'Italia. Se ne possono seguire gli sviluppi anche consultando il sito dell'Ipac all'indirizzo <https://www.ipac.global>.

³¹ *L'Alliance parlementaire mondiale veut contrer la «menace chinoise»*, al link <https://www.la-croix.com/Monde/Asie-et-Oceanie/LAlliance-parlementaire-mondiale-veut-contrer-menace-chinoise>, 8 giugno 2020.

³² Secondo quanto riferisce lo studioso cinese LI CHENG, «more than 1 million Chinese nationals have pursued studies overseas since 1978, and many are returning to China. The returnees, dubbed the “sea turtles”, are becoming increasingly prominent in PRC think tanks. Think tank scholars often serve as unofficial “messengers” for the government, presenting China's views on various subjects around the world. The Central Party School was originally established in 1933 as the Marx School of Communism. Apart from its educational mission, it also plays a crucial role as the “primary think-tank for generating new ideas and policies concerning political and ideological reform» (LI CHENG, *The Power of Ideas: The Rising Influence of Thinkers and Think Tanks in China*, Washington, 2017).

l'individuo cancella ogni istanza di mutamento e di trasformazione. In questo senso, oggi più che mai pregnanti ci appaiono i densi interrogativi che Paolo Prodi ci ha consegnato ne *Il tramonto della rivoluzione* (2015, 87): 'Si afferma l'etica confuciana dell'identificazione dell'ordine morale con l'ordine politico e con l'ordine cosmico [...]. La Cina non soltanto è vicina, non soltanto è una potenza che ci sovrasta sul piano economico e geopolitico, ma sta entrando dentro di noi insieme alle nuove tecnologie. Una nuova religione economico-politica per la civiltà del capitalismo finanziario e dei consumi? Sono fermamente convinta che ci troviamo di fronte a una svolta antropologica'.

E prosegue:

Benché il confucianesimo non sia, a mio avviso, nella sua multiforme complessità riconducibile a tale dimensione di monolitico dispotismo, e anzi altre e ben diverse istanze siano presenti in quella grande tradizione, [...], è peraltro indubbio che sia una diffusa tendenza odierna nella RPC quella di avvalorarne una versione dichiaratamente autoritaria, e di farne, per dir così, una penetrante merce di esportazione³³.

5. Voci da Wuban

In un simile contesto, così ostile alla riflessione e al primato del pensiero sul mito che solo il pensiero critico sa esercitare, alcune voci, anche se assomiglino piuttosto solo ad un flebile *flatum*, trasmettono tracce interpretative ai posteri e consegnano una migliore narrazione alla storia di oggi.

Sono spesso le voci offese di intellettuali, avvocati, romanzieri, poeti, artisti, curatori di *blog*, tutti non meno cinesi a pieno titolo di altri meglio rappresentati, veri cercatori d'oro che dal fango estraggono pepite. Intendono re-iniziare un pensiero diverso dal pensiero unico, tentare un cambio di paradigma, abbracciare una sana indulgenza verso gli uomini, cambiando in *poesia civile* le pene di molti.

Un esempio tra molti più dolorosi e tristi, giunge dalla vicenda di Fang Fang (pseudonimo della romanziera contemporanea cinese

³³ A. CRISMA, *Hong Kong, la Cina, gli Istituti Confucio e noi. Quale ruolo per gli intellettuali*, in *Inchiesta*, online, al link: <http://www.inchiestaonline.it/movimenti/amina-crisma-hong-kong-la-cina-gli-istituti-confucio-e-noi-quale-ruolo-per-gli-intellettuali-o/>.

Wang Fang) che, residente a Wuhan, compone brevi pagine di un resoconto giornaliero della lunga quarantena sua e dei suoi concittadini, dense di emozione e di riflessioni accorate, nello scorrere lento di giorni drammatici per la Cina intera.

Le pagine, pubblicate *online* alla mezzanotte di ogni nuovo giorno, seguitissime, sono state subito oggetto di censura. Oggi risultano composte in un diario, il *Diario di Fang Fang* o *Diario di Wuhan*³⁴.

* * *

Come tributo personale di stima verso la scrittrice, aggiungo (in una mia traduzione) il passo di un'intervista rilasciata il 19 aprile da Ma Yong, ricercatore di Storia presso l'Accademia cinese di Scienze Sociali di Pechino:

Ho interamente letto il diario di Fang Fang. Il suo diario è commovente, e commovente è stato il modo della sua pubblicazione. Ecco, se internet è *in nuce* una piattaforma per esprimersi liberamente, perché allora oscurarla, cancellarla, ostacolarla a questo modo? Se fossi io l'amministratore di ciò che vi viene diffuso — e certo non ho mai creduto che una società debba disporre di un sistema di controllo sulla diffusione dei suoi contenuti — se insomma proprio si rendesse necessario un simile sistema di controllo e a tale sistema così intimamente non piacesse il diario di Fang Fang, anche in quel caso dovrebbero utilizzarsi altri metodi, piuttosto che impedirle di parlare. Ogni ostruzione non ha fatto che velocizzarne la diffusione, rendendo il suo racconto ancora più commovente.

Queste menti (di scrittori, intellettuali, avvocati, politici, cittadini cinesi), che osano esprimersi oltre il silenzio per carità di patria e il quieto (mal di) vivere, sono autentiche *libellule che* singolarmente *si posano su boccioli di loto*, come delicatamente è detto nei versi di Yang Wanli, rinomato poeta vissuto in epoca Song. Anche la sua poesia è

³⁴ *Fangfang riji* o *Wuhan riji* o, più precisamente, nella versione scelta dall'autrice *Diario della città chiusa (feng cheng riji)*, con prefazione curata da un altro letterato e scrittore cinese di prestigio e controverso, Yan Lianke, dal titolo *Che questa epidemia ci renda persone dotate di memoria*, il cui *incipit* recita: «La memoria individuale non potrà cambiare il mondo, ma può fare di noi persone di autentico sentire». Il testo è ora tradotto in italiano, Milano, 2020.

divenuta proverbiale e l'immagine, al terzo verso, del piccolo bocciolo di loto che emerge a pelo d'acqua nello stagno, offrendo asilo ad una libellula sulla sua punta, viene spesso citata per descrivere persone di talento vibranti di energie e speranze nel proprio futuro.

Di contro a una Grande Narrazione monolitica, univoca e compatta, credo sia oggi più che mai necessario restituire visibilità alla irriducibile pluralità delle posizioni e delle voci, e riscoprire e praticare quel dovere di rimostranza nei confronti del potere sovrano che, diversamente da quanto vogliono gli stereotipi intorno a una presunta Sinità Perenne e immarcescibile, ha sempre fertilmente percorso e animato, fin dall'antichità remota, le tradizioni cinesi. "Pensare è operare distinzioni", sosteneva un grande maestro confuciano del III secolo a.C., Xunzi, e il grande pensiero antico non ha mai tradotto in una melassa indistinta quella nozione di 'armonia' che oggi così facilmente si tende a utilizzare in chiave di slogan autoritario³⁵.

Di contro alla grande narrazione monolitica, nel rifiuto del ventri-
loquo propagandistico, Long Qiaoling, infermiera della provincia del Gansu recatasi a Wuhan come volontaria durante l'emergenza sanitaria, compone versi, ai quali affidiamo la chiusura di questo lavoro³⁶:

Vi prego, fatemi togliere l'uniforme protettiva e la maschera
fatemi tirare fuori la carne dall'armatura
lasciate che mi affidi un po' alla mia salute
fatemi respirare tranquilla
ahi...
vostri gli slogan
vostri gli elogi
la propaganda, i lavoratori modello, tutti vostri
io sto solo compiendo il mio dovere
salvando la coscienza di operatrice sanitaria
spesso non c'è altra scelta che andare in battaglia a petto nudo
non c'è tempo di scegliere fra la vita e la morte
ma, davvero, senza alcuna nobile intenzione

³⁵ A. CRISMA, *Op.cit.*

³⁶ Si rinvia a F. PICERNI, *Autonarrazioni in Cina ai tempi del coronavirus*, sul sito della rivista *Sinosfere*, <http://sinofere.com>.

vi prego, non copritemi di allori
non applauditemi
non riconoscetemi alcun infortunio, alcun martirio, alcun merito
non sono venuta a Wuhan per contemplare i ciliegi in fiore
o per godere del paesaggio, per ricevere plausi
voglio solo poter tornare a casa sana e salva dopo l'epidemia
anche se di me rimanessero solo le ossa
voglio riportarmi dai miei figli, dai miei genitori
vorrei chiedere
chi è disposto a portare l'urna di un compatriota
sulla via del ritorno?
media, giornalisti
vi prego, non venite più a disturbarmi
tutti i vostri dati reali, le vostre statistiche
io non ho tempo né voglia di seguirle
esausta di giorno, esausta di notte;
di riposo e di sonno
ho più bisogno che dei vostri elogi,
se potete, vi prego, andate a vedere
quelle case disastrate
esce ancora fumo dai camini?
quei cellulari che vagano nei crematori
hanno ritrovato il loro proprietario?

Firmata con lo pseudonimo Wei Shuiyin, tale poesia l'ha resa famosissima, in Cina come nel mondo.

FRANCESCA NIOLA

Gli effetti del *lockdown* sull'ambiente: adottiamo una nuova prospettiva?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riespansione della natura. – 3. I cambiamenti climatici: ragione o sentimento? – 4. La disciplina dell'ambiente in Italia durante il periodo di pandemia. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

In occasione della emergenza Covid-19, il *leit motiv* dell'individualismo a tutti i costi che ha accompagnato la crescita e la nascita delle generazioni viventi si è confrontato con qualcosa di più grande: la collettività, gli spazi naturali ed urbani vissuti finora con sufficienza e superficiale indifferenza quali elementi accidentali, scontati ma dovuti nella vita di ciascuno.

Eppure, proprio da questi vengono gli stimoli più interessanti per superare la crisi, oggi che i segnali di allerta sembrano volgere verso il basso e incoraggiano a riflettere ancora sulla dialettica tra doveri e diritti, sul bilanciamento tra questi.

La gestione dell'emergenza *iure proprio* altro non è una risposta giuridica precisa e circostanziata ad una esigenza fattuale urgente e improvvisa che, per la sua straordinarietà, "si stacca" dalla quotidiana e ordinaria amministrazione del vivere civile e dal panorama stabile delle regole fisse. L'emergenza fa con l'ordinamento ciò che i satelliti fanno con i corpi celesti. Essa resta attratta al sistema di garanzie tipiche del nostro ordinamento democratico grazie all'operare di principi e norme costituzionali che ne costituiscono il fondamento e ne definiscono la "risonanza orbitale".

Così, la risoluzione di qualsiasi crisi passa attraverso la riaggregazione dell'elemento straordinario nella prospettiva solidaristica che pervade il nostro ordinamento.

La solidarietà è stata spesso reclamata dal basso o declamata a suon di musica dalle finestre e dai balconi di tutt'Italia nei primi giorni di

lockdown o ancora sospinta dalla reazione della cittadinanza ai provvedimenti necessariamente restrittivi delle libertà costituzionali e dei diritti sociali che ad essa rispondono.

Tali provvedimenti sono teleologicamente orientati alla tutela della salute, tuttavia, la riflessione intorno agli effetti dell'emergenza Covid-19 ruota intorno alla dimensione non più solo individuale, ma soprattutto collettiva del diritto in parola, ex art. 32 Cost, in virtù proprio del suo rapporto ontologico con il principio di solidarietà.

A tal proposito risulta utile focalizzare l'attenzione sul punto e allargare lo sguardo alla relazione tra diritto alla salute e tutela dell'ambiente¹, quale sostrato naturale della cittadinanza, e interrogarsi circa le conseguenze giuridiche che i provvedimenti emergenziali hanno prodotto su di esso.

Non è facile argomentare in tal senso, poiché gli effetti dell'emergenza sull'ambiente non sono stati immediati, tuttavia il regime straordinario ha scavato in modo profondo nei confini della materia spingendo ad una riflessione a tutto campo.

Innanzitutto, si notano due circostanze reciprocamente contrastanti: da un lato, la progressiva riespansione della natura sugli spazi "civilizzati" e dall'altro la definizione di un regime derogatorio del

¹ Le spinte comunitarie e l'evoluzione di una nuova concezione delle posizioni giuridiche di vantaggio e delle relative pretese di giustiziabilità hanno prodotto la progressiva formazione di diritti di cd. quarta generazione quali, tra gli altri, il diritto ad un ambiente salubre. È però da rilevare che il combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. si sia risolto in una sola potenziale istanza individuale se non addirittura in una mera «aspettativa». Secondo la dottrina autorevole, F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, 53, il diritto all'ambiente salubre si sviluppa in contrapposizione alla denegata possibilità di appellarsi in via diretta a un diritto all'ambiente. Per l'orientamento maggioritario esso «rientra nel novero di aspettative e bisogni naturalmente correlati con il diritto alla salute, cui la Costituzione formale non dedica alcuna espressa menzione». Così, R. FERRARA, *voce Salute (diritto alla)*, in *Digesto IV ed. Discipline pubblicistiche*, XIII, Torino 1997, 531, per approfondimenti G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo" diritto o espediente tecnico* in *Amb. dir.*, Firenze 1999.

Ciò fa quindi trasparire il nucleo fondamentale del problema: come si avrà modo di approfondire, se si ritiene che la tutela ambientale sia un mero presupposto statico rispetto al diritto alla salute, il diritto ad un ambiente salubre rischia di diventare un semplice diritto al "benessere". cfr. F. NIOLA, *Ambiente, valore costituzionale. Crisi del sistema e nuove prospettive di tutela*, Roma, 2019.

ciclo dei rifiuti insieme alla sospensione degli atti di indirizzo a tutela dell'ambiente posti in essere sin ora.

Dall'osservazione di questi due fenomeni è automatico porre il problema del rapporto tra precauzionalità e proporzionalità delle misure emergenziali rispetto alla tutela dei diritti e verificarne in concreto gli effetti.

2. *La riespansione della natura*

Sotto il primo aspetto lampeggia ancora negli occhi di ciascuno l'immagine dei mari e delle coste italiane limpide e vestite di colori vividi e naturali o ancora le fotografie di esemplari animali che scorrazzano nei centri abitati. Ciò non è irrilevante per il diritto.

A voler affrontare il tema attraverso una prospettiva classica si dovrebbe prendere posizione all'interno della dialettica tra posizioni antropocentriche ed ecocentriche. Secondo la concezione antropocentrica, l'uomo è un «un essere superiore dotato di ragione e chiamato a dominare ed appropriarsi della natura, che deve servire come mezzo per il soddisfacimento dei suoi bisogni, come “risorsa” di produzione, consumo e di riproduzione della specie umana²». In questa prospettiva, dunque, l'ambiente altro non è che un insieme di condizioni naturali volte ad assicurare la sopravvivenza della specie umana. Diversamente la concezione ecocentrica, abiurando l'idea patrimonialistica che l'ambiente costituisca una mera “risorsa” destinata a soddisfare le esigenze dell'uomo, ne riconosce e promuove rango di valore autonomo, superiore al singolo individuo. Dal punto di vista strettamente giuridico l'adesione all'una o all'altra di tali teorie spinge l'interprete a orientare la sua attenzione.

Utilizzando una efficace espressione di autorevolissima dottrina³ che distingue i «beni finali» (cui si rivolge effettivamente e direttamente la norma penale che ne colpisce l'offesa, i quali costituiscono di conseguenza i parametri assorbenti di essa) e i «beni strumentali» (quei beni che invece costituiscono lo scopo della norma, l'oggetto giuridico da essa tutelato); se si sostenesse la tesi ecocentrica l'ambiente

² J. LUTHER *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente: profili tedeschi ed italiani* in *Pol. dir.*, 1989, 675.

³ A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 791

sarebbe assimilato ad un bene finale. Diversamente, aderendo alla tesi antropocentrica si galvanizzerebbe l'ambiente quale "bene strumentale" finalizzato alla protezione del benessere e della salute dell'uomo.

C'è bisogno di guardare al di fuori di tale dicotomia.

Il limite di queste teorie è spesso rappresentato dalla velocità con cui si evolvono le norme in materia ambientale e, in particolare, dalla loro frammentazione. La difficoltà di definire giuridicamente l'ambiente non consente infatti di ponderare in modo equilibrato ed efficace il rapporto di questo con l'uomo all'interno di un sistema ordinamentale che, come si vedrà più avanti, attrae i principi ambientali in posizione interlocutoria all'interno della dialettica dei procedimenti amministrativi e del bilanciamento in concreto delle posizioni soggettive.

Questo che rappresenta, alla fine dei conti, il vero problema della materia ambientale ha visto nella circostanza dell'emergenza Covid-19 il proprio banco di prova.

La progressiva riespansione della natura sugli spazi antropizzati porta a riflettere su un elemento affine a quello di ambiente: l'ecosistema.

Oggi, infatti, sembra opportuno rispondere positivamente alla domanda se l'ecosistema, di cui al 117 Cost. comma secondo lett. s, possa essere considerato il concetto "afferrabile" di ambiente.

La disciplina costituzionale affianca tali concetti, ma li tiene distinti legandoli in una congiunzione verbale che tradisce un rapporto strumentale, una traduzione in concreto della esigenza di guardare alla materia ambientale non più solo come risorsa naturale ma come panorama complesso e al contempo unitario.

Questo aspetto è stato problematizzato dalla dottrina pubblicistica e a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale che ha abbandonato l'idea dell'ambiente come bene immateriale e ne ha indicato una interpretazione quale «bene della vita, materiale e articolato, la cui disciplina comprenda anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti». Esse si concretano nella simbiosi di elementi naturali e statici ed elementi artificiali e dinamici (ovvero l'intervento umano).

Se questa visione può sembrare in apparenza scontata, a ben vedere rileva in modo preminente poiché proprio nello spazio tra detti elementi si è incuneata la gestione emergenziale della pandemia: essa ha toccato il rapporto individuo – ambiente nella reciproca relazione si-

stemica portandola alla luce e mostrando la sua inscindibilità. Ha rotto il legame intrinseco, rilevante per il diritto, tra i soggetti del rapporto mostrando come l'intervento umano non sia avulso né dal godimento né dalla gestione delle risorse naturali.

L'ecosistema è la forma afferrabile⁴ di ambiente che qualifica l'opera dell'uomo come parte fondamentale della relazione simbiotica con l'ambiente.

Sotto l'aspetto relativo alla sfera puramente individuale e immediata della persona, l'emersione della situazione emergenziale ha posto in evidenza la necessità di comparare in particolare la libertà di circolazione con il godimento delle risorse naturali: l'invito, prima, e la prescrizione normativa, poi, a rimanere nelle proprie abitazioni sembra infatti aver influito su entrambi i versanti qualificando la necessità di frequentare gli spazi verdi, i parchi e in generale l'ambiente naturale come una vera e propria istanza rilevante per il diritto.

Si legge nell'art. 16 Cost che libertà di circolazione è il diritto appartenente ad ogni singolo cittadino di soggiornare e circolare in tutto il territorio nazionale; è un diritto individuale che trova allocazione, all'interno delle disposizioni costituzionali, tra la libertà e la sicurezza della corrispondenza (art. 15 Cost) e il diritto di riunione (art. 17

⁴ Il rapporto tra governo del territorio ed ecosistema si traduce nella necessità di disciplinare la Biodiversità; esso è al centro di un'indagine promossa nell'ambito di una collaborazione tra il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – Direzione Protezione Natura e il WWF Italia che ha dato vita al progetto «Verso la Strategia Nazionale per la Biodiversità: i contributi della Conservazione Ecoregionale». Si legge nell'introduzione del documento promotore che «l'approccio ecosistemico alla pianificazione ambientale e territoriale rappresenta una modalità rinnovata di indagine territoriale, d'interpretazione fenomenologia e di allestimento di scenari di pianificazione che raccoglie l'eredità di impostazioni maturate nell'ambito dell'ecologia del paesaggio, dell'ecologia vegetale, della fitosociologia, della biologia della conservazione e della pianificazione territoriale che negli ultimi venti anni hanno assorbito le energie di molti ricercatori in diverse sedi di studio. Il risultato più evidente di questo straordinario sforzo d'integrazione culturale, scientifica e professionale è quello di porre al centro della pianificazione la biodiversità e il paesaggio come risultato dell'evoluzione ed integrazione del "progetto della natura" con i cambiamenti imposti dalle attività umane sul territorio in termini strutturali e funzionali. In questo contesto vengono individuati ambiti omogenei dal punto di vista ecologico, le Ecoregioni, che costituiscono il riferimento per la pianificazione paesaggistica e territoriale a diverse scale».

Cost), quasi a volerla intendere come collegamento logico e necessario tra la sfera intima e individuale del singolo (artt. 13-15 Cost) e la sfera collettiva, delle relazioni con altri soggetti (artt. 17-21 Cost).

A differenza di questa la tutela dell'ambiente, nella concezione evoluta che la giurisprudenza ha offerto dell'art. 9 Cost, trova nella "Repubblica" e non più nel singolo individuo il soggetto destinatario, titolare e al contempo responsabile. Si tratta di un principio fondamentale e imm modificabile della Costituzione, che possiede un'imputazione plurale, indifferenziata, collettiva, la quale a sua volta, si traduce nell'istanza in capo al singolo di godimento e gestione dell'ambiente.

Per questo motivo sorge spontanea l'esigenza di avvicinare tali disposizioni in apparenza non confrontabili, ponendosi un interrogativo forse retorico: in che cosa consiste la nozione di "Repubblica"? È anche il singolo cittadino che è responsabile della tutela dell'ambiente e ne gode necessariamente circolando liberamente all'interno del territorio nazionale.

Una dottrina non recentissima ha descritto questo segmento con la affascinante espressione del «diritto alla strada»⁵, tuttavia la questione va ben oltre la mera impollinazione della libertà di circolazione con il godimento della natura. L'emergenza è stata l'occasione di combinazione effettiva di questi due regimi di tutela poiché ha fatto emergere sia la natura sociale del diritto all'ambiente e sia il ruolo fondamentale che il singolo ricopre all'interno dell'ecosistema, quale suo elemento minimo ed irrinunciabile⁶.

Da ciò consegue che non è più possibile pensare all'ambiente come mero oggetto dell'intervento umano, ma esso va costruito come vero e proprio diritto sociale che implica, da un lato, l'azione riequilibrativa dello Stato-apparato rispetto agli «ostacoli di ordine economico e sociale» che limitino il pieno svolgimento della personalità umana e, dall'altro, la responsabilità del cittadino a operare positivamente per la tutela

⁵ G. BERTI, *Fondamento di libertà e fonti normative nella disciplina della circolazione*, in *Foro.it*, 1984, 5[^], 159.

⁶ Ciò vale anche se, per un attimo, si guarda oltre i confini nazionali, al diritto europeo che ha unito sempre maggiormente la libertà di movimento delle persone e la tutela dei diritti sociali, ponendo, per il godimento di essi, condizioni di uguaglianza tra i cittadini degli Stati attraverso un complesso meccanismo di coordinamento dei sistemi di *welfare*.

e il governo dell'ambiente non più nel senso dello sfruttamento sfrenato delle risorse per fini lucrativi, ma verso canoni di sviluppo sostenibile.

Così, il richiamo al binomio libertà di circolazione – diritto all'ambiente consente di guardare al tema degli effetti del regime emergenziale su di esso in una diversa prospettiva: la nuova chiave di lettura è il ruolo dell'uomo all'interno dell'ambiente. Se questi viene “rimosso” dal contesto ambientale, per ragioni straordinarie, ecco che non può più goderne, non può più governarlo e persino sfruttarne le risorse.

La naturale conseguenza di tale affermazione è riconoscere che non si possa configurare né l'esistenza, né l'esercizio di un diritto dominicale da parte dell'uomo sull'ambiente, ma che si possa realmente approdare all'idea finalistica di ambiente come «bene comune». A ben vedere tale attributo definitorio non contrasta con la definizione data precedentemente del diritto all'ambiente come diritto sociale, bensì vi si sovrappone.

La caratteristica fondamentale del bene comune consiste, infatti, nell'essere equidistante dai concetti di proprietà pubblica e privata: un noto esponente della dottrina che ne teorizza l'esistenza afferma che «nella prospettiva dei beni comuni è indifferente che il titolo di proprietà sia in ultima analisi pubblico o privato, di un'azienda o di un comune; l'importante è che lo spazio promuova un'attività collettiva generativa e non sia gestito in base a un modello di esclusione, estrattivo, interessato solo ai profitti e alla rendita⁷». Qualificare un bene come «comune» non vuol dire sottrarlo all'esercizio di un diritto a imputazione individuale⁸, ma vuol dire volgerlo a funzione di pubblica e collettiva utilità, affidandolo non più solo alla gestione del singolo

⁷ U. MATTEI, F. CAPRA, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sanselencro, 2017, 183.

⁸ Gli esempi sono i più vari: si pensi, ad esempio, alla comunicazione sul web, in cui l'esercizio del diritto del singolo a manifestare il proprio pensiero si esaurisce (oltre le conseguenze patologiche) al momento stesso della sua realizzazione, occupando uno spazio infinitesimale nel grande spazio comune della rete. Sul tema, una prospettiva particolare è offerta G. DE MINICO, *Libertà digitali, luci e ombre*, Torino, 2018. Ancora si potrebbe argomentare rispetto al tema della riconversione degli spazi abbandonati o inutilizzati perché hanno esaurito la funzione originaria (vecchie stazioni ferroviarie, teatri, centri amministrativi...) e che vengono destinati a uso collettivo e sociale, la cui titolarità non sempre e non solo appartiene al potere pubblico (in primis, si ricorda l'esperienza del Teatro Valle a Roma o dell'Asilo Filangieri, nel cuore di Napoli).

soggetto ma a sistemi di condivisione del potere e della responsabilità del suo esercizio.

Come si leghi tale considerazione alla gestione emergenziale è presto detto: l'emergenza è stata il reagente intorno al quale immaginare finalmente di poter costruire una formula stabile del rapporto uomo – ambiente cui giungere, ancora una volta, attraverso percorsi nuovi, seppur tortuosi e non sempre lineari, poiché ancora si sconta l'idea comoda che l'ambiente sia un elemento perpetuo, in grado di incassare qualsiasi colpo inferto dalle ragioni lucrative dell'uomo. Non è così: oggi, forse, la comunità politica si sta aprendo (fosse solo per ragioni propagandistiche) a una nuova consapevolezza dell'ecologia.

3. *I cambiamenti climatici: ragione o sentimento?*

Non sfugge a quest'analisi il plurideclamato allarme lanciato contro i cambiamenti climatici: problema rilevantissimo e concettualmente complesso, già solo per la distinzione, in termini giuridici, della nozione di clima da quella di ambiente. Tali nozioni sono però legate da uno stretto legame logico-consequenziale che fa del primo un elemento autonomo ma influenzato dal cambiamento del secondo, sciaguratamente troppo spesso in senso peggiorativo.

Per questo si ritiene dover approfondire il legame tra pandemia e cambiamento climatico, portando per un attimo l'analisi al di fuori dell'area rigorosamente interessata dagli effetti del *lockdown* sul territorio nazionale: questo regime è stato “troppo breve” per poter determinare un risultato visibile su un processo radicato nel tempo, quale appunto il cambiamento climatico, il quale affonda radici tanto nella continua opera di sfruttamento dell'ambiente da parte dell'uomo, quanto nella naturale evoluzione.

Per questo motivo è bene guardare al tema invertendo la prospettiva: non chiedendosi quali siano stati gli effetti dell'emergenza su di esso, ma ipotizzando che proprio il cambiamento climatico sia stato occasione di propagazione del virus *SARS-Cov-2* fino a fargli raggiungere estensione mondiale⁹.

⁹ L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato che il «focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 può essere considerato una pandemia».

Come da metodo scientifico, tutte le ipotesi necessitano di dimostrazioni: un argomento a supporto di tale tesi è offerto dal rapporto del WWF intitolato *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi*. La maggiore associazione ambientalista annovera tra le cause di diffusione della malattia il commercio e il consumo di specie faunistiche selvatiche, la deforestazione e l'erosione degli *habitat* naturali «correlati alla trasferimento di malattie zoonotiche e trasmissibili»; ciò è visibile in particolare in Paesi ad alto tasso di povertà ove capita anche che l'intervento umanitario si scontri con difficoltà sanitarie e esigenze di protezione della salute umana insieme alla lotta alla fame. Tra le cause antropiche di espansione del virus, è stato indicato anche l'emissione di sostanze nocive nell'aria, il cui livello raggiunge spesso (anche nei confini nazionali) dimensioni notevoli e pericolose e che sembra costituiscano un efficace vettore per il trasporto e la proliferazione delle infezioni virali.

Secondo uno studio trasversale¹⁰ elaborato da figure provenienti dal mondo della medicina e delle cc.dd. “scienze dure” l'elemento più pericoloso sarebbe il particolato atmosferico «costituito da particelle solide e/o liquide in grado di rimanere in atmosfera anche per ore, giorni o settimane, e che possono diffondere ed essere trasportate anche per lunghe distanze»; esso funziona da *carrier*, cioè da vettore incontrollabile secondo il nostro modello di sviluppo e difficilmente controvertibile nel breve periodo.

A tali studi evocativi di un rapporto di consequenzialità tra pandemia e cambiamenti climatici ha risposto l'Organizzazione Mondiale della Sanità sottolineando la necessità di circoscrivere tale relazione non essendo ancora possibile affermare definitivamente il legame tra essi¹¹; in particolare l'Oms ha posto l'attenzione sui cambiamenti cli-

¹⁰ L. SETTI, F. PASSARINI (*et alios*), *Relazione circa l'effetto dell'inquinamento da particolato atmosferico e la diffusione di virus nella popolazione*, Position Paper, SIMA – Società Italiana di Medicina Ambientale, 2020: lo studio fonda le sue conclusioni a partire dall'analisi microbica dell'atmosfera presente in alcune zone d'Italia (in particolare Lombardia ed Emilia Romagna) e dal riscontro di tracce del virus all'interno dello spazio aereo di riferimento.

¹¹ L'OMS nega ad esempio che meteo e clima siano stati fattori determinati nella propagazione del virus non essendoci prove specifiche al momento e verificando che la malattia Covid-19 è stata trasmessa in tutte le aree del mondo a prescindere dalla

matici quali fattori indiretti della pandemia, sottolineando in particolare come un modello di sviluppo teso allo sfruttamento delle risorse naturali crei, tra gli abitanti del mondo, notevoli disparità di accesso ad esse creando progressivamente nuove emergenze (si pensi alla scarsità di acqua, bene primario e comune).

L'analisi di tali circostanze, seppur brevemente descritte, porta a ragionare concretamente circa il tema dei cambiamenti climatici: essi costituiscono un problema che pone il mondo scientifico dinanzi alla necessità di doversi stringere in un dialogo *tra* le scienze¹², le cui risultanze devono essere tradotte in decisioni politiche di mutamento o di mantenimento dello *status quo*. Purtroppo, da un punto di vista sia nazionale sia internazionale, si assiste a passi molto timidi verso la reale traduzione in azioni concrete e prescrittive in contrasto allo sfruttamento della natura.

Come si può notare dalla pluralità di posizioni che progressivamente emergono nel dibattito scientifico, non esiste una ricostruzione univoca del cambiamento climatico poiché questo risulta dalla sintesi di una serie plurima di concause (artificiali e naturali) spingono a pensare allo sviluppo ambientale nel senso della sostenibilità. Per tale ragione le sollecitazioni scientifiche sembrano condurre verso l'esigenza di guardare nuovamente all'ecosistema, nel senso in precedenza

identificazione di una fascia climatica specifica; v. *Situation report – 80 Coronavirus disease 2019 (COVID-19)*, 9 April 2020, www.who.int. *Contra*, a dimostrazione di un dibattito scientifico apertissimo sul tema, si segnala uno studio che porta a conseguenze divergenti effettuato da ricercatori dell'Università del Maryland, i quali constatano invece l'esistenza di una "cintura climatica" del virus che percorrerebbe la fascia settentrionale dell'emisfero ed in particolare proprio i paralleli che disegnano la Regione Lombardia e il Nord degli USA. *Temperature, Humidity and Latitude Analysis to Predict Potential Spread and Seasonality for Covid-19* (a cura di M. M. Sajadi e P. Habibzadeh), University of Maryland School of Medicine, Baltimora, 2020.

¹² Questo dialogo porta il giurista all'attività che gli è più propria: l'interpretazione. Essa non può ritornare ciclicamente alla lettera della norma, ma aprirsi al confronto dialettico alla ricerca della ragionevolezza, di un ideale di giustizia che travalica la solitudine dell'individuo. Sembrano "marchiate a fuoco" le parole di Salvatore Prisco «"Inter-pretare" è appunto traghettare senso "tra" materiali del passato ed esigenze odierne, tra sistema precettivo consolidato e fluidità dell'esperienza» S. PRISCO, "Rigore è quando arbitro fischia"? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione in *Studi in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2015.

indicato, quale oggetto composito delle decisioni politiche¹³: la tutela dell'ambiente è stata declinata più attraverso proclami e dichiarazioni di sistema che realmente affrontata nella sua veste di diritto sociale. Dal lato del diritto, il richiamo ai cambiamenti climatici appare un'incognita metagiuridica che richiede invece una risposta giuridica in grado di conferire prescrittività alle norme ambientali. Eppure esiste un elemento in grado di tradurre la tutela giuridica dell'ambiente in chiave di concreta istanza verso lo Stato e la stessa cittadinanza, questo è il territorio; l'emergenza Covid-19 ha dimostrato empiricamente che la tutela della salute non può essere scissa da quella del territorio né per ragioni economiche (si pensi al grande e doloroso tema della povertà, delle migrazioni ambientali, della mancanza di accesso ai beni naturali primari come l'acqua) né per ragioni geografiche.

Per tale motivo è utile chiedersi se e quanto il regime restrittivo emergenziale abbia inciso sulla gestione del territorio all'interno dei confini nazionali.

Se così fosse, si riuscirebbe ad analizzare in modo più preciso uno degli effetti che sembra essere conseguito al *lockdown*: la deroga al regime ordinario del ciclo dei rifiuti.

4. *La disciplina dell'ambiente in Italia durante il periodo di pandemia*

Con circolare datata 30 Marzo 2020 n. 222276 il Ministero dell'Ambiente ha inviato delle indicazioni alle Regioni e agli Enti locali consentendo loro di derogare al regime ordinario del ciclo dei rifiuti mediante atti eccezionali, quali le ordinanze ex art. 191 Cod. amb., al fine di «per disciplinare forme speciali di gestione dei rifiuti sul proprio territorio». Questa circolare è l'unica ancora da cui è possibile ricavare quei «minimi» effetti che l'emergenza sanitaria ha prodotto sull'ambiente.

Prima di analizzare il contenuto di tale atto di «direzione burocratica»¹⁴ è opportuno precisare che esso consegue a una serie di in-

¹³ Il 29 maggio 2020 l'Ufficio di presidenza della Conferenza delle Parti dell'UNFCCC (*United Nations Framework Convention on Climate Change*) ha annunciato il rinvio della prossima Conferenza per il clima – Cop26 a Novembre 2012 (1-12) a Glasgow, d'accordo con i Paesi aderenti.

¹⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 2019, 382.

terventi amministrativi e normativi precedenti che ne costituiscono il fondamento legale, oltre che motivazionale.

Il primo è stato il *Rapporto* dell'Istituto Superiore di Sanità n. 19 del 12 Marzo 2020, ha esplicitato «l'esigenza di dettare modalità operative per la gestione dei rifiuti urbani improntate sul principio di cautela su tutto il territorio nazionale, come da DPCM 9 marzo 2020», ripreso dal Consiglio del SNPA (Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente) con il documento approvato in data 23 marzo 2020 il quale contiene «prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza Covid-19».

Tali documenti hanno natura programmatica: entrambi si fondano sulla duplice considerazione per la quale la scarsità di impianti per il trattamento e di possibili destinazioni per specifiche categorie di rifiuti» portino con sé una rilevante componente di pericolo di diffusione «incontrollabile» del virus: si è ritenuto necessario distinguere il regime di raccolta tra rifiuti «prodotti nelle abitazioni dove soggiornano soggetti positivi al tampone in isolamento o quarantena obbligatoria» e rifiuti prodotti invece dalla popolazione non contagiata, a minore, ma comunque non nullo, rischio di contagio. Per i primi è stata sospesa la raccolta differenziata e il conferimento nella frazione indifferenziata, non compostabile dei rifiuti solidi urbani, mentre per i secondi gli l'ISS e il SNPA hanno rinviato alle disposizioni vigenti nel territorio di appartenenza, di fatto non interrompendo la raccolta differenziata, ma consigliando lo smaltimento dei beni cd. “usa e getta” nell'indifferenziato, comportando un aumento potenziale importante di quella frazione dei rifiuti che non può essere facilmente riciclata, ma solo tritovagliata e smaltita negli impianti di incenerimento¹⁵.

¹⁵ Che, è bene ricordarlo, sono considerati dal Codice dell'Ambiente, l'*extrema ratio* nel ciclo integrato dei rifiuti. Addirittura proprio il documento SPNA prevede che i rifiuti provenienti da abitazioni in cui vi siano uno o più soggetti positivi al tampone vengano immediatamente inceneriti o, ove non possibile, «conferiti agli impianti di trattamento meccanico biologico (Tmb) se garantiscono l'igienizzazione dei rifiuti nel corso del trattamento biologico (bioessicazione o biostabilizzazione) e la protezione degli addetti dal rischio biologico, agli impianti di sterilizzazione o direttamente in discarica, senza alcun trattamento preliminare (previo eventuale inserimento dei sacchetti integri all'interno di appositi *big-bags*), limitando il più possibile, nella fase di

A questi si aggiunge la previsione contenuta nel decreto legge del 17 marzo 2020 n. 18, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, unico atto di legislazione ordinaria a disciplinare la materia ambientale il quale dispone agli articoli 113 e 113 bis la proroga del termine per la presentazione del modello unico di dichiarazione ambientale (MUD) dal 30 aprile¹⁶ al 30 giugno 2020 e, tra gli altri provvedimenti, l'aumento «fino al doppio della capacità» per ogni sito di deposito temporaneo di rifiuti, per un massimo di diciotto mesi¹⁷.

Su tali basi opera la circolare del Ministero dell'Ambiente. Essa specifica quanto previsto nel citato decreto legge e sostiene le indicazioni

coltivazione della discarica, la movimentazione dei rifiuti che andranno possibilmente confinati in zone definite della discarica ».

¹⁶ Termine fissato all'articolo 6, comma 2, della legge 25 gennaio 1994, n. 70, il quale specifica anche la funzione classificatoria e dichiaratoria di tale strumento. I soggetti gestori di discariche, trasportatori e/o produttori di rifiuti sono infatti onerati della presentazione di tale documento alla Camera di Commercio competente territorialmente al fine di dichiarare quali tipi di rifiuti, identificati tramite appositi codici (C.E.R.), siano oggetto della propria attività. È bene rilevare che il Codice dell'Ambiente esonera dalla presentazione del modello i soggetti che trattano rifiuti «non pericolosi» (es. Rifiuti industriali, sanitari, chimici, plastici ecc...), categoria in cui sicuramente non ricadono i rifiuti solidi urbani. Ciò vuol dire che il legislatore emergenziale ha voluto derogare anche a questa norma nel periodo di emergenza perché o è vero che si attribuisce carattere di pericolosità "circostanziale" ai rifiuti prodotti da soggetti positivi al Covid-19 e li si sottopone a obblighi dichiaratori specifici o ciò non è vero e dunque risulta avulsa dal contesto straordinario qualsiasi norma relativa al trattamento di rifiuti diversi. In altre parole, non si comprende quale sia la motivazione della proroga per la presentazione del MUD, se questo riguarda i rifiuti pericolosi.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. b), del D.lgs. n. 152/2006 si definisce deposito temporaneo «il raggruppamento dei rifiuti e il deposito preliminare alla raccolta ai fini del trasporto di detti rifiuti in un impianto di trattamento, effettuati, prima della raccolta, nel luogo in cui gli stessi sono prodotti, da intendersi quale l'intera area in cui si svolge l'attività che ha determinato la produzione dei rifiuti»; insieme all'incenerimento esso è considerato *extrema ratio* nel ciclo integrato che vede nella raccolta differenziata, nel compostaggio e nel riciclo le forme più sostenibili e immediatamente realizzabili di trattamento dei rifiuti. Questo meccanismo viene costantemente capovolto in occasione delle emergenze sanitarie o ambientali che interessano il territorio nazionale, prima fra tutte l'emergenza rifiuti in Campania, ove si è assistito alla cristallizzazione di un regime straordinario per quasi diciotto anni in cui proprio l'incenerimento e il potenziamento dell'impiantistica di smaltimento sono stati al centro delle scelte di superamento della crisi; sul tema cfr. – se è permesso – il nostro F. NIOLA, *Emergenza rifiuti in Campania, il fatto – Cronologia e problematiche di un'ordinaria emergenza* in *Diritto.it*, 2014.

dell'Istituto Superiore di Sanità, tuttavia sembra allargare molto le maglie della sua operatività imputando alle Regioni vere e proprie potestà nella gestione straordinaria dei rifiuti, da esercitare mediante ordinanze contingibili e urgenti *ex art.* 191 Cod. amb. In particolare, essa consente che tali ordinanze prevedano il deposito temporaneo e la messa in riserva dei rifiuti fino al doppio della capacità «annua e istantanea» dei precipui siti regionali a seguito di presentazione, da parte dell'imprenditore, di una segnalazione certificata di inizio attività¹⁸, nei limiti della capacità massima prevista dalla legge per ogni sito. Tali rifiuti, quindi, potranno essere smaltiti in discarica o negli impianti di incenerimento: per le prime, la circolare ministeriale ammette che le ordinanze regionali straordinarie possano «prefigurare la modifica temporanea dell'autorizzazione per consentire il conferimento degli scarti derivanti dal trattamento dei rifiuti urbani, differenziati e indifferenziati, privi di possibili destinazioni alternative, a condizione che detti scarti non siano classificati come rifiuti pericolosi» su impulso del gestore dell'impianto di discarica mediante s.c.i.a.; per gli inceneritori, le ordinanze possono autorizzare impianti di tal genere ad aumentare la capacità termica fino al valore massimo indicato nella precipua autorizzazione al fine di smaltire in via prioritaria i rifiuti prodotti da soggetti positivi al virus, o in quarantena obbligatoria, ma anche quella frazione di indifferenziato proveniente da abitazioni in cui non vi soggiornino soggetti contagiati (praticamente, per esclusione, il resto dell'intera cittadinanza).

Ne sono seguite ben diciotto ordinanze regionali straordinarie che hanno variamente previsto e declinato tutte o solo alcune delle possibilità offerte dal Governo su tutto il territorio nazionale a seconda delle esigenze e delle possibilità specifiche di far fronte allo smaltimento per ciascuna Regione.

Sul punto è opportuno fare due considerazioni circa la natura, e quindi la portata di disposizioni del genere, e circa gli effetti sul governo del territorio.

¹⁸ Essa dovrebbe sempre essere «accompagnata da una relazione a firma di un tecnico abilitato, che asseveri, oltre al rispetto di quanto indicato nell'autorizzazione in essere, i quantitativi di rifiuti oggetto della richiesta di aumento e l'osservanza di determinate condizioni quali la presenza di sistemi di copertura adeguati, l'adempimento delle prescrizioni in materia di incendi e garanzia di spazi adeguati al contenimento e al confinamento dei rifiuti.

Innanzitutto, si ragiona sul fatto che, di tutti gli atti citati, solo il decreto legge ha portata prescrittiva, pur essendo instabile dal punto di vista formale fino alla sua conversione (comunque avvenuta il 24 aprile); gli altri hanno efficacia puramente suggestiva, descrittiva di una situazione emergenziale cui far fronte anche da un punto di vista ambientale, tuttavia non possono essere considerate vere e proprie “fonti del diritto”. In particolare, la circolare altro non è che un atto di valore inter-organico, interno¹⁹ allo stesso ufficio, con il quale un organo amministrativo superiore indirizza le attività di un organo sottoposto al fine di esplicitare le novità legislative o indicare una specifica metodologia per la risoluzione di un problema; pertanto, esse sono vincolanti soltanto per il soggetto sottordinato, secondo il rapporto gerarchico, non producono insomma effetti “all'esterno”.

A ben vedere però la circolare n. 222276/2020 appare forzare queste preclusioni tipiche della fattispecie generale in quanto non si limita ad una cd. “interpretazione autentica” delle norme del decreto²⁰ ma individua nelle ordinanze ex 191 Cod. amb. gli atti attraverso i quali le Regioni possono affrontare l'emergenza e, soprattutto, introduce dei *nova* rispetto al testo del Decreto che ne dovrebbe costituire il fondamento, quali ad esempio l'aumento della capacità termica degli impianti di incenerimento.

Ecco che quindi si pone un problema di governo del territorio da inquadrare necessariamente all'interno del 117 comma terzo della Co-

¹⁹ Il Consiglio di Stato si è espresso di recente sul tema con sentenza Sez. I, 7 marzo 2017, n. 567 stabilendo che «la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni».

²⁰ A ben vedere, nella parte motivazionale della circolare non viene richiamato il DL 18/2020, ma solo i documenti del ISS e del SNPA; ciò potrebbe far pensare addirittura alla assenza di un legame tra la norma primaria e la circolare *de qua*, tuttavia ciò vorrebbe dire che quest'ultima abbia operato senza un'apposita copertura legislativa e questo è difficile da sostenere. In alternativa si può immaginare come la conseguenza degli atti sia parte di una precisa, oltre che legittima, strategia di gestione dell'emergenza tutta giocata proprio sul dialogo tra le fonti e gli strumenti amministrativi a disposizione dell'Esecutivo. Sull'argomento il dibattito dottrinale è stato vivace, si veda tra tutti U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni* in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc.spec. 30 aprile 2020.

stituzione in cui tale materia è posta tra quelle che tipizzano una potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

Qui si arriva al punto ed è necessario intendersi su quali siano i confini del concetto di “territorio” e di governo dello stesso: esso si è emancipato dalla semplice e antica identificazione con l’urbanistica assumendo funzione proiettiva e pianificatoria; esso coinvolge le competenze e la responsabilità dei diversi livelli di governo, ma si apre anche al privato in un sistema reciprocamente dialettico che traduce in concreto il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale.

Proprio su queste basi la dottrina sostanzialista²¹ ha ricostruito il concetto giuridico di ambiente come sintesi della polarizzazione tra “diritto all’ambiente salubre” e “governo del territorio. In altre parole, la simbiosi ambiente-territorio, che porta i due termini a sovrapporsi dal punto di vista dell’attività amministrativa, è tutelata a livello costituzionale dalla duplice competenza statale e regionale in materia di governo del territorio: essa si esplica sotto il profilo pianificatorio-urbanistico come attenzione all’aspetto morfologico di quest’ultimo, mentre sotto il profilo dinamico della *governance* ambientale come capacità di intervenire sul «bene» ambiente.

Quanto sinora affermato descrive pertanto un virtuosismo legislativo che, all’interno degli spazi tracciati in Costituzione e del diritto comunitario, delinea la protezione dell’ambiente come valore costituzionale a tutela del pieno sviluppo della personalità umana ed il territorio come bene, luogo fisico della proiezione sociale dell’individuo e luogo giuridico della cittadinanza.

Se ne deriva che l’aspetto dinamico, proiettivo della tutela ambientale è affidato proprio alla pianificazione: essa diventa il terreno della responsabilità politica del legislatore e degli enti amministrativi di tutti i livelli.

²¹ Il cui capostipite, o meglio, precursore è A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969 e sulle sue teorie si sviluppano i nuovi approdi dottrinari che conducono alla qualificazione dell’ambiente e del territorio come «bene comune». In proposito si veda in particolare A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma – Bari, 2013; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014 i quali traducono le teorie predierane adattandole alle esigenze attuali.

Ci si deve quindi chiedere se in fase emergenziale questa funzione programmatoria sia sospesa oppure è necessario che sia sostenuta anche durante la reazione ad una crisi.

Nel caso in cui per far fronte ad un'emergenza la norma straordinaria si "sostituisce" a quella ordinaria, in alcuni casi cristallizzando una situazione normativa di «ordinaria emergenza»²², il circuito virtuoso di protezione dell'ambiente, attraverso la tutela del territorio si interrompe a vantaggio di una complessa situazione patologica che blocca non solo l'attività pianificatoria, ma la stessa capacità delle misure emergenziali di far fronte alla crisi.

5. Conclusioni

Sulla base di queste riflessioni è possibile concludere che l'effetto del regime di emergenza da Covid-19 sull'ambiente è stato certamente indiretto ma al contempo importante e vigoroso poiché ha permesso di evidenziare come il rapporto tra ambiente e salute non si declini soltanto verso una formale posizione di vantaggio individuale quale il "diritto ad un ambiente salubre" (della cui reale giustiziabilità si dubita fortemente); esso si realizza attraverso una biunivoca relazione che sta alla base delle scelte politico-amministrative le quali, di fatto, si trovano dinanzi all'impossibilità di scegliere se tutelare alternativamente l'ambiente o la salute.

La crisi pandemica ha infatti dimostrato che il paradigma della relazione tra precauzionalità e proporzionalità delle misure risolutive diventa instabile, se essa rimane avulsa dall'inquadramento sistematico dei valori in gioco.

La critica più forte che si può muovere a una simile impostazione si sostanzia nel fatto la tutela dell'ambiente, i cui principio sono disciplinati dal TU 152/2006, non ha avuto finora portata prescrittiva o almeno indicativa delle scelte politiche; essa entra nel bilanciamento

²² Per l'espressione paradossale, si veda D. CHIAVIELLO, *L'amministrazione dell' "ordinaria" emergenza*, in *federalismi.it*, 12/ 2010., ma essa è ora ripresa da V. AZZOLLINI, *Un anno di ordinaria emergenza*, in *Phastidio.net*, 12 luglio 2020, che discute la nota e dibattuta questione dell'intreccio tra decreti-legge e dd.p.c.m. come atti (diversi per effetti e controlli) ai quali si è fatto ricorso per la gestione della emergenza dalla quale siamo appena usciti.

degli interessi solo come elemento interlocutorio, sicuramente irrinunciabile, ma scarsamente concreto e richiamabile.

La soluzione appare univoca: il recupero della dimensione collettiva che è propria del diritto alla salute e del diritto all'ambiente, in quanto diritti sociali, galvanizzando la loro componente solidaristica.

Questa porta all'adozione di una nuova prospettiva: l'idea che l'ambiente sia appunto – e come si è argomentato fin qui – un «bene comune».

ANNA D'AVINO

L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo del Coronavirus

L'emergenza con la sua inaspettata ed eccezionale gravità ci ha reso di fatto ed oggettivamente impotenti.

Il virus che ha minacciato da mesi (e continua a farlo) il mondo intero ci ha catapultati in una situazione chiaramente ed obiettivamente "straordinaria": tutto il nostro quotidiano è stato messo alla prova obbligandoci a mutare radicalmente abitudini e stili di vita.

La ricaduta di questa rivoluzione all'interno delle dinamiche familiari si è esplicitata su due fronti: la famiglia non interessata da eventi disgregativi, e i nuclei familiari interessati da eventi separativi.

Va detto in generale, per quanto riguarda tutti, che la clausura forzata legata alle disposizioni emergenziali ha aumentato la conflittualità per ovvi e intuibili motivi.

Sull'esercizio della responsabilità genitoriale nell'ambito delle famiglie che non vivono stati di separazione e divorzio i genitori hanno faticosamente individuato una linea comune sulle regole educative, sui nuovi stili di vita, sul rispetto delle restrizioni necessarie affinché la salute loro e dei loro figli fosse tutelata, demandando il tutto ad un continuo compromesso.

È chiaro, poi, che in regime di separazione (e ovviamente di divorzio), specie nelle situazioni di permanente e accesa conflittualità, dove è difficile se non del tutto assente la comunicazione tra i due genitori, si è riscontrato un profondo disagio nell'applicazione della disciplina emergenziale (e il conseguente coinvolgimento quasi quotidiano degli operatori del diritto in questo periodo sul tema).

La successione spasmodica degli interventi normativi di emergenza che si sono susseguiti a ritmo quotidiano ha inciso irrimediabilmente sulle dinamiche all'interno delle famiglie.

Tutto ha inizio con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020: il Governo con essa prende atto della dichiarazione di emergenza internazionale dell'OMS del 30 gennaio 2020 e delle connesse raccomandazioni per la tutela della salute e della incolumità pubblica.

Ne è scaturita così la dichiarazione dello stato di emergenza sino al 31 luglio 2020¹.

Tutti gli interventi normativi che si sono susseguiti non sono mai espressamente entrati nell'argomento della frequentazione genitori-figli nell'ambito delle famiglie in regime di separazione e divorzio, e la relativa soluzione è stata demandata all'interpretazione del dato testuale dei divieti di volta in volta introdotti ed enucleata partendo dalla normativa dettata per gli «spostamenti» in generale.

Nell'applicazione pratica della disciplina emergenziale è stato necessario far riferimento alla distinzione tra genitore “collocatario” e genitore “non collocatario” (formula che il diritto vivente ha in sostanza reintrodotta pur dopo la legge 54 del 2006)².

Il primo d.p.c.m.³, concernente unicamente le c.d. “zone rosse” ha vietato ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di ciascuna zona rossa, nonché all'interno dei medesimi, salvo che per quelli motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. Consentendo, però, il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

Il successivo d.p.c.m. del 9 marzo 2020 ha esteso tale norma a tutto il territorio nazionale⁴.

Applicando queste disposizioni ai casi di genitori separati-divorziati con collocazione privilegiata dei figli (minori) presso l'uno o l'altro genitore si è ritenuto diffusamente che accompagnare i figli dalla casa di un genitore all'altro, sia entro lo stesso comune sia fuori dal comune, rientrasse tra le specifiche ragioni in grado di giustificare, con l'autocertificazione, lo spostamento.

¹ Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 in G.U. serie generale n. 26 del 1° febbraio 2020.

² Legge 54 del 2006, G.U. n. 50 del 1° marzo 2006.

³ D.P.C.M 1° marzo 2020, in G.U., Serie Generale n. 52 del 1 marzo 2020.

⁴ D.P.C.M 9 marzo 2020, in G.U., Serie Generale n. 62 del 9 marzo 2020.

Difatti in linea di massima si è argomentato che avendo i figli di genitori separati/divorziati idealmente due domicili, coincidenti con ciascuna delle abitazioni dei genitori, gli spostamenti tra gli stessi rientrassero nella detta previsione normativa.

Del resto sul punto proprio il Governo ha chiarito, con le FAQ del 10 marzo 2020⁵, che gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, erano consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio.

E proprio a questa risposta fa riferimento il Tribunale di Milano⁶ che ha ritenuto le previsioni di cui al d.p.c.m. 9 marzo 2020 n. 11 non preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentivano gli spostamenti finalizzati a rientrare presso la "residenza o il domicilio", sicché alcuna "chiusura" di ambiti regionali poteva giustificare la violazione dei provvedimenti di separazione o divorzio vigenti *inter partes*.

Con riferimento agli spostamenti per accompagnare i figli dai nonni o per riprenderli all'inizio o al termine della giornata di lavoro, ancora le FAQ del Governo hanno chiarito che ciò era ammesso solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori fossero impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore. In tale caso i genitori potevano accompagnare i bambini dai nonni, percorrendo il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro, oppure per andare a riprendere i bambini al ritorno.

Fin qui è parso sia stato tutto chiaro.

Il quadro ha iniziato a complicarsi in seguito all'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020⁷ (prorogata sino al 3 aprile dal d.p.c.m. del 22 marzo), la quale ha esteso l'ambito della limitazione della circolazione mediante l'introduzione del riferimento testuale al "domicilio principale", sancendo, tra l'altro, che nei giorni festivi e pre-festivi, nonché in quegli altri che immediatamente precedono o seguono tali giorni, era vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per le vacanze.

⁵ Le FAQ all'indirizzo <http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa>.

⁶ Tribunale di Milano, 11 marzo 2020.

⁷ In G.U., Serie Generale, n. 73 del 20 marzo.

Questa disposizione ha chiaramente generato molteplici dubbi: non era chiaro se potesse rientrare nel concetto di “domicilio principale” anche quello del genitore non collocatario, con la conseguenza pratica di rischiare di inibire così anche gli spostamenti legati alla frequentazione genitoriale.

Dubbi ancor più intricati sono emersi con il successivo D.P.C.M del 22 marzo 2020⁸ che ha vietato a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui si trovavano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute, facendo così venire meno il riferimento alla possibilità di far rientro presso la propria residenza e/o domicilio.

E così anche la contestuale ordinanza del Ministero della salute (del 22 marzo)⁹.

Dunque, dal tenore letterale della disposizione era sembrato che il divieto fosse stato esteso alle frequentazioni genitori-figli bisognose di varcare il confine comunale, valevole, ovviamente, tanto per il genitore collocatario quanto per il non collocatario.

L'espressa abolizione della possibilità di fare ritorno nel proprio domicilio avrebbe comportato che il minore, quand'anche si fosse trovato nella casa del genitore non collocatario, non avrebbe potuto far rientro presso il genitore collocatario sino all'efficacia del decreto medesimo, fissata al 3 aprile (e così ovviamente per l'ipotesi inversa).

Tali spostamenti erano limitati alla ricorrenza delle comprovate esigenze di assoluta necessità, circostanze, dunque, di carattere eccezionale da cui andava sottratta la “normale” frequentazione genitori-figli.

Di palese evidenza la discrasia nell'applicazione pratica tra genitori separati ma domiciliati nell'ambito dello stesso comune e genitori domiciliati in comuni diversi.

E infatti la Corte d'Appello di Bari¹⁰ ha recepito il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 marzo e la coeva ordinanza del Ministro della Salute, in particolare in riferimento al divieto

⁸ In G.U., Serie generale n. 76 del 22 marzo 2020.

⁹ In G.U., Serie generale n. 75 del 22 marzo 2020.

¹⁰ Corte di Appello di Bari, Sez. Minori e Famiglia, 26 marzo 2020, est. Labelarte.

di spostamento di persone in un comune diverso da quello in cui ci si trovava, e ha emesso un provvedimento in cui venivano sospese le visite di un padre separato con i propri figli finché non fosse “cessata l'emergenza epidemiologica”. Il provvedimento ha ordinato inoltre alla madre di favorire i contatti audio-video anche plurigiornalieri tra il padre e i suoi figli, attraverso l'utilizzo di tutti gli strumenti tecnologici disponibili.

E ancora il Tribunale di Napoli¹¹ ha ritenuto che, nel contesto dei divieti alla circolazione imposti dalla normativa nazionale e regionale, la disciplina delle visite non potesse più prevedere gli spostamenti dei minori, né, di fatto, le frequentazioni presso il domicilio del genitore collocatario, accogliendo così l'istanza di sospensione avanzata dalla madre collocataria e disponendo che la frequentazione genitori-figli fosse assicurata con colloqui da remoto mediante videochiamata.

Di segno diverso la pronuncia del Tribunale di Verona¹² che ha rigettato, invece, la richiesta di sospensione delle visite della madre non collocataria, residente in un Comune diverso, disponendo di fatto un collocamento alternato limitando la frequenza degli spostamenti della figlia minore.

È intervenuto poi il D.L. n. 19 del 25 marzo 2020¹³ che ha previsto la possibilità di adottare misure per periodi predeterminati, con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus.

Tra le varie misure è stata prevista espressamente «la limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, se non per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio e motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni».

Scompare cioè il riferimento al territorio comunale e alle comprovate esigenze di assoluta necessità del d.p.c.m. del 22 marzo, facendo di fatto rivivere il pieno diritto alla frequentazione genitori-figli, sia entro sia fuori del territorio comunale in quanto sicuramente rientran-

¹¹ Tribunale di Napoli, 26 marzo 2020, Est. Imperiali.

¹² Tribunale di Verona, 27 marzo 2020, Est. Marzocca.

¹³ In G.U. serie generale, n. 79 del 25 marzo 2020.

te nel concetto di spostamento suscettibile di integrare le specifiche ragioni di cui al decreto.

Il Governo, poi, ha nuovamente chiarito (nelle FAQ del relativo sito web) che gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un comune all'altro.

Tali spostamenti dovevano avvenire, nelle raccomandazioni del Governo, in ogni caso scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse, etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori.

Eppure, nelle pronunce successive si è avuto un andamento tutt'altro che univoco.

Il Tribunale di Busto Arsizio¹⁴ ha ribadito che il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non poteva subire limitazioni a seguito della normativa emergenziale per fronteggiare il Coronavirus, evidenziando come tale sospensione non potesse essere giustificata dalle problematiche legate all'emergenza sanitaria.

Di diverso segno, invece, il Tribunale di Vasto¹⁵, che ha circoscritto il diritto del padre all'uso di strumenti informatici, considerandolo recessivo rispetto alle esigenze di sicurezza e di limitare la libera circolazione, con la precisazione, però che nella specie il padre proveniva da Milano, zona ad alto rischio epidemiologico.

Di contro, il Tribunale di Roma¹⁶ ha statuito che la frequentazione con il padre non esponeva la minore a rischio ulteriore, sempre che fossero adottate tutte le cautele previste dalla normativa nonché le misure igieniche richieste dall'emergenza sanitaria, anche argomentando, nel caso di specie, che Roma, città di residenza del padre fosse da considerare zona meno a rischio del Trentino Alto Adige, dove la minore risiedeva con la madre.

Ulteriori e ancor più accesi dubbi, poi, si sono riscontrati in punto di regime di visita per i figli di coppie non sposate, o separate di fatto,

¹⁴ Tribunale di Busto Arsizio, decreto del 3 aprile 2020.

¹⁵ Tribunale di Vasto, 2 aprile 2020.

¹⁶ Tribunale di Roma, 7 aprile 2020.

con una disciplina concordata di volta in volta tra i genitori nell'esercizio della loro responsabilità, in assenza dunque di una pronuncia giurisdizionale pregressa che potesse dettare le linee guida in un contesto comunque di generale, obiettiva ed assoluta incertezza, anche interpretativa, come visto.

Da tutto quanto innanzi e da queste breve *excursus* giurisprudenziale si evidenzia che, al di là della generale legittimità di cui al chiarimento governativo, che non ha potuto chiaramente prevedere tutte le specificità del caso, la giurisprudenza si è orientata a dare rilievo alle diverse zone di residenza dei genitori e al connesso rischio epidemiologico.

E da ultimo il d.p.c.m. del 26 aprile 2020¹⁷ ovviamente è parso aver rimosso ogni ostacolo, ma ha lasciato una disposizione in cui si è “raccomandato” ai soggetti immunodepressi la permanenza domiciliare.

E anche questo inciso (quantunque facesse riferimento ad una semplice raccomandazione) è stata fonte di criticità sol che si consideri l'ipotesi di un minore immunodepresso e il possibile conseguente conflitto tra l'uno e l'altro genitore circa l'opportunità o meno di ripristinare le frequentazioni con il genitore non collocatario all'esterno dell'abitazione “principale”.

Ed è anche di intuitiva evidenza che ogni soluzione normativa vada sempre a scontrarsi con la molteplicità di fattori e con la vastità dei casi concreti che possono emergere.

Lo scenario normativo avvicendatosi nel tempo, infatti, solleva non pochi interrogativi sulla tutela, anche all'interno del descritto contesto emergenziale, dei diritti dell'infanzia e sulla tenuta della loro dimensione costituzionale¹⁸.

Proprio per le segnalate criticità un focus importante sulle posizioni giuridiche dei minori in questo difficile periodo è pervenuto dal Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza che con una dichiarazione adottata l'8 aprile¹⁹ ha ricordato a tutti gli Stati che nell'adozio-

¹⁷ In G.U. serie generale n. 108 del 27 aprile 2020.

¹⁸ L. CONTE, “*Prima la salute*” o “*Prima i bambini*”? *Riflessioni sui diritti dell'infanzia al tempo del Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, 29 aprile 2020.

¹⁹ *Coronavirus, Comitato Onu: proteggere e rispettare i diritti di bambini e ragazzi*. Ginevra, 8 aprile 2020, in *Cammino.org*.

ne di misure di contenimento della pandemia da coronavirus occorre proteggere e rispettare i diritti delle persone di minore età.

Nel documento si è espressa preoccupazione per la situazione vissuta in tutto il mondo bambini e ragazzi, soprattutto quelli che versano in condizioni di vulnerabilità.

Il Comitato ha quindi indicato in 11 punti le misure che gli Stati devono adottare a tutela e nel rispetto dei diritti delle persone di minore età.

In particolare, si è chiesto di considerare l'impatto della pandemia sui diritti dei minorenni e di cercare soluzioni alternative per permettere a bambini e ragazzi di esercitare i loro diritti e che le opinioni di bambini e ragazzi vengano ascoltate e prese in considerazione nei processi decisionali.

Questo è il contesto che abbiamo vissuto e stiamo vivendo in epoca di pandemia in materia di esercizio della responsabilità genitoriale.

Emerge indubbiamente che la soluzione migliore andava e va ricercata di volta in volta attraverso il necessario temperamento tra il diritto dei figli da un lato alla salute, (gli spostamenti potrebbero essere fonte di contagio), e dall'altro a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi, appunto la bi-genitorialità.

In questo quadro, convulso e inevitabilmente magmatico, nella prassi applicativa e quotidiana degli operatori del diritto si è tentato di tenere sempre presente come non dovesse mai essere messo in discussione il principio della bigenitorialità.

Sul tema, tra le altre, l'Associazione Cammino (Associazione Nazionale Avvocati per la Persona, Relazioni Familiari e Minorenni) ha stilato un vero e proprio Decalogo²⁰ utile in particolare ai genitori separati e a chi ha fornito e fornisce loro assistenza in questo delicato momento storico, con la immutabile direttrice guida che ogni decisione assunta dai genitori e dagli adulti, anche nella situazione emergenziale, deve essere orientata al migliore interesse della persona di età minore²¹.

²⁰ Pubblicato, tra l'altro, su *Il Familiarista* e in *Cammino.org*.

²¹ In dottrina, si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, prefazione di L. Pomodoro, Milano, 2016.

Quasi scontata la conclusione: è talmente delicato il tema delle dinamiche endofamiliari che le soluzioni migliori (e cioè quelle concretamente rispondenti agli interessi dei minori) non potranno in sostanza mai essere eterodirette, ma richiederanno l'esercizio della responsabilità genitoriale secondo buon senso, quel buon senso appunto, in cui la disciplina normativa può entrare poco e che rappresenta il limite stesso delle pronunzie giurisdizionali in tema, anche in assenza di disposizioni emergenziali.

La migliore soluzione cioè è sempre quella che deriva da un accordo equilibrato tra i genitori che, tanto nel rispetto della bigenitorialità, quanto delle norme connesse all'emergenza, favorisca la continuità della relazione genitore/figli attraverso accordi maggiormente adatti alla specificità della loro vita e al benessere dei loro figli (principio, superfluo ribadirlo, che dovrebbe sempre e comunque improntare la disciplina generale in tema di rapporti genitori-figli).

È chiaro che la vita si presenta sempre come eccedente rispetto al diritto²² e mai come in questo caso la pandemia ce lo ha dimostrato.

²² E. RESTA, *Diritto vivente*, 4[^], Roma-Bari, 2008.

FEDERICA IOVINO¹

Scuola: didattica a distanza o senza distanza per lo sviluppo della persona?

SOMMARIO: 1. Perché nemmeno una pandemia può fermare la Scuola. – 2. Verso la didattica a distanza, tra difficoltà tecniche e perplessità educative. Un bicchiere mezzo vuoto. – 3. Se è mezzo vuoto, il bicchiere è dunque anche mezzo pieno. – 4. Conclusioni: usare la didattica a distanza con parsimonia. Non demonizzarla, ma nemmeno sostituire nella normalità il contatto formativo in classe tra docenti e discenti.

1. *Perché nemmeno una pandemia può fermare la Scuola*

La pandemia generata dalla diffusione mondiale del Covid-19 ha provocato forzatamente un cambiamento repentino dell'abituale stile di vita di tutti noi, per la necessità di mantenere le distanze sociali, conducendo così ad una nuova organizzazione temporanea di molte attività.

Le misure disposte dal Governo dopo la dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 (G.U. 126 del successivo 1° febbraio) hanno avuto un'inevitabile ripercussione sull'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti, *in primis* la libertà personale, quella di circolazione e soggiorno, di riunione, di esercizio del culto religioso in forma pubblica, ognuno dei quali ha subito una momentanea restrizione, quale effetto delle decisioni assunte sulla base del parere di un comitato scientifico di supporto, per contrastare un "nemico invisibile".

Se si presta attenzione, ciascuna delle libertà prese in considerazione sono libertà individuali e collettive che hanno tanto una valenza "positiva", sotto il profilo dell'autodeterminazione della volontà dell'individuo, quanto "negativa", cioè come possibilità di astenersi da un certo comportamento. Diversamente accade per la libertà di in-

¹ Le valutazioni espresse dall'Autrice sono personali e non impegnano l'Amministrazione presso la quale opera.

segnamento. Infatti, sebbene essa sia strettamente collegata alla più generale libertà di espressione del pensiero, c'è un'importante puntualizzazione da compiere: mentre quest'ultima – come tutte le libertà individuali e collettive – può avere anche una valenza “negativa”, con la libertà di insegnamento siamo in presenza di un diritto di cui va sottolineata al tempo stesso anche l'immediata funzionalità allo sviluppo delle persone *di terzi*: nessun diritto può essere effettivamente garantito, nessuna partecipazione si rende possibile (art. 3, c. II, Cost.), se – col lavoro e la salute – lo Stato non si adopera a fornire gli strumenti per rendere istruito il cittadino e questo è anche un primario compito genitoriale nei confronti dei figli (art. 30, c. I)².

Non si può insomma *non* insegnare e *non* imparare. E il primo è un compito pubblico per eccellenza, anche all'interno di un sistema che vede presenti centri di formazione privata (accanto a quelli pubblici), nelle forme e coi limiti di cui agli artt. 33, 34 e 117 della Carta Costituzionale³.

² Si leggano, nel più recente trattato sul testo della Carta fondamentale della Repubblica, G. MATUCCI, *Articolo 30*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, I, Bologna, 2018, 204 ss. e in precedenza E. LAMARQUE, *Articolo 30*, in *La Costituzione italiana*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Assago, 2006, I, 622 ss.

³ A. IANNUZZI, *Articolo 33*, in *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, cit., 330 ss.; M. BENVENUTI, *Articolo 34*, ivi, 226 ss.; L. CUOCOLO, *Articolo 117, comma 2*; ivi, II, 337 ss. e D. MORANA, *Articolo 117, commi 3, 4, 5*, ivi, 346 ss. e in precedenza G. FONTANA, *Articolo 33*, in *La Costituzione italiana*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., I, 675 ss.; A. POGGI, *Articolo 34*, ivi, 699 ss.; L. ANTONINI, *Articolo 117, commi 2°, 3°, 4°*, ivi, III, 2227 ss. Per una ricostruzione dei lavori preparatori, in particolare, dell'art. 33 della Costituzione, molte volte effettuata, si veda il classico *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, Roma, 1949, ma ora Milano, V ed., 1987, 115 ss., dove è possibile apprendere come all'interno dell'Assemblea si arrivò ad approvare la formula attualmente vigente dell'art. 33 con l'intenzione specifica di «assicurare non soltanto la libertà della manifestazione concettuale ma anche l'effettiva libertà della manifestazione organizzativa e strutturale dell'insegnamento» secondo quanto affermato in tale sede dall'on. Dossetti. L'obbiettivo della Repubblica era un netto cambiamento rispetto al passato, fin dalla legge Casati del 1859, primo testo normativo che aveva disciplinato il settore dell'istruzione, sotto il profilo dell'amministrazione e dell'organizzazione della scuola per ordini e gradi. Risale a tale dibattito anche il riconoscimento della libertà di insegnamento in termini

Perciò Piero Calamandrei diceva che la Scuola è *un organo costituzionale*, ovvero il loro comune presupposto⁴.

2. *Verso la didattica a distanza, tra difficoltà tecniche e perplessità educative. Un bicchiere mezzo vuoto*

Per questo motivo, con la nota prot. n 278 del 6 marzo del Ministero dell'istruzione, si è dovuto garantire la prosecuzione dei programmi scolastici e del servizio introducendo la didattica a distanza (d'ora in poi DaD).

È inutile dire che molti insegnanti, alunni e genitori si sono ritrovati a dover gestire una modalità di insegnamento del tutto nuova con non poche difficoltà di gestione, *punctum dolens* che resta aperto e su cui si tornerà alla fine.

Lo scopo di questo intervento è quello di analizzare le prospettive di cambiamento nell'approccio all'insegnamento e allo studio (con le re-

concorrenziali tra le plurisecolari scuole private (all'epoca essenzialmente cattoliche, il che spiega l'impegno di quel padre costituente) e le scuole e università statali, richiedendo per chi volesse insegnare nelle prime una «dimostrazione di capacità e moralità».

⁴ In occasione del III Congresso a difesa della scuola nazionale, l'autore definisce la Scuola un organismo umano, il cuore pulsante della società da cui poi, solo in un secondo momento, derivano gli organi costituzionali. Essa quindi, nell'ambito di un ordinamento democratico, ha la funzione di formare alla stessa maniera i cittadini che poi, in base alle loro sole capacità e competenze andranno a svolgere un lavoro che contribuirà al progresso della società. In tale ricostruzione, nell'ambito scolastico, lo Stato non ha solo una funzione normativa, *ex art. 33* della Costituzione, ma anche e necessariamente quella di favorire la realizzazione di ciascuno. Il discorso richiamato è *Difendiamo la Scuola democratica*, in *Scuola democratica*, 2/ 1950, 1 ss., ora in *Per la scuola*, Palermo, 1988, 81 ss. e il periodo è, testualmente: «Quando vi viene in mente di domandarvi quali sono gli organi costituzionali, a tutti voi verrà naturale la risposta: sono le Camere, la Camera dei deputati, il Senato, il Presidente della Repubblica, la magistratura: ma non vi verrà in mente di considerare fra questi organi anche la scuola, la quale invece è un organo vitale della democrazia come noi la concepiamo. Se si dovesse fare un paragone tra l'organismo costituzionale e l'organismo umano, si dovrebbe dire che la scuola corrisponde a quegli organi che nell'organismo umano hanno la funzione di creare il sangue. Gli organi ematopoietici, quelli da cui parte il sangue che rinnova giornalmente tutti gli altri organi, che porta a tutti gli altri organi, giornalmente, battuto per battuto, la rinnovazione e la vita». Si veda anche qui *Contro il privilegio dell'istruzione*, 107 ss.

lative opportunità, forme e criticità) che la DaD inevitabilmente ha messo alla luce.

In generale, all'inizio la si è percepita come un "corpo estraneo" nell'ambito di un settore la cui peculiarità era data dalla *routine* di svegliarsi, con la voglia o con l'avversione di andare a scuola, aspettare il suono della campanella che sanciva l'inizio della giornata e l'incontro con amici e colleghi.

La DaD è entrata infatti nelle case degli alunni e degli insegnanti, con le non poche difficoltà del caso, relative in *primis* al funzionamento della piattaforma (e anche su questo si tornerà) e perfino con una sgradevole intrusione nella riservatezza delle singole abitazioni, le cui diverse condizioni rivelavano improvvisamente e crudamente alla telecamera particolari normalmente nascosti dalla circostanza del normale ritrovarsi di studenti e docenti in un luogo che perciò neutralizzava e fin qui aveva perciò nascosto allo sguardo le singole situazioni di vita domestica.

Molti insegnanti con ore dislocate in diversi plessi hanno dovuto approcciarsi a piattaforme diverse a seconda di quella adottata dall'istituto.

Gli alunni, d'altro canto, hanno perso il contatto diretto con i compagni, ritrovandosi dinanzi ad uno schermo come unico mezzo di contatto con i propri amici, venendo ad esempio privati anche del brivido di ricevere suggerimenti bisbigliati nel corso dell'interrogazione di turno: anche questa un'esperienza di tutti e che fa crescere.

D'altro canto sia gli insegnanti (tanto più se anche genitori), sia gli stessi genitori dei discenti si sono dovuti muovere su un filo sottilissimo e sono stati costretti a mantenere l'equilibrio tra molte attività, organizzando e rivoluzionando la gestione degli spazi interni della casa, il più delle volte dovendo far fronte ad una sovrapposizione di collegamenti, chi con le lezioni, chi con le riunioni di lavoro, con non poche ripercussioni sulla stabilità della connessione tramite Internet, ma anche sulla tenuta di un approccio mentale che andava salvaguardato dallo *stress*.

La difficoltà nella DaD, poi, è stata direttamente proporzionale al grado della scuola frequentata.

Basti pensare ai bambini della scuola primaria, la cui mente è agli inizi nello sviluppo di uno spirito di osservazione della realtà nei cui con-

fronti è difficile pensare ad un approccio telematico (ovvero e dicendo meglio: esso ormai esiste, nei cosiddetti “nativi digitali”, ma che non è pedagogicamente consigliato assecondare), ma anche a quei ragazzi della scuola secondaria di primo grado (ossia alle medie) che non hanno ancora la maturità degli studenti universitari nel seguire senza creare disagi nel corso della lezione, ad esempio fingendo di non avere un ottimo audio, o disattivando di proposito la telecamera o svolgendo i compiti con onestà intellettuale, senza il classico “copia-incolla”⁵ e sostenendo interrogazioni non “clandestinamente” pilotate nelle risposte da amici e parenti, al di là dell’occhio elettronico (difficoltà del resto comuni, in questo periodo, anche agli esami universitari da remoto).

Insomma ad un primo impatto la DaD nelle scuole non è stata percepita come mezzo alternativo all’insegnamento “in presenza” ma come strumento improvvisato di reazione e rimedio ad un’altrettanto eccezionale e impreveduta situazione di emergenza nazionale.

3. *Se è mezzo vuoto, il bicchiere è dunque anche mezzo pieno*

È pur vero, tuttavia, che dalla DaD sono derivati effetti positivi. Può sembrare un controsenso, ma il fatto di avere il *computer* come unico mezzo di rapporto con il mondo esterno ha permesso che si intensificasse il dialogo tra insegnanti e alunni, quest’ultimi maggior-

⁵ S. BARONCELLI, *La didattica on line al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all’inclusione e alla privacy*, in *Osservatorio sulle fonti.it, numero speciale: Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19*, 2020, 437 ss., si interroga tra l’altro sulla tutela della *privacy* dei discenti in caso di svolgimento di elaborati in modalità asincrona, cioè al di fuori del collegamento con il gruppo classe. La questione si pone sotto il profilo degli strumenti utili ad assicurare che i compiti siano “farina del proprio sacco” di ciascuno studente e a garantire il relativo controllo dei docenti senza ledere la *privacy* dello studente. Il Garante di tale valore ha invitato a predisporre moduli che gli studenti dovrebbero sottoscrivere – nell’ambito di un *Protocollo di integrità accademica* – impegnandosi a mantenere un comportamento appunto “integro”, che dunque non cerchi di ottenere vantaggi in modo sleale; in alternativa l’autrice propone l’utilizzo di *software* quasi fantascientifici, capaci cioè di esaminare le espressioni facciali dello studente nel corso dello svolgimento dell’elaborato, in modo da poter rilevare l’intenzione malevola di copiare. È evidentemente facile obiettare che il rimedio proposto è peggiore del male che intende prevenire, sotto il profilo dell’invocata *privacy* del discente.

mente presenti e attenti rispetto a prima, sollecitati più di prima a capire l'uso del pacchetto office e ad utilizzare le *e-mails*, inviate anche nel cuore della notte, per chiedere spiegazioni, chiarimenti o magari esprimere osservazioni personali su un punto della spiegazione trattata nel corso della giornata.

Ancora: sono stati abbattuti i muri della lezione circoscritta nelle prime sette ore della giornata, suddividendola anzi in due o più parti, in modo da permettere un recepimento dei contenuti della lezione più sistematico e tale da evitare che si verificasse una stretta dipendenza da "connessione".

Se quindi si vuole guardare il bicchiere mezzo pieno, la DaD può essere guardata non come un punto di arrivo (e che del resto si è mossa su esperienze già prima in essere), ma come un punto di partenza su cui poter riorganizzare la Scuola italiana e rispolverare magari i principi della scuola peripatetica di Aristotele, sia che l'insegnamento avvenga in presenza, sia che si svolga per via telematica.

In un articolo di un noto insegnante⁶, si riflette proprio su come la crisi del settore scolastico sia caratterizzata proprio dal mancato riconoscimento del ruolo sociale della scuola.

Come diceva Einstein, peraltro, «È nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie», e bisogna quindi sforzarsi di «leggere» nei limiti riscontrati dagli insegnanti e dagli alunni circa l'esperienza qui indagata come punto di partenza per riproporre un ruolo attivo (si più centrale) della Scuola nella società.

L'essenza dell'istruzione è data proprio dal legame che continuamente si crea tra le generazioni, con l'onere e l'onore di mantenerne continuità e qualità elevata nei rapporti.

A parere di chi scrive, il primo passo da compiere, dunque, una volta che a settembre si varcheranno nuovamente le soglie degli edifici scolastici sarebbe quello di rimodulare la modalità di insegnamento «in presenza», in modo da non concentrare le lezioni unicamente ed esclusivamente nello spazio chiuso dell'aula, ma tendendo a sfruttare anche l'ambiente circostante alla scuola, così da rendere la lezione di turno più dinamica e coinvolgente.

⁶ F. LORENZONI, *Per chi suona la campanella della libertà. Manifesto per la scuola rimandata a settembre*, in *Repubblica/Robinson*, 4 luglio 2020.

Le azioni da porre in essere devono essere insomma in grado di coinvolgere gli alunni sia dal punto di vista cognitivo, sia dal punto di vista emotivo.

Non a caso, il 26 giugno il Ministro dell'istruzione ha pubblicato le linee-guida per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative per il rientro autunnale a scuola.

Tra le numerose proposte saltano subito all'occhio i «patti educativi di comunità».

Al fine di evitare il sovraffollamento nelle aule scolastiche e garantire quindi tutela alla salute di docenti e discenti, si prevede infatti la possibilità che le singole scuole possano concludere accordi sia con gli enti pubblici del territorio (*in primis* il Comune), sia con gli enti privati, per l'utilizzazione di spazi come musei, parchi o teatri.

Quale migliore occasione, dunque, per sfruttare questi luoghi per ammodernare la modalità con la quale viene fornito l'insegnamento ed impostare così una lezione che tenga in considerazione gli elementi che offre lo spazio esterno di turno, alimentando così una nuova forma di approccio alla formazione scolastica? Nell'articolo già citato si propone appunto, come misura per far riacquistare una "priorità sociale" alla scuola, proprio l'apertura permanente di essa alla città, utilizzando gli spazi in comune come occasione per «arricchire di altri punti di vista l'immaginario collettivo».

Per quanto riguarda la DaD, l'opinione prevalente (sia pure con molte e vivaci resistenze culturali, che mettono in evidenza l'essenzialità dell'incontro di esperienze ed emotività, come si sottolineava, che è possibile solo attraverso lezioni in compresenza fisica in aule non virtuali) è concorde nel ritenere che non debba essere abbandonata, anzi che la stessa debba essere alternata con le lezioni in presenza.

A parere di chi scrive, essa può ritenersi un ottimo strumento di implementazione della lezione, ma certo non di sua integrale sostituzione.

Il contatto diretto con gli insegnanti e con il gruppo della classe non può essere messo in secondo piano, altro che in un momento di strettissima emergenza e per garantire anche in tale situazione anormale la continuità di un servizio pubblico essenziale, perché lo sviluppo cognitivo si origina anche e soprattutto tramite il confronto e con il rapporto diretto, in base agli stimoli che provengono anche dall'ambiente circostante.

Come è stato detto (e anche questo profilo era stato già qui toccato), una nozione non si “fissa” nelle menti, se non attraverso l’empatia di incontri tra docenti e discenti: è esperienza comune a ognuno che alcuni dei primi hanno per questa ragione e in siffatto modo inciso molto profondamente sugli animi dei secondi in formazione, al di là delle stesse nozioni loro tramesse.

Se impiegata come mezzo di integrazione alla lezione, la DaD aiuterebbe del resto i ragazzi della scuola secondaria di primo e secondo grado ad avere inoltre un primo approccio ad un tipo di apprendimento e di studio simile a quello che ormai è prevedibile venga molto adottato nell’ambito universitario⁷, al di là dell’emergenza da pandemia, garantendo così un primo *step* nel percorso di maturazione necessario per la frequentazione delle aule degli Atenei a chi tra loro vi si iscriverà.

Nell’ambito della scuola dell’infanzia e di quella primaria, invece, certo non si può pretendere un’utilizzazione della DaD simile a quella proposta per gli alunni di medie e di superiori.

Tuttavia, nemmeno qui potrebbe dirsi inutile un ricorso costruttivo ad essa, come strumento quasi di gioco, per alimentare la curiosità di bambini ormai “nativi digitali” (come si è in precedenza già osservato), anche caricando ad esempio sulle piattaforme esercizi che possano arricchire da remoto il loro tempo libero, trascorso a casa con le famiglie e coetanei, parenti ed amici.

4. *Conclusioni: usare la didattica a distanza con parsimonia. Non demonizzarla, ma nemmeno sostituire nella normalità il contatto formativo in classe tra docenti e discenti*

Volendo tirare le fila di quanto si è finora esposto, attorno a e prima di un’efficace didattica da remoto si aprono innanzitutto i problemi ai quali si accennava, venuti durante il *lockdown* in prima linea e che bisognerà tenere presenti, pensando a finanziare e a organizzare politiche pubbliche in grado di superarli: da un lato il cosiddetto *digital divide* (per mancanza di abilità di uso e i strumenti di collegamento

⁷ Nel presente volume, si veda la riflessione in tema di S. PRISCO, *Prologo. La didattica universitaria a distanza. “Filosofia”, opportunità, limiti e rischi*, IX ss.

telematico in molte famiglie)⁸, dall'altro – e pur al netto di tale aspetto – la difficoltà di molti genitori di dividersi, magari, tra *smart working* e aiuto ai figli nel loro impegno formativo da remoto.

Il coronavirus, oltre a essere rischioso per la salute fisica e psicologica, ha in effetti sottolineato le profonde disuguaglianze sociali e di opportunità tra le quali viviamo quotidianamente. Come dire: corpi esposti alla malattia in una società che non sta davvero bene nemmeno essa, nel suo complesso.

Si è giustamente detto che «la scuola non era preparata» al Covid-19, per il duo modello di lezione frontale ancora tradizionale, ma che i soggetti coinvolti a vario titolo hanno reagito con impegno e abnegazione⁹.

La DaD, in particolare, nel futuro contesto di “normalità” ritrovata, quando la pandemia sarà un lontano ricordo (con dubbi enormi, in realtà: ritroveremo mai la normalità di prima? E sarebbe giusto recuperarla, se – come ha detto qualcuno – era proprio essa il problema? Supereremo questa pandemia, ma non è forse ragionevole ipotizzare che ce ne saranno altre in futuro?) dovrebbe allora essere utilizzata, ma solo come stimolo per affiancare una modalità di insegnamento e di approccio alla studio che veda comunque gli alunni come veri destinatari e coprotagonisti della formazione in presenza, perché la Scuola è innanzitutto un luogo di crescita e integrazione sociale (“un ascensore”, secondo un'immagine ormai classica), oltre le distanze fisiche¹⁰.

⁸ Per un riepilogo del dibattito in corso e delle ragioni *pro* e *contra* A. GALIMBERTI, *Riflessioni sulla didattica a distanza*, in *anils.it*; 24 marzo 2020; decisamente critico è ad esempio A. GIULIANI, *La didattica a distanza è classista. Per l'Istat esclude troppi bambini di famiglie numerose, indigenti e del Sud*, in *La Tecnica della Scuola*, online, 4 luglio 2020.

⁹ S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza COVID-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 maggio 2020, al cui ampio panorama critico di problemi si rinvia.

¹⁰ Si veda ora in tema G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020. L'A. è anche il curatore di un pregevole volume collettaneo, *La scuola nella pandemia, Un dialogo multidisciplinare*, Macerata, 2020, che non si è potuto prendere qui nella considerazione che avrebbe meritato, perché pubblicato quando il libro in cui il presente lavoro si inserisce era già in seconde bozze di stampa.

ROSANNA FATTIBENE

Il carattere multidimensionale della povertà alla luce della pandemia

SOMMARIO: 1. La povertà come fenomeno multidimensionale. – 2. Fragilità e disagio al tempo del Coronavirus. – 3. Povertà e salute nell'emergenza sanitaria.

1. *La povertà come fenomeno multidimensionale*

L'emergenza socio-economica che è conseguita a quella sanitaria ha comportato, per tutti, una forte compressione dei diritti – sia di libertà, sia sociali – e una restrizione delle condizioni economiche. Essa «ha colpito in modo almeno apparentemente indistinto, secondo una logica di perversa eguaglianza. Tuttavia», com'è stato osservato, «alcune categorie hanno pagato la loro condizione di precarietà e vulnerabilità indipendente dal CoViD»¹. Le conseguenze dell'epidemia, sia quelle direttamente connesse al morbo, sia quelle derivanti dalle misure di confinamento adottate per arginarne la diffusione, sono state avvertite più acutamente da quanti già si trovassero in una situazione di fragilità o di privazione, di natura sia economica sia personale. Ciò fino a ledere il «valore della “pari dignità sociale”», al quale, per il loro «carattere necessariamente indifferenziato», le suddette misure hanno, infine, «ampiamente derogato», realizzando, così, «una rottura-sospensione» della Costituzione².

È, in particolare, sulle situazioni di difficoltà personale e sociale che si vuole portare l'attenzione. D'altro canto, se, con il *Recovery Plan* italiano, si avrà l'opportunità di riavviare con maggiore slancio la produttività del Paese e, più generalmente, risanare lo stato economico

¹ A. D'ALOIA, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 5.

² S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 548.

di quei cittadini che hanno subito danni a causa della lunga sospensione dell'attività lavorativa o della perdita stessa del lavoro, sembra pressoché impossibile un analogo recupero delle sofferenze patite per condizioni di altra natura.

Il secondo parere formulato dal Comitato Nazionale per la Bioetica sull'emergenza pandemica³ è imperniato sull'idea che la salute è «dipendente dalla possibilità di usufruire di una molteplicità di risorse dirette e indirette». Quelle di natura economica sono «senz'altro importanti»; purtuttavia, non sono le uniche a rilevare: basti pensare alla necessaria «presenza di una rete di affetti e di relazioni sociali, la cui assenza può influire negativamente sullo stato di salute delle persone mediante gli stati psicologici che attiva (depressione, ansia...)». Rapportata questa visione alle conseguenze dell'epidemia, può ben dirsi che «le misure di contenimento hanno provocato nuove povertà e stati di profonda solitudine»⁴.

Alternativamente, si può considerare che la pandemia, per le conseguenze che ha comportato, ha reso manifesto che la povertà è «fenomeno multidimensionale», come già la descriveva il *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale*, relativo all'anno 2007⁵.

Il termine stesso di povertà è polisemico, per un significato essenzialmente riconducibile ad almeno due diverse linee interpretative, l'una di natura materialistica, l'altra esistenziale⁶. Per lo più, esse sono

³ Ci si riferisce al parere su *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, del 28 maggio 2020, che ha fatto seguito a quello su *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, dell'8 aprile 2020, entrambi reperibili in *Comitato Nazionale per la Bioetica - Presidenza del Consiglio dei Ministri*, <http://bioetica.governo.it/italiano>.

⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 13 s.

⁵ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - COMMISSIONE DI INDAGINE SULL'ESCLUSIONE SOCIALE, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale. Anno 2007*, reperibile in *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*, <http://sitiarcheologici.lavoro.gov.it>, 85, adoperava la locuzione per riferirsi ad una visione, già da anni in via di affermazione, che contempla «la pluralità di dimensioni che compongono il benessere delle famiglie».

⁶ G. SARACENI, *Digital Divide e Povertà*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 28 ottobre 2019, 3 s., rinviene entrambe le linee interpretative nelle radici stesse della cultura europea, dalla mitologia greca alla tradizione ebraica, alla religione cristiana. L'A. osserva, in particolare, che, tra le «diverse sfumature lessicali» adottate dal popo-

funzionalmente connesse, nella misura in cui il possesso dei beni materiali può scongiurare necessità e bisogni anche di tutt'altro ordine. Questo legame, però, non è sempre riscontrabile. Lo è, anzi, sempre meno, a causa del moltiplicarsi delle variabili e delle loro interdipendenze, che, in una realtà composita e globalizzata, quale quella attuale, incidono sui fenomeni del reale. Anche l'evoluzione dell'individuazione dei criteri di misura della povertà ne va prendendo sempre più coscienza⁷.

Coerentemente con l'accresciuta presa d'atto del carattere composito del fenomeno, lo *Human Development Report 1997*, per l'appunto dedicato al tema dello *Human development to eradicate poverty*, così si avviava: «It is in the deprivation of the lives that people can lead that poverty manifests itself. Poverty can involve not only the lack of the necessities of material well-being, but the denial of opportunities for living a tolerable life. Life can be prematurely shortened. It can be made difficult, painful or hazardous. It can be deprived of knowledge and communication. And it can be robbed of dignity, confidence and self-respect – as well as the respect of others. All are aspects of poverty that limit and blight the lives of many millions in the world today»⁸.

In accordo con queste più recenti concezioni della povertà, quasi in una visione proiettiva, anche nel nostro testo costituzionale la carenza dei mezzi materiali viene senz'altro in rilievo, ma come mancanza da colmare ai fini dell'esercizio di determinati diritti – di prestazione o di libertà –, che, a loro volta, sono vie di sviluppo della persona e

lo eletto per indicare la povertà, si riscontrano «due termini simili – 'anî e 'anaw – che fondamentalmente esprimono il concetto di “piegarsi” o “essere piegato”. // Queste parole indicano che il povero è costretto dal richiamo dello stomaco a chinarsi verso un altro essere umano», mettendo così in luce il carattere esistenziale della povertà.

⁷ Cfr., sul punto, E. RANCI ORTIGOSA, D. MESINI, *Una proposta per le politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, ottobre 2011, 1; D. BENASSI, P. PALVARINI, *La povertà in Italia. Dimensioni, caratteristiche, politiche*, Trieste, 2013, 5 ss.

⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), *Human Development Report 1997*, New York-Oxford, 1997, 15 (*Chapter 1: “Poverty in the human development perspective: concept and measurement”*), reperibile in *Human Development Reports*, <http://hdr.undp.org>. Su questo Report, richiamato anche da N. BOSCO, *La povertà economica in Italia. Dati, risultanze empiriche, tendenze*, in *Quad. soc.*, n. 17/1998, par. 3, cfr. G. PIRINI, *Dal Rapporto sullo Sviluppo Umano 1997*, in *Il Margine*, n. 9/1998, 5 ss.

modalità di effettiva partecipazione⁹. D'altro canto, il secondo comma dell'art. 3 Cost. indica limpidamente che la rimozione «degli ostacoli di ordine economico e sociale» è finalizzata alla realizzazione del «pieno sviluppo della persona umana»¹⁰ e dell'«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Vi si esplicita, cioè, «la *funzionalizzazione* del concetto di eguaglianza ivi espresso ai fini congiunti dell'autorealizzazione personale [...] e della partecipazione dei lavoratori»¹¹.

La povertà al di sotto della soglia dell'eguaglianza di opportunità – che è, pertanto, compito della Repubblica intervenire a risollevare – è, essenzialmente, mancanza della possibilità di esprimerne pienamente la propria persona: non, dunque, necessariamente mancanza di beni materiali.

L'emergenza pandemica ha ridotto molteplici situazioni al di sotto di questa soglia e ben lontano dalla piena espressione di sé. Nel seguito, si cercherà di dispiegare il ventaglio di quelle che, tra le tante, sono apparse in maggiore sofferenza.

2. *Fragilità e disagio al tempo del Coronavirus*

È ancora nel ricordo di tutti la condizione degli anziani, già nella fase iniziale dell'epidemia, colpiti elettivamente dall'infezione e divenuti, peraltro, involontaria concausa di diffusione del contagio.

⁹ Così, ad esempio, i mezzi «ai non abbienti», di cui all'art. 24, co. 3, Cost., sono assicurati affinché gli stessi possano «agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»; l'impegno previsto dall'art. 32, co. 1, Cost., in capo alla Repubblica, verso gli «indigenti», «garantisce» a questi la fruizione delle «cure» sanitarie; ancora, l'essere sprovvisto dei «mezzi necessari per vivere», se inabile al lavoro, per il disposto dell'art. 38, co. 1, Cost., dà diritto a chi si trovi in questa condizione, oltre che al mantenimento, a godere dell'«assistenza sociale».

¹⁰ Le «garanzie economico-sociali del diritto all'affermazione della personalità del cittadino» costituirono il secondo punto dello schema dei lavori della III Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, come proposto dall'on. Fanfani nel corso della seduta del 26 luglio 1946, in cui fu anche approvato. Come lo stesso Costituente proponente ebbe modo di illustrare, esso avrebbe avuto ad oggetto gli «aspetti economici e sociali del godimento del diritto all'espansione personale dei cittadini della nuova Repubblica italiana, e cioè: del diritto ad istruirsi, del diritto a muoversi all'interno e all'esterno del Paese; dell'esercizio professionale».

¹¹ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Istituto Treccani, Roma, 1989, vol. XI, 12 (corsivo nostro).

Trasferiti dagli ospedali, ove erano stati ricoverati, alle Residenze Sanitarie Assistenziali, essenzialmente della Lombardia, essi si sono trovati ad affrontare il morbo in strutture chiaramente inadatte, sia a curarlo, sia ad evitarne la diffusione¹². Sicché, per quegli anziani, la malattia ha avuto quasi sempre esito mortale, diffondendosi, peraltro, all'interno della struttura, così provocando il decesso di quanti vi erano già in precedenza ricoverati. Al contempo, il contagio si è propagato da lì verso l'esterno, attraverso il personale addetto e i familiari che continuavano a far visita ai loro cari, senza che venissero richiesti neppure dell'adozione di particolari precauzioni¹³.

La questione è, peraltro, oggetto d'indagini giudiziarie, per le denunce dei parenti delle vittime, costituitisi in comitato, secondo i quali ben altre scelte di politica sanitaria regionale si sarebbero rese necessarie, altri controlli sulle misure di sicurezza, diversa attenzione e garanzia della salute, sia degli anziani, sia di quanti, in quei giorni, fossero venuti in contatto con loro, compreso il personale medico e paramedico¹⁴. La faccenda è peraltro connessa a quella della mancata dichia-

¹² Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 16, ritiene che «una considerazione speciale va[da] riservata agli anziani e alle anziane, in primo luogo perché hanno pagato e stanno ancora pagando il prezzo più alto in vite umane. Ciò è vero soprattutto per quelli confinati nelle RSA, i più fragili: il fatto di essere ricoverati in istituzioni sociosanitarie, senza occasioni di uscita, da fattore di potenziale protezione si è trasformato in ulteriore pericolo. Hanno cioè pagato prima e più di altri il prezzo dell'impreparazione generale del sistema sanitario nell'individuare le filiere del contagio, nell'informare correttamente gli addetti all'assistenza sulle misure di prevenzione, infine nel fornire a questi ultimi gli strumenti di protezione individuale per impedire il contagio».

¹³ Sembra opportuno ricordare, sulla vicenda, le considerazioni del Presidente di Uneba (Unione Nazionale Istituzioni e Iniziative di Assistenza Sociale) della Lombardia, Luca Degani, riportate da R. MAGGIONI, *Mascherine e case di riposo. Fontana nella bufera*, in *Il Manifesto*, 7 aprile 2020: «le Rsa non dovevano essere usate per deflazionare gli ospedali» dovevano anzi «essere aiutate a prendersi carico di una situazione infettiva rispetto alla quale non sono adeguate. Se l'intenzione era trasformare per un periodo le Rsa in strutture para-ospedaliere la Lombardia avrebbe dovuto mandare medici specialisti, infettivologi, farmaci».

¹⁴ Cfr. REDAZIONE, «Noi denunceremo», *il gruppo che chiede giustizia, sui giornali di tutto il mondo*, in *BergamoneWS*, www.bergamoneWS.it, 24 aprile 2020; D. MILOSA, «Salviamo noi la Lombardia»: in migliaia contro la Regione, e N. RONCHETTI, *Nuova*

razione della zona rossa in alcuni territori della Val Seriana, sebbene il Comitato tecnico-scientifico avesse relazionato sulla loro elevata pericolosità. Il sospetto che grava sulle scelte operate, in merito, anche dal governo centrale, oltre che dall'apparato dirigenziale amministrativo e sanitario lombardo, è di eccessiva sensibilità alle pressioni del mondo imprenditoriale. Queste avrebbero indotto a ritardare, oltre il conveniente, la sospensione delle attività¹⁵.

D'altro canto, anche chi sia affetto da patologie diverse dal Covid-19, pure gravi e necessitanti di un'assistenza costante, ha subito, dalla diffusione dell'epidemia, un danno alla salute più o meno grave. Un servizio sanitario oramai interamente dedicato alla cura di quell'infezione si è, infatti, dimostrato quasi del tutto incapace di soccorrere

delibera e nuova mazzata: le Rsa in rivolta, entrambi in *il Fatto Quotidiano*, 21 giugno 2020. Ipotizzando la sussistenza degli estremi del reato di crimini contro l'umanità, in violazione degli artt. 1, 2, 3 e 4, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il comitato costituito dai parenti delle vittime ha richiesto, sia alla Commissione europea, sia alla Corte EDU, di vigilare sull'andamento delle indagini in corso sulla gestione dell'epidemia nelle RSA della Lombardia. Cfr., in proposito, REDAZIONE, *Il comitato per le vittime Covid all'Europa: "In Lombardia potenziali crimini contro l'umanità"*, in *Bergamonews*, www.bergamonews.it, 13 luglio 2020; REDAZIONE, *Coronavirus, altre denunce bresciane. "Noi denunceremo" scrive alla Ue, in quibrescia*, www.quibrescia.it, 14 luglio 2020.

¹⁵ Cfr., in proposito, P. BERIZZI, *L'inchiesta di Bergamo punta su imprenditori e vertici regionali*, in *la Repubblica*, 14 giugno 2020; A. DI LANDRO, F. SARZANINI, *Le ipotesi sulla mancata zona rossa: «è stata solo una scelta politica»*, in *Corriere della Sera*, 14 giugno 2020. Sarà determinante rilevare l'eventuale natura politica dell'atto di disposizione delle cd. zone rosse, in ragione dell'«insindacabilità da parte dell'Autorità giudiziaria, a ulteriore garanzia della separazione dei poteri, dell'atto di natura politica», come osserva il Presidente emerito della Corte di Cassazione, Guido De Maio, in una nota indirizzata a *il Fatto Quotidiano*, del 17 giugno 2020, in relazione all'articolo in precedenza pubblicato, il 14 giugno 2020, sullo stesso quotidiano, dall'ex magistrato G. C. CASELLI, *Causa, effetto e colpa: il percorso obbligato della giustizia penale*. Un ulteriore filone dell'inchiesta riguarda la riapertura del pronto soccorso dell'Ospedale di Alzano. Essa fu disposta, a solo poche ore dall'individuazione dei primi contagiati all'interno della struttura, dal Direttore generale dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Seriate, di concerto con il Direttore sanitario della stessa. Cfr., su quest'ultimo aspetto, *L'intervista*, di M. IMARISIO, *Il sindaco Cancelli: «Le istituzioni? Nessuno mi ha chiamato. Ci siamo arrangiati. L'errore principale è stato riaprire l'ospedale di Alzano»*, in *Corriere della Sera*, 14 giugno 2020.

anche tali pazienti¹⁶. Si è perfino registrata¹⁷, a causa della chiusura delle attività ambulatoriali, la difficoltà di ricorrere agli interventi d'interruzione di gravidanza¹⁸.

Ancora gli anziani si sono trovati a essere, talvolta, oggetto di ponderazione, nella scelta tragica a cui pure sono stati costretti i sanitari, rispetto al dilemma dell'allocazione di risorse scarse a fronte delle numerosissime istanze di cura. In taluni casi, potrebbero essere prevalse le ragioni

¹⁶ Cfr., a riguardo, M. BOCCI, R. CAPPELLI, "La sanità bloccata per colpa del virus farà più morti dell'epidemia", e M. BOCCI, *Parla Spaggiari, che guida la Chirurgia toracica allo Ieo: "Mesi senza nuove diagnosi. E adesso i malati di tumore arrivano da noi già gravi"*, entrambi in *la Repubblica*, 5 giugno 2020. Anche il già citato parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 15 s., registra quest'anomala situazione, descrivendo il duplice disagio dei pazienti non Covid-19. Essi «infatti si trovano di fronte a due paure: per un verso, quella causata dal maggior rischio di contagio, che li tiene lontani dagli ospedali, per altro verso quella connessa ad un possibile aggravarsi della patologia, per via dei mancati controlli. Spesso la prima, amplificata dall'emotività con cui l'emergenza è presentata dai media, prevale sull'altra, la paura di sempre. Da qui la diminuzione da più parti segnalata del ricorso all'assistenza ospedaliera sia da parte di malati cronici che da parte dei pazienti in crisi acuta, con ricadute gravi in termini di rischi per la salute e per la vita. In questo senso può essere di aiuto l'attivazione di servizi assistenziali di telemedicina, che consente di contemperare i due obiettivi posti in antitesi dall'emergenza Covid, contribuendo a combattere quel senso di sfiducia e di abbandono, che può portare non solo a rinviare controlli o interventi necessari, ma anche a interrompere terapie già stabilite e praticabili».

¹⁷ Come fa, in particolare, M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 2/2020, 33.

¹⁸ La Laiga, Libera Associazione Italiana Ginecologi per Applicazione legge 194, lo scorso 8 giugno, ha indirizzato, al Ministro della Salute, un *Secondo appello per introdurre misure urgenti per l'erogazione dei servizi di Interruzione Volontaria di Gravidanza (IVG) e la contraccezione, ai sensi della Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, essendo rimasto inascoltato il primo (*Facilitare accesso ad aborto farmacologico durante emergenza COVID-19*, del 4 aprile 2020). Con tali appelli, entrambi reperibili in *laiga194*, www.laiga194.it, sottoscritti da varie associazioni, società scientifiche, esponenti della politica, della cultura e della medicina, si è sostanzialmente richiesto di garantire l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza anche durante lo stato di emergenza sanitaria, privilegiando la procedura tramite mifepristone e prostaglandine. L'IVG farmacologica permette, infatti, di limitare gli accessi in ospedale e l'uso delle sale operatorie, con questo riducendo, conseguentemente, anche il rischio di contagio per le donne interessate.

dell'età (a sfavore, ovviamente, di quella più avanzata), quando ogni altro parametro fosse risultato evanescente, incerto o indifferenziato¹⁹.

Meno drammatica, ma comunque sofferente, la situazione dei disabili, costretti dall'emergenza a una maggiore solitudine e ad una minore assistenza, causata dalla sospensione delle attività dei centri di riabilitazione²⁰, con conseguenti, quotidiane regressioni della loro condizione, soprattutto se in età infantile²¹. L'aggravio ha inevitabilmente riguardato anche i loro familiari, che se ne sono presi cura con maggiori difficoltà, rispetto al precedente, già gravoso quotidiano²².

¹⁹ Cfr., per uno dei casi verificatisi sui quali sono state avviate indagini, A. ZANELLO, *Morti cinque anziani rifiutati dall'ospedale. "Posti solo per giovani"*, in *La Stampa*, 3 maggio 2020. Il Comitato Nazionale per la Bioetica si è espresso sulla questione con apposito parere, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica...*, cit. Nel rispetto dei diritti e dei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3 e 32 della Carta costituzionale, il Comitato propone che il *triage* in emergenza pandemica ruoti attorno a due concetti: quello di «*appropriatezza clinica*», vale a dire «la valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione»; quello di «*attualità*», che richiede d'inserire «la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia della "comunità dei pazienti"», vale a dire prendere in considerazione non soltanto «i pazienti fisicamente presenti nei locali del pronto soccorso ma anche quelli ricoverati e non ancora sottoposti al sostegno vitale della ventilazione assistita [...] così come i pazienti, già valutati clinicamente a domicilio, che si sono aggravati improvvisamente» (*ivi*, 7 ss.; corsivi nostri). Il CNB, riguardo al concetto di appropriatezza clinica, precisa, a maggior chiarezza, che «*l'età*, a sua volta, è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale. La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente» (*ivi*, 7; corsivi nostri).

²⁰ Cfr., in proposito, J. STORNI, *Disabili e Coronavirus, le associazioni denunciano: «Rischiame un eccidio»*, in *Corriere della Sera*, www.corriere.it, 14 aprile 2020; R. LA CARA, *Coronavirus, le priorità per i disabili nella fase 2. Dall'assistenza a casa all'aumento della pensione di invalidità: le richieste delle associazioni*, in *Il Fatto Quotidiano*, www.ilfattoquotidiano.it, 22 aprile 2020.

²¹ Cfr. M. N. DE LUCA, *Mandate gli insegnanti a casa dai nostri bambini. Senza scuola non vivono*, in *la Repubblica*, 23 aprile 2020.

²² Cfr. G. M. COLETTI, *Coronavirus, il dramma dei disabili. L'urlo delle famiglie: non abbandonateci*, in *Il Tempo*, www.iltempo.it, 19 marzo 2020; n.r., *Caregiver fami-*

Basti pensare alla maggiore problematicità, per gli alunni disabili, di partecipare alle classi virtuali, a cui si è ordinariamente ricorso per continuare ad impartire educazione ed istruzione, nonostante la chiusura delle strutture scolastiche²³.

Aspetto, quest'ultimo, così carico d'implicazioni da essere stato, già da tempo, rilevato dalla Corte costituzionale (sebbene, ovviamente, rispetto alle "classi fisiche"). Fin dalla sentenza n. 215 del 1987, il giudice delle leggi ha infatti riconosciuto che, per gli allievi disabili, «la partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce [...] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione»²⁴.

È a questo precedente, in particolare, che la Corte si rifà, quando, con la sentenza n. 80 del 2010²⁵, giunge ad affermare che, in ragione del carattere fondamentale del diritto del disabile all'istruzione, il legi-

liari: "Abbandonati dallo stato, siamo allo stremo", in Disabili.com, www.disabili.com, 20 marzo 2020; L. GAITA, Coronavirus, la proposta di Gallo (M5s): "Riaprire prima la scuola per i bambini e i ragazzi più penalizzati", in il Fatto Quotidiano, 14 maggio 2020.

²³ Anche questa fragilità è messa in luce dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 14. Esso osserva, infatti, che, sebbene la chiusura delle scuole sia stata causa di accrescimento del rischio di dispersione scolastica per chi già vi fosse soggetto, «nell'emergenza il prezzo più alto è pagato tuttavia dai minori con disabilità. // Il timore è che senza scuole, senza terapie, senza assistenza domiciliare, bambini e adolescenti con diversi gradi di disabilità regrediscono, dal momento che non è stata prevista per loro alcuna didattica speciale a distanza. Da qui un'ulteriore discriminazione segnalata dalle famiglie, per cui i soggetti più fragili stanno pagando le debolezze del sistema scolastico italiano».

²⁴ Sent. Corte cost. n. 215/1987, punto 5 del *Considerato in diritto*. Su questa pronuncia, cfr. M. DOGLIOTTI, *Diritti della persona ed emarginazione: minori, anziani, handicappati*, in *Giur. it.*, 1987, parte IV, 361 ss.; S. TROILO, I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 3/2012, 1 ss.; D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo 'Human Rights Model of Disability': "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020.

²⁵ In particolare, la sent. Corte cost. n. 80/2010 richiama la sentenza n. 215/1987 al punto 4 del *Considerato in diritto*.

slatore, pur nella sua discrezionalità circa l'individuazione delle misure di tutela, non può spingersi fino a eliminare le forme d'integrazione e di sostegno a tal uopo necessarie. Di quel diritto rimarrebbe altrimenti minato il nucleo indefettibile di garanzie²⁶. Con la sentenza n. 52 del 2000, la Consulta avrebbe poi riaffermato l'importanza, per la stessa categoria di allievi, di fruire appieno dei servizi di educazione e d'istruzione e di essere partecipe della vita della comunità scolastica "ordinaria". Il che significa, sostanzialmente, realizzarne un ottimale inserimento «nelle classi normali della scuola pubblica» (e «non più con gli strumenti delle classi differenziali»)²⁷.

Queste acquisizioni consolidate attraverso la giurisprudenza costituzionale fondano, probabilmente, la sensibilità che il legislatore ha mostrato, con alcune previsioni, anche nell'attuale emergenza²⁸. Seb-

²⁶ V., part., punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 80/2010. Su questa pronuncia, cfr. F. GIRELLI, *Disabili a scuola: il Consiglio di Stato "segue" la Consulta*, 9 novembre 2010, in *Sint. dial.*; M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. (T.a.r.)*, n. 7/2010, 2403 ss.; A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010, 1 ss. Cfr. anche L. TRIA, *La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo (con lo sguardo rivolto alla tutela del diritto al lavoro e alla sicurezza sociale)*, in *Europeanrights.eu*, www.europeanrights.eu, 2010; F. GIRELLI, *Diritto fondamentale all'istruzione dei disabili e fratelli di persone con disabilità*, oggi, 17 settembre 2012, in *Eius*, www.eius.it; L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 1 ss.; L. TRIA, *Il ruolo della Corte costituzionale nella tutela dei diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento integrato*, in *Europeanrights.eu*, www.europeanrights.eu, 2012; S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Dir. soc.*, n. 2/2013, 291 ss.; D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Parlamenti, politiche pubbliche e forme di governo: esperienze e prospettive in Italia e in Polonia. Atti del V colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, a cura di G. C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, Venezia, 19-20 giugno 2014, Assago-Padova, 2016, 431 ss.; S. TROILO, *Op. e loc. cit.*; F. GAMBARDILLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2017, 1 ss.

²⁷ Sent. Corte cost. n. 52/2000, punto 4 del *Considerato in diritto*. Su questa pronuncia, cfr. ancora L. NANNIPIERI, *Op. e loc. cit.*

²⁸ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 9 del d.P.C.M., del 17 maggio 2020, recante «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti

bene assunte con un ritardo a causa del quale non sono, forse, più del tutto recuperabili i danni prodottisi²⁹, tali disposizioni, ad ogni buon conto, si sono fatte carico della particolare situazione di fragilità appena descritta.

La formazione a distanza, invero, ha creato difficoltà anche agli studenti normodotati che versassero in condizioni economiche e sociali disagiate, tali da non disporre di mezzi tecnologici adeguati o non disporne affatto³⁰. Si è cercato di sopperire a queste carenze attraverso

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». Al primo comma, esso ha previsto la riattivazione delle attività sociali e socio-sanitarie erogate [...] all'interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, «secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni, assicurando attraverso eventuali specifici protocolli il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori». Questa disposizione riprendeva, d'altro canto, quanto già previsto con l'art. 8 del precedente d.P.C.M., del 26 aprile 2020. In aggiunta, però, l'art. 9, co. 2, del d.P.C.M. di maggio stabiliva che «le persone con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, disabilità intellettiva o sensoriale o problematiche psichiatriche e comportamentali o non autosufficienti con necessità di supporto, possono ridurre il distanziamento sociale con i propri accompagnatori o operatori di assistenza, operanti a qualsiasi titolo, al di sotto della distanza prevista». Altra disposizione da considerare è il d.l. n. 34/2020, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», che, all'art. 104, ha stanziato significativi incrementi di Fondi, ora per la «realizzazione di progetti per la vita indipendente» (co. 1), ora «al fine di potenziare i percorsi di accompagnamento per l'uscita dal nucleo familiare di origine ovvero per la deistituzionalizzazione» delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare (co. 2). Lo stesso articolo, al co. 3, istituiva, infine, un apposito «Fondo, denominato "Fondo di sostegno per le strutture semiresidenziali per persone con disabilità"». Il d.P.C.M. del 10 aprile 2020, infine, all'art. 1, co. 1, lett. *m*), richiedeva ai dirigenti scolastici (poi ripreso, in questo, dai successivi dd.P.C.M., del 26 aprile e del 17 maggio) di attivare «per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità»; analogamente disponeva, con la successiva lett. *n*), in relazione alle attività didattiche o curriculari da svolgersi, con modalità a distanza, nelle Università e nelle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

²⁹ Sul ritardo, le sue conseguenze e le connesse responsabilità, si sofferma M. D'AMICO, *Op. cit.*, 36.

³⁰ Una recente indagine dell'Istat (relativa agli anni 2018-2019) ha rilevato che un terzo delle famiglie italiane non ha un *computer* o un *tablet* in casa. Cfr., in merito,

so un fondo, previsto dal cd. decreto Cura Italia, volto al sostegno e all'implementazione della didattica a distanza; destinato, in particolare, a dotare degli indispensabili strumenti digitali gli studenti che ne fossero sprovvisti³¹. È avanzato, però, pur sempre, per questi, il *gap* di conoscenze tecnologiche da colmare, mancando loro e alle loro famiglie (che hanno dovuto seguire, nell'apprendimento da remoto, soprattutto i bambini più piccoli) la giusta familiarità con tali dispositivi. Sono stati interessati, peraltro, in questi casi, ambiti sociali qualificabili come aree a rischio di dispersione, rispetto alle quali, dunque, già sussiste, nell'ordinario, la difficoltà di portare a scuola gli alunni³².

Queste preoccupazioni valgono, a più forte ragione, anche per gli anziani, il cui analfabetismo informatico è quasi insuperabile. Per questi, dunque, neppure l'ausilio del mezzo tecnologico ha consentito di alleggerire l'aggravio comportato dall'emergenza pandemica alla loro già fragile situazione, di privazione di salute e anche di solitudine, amaramente riscontrabile nella maggior parte dei casi.

Nella pandemia, si è pienamente palesato il pericolo che «l'ignoranza informatica» possa tradursi «in un distanziamento tecnologico». Questo, a sua volta, può essere produttivo di un effetto «di distanziamento costituzionale tra chi ne è afflitto e chi invece ne è immune, allargandosi pertanto in modo irrimediabile la forbice tra coloro che possono far valere i loro diritti ed esercitare i doveri sugli stessi gravanti e coloro che sono a ciò impossibilitati, con palese violazione, in primo luogo, degli artt. 2 e 3, specie nella sua declinazione sostanziale, e, quindi, dei disposti che in seno alla stessa Carta ne danno specificazione-attuazione»³³.

D. PREZIOSI, *Scuola, si decide a maggio. Ma l'online non è per tutti*, in *il Manifesto*, 7 aprile 2020; F. AMA, *Roberta Fontana: "Non basta, servono regole chiare. Gli studenti più deboli sono penalizzati"*, in *La Stampa*, 7 aprile 2020.

³¹ Cfr., in proposito, M. RIGHI, *Benefici, solidarietà, scuola. Punto di sostegno*, in *La Stampa*, 6 aprile 2020.

³² Cfr. l'intervista di V. BRANCATISANO, *Didattica a distanza, Pistorino (FLCGIL): primo problema "rintracciare tutti gli studenti. Rispolveriamo giudizio sintetico?"*, in *OrizzonteScuola.it*, www.orizzontescuola.it, 25 marzo 2020, e quella rilasciata dal Presidente di *Save the Children* Italia a M. N. DE LUCA, *Tesauro: "Con il virus abbiamo scoperto la povertà educativa"*, in *la Repubblica*, 2 maggio 2020.

³³ A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta online*, n. 2/2020, 286.

Alla disponibilità di strumenti informatici e alla capacità di un loro corretto utilizzo va per questo riconosciuta, «nell'attuale assetto», la qualificazione di «“vero e proprio diritto sociale”, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali»³⁴.

La mancanza degli strumenti informatici o della capacità di servirsene «può essere considerata come una forma particolarmente grave della povertà»³⁵, a sua volta depauperamento della concreta possibilità di godere dei diritti e anche di ottemperare ai doveri, compiutamente e coscientemente.

Anche questo, evidentemente, è caso in cui la povertà non deriva dalla mancanza di mezzi materiali, bensì di conoscenze e di disponibilità di adeguate infrastrutture. L'analfabetismo informatico o, comunque, l'insufficienza delle conoscenze necessarie all'utilizzo delle moderne tecnologie, è, in realtà, «spesso indipendente dal livello di istruzione» e, dunque, dalla relativa posizione sociale ed economica. Anche un'iniziale padronanza del settore, peraltro, viene rapidamente vanificata – in mancanza di un aggiornamento continuo – dalle veloci trasformazioni a cui esso è soggetto³⁶. Senza, con questo, voler negare,

³⁴ Qualificazione così prospettata dall'Avvocatura dello Stato nel corso del giudizio di legittimità costituzionale, deciso con sent. Corte cost. n. 307/2004 (della quale v., part., punto 6.1 del *Ritenuto in fatto*). Secondo A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *federalismi.it*, 27 aprile 2008, 14, la Consulta, con questa pronuncia, avrebbe «sostanzialmente» confermato la detta qualificazione, riconoscendo «alla “cultura informatica” una finalità di carattere generale». Per l'A., «la configurazione dell'uguaglianza informatica quale aspetto dell'uguaglianza sostanziale determina la sua connotazione quale presupposto per l'individuazione di una serie di situazioni giuridiche soggettive, riconducibili alla categoria dei diritti sociali, basate sulla richiesta ai pubblici poteri di specifici interventi suscettibili di superare o quanto meno ridurre la disuguaglianza di base. Tali prestazioni possono essere individuate nel diritto all'alfabetizzazione informatica, nel diritto all'accesso alla rete, nel diritto all'usabilità dei siti internet, in quest'ultimo caso con particolare riferimento ai soggetti parzialmente abili». Per la prospettazione del “diritto ad Internet” quale diritto sociale, sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, *Sviluppo tecnologico e dimensione sociale nell'Unione Europea*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2/2002, 183 ss., part. 189 s.

³⁵ G. SARACENI, *Op. cit.*, 14. Per il *digital device* «quale nuova occasione di disuguaglianza e di esclusione», sia consentito rinviare ancora a R. FATTIBENE, *Op. cit.*, 191.

³⁶ Come osserva E. DE MARCO, *Introduzione alla eguaglianza digitale*, in *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, a cura di Id., Milano, 2008, 4.

d'altro canto, che anche l'alfabetizzazione informatica è agevolata da un "supporto" di carattere economico, che, ove carente, necessita, pertanto, di essere integrato³⁷.

In un certo senso, la fallacia delle tecnologie, a compensazione del distanziamento, a causa del loro scarso, attuale livello d'implementazione nel Paese, ricorre anche nell'esperienza dell'epidemia così come vissuta nelle carceri. Questa va, però, inquadrata in un contesto più ampio e precario da molteplici punti di vista, da tempi ben antecedenti alla diffusione del Covid-19 e per tutt'altre ragioni.

Partendo dalla considerazione che i carcerati costituiscono un «gruppo ad alta vulnerabilità bio-psico-sociale»³⁸, si comprende facilmente quanto sia loro pesata la privazione disposta dal legislatore dell'emergenza³⁹, rispetto all'ordinario regime cui essi sono sottoposti. In particolare, la sospensione di qualsiasi collegamento con l'esterno della struttura penitenziaria⁴⁰ e del conforto dei colloqui personali e con i familiari ha causato «ulteriori forti squilibri psico-fisici da parte della popolazione carceraria». Va considerato, in proposito, che «le relazioni affettive, seppur minime», costituiscono «un sostegno vitale

³⁷ Cfr. ancora la sent. Corte cost. n. 307/2004, di cui si è già detto, *retro*, nota n. 34, con cui la Consulta si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 27 della legge n. 289 del 2002 e dell'art. 4, commi 9 e 10, della l. n. 350/2003, istitutivi di fondi speciali destinati ad incentivare, mediante l'erogazione di contributi economici, l'acquisto e l'utilizzo di *personal computer*, da parte di giovani o di soggetti aventi *determinati requisiti reddituali*. La Corte conclude che la normativa oggetto di impugnazione «corrisponde a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 della Costituzione» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

³⁸ Come lo definisce il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute "dentro le mura"*, 27 settembre 2013, reperibile in *Comitato Nazionale per la Bioetica - Presidenza del Consiglio dei Ministri*, <http://bioetica.governo.it/italiano>, 6.

³⁹ Per la ricostruzione della «panoplia di provvedimenti» (p. 49) che sono stati adottati a riguardo, si rimanda a A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 48 ss.

⁴⁰ Dalle attività trattamentali al lavoro intramurario, ai permessi premio e al regime di semilibertà (questi ultimi due passibili di sospensione da parte della magistratura di sorveglianza).

per chi sta scontando la pena»⁴¹. Anche di tali contatti, infatti, si nutre quel «residuo» di libertà che sempre avanza, anche in detenzione. È, anzi, «tanto più prezioso» per colui che vi si trovi, in quanto «ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁴², come la Corte costituzionale, in più occasioni, ha avuto modo di rimarcare.

Ebbene, pur essendo stata contemplata una “compensazione” delle misure emergenziali ulteriormente restrittive, rimessa all’utilizzo di tecnologie per lo svolgimento delle attività “a distanza”, questa, tuttavia, non si è potuta concretamente realizzare.

⁴¹ G. CHIOLA, *Il coronavirus e la rivolta nelle carceri italiane*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 1° aprile 2020, 15. Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 17, mette in rilievo che «le persone rinchiusi nelle prigioni si trovano in ambienti di vita già sovraffollati in cui non è possibile seguire le indicazioni di prevenzione e distanziamento fisico, così come avviene “fuori” le mura. Se le persone sono rinchiusi, tuttavia il carcere è un luogo aperto, purtroppo anche al contagio, dove ogni giorno entrano ed escono molti addetti. È dunque un luogo ad alto rischio sia per i detenuti, sia per gli agenti di polizia penitenziaria». Per questa ragione, il CNB auspica che venga «predisposto, a cura delle autorità sanitarie, un piano di screening periodici per tutto il personale e per i detenuti», che si preveda «una organizzazione di spazi di vita che garantisca il più possibile il distanziamento fra le persone», che «si apprestino inoltre locali, dentro o fuori il carcere, per l’isolamento individuale dei detenuti positivi». Nondimeno, però, lo stesso Comitato auspica che venga predisposto «un sostegno particolare per fronteggiare lo stress psicologico legato alle restrizioni dei contatti coi familiari e col volontariato, insieme alla ricerca di soluzioni per riprendere in sicurezza le attività lavorative e educative».

⁴² Sent. Corte cost. n. 349/1993, punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Cfr., a riguardo, S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, n. 12/1994, 2861 ss.; S. TALINI, *Famiglia e carcere*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 2/2013. Similmente, nella sent. n. 26/1999, la Corte afferma che la dignità della persona, di cui all’art. 3, co. 1, Cost., anche in caso di detenzione «– anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell’uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*; corsivi nostri). Su questa pronuncia, v., *ex ceteris*, S. ANASTASIA, *Un’età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen.*, n. 2/2014, 487 ss.; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 1 ss.

Così, ad esempio, la Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, del 12 marzo 2020, ha previsto la possibilità di uno svolgimento a distanza delle attività didattiche, comprensivo della comunicazione via email con i propri docenti. Di essa, però, si è verificata «una sospensione *de facto*», in ragione della piega drammatica assunta, in seguito, dall'evoluzione pandemica⁴³. Similmente, il d.l. n. 9/2020, all'art. 10, in alternativa alla conduzione degli ordinari colloqui, ne ha previsto lo svolgimento in modalità a distanza, anche in deroga alla durata stabilita, con la possibilità di autorizzare colloqui personali soltanto in casi eccezionali e con la garanzia di una distanza pari a due metri. Anche questa soluzione ha fatto registrare, però, gravi difficoltà applicative⁴⁴.

D'altro canto, è bastata la sola anticipazione del primo provvedimento restrittivo⁴⁵ per scatenare la rivolta nelle carceri⁴⁶, motivata, invero, non solo dal previsto patimento per il mancato contatto con le persone care, ma anche dalla preoccupazione di una facile diffusione del contagio negli istituti penitenziari⁴⁷. Il sovraffollamento che da anni li affligge e per il quale l'Italia è stata condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁸ ha reso subito manifesto quanto sarebbe

⁴³ A. LORENZETTI, *Op. cit.*, 53.

⁴⁴ Come osserva A. LORENZETTI, *ivi*, 52, 62. L'A. nota che lo stesso legislatore dell'emergenza deve «essersi avveduto» delle dette difficoltà applicative già al momento della previsione. La disposizione in parola indica, infatti, che i colloqui devono «avvenire "ove possibile", a distanza, lasciando intravedere – con una locuzione che apre una clausola di indeterminatezza secondo cui anche solo per la mera assenza di strumenti idonei, questi potrebbero non svolgersi – l'impossibilità di garantire tale previsione. Lo stesso vale quanto all'uso di "apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile", previsione che può essere posta nel vuoto laddove non siano disponibili i necessari strumenti» (*ivi*, 62).

⁴⁵ Il Ministero della Giustizia aveva anticipato, con una circolare, il d.l. n. 9/2020, di cui al testo.

⁴⁶ Sulla quale, cfr., tra gli altri, M. RAVIART, *Coronavirus: rivolta nelle carceri italiane per il divieto di colloqui*, in *Vatican News*, www.vaticannews.va, 10 marzo 2020.

⁴⁷ Cfr. L. GAITA, *Coronavirus, la rivolta nelle carceri dopo la stretta su permessi e colloqui: "In caso di contagi non bastano le celle di isolamento"*, in *il Fatto Quotidiano.it*, www.ilfattoquotidiano.it, 9 marzo 2020.

⁴⁸ Sent. Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, sulla quale, v., *ex ceteris*, F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Archivio Penale Contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.

stato difficile osservare seriamente una qualunque misura di distanziamento al loro interno. Tale problematicità avrebbe sicuramente messo a rischio il diritto alla salute dei carcerati, prima ancora di quello alle relazioni con l'esterno e con gli affetti familiari, in particolare⁴⁹.

⁴⁹ È opportuno ricordare, in proposito, che il d.l. n. 18/2020, il cd. decreto Cura Italia, in ragione dell'emergenza sanitaria, ha previsto, all'art. 123, che la pena detentiva possa essere «eseguita, su istanza, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, ove non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena», eccetto alcuni casi ivi elencati. Precisa in merito il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che «si tratta in realtà di una misura prevista da una legge, la 199 del 2010, che, attraverso il provvedimento del 18 marzo ha fatto sì che potesse usufruire della procedura semplificata chi non rispondeva dei reati 4 bis, quelli più gravi e relativi alla criminalità organizzata, e non aveva preso parte alle violenze in carcere delle settimane precedenti» (*La situazione nelle carceri. Parla Mauro Palma*, 8 maggio 2020, in *Treccani*, www.treccani.it). In ragione del rischio di contagio, per età o per preesistenti patologie, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha dunque inviato una circolare ai direttori delle carceri, con l'invito a segnalare all'autorità giudiziaria i detenuti che ne fossero effettivamente soggetti. In conseguenza, i magistrati, dopo aver verificato l'assenza di posti idonei nei centri sanitari penitenziari, hanno disposto gli arresti domiciliari di quei carcerati che accusassero problemi di salute, anche se detenuti per mafia. Dopo giorni di polemiche e depositata al Senato una mozione di sfiducia contro il Guardasigilli, da parte dell'opposizione, il Consiglio dei Ministri ha varato un «decreto legge che [avrebbe permesso] ai giudici, alla luce del nuovo quadro sanitario, di rivalutare l'attuale persistenza dei presupposti per le scarcerazioni di detenuti di alta sicurezza e al 41 bis» (come annunciato dallo stesso Ministro, nel rispondere ad alcune interrogazioni sul tema delle scarcerazioni, rivoltegli nel corso del *Question time* al Senato del 9 maggio 2020: v. *gNews*, www.gnewsonline.it). In questo senso, in effetti, si sarebbe poi disposto con il d.l. n. 29/2020, che ha anche richiesto di acquisire, in proposito, «il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui» all'art. 41-bis (cfr. artt. 2 e 3 del decreto). Analoga acquisizione è stata prevista, dal d.l. n. 28/2020, per il rilascio dell'autorizzazione di fuoriuscita dal carcere, nelle circostanze predette. Cfr., in proposito, A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistemapenale.it*, 1° maggio 2020, e, per la cronaca degli accadimenti descritti, V. TERESI, *Il virus non cancelli il contagio mafioso*, in *Il Fatto Quotidiano*, 24 aprile 2020; F. GRIGNETTI, *Traballa la poltrona del responsabile delle carceri. Un decreto per frenare la scarcerazione dei boss: parere obbligatorio della Superprocura Antimafia*, in *La Stampa*, www.lastampa.it, 27 aprile 2020; G. BIANCONI, *Bonafede: «Rischio di infiltrazioni mafiose, agire ora per proteggere l'economia»*, in *Corriere della Sera*, 7 maggio 2020; G. BARBACETTO, «*Quelle scarcerazioni scoraggiano i citta-*

Nel complesso, dunque, può ben dirsi che la «condizione di povertà sociale in cui versa il condannato»⁵⁰ sia anch'essa rimasta soprammisiura provata dall'evento pandemico.

A questo riguardo, non deve sfuggire – e non sfugge, difatti, al già richiamato parere del Comitato Nazionale per la Bioetica – una specifica considerazione per «chi ad oggi è trattenuto nei centri di permanenza e rimpatrio (CPR), anche essi spesso affollati e in cui è comunque difficile mantenere il distanziamento fisico». Una particolare attenzione va piuttosto prestata allo «stress psicofisico cui queste persone sono soggette»⁵¹.

Per quanto, infine, le diverse condizioni abitative possano apparire una realtà scontata, conseguenza delle differenti possibilità economiche dei singoli e dei nuclei familiari, non può mancare, a questa rassegna di povertà varie, rappresentate sul palcoscenico dell'emergenza sanitaria, una considerazione anche per il confinamento nelle dimore più piccole e malmesse. Esse sono state, di fatto, tradotte, in un luogo di coatta e disagiata coabitazione. Da condividere, spesso, con un numero elevato di familiari, privi, ciascuno, di ogni reale possibilità di riservatezza, un ambito così costrittivo e soffocante ha rappresentato, in molti casi, anche esposizione a una maggiore e più frequente violenza domestica, per i componenti più fragili della famiglia⁵².

dini”, in *il Fatto Quotidiano*, 13 maggio 2020, il quale, sulla vicenda, intervista il magistrato “antimafia”, Nicola Gratteri, procuratore di Catanzaro. Il Garante dei detenuti, esprimendosi sull'intera vicenda, ritiene, infine, essersi «determinato un grande allarme attorno a cose che hanno specifiche motivazioni che, più che il clamore della dichiarazione ad effetto, meriterebbero invece capacità politica in senso alto, ossia capacità di governare i processi, di controllare che non ci siano abusi senza utilizzare toni urlati e facendo capire alla collettività che sicurezza e tutela della salute delle persone non sono diritti in contrasto l'uno con l'altro» (*La situazione nelle carceri, ibidem*). Cfr. anche R. SCARPINATO, *Boss scarcerati: gli errori del Dap e quelli dei giudici*, in *il Fatto Quotidiano*, 14 maggio; G. LO BIANCO, *Il ras di Brancaccio rientra: c'è una lista con altri venti nomi*, in *il Fatto Quotidiano*, 14 maggio; D. DEL PORTO, *Carcerati, i pm indagano sulle richieste dei rivoltosi: “Dateci i domiciliari”*, in *la Repubblica*, 21 maggio 2020; P. FOSCHINI, «Così a San Vittore abbiamo vinto il Covid», in *Corriere della Sera*, 8 giugno 2020.

⁵⁰ Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2/2019, 23.

⁵¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit., 17.

⁵² In questo senso, il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *ivi*, 13, osserva che «il confinamento a casa impatta diversamente sulla popolazione, a cominciare dalle condizioni abitative», rivolgendo il pensiero, in particolare, a quanti vivano «in abitazio-

3. *Povert  e salute nell'emergenza sanitaria*

Ciascuna delle condizioni di fragilit  fin qui considerate – senza, peraltro, pretesa di averle contemplate tutte⁵³ – parla di diverse sfaccettature della povert  di condizioni personali e sociali, tutte, infine, tradottesi in un depotenziamento di tutela dei diritti.

Alcune di queste sono state generate, altre “solo” esasperate dalla pandemia, ma in realt  a essa preesistenti. Analoga considerazione pu 

ni molto piccole e fatiscenti, o in situazioni di sovraffollamento, o alle prese con partner violenti». Sul tema delle violenze sulle donne, significativamente acuitesi nel periodo del *lockdown*, durante il quale alle vittime non   stato possibile sfuggire ad un marito violento neppure nelle ore altrimenti trascorse al lavoro, v. A. DI CORI, V. LUPIA, *Le donne*, in *la Repubblica*, 14 aprile 2020. Cfr. anche M. C. CARRAT , *E in quarantena aumenta la violenza sulle donne*, in *la Repubblica*, 24 marzo 2020; A. BULLERI, “*Violenza in casa, devono andarsene gli uomini*”, *ivi*, 3 aprile 2020; C. NADOTTI, *Coronavirus, aumentano le violenze sulle donne, ma il governo non sostiene i centri antiviolenza*, in *Rep.*, www.repubblica.it, 14 aprile 2020; A. DI CORI, V. LUPIA, *Le donne*, in *la Repubblica*, 14 aprile 2020; M. N. DE LUCA, A. ZINITI, *Le 11 donne invisibili uccise in quarantena*, *ivi*, 12 maggio 2020. Ancora a proposito di abitazioni, il succitato parere ricorda, in particolare, la condizione di Rom e Sinti, che, per lo pi , «vivono in siti generalmente privi di servizi igienici adeguati (e talvolta senza alcun servizio igienico), in condizione di sovraffollamento e privi delle tradizionali forme di sostentamento (giostrai, raccoglitori di ferro e rame, mendicanti, ecc.)». Se questa   dunque la loro “abituale” condizione di vita, va considerato che «nei cosiddetti campi   stato sospeso, durante il *lockdown*, qualsiasi tipo di aiuto dall'esterno (a parte quello proveniente dal volontariato)».   di tutta evidenza, dunque, che «le loro gi  precarie condizioni di salute per via della bassissima qualit  della vita non possono che aggravarsi a causa delle misure restrittive in atto» (*ivi*, 18).

⁵³ Tra le situazioni non specificamente considerate, pare opportuno rivolgere almeno un cenno, attraverso la descrizione di M. D'AMICO, *Op. cit.*, 30, al caso del lavoratore dipendente, che, pur avendo avuto la “buona sorte” del prosieguo della propria attivit , con relativa retribuzione, ha dovuto accettare un regime di *smart working*, di fatto trasformatosi «in una trappola lavorativa». Nel lavoro svolto “da casa”, in tempo di emergenza, nulla, infatti, hanno contato «orari, pasti, *week-end*» e, ancora pi  gravosamente, i genitori di figli piccoli sono stati «costretti a lavorare, badando anche all'assistenza *on line* richiesta dalle scuole per erogare la didattica». Questo esempio serve a notare come situazioni che, pure, in origine, non erano pi  gravose o fragili di altre, infine lo siano diventate, per le circostanze prodotte dalle misure di confinamento e per l'approssimazione con la quale queste sono state applicate (nell'ipotesi considerata, il confinamento delle famiglie nelle proprie case e, contestualmente, il lavoro da alcuni svolto, per l'appunto, da casa, senza il rispetto delle dovute garanzie). Serve anche a rimarcare come il depotenziamento nel godimento dei diritti e il *minus* di benessere, che anche ne consegue, non necessariamente si connettono a una privazione di ordine economico.

essere espressa riguardo a quelle povertà che dipendano essenzialmente da condizioni e mezzi di natura economica.

La sospensione delle attività produttive, disposta nell'ambito delle misure di emergenza sanitaria, ha certamente arrecato gravi danni all'economia del Paese, come di ogni singolo individuo e nucleo familiare. Nondimeno, anche su questo versante, le situazioni già in precedenza di maggiore incertezza hanno risentito esponenzialmente del tracollo.

Basti pensare ai lavoratori precari o del sommerso, che, a differenza degli altri, non hanno potuto compensare le perdite economiche neppure avvalendosi degli strumenti compensatori attivati per altre categorie, anche se attuati con ritardi che li hanno spesso condannati a una sostanziale inefficacia⁵⁴. Il reddito di emergenza, intervenuto a provvedere a tali, "estreme" tipologie di situazioni, appare provvedimento tardivo e di portata troppo limitata per poter essere produttivo di un ristoro soddisfacente⁵⁵.

⁵⁴ Basti ricordare, in proposito, i gravi ritardi provocati dall'inefficienza accusata dal sito dell'INPS e dalla relativa gestione nell'acquistare e processare le domande inoltrate per richiedere l'indennità di seicento euro destinate, dal cd. decreto Cura Italia (d.l. n. 18/2020), ai lavoratori autonomi, per il mese di marzo. Cfr., in proposito, V. CONTE, *Assalto al sito per i bonus. Errori e dati personali rivelati. Poi salta il sistema informatico*, in *la Repubblica*, 2 aprile 2020; A. DUCCI, *Boom di richieste, l'Inps va in tilt*, in *Corriere della Sera*, 2 aprile 2020. Analoga situazione si è verificata sul versante delle attività imprenditoriali, per le quali il cd. decreto Liquidità (d.l. n. 23/2020) ha previsto un sistema di garanzie pubbliche dei crediti bancari. Quasi due mesi dopo la sua pubblicazione, M. GIORGINO, *Necessario un cambio di passo per dare liquidità alle imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 maggio 2020, elaborava la seguente stima: «il bilancio, a oggi, non è neanche lontanamente positivo. [...] Sul segmento delle imprese, soprattutto piccole e medie, la situazione è molto critica e la tanto attesa (e vitale) liquidità tarda ad arrivare. È vero che gli spazi di manovra sul bilancio pubblico sono molto contenuti, ma se poi le misure identificate non vengono rese esecutive per generare gli effetti attesi anche quel poco rischia di essere sprecato». Cfr. anche C. CASADEI, «Ritardi su crediti e anticipo Cig non sono colpa dei bancari», in *Il Sole 24 Ore*, 12 maggio 2020; P. DE RUBERTIS, *Cassa in deroga. Si tratta per togliere l'iter alle Regioni*, in *il Fatto Quotidiano*, 12 maggio 2020.

⁵⁵ Con la conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 34/2020 (il cd. decreto Rilancio), è stata confermata la proroga del termine per la proposizione delle domande per il Reddito di emergenza al 31 luglio 2020. Tale termine era già stato modificato, in questo senso, dall'art. 2 del d.l. n. 52/2020, in deroga a quanto previsto dall'art. 82, co. 1, del suddetto d.l. n. 34/2020, che lo aveva fissato alla fine del mese di giugno del corrente anno. Quest'ultima disposizione prevede anche che «il beneficio

Invero, la povertà economica e quella connessa a condizioni personali e/o sociali, non solo seguono la medesima dinamica, ma sono anche ricomponibili – come fa il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel più volte ricordato parere⁵⁶ – nel concetto di “salute” «intesa come “stare bene”». In quest’accezione, infatti, essa «è legata anche alla fiducia nel futuro, alla sicurezza del lavoro, a condizioni economiche accettabili, alla possibilità di stare con i propri cari»⁵⁷. Se questa sostanziale *reductio ad unum* è sempre vera, rimane particolarmente verificata nell’emergenza sanitaria. In questo drammatico contesto, la necessità di tutelare la salute intesa come assenza di malattia (nel caso di specie, di infezione da Covid-19) richiede misure di confinamento che, a loro volta, si rivelano causa di danni alla salute intesa come stato di benessere.

L’opportunità di evidenziare la matrice comune delle due condizioni di privazione in uno stato di *ben-essere umano* consiste anche nell’intento di scongiurare un’astratta contrapposizione tra gli interessi afferenti all’ambito economico-lavorativo e quelli riconducibili alla garanzia della salute e all’efficienza dell’organizzazione sanitaria⁵⁸. Si sosterebbe, altrimenti, una visione del reale banalizzata quanto pericolosa, per l’equilibrio complessivo dell’individuo, generale dell’umanità, globale dell’ecosistema.

In effetti, la “modernizzazione” del Paese alla quale ci accingiamo – nel perseguimento delle finalità indicate dall’Unione europea per la fruizione del *Recovery Fund*, in particolare, *Green deal* e digitalizzazione – non è, di per sé, garanzia di una produttività crescente in parallelo con lo stato di salute del cittadino, in entrambe le accezioni

è erogato in due quote, ciascuna pari all’ammontare di cui al comma 5». Il comma 5, a sua volta, stabilisce che «ciascuna quota del Rem è determinata in un ammontare pari a 400 euro, moltiplicati per il corrispondente parametro della scala di equivalenza di cui all’articolo 2, comma 4, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, fino ad un massimo di 2, corrispondente a 800 euro, ovvero fino ad un massimo di 2,1 nel caso in cui nel nucleo familiare siano presenti componenti in condizioni di disabilità grave o non autosufficienza come definite ai fini ISEE».

⁵⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica...*, cit.

⁵⁷ *Ivi*, 13 s.

⁵⁸ *Ivi*, 13.

in precedenza indicate. Che al riconquistato benessere economico del Paese si accompagni quello personale e sociale (oltre che economico) di ciascuno è sfida ancora tutta da sostenere⁵⁹.

Il perseguimento della produttività tenderà a seguire ritmi accelerati dall'esigenza di recuperare al più presto quanto eroso dalla pandemia all'intero sistema economico nazionale e di rispettare i tempi di "verifica" scanditi dall'Unione europea⁶⁰. Si presta, pertanto, a celare il pericolo di una sostanziale indifferenza (o di una inevitabile minore attenzione) per le situazioni di privazione che non abbiano natura strettamente economica.

L'attuale realtà del Paese è lontana dal livello degli impegni che l'Unione europea richiede di assumere⁶¹, rispetto ai quali già il nostro Piano di Riforme appare generico e fumoso⁶². Bisognerà vigilare

⁵⁹ Condivisibile l'auspicio espresso, in proposito, da F. SILVA, *Servizi, città, scuola, nuove reti. Lo sviluppo che serve all'Italia*, in *il Fatto Quotidiano*, 13 luglio 2020, di «opere più fertili di sviluppo», con la mente rivolta, in particolare, «al miglioramento delle reti esistenti di trasporto, delle reti idriche, del sistema di gestione dei rifiuti, e soprattutto a nuovi investimenti per la difesa dell'ambiente, del patrimonio artistico e paesaggistico che migliorano la qualità della vita e sollecitano ricerca e innovazioni tecnologiche, e quindi la produttività».

⁶⁰ Cfr. N. ZINGARETTI, «Un clima di concordia nazionale. E la rapidità degli interventi diventi un'ossessione per tutti», in *Corriere della Sera*, 31 maggio 2020; M. GALLUZZO, *Stati generali, adesso la lite è sui tempi*, ivi, 8 giugno 2020; B. CARLETTO, *Corsa contro il tempo per spingere la ripresa*, in *L'Economia del Corriere della Sera*, 8 giugno 2020; A. D'ARGENIO, *L'intervista. Moavero: "L'Europa non ci regalerà nulla. Il governo acceleri sul piano di ripresa"*, in *la Repubblica*, 11 giugno 2020; C. COTTARELLI, *Il tempo è scaduto*, ivi, 14 giugno 2020.

⁶¹ Cfr. R. PRODI, *Le riforme per la crescita*, in *Rep.*, 23 luglio 2020, che, dinanzi alla sfida che ci aspetta, rievoca i "noti" «cambiamenti da mettere in atto nel campo burocratico, giudiziario, fiscale, amministrativo», e così via dicendo. Vi aggiunge anche «gli aspetti negativi del sistema produttivo italiano», così come saranno accentuati dalla crisi in corso, intendendo, in particolare, l'«insufficiente livello di preparazione di una consistente quota della mano d'opera, le scarse risorse destinate all'innovazione e la necessità di una maggiore capitalizzazione delle aziende».

⁶² T. BOERI, R. PEROTTI, *Recovery Fund, la concretezza che manca all'Italia*, in *Rep.*, 23 luglio 2020, così descrivono il nostro Piano Nazionale di Riforme, peraltro presentato ultimo, rispetto agli altri, il 6 luglio, e non ancora inviato a Bruxelles: «è verboso come gli Stati Generali: tante vaghe dichiarazioni di principio, molto fumo e pochissimo arrosto. C'è di tutto e di più: la riforma fiscale, la lotta all'evasione, lo sport e il *family act*: è un programma di legislatura che ha poco a che fare con il Recovery Fund e

che questo *gap* e lo sforzo di colmarlo non diventino “luogo” di nuove povertà e diseguglianze.

le raccomandazioni della Commissione che saranno determinanti per l'accesso ai fondi». Si tratta di un giudizio severo e, al contempo, di un'accusa pesante, se si considera che un Piano «ben fatto ci avrebbe rafforzato nel negoziato con l'Europa, che voleva essere rassicurata sulla nostra capacità di spendere bene le risorse; e sarebbe stato uno strumento per cambiare gli stereotipi diffusi sulla qualità della nostra classe dirigente». I due giornalisti ammoniscono, pertanto, sulla necessità di «cambiare metodo e atteggiamento: decidere come spendere i soldi prima di chiederli, e capire che in Europa gli standard sono diversi da quelli che possiamo permetterci tra le mura domestiche. La sostanza c'è o non c'è: i nostri partner non abboccano all'approssimazione, alla fimosità, alla verbosità come metodo di lavoro».

MICHELA TUOZZO

La zattera degli esuli:
percorsi migratori alla prova della chiusura delle frontiere

*Perché siamo diventati ciechi, non lo so,
forse un giorno si arriverà a conoscerne la ragione,
Vuoi che ti dica cosa penso? [...],
Secondo me non siamo diventati ciechi,
secondo me lo siamo,
Ciechi che vedono,
Ciechi che, pur vedendo,
non vedono*
JOSÉ SARAMAGO, *Cecità*

SOMMARIO: 1. La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19. – 2. *Place of safety* e limitazione all'ingresso nei porti italiani. – 2.2. (*segue*) Una prima analisi di compatibilità delle navi quarantena nel quadro costituzionale e convenzionale. – 3. Detenzione amministrativa e *best practices*: un modello dalla Spagna. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19*

All'indomani dello scoppio dell'emergenza CoViD-19, quando l'epicentro dell'epidemia si è spostato dalla Cina all'Italia, a Wuhan e nella provincia dello Hubei le misure serrate di contenimento adottate avevano già sperimentato la loro efficacia pertanto il Vecchio Continente ha replicato, un po' a rilento in maniera scoordinata e a partire dalla differente prospettiva¹ dei Paesi a forma di Stato liberal-demo-

¹ La Repubblica Popolare Cinese, come è noto, è a forma di Stato socialista, il modo in cui è gestito il rapporto tra organi dello Stato e cittadini si è riflettuto quindi anche nella gestione dell'epidemia da coronavirus. L'art. 51 della vigente Costituzione del 1982 stabilisce che il lungo elenco dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti e garantiti dall'ordinamento costituzionale «può essere esercitato dai cittadini a

cratica nel rapporto tra potere pubblico e diritti soggettivi, la stessa tipologia di alcune misure, limitando drasticamente le libertà di circolazione e di riunione delle persone. È forse superfluo mettere in chiaro che le pesanti limitazioni imposte nei Paesi liberal-democratici anche a dinanzi all'emergenza devono essere informate ai criteri della temporaneità, proporzionalità e in genere al rispetto delle procedure previste dal rispettivo ordinamento².

Gli Stati membri dell'U.E. hanno reagito in maniera asincrona, sia rispetto all'adozione delle misure interne di contenimento, sia nella fortificazione simbolica della nuova *linea Maginot* che ha ristabilito controlli alle frontiere interne e limitazioni all'ingresso alle frontiere esterne, sia nella riapertura di quelle interne in concomitanza della c.d. "fase due". Per quanto riguarda le prime, gli Italiani sono stati tra i primi cittadini europei a subire lo stigma degli untori e di conseguenza a essere destinatari di precoci misure di verifica medica alla frontiera e di sospensione dei collegamenti tramite le linee ferroviarie e aree, da parte dell'Austria, già l'11 marzo 2020.

condizione che ciò non metta a rischio o, addirittura, sia in violazione degli interessi dello Stato, della società ovvero della collettività (oltreché dei diritti e delle libertà degli altri)» M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative*, in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2/2020, 2049 ss., (spec. 2050). Per un approfondimento sulla risposta istituzionale all'odierna epidemia, si vedano inoltre A. CANEPA, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza COVID-19. Una prospettiva comparata*. (aggiornato al 5/5/2020), a cura di L. Cuocolo in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, N. 1 – 13/03/2020, 168-194, e, in questo volume, il contributo di N. MAZZARACCHIO, *I ciechi tastano l'elefante* (mangren mo xiang) e *la libellula si posa sul bocciolo di loto. La realtà cinese e non la sua retorica*, in *Dialoghi in Emergenza*, 135-160. A proposito della comparazione tra il modello cinese e quello dei Paesi occidentali nella lotta al virus, osserva in particolare (correttamente) il primo A. che anche di fronte a provvedimenti dal contenuto apparentemente simile non è possibile ricondurre l'approccio liberal-democratico a quello autoritario: «Sono dissonanti, in special modo, le rispettive percezioni dello Stato e dei suoi limiti; le situazioni eccezionali possono, dunque, non richiedere risposte eccezionali, ma procedure democratiche e stretta applicazione della *rule of law*, senza scambiare la "drammaticità" dell'evento con l'"eccezionalità" delle misure» (2064)..

² T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, conversazione con M, L. BALDINO, *La ricerca al tempo del COVID*, Università di Siena, 27 marzo 2020, in *Consulta online*, 30 marzo 2020.

Dopo l'Austria anche gli altri Paesi membri hanno agito nella stessa direzione, estendendo la categoria dei "controllati" non solo agli Italiani, bensì a tutti i cittadini dell'Unione³. La reintroduzione temporanea dei controlli deve essere intesa come eccezione alla regola generale, in forza della quale qualsiasi persona di qualsiasi nazionalità può attraversare qualsiasi frontiera interna senza essere sottoposta ai controlli di frontiera (ad eccezione di Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania), pertanto tale eccezione deve esser necessariamente retta dal criterio della proporzionalità.

Il Regolamento UE 2016/399 (*Codice Frontiere Schengen*) riconosce agli Stati, agli articoli 25 e 26, il potere di reintrodurre i controlli temporanei alle frontiere interne in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, per trenta giorni reiterabili per un massimo di sei mesi e previa informazione della Commissione con almeno quattro settimane di anticipo. L'asincronia dei Paesi membri si è rivelata anche nella scelta della cornice giuridica adoperata: alcuni di essi infatti hanno fatto ricorso all'articolo 28 del Regolamento, che differisce per presupposti e procedura, consentendo un intervento immediato di sospensione dell'Accordo Schengen quando una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro richiede un'azione immediata. Lo Stato membro interessato può, in via eccezionale, ripristinare immediatamente il controllo di frontiera alle frontiere interne per un periodo limitato di una durata massima di dieci giorni. Se la minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna perdura, lo Stato membro può decidere di prorogare i controlli, per periodi rinnovabili non superiori a venti giorni. Fatto salvo l'articolo 25, paragrafo 4, la durata totale del ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne e delle eventuali proroghe non può superare i due mesi.

Nella primissima fase dell'emergenza quindi si può registrare l'assenza di un coordinamento tra gli Stati, i quali hanno adottato misure *di* isolamento *in* isolamento tra di loro.

³ La lista dei Paesi e dei controlli reintrodotti alle frontiere interne ai sensi degli articoli 25 e 28 ss. del Codice frontiere Schengen è consultabile online al link https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications-authorized-bcps.pdf

Solamente il 16 marzo, con un atto atipico⁴, la Commissione ha adottato le Linee Guida per la promozione di un approccio integrato nella gestione delle frontiere interne, affinché fosse assicurata da un lato la tutela della salute dei cittadini europei e dall'altro la circolazione nel mercato interno di beni e servizi⁵, misure tra loro complementari e guidate dal principio di solidarietà. Il 24 marzo la Commissione è intervenuta con una Comunicazione, atto di interpretazione e coordinamento degli orientamenti espressi nelle predette Linee Guida, con l'obiettivo di garantire che le frontiere interne dell'U.E. rimanessero aperte al trasporto di merci e garantire le catene di approvvigionamento per i prodotti essenziali, predisponendo all'uopo la realizzazione di una «corsia verde» per il trasporto terrestre (stradale e ferroviario), marittimo e aereo, ai valichi di frontiere interne della rete transeuropea di trasporto (TEN-T), e altri punti aggiuntivi, nella misura ritenuta necessaria.

Con le stesse Linee Guida del 16 marzo la Commissione si è occupata anche delle frontiere esterne, riconoscendo ai singoli Paesi la possibilità di impedire l'ingresso ai cittadini extra U.E. che presentino

⁴ 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*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, 72 ss, nota come nell'emergenza pandemica l'adozione di atti di *soft law* da parte della Commissione abbia costituito una surrogazione/sostituzione dell'attività dei legislatori dell'U.E. utile a garantire la tempestività, alla luce della inconciliabilità tra le lunghezze temporali che richiedono le procedure legislative di *hard law* in materia di sanità pubblica e frontiere, e l'adozione di misure improcrastinabili che l'emergenza ha richiesto. Sull'adozione di strumenti di *soft law* si legga anche G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE Online*, del 29.03.2020.

⁵ Nelle parole della Presidente della Commissione Ursula Von der Leyen, rilasciate in occasione della presentazione delle Linee Guida, si legge un importante richiamo al principio di solidarietà: «Our measures to contain the Coronavirus outbreak will be effective only if we coordinate on the European level. We have to take exceptional measures to protect the health of our citizens. But let's make sure goods and essential services continue to flow in our internal market. This is the only way to prevent shortages of medical equipment or food. It's not only an economic issue: our single market is a key instrument of European solidarity. I am in discussion with all Member States so that we confront this challenge together, as a Union», *COVID-19: Commission presents guidelines for border measures to protect health and keep goods and essential services available*, 16 marzo 2020.

sintomi o siano stati esposti al pericolo di infezione, salvo rispettare i principi di proporzionalità e non discriminazione da coniugare con la difesa della salute pubblica. Nella stessa data, la Commissione con una formale Comunicazione a Parlamento europeo, Consiglio d'Europa e Consiglio, ha raccomandato l'adozione del *travel ban*, per i viaggi non essenziali da e per l'area Schengen, la cui efficacia è legata, essa sostiene, ad un'implementazione uniforme⁶. Il Consiglio europeo, a seguito della videoconferenza del 17 marzo, ha annunciato di limitare l'accesso alle frontiere esterne nonostante la dichiarazione dei presidenti Charles Michel e Ursula Von der Leyen di aperto disappunto in ordine al divieto di viaggio deciso dagli Stati Uniti il 12 marzo. Gli sviluppi successivi circa l'adozione e il coordinamento delle misure si sono finora fondati sull'attività della Commissione, che ha scelto come strumenti privilegiati di interlocuzione con gli Stati membri le Comunicazioni e Linee Guida⁷.

Nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per contrastare la pandemia da CoViD-19 e le sue conseguenze, 2020/2616(RSP), tra i primi *considerando* che si possono leggere vi è il rimprovero agli Stati membri per il mancato coordinamento nella risposta ad essa «in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme».

Proprio in materia di sanità pubblica gli articoli 6 e 168 TFUE attribuiscono all'Unione scarse competenze: di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati. L'azione di coordinamento

⁶ *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, covid-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU*, 16.3.2020, COM(2020) 115 final.

⁷ Con le successive Linee Guida, C(2020) 2050, del 30.3.2020, la Commissione ha elaborato le modalità di restrizione temporanea dei viaggi, mentre con la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 8.4.2020, COM(2020) 148 final, la Commissione ha auspicato l'adozione di una proroga delle restrizioni fino al 15 maggio; ancora sulle riaperture differenziate *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, C(2020) 3250 final.

è stata intrapresa dalla Commissione attraverso l'adozione di atti atipici, sottraendosi alle procedure ordinarie, per evitare che le relative lungaggini ostacolassero la rapidità che la contingenza pandemica ha richiesto, né del resto essi hanno tra loro collaborato per adottare un approccio comune.

Il Parlamento ha stigmatizzato siffatto atteggiamento, poco rispettoso dei principi di solidarietà e di leale collaborazione, lamentando: «l'incapacità iniziale degli Stati membri di agire in modo collettivo e chiede che tutte le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell'Unione di solidarietà e di leale cooperazione»⁸.

Bisogna peraltro registrare gli sforzi compiuti dalla Commissione, che il 15 aprile 2020 ha adottato una tabella di marcia comune ai Paesi dell'Unione verso la revoca delle misure di contenimento e la successiva Comunicazione del 13 maggio⁹, che è ritornata sull'importanza di allentare le misure in modo coordinato, ma allo stesso tempo aderente al decorso epidemiologico. Solo così, chiosa l'organo, è possibile garantire che le restrizioni siano eliminate in modo non discriminatorio.

Sia detto di passaggio che – con riferimento specifico al tema dell'identità europea – non può non definirsi sconcertante, lo scenario apertosi in Ungheria¹⁰, che con la legge organica n. 12 del 30 marzo 2020 – alla quale si accenna qui solo sinteticamente, per il carattere parentetico della presente osservazione, che pure si ritiene utile a completare l'esame del quadro generale – ha accentrato nelle mani del Governo ampi poteri di decretazione, senza fissare procedure reali di controllo in capo al Parlamento e al potere giurisdizionale; ne ha eluso una deli-

⁸ P. DE PASQUALE, *La pandemia di CoViD-19: il coordinamento alla prova dei fatti*, in *comparativecodivlaw.it*, 18 Aprile 2020, ricorda come il coordinamento richieda un'azione binivoca degli Stati membri, teso sia a favorire l'attività delle istituzioni, sia a farsi promotori di iniziative di coordinamento.

⁹ Commissione Europea, *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, C(2020) 3250 final, 13.05.2020.

¹⁰ Per l'approfondimento della situazione ungherese al tempo del COVID-19 si rinvia a S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, in *SIDIblog*, 7 aprile 2020; P. DE SENA, *Contrasto al CoViD-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, ivi, 7 aprile 2020; AA.VV., *Stato di pericolo e poteri Straordinari al Governo ungherese*, in *Questione Giustizia*, 1 Aprile 2020.

mitazione del tempo e del campo di azione, tant'è che hanno finito per esservi ricomprese anche misure riguardanti la situazione economica nazionale e non riferite solo alla crisi sanitario-epidemica; ha statuito la sospensione dell'ordinario processo democratico, il che – collegato all'assenza di un termine della delega dei poteri di emergenza all'Esecutivo – rischia di fare diventare l'emergenza di durata indefinita; ha previsto l'introduzione di nuove fattispecie penali. La deriva illiberale ungherese, insieme a quella della Polonia, non è certo una novità, stanti le ripetute violazioni dei diritti fondamentali e dei valori comuni agli Stati membri *ex art. 2 TUE* già registratesi da lungo tempo in quei Paesi, ma mostra invero la debolezza e l'insincerità di un'autentica adesione ai valori del costituzionalismo europeo. Il fatto è che – come da molti si è rilevato – la pandemia, tra i suoi effetti devastanti, ha posto sotto una lente di ingrandimento squilibri esistenti; in particolare, si è appunto osservato quanto sia ancora impervio il percorso di integrazione e di consolidamento di un'identità comune, di fronte al continuo vacillare di una solidarietà autentica e all'aprirsi di crepe che investono l'adesione ai valori dell'art. 2 del TUE¹¹.

La dimensione sovranazionale della lotta al CoViD con riferimento allo spazio Schengen solleva in ogni caso criticità specifiche.

È giocoforza rilevare innanzitutto che il ritorno *di fatto* delle frontiere non ha fatto che acuire le fragilità dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia* intorno al quale è stata disegnata una nuova cartina politica dell'Unione Europea, con confini mai stabili e preda delle forze centrifughe nazionali¹². Del resto, prima dello scoppio dell'epidemia, i controlli alle frontiere erano già stati reintrodotti in alcuni Paesi (Germania, Francia, Austria, Svezia, Danimarca) e molti di questi hanno programmato e avviato riaperture differenziate¹³, nonostante gli sforzi

¹¹ J. SAWICKI, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 8/2020.

¹² S. MONTALDO, *L'emergenza COVID-19 e la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne nell'area Schengen: non lasciare che una grave crisi vada sprecata*, in *European Papers, European Forum, Insight*, 25 April 2020, 1 ss.

¹³ M. VILLA, *Fase 2 in Europa: riaprire è discriminare?*, in *Ispionline*, 15 maggio 2020.

della Commissione di richiedere l'adozione di criteri omogenei, che rompesero con la prassi di adottare linee di azione solitarie e non coordinate tra gli Stati. L'inizio della fase due è coinciso con quello della stagione estiva e turistica, ragione per cui la ripresa della mobilità che sembrerebbe penalizzare Italia e Spagna ha spinto i due Paesi a scrivere alla Presidente della Commissione affinché l'U.E. prendesse le sue decisioni in maniera coordinata, non discriminatoria e in base a criteri epidemiologici chiari e trasparenti, comuni in tutta l'Unione. A margine del Consiglio U.E. del 30 giugno è stata adottata la Raccomandazione¹⁴ sulla soppressione graduale delle restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali nell'UE, contenente l'elenco dei Paesi terzi interessati, i criteri epidemiologici da soddisfare, nonché la durata della misura da verificarsi ogni due settimane. È così rinsaldata la linea che ha prediletto l'adozione di strumenti giuridicamente non vincolanti e azioni asincrone dei singoli Paesi membri.

L'incertezza dei confini colpisce da un lato la libera circolazione dei cittadini europei e dall'altro precarizza ancora di più la condizione dei cittadini extra UE.

La libertà di circolazione è sicuramente da annoverare tra quelle caratterizzanti la cittadinanza europea ed essa per prima è stata investita da una brusca limitazione che ha coinvolto lavoratori, studenti e affetti interstatali¹⁵. Il ripristino dei controlli alle frontiere ha ridotto sensibilmente la mobilità sotto il profilo dei soggetti legittimati ad attraversarla, i presupposti e i luoghi dell'attraversamento, ridotti ai soli valichi ufficiali all'uopo autorizzati. Dall'altro lato la previsione dell'art. 32 del Codice Frontiere Schengen consente ai Paesi membri che abbiano ripristinato i controlli alle frontiere interne l'applicazione *mutatis mutandis* delle pertinenti disposizioni codicistiche destinate alle frontiere esterne.

¹⁴ *Council Recommendation on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction*, 30 June 2020, 9208/20.

¹⁵ A proposito dell'eliminazione delle restrizioni alla libera circolazione, nella *C(2020) 3250 final* scrive la Commissione che si tratta di una misura tra i primi obiettivi da realizzare, poiché «esse danneggiano il nostro stile di vita europeo in un'Unione in cui i cittadini possono viaggiare liberamente oltre frontiera, in qualità di lavoratori, studenti, familiari o turisti. Dobbiamo adoperarci per ripristinare questa fondamentale conquista dell'integrazione europea».

Pur escludendo l'equiparazione tra frontiere esterne e interne, come ha avuto modo di chiarire la Corte di Giustizia (nel caso C-444/17, *Arib.*, 19.03.19): «una frontiera interna sulla quale sono stati ripristinati i controlli di frontiera da parte di uno Stato membro in forza dell'articolo 25 di detto codice, non è equiparabile ad una frontiera esterna, ai sensi del medesimo codice. Ai sensi dell'articolo 2 del codice frontiere Schengen, le nozioni di 'frontiere interne' e di 'frontiere esterne' si escludono infatti a vicenda», resta un potere discrezionale forte in capo agli Stati, dato dalla genericità delle espressioni giuridiche utilizzate nel codice e dalla competenza esclusiva che ogni Stato ha nella delimitazione delle proprie frontiere (*ex art. 77, par. 4. TFUE*). Siffatta situazione offre un *assist* proprio a quelle forze centrifughe nazionali riluttanti a cedere spazi di sovranità allo sviluppo di una politica comune in materia di frontiere, visti, immigrazione e asilo¹⁶.

Sul fronte dei cittadini non europei, la chiusura delle frontiere ha avuto effetti molto differenti, a seconda della regolarità del loro soggiorno nello spazio comune e della loro permanenza stabile o temporanea (in transito) sul territorio. La previsione contenuta nelle Linee Guida del 16 marzo riconosce agli Stati il diritto di rifiutare l'ingresso a quei cittadini di Paesi terzi che presentino sintomi del virus o siano stati esposti a rischio di infezione e pertanto rappresenterebbero una potenziale minaccia per la salute pubblica, colpendo così principalmente i richiedenti asilo verso i quali si alza nuovamente il muro della *Fortress Europe*, a discapito della inderogabilità del diritto d'asilo, per il quale l'approdo alla frontiera costituisce parte integrante del contenuto dello stesso e del principio di *non refoulement*. Invero la Commissione è intervenuta – con Comunicazione del 30 marzo 2020 (2020/C 102 I/02) – a chiarire che la restrizione dei viaggi non essenziali non dovrebbe applicarsi alle persone aventi funzioni o necessità essenziali, tra cui quelle persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari nel rispetto del principio di non *refoulement*. Tuttavia la mancata chiarezza delle modalità applicative

¹⁶ P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*. Atti del convegno internazionale di studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli, 2016, 143-251.

delle linee guida, la combinazione tra normativa vigente e provvedimenti emergenziali ha dato il via a diverse anomalie sul piano dell'effettività del diritto d'asilo.

La chiusura delle frontiere si riflette in maniera diversa sugli stranieri privi di valido titolo di soggiorno, a seconda che siano "in entrata" o "in uscita" rispetto allo spazio eurounitario, per la ragione intuibile che non possono varcare la frontiera medesima, né per entrarvi, né per uscirne.

A partire da questo dato si prenderanno in considerazione nei successivi paragrafi i due momenti apicali del percorso migratorio, l'inizio e la sua fine, nel corso della pandemia. Il suo inizio è segnato dalla ricerca di un "luogo sicuro" da parte dei migranti in fuga e all'uopo si esaminerà il caso italiano, con la ripresa di una prassi già avviatasi in Italia il 19 marzo 2019 con la c.d. Direttiva Salvini e sublimata nel c.d. Decreto Sicurezza *Bis* (d.l. 53/2019 convertito in l. 77/2019)¹⁷, volta a porre un freno alle operazioni di sbarco nei nostri porti. Per quel che concerne la posizione degli stranieri in uscita si guarderà al caso spagnolo e alla praticabilità di misure alternative alla detenzione amministrativa.

2. Place of safety e limitazione all'ingresso nei porti italiani

Alla luce delle indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione, i rischi che si inverino restrizioni irragionevoli sono dietro l'angolo.

¹⁷ Sulle similitudini tra il Decreto interministeriale del 7 aprile 2020 e le politiche del precedente Governo c.d. "giallo-verde", si veda A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del Decreto Interministeriale 150/2020*, in *Dir., Imm. e Citt.*, 2/2020, 219 ss. Gli autori sottolineano che seppure il decreto presenti profili di discontinuità rispetto all'approccio dell'ex Ministro dell'Interno *pro tempore* (in quanto la competenza ad adottarlo è stata riaffidata all'originario titolare, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, la ragione giustificativa è individuata nella crisi pandemica, anziché *sic et simpliciter* nella difesa dei porti e infine quale fondamento giuridico è richiamata la disciplina previgente al d. l. n. 53 del 14.6.2019, convertito nella l. n. 77/2019), agli effetti pratici «l'intervento interministeriale di aprile 2020 sembra in continuità politica con le misure adottate dal precedente governo con il cd. decreto sicurezza *bis*» (ivi, 220); S. CARLOTTI, *Migration Policy and Health Insecurity. Italy's response to COVID-19 and the impact of the Security Decree*, in *Riv. Trim. Sc. Amm., Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 2/2020.

Il caso italiano è a tal proposito paradigmatico: il 7 aprile 2020, con decreto interministeriale¹⁸ adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute, si dispone che «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* ("luogo sicuro"), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca e salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana».

La *ratio* è quella di evitare nuovi ingressi per non sovraccaricare la tenuta del sistema sanitario nazionale e in ragione dell'incapacità di offrire cure adeguate alla luce della saturazione già raggiunta. È quindi d'ostacolo all'integrazione dei requisiti di "porto sicuro" la ridotta «funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19». Prim'ancora che il decreto fosse pubblicato, l'UNCHR il 16 marzo ha emanato una nota in cui ha ricordato che le misure di prevenzione alla diffusione del contagio non possono contraddire l'obbligo di diritto internazionale di garantire l'accesso al territorio ai potenziali richiedenti asilo¹⁹.

Qualche giorno dopo l'emanazione del decreto, il soccorso di centoquarantanove migranti in acque italiane da parte della nave tedesca *Alan Kurdi* ha posto sia Governo e Protezione Civile, sia i giudici di fronte al dubbio sulla efficacia e sulla stessa legittimità del decreto.

¹⁸ Per una lettura critica del decreto in ordine alle norme di diritto internazionale si rinvia a F. MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza CoViD-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in SIDIBlog, 16 aprile 2020; A.M. PELLICONI, *CoViD-19: l'Italia non è più un "luogo di sicurezza". La decisione di chiudere i porti italiani è conforme agli obblighi in materia di diritti umani?*, in EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law, 23 aprile 2020.

¹⁹ «[...] it could send the persons into "orbit" in search of a State willing to receive them and as such may contribute to the further spread of the disease», scrive l'UNHCR nella *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*.

Sul primo versante, la situazione incandescente e gli obblighi di diritto internazionale hanno condotto a trovare la soluzione ingegnosa di trasformare il posto *sicuro* in *galleggiante*²⁰ e qui svolgere la sorveglianza sanitaria: il 12 aprile, con decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287²¹, il posto sicuro è dunque individuato nelle navi, così nel giro di pochi giorni i migranti soccorsi sono trasferiti su un'altra nave, la *Rubattino*, come deciso dal soggetto attuatore, ossia la Croce Rossa Italiana. Si tratta invero di una scelta non priva di inconvenienti e rischi, quali quello di non potere verificare le singole situazioni di salute degli stranieri e la necessità di cure specifiche di cui potrebbero avere bisogno, o di non consentire l'accesso immediato alla procedura per fare richiesta d'asilo (art. 10, c. 3 Costituzione), mentre il rischio è che i migranti subiscano trattamenti inumani e degradanti, inderogabilmente vietati anche in situazioni di emergenza (artt. 3 e 15 CEDU)²².

²⁰ Sulle condizioni materiali e giuridiche dei migranti soccorsi in mare e trasferiti sulle cc.dd. "navi quarantena" o navi *hotspot*, si leggano il recente rapporto CILD, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, luglio 2020 ed il Bollettino n. 28, del GNPL del 28 aprile 2020, al link <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/2d4f6bc8fd249fdc78c66e22a43cc0de.pdf>. La realizzazione di misure di quarantena in tali luoghi espone i migranti ad una situazione di "limbo" giuridico, giacché non è loro riconosciuto il diritto di chiedere asilo, di essere tutelati se vittime di tratta o minori non accompagnati, né è assicurato il diritto di ricevere informazioni chiare ed esaustive sulle ragioni alla base della misura restrittiva. Infine, conclude il Garante «l'imposizione di un periodo di quarantena nei confronti di persone per le quali non è al momento possibile indicare una soluzione di accoglienza appare contraddittoria e critica».

²¹ Avente ad oggetto la nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

²² P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, critica l'adozione della qualificazione unilaterale per tutta la durata dello stato di emergenza nazionale (per il momento fissato alla fine di luglio 2020) che riguarda la situazione di tutti i porti italiani; in aperta contraddizione alla nozione flessibile nel tempo e nello spazio, secondo i canoni nel diritto internazionale, di "porto sicuro". A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *Op. cit.*, 221, criticano il ricorso ad un atto amministrativo che comprime gravemente sia i diritti fondamentali dei cittadini stra-

Sul secondo versante, il TAR Lazio²³, chiamato in sede cautelare a verificare la sussistenza dei presupposti per sospenderne l'efficacia, ha escluso «in considerazione di un bilanciamento degli interessi contrapposti tipico della fase cautelare, che sussistano i requisiti di estrema gravità ed urgenza, poiché l'atto impugnato è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l'attuale situazione di emergenza da Covid-19, e la conseguente impossibilità di fornire un "luogo sicuro", senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19. Resta comunque fermo l'obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare».

L'epilogo della vicenda lascia aperte diverse criticità, porta anzitutto a domandarsi se la soluzione trovata sia da annoverare tra quelle «misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all'epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio)» o all'inverso si tratti di «una indebita compressione di diritti, che devono, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti»²⁴.

Il nuovo assetto emergenziale rende in effetti necessario contemplare due criteri, la temporaneità e la proporzionalità²⁵, affinché le mi-

nieri, sia gli obblighi di diritto internazionale al riguardo. Più precisamente, il diritto d'asilo e il divieto di non respingimento, tra loro strettamente interconnessi al diritto di sbarcare in un luogo sicuro.

²³ T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, dec., 22 aprile 2020, n. 3066.

²⁴ A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Diritti senza confini*, 21 marzo 2020.

²⁵ Lo dice la presidente della Corte Costituzionale nell'intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, 29 aprile 2020, reperibile online al link https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/coronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-cri-si-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml; 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, n. 16/2020, 27 maggio 2020, ritiene a sua volta che il giudizio di *proporzionalità* in questa fase sia più sfuggente di quello di *temporaneità*, giacché il primo rischia di confondersi con il giudizio di merito, più strettamente politico e quindi poco utile a valutare se una misura sia legittima sotto il profilo della tenuta costituzionale.

sure adottate *extra ordinem* siano ritenute comunque legittime in una democrazia costituzionale.

La pandemia ha riportato al centro della gestione del rischio l'importanza del principio precauzionale²⁶, che offre uno spazio di discrezionalità agli Stati quanto alle opzioni del *risk management* per la tutela e la protezione sanitaria che deve necessariamente presupporre il rammentato principio di proporzionalità, sì da evitare che l'applicazione indiscriminata della cautela dia voce solo alle risultanze scientifiche, sacrificando oltremodo gli altri interessi coinvolti.

Sulla difficoltà di trovare l'ago della bilancia nell'emergenza in corso, c'è chi ha fatto notare come «Il tempo *sia* stato tiranno nell'opera di conformazione del principio di precauzione con quello di proporzionalità a fronte del COVID19 perché l'“emergenza” è arrivata prima della presa d'atto del “rischio”»²⁷.

Come è noto, la fenomenologia dei diritti fondamentali negli Stati costituzionali è a forma malleabile e mai comprimibile definitivamente, né nei momenti di fisiologia, né in quelli di patologia del sistema. Essi possono cioè subire espansioni, torsioni e limitazioni, l'equilibrio precario è raggiunto di volta in volta tramite il *test* di proporzionalità che nell'opera di bilanciamento individua il nucleo essenziale dei diritti.

Quest'ultimo non è ad ontologia immutabile, ma potrà essere a sua volta bilanciato quando le circostanze empiriche lo richiedano²⁸. L'articolazione del principio di proporzionalità fatta propria dalla Cor-

Il criterio di temporaneità è stato offuscato dalla proporzionalità, quando invece è proprio il regime temporaneo delle misure che ne segna la costituzionalità, difficilmente valutabile a partire dal contenuto, con cui si può essere “solo” più o meno d'accordo.

²⁶ Sull'ampliamento del raggio di applicazione del principio precauzionale oltre il diritto ambientale, si vedano la Comunicazione Com/2000/01 e la legge n. 15/2005, che lo ha riconosciuto tra i principi generali che informano l'amministrazione ordinamentale europea. In termini, A. NAPOLITANO, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *DE IUSTITIA*, 1, 2019, 64 ss.; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

²⁷ T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 597 ss. (spec. 601).

²⁸ G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, Fascicolo 2, dicembre 2014.

te di Lussemburgo, ma presente anche nell'ermeneutica di altre Corti sovranazionali, internazionali e nazionali – ciascuna con le proprie peculiarità – è debitrice della nota teoria di Alexy²⁹ ed è oggi uno dei tratti caratterizzanti del costituzionalismo globale. Il giurista tedesco, distinguendo come noto tra principi e diritti, elaborò per i primi la tecnica dinamica del bilanciamento: i principi esigono la loro applicazione nella massima misura possibile, tenuto conto delle possibilità di fatto e di diritto. Siffatta teoria svolge il suo ruolo principale con i diritti fondamentali, non concepiti nell'ordinamento come “comandi definitivi”, ma come “richieste o comandi di ottimizzazione”. Mentre i primi, o le regole, trovano la loro forma applicativa della sussunzione e nel “tutto o niente”, i secondi invece si applicano in via di bilanciamento, tentando di ottimizzare tutti i valori dell'ordinamento.

Il *focus* sulla valutazione dell'impatto costituzionale dei provvedimenti emergenziali si è tuttavia quasi del tutto concentrato sul criterio della proporzionalità, offuscando quello della temporaneità, l'unica vera bussola in grado di orientare sull'evoluzione della pandemia e, a partire dalle risultanze scientifiche, consentire di verificare «sotto il controllo democratico, che quelle misure sono *oggi* necessarie, nel senso di *razionali rispetto allo scopo*, mentre domani, quando quei dati – resi pubblici misurabili e fatti oggetto di confronto tra gli studiosi – saranno diversi, le stesse misure non si giustificheranno più»³⁰.

Non è quindi un esercizio sterile mettere alla prova dell'adeguatezza sotto i due profili indicati il decreto interministeriale del 7 aprile, per indagarne i profili di tenuta costituzionale.

Quanto alla verifica del *least-restrictive means* e del nesso di congruità, soppesando gli effetti in termini di benefici/sacrifici, sorge il

²⁹ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. ita. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 2013, reperibile online al link http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017 del 26/09/2017; A. SARDO, *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza Un'introduzione critica*, in *Revus [Online]*, 22/2014.

³⁰ E. GROSSO, *Op. cit.*, VIII (corsivi testuali).

dubbio che l'Esecutivo non abbia ben valutato la misura che richiedeva minori sacrifici possibili: l'espansione della tenuta del sistema sanitario nazionale, da un lato e la compressione dei diritti alla vita, alla salute, all'asilo, al *non refoulement*, allo sbarco in un porto sicuro, dall'altro³¹. Non bisogna poi tralasciare l'altro principio richiamato espressamente dalla linee guida della Commissione, quello di non discriminazione. Infine, le ragioni indicate sembrano controintuitive³², sia sotto il profilo della tenuta del SSN – considerato il numero limitato di sbarchi che si è registrato durante il picco pandemico in Italia – sia sotto il profilo di un'asserita maggiore tutela per la salute dei migranti.

Si paventa così una discriminazione relativa al diritto alla salute in base alla nazionalità³³ di quegli stranieri che vengano tratti in salvo da una nave battente bandiera straniera, dimenticando che la salute è diritto fondamentale a dimensione universale (artt. 2, 32 e 38 Cost.), quindi riconosciuto anche ai naufraghi e che nella Costituzione italiana ha una precisa dimensione collettiva. Il legislatore italiano ha inteso sì differenziare le cure mediche in base alla regolarità del soggiorno, ma riconoscendo anche agli irregolari presenti alla frontiera o sul territorio il diritto alle cure essenziali (art. 2 d. lgs. 286/98), dovendo anche a loro essere garantite la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive e l'eventuale bonifica dei relativi focolai (art. 35, co. 3, lett. e d. lgs. 286/98)³⁴.

³¹ A. ALGOSTINO, *CoViD-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. 3/2020, 21 aprile 2020.

³² A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *Op. cit.*, 223.

³³ A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti*, cit., «L'emergenza sanitaria non deve comportare un arroccamento nazionalista, essere l'occasione, una volta di più, per discriminare nella tutela dei diritti umani, rendendo mera retorica i diritti universali o tramutandoli in privilegi del cittadino, veicolando l'idea che alcuni siano "più meritevoli", "più umani", di altri». Muove una critica analoga, con toni più accesi, F. PALLANTE, *Divieto illegittimo, nella forma e nella sostanza*, ne *Il Manifesto*, 9 aprile 2020.

³⁴ Per una trattazione più completa del tema si rinvia a C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, 45 ss.; per la dimensione europea si vedano A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; A. DE PETRIS, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in orientamenti decentrati*, in *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, a cura di F. Rimoli, I, Napoli, 2014, 147 ss.

La Corte Costituzionale, nella sentenza 252/2001³⁵, sembra individuare un “nucleo irriducibile”³⁶, oltre il quale non è possibile spingersi nella compressione del diritto alla salute del non cittadino.

«La Costituzione è piena di clausole che richiedono di modulare i principi sulla base dei dati di realtà e dei diversi contesti. Potremmo dire che i principi costituzionali sono sempre finestre aperte sulla realtà»³⁷ e di fronte ad un decorso epidemiologico così mutevole il bilanciamento così restrittivo operato nel decreto interministeriale necessita di essere confrontato continuamente con l'esperienza concreta, per intercettarne i cambiamenti e rimodularsi in senso espansivo verso i molteplici diritti compressi dei naufraghi.

La nozione di “luogo sicuro” è in *re ipsa* una qualificazione giuridica che va adoperata in modo flessibile, il decreto si presenta monco da questo punto di vista, né nuove valutazioni sono state operate, nel momento in cui si sta scrivendo, nonostante l'Italia sia già entrata nella cosiddetta “fase due” e i bollettini giornalieri indichino che in più Regioni il *trend* epidemiologico si sta assestando verso il contagio zero, così come è calato il numero di pazienti nei reparti di terapia intensiva.

³⁵ «La legge prevede quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.; stante la lettera e la ratio delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio», (punto 4 della Sentenza 252/2001).

³⁶ Critica è la posizione di A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. n. 2/2019, 1 ss., verso la tesi accreditata in dottrina e in giurisprudenza che distingue diritti riconosciuti a tutti e diritti riconosciuti ai non-cittadini solo nel loro “nucleo duro”. Secondo l'A. non esiste un nucleo duro e una parte esterna al nucleo, duttile e flessibile dei diritti fondamentali. Questa distinzione teorica si presta a discriminazioni proprio a danno dei non cittadini ed entrerebbe in contraddizione con la stessa nozione di fondamentale. È in *re ipsa* che un diritto fondamentale non può subire un dimezzamento, se non a patto di perdere il suo connotato di “fondamentalità”. Il diverso regime di godimento dei diritti fondamentali, che si verifica a valle dell'operazione di bilanciamento con gli altri diritti, non è riconducibile allo *status civitatis* bensì al differente legame col territorio tra immigrati *ivi* presenti più stabilmente e migranti che presentano un legame temporaneo col territorio.

³⁷ *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia*, cit.

Il pericolo «che all'uscita dall'emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»³⁸, non sembra più così lontano³⁹.

At last but not least, non bisogna dimenticare che la crisi pandemica non ha messo a tacere i cosiddetti *push and pull factors* dei movimenti di immigrazione. Come ha ricordato l'Alto Commissario ONU per i Rifugiati, nella Dichiarazione in merito alla crisi del Covid-19, (Ginevra, 19 marzo 2020) «Guerre e persecuzioni non sono cessate, e oggi, nel mondo, vi sono persone che continuano a fuggire dalle proprie case alla ricerca di un luogo sicuro», forte è la preoccupazione per la decisione di chiusura delle frontiere e dei suoi effetti verso quelle persone che «oggi, come mai prima, hanno bisogno – come tutti noi – di solidarietà e compassione», oltre che dell'accesso alla procedura per il riconoscimento del diritto all'asilo⁴⁰.

Le frontiere nazionali sono insieme anche quelle continentali e le ragioni che hanno spinto l'Italia ad una così drastica chiusura verso i naufraghi mettono in luce una debolezza sistemica che anche altri Paesi frontalieri, come Grecia e Spagna, avevano da tempo sollevato e che la crisi pandemica ha solo reso più evidente: l'assenza della dimensione sociale e della solidarietà istituzionale non solo tra Stati membri,

³⁸ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, 1 ss. (spec. 26); S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1 ss.; G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?*, in *Sinistrainrete*, 6 maggio 2020.

³⁹ Nel momento in cui si licenzia il lavoro per la stampa, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha annunciato la proroga dello stato di emergenza fino al 15 ottobre.

⁴⁰ M. CONSITO, *Per tornare a parlare di Green New Deal, tra diritto di asilo e solidarietà*, in *ADiM BLOG, Analisi & Opinioni*, Marzo 2020, l'A. si sofferma sul tema dei migranti ambientali che nell'attuale assetto ordinamentale di assenza di una definizione normativa di rifugiato ambientale e nella contingenza pandemica si troverebbero esposti più di altri migranti al rischio di non poter ricevere asilo o accoglienza. L'A. a chiusura della sua riflessione riprende quanto già espresso in più decisioni dalla Corte Edu in materia di diritto alla sicurezza (art. 5 CEDU), su cui si misura la forza della democrazia di non cedere al pericolo incombente dei trattamenti disumani, «dimostrando così la forza della legalità».

ma anche tra U.E. e Stati. La dottrina⁴¹ ha da tempo sottolineato la debolezza delle competenze dell'Unione in materia sanitaria e il fatto che un *welfare* europeo darebbe nuova gravidanza all'art. 80 del TFUE, alleggerendo il carico della sostenibilità dei sistemi di *welfare* dei Paesi alle porte dell'Europa.

Il Parlamento europeo a chiare lettere ha definito la pandemia un momento di verità per l'Unione Europea, che ne determinerà il suo stesso futuro⁴² su crisi economica, crisi migratoria, Brexit e derive illiberali di alcuni Paesi Membri. Il bivio di fronte al quale si trova l'Unione e la centralità che si auspica sia assunta da un suo slancio solidaristico è stato efficacemente riassunto nell'espressione *the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*.⁴³

La complessità del rapporto tra confini statali, mobilità internazionale e carattere "a-territoriale" del virus hanno mostrato da un lato un rinnovato protagonismo statale, ma dall'altro lato la necessità di un coordinamento globale al fine del progresso medico-scientifico-tecnologico e anche per i settori della politica e dell'economia. La storia geopolitica delle epidemie insegna che nelle emergenze sanitarie si palesano le fobie più profonde: «in queste fasi il popolo chiede rassicurazioni, la politica le trova nelle accuse infondate verso l'altro, cioè lo straniero»⁴⁴. Non è forse un caso che il Presidente Trump abbia più volte, pubblicamente, scambiato in modo deliberato la parola *coro-*

⁴¹ A. ALBANESE, *Op. cit.*; A. PETRETTO – C.F. GUIDI, *Cura della salute e immigrazione: un'analisi comparata sotto il profilo economico finanziario*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.; R. TARCHI, *I sistemi sanitari europei alla prova dell'immigrazione. Riflessioni a margine di un convegno fiorentino*, ivi, n. 4/2018, 154 ss.

⁴² Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), lett. L.

⁴³ Espressione ripresa dal titolo del contributo di L. MARIN – G. ROMEO, *The implementation of the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, febbraio 2020; le autrici, nell'analizzare i risultati del recente vertice di Malta del 23 settembre 2019 sulla gestione condivisa degli sbarchi nel Mediterraneo, propongono la strada di un approccio transazionale o di tipo federale in ordine alle competenze da mettere in campo circa le migrazioni di massa.

⁴⁴ G. TERRANOVA, *La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2020, 2.

naviurs con *Chinese Virus*⁴⁵. Sono maturi i tempi perché non solo la comunità scientifica, ma anche quella politica, abbandonino l'anacronistica via degli arroccamenti nazionalisti e individualisti⁴⁶.

2.2. (segue) *Una prima analisi di compatibilità delle navi quarantena nel quadro costituzionale e convenzionale*

La vicenda delle cc.dd. navi quarantena è meritevole di un ulteriore momento di approfondimento, con riferimento a quella parte dell'art. 1 del decreto del Capo di Dipartimento della Protezione Civile (vedi *supra*), che recita: «Con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il “Place of Safety” (luogo sicuro), il Soggetto attuatore, nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria».

Una precisa indicazione di cosa debba intendersi per “luogo sicuro” proviene dagli emendamenti (adottati nel 2004 ed entrati in vigore nel 2006) alla Convenzione SAR 1979 e alla Convenzione SOLAS del 1974 e con le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare⁴⁷. Esso «è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12)⁴⁸.

Il diritto al luogo sicuro non si esaurisce né con l'operazione di salvataggio, né con la ricerca del porto più vicino, ma esso deve garantire la effettiva sicurezza delle persone⁴⁹. Quando poi tra le persone soccor-

⁴⁵ Donald Trump's 'Chinese virus': the politics of naming, pubblicato online al link <https://theconversation.com/donald-trumps-chinese-virus-the-politics-of-naming-136796>.

⁴⁶ A. ALGOSTINO, *Op. cit.*

⁴⁷ Ris. MSC.167-78 del 2004.

⁴⁸ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia - L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*, fasc. 2/2018.

⁴⁹ C. DI STASIO, *Crisi migratoria e “porti chiusi”: ancora un vulnus ai diritti umani dei migranti*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2019, 1 ss. (spec. 13).

se vi siano potenziali richiedenti asilo, la nozione si riferisce anche alla effettiva possibilità di presentare la domanda d'asilo⁵⁰.

Già nella sentenza di assoluzione del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009 sul caso *Cap Anamur*⁵¹, i giudici chiarivano che la nave soccorritrice costituisce un luogo di ricevimento dei naufraghi di natura *temporanea* e che spetta allo Stato costiero farsi carico delle persone soccorse, cui deve esser garantito (si legge nella sentenza) «il diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma».

Più recentemente, un ulteriore tassello nel mosaico della nozione di “posto sicuro”, è stato aggiunto nel noto caso di Carola Rackete, la comandante della *Sea Watch* (c.d. caso *Sea Watch 3*), con la sentenza della Corte di Cassazione⁵², intervenuta proprio in concomitanza dello scoppio dell'epidemia in Italia, che ha rigettato il ricorso della Procura di Agrigento avverso l'ordinanza del GIP presso il medesimo Tribunale, confermando così la decisione di non convalidare l'arresto in flagranza.

La sentenza mette per vero in chiaro due aspetti, che è utile richiamare anche per il discorso qui intrapreso:

- La nave soccorritrice può costituire temporaneamente un luogo sicuro, ma appena soluzioni alternative siano praticabili deve essere sollevata da tale qualificazione: una nave in mare, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse.
- Il dovere di soccorso non si limita all'attività di salvataggio dei naufraghi, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave. La Corte richiama a tal proposito la riso-

⁵⁰ *Ivi*, 18.

⁵¹ Per un commento alla sentenza si rinvia a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi ?*, sul blog ADIF, 19 marzo 2018.

⁵² Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 16 gennaio – 20 febbraio 2020, n. 6626, sugli aspetti più squisitamente penalistici e processual penalistici della pronuncia si rinvia alla sezione *Confronto di idee su giustizia su giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. Pen.*, Fascicolo n. 1 – Gennaio-Aprile 2020.

luzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa, secondo la quale «la nozione di “luogo sicuro” non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone, ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali».

All'indomani della pronuncia, un autorevole studioso ha sottolineato il forte legame evidenziato dalla Corte, ossia la relazione tra il salvataggio e l'esigenza di assicurare, assieme allo stesso, l'esercizio del diritto d'asilo costituzionalmente riconosciuto: «Siamo dunque dentro una gabbia di tutele costituzionali che nessuna legge, regolamento, circolare o *tweet* ministeriale può derogare»⁵³.

Strettamente connesso al problema della fonte giuridica richiamata è quello del confinamento sulla nave quarantena, per verificare se in essa si determini una limitazione della libertà personale (che richiederebbe le garanzie dell'art. 13 Cost.), o al contrario, della libertà di circolazione (che, come noto, può subire limitazioni per ragioni di ordine pubblico e di sanità pubblica).

A tal proposito si richiamano le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Edu, contenute rispettivamente nella sent. n. 105 del 2001 e nella pronuncia sul caso *Kblaifia e altri c. Italia*⁵⁴ del 2016⁵⁵. Da entrambe le decisioni si ricava la lezione della prevalenza del dato sostanziale su quello formale in ordine alla qualificazione giuridica

⁵³ R. BIN, *Il “caso Rackete”: una sentenza importante della Cassazione, in laCostituzione.info*, 1 marzo 2020.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kblaifia e altri c. Italia*, [GC], ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016; per un commento alla stessa cfr. *ex plurimis*: P. BONETTI, *Kblaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, 176-180; A. MUCCIONE, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Kblaifia*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017; F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, 11 Gennaio 2017; A. GILBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016; M. SAVINO, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del “due process” dei migranti: il caso Kblaifia*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fascicolo 3/2015, 50 ss.

⁵⁵ C. SICCARDI, *Migrazioni e confini: le sfide del costituzionalismo moderno*, tesi di dottorato, reperibile online al link <https://air.unimi.it/handle/2434/614456#.XyMpUCgzZPY>

degli istituti restrittivi della libertà personale, la cui individuazione non è data né dalla terminologia utilizzata dal legislatore interno, né dallo scopo dichiarato dalle autorità competenti di intervenire per la protezione del migrante o per la tutela della sua sicurezza⁵⁶: «per sapere se una persona è stata privata della libertà, occorre partire dalla sua situazione concreta», valutando elementi come l'uso della forza e dei poteri di vigilanza, la possibilità di comunicare con l'esterno o di allontanarsi.

Nell'attesa che dalla situazione *de facto* emergano elementi che illuminino la vicenda sul punto, sarà bene riallineare anche nello stato di emergenza (che avrà prevedibilmente ancora lungo corso) la sorveglianza sanitaria sulle navi quarantena alle garanzie irrinunciabili dell'art. 13 Cost. e dell'art. 5 CEDU, nel pieno rispetto del principio di legalità, del controllo giurisdizionale e della non arbitrarietà della misura, o all'opposto, ove si accertasse la limitazione della "sola" libertà di circolazione, per superare nel tempo più breve possibile «gli evidenti margini di *debolezza* (di fonte) e di *incertezza* (di contenuti)»⁵⁷.

Aleggia sulle navi quarantena lo spettro della sorte dell'*hotspot approach*, anch'esso introdotto nel solco di una crisi di ben diversa natura, ma che ancora oggi, a distanza di cinque anni dalla sua comparsa, fatica a trovare una chiara sistematizzazione giuridica⁵⁸, nono-

⁵⁶ Si veda Corte Cost., sentenza n. 105 anno 2001, punto 4 dei *Considerato in diritto*; Corte Edu (GC), *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., punto 45.

⁵⁷ G.M. LOCATI, F. FILICE, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; si vedano inoltre in questo volume S. PRISCO, *Epilogo. Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus*, 461 ss.

⁵⁸ Sulla natura ibrida degli *hotspots* la letteratura giuridica è vasta, cfr. *ex plurimis*: A. MASSIMI, F. FERRI, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 12 giugno 2019; D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. 132/2018*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019, 1 ss.; ID., *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli 2018; M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018, 1 ss.; G. SAVIO, D. BELLUCCIO, *Il trattenimento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, su ASGI, giugno 2018; S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diventa sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di F. Cortese, G. Pelacani, Napoli, 2017, 395

stante gli interventi del legislatore (rivelatisi niente affatto risolutivi) sulla oramai *vexata quaestio* riguardante la natura “chiusa” o “aperta” di questi centri. A tal proposito, come nella vicenda odierna, «rileggere il caso *Khlaifia* e seguire la sua esecuzione è un’ulteriore occasione per comprendere la portata dei valori in gioco e riflettere sulle illegittimità ancora in corso»⁵⁹.

3. *Detenzione amministrativa e best practice dalla Spagna*⁶⁰

Nel corso dell’emergenza il tema del confinamento (*nel* confinamento) dei cittadini stranieri nei centri di detenzione amministrativa, in quelli di accoglienza e negli *hotspot*, ha posto i Paesi dell’UE di fronte alla sfida di garantire il rispetto delle misure nazionali sanitarie per prevenire e contenere la diffusione della virus, applicandole in modo proporzionato e non discriminatorio anche nei luoghi di maggiore esposizione al contagio a causa della impraticabilità delle misure raccomandate dalle autorità sanitarie.

Negli stessi il livello di vulnerabilità è doppio⁶¹: *in primis* lo *standard* medio di protezione della salute è inferiore rispetto a quello di chi non è privato della propria libertà, anche se non è possibile offrire in questa sede un quadro esaustivo sul punto, ma solo indicare alcuni degli elementi più critici che occorre tenere in considerazione. Negli spazi del trattenimento le esigenze di sicurezza tendono a comprimere quelle della salute, ossia salute e sicurezza in questi luoghi sono spesso in contraddizione tra loro; maggiore è l’esposizione alla sofferenza psichica e alle malattie contagiose (non si dimentichino le condizioni ambientali spesso al limite del rispetto della dignità umana⁶²). Con

ss.; M. BORRACCETTI, *La Prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2014, 13 ss.; M. SAVINO, *Op. cit.*

⁵⁹ A. MASSIMI, F. FERRI, *Op. cit.*

⁶⁰ Una versione ridotta di questo paragrafo è stata pubblicata su *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2020.

⁶¹ L’OMS nella raccomandazione *Prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention* ha parlato di una maggiore vulnerabilità al contagio nei luoghi di privazione della libertà personale.

⁶² È d’obbligo menzionare la condanna dell’Italia per le gravi carenze sistematiche nelle carceri italiane, avvenuta per mezzo della sentenza della Corte Europea dei diritti dell’Uomo, Sez. II, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, (Ricorsi

specifico riferimento, poi, ai luoghi della detenzione amministrativa si aggiungono ulteriori criticità: situazioni ambientali ancora più difficili, compagine sociale fortemente eterogenea, barriere linguistiche e difficoltà di comunicazione, assenza di una rete familiare di supporto, differente approccio culturale ai problemi della salute e della sofferenza. Tutte queste condizioni, sommate tra loro, incidono in maniera negativa sul livello medio della salute⁶³. Il sovraffollamento delle strutture, le carenze igienico-sanitarie, gli spazi piccoli e chiusi, sono inoltre *in re ipsa* possibili detonatori virali⁶⁴.

La chiusura delle frontiere, da un lato e la coppia assiologica “diritto alla vita/dignità della persona”, dall’altro richiamano all’attenzione l’opportunità e la ragionevolezza del trattenimento amministrativo nell’odierno e mutato contesto. L’equilibrio su cui si è retta l’impalcatura della direttiva 2008/115/CE – l’efficacia, a discapito della dignità e dei diritti dei migranti – si è subitaneamente incrinato, assieme al principio di proporzionalità inteso nella sua dimensione funzionale.

In conformità all’assetto multilivello delle relazioni giuridiche, dalla lettura sistematica degli artt. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali U.E., dell’art. 15 della direttiva 2008/115/CE (cosiddetta “rimpatri”) e dell’art. 5, lett. f), della CEDU, è possibile illustrare sinteticamente i profili di legittimità della detenzione amministrativa dei cittadini stranieri⁶⁵.

nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Si vedano, *ex plurimis*, F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013; M. ALFIERI, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l’Italia chiamata all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 2013, 83 ss.; F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2017, 12-63.

⁶³ Cfr. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica nazionale, *La salute “dentro le mura”*, 27 settembre 2013; *La tutela della salute nei “luoghi di detenzione”*. *Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, a cura di A. Massaro, Roma, 2017.

⁶⁴ Sui maggiori rischi di contagio e la doppia vulnerabilità dei detenuti cfr. A. MARCHESI, *La detenzione di migranti al tempo del CoViD-19: conseguente a nulla e destinata a nulla*, in *SIDIBlog*, 5 aprile 2020.

⁶⁵ La nozione di cittadino straniero, che si userà di qui in avanti, è usata in senso ampio e per esigenze di semplificazione nel discorso. Ricomprende sia la prospettiva

La misura è legittima fintantoché la procedura di espulsione sia in corso, abbia ragionevoli probabilità di successo e sia condotta con diligenza: parametri che devono esser valutati sia *ex ante* che per l'intera durata del trattenimento. La disposizione, nata con l'obiettivo di garantire una normativa orizzontale in materia di soggiorno irregolare dei cittadini stranieri nello spazio U.E. e sull'uso della forza secondo i criteri di proporzionalità ed efficienza, ha previsto in capo agli Stati l'obbligo di un'armonizzazione minima, avendo lasciato agli stessi «la facoltà di mantenere disposizioni più favorevoli» (art. 4, par. 3 della direttiva)⁶⁶.

Se la regola generale stabilisce che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza», la sua deroga è individuata nell'esigenza dell'efficacia del rimpatrio e dunque nell'applicazione del principio di proporzionalità in chiave funzionale, come espressamente definito nell'art. 15 comma 1 della direttiva 115/2008, senza rivolgere particolari attenzioni anche alla tutela dei diritti. D'altronde, anche dall'attività ermeneutica della Corte di Giustizia si ricava l'orientamento per cui l'incompatibilità e la condanna delle normative nazionali con l'impianto della direttiva sono rilevate solo quando la normativa nazionale sia di ostacolo all'obiettivo utile della direttiva, che consiste nel garantire l'allontanamento dal territorio dello straniero «In tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero»⁶⁷. La scarsa efficacia della

costituzionale, sia internazionale e sia comunitaria, per le quali occorrerebbe rispettivamente parlare di "immigrati", "stranieri" e "cittadini di paese terzo". Cfr. B. RANDAZZO, *I diritti degli "extracomunitari" nell'ordinamento dell'UE*, in *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli, 2016, 53 ss.

⁶⁶ C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2009, 4, fa notare come la scelta di un'armonizzazione debole frustri il livello di garanzia dei diritti dei cittadini di Paesi terzi, poiché lo *standard* può legittimamente cambiare da Paese a Paese o dal livello comunitario a quello nazionale, «individuando una forbice di norme delimitata, verso il basso, dalla direttiva stessa e, verso l'alto, dalla normativa nazionale che garantisca il trattamento più favorevole».

⁶⁷ A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: direttiva "rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011, 25; D. LOPRIENO, "Trattenere e punire", cit., riscontra tale orientamento anche nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che fa da *pendant* alla direttiva in diverse pronunce, tra cui: la sentenza

direttiva in termini di rimpatri ha già da qualche tempo posto nelle sedi istituzionali la discussione intorno ad una sua modifica, come si può leggere nella Conclusione del Consiglio europeo del 28 giugno 2018⁶⁸. Il tema è da ascrivere in quello più risalente del controllo delle frontiere esterne, aperto con l'Agenda delle migrazioni del 2015 e teso a scongiurare la forte crisi migratoria degli ultimi anni, con il suo acme proprio in quell'anno. In questa direzione si sono collocate le proposte della Commissione⁶⁹ e del Consiglio⁷⁰, entrambe volte a spostare ulteriormente l'equilibrio solo su uno dei due aspetti di cui la direttiva si compone, quello dell'efficacia⁷¹.

La compressione dei diritti individuali, al netto delle ragioni che rendono difficoltosa l'effettività del rimpatrio, rischia di diventare un

28 aprile 2011 nel caso *Hassen El Dridi c. Italia* e la sentenza del 6 dicembre 2011 nel caso *Alexandre Achughbabian c. Francia*, la Corte, rispettivamente, nel primo caso condanna nel secondo caso fa salva le due differenti normative nazionali, sotto l'unico profilo meramente funzionalistico. Ciò valuta se le due normative penali interne pregiudichino non i diritti fondamentali dello straniero ma la procedura di rimpatrio. In tema, sia consentito il rinvio M. TUOZZO, *Stranieri ai diritti?*, Recensione a: Donatella Loprieno, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 e Donatella Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019.

⁶⁸ Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (28 giugno 2018) – Conclusioni*, Bruxelles 20 giugno 2018.

⁶⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 final, 12.9.2018.

⁷⁰ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach*, 9620/19, 23.5.2019.

⁷¹ Per una riflessione circoscritta al tema specifico delle due proposte si rinvia al lavoro di E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2020, 117 ss. Tra gli aspetti più critici delle proposte l'A. ne segnala due: quello di rendere automatico il ricorso alla detenzione in presenza delle circostanze in esse indicate, automatismo che «risulta però essere il frutto della naturale dinamica applicativa di norme che, in effetti, nominalmente non lo impongono. La questione è se anche un simile automatismo *de facto* possa essere considerato in contrasto con la Carta. La risposta richiede evidentemente una disamina attenta delle disposizioni che escludono l'automatismo *de jure*.» (ivi, 132) e l'introduzione di un nuovo motivo che si assume legittimante il trattenimento: che si fonda sulla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

vano sacrificio, «così, senza interventi sull'«ultimo miglio» della procedura, cioè a dire in ordine alla collaborazione con gli Stati di origine e/o transito, l'effetto della stretta sul trattenimento sarebbe solo quello di aumentare il numero dei migranti trattenuti nei centri di espulsione»⁷².

L'ostacolo principale che rende privi di efficacia i rimpatri è costituito dalla difficoltà di implementazione di accordi di riammissione con i Paesi di provenienza. A farne le spese sono tuttavia gli stessi cittadini stranieri, detenuti per ragioni il più delle volte dipendenti dall'azione della medesima pubblica amministrazione, con la conseguente aporia di una normativa che «da un lato predispose un arsenale di cautele a tutela della procedura amministrativa, dipendente, in alcuni casi da inefficienze degli organi di polizia, mentre, dall'altro, alimenta le esigenze cautelari stesse, incidenti sulla libertà personale dello straniero irregolare, di presupposti normativi dominati (e dunque determinati) in assoluto dai medesimi organi autorizzati ad irrogare la misura detentiva»⁷³.

La *ratio* della norma consentirebbe, al tempo del coronavirus, di ridiscutere il fondamento del trattenimento a causa dell'irraggiungibilità dell'effetto utile, considerata la sospensione temporanea della mobilità internazionale.

Così, alcuni Paesi (tra cui la Spagna, il Regno Unito, il Belgio) hanno sperimentato l'applicazione di misure alternative e meno afflittive della detenzione, aprendo la strada all'*inedita* applicazione della normativa vigente.

Le autorità garanti dei diritti e delle libertà nazionali e regionali per prime, con richiami e osservazioni sul confinamento oltremodo afflittivo nei Centri di internamento, hanno evidenziato la necessità di un loro progressivo svuotamento.

Come ha osservato il Garante nazionale italiano dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il periodo trascorso dai migranti in detenzione amministrativa «rischia di essere una sottrazione di tempo e libertà, oltre che una esposizione accentuata al pericolo di

⁷² *Ivi*, 136.

⁷³ P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione"*, cit., a cura di A. Massaro, 392.

contagio, conseguente a nulla e destinato a nulla» (GNPL, Bollettino 10, 24 marzo 2020); il *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* ha a sua volta raccomandato l'immediata chiusura temporanea dei centri nei quali lo Stato non può in questa fase adempiere all'obbligo di proteggere né i suoi agenti né le persone che ha affidato alle sue cure; la stessa raccomandazione è stata rivolta alle autorità spagnole dal *Defensor del Pueblo* e dalle organizzazioni internazionali quali il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, il Sottocomitato delle Nazioni Unite agli Stati aderenti⁷⁴.

La vicenda spagnola appare tra le più istruttive, poiché la interazione tra attori istituzionali e non istituzionali coinvolti nel processo che ha portato allo svuotamento temporaneo dei *Centros de internamiento de extranjeros* (d'ora in avanti *CIEs*), ha avuto riguardo non solo all'impossibilità di raggiungere l'obiettivo della direttiva, ma anche alla tutela dei diritti fondamentali *in primis* quello alla salute dei migranti trattenuti. Il risultato ottenuto offre un'apertura verso una differente ponderazione tra libertà e sicurezza, con un bilanciamento teso alla tutela del diritto alla salute e della dignità degli stranieri, tanto da poter assumere il ruolo di *best practice* nel cambiamento che da tempo ci si attende intorno al tema del trattenimento amministrativo degli stranieri in attesa di espulsione⁷⁵.

⁷⁴ Per l'Italia, si veda GNPL, Bollettino 10, 24 marzo 2020, al link http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CN-G7852&modelId=10017; per la Francia CGLPL del 17 marzo 2020, al link <https://www.cgpl.fr/2020/situation-sanitaire-des-prisons-et-centres-de-retention-administrative-le-cgpl-demande-la-prise-de-mesures-pour-la-protection-des-personnes-privées-de-liberte>; per la Spagna si veda *Defensor del Pueblo* documento del 19 marzo 2020, al link https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/03/200319_AlertaSanitaria.pdf; per la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, *statement* del 26 marzo 2020, al link <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-for-release-of-immigration-detainees-while-covid-19-crisis-continues>; per il Sottocomitato delle Nazioni Unite, *public advice* del 30 marzo 2020, al link <https://www.obch.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>.

⁷⁵ L'ordine di espulsione, a cui può seguire quella di internamento in un CIE, è da intendersi in senso lato e ricomprende diverse ipotesi: quella della presenza irregolare sul territorio (ricomprensivo il respingimento alla frontiera) a cui si affiancano le espulsioni non sono necessariamente collegate alla posizione amministrativa sul territorio, come: l'espulsione misura alternativa della pena ai sensi dell'art. 89 c.p.; l'espul-

Preliminarmente è utile una breve ricognizione⁷⁶ sull'accesso al diritto sociale alla salute degli stranieri irregolari nell'ordinamento spagnolo.

La Spagna, come l'Italia e la Grecia, è tra i Paesi che figurano tra le porte d'Europa e che negli ultimi anni registra una presenza massiva di stranieri. Il diritto alla salute, in aderenza al tipo di Stato fortemente decentrato, è ripartito tra le competenze dello Stato centrale e delle Comunità Autonome⁷⁷.

Dalla Costituzione si ricava la costruzione di un diritto a portata universale⁷⁸, a cui si affianca un'altra importante peculiarità: la tendenziale gratuità delle prestazioni. Con la *Ley Organica de Extranjería* n. 4/2000 sui diritti e Libertà di stranieri in Spagna, nota come Legge sull'immigrazione (*LOEx*) e la successiva modifica con LO n. 8/2000 per la prima volta viene sancito l'accesso paritario alle prestazioni sanitarie tra stranieri regolarmente e irregolarmente presenti sul territorio, purché iscritti (*empadronamiento*) presso il registro del comune (*padrón del municipio*) della residenza abituale. La vera portata innovativa della norma era costituita dal fatto che la residenza di cui si faceva menzione non coincideva con la residenza giuridico-formale,

sione prevista dall'art. 57 c. 2 LEOx che può essere applicata a causa dei precedenti penali del cittadino straniero; l'espulsione prevista dall'art. 53 c. 1 LEOx per aver compiuto infrazioni gravi di natura amministrativa.

⁷⁶ Si rinvia a A. DE PETRIS, *Op. cit.*; L. MELICA, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.; F. E. GRISOSTOLO, *Immigrazione e decentramento territoriale nell'esperienza spagnola*, in *DPCE Online*, vol. 32, n. 1/2020, 87 ss.

⁷⁷ F.E. GRISOSTOLO, *Op. cit.*, descrive il processo graduale che ha condotto al trasferimento di alcune competenze, in forma concorrente, della materia alle CCAA, a partire dalla LO 4/2000 e il successivo ampliamento con la LO 2/2009 è stato riconosciuto un reale pluralismo politico-territoriale nella gestione dell'immigrazione, con ulteriori competenze, oltre quelle già adoperate dal basso dalle autonomie. In particolare, la competenza riguardante l'integrazione dello straniero sul territorio, è stata declinata sia nell'esercizio delle erogazioni dei servizi afferenti alla sfera dei diritti sociali sia nell'esercizio "di fatto" di competenze non espressamente concesse, come il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro in Catalogna, introdotto in seno alla competenza amministrativa in ambito lavoristico.

⁷⁸ L'art. 43 della Costituzione spagnola recita: «*se reconoce el derecho a la protección de la salud*», dunque il Costituente non intese porre distinzioni sul godimento del diritto a partire dallo *status civitatis* dell'individuo.

bensi con la situazione di fatto della dimora abituale. Il registro aveva dunque sia la funzione di fotografare la popolazione insistente sul territorio, prescindendo dalle classiche categorie amministrative nelle quali spesso i diritti fondamentali degli stranieri si impantanano, che di fungere da legame con lo stesso territorio abitato e punto di partenza per l'integrazione nel tessuto urbano. Mentre la successiva modifica con LO 14/2003 ha parzialmente inciso sul regime di tutela degli immigrati, prevedendo in capo a questi ultimi maggiori adempimenti burocratici per la registrazione, il vero punto di involuzione della normativa si è registrato con il Real Decreto n. 16/2012 («Misure urgenti per garantire la sostenibilità del sistema sanitario nazionale e migliorare la qualità e la sicurezza delle sue prestazioni»), dichiaratamente ispirato alle misure di *austerità*, approvate dal Governo durante la crisi economica per ridurre il disavanzo pubblico a cui si sono susseguite importanti modifiche riguardanti la spesa per la sanità pubblica.

Mentre la previgente formulazione dell'art. 12 della *Ley Extranjería* stabiliva che «gli stranieri che si trovano in Spagna, iscritti nel registro del comune in cui abitano, hanno il diritto all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni degli spagnoli», nella nuova formulazione della norma la semplice iscrizione al registro del Comune non è più sufficiente ad accedere alle cure sanitarie, perché è necessario anche il requisito dell'autorizzazione legale sulla presenza nel territorio spagnolo. In particolare, nell'art. 3 del Real Decreto n. 16 viene subordinato l'accesso al servizio sanitario nazionale agli «assicurati» o ai «beneficiari» di prestazioni sociali, nei quali rientrano unicamente gli stranieri regolarmente soggiornanti⁷⁹. Agli stranieri irregolari potranno essere riconosciute solamente le cure urgenti nei casi di malattia grave, nei

⁷⁹ Sul declino dell'universalizzazione del diritto alla salute, realizzato con il decreto-regio 16/2012, poi modificato dal decreto-regio 1192/2016 è intervenuta la sentenza n. 139/2016 del *Tribunal Constitucional* che ha fatto salve le misure introdotte per razionalizzare la spesa pubblica, dal momento che «il Costituente spagnolo, nel tutelare la salute attraverso l'art. 43 Cost., non si è spinto sino a determinare un contenuto minimo ed essenziale del diritto, ma ha concesso ampia libertà al legislatore, sia nella definizione dei diritti e degli obblighi dei fruitori degli interventi sanitari, sia nelle modalità di organizzazione dei servizi di erogazione delle prestazioni. Dunque, il legislatore, non è vincolato, né in relazione all'ampiezza della tutela, né riguardo alle modalità di erogazione dell'offerta sanitaria» L. MELICA, *Op. cit.*, 15.

limiti in cui la malattia possa incidere sulla salute pubblica spagnola e comunque fino a guarigione (art. 3 ter RD *Ley* 16/2012). Si segnala infine l'ultima modifica della disciplina della materia, con il Regio decreto legge 27 luglio 2018, sull'accesso universale al sistema sanitario nazionale, teso a ristabilire maggiore equità e cure anche agli stranieri irregolari, riconoscendo nuovamente in capo agli stessi il diritto ad accedere alle cure sanitarie.

All'indomani dell'adozione delle prime misure di confinamento da parte delle Comunità Autonome della Catalogna, di Murcia e dei Paesi Baschi del 13 marzo, della dichiarazione dell'*estado de alarma* con il Real Decreto n. 463 del 14 marzo e dell'Ordine del Ministero dell'Interno 227 del 15 marzo⁸⁰, sono iniziate le prime proteste nei *CIEs*. Contestualmente veniva avviato un dialogo inter-istituzionale guidato dal *Defensor del Pueblo* e dalla *Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos* presso la Direzione generale dell'immigrazione e delle frontiere della polizia nazionale e il Segretariato di Stato per l'immigrazione, evidenziando da un lato il pericolo dell'implosione nei centri dell'epidemia e dall'altro lato l'impossibilità di dare esecuzione alle misure di rimpatrio, il che ha reso ancor più manifesto il vuoto dei fini della misura restrittiva.

È interessante notare che lo svuotamento dei *CIEs* è il risultato dell'interlocuzione tra i due poteri statali (esecutivo e magistratura) e la società civile⁸¹. Mentre il *Defensor* ha ammonito sulla necessità di garantire quelle norme di salute e sicurezza decretate nello stato di allarme anche ai cittadini stranieri internati e al personale che lavora nei *CIEs*, nei Centri continuavano le proteste, fino alla decisione del 19 marzo comunicata in conferenza stampa dal Commissario e Capo

⁸⁰ *En relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, con cui sono state stabilite pesanti misure per il contenimento del virus che hanno inasprito la già dura condizione carceraria.

⁸¹ Un dialogo su una maggiore apertura verso la tutela dei diritti umani nei luoghi di internamento amministrativo per la verità era già stato avviato dal Ministro dell'Interno spagnolo Fernando Grande Marlaska, come si legge da <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-marlaska-reformara-cie-hacerlos-compatibles-derechos-humanos-20200226113430.html>.

della Polizia Nazionale e confermata dal Ministero dell'Interno⁸², di procedere allo svuotamento dei centri, valutando caso per caso quali rimpatri potessero essere effettivamente eseguiti nel rispetto del limite massimo del periodo di detenzione, quali migranti in attesa di espulsione avessero già un domicilio per consentire l'applicazione della misura dell'obbligo di dimora e per quali altri fosse necessario assicurare un domicilio temporaneo presso strutture pubbliche o private convenzionate⁸³.

L'altra importante voce è stata quella delle autorità giudiziarie (*Juezes de Instrucción*)⁸⁴, che con una presa di posizione netta hanno disposto lo

⁸² Con le dichiarazioni sul *Público*, consultabili online al link <https://www.pUBLICO.es/sociedad/cierre-cie-coronavirus-espejismo-cie-vacios-reabriran-pueda-expulsar-extranjeros.html>.

⁸³ Per la ricostruzione della vicenda si leggano l'articolo *Liberadas del CIE de Aluche las primeras personas inexpulsables*, pubblicato su *El Salto* e reperibile online al link <https://www.elsaltodiario.com/coronavirus/interior-liberara-de-los-cie-a-las-personas-inexpulsables>; D. MORENO, S. ORTEGA, *El Gobierno prevé liberar a todos los internos de los CIEs antes del lunes*, pubblicato su *El Público*, 2 aprile 2020; nonché il Bollettino n. 22 del 9 aprile 2020 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, reperibile al link, <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/5a883bb3a7e4c93c4ff07155f91b4532.pdf>.

⁸⁴ Con la nota sentenza 115/1987, pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal *Difensor del Pueblo* sulla violazione dell'art. 25, c. 3 della Costituzione che vieta l'applicazione di misure restrittive della libertà personale da parte della pubblica amministrazione, il *Tribunal Constitucional* ha chiarito che l'internamento non ha natura amministrativa ma giudiziaria, poiché solamente l'espulsione ha natura amministrativa mentre la decisione sull'internamento compete al successivo intervento dell'autorità giudiziaria. Il controllo giudiziario, continua il Tribunale, non è un'attività di mera ratifica dell'operato della p.a., ma giudizio sulla necessità della misura dell'internamento alla luce del carattere di eccezionalità e indicando altresì di privilegiare il criterio ermeneutico del *favor libertatis*. L'autorità giudiziaria è altresì preposta a garantire che lo straniero possa effettivamente esercitare il suo diritto di difesa. È solo attraverso la garanzia di un processo e del diritto di difesa che può esser assicurata la non arbitrarietà della misura, da rilevare che nel procedimento è previsto l'intervento obbligatorio anche del *Ministerio Fiscal*. Accanto alla decisione sull'internamento al *Juez de Instrucción* sono affidate ulteriori competenze, riguardanti la tutela dei diritti fondamentali all'interno del Centro, competenze introdotte con la LO 2/2009 e ricomprese nell'art. 62, c. 6 LEOx, «*Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente*». È importante notare che tali competenze non

svuotamento e la chiusura temporanea dei centri, con pronunce ispirate alla saldatura tra tutela del diritto alla salute e interesse nazionale. In particolare, con la decisione del 31 marzo è stata disposta la chiusura temporanea del CIE di Las Palmas, in seguito al giudizio promosso dal Capo della sezione Epidemiologia e Prevenzione della direzione generale della Salute, Servizio di sanità pubblica delle Canarie, su richiesta delle persone confinate nel CIE di Barranco Seco. Il Giudice ha tenuto conto dell'interpretazione sistematica del diritto alla salute, nella dimensione universale riconosciuta dall'art. 43 della Costituzione spagnola del 1978, della Legge Organica 4/2000 e delle sue successive riforme introdotte con le LL.OO. 8/2000, 11/2003 e 2/2009, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, della Convenzione di Roma del 1950, del Patto internazionale dei Diritti civili del 19 dicembre 1966. Ha inoltre preso in considerazione gli orientamenti del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo*, che per ragioni cautelari ammettono la limitazione della sola libertà personale dello straniero, ma non anche degli altri diritti e delle libertà costituzionali riconosciute a tutte le persone che si trovano sul suolo spagnolo. Il regime di confinamento determinato dallo stato di allarme, nota il giudice, è comprensivo della sola limitazione alla circolazione delle persone e non anche del loro diritto alla salute, che invece è oggetto di un'attenzione prioritaria rispetto a tutti gli altri diritti, senza che se ne possa prevedere nessuna discriminazione o differenziazione in ragione dello *status civitatis* o della posizione amministrativa regolare o irregolare sul territorio. Un altro profilo che ha sicuramente influenzato la decisione dei giudici è la considerazione del periodo massimo di durata (sessanta giorni) del trattenimento amministrativo ai sensi dell'art. 21, co. 2 del Real Decreto n. 162/2014, termine entro il quale nessuno straniero avrebbe potuto essere ragionevolmente rimpatriato in seguito alla chiusura delle frontiere e alla sospensione del traffico aereo internazionale.

Un contributo fondamentale l'ha infine giocato la rete di assistenza sociale e umanitaria che ha visto il coinvolgimento della società civile

spettano alla stessa autorità giudiziaria che ha disposto l'internamento dello straniero, ma a quella del circondario giudiziario in cui è collocato il CIE, per evitare che la distanza geografica non consenta un controllo effettivo sulle condizioni materiali del centro e la tutela della dignità al suo interno. Per un approfondimento sul ruolo del *Juez de Instrucción* si rinvia a M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid, 2015.

organizzata, delle organizzazioni non governative e dei servizi pubblici del territorio, che si sono adoperati per trovare una soluzione abitativa temporanea alle persone straniere che non avessero un domicilio in cui trascorrere la quarantena in condizioni di sicurezza per la salute e dove poter essere reperibili.

La vicenda dei *CIEs* evidenzia che a partire dall'applicazione delle norme già esistenti è possibile recuperare quei caratteri di eccezionalità e proporzionalità che la normativa vigente in materia di trattenimento amministrativo già reca con sé: è infatti nel potere del *juez de instrucción* di applicare diverse *medidas cautelares*, ai sensi dell'art. 61 LEOx, che egli "estime conveniente". Tali criteri sono richiamati anche in apertura dell'art. 15 della direttiva 115/2008, ma nelle prassi amministrative e giudiziarie trovano scarso riconoscimento. Da lungo tempo si è invero fatta sentire una voce critica sul ricorso prioritario e automatico ad una misura che invece dovrebbe costituire l'eccezione alla regola, esplorando all'opposto in via preliminare la possibile individuazione di misure alternative la cui intensità sia retta dai tre principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità⁸⁵.

L'approccio *community based*⁸⁶ sperimentato potrebbe rientrare nel novero delle misure alternative al trattenimento amministrativo e

⁸⁵ A. SOLANES CORELLA, *Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas*, in *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, n. 19 (2016), 37-76, l'A. si sofferma sulle proposte di misure alternative e su un loro utilizzo per superare il modello detentivo. L'A. in particolar modo auspica che l'internamento non sia più usato come strumento di "controllo dell'immigrazione" ma come misura di *extrema ratio* cui ricorrere solo dopo aver praticato le misure alternative, *in primis* quella del rimpatrio volontario, e quando queste si siano rivelate effettivamente fallimentari.

⁸⁶ E. ROMAN, *Pandemia e rimpatri: ripensare la detenzione amministrativa dei migranti durante e dopo il COVID-19*, in *Fieri*, 26 aprile 2019, l'A. si riferisce a quell'approccio che coinvolge attivamente la comunità locale e che è facilmente replicabile anche in altri contesti come quello italiano. In particolar modo questo tipo di approccio rientra anche tra le raccomandazioni presentate nella risoluzione sul *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* delle Nazioni Unite nel gennaio 2019, al punto 15 lett. j, ove si invita gli Stati ad adottare il *whole-of-society approach* intendendo per esso il coinvolgimento degli attori non istituzionali (comunità locali, scuole, università, *stakeholder* pubblici e privati che partecipano alla *governance* della migrazione) come condizione di efficacia e di sostenibilità delle future politiche delle migrazioni.

riuscirebbe a garantire sia le esigenze statali di controllo e sicurezza del territorio, sia misure meno afflittive⁸⁷ per i non cittadini.

Siffatto approccio consentirebbe altresì il protagonismo dei territori e il coinvolgimento dei livelli di governo più prossimi ai cittadini nella gestione delle migrazioni⁸⁸, più attenti ad intercettarne le problematiche connesse e le relative soluzioni più aderenti al tessuto socio-economico, non solo nella primissima fase dell'accoglienza, ma anche in quella che rappresenta, idealmente, la fine del percorso migratorio.

Si fa infine notare che la misura del trattenimento amministrativo non riguarda solo gli stranieri "in uscita", ma anche quelli "in entrata", pertanto il risultato raggiunto nei CIEs è ancora parziale. Esso (oltre ad essere temporaneo), trascura gli altri centri per l'immigrazione spagnoli, i CETI (*Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes*) per i richiedenti protezione internazionale in attesa della decisione e i CAR (*Centros de Acogida de Refugiados*) per i rifugiati sprovvisti di risorse sufficienti per il sostentamento⁸⁹.

⁸⁷ Accanto alla limitazione della libertà personale, nei CIE la prassi interna mostra la mortificazione anche di altri diritti delle persone ivi trattenute, come la libertà di comunicazione, il diritto di difesa, il diritto alla salute (fisica e mentale), il diritto di essere informati sull'evoluzione della pratica di rimpatrio, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto di visita. Per avere un'idea delle reali condizioni all'interno dei centri basta dare uno sguardo alle Raccomandazioni che periodicamente il *Difensor del Pueblo* rivolge alla *Dirección General de la Policía*, consultabili in *Estudio sobre Los partes de lesiones de las personas privadas de libertad*, maggio 2014, al link <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobre-los-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf>.

⁸⁸ F.E. GRISOSTOLO, *Op. cit.*, immagina il coinvolgimento delle Regioni anche sulla competenza statale del controllo degli ingressi e condizioni amministrativa dello straniero sul territorio, poiché nell'ottica di una gestione strutturale del fenomeno le esigenze territoriali sono molto diverse tra centro e periferia in relazioni alle variabili economico-lavorative e demografiche. L'A. richiama il caso scozzese che ha richiesto la devoluzione del potere regolatore in materia di immigrazione, preoccupato del crollo dell'immigrazione in seguito alla *Brexit*. Siffatto modello decentrato è già presente in Canada dove i differenti Governi provinciali hanno la possibilità di esprimere le proprie esigenze in materia di immigrazione.

⁸⁹ L. GABRIELLI, *Migrazioni sottosopra. L'impatto del CoViD-19 sui movimenti di persone alle frontiere tra Spagna e Marocco*, in *Fieri*, 4 giugno 2020, particolarmente critiche sono le difficili condizioni all'interno delle enclave spagnoli in terra africana di Ceuta e Melilla, tristemente note per insalubrità e sovrappopolazione. Oltre al paradosso della chiusura dei CIEs ma non dei CETI, la situazione è resa ancor più

Al netto dei risultati raggiunti e di quelli mancati, l'applicazione in forma sinora inedita della direttiva rimpatri rientra tra gli effetti stavolta benefici indotti dal virus e della quale è auspicabile una stabilizzazione che ispiri, oltre la pandemia, altre esperienze nazionali.

Mentre in Italia il Consiglio dei Ministri ha diramato il Comunicato⁹⁰ sulla proroga dello stato di emergenza fino al 15 ottobre, dal 21 giugno 2020 in Spagna non vige più l'*estado d'alarma* e sarà dunque interessante osservare gli sviluppi della pratica dialogica sperimentata, per capire se nella *nueva normalidad*, con la riapertura delle frontiere interne ed esterne, lo svuotamento dei CIEs sia stato un obiettivo estemporaneo, o il seme di una gestione delle frontiere più rispettosa della libertà personale e della dignità dei non-cittadini.

4. *Riflessioni conclusive*

A proposito di pandemia come motivo ispiratore di interventi legislativi, nuove prassi amministrative e pronunce giudiziarie indirizzate ai non-cittadini, è possibile sinteticamente, in chiusura del lavoro, ripercorrere i tre grandi nodi problematici affiorati nel corso dell'emergenza:

a) primo è quello che riguarda i flussi internazionali come potenziale minaccia alla salute della popolazione autoctona, situazione che già ai tempi dell'Ebola e della Sars, ha condotto all'adozione di restrizioni ulteriori per l'ingresso in Europa. Proprio in riferimento alle epidemie passate più recenti la letteratura scientifica aveva giudicato infondata la correlazione tra l'ingresso dei migranti in condizioni irregolari e la diffusione delle malattie infettive, mettendo in evidenza che in realtà le patologie di cui i migranti sono portatori, presso i porti di sbarco, sono solitamente infezioni minori e facilmente controllabili. Per le epidemie più gravi «L'esperienza mostra che, quando l'importazione avviene, coinvolge solitamente viaggiatori, turisti o professionisti sanitari piuttosto che migranti e rifugiati»⁹¹.

incandescente a causa della chiusura della frontiera marocchina che rende impossibile percorrere la rotta delle "migrazioni forzate di ritorno".

⁹⁰ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 59, 30 Luglio 2020.

⁹¹ OMS, *Migrations and health: key issues*, consultabile al link http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-.pdf?ua=1; per un maggiore approfondimento del tema si rinvia a C. BOTRUGNO, *Diritto alla salute*

Non si può tuttavia trascurare la diversa esperienza della pandemia da Covid-19, a partire dalla quale il tema della riapertura graduale delle frontiere e di nuovi canali di ingresso del virus si presenta più terrificante. Si inseriscono in questa cornice le recenti proteste⁹² degli abitanti del comune calabrese di Amantea (CS), in seguito al trasferimento nella cittadina di un gruppo di persone di nazionalità straniera risultate positive al virus, o ancora gli scontri nel comune casertano di Mondragone, con violenti attacchi alla comunità bulgara, “rea” di aver violato la zona rossa dichiarata il 22 giugno⁹³, che circoscrive le palazzine da loro prevalentemente abitate. Si tratta di episodi di violenza che non si lasciano ridurre alla sola causa del razzismo⁹⁴, bensì evidenziano un sentimento più generalizzato di intolleranza e di sfiducia verso un segmento di corpo sociale molto esposto e non ancora (o molto poco) protetto rispetto agli effetti della pandemia, precario e sfruttato sul lavoro e per tutti questi motivi più sensibile al timore di subire la paura di un nuovo confinamento.

b) Il secondo coinvolge gli stranieri già presenti sul territorio privi di permesso di soggiorno, particolarmente vulnerabili in pandemia perché privi di tutela, per le condizioni abitative spesso in insediamenti informali rurali, perché vittime di caporalato costretti quindi a lavorare in condizioni insalubri e privi allo stesso tempo dell’assistenza sanitaria, per l’inaccessibilità alle misure governative (es. indennità

e migrazioni internazionali. Per una “bioetica in azione”, in *Jura Jentium*, XVI, 2019, 2, 102-126.

⁹² Per un commento sulla vicenda si rinvia a L. MANCONI, *Il sospetto oscuro sui migranti. Il razzismo della paura*, su *la Repubblica*, 14 luglio 2020, che da un lato mette in guardia sul pericolo che la coppia migrante-pandemia, al netto di un antico pregiudizio xenofobo, possa diventare il nuovo *leitmotiv* di allarme sociale, dall’altro lato evidenzia come un valido rimedio possa ritrovarsi in un’attenta vigilanza sanitaria, nonché in una serie di misure di prevenzione, provvedimenti che ritiene razionali ed intelligenti. Sulla cronaca della vicenda si veda, sempre sullo stesso quotidiano, l’articolo di A. CANDITO, *Amantea, l’esercito controllerà gli immigrati positivi*, del 13 luglio 2020.

⁹³ Il riferimento è all’Ordinanza n. 57 del 22 giugno 2020 del Presidente della Giunta della Regione Campania, le cui misure sono state prorogate con Ordinanza n. 58 del 30 giugno 2020.

⁹⁴ In tal senso C. DIONESALVI, S. MESSINETTI, *Ad Amantea è tregua, ma arriva l’esercito*, ne *Il Manifesto*, 14 luglio 2020.

covid-19)⁹⁵. Provvedimenti di regolarizzazione dei cittadini stranieri sono stati adottati in Portogallo⁹⁶ e in Italia. Nel primo Paese la misura è stata annunciata dal Ministro dell'*Administração Interna*, Eduardo Cabrita, dichiarando che nello stato di emergenza la priorità della difesa della salute e della sicurezza collettiva coinvolge in prima battuta i diritti dei più deboli, i migranti «Assicurare l'accesso dei migranti alla salute, alla previdenza sociale e alla stabilità nel lavoro e dell'abitazione è un dovere di una società solidale in tempi di crisi»⁹⁷. La regolarizzazione in Italia ha seguito un iter molto diverso⁹⁸, intervenuta solamente

⁹⁵ M. D'ONGHIA, *Gli immigrati resi ancora più in visibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, aprile 2020.

⁹⁶ Il decreto interministeriale (*despacho*) n. 3863-B/2020, del 27 marzo ha regolarizzato la posizione amministrativa di quanti avevano domande pendenti per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno presso il Servizio degli stranieri e delle frontiere (SEF) fino al 30 giugno. Per consultare i dettagli del decreto si rinvia a C. GUERRERO PICÓ, *La regolarizzazione temporanea degli stranieri che avevano richiesto un permesso di soggiorno o la protezione internazionale*, in *Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Corte Costituzionale*, 30 marzo 2020. Sullo stesso decreto si legga la nota critica di P. BONETTI, *Op. cit.*, il quale evidenzia che le misure adottate in Portogallo sono in realtà già in larga parte in vigore in Italia, dove nelle more delle procedure di regolarizzazione è già riconosciuto ai richiedenti l'accesso ai servizi pubblici nazionali, come il SSN, anche ai richiedenti asilo.

⁹⁷ *Governo regulariza todos os imigrantes que tenham pedidos pendentes no SEF*, in *Público*, del 28/03/2020, <https://www.publico.pt/2020/03/28/sociedade/noticia/governo-regulariza-imigrantes-pedidos-pendentes-sef-1909791>.

⁹⁸ Per avere un'idea del dibattito che ha accompagnato la novella normativa sulla regolarizzazione si rinvia a A. DE PETRIS, *COVID-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, aprile 2020; ASGI, *La Proposta*, 30.04.2020, consultabile sull'omonimo sito web; interessante è l'indicazione formulata da T. BOERI, S. BRIGUGLIO, E. DI PORTO, *Chi e come regolarizzare nell'emergenza coronavirus*, 24 aprile 2020, consultabile online al link <https://www.lavoce.info/archives/65966/chi-e-come-regolarizzare-nellemergenza-coronavirus/>. Critico verso le misure del c.d. "d.- I. Rilancio" è F.V. VIRZÌ, *L'emergenza sanitaria attraverso il prisma delle politiche migratorie*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, giugno 2020, il quale, al netto della perfettibilità del decreto, evidenzia come la regolarizzazione dei migranti e il ritorno all'accoglienza diffusa nei SIPROIMI, siano misure allo stato insufficienti, poiché né si pongono nella prospettiva di riforme strutturali del sistema di accoglienza, né sono state seguite dall'adozione di un nuovo capitolato d'appalto più riguardoso delle strutture che garantirebbero un'accoglienza diffusa sul territorio e non concentrata (o meglio dire, ammassata), nei CAS. Ancora sul tema, G. PERIN, G. SAVIO, *Editoriale n.*

il 19 maggio, a distanza quindi di più di due mesi dal *lockdown*, ispirata più a salvaguardare le esigenze del mercato del lavoro che la tutela della salute dei migranti⁹⁹.

c) In ultimo, sul tema dei rimpatri, oltre alle problematiche *supra* evidenziate, è utile sottolineare la Comunicazione della Commissione¹⁰⁰ che ha invitato gli Stati a disporre del loro potere discrezionale di rilascio del permesso di soggiorno o di altra autorizzazione, così da riconoscere ai migranti irregolari il diritto di soggiornare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, a norma dell'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2008/115/CE.

La conclusione del presente scritto ci è ispirata da un lavoro i cui Autori hanno passato in rassegna molta parte di quegli aspetti problematici sommersi che la pandemia ha contribuito "solamente" a portare a galla:

Il coronavirus rappresenta il vaso di Pandora: sarà, infatti, il pretesto per radicalizzare gli aspetti peggiori della contemporaneità, [...], oppure [...]l'occasione per un cambiamento e per una correzione delle sempre più evidenti distorsioni della nostra società¹⁰¹.

Il tema dell'immigrazione si conferma cioè e suo malgrado la cartina di tornasole di una società che da lungo tempo attende importanti riforme per risolvere problemi vecchi e nuovi, ma non riesce a darsene di davvero incisive.

2/2020, in *Dir., Imm. e Citt.*, che descrivono l'irragionevolezza della regolarizzazione, che così disciplinata, «manifesta la miopia del legislatore, trattandosi di una normativa evidentemente frutto di una mediazione (al ribasso)».

⁹⁹ L'art. 103 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 ha dichiaratamente una duplice finalità: garantire livelli adeguati di tutela della salute e favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari. L'impianto è tuttavia tradito dalla prevalenza di misure adeguate maggiormente a realizzare le esigenze lavorative. A tal proposito, P. BONETTI, *Op. cit.*, fa notare come alla domanda di emersione non sia connessa l'iscrizione immediata obbligatoria al SSN, mentre all'opposto è automaticamente garantita, nelle more della definizione della procedura, la possibilità di svolgere l'attività lavorativa.

¹⁰⁰ *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*, (2020/C 126/02).

¹⁰¹ F. ABBONDANTE in S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 20.

EDDA NAPOLITANO

La dignità del sofferente:
etica della cura e principi di razionamento.
Diritto alla salute ed emergenza pandemica,
dall'abrogazione del *Patient protection and Affordable Care Act*
al documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia,
Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI)

SOMMARIO: 1. Il complesso bilanciamento tra morbilità del virus *Sars Cov 2* e accesso alla cura: una premessa. – 2. Diritto alla cura e dignità: il dato valoriale tra soggettività e socialità, in alcuni riferimenti della giurisprudenza costituzionale. – 3. Il documento della *Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva*: le raccomandazioni tra *triage* pandemico e allocazione. – 4. Solidarietà e utilitarismo: una conciliazione impossibile?

1. *Il complesso bilanciamento tra morbilità del virus Sars Cov 2 e accesso alla cura: una premessa.*

La diffusione del Covid-19 e la morbilità elevatissima dello stesso hanno generato una situazione emergenziale rivelatrice della fragilità del sistema sanitario nazionale, oltre a richiedere una nuova riflessione in ordine al complesso bilanciamento tra i principi e i diritti fondamentali della Costituzione coinvolti dalla situazione (principio di uguaglianza, diritto alla tutela della salute dovere di solidarietà) in un contesto di risorse sanitarie limitate.

In realtà, il legame ormai scontato (ma che oggi riaffiora prepotentemente) tra bioetica e medicina come tecnica clinica è stato particolarmente sottolineato dalle considerazioni di J. Bernard¹. Secondo

¹ J. BERNARD, *La bioéthique*, Paris, 1994. Il noto ematologo francese, ha ricostruito la storia delle scoperte nel campo della biomedicina a decorrere dal 1930, suddividendole in due grandi rivoluzioni: rivoluzione terapeutica e rivoluzione biologica (per approfondimenti Id., *De la biologie à l'éthique*, Paris, 1990). La prima rivoluzione si è avuta con la scoperta di penicillina e sulfamidici, e la conseguenziale capacità di debellare malattie per lungo tempo mortali, quali la tubercolosi. La seconda, ben più

lo studioso francese, occorre riferirsi all'espressione "rivoluzione terapeutica" al fine di identificare le modifiche significative, nel corso tempo, della disciplina scientifica e della pratica medica, incidenti sulla vita dell'uomo in termini eticamente problematici².

Pur tralasciando la deriva estrema dell'*human enhancement*, la pratica medica, nella declinazione dell'antico *codicillus* latino del *pactum fiduciae*, è stata per secoli accompagnata da una visione paternalistica: al medico e solo a lui competono tutte le scelte circa gli interventi da porre in essere sul paziente³, giacché egli opera assiomaticamente seguendo il bene; è l'unico in grado di assumere decisioni volte a tutelare il *best interest* del malato, sicché ne consegue che le decisioni terapeutiche derivanti da tali premesse siano rigorosamente legate al prolungamento della sopravvivenza. Sono questi gli assunti tipici dell'etica medica tradizionale, sintetizzabili nella necessità di intendere la medicina come sollievo della sofferenza⁴. Una tradizione radicata nel corso dei secoli, memore della concezione dell'uomo di Cafarnao e arricchita dalla visione cristiana circa l'inviolabilità e indisponibilità del corpo umano (se non, appunto, a fini di cure terapeutiche orientate alla sopravvivenza), che responsabilizza ulteriormente il medico in siffatta ricerca della sopravvivenza fisica ad ogni costo.

recente, è riassumibile nella nascita della "medicina genomica". Trattasi di scoperte di notevole rilevanza, abili sì al potenziamento della medicina, ma parimenti all'apertura di complesse questioni etiche e deontologiche.

² P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2008, 111. In realtà, una prima rivoluzione in campo scientifico (se al lemma si vuole attribuire il senso corrente di stravolgimento e rottura con il passato) si ebbe molti secoli addietro, grazie alle intuizioni di Bacone, Cartesio e Galilei che, indagando i fenomeni naturali con metodo scientifico, superando la teologia e i dogmi, ordinarono i fatti e le leggi che li regolano. La via metodologica tracciata dai tre studiosi, troverà suo compimento nell'opera di Claude Bernard (1813-1878), fisiologo francese, ideatore del concetto di omeostasi e interprete della medicina come scienza sperimentale. Per approfondimenti sul concetto di determinismo assoluto nella fisiologia, si rinvia a C. BERNARD, *L'introduction a l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, *Introduzione allo studio della medicina sperimentale*, Bologna, 1994.

³ *Ibidem*, 112 ss.

⁴ Imprescindibile per ricostruire le basi culturali di quest'ordine di idee M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, trad. it., Torino, 1998 e *La vita: l'esperienza e la scienza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1998.

Nella distinzione tra *loghikoi* e *alagora*, uomini razionali e animali non pensanti, si sublima quella visione dell'uomo "parente del cielo" che lo vuole autore unico delle scienze, onerato per questo motivo della responsabilità di prostrarre sempre e comunque la sua stessa esistenza, quanto più sia possibile. Lo stesso sviluppo tecnologico spinge verso questa direzione, tutto ciò possa essere utilizzato al fine di favorire la sopravvivenza diviene dovuto. Il collante della relazione tra medico e paziente è costituito in tale ottica da una visione meccanicistica del corpo, oggetto passivo che reagisce alle manipolazioni esterne. *Per un corpo inerte, una medicina attiva*⁵.

Se questa è la trama di un pensiero che accompagna lungamente la genesi e la diffusione della terapia medica, una forma di limitazione della legittimità e unilateralità dell'azione dell'operatore sanitario che sfociava spesso in quello che oggi ci sembra un abuso della volontà interventistica, si è verificata a seguito del processo di maturazione progressiva di una differente visione culturale, che ha trovato sbocco in quella comunemente oggi definita come "alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

La primazia del bene "sopravvivenza della vita fisica" sempre e comunque, che ha per decenni caratterizzato il rapporto tra paziente e scienza medica, cede cioè in tale diverso apprezzamento dinanzi al recupero dei valori fondamentali attinenti alla persona ammalata, cioè la sua dignità e l'autodeterminazione nella tutela della salute.

Nella confluenza delle due prospettive, il primo ordine di idee ha subito le modifiche introdotte dal mutato "sentire la vita" e, pur permanendo il sentimento del valore assoluto della vita umana, esso si pensa non più disgiunto dalla valutazione della qualità della stessa, nella prospettiva palesata da chi soffre.

⁵ G. CANGUILHEM, *Sulla medicina. Scritti 1955-1989*, trad. it., Torino, 2007, 50 ss. Nell'organicità e nell'assoluto rigore degli studi di medicina condotti dall'A., la novazione metodologica introdotta dall'autore è rappresentata dal riferimento all'etica e alla politica. Nella denunciata irriducibilità del fenomeno umano alla struttura binaria del normale e del patologico, l'autore investiga la malattia non solo ancorata a questioni di sociologia clinica ma anche a questioni esistenzialistiche, quali la consapevolezza e la configurazione di sé. Ne deriva l'interpretazione del corpo quale *dato, prodotto... dunque quell'esistente singolare la cui salute esprime la qualità dei poteri che lo costituiscono e gli consentono di vivere e assolvere i compiti che gli sono imposti*.

Questa nuova percezione “desacralizzante” trova la sua acme nel rifiuto dell’accesso alle cure sempre e comunque, in ogni circostanza, sintetizzato nel rifiuto dell’“accanimento terapeutico”⁶.

La dignità della persona impone una riscrittura della deontologia professionale, tesa a valorizzare il rapporto intercorrente tra prestatore e fruitore dell’attività terapeutica⁷. Tale rinnovata considerazione è stata il faro ispiratore di numerosi interventi legislativi, da ultimo – in Italia – la legge 219 del 22 dicembre 2017 sul cd. “testamento biologico” (tecnicamente e col dovuto rigore: *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) ed è sottesa altresì alla complessa, emblematica vicenda che ha integrato il “caso Cappato”, sul quale si ritornerà.

Quid iuris, peraltro, in una situazione emergenziale, nella quale al medico venga demandata la decisione sulla salvezza dell’ammalato (più che sulla semplice salute), spesso senza potere ascoltare – per il distanziamento sociale imposto – i congiunti dello stesso, come abbiamo appreso dalle cronache? Qui si finisce necessariamente per tornare giocoforza a una classica – oggi, come si diceva, superata nella normalità – configurazione del tradizionale rapporto di cura medico-paziente, sicché la potenziale illiceità degli atti invasivi della sfera della corporeità altrui senza consenso e previa “alleanza terapeutica” soggiace alla ricerca di cause di giustificazione per l’azione del medico che non possa procedere a una serena valutazione delle terapie e a una razionale proposta al paziente o ai suoi parenti e affetti⁸.

Dicendolo meglio: la generale affermazione di istanze di umanizzazione spinte sino a valutare la maleficenza di interventi di medicina potenziati ha portato, in piena crisi sanitaria, a rivalutare la dignità da riconoscersi al sofferente nell’ambito della relazione di cura, ma al tempo stesso la contingenza ha risospinto verso una sorta di “onnipotenza” dell’operatore sanitario.

⁶ In tal senso, il *Manifesto di bioetica laica*, pubblicato il 9 giugno 1996 ne *Il Sole 24 Ore*.

⁷ R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Bergamo, 2010.

⁸ P. BORSELLINO, *Op. cit.*, 114 ss.

Il titolo dello scritto vuole richiamare la straordinaria opera di Norbert Elias: così la *solitudine del morente* diviene *dignità del sofferente* e ciò non solo perché gli ammalati vivono – a causa della altissima morbilità del virus – la patologia e, nella più triste delle ipotesi, la morte in una modalità desocializzante, ma perché la cortina asettica creata *ad hoc* rispetto alla vita di corsia si mescola al drammatico tentativo di sintesi (pur in circostanze eccezionali) tra due polarità deontiche: diritto alla cura (*sub specie* di relazione tra medico e paziente) da un lato, dignità del sofferente e necessaria ponderazione nell’allocazione di risorse scarse, dall’altro.

2. *Diritto alla cura e dignità: il dato valoriale tra soggettività e socialità, in alcuni riferimenti della giurisprudenza costituzionale*

Il diritto alla salute e la dignità dell’ammalato appena ricordati costituiscono i principi cui riferirsi per la necessaria cura degli ammalati, leggendoli coestensivamente in una accezione universalistica (veicolata dal collegamento sistematico con l’art. 3, segno identificativo dei diritti del costituzionalismo di origine liberale), che ne pone il comune fondamento nell’articolo 32 della Costituzione, ove il diritto alla salute individuale (inviolabile e non assumibile come implicante un dovere di curarsi che sia imponibile con legge, salvo limiti dettati dall’interesse della collettività) trova un ostacolo invalicabile – anche quando la legge possa trovare un varco e imporre trattamenti terapeutici preventivi o successivi – nel “rispetto della persona umana”, che in questo contesto è appunto sinonimo di “dignità”, termine alternativo che ad esso contese del resto la vittoria nel dibattito in Assemblea Costituente.

A lungo relegata tra le disposizioni di principio e programmatiche, poi attuata nel riparto di competenze concorrenti tra Stato e Regioni, a partire dalla legge 833 del 1978, la disposizione costituzionale ha visto dottrina e giurisprudenza (e prima ancora sensibilità culturale collettiva) trascorrere nella percezione di che cosa sia “salute” da una sua accezione di assenza di malattia e infermità a quella dell’aspirazione al benessere fisico, mentale e sociale, incrociandosi perciò la relativa problematica con quella di protezione dell’ambiente⁹.

⁹ In questo senso, già la Conferenza Internazionale della Sanità (New York 1946): «La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste

La più recente stagione di attenzione alla salute diventa – inoltre – attenzione alla qualità della vita e (sul piano individuale) all'autodeterminazione delle opzioni sulla continuazione o meno dell'esistenza in vita, giacché le tecnologie possono ormai assicurarne a volte un prolungamento di durata, ma non consentire il recupero della sua buona qualità.

Nella nostra esperienza emotiva come collettività e in dottrina e giurisprudenza abbiamo perciò seguito tra gli altri i casi – pur diversi e che hanno comunque dato motivo a riflessioni profonde – di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Fabiano Antoniani e (recentissimamente) di Davide Trentini.

Se i primi due hanno spinto decisamente, dopo una vicenda preparatoria né breve, né semplice, all'approvazione della legge 219/2017, già ricordata in precedenza, la triste storia di Dj Fabo, suicida assistito in Svizzera, ha innescato altrettanto ampie discussioni attorno a quello che è stato definito, come noto, il “caso Cappato”, dal cognome dell'esponente radicale che, autodenunciatosi per avere prestato appunto tale aiuto, è stato processato e rinviato a giudizio per assunta violazione dell'art. 580 c.p.¹⁰.

solo nell'assenza di malattia e infermità». Per una riflessione su ambiente e diritto, si legga in questo volume il contributo di F. NIOLA, *Gli effetti del lockdown sull'ambiente: adottiamo una nuova prospettiva?*, 161-178.

¹⁰ Più precisamente, la Corte Costituzionale viene investita della questione di legittimità costituzionale di cui al testo nel corso del processo a Marco Cappato, tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni, che il 28 febbraio del 2017 si autodenunciò per aver accompagnato in Svizzera il giovane, rimasto tetraplegico a seguito di un incidente stradale e per questo necessitante di ventilazione, idratazione e nutrizione artificiale, al fine di ottenere il suicidio assistito in una clinica della rete *Dignitas*, avvenuto il 27 febbraio 2017. Per il politico, subito imputato, viene chiesta l'archiviazione dai due pubblici ministeri che dovrebbero istituzionalmente sostenere l'accusa, ma il g.i. formula l'imputazione coatta e dispone il rinvio a giudizio. Il 14 febbraio 2018 viene sollevata dalla Corte di Assise di Milano la questione di legittimità costituzionale di cui al testo e (dopo il rinvio di un anno della decisione, pure rammentato), la Consulta emette la pronuncia definitiva di cui al testo. Il 23 dicembre 2019 Cappato viene assolto perché il fatto non sussiste. Impossibile richiamare in una nota la quantità di commenti suscitata dal caso. Sull'ordinanza della Corte Costituzionale, peraltro, si vedano *ex plurimis* S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2018, 153 ss. e il volume collettaneo *Il Caso Cappato. Riflessioni a mar-*

Notissimo ed essenziale, a sciogliere il nodo ad essa prospettato di una irragionevolezza dell'equiparazione (prevista dalla disposizione) tra "istigazione al suicidio" e "aiuto ad esso", il ruolo della Corte Costituzionale, prima con una processualmente insolita ordinanza di rinvio dell'esame di merito della questione (la n. 207/ 2018), quindi – nell'inerzia del legislatore cui essa aveva correttamente rimesso l'onere di intervenire sulla delicatissima materia – con una propria decisione manipolativa, il cui tenore è divenuto essenziale per consentire infine l'assoluzione da parte della Corte d'Assise di Massa Carrara perché il fatto non costituisce reato proprio nei confronti di Marco Cappato e Mina Welby, che avevano aiutato il suicidio – in una struttura svizzera, il 13 luglio 2017 – di Davide Trentini, ammalato non reversibile di SLA e che era capace di intendere e volere, ma anch'egli, come Antoniani, non sopportava più tale sua condizione.

Diviene in queste vicende chiara allora la fundamentalità del modo in cui l'ammalato intende la sua condizione ed è in questo punto che il diritto alla salute si coniuga necessariamente con la dignità. Della capacità della dignità nel tracciare i confini tra autodeterminazione e indisponibilità del bene vita¹¹, si ha eco appunto nella sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata (la n. 242 del 2019), il cui dispositivo è il seguente:

L'articolo 580 c.p. è parzialmente illegittimo

nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma

gine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, pref. di F. Viganò, Napoli, 2019; Sulla sentenza e i problemi da essa scaturiti e connessi, ma anche sulle vicende giuridiche dei casi ricordati, si legga da ultimo A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, 2020.

¹¹ In termini e in generale, L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019.

pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

A tali condizioni e modalità (da accertare e seguire rigorosamente) si riconosce dunque la dignità nell'autodeterminazione alla morte, superato ogni atteggiamento che una parte della dottrina definisce di "paternalismo penale", declinato con varie sfumature rigoristiche.

Così, il generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile finanche al bene vita e ricavabile dagli articoli 2 e 13 della Costituzione e 8 della CEDU, diviene non punibilità per il terzo che assiste e necessariamente agisce per il perfezionamento della volontà del malato di sottrarsi a trattamenti che egli ritenga lesivi della propria dignità e la cui possibilità di rifiuto era stata già cristallizzata nella legge 219 del 2017.

Ne deriva dunque la conferma di un intrinseco legame tra dignità e diritto alla cura, che vuole la prima adattata alla realtà materiale e alla sua concretezza.

Su questo si ritornerà, ma occorre preliminarmente perimetrare il campo d'azione del principio della dignità, al fine di non legittimarne un'utilizzazione generalizzata e un richiamo apodittico ad esso.

Secondo una usuale tassonomia, infatti, la dignità è un diritto, o un limite alla autonomia privata; la prima accezione implica l'idea che funzione della dignità sia garantire i diritti individuali, promuovendo così l'autodeterminazione, mentre la seconda ne riduce la funzione e limita i doveri individuali in nome dei superiori valori sociali.

Le vicende giuridiche altrove occorse (e riferite anche a un momento della vita in cui la dignità egualmente viene con intensità in questione, ossia il suo inizio volontariamente impedito), hanno spesso indicato vie discratice: l'esempio della Spagna, con la depenalizzazione dell'aborto a mezzo della sentenza 75 del 1984 resa in *amparo*, in relazione all'articolo 15 della Costituzione per tutelare la dignità della donna, mal collima con il caso irlandese *Havappanar*, che riguarda una donna morta per setticemia a causa del diniego posto dai medici ad un aborto, in nome della *viability* da riconoscersi al feto, che ne arricchì

sce la dignità a discapito di quella della madre, pur restando il bambino *portio foeminae*¹². È così che la dignità diviene fonte di obbligazione del singolo dinanzi all'umanità.

La dignità ha, però, contenuto valoriale non solo in riferimento all'essere umano in quanto tale, ma anche all'essere umano nella vita di relazione. Il consociato appare meritevole di tutela della propria individualità, soprattutto, se non avulso dalla vita sociale. E si badi che la dignità non cessa, così intesa, neanche con la morte. Si pensi alla *pietas* da riconoscersi ai defunti, alla tutela del loro onore, con azione riconosciuta anche ai familiari sopravvissuti, o allo *ius eligendi sepulchrum* riconosciuto al morente, anche in deroga al divieto degli atti dispositivi della corporeità, di cui all'art. 5 del codice civile.

In assenza di una indicazione normativa del significato del lemma, un utile riferimento al fine di disegnarne la portata è alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza nel 2000, relativamente alla quale si instaurò al riguardo un ampio dibattito sul valore costituzionale¹³. Nel primo capo, una volta affermato solennemente che *la dignità umana è inviolabile* e che *essa deve essere tutelata e rispettata*, si definiscono le tutele alla persona, chiarendo l'esistenza di un diritto alla vita, all'integrità fisica e psichica. Da tale assunto prende avvio la duplice caratterizzazione della dignità, assieme personalista e sociale.

Seppure non esplicitamente considerata nella nostra Carta come valore "intoccabile" (*unanstabar*), come nell'art. 1 del *GrundGesetz*, anche per l'ordinamento giuridico italiano essa viene comunque implicitamente considerata dotazione essenziale di ogni individuo, in quanto tale.

Nella nostra Costituzione, più precisamente, il valore sociale della dignità trova il suo *locus amoenus*, con riferimento testuale, nella prima frase del primo comma dell'articolo 3 («pari dignità sociale»), per poi

¹² Sulle diverse discipline comparate in tema di interruzione della gravidanza, si veda *ex plurimis* e con ampia bibliografia, S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in ID., *La musica della vita. Quaderno di bioetica e biopolitica di un giurista*, Napoli, 2014, 1 ss.

¹³ C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza, un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza 269 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2018.

ulteriormente venire richiamato nel medesimo senso (ma col termine analogo di “rispetto”, come già si diceva sopra) nell’art. 32, II comma, come limite assoluto anche a eccezionali interventi legislativi nell’imposizione delle cure, nell’art. 36, II comma (come richiamo a una giusta retribuzione che consenta al lavoratore e alla sua famiglia una vita appunto «libera e dignitosa») e 41, III comma (come limite, assieme a libertà e sicurezza, all’iniziativa economica privata).

In questa accezione, la dignità si coniuga strettamente al concetto di *Welfare State*¹⁴. Sebbene, non meno di quanto sia avvenuto per la solidarietà, altro elemento propulsore dello Stato sociale, la dignità sia potenzialmente soggetta a crisi fattuali¹⁵, non risulta possibile negarne l’aspetto obbligante.

La dignità umana quale principio costituzionale vanta insomma una posizione eminente, tanto per l’identificazione della persona in se stessa, quanto per la riedificazione su questa base della collettività attorno al concetto di benessere. La tensione etica alla dignità umana diviene prima riconoscimento del dato valoriale, etico-filosofico, quindi della ricezione giuridica della stessa.

Ne è prova la giurisprudenza costituzionale, si pensi, *ex plurimis*, già alla risalente sentenza n. 44 del 1964, ove si legge come «particolari ragioni di tutela della dignità umana abbiano indotto il legislatore ad abolire la regolamentazione della prostituzione, la registrazione, il tesseramento e qualsiasi altra degradante qualificazione o sorveglianza sulle donne che esercitano la prostituzione».

A distanza di anni, una riaffermazione che la libera disponibilità del proprio corpo (se pure mai davvero esistesse) a fini prostitutivi è contraria alla dignità della persona si ritrova nella sentenza 141/ 2019.

Tale principio, nella solo apparente opposizione dicotomica tra atti *self regarding* e *other regarding*¹⁶, è in sostanza destinato a sintetizzarsi in una concettualizzazione organica dei suoi sfaccettati aspetti, tanto

¹⁴ M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 2007, ove è possibile ritrovare un ampio panorama (aggiornato a quella data) delle sentenze della Corte Costituzionale che richiamano il valore-principio della dignità.

¹⁵ Come rileva tra gli altri S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol dir.*, 4/2012, 527.

¹⁶ G. CRICENTI, *Il sé e l'altro*, *Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013

del diritto pubblico, quanto di quello del diritto civile e a divenire baluardo del rapporto tra consociati.

* * *

Dopo questo largo *excursus* sul contenuto complesso del valore-principio in esame¹⁷, torniamo al tema specifico del presente lavoro.

Una condizione esistenziale che rende il soggetto particolarmente degno di tutela è sicuramente la malattia. Nella prospettiva di trattamenti sanitari complessi, la società deve rispetto al soggetto che vi è sottoposto.

Già nelle sentenze della Corte Costituzionale 307 e 445 del 1990, la salute assurge a bene primario, legato alla dignità. La sua tutela non può, però, essere limitata ad un elenco di situazioni attive di pretesa, quali condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non arrechino nocuo al soggetto di diritto, bensì comporta anche il suo onere di non ledere né porre in rischio la salute altrui, in una dimensione leggibile alla stregua di una specificazione del principio del *neminem laedere*.

Tale onere diviene particolarmente rilevante in situazioni ad alto rischio di contagio, ove le situazioni dei singoli vanno di necessità temperate con le esigenze della collettività. Nella fase pandemica, in cui la diffusione del virus è collegata a comportamenti della persona che è tenuta ad adottare misure cautelative volte a impedire la diffusione del morbo, l'interesse comune alla salute consente attuazione di misure restrittive e accertamenti in ambito sanitario.

Sebbene resti fondamentale la salvaguardia della dignità dell'individuo, l'art. 32 della Costituzione prevede un bilanciamento tra il diritto alla salute di ciascun individuo e il dovere di tutelare l'interesse dei consociati. Tuttavia l'azione del sanitario non può essere randomizzata, dovendosi focalizzare sia sull'attenzione alla salute del terzo che sulla dignità della persona.

Assunti che tornano, costanti, sia nella giurisprudenza costituzionale, sia nelle disposizioni normative, divenendo così il *leitmotiv* di

¹⁷ Un contributo sistematico di lettura della problematica, con ampia bibliografia, è quello di S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di Buodiritto, Special Issue*, 2/2019, 61 ss.

richieste di azioni attive di tutela. Scaturigine di tale attenzione, il pieno riconoscimento del diritto ad essere curati¹⁸. La libertà di cura non può tuttavia esistere *tout court*, dovendosi necessariamente coniugare sia con esigenze relative al tipo di intervento richiesto al sanitario, sia alle risorse necessarie per gli stessi.

Nello specifico, la pratica terapeutica richiede dunque il bilanciamento di due fondamentali diritti, entrambi costituzionalmente garantiti, ovvero diritto alla cura e diritto alla dignità del malato, la cui integrità fisica e psichica potrebbe essere minata dall'intervento del sanitario. In un sistema assistenziale come quello italiano vi è la costante esigenza di assicurare le universalità e la completezza del sistema di assistenza sanitaria, individuando strumenti mai lesivi del valore riconosciuto alla dignità umana.

Ebbene, tale valore, seppur assunto a principio costituzionale, non trova facile applicazione in società *closely held*, vieppiù in una emergenza pandemica.

3. *Il Documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva: le raccomandazioni tra triage pandemico e allocazione*

Quid di quanto si è venuto ricostruendo in sede sistematica è rimasto durante l'emergenza pandemica? Il bilanciamento tra universalità della cura e dignità del malato, già complesso nella normalità, deve trovare nuovo equilibrio con i principi di razionamento delle risorse, anche in tale ambito, scarse.

Il 5 marzo 2020, la *Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (di seguito SIAARTI) rende noto un documento che reca questa titolazione «Raccomandazioni di etica clinica

¹⁸ Nella sentenza 103 del 1977 la Corte afferma che «in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione, l'infermo assurge, nella nuova concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli viene reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro ragion d'essere».

per l'ammissione ai trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili».

Le raccomandazioni, che trovano il loro *incipit* nella prevista – e di fatto poi realizzatasi – diffusione del Covid19, ben potrebbero essere sintetizzate in un decalogo di giustizia redistributiva richiesta da un enorme squilibrio tra necessità cliniche reali e la disponibilità effettiva di risorse in terapia intensiva.

L'elevata morbilità del virus e l'aumento dei casi di insufficienza respiratoria acuta, nelle previsioni della SIAARTI vengono interpretati come dati utili a suggerire di modificare i criteri di accesso alle cure intensive, non circoscrivendoli più solo all'appropriatezza clinica e alla proporzionalità delle cure, ma legandoli a principi di appropriatezza di allocazione delle risorse sanitarie limitate.

In uno scenario che viene considerato assimilabile alla “medicina delle catastrofi”, nel riferimento alla grave *shortage* delle risorse sanitarie, si chiede la valutazione anche di elementi extra clinici, ad esempio età e patologie pregresse, rilevanti a definire la *life span* dei soggetti e preferire, nella “spettanza” delle cure, chi ne vanti una ragionevolmente maggiore.

Di qui, appunto, le *Raccomandazioni*, che si preferisce riportare di seguito in larga parte, per comodo del lettore, che potrà trarne dalla lettura un'impressione non mediata da interpretazioni di chi scrive:

1. I criteri straordinari di ammissioni e di dimissione sono flessibili e possono essere adattati localmente alla disponibilità delle risorse (*omissis*).
2. L'allocazione è una scelta complessa e molto delicata, anche per il fatto che un eccessivo aumento straordinario dei letti intensivi non garantirebbe cure adeguate ai singoli pazienti e distoglierebbe risorse, attenzioni ed energie ai restanti pazienti ricoverati nelle Terapie intensive. È da considerare anche l'aumento prevedibile della mortalità per condizioni cliniche non legate all'epidemia in corso, dovuta alla riduzione dell'attività chirurgica e ambulatoriale elettiva e alla scarsità delle risorse intensive.
3. Può rendersi necessario porre un limite d'età all'ingresso in TI. *Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone.*
In uno scenario di saturazione totale delle risorse intensive, decidere di

mantenere un criterio di «*first come, first served*» equivarrebbe comunque a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla Terapia intensiva.

4. La presenza di comorbidità e lo *status* funzionale devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età anagrafica (*omissis*).
5. Deve essere considerata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT (disposizioni anticipate di trattamento) (*omissis*).
6. Per i pazienti cui viene giudicato “non appropriato” l'accesso ad un percorso intensivo, la decisione di porre una limitazione alle cure dovrebbe essere comunque motivata, comunicata e documentata. Il *ceiling of care* posto prima della ventilazione meccanica non deve precludere intensità di cura inferiori.
7. *Un eventuale giudizio di inappropriata all'accesso a cure intensive basato unicamente su criteri di giustizia distributiva (squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità) trova giustificazione nella straordinarietà della situazione.*
8. Nel processo decisionale, qualora si presentino situazioni di particolare difficoltà e incertezza, può essere utile avere una *second opinion ommissis*.
9. I criteri di accesso alla Terapia intensiva andrebbero discussi e definiti per ogni paziente in modo il più possibile anticipato (*omissis*).
10. La sedazione palliativa nei pazienti ipossici con progressione di malattia è da considerarsi necessaria in quanto rappresenta espressione di buona pratica clinica, e deve seguire le raccomandazioni esistenti (*omissis*).
11. Tutti gli accessi alle cure intensive devono comunque essere considerati e comunicati come “ICU trial” e sottoposti pertanto a quotidiana valutazione dell'appropriatezza, degli obiettivi di cura e della proporzionalità delle cure (*omissis*).
12. La decisione di limitare le cure intensive deve essere discussa e condivisa il più possibile collegialmente dell'équipe curante e – per quanto possibile – in dialogo con i pazienti (e i familiari), ma deve poter essere tempestiva. È prevedibile che la necessità di compiere ripetutamente scelte di questo tipo renda in ciascuna Terapia intensiva più solido il processo decisionale e meglio adattabile alla disponibilità di risorse.
13. *Omissis*
14. È importante “fare rete” attraverso l'aggregazione e lo scambio di informazioni tra centri e singoli (*omissis*).
15. Devono essere considerate anche le ricadute sui familiari dei ricoverati nelle TI Covid-19, soprattutto nei casi in cui il paziente muoia al termine di un periodo di restrizione totale delle visite.

Emerge dal testo, come si diceva, la rinnovata di necessità di integrare il bisogno di cure in terapia intensiva con altri elementi di idoneità clinica, chiaramente determinata da misure di eccezionalità.

Normalmente, infatti, la disponibilità di risorse non vanta alcuna rilevanza nel processo decisionale della somministrazione della cura, generalmente legata al principio del «*first come, first served*», né – in una fase storica così complessa – si può ritenere di secondaria rilevanza l'esplicita menzione alle cure palliative. Legittimate nell'ordinamento giuridico italiano sin dalla legge 38 del 2010, esse hanno trovato nuovo vigore nel decreto “Cura Italia” e sono state applicate estensivamente alla diffusione del temibile Sars-Cov-2, formando quindi oggetto del parere del Comitato Nazionale Di Bioetica (di seguito CNB) *Salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*.

Nel documento della SIAARTI assumono rilevanza le valutazioni che già furono dei detrattori della legge francese, a firma di Alain Claeys e Jean Leonetti, sull'applicabilità della pratica eutanasica in assenza di beneficalità delle terapie palliative.

Come nel mondo francese, si impone ai medici un dovere di “umanità”: una sedazione adatta, praticata nel rispetto della dignità, che potrebbe essere oggetto di riflessione non da parte del singolo medico, ma di una formazione collegiale, di cui bisognerebbe fissare la composizione e le modalità di interpellato.

Altro elemento di somiglianza delle discussioni è la profonda spaccatura verificatasi in Italia, a seguito della pubblicazione delle *Raccomandazioni*, che è parsa, in realtà, assai simile a quanto verificatosi nell'imminenza del processo di rivisitazione della legge Leonetti e del drammatico caso *Lambert*¹⁹.

Se però in Francia la questione viene tradotta in una complessa battaglia giudiziaria con il ricorso alla Corte Edu, in applicazione dell'art 39 del suo regolamento, avverso una decisione del Consiglio di Stato, pur diretta evoluzione del *maitre des requêtes*, da noi essa resta relegata a voci di dissenso.

¹⁹ I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in *Forum Costituzionale*, 2 settembre 2015; S. APA, *Il caso Lambert tra pronunce della Corte Edu e decisioni del giudice nazionale*, in *Questione Giustizia*, 19 giugno 2019.

Difatti, il documento che regola l'accesso in terapia intensiva viene accolto con favore dalla *Società italiana delle cure palliative*, mentre ben altre reazioni sono venute da altri esponenti del mondo scientifico e da membri del CNB.

Una tra le più autorevoli voci di dissenso, immediatamente successiva alla pubblicazione dell'atto *de quo*, è quella del presidente della Fnomceo, che lo definisce un "grido di dolore" e, scongiurando il possibile assoggettamento dell'etica medica a principi di razionamento, sottolinea che il solo principio guida da accogliere è la fedeltà al Codice di deontologia medica. Nello specifico (relegata a mera, deprecabile, ipotesi l'applicazione di un *triage di guerra*), il dovere di cura del medico è qui leggibile nell'assunto costituzionale. Interpretata la salute in senso estensivo, sia fisico, sia psichico, dovere e non più solo compito del medico è la soggezione al principio etico universale della tutela della collettività, in combinato disposto con l'art 3 della Costituzione, secondo i profili dell'universalità, *rectius* dell'uguaglianza di trattamento degli ammalati.

Ad analoghe soluzioni giunge il Comitato di bioetica spagnolo, nel *Report* successivo alla pubblicazione delle analoghe *Raccomandazioni* della *Società spagnola di Medicina intensiva*, anche se vi è una distinzione rilevante tra le Raccomandazioni della SIAARTI e quelle promanate dai medici spagnoli: il riferimento al deterioramento cognitivo.

Se, difatti, in Italia, si richiede attenzione a fattori quali la presenza di gravi patologie pregresse e al dato anagrafico, al fine di bilanciare rischi e benefici della ventilazione meccanica invasiva, in Spagna si paventa la possibilità di escludere dall'assistenza ventilatoria meccanica i disabili cognitivi: una disposizione lesiva della Convenzione internazionale sui diritti di persone con disabilità e depauperante il comune senso della dignità dei soggetti deboli.

4. *Solidarietà e utilitarismo: una conciliazione impossibile?*

Il motivo per il quale le *Raccomandazioni* promanate da una società che ha coniato per sé il motto quanto mai pregnante «*Pro vita, contra dolorem semper*», che ricorda la stessa – drammatica eppure vagamente romantica – vicinanza al dolore di cui è pervaso il *Natu-*

ral *Death Act* e che è improntato ad un'istanza di studio della storia clinica ed extra-clinica di ciascun soggetto che si trovi in terapia intensiva, abbiano generato tanto sgomento non è facilmente identificabile.

Forse il sentimento di “ingiustizia” di tali misure, dovrebbe essere ricercato in una cultura con radici ancora profondamente ilemorfiche, dove perfino lo *spatium deliberandi* dello scienziato è offuscato dalla incapacità, registrata dalla cultura maori, di scindere la cosa (*tonga*) dallo spirito (*hau*) in essa contenuto. La sopravvalutazione della corporeità troverebbe appoggio nella impossibile definizione dei limiti della coscienza²⁰.

Molto più verosimilmente sono i sentimenti costituzionalmente orientati a costituire la colonna vertebrale su cui ergersi per negare che abbia rilievo e meriti una necessaria discussione interrogarsi in tema, in presenza della questione di come equamente allocare risorse limitate: in altri termini, l'enfasi sul diritto alla cura, come codificato nell'articolo 32 della Costituzione, pur nel bilanciamento già esistente tra il diritto individuale e l'interesse della collettività.

Lo si comprende bene, leggendo il nel recente parere del CNB del 28 maggio 2020 dalla significativa intitolazione *Salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, in cui si provano a tenta la gravosa offerta di un chiaro riferimento bioetico ai problemi nati dalle misure di contrasto al virus.

Nei generosi intenti, il parere richiama una rinnovata riflessione sulla salute, nella tripartita dimensione fisica, psichica e sociale, sul necessario rapporto tra salute individuale e pubblica e sul rapporto tra principio di autonomia individuale e solidarietà, ma si manifesta disancorato alla realtà. Sebbene l'assunto di partenza del necessario distinguo tra situazioni ordinarie e interventi straordinari sia pienamente condivisibile, sottolineare la rilevanza del *preparedness* in situazione di emergenza per la sanità pubblica, non colma da sola la manifesta incapacità per il SSN di fronteggiare una crisi che implica anche una riflessione sul *resource consuming*.

²⁰ Cfr. T. NAGEL: «Senza coscienza il problema mente-corpo sarebbe molto meno interessante. Con la coscienza sembra senza speranza», in *What it is like to Be a Bat?*, in *The Philosophical Review* 1 vol. 83, n. 4/1974, 435-450.

Entrambi i pareri del CNB, sia quello reso l'8 aprile, *La decisione clinica in condizioni di emergenza pandemica*²¹, sia quello più recente, si limitano ad una dichiarazione eticamente orientata relativa alla necessaria tutela della dignità del singolo, che deve essere resa nell'accesso alla cura, privo di alcuna limitazione. Questo è però principio universalistico valido in tempo ordinario, ma difficilmente applicabile in assenza di risorse sanitarie bastevoli.

Più ancora, nel parere specifico del CNB, come nel sentire comune, emerge il generale impianto solidaristico che anima la nostra cultura.

Una solidarietà divenuta identità, custode del senso di appartenenza che svuota di significazione l'ossessione identitaria²², invocata come regola dei rapporti sociali²³, titolo del resto di uno dei capitoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il dato valoriale che accompagna il lemma durante la pandemia tende a far riconoscere gli uomini come aventi la stessa natura, affinché i consociati possano riconoscersi come fratelli²⁴.

In realtà, rilevata l'inadeguatezza di una idea di società concepita come naturalmente armonica²⁵, è stata affidata all'artificialità del diritto l'istituzione di regole a tutela dell'uguaglianza. Ad essa si richiama l'ideatore del *Welfare State*, Lord Beveridge, che la fa assurgere a norma di principio oggettiva.

Fondamentale per l'analisi è la costruzione della solidarietà come chiave del diritto di accesso ai servizi sociali, che implica «civiltà del diritto naturale»²⁶ e universalizzazione dei diritti fondamentali, in particolare di quello alla salute. La solidarietà diviene, così «garan-

²¹ Per un loro commento, si legga A. D'ALOIA, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2020, 1 ss.

²² F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari, 2010.

²³ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

²⁴ Cfr. É. de La BOÉTIE, *Discours de la servitude volontarie*, trad. it., Milano, 2011, 15 s.: «Vi è qualcosa di evidente nella natura, qualcosa che nessuno può dire di non vedere, è il fatto che essa, strumento di Dio, e governante degli uomini, ci ha fatti tutti della medesima forma e, come sembra, col medesimo calco, affinché noi ci riconosciamo scambievolmente tutti come compagni o meglio fratelli [...]».

²⁵ M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, trad. it., Milano, 2012.

²⁶ In questo senso, tra i molti, S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris, 1988, 350 ss.

zia di un'esistenza dignitosa» nell'art. 34 della Carta di Nizza e di una cura, *tout court*.

Eppure, da lungo tempo si sono tracciate le distanze dal senso di "fraternità", in favore della piena attuazione di una *ownership society*²⁷. Così, si può ritenere che il senso di rinnovata solidarietà si accompagni alla necessità, per la stessa, di essere principio unificante e al contempo utile alla diversificazione.

Valore fondante dell'intero ordinamento giuridico, essa è sinopia del complesso mosaico delle relazioni tra diritti e doveri, divenendo modello universale di dignità. È il valore della co-obbligazione che lega l'individuo ai consociati e regola i rapporti tra medico e paziente.

Res ipsa loquitur: mentre documenti e proposte simili a quella promanata dalla SIAARTI, provenienti dagli Stati Uniti non sembrano destare stupore, poiché abituati, anche a seguito dell'abrogazione del *Patient Protection and Affordable Care Act*, che per la prima volta aveva concesso tutela universale e pubblica al diritto sociale della salute, a mezzo di un specifica regolamentazione federale, ad una gestione aziendale della cura, il fatto che in Italia, si debba fare i conti con principi di razionamento spinge molti a muovere accuse di darwinismo sociale.

Ma è realmente così? Si può davvero ritenere che rifarsi ai principi di razionamento in casi di eccezionalità, possa significare riferirsi, secondo la drammatica terminologia dell'*Aktion t4*, a pratiche eugenetiche?

In realtà, accreditare un accostamento così estremo significa essere dimentichi di una prassi quotidiana, indipendente dall'emergenza sanitaria epidemiologica, il *triage*, ossia della scelta, in capo al medico, dei soggetti da trattarsi in rapporto alla *life-span* degli stessi che, necessariamente, richiede la valutazione di elementi extra-clinici.

Seppur non esatta, la scienza medica chiede da sempre, in capo all'esecutore, una certa capacità predittiva ed essa non può essere iscritta *tout court* a una ipotesi di paternalismo.

A chi sottolinea che, in condizioni di emergenza, la scelta di chi curare, con annessa valutazione di interventi invasivi (vedasi le pratiche

²⁷ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studio sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

di intubazione a seguito di criticità da polmonite interstiziale da Covid-19), è sempre legata ad elementi che esulano dalla sola patologia, non per questo nell'*extra moenia* della prognosi, si oppone da alcuni una violazione dell'art 32.

Bisognerebbe, piuttosto, rifarsi alla teoria del razionamento, secondo la lettura suggerita da Hans Jonas che, equilibrando ontologia ed etica, chiede la piena affermazione del principio di responsabilità, rispetto a quello della speranza²⁸.

In una fase emergenziale, costituisce una incettabile banalizzazio-
ne il riferimento alla rilevanza del criterio del *first come, first served*, dimentico della possibilità applicativa del *preparedness*; tentare una pacifica soluzione del conflitto tra obiettivi di salute collettiva ed etica della cura dell'individuo richiede un ripensamento dell'utilitarismo. Non più la dispregiativa accezione di Illich, per cui scegliere la comune umanità significa sperimentare una prospettiva dichiaratamente antiutilitarista²⁹, bensì un principio purificato dalla sua dimensione edonista e, per questo, misura etica dell'"utilità" raggiunta dai singoli, ma aperti ciascuno all'altro, ossia non egoisti: la solidarietà – a volerlo dire in questo modo – come egoismo presbite, assicurazione *pro futuro* del contributo di ciascuno alla coesione sociale perché (essendo appunto ciò che accadrà ignoto) non si sa a chi la sventura e il male fisico toccheranno.

Ciò che spaventa è un certo atteggiamento negazionista intorno alla drammaticità delle scelte effettuate nei reparti di TI Covid-19, come narrate dai medici rianimatori, o il riferirsi di certa parte della dottrina al richiamare il notissimo principio bioetico dello *Slippery Slope*, per rifiutare l'utilizzo di paramenti che orientino l'intervento, quali la comorbilità, o l'anzianità del soggetto, temendo che si giunga ad una deriva eugenetica.

Come magistralmente ricorda tuttavia Maurizio Mori³⁰, vi è una grande lezione che promana dall'opera manzoniana: non già e non

²⁸ Si veda H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it., Torino, 1990.

²⁹ I. ILLICH, *La convivialità. Una proposta libertaria per una politica dei limiti dello sviluppo*, trad. it., Milano, 1974.

³⁰ M. MORI, *Manzoni, la negazione della realtà (della peste) e l'analogo atteggiamento circa le Raccomandazioni SIAARTI sull'emergenza Coronavirus*, 26 marzo 2020, in *quotidianosanità.it*

solo la pericolosità della feroce e cieca ricerca dell'untore, ma anche quella del il processo stesso di cancellazione della realtà; e, se è vero che «*la storia non è magistra di niente che ci riguardi*», è pur vero che per tutti ben varrebbe l'ammonimento del *fu Mattia Pascal*: «*Maledetto sia Copernico!*», ricordando che, seppur lo si prendesse a negare, non per questo la terra smetterebbe di girare.

RAFFAELE PIGNATARO

Lavorare ovunque, lavorare meglio: brevi riflessioni sul lavoro agile

SOMMARIO: 1. La conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. – 2. L'accordo individuale tra datore di lavoro e *smart worker*. – 3. Organizzazione del lavoro agile e diritto alla riservatezza. – 4. Le deroghe emergenziali tra sperimentazione e prospettive di un modello stabile.

1. *La conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*

La qualità dell'occupazione si lega strettamente alle difficoltà di conciliare tempi di lavoro e di vita. Nonostante l'asimmetria del lavoro familiare vada progressivamente riducendosi, le difficoltà di conciliazione si manifestano con maggiore intensità soprattutto in presenza di figli piccoli, come testimonia la recente crescita del divario tra il tasso di occupazione delle madri di bambini in età prescolare e quello delle donne senza figli, nel Mezzogiorno e per le donne straniere.

La Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante «*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione della Amministrazioni pubbliche*», ha introdotto, all'art. 14, nuove misure per la promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro che le Amministrazioni Pubbliche sono chiamate ad attuare¹.

¹ In argomento si veda in questo volume il contributo di A. BERNARDO, *Smart working e pubblica amministrazione nella sfida al coronavirus*, 297-318. Un quadro chiaroscurale del fenomeno («Il telelavoro promette meno costi, meno inquinamento, e una gestione migliore della vita privata, Ma sostituire le esperienze e le interazioni sociali offerte dai luoghi di lavoro tradizionali è impossibile») è offerto, con riferimento all'esperienza statunitense, fin qui sul piano dei numeri la più avanzata, da C. NEWPORT, che insegna informatica alla Georgetown University, *È la fine dell'ufficio?*, in *The New Yorker*, articolo tradotto in italiano sul n. 1365/2020 di *Internazionale*. Nel medesimo numero, si legga J. SPARROW, *Una rivoluzione distopica*, originariamente in *The Guardian*, secondo il quale «il lavoro a distanza rischia di favorire un mondo in cui le persone hanno meno diritti e sono più sorvegliate». Va qui avvertito che, nella divulgazione giornalistica e negli interventi di studiosi non specificamente laburisti, i

Si tratta di un approccio innovativo che fa leva sulle nuove tecnologie per riprogettare l'organizzazione del lavoro, anche nell'ottica della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, mettendo in discussione tutti i vincoli tradizionali, dallo spazio fisico, agli orari predefiniti e agli strumenti di lavoro, alla ricerca di nuovi equilibri fondati su una maggiore autonomia, ma anche su una maggiore responsabilizzazione delle lavoratrici e dei lavoratori sui risultati². L'attenzione del legislatore si è, in particolare, concentrata sulla sperimentazione di un nuovo modello di organizzazione del lavoro, definito lavoro agile, che valorizza la prestazione del dipendente pubblico prescindendo dal luogo di esecuzione della stessa, tradizionalmente coincidente con gli uffici del datore di lavoro³.

termini che designano l'area di fenomeni contigui, ma non sovrapponibili (ad es. telelavoro e lavoro agile), sono ancora frequentemente usati come sinonimi, il che però non corrisponde a un loro impiego rigoroso.

² «Il mercato e l'organizzazione del lavoro si stanno evolvendo con crescente velocità», ci diceva Marco Biagi nel saggio presentato al comitato scientifico di Confindustria che portò poi al Libro Bianco sul mercato del lavoro nel 2001, continuando «non altrettanto avviene per la regolazione dei rapporti di lavoro». Per poi aggiungere: «Il sistema regolativo dei rapporti di lavoro ancor oggi utilizzato in Italia e, seppur con diversi adattamenti, in Europa, non è più in grado di cogliere – e governare – la trasformazione in atto. La stessa terminologia adottata nella legislazione lavoristica (es. “posto di lavoro”) appare del tutto obsoleta. Assai più che semplice titolare di un “rapporto di lavoro”, il prestatore di oggi e, soprattutto, di domani, diventa un collaboratore che opera all'interno di un “ciclo”. Si tratti di un progetto, di una missione, di un incarico, di una fase dell'attività produttiva o della sua vita, sempre più il percorso lavorativo è segnato da cicli in cui si alternano fasi di lavoro dipendente ed autonomo, in ipotesi intervallati da forme intermedie e/o da periodi di formazione e riqualificazione professionale». Così M. TIRABOSCHI nel suo *Blog*, in *Nova, Il Sole 24 ore*, 18 febbraio 2016.

³ «Nella grande trasformazione del lavoro sempre meno rilevano compiti e mansioni meramente esecutivi e sempre meno trovano applicazione quei meccanici processi imitativi o riproduttivi che hanno caratterizzato i metodi di produzione e organizzazione del lavoro di stampo fordista e taylorista. Anche la più recente evoluzione della riflessione pedagogica, sociologica e manageriale segnala una tendenziale evoluzione delle aziende da organizzazioni economiche finalizzate, anche per espressa definizione codicistica, alla mera produzione o allo scambio di beni e servizi, a vere e proprie *learning organization*, in cui sono sempre più diffuse figure professionali ibride, a metà tra la ricerca e la gestione del cambiamento nei processi produttivi e organizzativi, che integrano lavoro, apprendimento, ricerca e progettazione generando un

La disposizione consente infatti a ciascun datore di lavoro di individuare le modalità più adeguate rispetto alla propria organizzazione, alle esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro anche con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi erogati. La nuova disciplina richiede un diverso approccio al rapporto di lavoro visto nella sua connotazione tradizionale, di sicuro impatto in termini di efficienza e sostenibilità, connesso ad una revisione del concetto di luogo ed orario di lavoro⁴.

La possibilità di eseguire la prestazione di lavoro in un luogo diverso dalla sede datoriale prevede la necessaria combinazione dei principi di flessibilità, autonomia e collaborazione tra dipendente ed amministrazione che, ferme restando le caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato, impongono il ripensamento del modello organizzativo della pubblica amministrazione soprattutto attraverso l'impiego di nuove tecnologie e di strumenti utili a creare ambienti lavorativi fluidi e diffusi⁵. Il concetto di lavoro agile ha poi trovato un assetto normativo stabile con l'entrata in vigore della L. n. 81/2017 che, all'art. 18, ha definito in maniera chiara questa nuova modalità⁶.

elevato valore aggiunto in termini di innovazione nei processi produttivi e/o dei modi di erogare servizi». Così ancora M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in *Bollettino ADAPT*, 3 febbraio 2016.

⁴ Riguardo all'orario di lavoro, il Governo era stato chiaro già nella Direttiva n. 3 del 2017. Sulla problematica del controllo del dipendente aveva evidenziato che era necessario «promuovere una cultura dell'organizzazione del lavoro per obiettivi e risultati con forte responsabilizzazione del lavoratore rispetto al suo apporto lavorativo». Occorreva dunque «definire il numero di giorni, di ore, di mesi, di anni di durata dello *smart working* con prevalenza della modalità di prestazione in sede; valutare la frazionabilità nella giornata oppure stabilire lo *smart working* per la giornata intera; ragionare in termini di giorni fissi o giorni variabili» ed in seguito individuare la «correlazione temporale dello *smart working* rispetto all'orario di lavoro e di servizio dell'amministrazione anche mediante fasce di reperibilità».

⁵ Il tema del rapporto tra lavoro agile ed innovazione tecnologica è compiutamente affrontato da C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile. Ricerche di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Bari, 2018.

⁶ Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 18 della Legge n. 81/2017 nella parte che inquadra gli elementi essenziali del lavoro agile: «Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con

La norma di indirizzo, costituita dall'art. 14 della L. n. 124 del 2015, trova una sua pratica applicazione attraverso l'art. 18 della Legge n. 81/2017 che, oltre a definire il concetto di lavoro agile, ne chiarisce, in concreto, termini e modalità di esecuzione.

In primo luogo si stabilisce la possibilità di eseguire la prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali datoriali ed in parte all'esterno senza una postazione fissa. È utile precisare che l'esecuzione della prestazione di lavoro agile non impone al lavoratore di svolgere le funzioni nella propria abitazione ma in qualsiasi luogo diverso dai locali aziendali purché, sul piano della qualità e quantità del lavoro, vengano rispettate le fasi e i cicli di lavorazione e raggiunti gli obiettivi programmati⁷.

Per essere attuato, questo modello ha bisogno di una organizzazione aziendale adeguata, in termini strumentali e tecnologici e soprattutto manageriali. Non si tratta di mettere il dipendente in condizioni di portar fuori del lavoro, ma di organizzare le risorse in modo da essere accessibili anche dall'esterno, di attivare forme di collaborazione che funzionino a distanza e in assenza di controllo, e tutta un'altra serie di

forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti».

⁷ L'autonomia collettiva è in grado di stabilire i criteri per la misurazione della produttività generalmente solo a livello aggregato. La maggior parte dei premi riguarda la produttività aziendale nel complesso o al massimo gruppi/squadre di lavoratori. Sono praticamente assenti premi che misurano la produttività dei singoli lavoratori. In tal senso, G. R. SIMONCINI, *La certificazione delle competenze: definizione e inquadramento giuridico*, in *ADAPT Working Paper*, 4/2016.

variabili da pensare e immaginare all'interno dell'impalcatura legislativa esistente.

Anche per questo, le sperimentazioni di lavoro agile in Italia, pur così significative (l'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano conta cinquecentosessantamila casi) fino a poche settimane fa stavano andando a rilento. L'Osservatorio rileva in ogni caso che lo *smart working* migliora l'*engagement* dei dipendenti. Gli *smart workers* sono più soddisfatti del proprio lavoro (76% rispetto al 55% degli altri lavoratori), più orgogliosi dei risultati dell'organizzazione in cui lavorano (71% rispetto al 62%) e desiderano restare più a lungo in azienda (71% rispetto al 56%).

Considerando tutti gli elementi che caratterizzano l'*engagement*, gli *smart workers* che si sentono pienamente "ingaggiati" sono il 33%, rispetto al 21% degli altri lavoratori. I lavoratori agili sono anche più capaci di responsabilizzazione rispetto agli obiettivi aziendali e personali, di flessibilità nell'organizzare le attività lavorative e di bilanciare l'uso delle tecnologie digitali con gli strumenti tradizionali di collaborazione, la cosiddetta "attitudine *smart*", che varia dal 17% dei lavoratori tradizionali al 35% di quelli *smart*)⁸.

2. *L'accordo individuale tra datore di lavoro e smart worker*

La modalità di esecuzione della prestazione è frutto di un accordo tra le parti che potranno concordare anche forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro

⁸ «Lo *smart working* non è solo una moda, è un cambiamento che risponde alle esigenze delle persone, delle organizzazioni e della società nel suo complesso, e come tale è un fenomeno inarrestabile. La dinamica con cui sta crescendo nel nostro Paese tuttavia, non è abbastanza veloce» afferma M. CORSO, responsabile scientifico dell'Osservatorio *Smart Working* della *School of Management* del Politecnico di Milano, che aggiunge «In realtà importanti per l'economia del nostro sistema Paese come PMI e PA la diffusione dello *smart working* non è ancora sufficiente. Questo limita la portata del contributo che lo *smart working* può dare per rendere più moderno il mercato del lavoro, le imprese e le PA più competitive ed attrattive e le nostre città più inclusive e sostenibili. Per le PA in particolare è necessario un rapido cambio di passo soprattutto per non perdere l'opportunità di migliorare la motivazione delle proprie persone e per attrarre nuovi talenti, soprattutto in relazione alla necessità di sostituire circa il 15% del personale nei prossimi 3-4 anni». Lo si legga ne *Il Dubbio*, Editoriale del 30 ottobre 2019.

ma tenendo conto, in ogni caso, del limite della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale come disciplinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva. È un modello che intende superare alcune rigidità del lavoro subordinato (anche quello a distanza, vedi il telelavoro) affidando ai singoli parte del carico organizzativo in cambio di maggiore autonomia. Stipulando un accordo che apre una problematica breccia di diritto individuale in un contesto regolato dalla contrattazione collettiva, i singoli dipendenti possono, infatti, sottoscrivere, come visto, «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro»⁹.

Lo svolgimento della prestazione di lavoro fuori dai tradizionali siti datoriali impone dunque, sia sul piano organizzativo, sia su quello contrattuale una profonda revisione del modello tradizionale prevalentemente orientato verso un rapporto di lavoro tipicamente svolto in azienda¹⁰.

⁹ Sul tema, M. LEONE, *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogeneità dei fini*, in *Questione Giustizia*, 21 marzo 2020.

¹⁰ Un'analisi interessante, sul versante sociologico, è offerta da S. BURCHI, *Smart working d'emergenza: agile o remoto? Prove di un lavoro trasferito nelle case*, in *Questione Giustizia*, 22 marzo 2020. L'autrice, prendendo atto della inattesa necessità, dettata dalla pandemia, di ricorrere al lavoro agile massivo, afferma «che chi può lavorare da casa, è alle prese con l'invenzione di un'organizzazione efficace e fa esperienza, in alcuni casi per la prima volta, di una difficoltà inaspettata. Avere tutta la giornata a propria disposizione non basta a renderla produttiva, serve molta disciplina e una certa creatività. Il lavoro produttivo, delocalizzato, decontestualizzato, apre a un impercettibile sentimento di alienazione, e nel giro di pochi giorni, i tentativi di non disperdersi, stanno producendo, in molti e molte, la sensazione di andare di fretta in un tempo senza argini».

Sarà interessante vedere come utilizzeremo questa grande sperimentazione collettiva di *homeworking* di emergenza, una volta usciti, da questo stato di crisi e verificare se la possibilità di attivare contratti di lavoro agile sopravvivrà alle necessità attuali di una mobilità ridotta, se sapremo farne uno strumento capace di generare un'organizzazione diversa dalla semplice dislocazione del lavoro dentro le mura delle case dei dipendenti. La possibilità di attivare contratti di "lavoro agile" dovrebbe essere il primo passo di una catena di riconoscimenti a quel potenziale che è oggi racchiuso nella dinamica di auto-organizzazioni disperse, ma esistenti. Anche se realizzato in una versione *smart* tutto questo potrebbe peraltro anche tradursi in una colonizzazione definitiva dello spazio domestico, attraverso un sistema di regole che, mentre tengono vincolati ad un contratto, rendono infinitamente complicata la libertà di gestire il proprio spazio e il proprio tempo privati.

Sul piano organizzativo si impone un sistema tecnologicamente avanzato che consente l'accesso ai dati aziendali da remoto e l'uso di una strumentazione efficiente che valorizza una modalità di lavoro profondamente personalizzata¹¹.

Sul versante della verifica dell'esatto adempimento della prestazione è necessaria un'analisi dei risultati del lavoro per valutare l'efficienza della prestazione rispetto ai parametri concordati dalle parti. Non va inoltre trascurato un aspetto del rapporto legato alla conciliazione della modalità in lavoro agile con i tempi di riposo del lavoratore e con l'esercizio datoriale del potere direttivo. Nell'ambito dello *smart working*, è evidente che i poteri del datore di lavoro, sebbene rimangano validi nel rapporto di lavoro, subiscono delle evoluzioni in relazione alle caratteristiche di flessibilità e responsabilizzazione del dipendente.

Il potere direttivo, infatti, mentre nel rapporto di lavoro ordinario si configura come il potere di organizzare il lavoro del dipendente e di impartire ordini, nell'ambito dello *smart working* è incentrato nella fissazione degli obiettivi che il lavoratore deve raggiungere. Anche il potere di controllo da parte del datore di lavoro mantiene un ruolo di assoluta preminenza nell'ambito dello *smart working*. In particolare, la legge conferisce al datore di lavoro, conformemente a quanto già previsto per il rapporto di lavoro ordinario il diritto di controllare la prestazione resa dal lavoratore. Il tutto nella cornice stabilita dal contratto individuale.

Ciò significa che l'accordo tra le parti sarà determinante per individuare i poteri esercitabili dal datore di lavoro, anche per delimitare gli eventuali comportamenti disciplinarmente rilevanti che vanno ad integrare quelli già previsti dalla contrattazione collettiva e dalle norme regolamentari aziendali¹².

Assume inoltre rilevanza la previsione del diritto alla cosiddetta disconnessione intellettuale dagli strumenti tecnologici onde garantire al lavoratore la piena fruizione dei tempi di riposo ed evitare che l'attività

¹¹ Il tema delle risorse strumentali per favorire il lavoro agile, è al centro del Forum PA – evento annuale dedicato al tema della modernizzazione della PA – del 6 luglio 2020, dal titolo *Il digitale e il lavoro: da pericolo a risorsa*.

¹² Vedi *Lo smart-working, effetti sul rapporto di lavoro e problemi giuridici*, a cura della redazione della pagina *web diritto dell'informatica.it*, 29 maggio 2020.

lavorativa si sovrapponga alla sfera personale. Il rapporto tra lavoro agile e sfera personale del lavoratore assume particolare rilevanza soprattutto in tema di riservatezza.

3. *Organizzazione del lavoro agile e diritto alla riservatezza*

Con riferimento alle nuove possibilità di organizzazione del lavoro – che conciliano interessi di impresa e lavoratore – il tema della *privacy* va esaminato in un'ottica non solo di tutela del lavoratore, ma anche dell'impresa, la quale tende a rinunciare a parte del suo potere di controllo e diviene anch'essa soggetto maggiormente vulnerabile, anche ad attacchi di soggetti terzi, tanto da ritenere irrinunciabile una più intensa cooperazione con gli *smart workers*, che sono chiamati a tenere una condotta particolarmente diligente circa l'utilizzo e la custodia degli strumenti di lavoro e la tutela dei dati trattati.

È utile la predisposizione di una *policy* aziendale recante una serie di elementi essenziali che rispondono agli obblighi di informativa facenti capo al datore di lavoro. Il datore deve indicare specifiche linee guida di comportamento – oltre ai basilari doveri di diligenza – per garantire una corretta esecuzione della prestazione lavorativa nel pieno rispetto delle misure di sicurezza e alla luce della necessaria cooperazione dello *smart worker*.

In particolare, egli deve suggerire accorgimenti e regole in tema di utilizzo e custodia degli strumenti di lavoro; di gestione della password; di operatività dell'*antivirus*; di conservazione di file e documenti; di protezione dei dispositivi portatili; di utilizzo di Internet e della posta elettronica. Deve, inoltre, indicare in via preventiva le conseguenze disciplinari in caso di violazione delle regole di comportamento e fornire informazioni circa eventuali attività di monitoraggio – che devono attenersi ai principi di necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza.

È importante prevedere altresì la valutazione di impatto sulla protezione dei dati volta a descrivere un singolo trattamento di dati ovvero più trattamenti analoghi in termini di natura, ambito, contesto, finalità e rischi, al fine di valutarne la necessità e la proporzionalità nonché i relativi rischi, allo scopo di adottare tutte le misure di sicurezza idonee ad affrontarli. Va, ancora, predisposta una specifica procedura in caso di *data breach*, di cui devono essere adeguatamente

informati i lavoratori, dovendo gli stessi dare tempestiva comunicazione al datore di lavoro nel caso in cui si verifichi – nell’ambito della loro attività – una violazione dei dati personali oggetto di trattamento che ponga a rischio i diritti e le libertà delle persone fisiche¹³.

Per quanto riguarda i controlli a distanza che possono essere svolti dal datore di lavoro, la norma rimanda espressamente all’art. 4 L. 300/1970, che è proprio il punto di riferimento nella normativa italiana in materia di controlli a distanza esperibili dal datore di lavoro. Il datore di lavoro, nel prevedere le modalità di controllo, dovrà quindi attenersi strettamente alle disposizioni previste dalla normativa dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dall’art. 23, D. Lgs n. 151/2015 e dal D. lgs. n. 185/2016 (c.d. *Decreto Correttivo al Jobs Act*).

Non v’è dubbio che il tema dei controlli a distanza assume, nel sistema del lavoro agile, un particolare rilievo, in quanto insiste sulla sfera privata del lavoratore con rischi di intromissione che investono l’abitazione del dipendente ovvero il luogo da questi prescelto per eseguire la prestazione lavorativa. Sarà dunque interessante osservare nella pratica come i datori di lavoro potranno servirsi dei controlli a distanza e quali saranno i futuri orientamenti della giurisprudenza in merito¹⁴.

¹³ C. COLAPIETRO, *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. Tullini, Torino, 2017; E. AGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, 2017.

¹⁴ Il tema dello *smart working* risulta strettamente correlato a quello dell’utilizzo delle nuove tecnologie nonché di *smart device* (si pensi, ad es., ai cc.dd. – “*wearable devices*”), che permettono al datore di lavoro di monitorare in maniera molto ravvicinata il lavoratore fino alla possibilità di rilevare il livello di fatica o d’emotività del lavoratore oppure il suo livello di stanchezza. Il datore di lavoro dovrà pertanto essere in grado, in primo luogo, di dimostrare come l’utilizzo delle tecnologie informatiche non rientri in un programma volto esclusivamente al controllo dell’attività del lavoratore, ma deve anche dotarsi di sistemi che permettano, per impostazione predefinita nonché tenendo conto delle concrete modalità d’esecuzione della prestazione lavorativa, di tutelare la *privacy* del lavoratore (ad es. rendendo i dati disponibili al datore di lavoro solo in casi eccezionali).

Il gruppo di lavoro dei Garanti europei (WP29), col parere dell’8 giugno 2017, ha chiarito come il trattamento dei dati possa avvenire, sempre con il consenso del la-

Un altro aspetto critico è costituito dalle misure di sicurezza sul lavoro applicabili al lavoro agile. Come per i lavoratori che prestano la propria attività lavorativa all'interno dei locali aziendali, anche per i lavoratori che svolgono la prestazione in modalità di lavoro agile, il datore di lavoro è obbligato ad osservare gli adempimenti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. In particolare, il datore di lavoro è tenuto a consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore, dal canto suo, è chiamato a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali. Non è specificato alcun riferimento che faccia pensare all'assimilazione del documento informativo ad un normale Documento di Valutazione dei Rischi; né d'altronde la norma opera un riferimento «ai rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali» senza accennare alle misure riferibili agli ambienti individuati nell'accordo¹⁵.

Si segnala infine, sempre nell'ambito della regolamentazione legislativa, che il recesso dal contratto – con ripristino delle modalità di esecuzione ordinaria della prestazione – può avvenire unilateralmente e senza necessità di motivazione, purché venga rispettato un termine di preavviso non inferiore a trenta giorni.

4. *Le deroghe emergenziali tra sperimentazione e prospettive di un modello stabile*

Il quadro fin qui tracciato evidenzia una difficoltà di coordinamento tra le norme generali sul rapporto di lavoro subordinato, pensate per regolare un contratto che prevede l'esecuzione della prestazione

voratore, solo in esecuzione di obblighi derivanti dal contratto di lavoro, da previsioni di legge, nell'interesse legittimo del datore di lavoro; in assenza di questi presupposti il mero consenso esplicito del lavoratore non è sufficiente, non potendo considerare il consenso espresso dal lavoratore pienamente libero a causa dell'evidente sbilanciamento della forza contrattuale tra datore di lavoro e dipendente.

¹⁵ Cit., L. FANTINI, *Salute e sicurezza sul lavoro, telelavoro e smartworking*, in *Dottrina per il Lavoro*, *dplModena.it*, 2018.

lavorativa in azienda e le disposizioni sul lavoro agile che, al contrario, operano tenendo conto di una delocalizzazione della prestazione lavorativa. L'emergenza pandemica ha indotto il Governo ad intervenire, seppure con misure temporanee, sull'assetto normativo fin qui tracciato, per garantire ai lavoratori pubblici e privati la massima sicurezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa nel periodo dell'emergenza sanitaria.

In particolare si è reso necessario ridurre la presenza dei lavoratori all'interno degli uffici, evitare al massimo gli spostamenti con mezzi pubblici da e per il luogo di lavoro, garantire il distanziamento sociale all'interno dell'ambiente di lavoro, fermo restando lo svolgimento dell'attività amministrativa nei servizi cosiddetti essenziali.

Il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020¹⁶ e il Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18¹⁷, hanno stabilito che, per tutta la durata dell'emergenza sanitaria da COVID 19 la forma ordinaria di esecuzione della prestazione lavorativa alle dipendenze della pubblica Amministrazione è costituita dalla modalità agile. La natura emergenziale del provvedimento ha consentito di utilizzare la modalità *agile* anche in assenza degli accordi individuali e senza necessità della preventiva informazione alle Organizzazioni Sindacali prevista dall'art. 22 della L. n. 81 del 22 Maggio 2017. È stata conferita ai dirigenti della Pubblica Amministrazione ampia facoltà di determinare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione in lavoro agile previa esclusione delle sole attività essenziali esercitabili esclusivamente sul luogo di lavoro fermo restando, anche per tali attività, l'obbligo di stabilire una turnazione che garantisca il distanziamento sociale. Nella fase emergenziale, pertanto, il ricorso al lavoro agile è diventato la regola, con espressa deroga rispetto alla natura pattizia della prestazione e con esclusione delle

¹⁶ *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 Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 64 del 11-03-2020.

¹⁷ *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 70 del 17-03-2020, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27 (in suppl. ord. n. 16 della Gazzetta Ufficiale 29/04/2020, n. 110).

sole attività essenziali non eseguibili con tale modalità. Il *favor* verso l'attivazione più estesa del lavoro agile non ha escluso il ricorso, per motivate esigenze organizzative, ad altri istituti, quali la fruizione delle ferie arretrate, il recupero delle plusvalenze orarie con riposi compensativi e, come *extrema ratio*, l'esenzione (retribuita) del lavoratore dal pubblico servizio¹⁸.

La circolare del Ministero della Pubblica Amministrazione n. 2 del 1° aprile 2020 ha poi analiticamente indicato, tra l'altro, le categorie di lavoratori cosiddetti "fragili" necessariamente destinatari della delocalizzazione della prestazione lavorativa in quanto particolarmente esposti, per ragioni di salute, ad un rischio qualificato di contagio. L'individuazione di tali lavoratori è stata affidata al medico competente che certifica la condizione di lavoratore fragile con necessità di delocalizzare la prestazione lavorativa.

La risposta delle Amministrazioni alle esigenze di implementare il ricorso al lavoro agile è stata ampia ed immediata, tant'è che, ad oggi, il ricorso a tale modalità ha riguardato circa il 70% dei pubblici dipendenti. Nell'ambito di questa platea, circa il 75% dei lavoratori ha manifestato soddisfazione verso il lavoro agile e si attendono a breve i primi dati statistici relativi alla produttività. I primi dati rilevano segnali positivi sul fronte *smart working*: l'impennata nel numero delle lavoratrici e dei lavoratori agili determina l'aumento degli uomini in una modalità di lavoro che sembrava appannaggio delle donne ed è accompagnata da una forte soddisfazione rilevata a livello di tutto il personale dirigente e non dirigente. Questi primi dati restituiscono

¹⁸ Come si legge nell'articolo *DL Rilancio, per i dipendenti PA smart working fino a fine anno*, in *Quifinanza.it*, 4 luglio 2020: «Una rivoluzione in atto, l'ha definita la ministra per la Pubblica Amministrazione Fabiana Dadone, spiegando poi che "con le organizzazioni sindacali abbiamo portato avanti il confronto sul protocollo di sicurezza perché i dipendenti pubblici possano rientrare in piena tutela e continuare a dare il proprio contributo in questa fase di rilancio del Paese". La pandemia – ha sottolineato la Ministra – ha avuto un impatto cruciale che sta già trasformando e trasformerà gli assetti sociali, economici, ambientali e delle politiche pubbliche». In questo contesto, dunque, il lavoro agile può considerarsi «una parte integrante di questa trasformazione e chi lo nega o ne derubrica la portata a elemento di polemica politica non ha capito nulla o fa finta di non capire [...] Le rivoluzioni si possono guidare o subire. Preferisco governarle e il M5S non si smentisce in quanto forza che nasce come *driver* propulsivo delle rivoluzioni culturali in Italia, conclude Dadone».

inoltre una fotografia del campione di riferimento (età, sesso, dislocazione geografica), dell'impatto ambientale del lavoro agile, delle esigenze relative ai trasporti, alla conciliazione vita-lavoro e alla dotazione informatica dei dipendenti pubblici¹⁹.

Non sono peraltro mancate critiche anche incisive, legate soprattutto al pregiudizio che la modalità di lavoro agile sia stata semplicemente un artificio per giustificare l'esonero dalla prestazione e non abbia apportato alcun vantaggio alla Pubblica Amministrazione. In ogni caso, va segnalato che il ricorso al lavoro agile costituisce un importante sviluppo nei rapporti di lavoro sia per la evidente riduzione dei tempi di attesa costituiti dal tragitto per raggiungere il posto di lavoro e per tornare a casa che per i benefici connessi ad una più adeguata gestione del rapporto lavoro – famiglia. Non è banale infatti immaginare che un utilizzo massiccio del lavoro agile possa consentire a migliaia di lavoratori di trasformare il loro rapporto *part-time* in uno a tempo pieno, ove si tenga conto che la maggior parte dei contratti di lavoro a tempo parziale trovano la loro giustificazione nella necessità del lavoratore di fronteggiare esigenze familiari incompatibili con una prestazione ad orario pieno.

Sarà interessante vedere come utilizzeremo questa grande sperimentazione collettiva di *homeworking di emergenza*, una volta usciti, da questo stato di crisi. Per capire se la possibilità di attivare contratti di lavoro agile sopravviverà alle necessità attuali di una mobilità ridotta, se sapremo farne uno strumento capace di generare un'organizza-

¹⁹ Le informazioni provengono dal Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, che ha promosso una *survey* presso le sessantadue Amministrazioni Pubbliche coinvolte nel progetto *Lavoro Agile per il futuro della PA: pratiche innovative per la conciliazione vita-lavoro*, al fine di avviare una riflessione sui modelli organizzativi più efficaci per garantire produttività e sicurezza durante l'emergenza epidemiologica. Dati e opinioni interessanti sono in M. MOLINARI, *Home working, nuova frontiera del lavoro*, in *La Repubblica*, 26 luglio 2010 e R. AMATO, *Smart working, l'Italia s'è desta, ma siamo fra gli ultimi in Europa*, *ivi*, 27 luglio 2020, dove si riferisce che ad oggi esso è «praticato dal 18 % dei lavoratori e prima del Covid dal 4%», ma anche che, secondo dati dell'Eurostat aggiornati al 2019, «il 39 % degli Italiani abbia conoscenze informatiche scarse o non ne abbia alcuna rispetto all'uso di Internet, contro una media europea del 31». Per avere un'idea dello svantaggio, si desume dalla medesima fonte che alla fine di aprile lavorava da remoto oltre la metà degli americani e in Francia, tra marzo e maggio, il 34% degli occupati.

zione diversa dalla semplice dislocazione del lavoro dentro le mura delle case dei dipendenti. La possibilità di attivare contratti di “lavoro agile” dovrebbe essere il primo passo di una catena di riconoscimenti a quel potenziale che è oggi racchiuso nella dinamica di auto organizzazioni disperse ma esistenti, ma anche se realizzato in una versione *smart* tutto questo potrebbe tradursi in una colonizzazione definitiva dello spazio domestico, attraverso un sistema di regole che, mentre tengono vincolati ad un contratto, rendono infinitamente complicata la libertà di gestire il proprio spazio e il proprio tempo.

ANTONIA BERNARDO

Smart working e pubblica amministrazione nella sfida al Coronavirus

Siamo davanti ad una situazione difficile, una situazione nuova, inconsueta, di fronte alla quale gli strumenti adoperati in passato per risolvere le crisi non servono più; è necessario adoperare qualche altro strumento, guardare le cose con grande impegno, con grande coraggio, con grande senso di responsabilità [...]. Se fosse possibile dire: saltiamo questo tempo e andiamo direttamente a questo domani, credo che tutti accetteremmo di farlo, ma, cari amici, non è possibile; oggi dobbiamo vivere, oggi è la nostra responsabilità. Si tratta di essere coraggiosi e fiduciosi al tempo stesso, si tratta di vivere il tempo che ci è stato dato con tutte le sue difficoltà [...]. Camminiamo insieme perché l'avvenire appartiene in larga misura ancora a noi.

Aldo Moro, intervento all'assemblea dei gruppi parlamentari della DC
Roma, 28 febbraio 1978

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Smart working* e telelavoro. – 3. La diffusione. – 4. Normativa emergenziale. – 5. Le tecnologie digitali. – 6. *Privacy* e lavoro agile nella P.A. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

La Pubblica Amministrazione per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 si è trovata ad affrontare una sfida importante: quella di garantire un giusto bilanciamento tra la tutela della salute, da un lato e la continuità della sua attività, dall'altro.

Lo *smart working* è la soluzione che ha permesso di ridurre il numero dei dipendenti presenti in ufficio, senza però paralizzare la macchina pubblica.

In questa pandemia il lavoro agile non è stato, quindi, utilizzato per le finalità previste in materia dalla L. 81/2017 – cioè per conciliare i tempi di vita con quelli del lavoro – bensì per limitare il numero degli spostamenti ed evitare gli assembramenti, allo scopo di prevenire e contrastare l'ulteriore trasmissione del virus.

La maggior parte delle amministrazioni si è scoperta, però, impreparata all'emergenza.

Infatti, nonostante la Legge Madia (L. 124/2015) all'art. 14 avesse previsto l'obbligo per le amministrazioni di adottare misure per la sperimentazione di modalità flessibili di lavoro, tali soluzioni sono state attuate in modo sporadico.

Inoltre, numerosi enti pubblici non avevano prima d'ora avviato né progetti strutturati né iniziative informali di *smart working*, incontrando così molteplici difficoltà.

Difficoltà legate per di più ad una mentalità e ad una cultura che si basa sull'esistenza di un forte pregiudizio generalizzato nei confronti dei dipendenti pubblici¹, visti nell'immaginario collettivo come persone non interessate e per nulla appassionate al lavoro che svolgono.

Il pregiudizio appartiene non solo alla società, ma anche agli stessi datori di lavoro pubblico che, probabilmente anche per questo motivo, non avevano mai testato davvero nuove modalità spazio-temporali per l'attività dei dipendenti.

Per superare le criticità emerse da una realtà lavorativa del tutto nuova per molte amministrazioni, il Governo ha fatto ricorso ad una flessibilità normativa senza precedenti. Di fatto, il buon senso e la ragionevolezza hanno prevalso sulla burocratizzazione della Pubblica Amministrazione.

Questo approccio ha ottenuto, senza dubbio, i suoi risultati e ha contribuito a diffondere presso i datori pubblici la consapevolezza dei benefici ottenibili.

Si può, quindi, affermare che nonostante le difficoltà pratiche, come la mancanza di strumenti tecnologici adeguati (ad esempio di dispositivi portatili, cellulari aziendali) e di formazione del personale, attraverso una normativa fortemente derogatoria rispetto a quella ordinaria, si è consentito l'accesso al lavoro agile a tutte le PA e a tutti i suoi dipendenti.

2. Smart working e telelavoro

Il lavoro agile non costituisce una autonoma tipologia contrattuale, ma una nuova modalità di prestazione dell'attività lavorativa.

¹ C. MACELI, *Lavoro agile in regime di emergenza tra necessità e opportunità*, Webinar organizzato da Formazione IFEL, 16 marzo 2020.

Esso è definito espressamente «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, comma 1, L. 81/2017).

Si tratta di una rivisitazione, in chiave maggiormente flessibile, del telelavoro, che consente di svolgere la prestazione lavorativa anche fuori dall'azienda.

Il *corpus* normativo fa seguito all'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002² e ne costituisce una naturale evoluzione, nel tentativo di evitare le rigidità e gli oneri che si ritiene abbiano comportato l'insuccesso di tale modalità di prestazione.

Lo scopo prefissato è duplice: da un lato aumentare la produttività individuale, con ricadute importanti per l'azienda, dall'altro consentire al lavoratore una migliore e più efficace conciliazione vita-lavoro.

Per il settore pubblico, l'art. 18, comma 3, della citata legge stabilisce che le norme introdotte in materia di lavoro agile si applichino, in quanto compatibili, anche alle amministrazioni, secondo le direttive di cui al richiamato art. 14 della Legge Madia e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente emanate per tali rapporti.

In attuazione della predetta disposizione è stata adottata la direttiva n. 3 del 2017³, che contiene istruzioni metodologiche per l'attivazione del lavoro agile nella PA.

² G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-327/2017; B. CALAFIORI, *Comparazione normativa internazionale*, in *Smart working: le regole applicative*, Commissione lavoro ODCEC Milano, a cura di L. Beretta, B. Calafiori, G. Rossi, S. Vianello, Milano, 2018, 44 ss.

³ Direttiva n. 3 del 2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri, recante *Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a*

Le linee guida, inserite nella direttiva, includono, poi, indicazioni inerenti l'organizzazione del lavoro e la gestione del personale per promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, favorire il benessere organizzativo e assicurare l'esercizio dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori.

Gli elementi caratterizzanti della disciplina normativa del fenomeno sono i seguenti⁴:

- l'accordo tra le parti circa la modalità "agile" di esecuzione del rapporto;
- l'organizzazione anche per fasi, cicli o obiettivi;
- l'assenza di precisi vincoli di orario, fermi restando i limiti di durata massima previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;
- l'assenza di un preciso luogo di lavoro, con una prestazione eseguita in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno, senza una postazione fissa, come si è visto essere stato disposto;
- il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Più nel dettaglio, l'accordo si può riferire ad un rapporto di lavoro subordinato, a tempo sia indeterminato, sia determinato. Si può instaurare tanto all'inizio, quanto durante il contratto, attraverso un patto scritto tra lavoratore e datore, senza modificare le mansioni del primo.

Il contratto di *smart working* può essere esso stesso a tempo determinato (prorogabile) o a tempo indeterminato.

La retribuzione deve essere equiparata, a parità di prestazioni, a quella spettante ad un lavoratore che non aderisce a tale modalità di svolgimento dell'attività.

Sotto il profilo dell'orario di lavoro, l'organizzazione dipende essenzialmente da un progetto, da un obiettivo da raggiungere e non da un orario. Deve, però, chiarirsi che l'attività lavorativa non può essere comunque prestata per un orario che superi il massimale previsto dalle

promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, in *www.funzionepubblica.gov.it*.

⁴ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2017, 245.

normative di legge. L'art. 18 della L. 81/2017, infatti, impone il rispetto dell'orario massimo giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Il luogo non deve necessariamente essere individuato nell'accordo, anche se molte aziende segnalano almeno le sedi in cui la prestazione lavorativa non può essere svolta, a tutela della sicurezza e della riservatezza dei dati.

Inoltre, all'interno del contratto vanno indicati gli strumenti tecnologici messi a disposizione del lavoratore, nonché le modalità di esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

In merito al recesso, in caso di *smart working* a tempo indeterminato, il termine di preavviso non può essere inferiore ai trenta giorni (novanta se il lavoratore è disabile).

La responsabilità della sicurezza ricade sul datore di lavoro, che deve fornire al lavoratore un'informazione particolareggiata anche sui rischi specifici. In tal senso è allora necessario modificare il DVR (documento di valutazione dei rischi) per eventuali nuove modalità di prestazione svolte all'esterno dell'azienda.

Dall'analisi dei suddetti elementi caratterizzanti, si può facilmente osservare che, rispetto al telelavoro, in quello agile la prestazione lavorativa è svolta non esclusivamente all'esterno dei locali aziendali, senza una postazione fissa e non necessariamente tramite il ricorso a strumenti tecnologici⁵. Nel telelavoro, invece, la prestazione deve essere svolta unicamente fuori dall'azienda e, in particolare, presso la propria abitazione.

3. *La diffusione*

Secondo le stime dell'Osservatorio del Politecnico di Milano⁶, nel 2019 gli *smart worker* sono circa 570 mila. Rispetto al 2018, nelle PA i progetti strutturati sono raddoppiati, passando dall'8% al 16%. Nonostante il notevole aumento dei casi, emerge che nel 2019 quasi 4 PA su 10 non hanno avuto progetti di *smart working* e sono indeci-

⁵ B. MAIAINI, *Smart working: perché conviene ad imprese e lavoratori*, in *Dossier Forum TuttoLavoro*, 2018.

⁶ Cfr. sito www.som.polimi.it.

se (31%) o addirittura disinteressate (7%) circa la sua introduzione. Inoltre, mediamente, solo il 12% del personale dell'amministrazione ha usufruito di questo strumento.

Questi dati dimostrano che, pur essendo cresciuto l'interesse delle amministrazioni verso forme agili di lavoro, i numeri raggiunti in un regime non emergenziale sono tuttora bassi rispetto alle aspettative. Nel confronto con il mondo del lavoro dipendente privato, la PA sconta ancora un differenziale verso le imprese di grandi dimensioni, che raggiungono valori percentuali del 58%. Nelle piccole e medie imprese, invece, la diffusione è solo pari al 12%⁷.

Risultati incoraggianti provengono da una prima indagine del Dipartimento delle Pari Opportunità sugli impatti generati dall'adozione massiva e forzata del lavoro agile in emergenza. Il numero di *smart workers* all'interno delle PA è, infatti, aumentato di circa 17 volte rispetto alla fase precedente la pandemia.

Si tratta di evidenze estremamente significative delle capacità di adattamento della Pubblica Amministrazione e sulle opportunità future di scardinare quel pregiudizio secondo il quale la mancanza di un controllo "fisico" renderebbe non adeguatamente produttivi i dipendenti⁸.

4. *Normativa emergenziale*

La rapidità con la quale si è dovuto provvedere ad una circostanza che ha visto l'Italia, ma più in generale il mondo, impreparati e la necessità di adeguare le norme all'evolversi della situazione epidemio-

⁷ Sul punto si veda E. PAPA, *Digitalizzazione. Smart working, vanno superate le difficoltà delle Pmi*, in *Corriere della Sera*, 17 aprile 2020, dove si sottolinea che su questo fronte le PMI sono più indietro delle pubbliche amministrazioni.

⁸ Primi dati dell'indagine condotta tra circa 30.000 dipendenti pubblici nell'ambito del progetto "*Lavoro agile per il futuro della PA*". Il progetto è finanziato con risorse del *PON Governance 2014-2020*. In particolare, la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le pari opportunità, a seguito dei provvedimenti adottati dal Governo per il contenimento dell'epidemia da *COVID-19*, tra i quali l'individuazione del lavoro agile come modalità ordinaria di erogazione della prestazione lavorativa nella PA, ha promosso una *survey* presso le pubbliche amministrazioni. Per un approfondimento sui dati completi dell'indagine si consulti il sito *www.amministrazioneagile.it*. Sul punto cfr. *infra* note 26 e 32.

logica hanno costretto il Governo a modificare l'assetto delle regole esistenti al fine di preservare la salute pubblica, tentando di contenere i danni irreparabili della pandemia⁹.

In tale contesto, è stata garantita la tutela dei diritti fondamentali alla salute e al lavoro non solo dei dipendenti a tempo indeterminato, ma anche dei lavoratori occupati con contratti temporanei e con contratti di collaborazione autonoma, che in situazioni non emergenziali ancora fatica a realizzarsi pienamente.

La disciplina "emergenziale", finalizzata al contrasto del Covid-19, cerca in via prioritaria (lo si è già detto) di ridurre i contagi, assicurando nel contempo le attività produttive essenziali ed il lavoro che per esse è necessario realizzare.

Per rispondere a tali bisogni, la normativa anti-contagio si serve, variandone alcuni aspetti, dello strumento del lavoro agile che si caratterizza, come sopra evidenziato, per la facoltà del dipendente di scegliere il luogo di esecuzione della prestazione, scelta resa impossibile dall'attuale situazione.

Quindi, più che di una modalità di lavoro agile, si potrebbe parlare di *home working*, in tal senso più vicino al telelavoro.

Muovendo da queste premesse, cercando di seguire nell'esposizione l'ordine degli adempimenti posti a carico dei datori di lavoro, si deve osservare che le imprese pubbliche e private devono ridurre al massimo gli spostamenti dei dipendenti.

Ciò implica per i datori di lavoro una valutazione circa le attività che richiedono la presenza dei dipendenti sui luoghi abituali di lavoro e quelle che possono essere ridotte e/o svolgersi da remoto.

In altri termini, in un regime emergenziale si deve comunque assicurare la continuità del servizio pubblico, ma le attività devono essere compresse, ridotte a quelle che il datore di lavoro ritiene indifferibili e necessarie per fronteggiare l'emergenza.

In un primo momento, il Governo aveva limitato la facoltà di adottare lo *smart working* soltanto alle zone maggiormente esposte al contagio, per poi estendere, con il D.P.C.M. 1 marzo 2020, su tutto il territorio nazionale la possibilità di attivare il lavoro agile con una pro-

⁹ A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *federalismi.it*, Editoriale del 1 aprile 2020, 5.

cedura semplificata, «per la durata dello stato di emergenza [...], dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato [...], anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti. Gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica, anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro».

Sin da subito si può constatare la flessibilità normativa, che consente di eliminare uno degli elementi caratterizzanti la legge del 2017, ovvero la negoziazione tra le parti.

Successivamente, il D.P.C.M. 11 marzo 2020 ha elevato il lavoro agile a modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, applicabile a tutto il personale, non più soltanto ai rapporti di lavoro subordinato, prescindendo non solo dagli accordi individuali, ma perfino dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge del 2017.

Di fondamentale importanza nell'individuazione degli elementi essenziali del ruolo "anti contagio" dello *smart working*¹⁰ sono la direttiva 2/2020 nonché la circolare 2/2020 della Funzione Pubblica¹¹, esplicativa del D.L. 18/2020 (C.d. Cura Italia).

Nello specifico, si introduce un rafforzamento dei poteri datoriali: non si attende l'istanza del lavoratore e si estende la modalità dello *smart working* fino alla fine dell'emergenza. Non è prevista una soglia massima per il ricorso ai predetti strumenti.

Da una disamina delle norme, si può immediatamente ricavare che se generalmente è il personale che richiede di usufruire del telelavoro (Legge Madia) o del lavoro agile, durante l'emergenza epidemiologia è il datore di lavoro che è obbligato ad adottare in via prioritaria lo *smart working*.

Per garantirne la massima applicazione, le PA devono ricorrere a modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura, escludendo appesantimenti amministrativi e favorendo la celerità dell'autorizza-

¹⁰ R. CAMERA, *Misure di sicurezza in azienda: perché (e come) ricorrere allo smart working*, in *IPSOA Quotidiano*, 19 maggio 2020.

¹¹ Cfr. Direttiva 1/2020 del 25 febbraio 2020; Circolare 1/2020 del 4 marzo 2020; Direttiva 2/2020 del 12 marzo 2020; Circolare 2/2020 del 2 aprile 2020, in *www.funzionepubblica.gov.it*.

zione (ad. es. scambio di *mails* con il dipendente per il riconoscimento dello *smart working*, piuttosto che predisposizione di moduli da compilare o di provvedimenti amministrativi).

In tale ottica, ad esempio, è previsto l'obbligo di adoperare misure valevoli per tutto il personale, anche per i dipendenti in *part-time*, in periodo di prova, di qualifica dirigenziale, categorie che da molte pubbliche amministrazioni erano state escluse dalla sperimentazione.

Quanto all'individuazione delle attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e a quelle indifferibili, le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, devono fare riferimento sia all'utenza interna (a titolo esemplificativo: pagamento degli stipendi, attività logistiche necessarie per l'apertura e la funzionalità dei locali) che all'utenza esterna.

Il *favor* verso l'attivazione più estesa possibile del lavoro agile non esclude, tuttavia, il ricorso, per motivate esigenze organizzative, agli altri istituti richiamati dall'art. 87 del D.L. 18/2020, tra i quali ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione nel rispetto della contrattazione collettiva o ancora banca delle ferie (trasferimento di ferie e permessi tra dipendenti pubblici dello stesso ente). L'esenzione del lavoratore dal pubblico servizio è, invece, una *extrema ratio* e va motivata.

In relazione all'erogazione dei buoni pasto, il personale posto in lavoro agile non ha un automatico diritto agli stessi e ciascun ente pubblico assume le determinazioni di competenza confrontandosi con le organizzazioni sindacali.

Per quanto concerne, invece, istituti quali gli straordinari, il lavoro notturno, festivo o feriale non lavorativo, che determinino maggiorazioni retributive, oppure brevi permessi o altri istituti che comportino la riduzione dell'orario giornaliero di lavoro, essi appaiono difficilmente compatibili con la strutturazione del lavoro agile quale ordinaria modalità della prestazione.

Si ritiene, pertanto, conforme alla normativa che una PA non riconosca a chi si trovi in modalità agile prestazioni di lavoro straordinario, il quale ha come presupposto il superamento dell'orario di lavoro ordinario, verificabile dal datore di lavoro, così come tutte quelle voci retributive legate strettamente allo svolgimento della prestazione lavorativa presso una sede fissa di lavoro ed un orario rigidamente determinato.

Non si esclude, peraltro, che le amministrazioni, nell'esercizio dei propri poteri datoriali, prevedano una reportistica giornaliera sugli obiettivi raggiunti dal lavoratore agile.

È comunque rimessa all'autonomia di ciascuna amministrazione la scelta di ricorrere a schede o documenti di sintesi degli obiettivi raggiunti con riferimento a periodi temporali più estesi.

Riguardo all'art. 24 del D.L. 18/2020, relativo ai permessi retribuiti *ex lege* 104/1992, l'incremento degli stessi, previsto dal decreto, segue le regole ordinarie. Quindi, se un dipendente assiste più di una persona disabile ha diritto di sommare tanti incrementi quante sono le persone assistite.

Sui congedi parentali straordinari, il lavoro agile di un genitore legittima la fruizione del congedo *Covid-19* da parte dell'altro genitore, in considerazione della circostanza che lo *smart working* non è un diverso tipo di contratto di lavoro, ma solo un modo differente di svolgere l'attività professionale.

Coerentemente con quanto indicato nella direttiva 2/2020 e nella circolare 2/2020 della Funzione Pubblica, sono stati stipulati anche dei Protocolli¹² con le organizzazioni sindacali, con lo scopo di promuovere e agevolare il ricorso a misure necessarie a contenere la diffusione del contagio, mettere in sicurezza gli ambienti di lavoro e di accesso al pubblico e contestualmente garantire la continuità dei servizi e i livelli retributivi dei pubblici dipendenti che li prestano, sulla scia del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, sottoscritto il 14 marzo 2020 e integrato il 24 aprile u.s.

Tali accordi prevedono, tra l'altro: la necessità di una rimodulazione dell'organizzazione del lavoro e degli uffici che consenta di ridurre la presenza del personale e dell'utenza grazie al ricorso, *in primis*, al lavoro agile e alla rotazione dei dipendenti; la garanzia della salubrità dei luoghi di lavoro; la preferenza, laddove possibile, per l'erogazione da remoto o in modalità agile anche dei servizi indifferibili e, in caso contrario, la loro fruibilità secondo appuntamenti cadenzati in sede con personale dotato di adeguati dispositivi di protezione personale;

¹² Protocolli di Intesa siglati tra PA – CGIL, CISL, UIL e PA – CSE, CIDA, COSMED, CO, rispettivamente il 3 e 8 aprile 2020, in www.funzionepubblica.gov.it.

la necessità di armonizzare le indicazioni di tutte le pubbliche amministrazioni in merito all'estensione dei permessi retribuiti previsti dalla legge 104; la chiusura dei locali e degli uffici dell'amministrazione per almeno 24 ore così da effettuare la sanificazione laddove fosse individuato un caso di positività al Covid-19 di un dipendente o di un eventuale cittadino/utente che abbia avuto recente accesso agli spazi; la garanzia, in caso di isolamento momentaneo dovuto al superamento della soglia di temperatura o al pervenire di sintomi riconducibili al coronavirus, alla riservatezza e alla dignità del lavoratore interessato.

Anche il D.P.C.M. 26 aprile 2020 conferma che per i datori di lavoro pubblici resta fermo quanto stabilito dall'art. 87 del D.L. 18/2020. Il lavoro agile continua, quindi, ad essere la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni.

Per contrastare e contenere l'emergenza epidemiologica, sono state attuate misure volte a garantire l'acquisizione delle dotazioni informatiche necessarie alle amministrazioni per lo svolgimento del lavoro agile.

Da ultimo, la L. 27/2020 di conversione del D.L. 18/2020 (in vigore dal 30 aprile u.s.) ha disposto l'aumento delle forniture di *personal computer* portatili e di *tablet*, a tal fine modificando la normativa che ne regola gli acquisti attraverso la Consip S.p.A. (art. 87-bis)¹³.

Si rammenta, in ogni caso, che le pubbliche amministrazioni per incentivare lo *smart working*, a fronte dell'indisponibilità di dotazioni informatiche, possono legittimare il dipendente ad utilizzare i propri dispositivi.

A dettare le linee guida da seguire nella Fase 2 è la direttiva n. 3/2020¹⁴.

Anzitutto, la direttiva chiarisce che la disciplina applicabile alle pubbliche amministrazioni deve essere letta alla luce delle misure di ripresa introdotte dal D.P.C.M. 26 aprile 2020, che allarga il novero delle attività economiche non più soggette a sospensione.

¹³ Tale previsione era stata già inserita nell'art. 18 del D.L. 9/2020, abrogato dall'art. 1, comma 2, della L. 27/2020 a decorrere dal 30 aprile 2020. Il contenuto di tale disposizione è stato, poi, trasfuso nell'art. 87-bis del D.L. 18/2020 convertito, con modificazioni, dalla citata L. 27/2020.

¹⁴ Direttiva 3/2020 del 4 maggio 2020, in www.funzionepubblica.gov.it.

Pertanto, al fine di assicurare il supporto adeguato e costante alla progressiva riapertura di alcune filiere e settori, le amministrazioni possono rivedere le attività indifferibili e quelle da rendere in presenza, ampliando il novero di quelle individuate in prima battuta.

Ad ogni modo, sarà cura delle stesse amministrazioni assicurare la compatibilità delle modalità organizzative e gestionali con la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

A fronte degli esiti del monitoraggio, la direttiva invita gli enti a rafforzare le dotazioni informatiche mobili, servizi in *cloud* e licenze grazie alle recenti norme di semplificazione e ad accelerare la digitalizzazione dei procedimenti, ponendo particolare attenzione alla formazione del personale, limitando al massimo il rischio di *stress* correlato alle nuove modalità di lavoro e garantendo il diritto alla disconnessione¹⁵, che rappresenta uno dei nodi cruciali del lavoro agile.

Sul punto recentemente il Garante per la protezione dei dati personali, nell'audizione del 13 maggio u.s., ha sostenuto che va assicurato «in modo più netto di quanto già previsto» quel diritto alla disconnessione, «senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale»¹⁶.

Infatti, molti dipendenti lamentano la mancanza di tutela di questo diritto, nonostante la fissazione nell'art. 18 della L. 81/2017 del rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale e l'imposizione, nell'art. 19 della stessa legge, di tempi di riposo nonché di misure tecniche e organizzative necessarie per salvaguardare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

¹⁵ In Francia la c.d. *Loi travail*, all'art. 55, ha imposto alle aziende di garantire ai propri lavoratori il “diritto a essere disconnessi” al di fuori dell'orario di lavoro. In particolare, le aziende con più di 50 dipendenti sono obbligate a negoziare con i lavoratori il diritto di non rispondere a e-mail e telefonate di lavoro durante il periodo di riposo.

¹⁶ Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema di Ricadute occupazionali dell'epidemia da *Covid-19*, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro, 13 maggio 2020, in *www.garante-privacy.it*.

In molti casi è stata la contrattazione aziendale a disciplinare il diritto alla disconnessione, talvolta solo stabilendo determinate fasce orarie che definiscono a contrario tale diritto¹⁷.

La direttiva 3/2020, infine, induce le amministrazioni ad implementare azioni di analisi organizzativa, di monitoraggio e di semplificazione delle procedure, oltre a quelle citate di investimento nelle tecnologie informative e di sviluppo delle competenze, al fine di accelerare l'innovazione organizzativa come presupposto per incrementare il ricorso al lavoro agile nella fase successiva all'emergenza.

In ultimo, si segnala che l'art. 263 del D.L. 34/2020, cd. Decreto Rilancio, riprende il contenuto della direttiva 3/2020.

Si ribadisce, pertanto, che lo *smart working* riveste ancora la modalità ordinaria di svolgimento delle attività, ma appare prioritario dare corso alle istanze e alle segnalazioni dei privati, assicurando la continuità dell'azione amministrativa e la rapida conclusione dei procedimenti.

I dirigenti dovranno, quindi, formarsi per raggiungere questi obiettivi che influiranno sulla valutazione delle *performance*.

5. *Le tecnologie digitali*

Un reale cambiamento nelle metodologie di lavoro non sarebbe possibile senza tecnologie digitali.

Il digitale, infatti, consente di ampliare e rendere virtuale lo spazio di lavoro, abilitando tipologie di comunicazione, collaborazione e socializzazione, indipendenti da orari e luoghi di lavoro¹⁸.

Nello scenario pandemico si è reso necessario il rapido diffondersi di nuove soluzioni tecnologiche, che si affiancano a quelle basilari, già in parte adottate.

Per garantire la piena operatività da remoto bisogna dotare la Pubblica Amministrazione di strumenti che consentano l'accesso sicuro

¹⁷ G.A. RECCHIA, *I rinvii al contratto collettivo nel lavoro agile tra ambiguità normative e ragionevole implementazione dell'istituto*, in *Rivista ADL - Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6/2018, 1501 ss.; R. AMATO, *Diritto a disconnettersi orari e buoni pasto*, ne *La Repubblica*, 3 maggio 2020; M. PATUCCHI, *Smart working e contratti dal governo sì alle regole*, *ivi*, 3 maggio 2020.

¹⁸ Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari Opportunità – *La tecnologia come fattore abilitante per lo smart working* – Webinar, 7 maggio 2020.

alle applicazioni IT, di *software* gestionali e di scambio di informazione efficaci.

L'incremento di tali strumenti ha messo a dura prova la *cyber security* di sistemi, infrastrutture e dati, rendendo necessaria l'introduzione di meccanismi di protezione basati su tecnologie all'avanguardia.

Nello stato emergenziale sono state circa 3 su 5 le amministrazioni che hanno fornito ai lavoratori una connessione VPN (*Virtual Private Network*: una rete privata virtuale che permette di lavorare da remoto come se si fosse in sede) e solo il 59% dei lavoratori agili ha potuto usarla per svolgere la propria prestazione, mentre il restante 41% opera attraverso una rete internet propria¹⁹.

Attraverso l'uso della predetta VPN e di soluzioni in *cloud* (*Cloud Computing*: una rete internet su cui vengono immagazzinati dati accessibili, modificabili e archiviabili su richiesta), con l'aiuto di *software antivirus* e *firewall* e delle cosiddette ACL (*Access Control List* – liste di regole che controllano gli accessi ad un sistema informatico, stabilendo quali utenti possono accedere, a quali *files* o *directory* e quali azioni siano consentite) è possibile proteggere il dato e limitarne il rischio di perdita²⁰. È comunque indispensabile la collaborazione del dipendente, formato opportunamente, in modo che adotti sempre una condotta appropriata, per tutelare i dati da salvaguardare, la *privacy* dei terzi e degli stessi colleghi.

6. Privacy e lavoro agile nella PA

Come anticipato nel paragrafo precedente, l'esecuzione della prestazione lavorativa al di fuori degli uffici rende necessari specifici accorgimenti di sicurezza, a tutela della documentazione e dei dati, anche di natura riservata, resi accessibili al dipendente.

La scarsa normativa in materia di lavoro agile non fornisce indicazioni in particolare sulla *privacy*, dovendosi applicare, di conseguenza, la normativa generale.

¹⁹ Cfr. nota 8 e *infra* note 26 e 32.

²⁰ G. ROSSI, *La privacy applicata allo smart working*, in *Smart working: le regole applicative*, cit., 54 ss. (spec. 63).

L'unico riferimento al riguardo nella L. 81/2017 è contenuto nell'art. 21²¹, avente ad oggetto l'esercizio del potere di controllo e disciplinare da parte del datore di lavoro, che richiama l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, modificato dal D.Lgs. 151/2015, sull'impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale.

Le informazioni raccolte sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto della normativa vigente in tema di *privacy*.

A ben vedere, la *privacy* diventa un nodo centrale nella diffusione del lavoro agile anche nelle pubbliche amministrazioni, al fine di tutelare da un lato il lavoratore, che dovrà essere informato sulle modalità e finalità di controllo del datore di lavoro, dall'altro gli enti, che nel lavoro a distanza perdono il controllo diretto sul dipendente, con maggior rischio di violazione della riservatezza dei dati. Pertanto, prima dell'impiego del lavoro agile è necessario predisporre adeguati sistemi strutturati di sicurezza e di tutela del valore in discorso.

Da alcuni dati pubblicati dal CNIL – il Garante francese della *Privacy* – è emerso, ad esempio, che anche in ambienti di lavoro dotati di misure di sicurezza si è verificata una considerevole diffusione di dati sensibili o confidenziali²².

Il Regolamento UE 2016/679, agli artt. 33 e 34, disciplina in modo particolareggiato la procedura da seguire in caso di violazione dei dati personali (*data breach*)²³, cioè di quella violazione di sicurez-

²¹ S. BINI, *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. Brevi osservazioni*, ne *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes – 6/2017, 77 ss.

²² M. CHIARELLI, *Lo smart working ai tempi del Coronavirus*, in *Diritto.it*, 25 marzo 2020.

²³ In caso di violazione dei dati personali, il titolare del trattamento (soggetto pubblico, impresa, associazione, partito, professionista, ecc.) senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, deve notificare la violazione al Garante per la protezione dei dati personali a meno che sia

za che comporta – accidentalmente o per effetto di un comportamento altrui intenzionalmente assunto in modo illecito – la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati. Una violazione della loro normale indisponibilità può infatti compromettere, infatti, la sfera di riservatezza e l'integrità di vita, in genere, del soggetto leso.

Alcuni esempi di *data breach* sono: l'accesso o l'acquisizione dei dati da parte di terzi non autorizzati; il furto o la perdita di dispositivi informatici contenenti dati personali; la deliberata alterazione di dati personali; l'impossibilità di accedere ai dati per cause accidentali o per attacchi esterni, virus, *malware*; la perdita o la distruzione di dati personali a causa di incidenti, eventi avversi, incendi o altre calamità; la divulgazione non autorizzata dei dati personali.

Tuttavia, in un contesto quale quello attuale, caratterizzato dalla tempestiva necessità globale dell'uso dello *smart working*, diventa complessa la programmazione di una politica aziendale in tal senso.

Un *vademecum* per lavorare on line e in sicurezza è fornito dall'AgID, con l'intento di contrastare eventuali attacchi informatici tramite

improbabile che la violazione dei dati personali comporti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Il responsabile del trattamento che viene a conoscenza di una eventuale violazione è tenuto a informare tempestivamente il titolare in modo che possa attivarsi. Le notifiche al Garante effettuate oltre il termine delle 72 ore devono essere accompagnate dai motivi del ritardo. Inoltre, se la violazione comporta un rischio elevato per i diritti delle persone, il titolare deve comunicarla a tutti gli interessati, utilizzando i canali più idonei, a meno che abbia già preso misure tali da ridurre l'impatto. Il titolare del trattamento, a prescindere dalla notifica al Garante, documenta tutte le violazioni dei dati personali, ad esempio predisponendo un apposito registro. Tale documentazione consente all'Autorità di effettuare eventuali verifiche sul rispetto della normativa. Si precisa che vanno notificate unicamente le violazioni di dati personali che possono avere effetti avversi significativi sugli individui, causando danni fisici, materiali o immateriali. Ciò può includere, ad esempio, la perdita del controllo sui propri dati personali, la limitazione di alcuni diritti, la discriminazione, il furto d'identità o il rischio di frode, la perdita di riservatezza dei dati personali protetti dal segreto professionale, una perdita finanziaria, un danno alla reputazione e qualsiasi altro significativo svantaggio economico o sociale. Per un maggiore approfondimento si rinvia al sito www.garanteprivacy.it.

comportamenti responsabili, anche quando i dipendenti utilizzano dotazioni personali. Tali raccomandazioni sono state elaborate dal Cert PA di AgID²⁴.

Inoltre, tra le indicazioni della *Guida Pratica al lavoro agile nella PA*²⁵, creata per attivare rapidamente forme di lavoro da remoto, vi sono anche istruzioni utili per quei dipendenti che in tale situazione di necessità stanno utilizzando i *device* personali.

In particolare, si raccomanda di non salvare documenti di ufficio sul *pc* personale, se non temporaneamente e poi cancellarli immediatamente (specie se contengono informazioni personali), di porre attenzione nell'inviare foto per far vedere che si è in *smart working* inquadrando il *monitor* contenente dati personali, di avere sistema operativo e antivirus aggiornati, di creare un *account* specifico per l'uso nei momenti di lavoro, se il *pc* è usato anche da familiari o conviventi.

Ad ogni modo, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha precisato che l'accesso a dati aziendali non è più rischioso in *smart working*: la pericolosità dipende da come lo strumento e l'operatore gestiscono il dato, non dalla locazione della persona.

7. Conclusioni

La Pubblica Amministrazione ha dimostrato, nonostante le diverse difficoltà, di essere stata in grado di affrontare la sfida alla quale è stata chiamata²⁶.

Ma cosa accadrà quando l'utilizzo dello *smart working* tornerà ad essere un'opzione e non una necessità?

Prima di tentare di rispondere a questo interrogativo, è opportuno mettere in risalto che la sostituzione del lavoro virtuale a quello in ufficio potrà durare fino a quando sarà indispensabile, ma dopo dovrà

²⁴ Cfr. www.agid.gov.it.

²⁵ Cfr. www.funzionepubblica.gov.it.

²⁶ In tale senso, basti guardare, ancora una volta, ai dati emersi dall'indagine condotta nell'ambito del progetto *Lavoro agile per il futuro della PA*: l'82%, dei quasi 3000 tra dirigenti e titolari di posizioni organizzative che hanno risposto, ha dichiarato che il proprio team sta rispettando gli obiettivi assegnati, il 78% che è riuscito a relazionarsi bene con i collaboratori e il 77% che ha ricevuto supporto dai propri collaboratori nella gestione dell'emergenza. Per un maggiore approfondimento sul progetto cfr. *supra* note 8 e 32.

solo affiancare la modalità ordinaria di svolgimento delle prestazioni lavorative in sede, perché

Il digitale non può sostituire tutto. Come specie sociale, noi abbiamo bisogno di incontrare gli altri. Solo il 7% della nostra comunicazione passa per le parole. Quanta ne passa attraverso uno schermo? Quanto sforzo aggiuntivo ci richiede comprendere gli altri in modo bidimensionale – solo attraverso immagini e suoni? Quante opportunità di collaborazione, comprensione e arricchimento reciproco non stiamo avendo perché non è possibile mettere in agenda la casualità, l'ispirazione del momento, la chiacchiera fuori contesto?²⁷.

La soluzione per il futuro deve, quindi, essere intermedia, in modo da non correre il rischio che i vantaggi di entrambe le modalità di svolgimento del lavoro si trasformino in somma di svantaggi.

Non è infatti scontato che il lavoro agile produca in maniera automatica effetti positivi²⁸. Una modalità di lavoro non è migliore soltanto per la maggiore flessibilità spazio-temporale, occorre creare le condizioni per raggiungere i risultati auspicati.

Questo periodo deve, perciò, essere sfruttato per analizzare in maniera critica gli aspetti sui quali è necessario investire per rendere funzionale ed efficace lo *smart working*, quando l'emergenza sarà finita.

È utile, tuttavia, ricordare che quello che si sta sperimentando in questi mesi non è lo *smart working* “tradizionale”, ma un lavoro da remoto forzato ed estremo, che genera alcune criticità proprie del telelavoro: senso di isolamento, difficoltà a disconnettersi e a mantenere un bilanciamento tra vita privata e professionale.

Tanto precisato, è importante sottolineare che da alcuni studi sono emersi risvolti positivi in termini di risparmio di affitti, di utenze, di attrezzature nonché di ottimizzazione degli spazi di lavoro.

Vantaggi possono derivare anche dalla riduzione di alcuni costi sociali. Difatti, se tutti i dipendenti potranno svolgere la prestazione di lavoro anche in modalità agile (ad esempio 1/2 volte alla settimana),

²⁷ R. ZEZZA, *Ecco tre motivi per cui lavoriamo di più e peggio di prima*, in *www.ilsole24ore.it*, 15 maggio 2020.

²⁸ R. CAPPETTA, M. DEL CONTE, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in *Treccani, Sez. Diritto*, 31 marzo 2020.

ci saranno risparmi di spesa pubblica, potendo ogni dipendente occuparsi personalmente dei propri figli minorenni e dei genitori anziani.

A sostegno di quanto sopra sostenuto, l'indagine inserita nel progetto *Smart Working x Smart Cities*, sviluppato dall'Unità Studi, Analisi e Valutazioni dell'ENEA, ha dimostrato che il 56% del totale delle persone partecipanti allo studio ha almeno un figlio in età scolare e il 44% dichiara di avere persone che necessitano di assistenza²⁹.

Benefici potrebbero scaturire anche da un abbassamento del tasso di assenteismo, riducendosi, con l'adesione a modalità flessibili di lavoro, le richieste dei permessi o delle malattie.

Da non tralasciare, ancora, i vantaggi in termini di sostenibilità ambientale, che, durante il periodo di *lockdown*, sono conseguiti alla riduzione del traffico³⁰. Meno chilometri percorsi significa anche meno *stress* da auto, meno incidenti all'anno, oltre che riduzione dell'usura del veicolo e spesa del carburante³¹.

Un altro profilo cruciale è il tema della conciliazione vita-lavoro che, come rilevato nel *Progetto Lavoro agile per il futuro della P. A. Pratiche innovative per la conciliazione vita-lavoro*³², rappresenta un fattore fondamentale nella promozione della parità e non discriminazione fra uomini e donne.

La questione dell'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro è peraltro collegata alla possibile crescita economica del Paese.

Da alcune ricerche, riportate nel Progetto citato, emerge che la

²⁹ M. PENNA, B. FELICI, R. ROBERTO, M. RAO, A. ZINI, *Il tempo dello Smart Working. La PA tra conciliazione, valorizzazione del lavoro e dell'ambiente. Primi risultati dell'indagine nazionale sul lavoro agile e telelavoro nel settore pubblico*, Frascati, 2020.

³⁰ F. FORMICA, *Smart working, risparmiate 100 mila ore di traffico e mezzi pubblici*, ne *La Repubblica*, 25 aprile 2020.

³¹ A. GRAZIOTTIN, *Perché lo smart working diventa (anche) smart living*, ne *Il Mattino*, 18 maggio 2020.

³² Nell'ambito del *Programma Operativo Nazionale (PON) Governance e Capacità Istituzionale 2014/2020*, Asse 1, il Dipartimento per le pari opportunità è beneficiario, sulla base della Convenzione sottoscritta con il Dipartimento della Funzione Pubblica in data 28 luglio 2016, del progetto triennale *Lavoro Agile per il futuro della PA*. Il progetto prevede la realizzazione di un'azione di sistema articolata sul tema della conciliazione vita-lavoro, quale questione centrale e strategica che colloca a pieno titolo il *mainstreaming* di genere nelle politiche di sviluppo economico, oltre che di accesso e permanenza delle donne nel mondo del lavoro. Si veda anche la nota 8.

parità di genere fra gli occupati potrebbe incrementare il PIL in Europa del 13%. Addirittura uno studio di Banca d'Italia afferma che, se la partecipazione delle donne al lavoro in Italia raggiungesse i livelli definiti a suo tempo negli obiettivi di Lisbona, il PIL salirebbe di 7 punti percentuali.

Strumenti lavorativi flessibili, affiancati a servizi di supporto alla genitorialità, a convenzioni con asili nidi e scuole dell'infanzia, permettono in definitiva alle donne lavoratrici di lavorare di più, riducendo significativamente il ricorso a congedi, ferie e permessi.

Un passo in avanti è stato compiuto, in tal senso, per effetto delle integrazioni normative della Legge di Bilancio del 2019, che ha imposto ai datori di lavoro pubblici e privati di riconoscere priorità alle richieste di prestazioni in modalità agile provenienti dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità, di cui all'art. 16 del D.Lgs. 151/2001, ovvero dai lavoratori con figli in condizione di disabilità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della L. 104/1992 (art. 18, comma 3-bis, L. 81/2017).

Alla luce di quanto esposto, possiamo concludere che la PA non può non guardare al proprio futuro prescindendo da tale modalità lavorativa.

L'emergenza ha permesso alle amministrazioni una repentina accelerazione nella trasformazione della propria organizzazione del lavoro e lo sforzo profuso in questi mesi non può essere vanificato. L'esperienza di questi mesi è la giusta occasione per diventare migliori di prima e – come ritiene il ministro del settore – «per far sì che un cambiamento improvviso possa trasformarsi in una rivoluzione permanente»³³.

Pertanto, la sfida dei prossimi anni sarà quella di rendere lo *smart working* una realtà nell'organizzazione della Pubblica Amministrazione. A tal fine è necessario, però, un cambiamento di mentalità, soprattutto da parte delle stesse amministrazioni.

Ciò può avvenire incentivando il formarsi di una nuova cultura organizzativa del lavoro, che interessi sia la *leadership*, che dev'essere pronta a delegare e a dare fiducia ai suoi dipendenti, sia gli stessi lavoratori, ai quali si richiedono una maggior senso di responsabilità e più

³³ F. DADONE, Comunicato *Smart working solida realtà anche in futuro*, 23 aprile 2020, in www.funzionepubblica.gov.it.

elevate competenze professionali³⁴, acquisibili solo attraverso un'adeguata formazione, che guidi il personale a traguardi non più orientati all'adempimento della singola prestazione, ma al raggiungimento di risultati.

Come messo in evidenza da una indagine di *Promo PA Fondazione*, l'adozione dello *smart working* dovrà, quindi, contemplare un percorso formativo rivolto alla classe manageriale e a tutti i dipendenti, al fine di implementare un nuovo metodo di lavoro, basato sul cambiamento organizzativo, sul coinvolgimento di tutto il personale, sull'uso costante della tecnologia, per garantire il superamento dei problemi emersi in questi mesi, legati anche ad un difficile adeguamento culturale al nuovo contesto di lavoro³⁵.

Inoltre, per vincere la sfida del domani, la classe datoriale e dirigenziale dovrà essere in grado di costruire un forte senso di appartenenza ad un progetto condiviso.

Del resto, in questa fase emergenziale la battaglia è stata vinta grazie al coinvolgimento emotivo dell'intera comunità, impegnata a perseguire un obiettivo comune³⁶.

Partecipazione, coesione, appartenenza, fiducia sono, dunque, i valori dai quali partire per generare comportamenti produttivi e consapevolezza delle proprie responsabilità. Ne consegue che la capacità

³⁴ P. BOCCARDELLI, *Smart working e innovazione contro il coronavirus*, Le considerazioni di #ItaliaSmart, virtual panel organizzato da Cdp con Luiss Business School, ne www.ilsole24ore.it, 9 aprile 2020. B. MAIAINI, *Smart working: perché conviene ad imprese e lavoratori*, in *Dossier Forum TuttoLavoro* 2018.

³⁵ L. GIA, P. JADELUCA, *Pc personali, poca sicurezza, calo di produttività: cosa non funziona nella Pa dello smart working*, in www.repubblica.it, 3 maggio 2020. Nell'articolo si mette in risalto come dall'indagine sia emerso che a fronte di una percentuale dell'81% di lavoratori inglesi che esercita la propria attività su portatili forniti dal datore di lavoro, nella PA italiana il 50% dei rispondenti dichiara che meno del 40% dei dipendenti lavora su PC aziendali (con valori che scendono fino al 10% nel caso di alcuni Comuni). Questo comporta un evidente impatto negativo sulla sicurezza informatica, in quanto l'accesso ai data base degli Enti tramite PC personali, privi dunque di adeguati requisiti di sicurezza, implica un elevato rischio *hackeraggio*, violazione di privacy e perdita controllo dati. G. STAGNO, *Smart Working: ecco cinque punti da cui ripartire per il dopo-emergenza*, in www.forumpa.it, 9 aprile 2020.

³⁶ Obiettivo che nell'attuale contesto emergenziale si è tradotto nella voglia di tornare il più presto possibile alla nostra quotidianità.

di creare senso di appartenenza al *team* e di fare innamorare i dipendenti del proprio lavoro sono gli ingredienti per garantire l'efficienza e l'efficacia dello *smart working* e più in generale dell'azione della Pubblica Amministrazione, perché «l'unico modo di fare un ottimo lavoro è amare quello che si fa»³⁷.

³⁷ S. JOBS, dal discorso all'Università di Stanford, 12 giugno 2005.

FABIO DELL'AVERSANA

Le arti e lo spettacolo alla prova del Covid-19¹

SOMMARIO: 1. Un'emergenza nell'emergenza. – 2. *Quid juris?* – 3. Per un diritto delle arti e dello spettacolo equo e pluralistico.

1. *Un'emergenza nell'emergenza*

Ci siamo ritrovati a vivere una situazione di emergenza senza precedenti nella storia con una tale velocità che, ancora oggi, a distanza di alcuni mesi dal suo inizio, è difficile comprendere ragioni e cause di quanto abbiamo vissuto e di quanto ancora, probabilmente, saremo costretti a subire in ragione del dilagare del virus: così, compressioni delle libertà costituzionali e attivazioni di procedure *extra ordinem* – spesso ricordate in note marginali dei migliori testi di diritto costituzionale – hanno suscitato riflessioni contrastanti in punto di diritto sulle quali ancora molto si dovrà indagare. Sul giurista, ancora una volta, è ricaduto il gravoso onere di rintracciare il corretto bilanciamento tra la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e le esigenze di sicurezza che hanno giustificato e imposto le drastiche misure del *lockdown*.

La crisi sanitaria ha prodotto i suoi effetti dirompenti in molti settori delle nostre vite e non è da sottovalutare il fatto che alcuni ambiti siano stati incisi con una forza maggiore rispetto ad altri. Nello specifico settore delle arti e dello spettacolo, ad esempio, si è ben presto palesata una situazione particolarmente grave, che, per certi versi, si era conclamata anche prima dell'insorgere della emergenza sanitaria. È così stato posto all'attenzione dell'opinione pubblica un dato che era noto, da tempo, agli addetti ai lavori: il mondo delle arti e dello

¹ Il presente testo è stato consegnato a margine della Audizione dinanzi alla VII Commissione del Senato della Repubblica (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport) in merito all'impatto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 nel settore della cultura tenutasi in data 2 luglio 2020.

spettacolo è in profonda sofferenza a causa di una situazione difficile e persistente nel tempo; la crisi ha, dunque, soltanto reso ancor più urgente l'esigenza di individuare le migliori soluzioni ai problemi contingenti preesistenti.

Non è facile riflettere su ciò che sta accadendo e sulle conseguenze che riguarderanno la società e le istituzioni ma è indispensabile provarci, con approfondite riflessioni che siano formulate avendo riguardo allo specifico sistema delle attività e dei servizi culturali e delle istituzioni che vi operano². Non è un caso che nei duri mesi del *lockdown* si siano moltiplicate le occasioni di incontro organizzate, stanti i divieti imposti alla organizzazione di convegni e seminari, nella nuova e inesplorata modalità online del *webinar*, proprio per agevolare l'incontro tra professionisti dei singoli settori e la conseguente riflessione su specifiche problematiche. In questa prospettiva, anche SIEDAS – Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo, associazione che persegue lo scopo di sensibilizzare la comunità accademica e gli operatori del settore allo studio delle tematiche ascrivibili al diritto delle arti e dello spettacolo, si è fatta promotrice dell'organizzazione di alcuni incontri dedicati al mondo della musica, del cinema, del teatro, della danza, delle arti e del terzo settore³: ne è venuto fuori un confronto pubblico che ha visto impegnati, da un lato, gli operatori del settore e, dall'altro, rappresentanti delle autorità pubbliche. Sono

² M. CAMMELLI, *Pandemia: the day after e i problemi del giorno prima*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1/2020, il quale ricorda che alcuni effetti sono certi, e oggi già visibili. Aggiunge l'Autore che «(i)l blocco generalizzato e istantaneo di ogni attività non ha solo svuotato in un istante musei, biblioteche e siti ma ha traumaticamente separato le "cose" e la loro materialità da chi fruendone ne assicura e rinnova il significato. Al punto che le stanche polemiche sulle ovvie distinzioni (di finalità) tra tutela e valorizzazione e l'altrettanto ovvio reciproco intreccio sul piano funzionale e operativo risultano, nella desertificazione attuale di ogni spazio pubblico e nella distanza siderale tra beni e monumenti immersi nella solitudine e reclusione privata della popolazione, di surreale inutilità e pochezza. In mezzo, nella terra di nessuno, resta l'immagine di una socialità sospesa e proprio perché negata mai tanto necessaria agli uni e all'altra».

³ Il ciclo di incontri ricordato nel testo è liberamente accessibile collegandosi al canale YouTube di SIEDAS: https://www.youtube.com/channel/UCUXR74HwL_0x-TJaP6LpLLw.

state immaginate soluzioni concrete e ognuno dei relatori ha offerto il proprio fattivo e proficuo contributo.

L'idea posta a fondamento di questa iniziativa – di cui mi sono fatto diretto promotore e organizzatore e che ha avuto come titolo proprio quello riproposto per questo contributo scritto – è che la situazione emergenziale che abbiamo vissuto può rappresentare una seria occasione per affrontare, senza esitazioni, la problematica della regolamentazione giuridica del mondo delle arti e dello spettacolo. È questa una idea che coltivo personalmente da tempo e che, in tutta la sua forza, è venuta fuori anche nel corso dei lavori di questa intensa giornata di audizioni.

È un tema, però, che dovrà essere affrontato in maniera approfondita, senza alcuna fretta, rinunciando *a priori* alla volontà di sposare soluzioni che non tengano conto della complessità del fenomeno, una volta superata (ci si augura, completamente) la crisi pandemica: soltanto in questo modo, si farà tesoro della costosa ma preziosa lezione che questi mesi ci hanno consegnato.

2. Quid juris?

Se si condivide l'idea che il diritto ha la funzione di regolare e dare risposte, non si comprende la ragione per cui un importante campo come quello delle arti e dello spettacolo non sia (ancora) affiancato da ricerche specifiche che guardino a tutti gli aspetti che astrattamente possono venire in rilievo e che, in concreto, si manifestano nella prassi e caratterizzano la quotidianità di chi opera nel settore culturale. Il diritto delle arti e dello spettacolo è una disciplina di difficile configurazione proprio perché essa non è ascrivibile in maniera esclusiva né all'ambito delle discipline pubblicistiche né tra le discipline privatistiche: l'accostamento di settori tradizionalmente ritenuti distanti è, invece, la risposta migliore alla già descritta complessità del fenomeno delle arti e dello spettacolo. Il riferimento a categorie tradizionali del diritto pubblico – costituzionalistiche, amministrativistiche e penalistiche – e ad istituti del diritto privato – inclusi quelli di stampo prettamente commercialistico e giuslavoristico – rappresenta l'unico modo per avere una visione soddisfacente di questa branca del diritto.

Come è stato giustamente osservato, «(i)l potere politico (che è il padre del diritto, o almeno di quella parte di esso che non nasce spon-

taneamente dai rapporti sociali e in essi vive) ha sempre avuto rapporti controversi con l'arte e lo spettacolo, ovvero – precisando meglio – ha costantemente provato ad usarne lo scintillio e la capacità di creare empatia col pubblico per ricavarne consenso e legittimazione del proprio operato e gli “addetti ai lavori artistici”, per così dire, dal loro canto spesso abbozzavano, per procurarsi nello scambio gloria e in primo luogo – naturalmente – pane, companatico e magari ben di più, facendosene dunque cortigiani e perciò tenuti al vincolo verso il mecenate: il termine, com'è noto, fa diventare un sostantivo il *cognomen* di un famoso personaggio dell'età augustea che fu essenziale appunto allo sviluppo di un grandioso progetto di reclutamento dei migliori intellettuali dell'epoca, a fini di magnificazione dell'autorità imperiale»⁴.

Il ragionamento non può utilmente proseguire, dunque, senza esplicitare l'idea che anche il mondo delle arti e dello spettacolo è retto da regole e che alcune di esse hanno natura giuridica. È questa la premessa da tener presente qualora si decida di avvicinarsi all'approfondimento del diritto delle arti e dello spettacolo, disciplina che, in verità, ha ricevuto un parziale riconoscimento negli ultimi anni, come dimostra l'inserimento della stessa nei piani di studio offerti dalle Istituzioni di Alta Formazione Artistica e Musicale del nostro Paese: *id est*, Accademie di Belle Arti, Conservatori di Musica, Istituti Superiori per le Industrie Artistiche, Accademie Nazionali di Danza e d'Arte Drammatica.

Non ancora, invece, può dirsi raggiunto un vero riconoscimento dell'importanza di questa disciplina nei corsi di studi universitari, in particolare in quelli dell'area giuridica: nessun piano di studi – come si evince dall'analisi dei dati in mio possesso – prevede un insegnamen-

⁴ Lucide ed eleganti sono le parole di S. PRISCO, *Editoriale*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 1/2017, 6, il quale ricorda che si produce nell'arte e nello spettacolo un'esplosione e pluralizzazione di orizzonti, di forme e di senso che si intersecano e si rinnovano sempre. L'avvento pieno della civiltà di mercato e poi la sua globalizzazione confermano la bontà di questa sagace intuizione e così, nella pittura, si fanno spazio l'informale, le varie e successive avanguardie, la *street art*, la serialità e la compenetrazione corporea tra artista e segno (la *body art*) o le *performances*, nella musica emergono la dodecafonia e l'atonalità, nel teatro le sperimentazioni di moduli che sempre più superano la dimensione autoriale “di parola” e quella del regista-de-miurgo.

to di questo tipo e spesso mancano anche riferimenti a discipline più frequentemente navigate dai giuristi – per esempio, il diritto d'autore – che andrebbero fatte rientrare, a pieno titolo, nel costituendo settore del diritto delle arti e dello spettacolo.

Un primo tema, dunque, potrebbe essere quello di inserire il diritto delle arti e dello spettacolo tra i campi di ricerca e di indagine riconosciuti da parte del Ministero dell'Università e della Ricerca, così da incentivare studi e ricerche su queste tematiche.

La distanza fra le problematiche della formazione e le ricadute applicative non è priva di conseguenze: la più recente esperienza dimostra che la configurazione e l'erogazione dei percorsi formativi nei settori qui considerati soffre di «interazioni occasionali, di per sé instabili», e di «limitati avvicinamenti di sistema che, proprio perché intercorrenti fra soggetti impegnati a ribadire l'esclusività del proprio ruolo, generano sovrapposizioni quando non alimentano difficili convivenze»⁵. In questa sede possiamo ricordare, per esempio, le complesse vicende che hanno riguardo la categoria dei restauratori, per i quali l'intervento del legislatore è stato di fondamentale importanza, non soltanto per assicurare il pieno riconoscimento di diritti e posizioni soggettive dei lavoratori ma anche per assicurare migliori risultati sul più generale piano della salvaguardia, del recupero e della valorizzazione del patrimonio storico-artistico⁶. Il discorso, però, dovrebbe essere di più ampio respiro nella misura in cui potrebbe riguardare altre professionalità, inclusa quella dei giuristi specializzati in queste tematiche.

Non dobbiamo, dunque, sorprenderci se il diritto delle arti e dello spettacolo è stato a lungo considerato poco interessante, sia da parte degli operatori giuridici, sia da parte degli stessi artisti, i quali non hanno saputo valorizzare la funzione che la Costituzione affida alla cultura e all'arte; e ancor di più, non dobbiamo sorprenderci se tale assordante silenzio abbia concorso, in maniera decisiva e colpevole, all'abbassamento del livello di tutela degli artisti, quali ideatori e realizzatori di un prodotto culturale.

⁵ C. BARBATI, *Patrimonio culturale, ricerca e formazione superiore: rapporti da costruire*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 3/2019.

⁶ M. BRAY, *L'importanza della salvaguardia, del recupero e della valorizzazione del patrimonio storico-artistico*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 1/2017, 17.

A ben vedere, è lo stesso rispetto degli inderogabili principi costituzionali ad essere ormai seriamente compromesso dal persistente disinteresse del soggetto che, invece, dovrebbe farsi carico, in via prioritaria ma non esclusiva, dell'attuazione di tutte le norme costituzionali: il legislatore, infatti, è intervenuto sulla materia che ci impegna con una sporadicità che nella maggior parte dei casi non è stata compensata dalla qualità dei provvedimenti adottati⁷.

Eppure, non vi è alcun dubbio che il diritto e le arti costituiscano trame connettive fondative per leggere e comprendere il mutamento sociale⁸.

Questo scenario confuso e frammentario è la principale causa della grande difficoltà che si è registrata nel momento in cui si è dovuto lavorare per offrire soluzioni concrete ai problemi causati (*rectius*, acuiti) dalla emergenza sanitaria. Tanti i temi da affrontare e, forse, esplicitare qualche interrogativo potrà essere utile per il futuro dibattito. Quali tutele previdenziali ed assistenziali assicurare in favore dei lavoratori dello spettacolo, legati ai propri datori di lavoro da contratti poco tutelanti e spesso caratterizzati da ampi margini di autonomia che, pur rispondendo al principio della libertà di manifestazione del pensiero artistico non sono in grado di garantire la sicura attivazione di strumenti assai utili come indennità di disoccupazione *et similia*? Analogamente, quali sussidi riconoscere in favore delle imprese culturali che hanno subito l'improvviso blocco delle attività e, dunque, delle fonti di guadagno in uno scenario in cui la forma giuridica rende impossibile il ricorso a istituti di sostegno economico, pur vigenti per *altri* settori produttivi? Purtroppo, anche le tante criticità che da tempo vengono segnalate con riguardo al FUS – Fondo Unico per lo Spettacolo hanno animato riflessioni amare e discordanti e non c'è dubbio che sarà necessario integrare la normativa di riferimento per apprestare tutele anche nei confronti di chi, ad oggi, è escluso da tale sistema.

⁷ Ci si permette di rinviare alla *Introduzione*, in *Manuale di diritto delle arti e dello spettacolo*, a cura di F. Dell'Aversana, 2^a ed., Varazze, 2016, 20.

⁸ A. SIMONE, A. VESPAZIANI, *Editoriale. Quali connessioni tra arti, diritto e mutamento sociale? Le arti come fonte empirica per raccontare le iterazioni tra diritto e società*, nel vol. a cura dei medesimi, *Arti, diritto e mutamento sociale. Una mappa tra passato, presente, futuro*, Napoli, 2018, 17.

Le questioni sono tante e tendono a diversificarsi in base ai singoli settori che compongono il variegato mondo della cultura – arte, musica, cinema, teatro, danza ma anche editoria e turismo culturale – con la conseguenza che soluzioni unitarie, pur auspicabili, dovranno comunque tenere nella giusta considerazione le peculiarità che ogni tassello della c.d. filiera culturale presenta.

Senza dubbio alcuno, siamo giunti al punto di dover individuare una disciplina omogenea per tutti gli operatori del settore che sia in grado di assicurare risultati coerenti con le finalità fissate in Costituzione e che sia, nel contempo, orientata ad annullare il rischio di odiose disparità di trattamento che potrebbero soltanto aggravare una situazione già molto difficile. Tale intervento, inoltre, dovrebbe essere in grado di dare risposte concrete al processo di emersione di un diritto globale che va oltre i confini degli Stati e delle loro identità nazionali, che ha significativamente innervato, con invisibile perseveranza, anche il settore dei beni culturali, favorendo l'innesto di rilevanti novità⁹.

3. *Per un diritto delle arti e dello spettacolo equo e pluralistico*

È evidente che anche nel mondo delle arti e dello spettacolo ci siano dei soggetti privilegiati, caratterizzati da economie floride, per le quali la gestione della crisi è stata più agevole rispetto a quanto vissuto dalla maggioranza degli operatori. I primi rappresentano una minima parte di uno scenario più ampio in cui la complessità della gestione del Covid-19 ha causato danni notevoli: i piccoli e medi operatori, in particolare, hanno dovuto pagare un prezzo altissimo, il cui computo non può essere limitato ai soli aspetti economici. Ai posti di lavoro persi si

⁹ In questi termini, A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 2/2019, che riconduce le novità a tre grandi aree: la creazione di un sistema sovranazionale di protezione e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale; l'elaborazione di regole internazionali del commercio, del traffico illecito e della restituzione dei beni culturali; l'individuazione di standard minimi per istituzioni e mostre internazionali. Sulla questa attualissima tematica, che apre orizzonti di ricerca nuovi, si veda, *La globalizzazione dei beni culturali*, a cura di L. Casini, Bologna, 2010, *passim* e il più recente *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, a cura di O. Roselli, Napoli, 2018, *passim*.

sono affiancati progetti non realizzati, idee andate in frantumi e nuove bellezze¹⁰ che, probabilmente, ci sono state definitivamente sottratte.

Per questa ragione, è prioritario l'obiettivo di modellare i futuri interventi al principio di uguaglianza, declinato nella sua dimensione sostanziale, così da assicurare una piena protezione anche per i piccoli operatori del settore, ai quali va l'indubbio merito di rendere concreta quella diversità culturale e quel pluralismo che rappresenta l'essenza profonda del sistema culturale (non soltanto) italiano. È questa, d'altronde, la richiesta (urgente) di chi opera nel settore culturale, che va affrontata con sollecitudine.

Per esempio, in queste ultime settimane si è molto discusso della possibilità di procedere ad un abbassamento dell'aliquota IVA al 4% con l'obiettivo di agevolare una crescita dei consumi di beni e prodotti culturali. L'intuizione è buona e va senz'altro sostenuta ma non può essere considerata risolutiva di tutti i problemi. È certo che una misura di questo tipo non è in grado di assicurare un beneficio in capo a tutti gli operatori del settore: anzi, vi potrebbe essere il rischio che essa non raggiunga proprio i soggetti più piccoli, per i quali, dunque, la previsione di una aliquota IVA agevolata potrebbe incidere in misura molto ridotta sui volumi di beni e servizi concretamente venduti. Analoga è la riflessione che potrebbe essere svolta con riguardo ai cc.dd. *vouchers*. In base all'ultima formulazione della normativa di riferimento, i soggetti acquirenti possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, o dalla diversa data della comunicazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, apposita istanza di rimborso al soggetto organizzatore dell'evento, anche per il tramite dei canali di vendita da quest'ultimo utilizzati, allegando il relativo titolo di acquisto. L'organizzatore dell'evento – a prescindere dalla dimensione della sua struttura organizzativa – provvede al rimborso o alla emissione di un *voucher* di importo pari al prezzo del titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione. L'emissione dei *vouchers* assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario. L'organizzatore di concerti di musica leggera provvede, comunque, al rimborso dei titoli di acqui-

¹⁰ Sulla configurazione del diritto alla bellezza si veda M.A. CABIDDU, *Editoriale*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2/2018, 5-6.

sto, con restituzione della somma versata ai soggetti acquirenti, alla scadenza del periodo di validità del *voucher* quando la prestazione dell'artista originariamente programmata sia annullata, senza rinvio ad altra data compresa nel medesimo periodo di validità del *voucher*. In caso di cancellazione definitiva del concerto, l'organizzatore provvede immediatamente al rimborso con restituzione della somma versata.

Sulla equità di queste misure molto si potrebbe discutere e non è un caso che esse abbiano ricevuto commenti non sempre positivi: probabilmente le criticità causate da questi interventi sono maggiori di quelle che era volontà del legislatore risolvere.

L'augurio è che ci sia, dunque, spazio per un intervento normativo che tenga conto dell'emergenza ma che parta dalla situazione contingente per arrivare a risultati di più ampio respiro e di lungo periodo¹¹, che sia preceduto dal lavoro di un tavolo tecnico che operi per offrire materiali ispirati al principio di uguaglianza, nell'ottica di tutelare non solo i grandi soggetti del mondo della cultura ma anche chi pur facendo piccole cose contribuisce al mantenimento di uno scenario che deve (continuare ad) essere pluralistico.

Indubbiamente, la scienza giuridica ha bisogno che riflessioni di questo tipo siano sempre più frequenti e approfondite e l'esito finale non potrà che coincidere con un miglioramento qualitativo delle soluzioni offerte in punto di diritto.

Ricordiamo che un passo in questa direzione, importante ma incompiuto, è stato fatto dal legislatore italiano, il quale si è spinto all'approvazione di una legge delega che avrebbe condotto alla creazione del c.d. Codice dello spettacolo, testo al quale sarebbe stato affidato il compito di intervenire per la prima volta, in maniera organica, sulla materia qui considerata.

Tanti i contenuti di quella legge che varrebbe la pena di riprendere, rinnovando l'originaria delega che ormai deve essere considerata scaduta. Ottima, per esempio, la premessa da cui è partito il legisla-

¹¹ Sull'idea che il ritorno alla ordinarietà dell'esperienza giuridico-statale non equivale alla garanzia di un recupero di effettività dell'eccedenza assiologica che connota la disciplina sostanziale della nostra Costituzione si sofferma V. BALDINI, *L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani. Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza*, in *Giurcost.it – Consulta online*, 2/2020, 426 e ss.

tore del 2017: è compito della Repubblica promuovere e sostenere lo spettacolo, nella pluralità delle sue diverse espressioni, quale fattore indispensabile per lo sviluppo della cultura ed elemento di coesione e di identità nazionale, strumento di diffusione della conoscenza della cultura e dell'arte italiane in Europa e nel mondo, nonché quale componente dell'imprenditoria culturale e creativa e dell'offerta turistica nazionale.

Il soggetto pubblico, dunque, deve riconoscere il valore formativo ed educativo dello spettacolo, anche per favorire l'integrazione e per contrastare il disagio sociale, il valore delle professioni artistiche e la loro specificità, assicurando altresì la tutela dei lavoratori del settore.

Molto positiva può essere l'idea di confermare l'istituzione di un organo di controllo del settore: *id est*, un Consiglio Superiore dello Spettacolo, che operi con modalità analoghe a quelle che regolano la vita di altri settori (beni culturali, cinema e audiovisivo)¹².

Potrebbe essere questo il punto da cui ripartire per dar concretezza al vivace dibattito che ha animato la difficile quarantena degli operatori culturali, che non devono essere lasciati soli a gestire una crisi priva di precedenti nella storia del nostro sistema culturale.

¹² Per un commento più articolato alla legge 22 novembre 2017, n. 175 recante "Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia" sia consentito il rinvio a F. DELL' AVERSANA, *Ubi societas ibi ars et ludus*, in *Arti, diritto e mutamento sociale. Una mappa tra passato, presente, futuro*, a cura di A. Simone – A. Vespaziani, Napoli, 2018, 256 ss.

GAIA TESSITORE

Giustizia penale e carcere: l'immobilismo dell'emergenza

SOMMARIO: 1. La normazione d'urgenza e le questioni di diritto intertemporale. – 2. Le “eccezionali” regole di funzionamento del processo da remoto. – 3. Ulteriori problemi di compatibilità costituzionale. – 4. Il carcere.

1. *La normazione d'urgenza e le questioni di diritto intertemporale*

È ricorrente interrogarsi sugli effetti della pandemia nella giurisdizione, per verificare come sia stato ed è tuttora gestito il pericolo di ulteriore diffusione del contagio per mezzo delle attività giudiziarie, e, profilo particolarmente delicato, quale siano state le contromisure per evitare che il carcere si trasformasse in luogo di focolaio pandemico. Il tema di studio è quindi dato dalla disciplina dettata dai plurimi decreti-legge che si sono succeduti in un periodo particolarmente ristretto: i decreti dell'8 marzo n. 11¹; del 17 marzo

¹ Recante “*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*”. Il testo del decreto è rinvenibile in *G.U.*, 8 marzo 2020, n. 60. Il decreto, tuttavia, non è stato convertito in legge poiché abrogato dall'art. 1 comma 2 della legge 24 aprile 2020 n. 27, riguardante la «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi», pubblicata nel supplemento ordinario n. 16/L alla Gazzetta Ufficiale n. 110 del 29 aprile 2020. Ad ogni modo, ai sensi del medesimo art. 1 comma 2, «restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9, 8 marzo 2020, n. 11, e 9 marzo 2020, n. 14».

n. 18²; dell'8 aprile n. 23³ e, da ultimo, del 30 aprile n. 28⁴, che hanno avuto l'effetto principale di «svuotare corti e tribunali, offrendo l'immagine di una bandiera bianca issata su tutti i palazzi di giustizia»⁵.

Il legislatore dell'emergenza ha compiuto una scelta discutibile nel rallentare fortemente l'esercizio della giurisdizione sulla premessa, opinabile, che non potesse avvenire senza pregiudizio per la salute dei soggetti coinvolti⁶: in tal modo l'ha degradata, fors'anche senza accorgersene, ad “affare minore”.

A voler riassumere può dirsi che la gestione della pandemia nel settore giudiziario si è sviluppata in tre fasi: inizialmente si è programmato un “periodo cuscinetto” – la cui durata, *ab origine* fissata per il 15 aprile, è stata poi posticipata fino all'11 maggio 2020 – nel quale è stata prevista una disciplina generale per tutto il territorio nazionale⁷.

² Recante “*Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, in G.U., 17 marzo 2020, n. 70. Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in G.U., Supplemento ordinario, 29 aprile 2020, n. 110. Per un commento, con diverse prospettive, si vedano in tema, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “Cura Italia”. A mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020; E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in *Leg. pen.*, 24 marzo 2020; G. SPANGHER, *Nel disastro si vede chiaro*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 21 aprile 2020; L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del COVID-19*, *ivi*, 16 aprile 2020.

³ Recante “*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*”, in G.U., 8 aprile 2020, n. 94. Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, pubblicata in G.U., 6 giugno 2020, n. 143.

⁴ 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 G.U., 30 aprile 2020, n. 111.

⁵ Così E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sist. pen.*, 5/2020, 267.

⁶ La considerazione è di F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Leg. pen.*, 18 aprile 2020, 2.

⁷ Dall'ampliamento del termine di cui all'art. 83 del decreto legge n. 18, sono stati esclusi i procedimenti per i quali i termini di cui all'art. 304 c.p.p. scadono nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020; per questi il “periodo cuscinetto” resta limitato al

Nella prima fase – per la necessità di tutelare la vita e la salute degli operatori del settore – si è stabilito che le attività giudiziarie fossero sospese, con conseguente rinvio «d'ufficio» delle udienze⁸, fatta eccezione per limitate ipotesi.

In particolare, nel settore penale, non sono state considerate rinviabili le udienze di convalida a seguito di arresto in flagranza e fermo (a cui sono stati aggiunti, ad opera di un emendamento in sede di conversione del decreto-legge n. 18, quelli di convalida degli ordini di allontanamento dalla casa familiare); quelle nell'ambito di procedimenti in cui l'imputato fosse in stato di custodia cautelare i cui termini scadano proprio nel periodo *de qua* (inizialmente fissato dal 9 al 22 marzo 2020) ovvero nei procedimenti in cui fossero state richieste o applicate misure di sicurezza detentive o proposte di misure di prevenzione. Sono state escluse anche le udienze nei procedimenti in cui non risultasse rinviabile l'esigenza di assumere prove *ex art.* 392 c.p.p.

Per le altre ipotesi è stata fatta salva la facoltà alle parti di richiedere espressamente la trattazione del procedimento, anche se non è stato indicato un termine entro cui fosse necessario avanzare tale richiesta; fa eccezione quello fissato dalle misure organizzative adottate dalla Prima Presidenza della Corte di cassazione: di tre giorni per il periodo ricompreso tra il 9 marzo e l'11 maggio e di sette giorni, per quello dal 12 maggio al 31 luglio.

Nella seconda fase, si è preferito optare per una transizione differenziata a seconda dello stato di diffusione del *virus* nei vari territori; una sorta di 'decentramento giudiziario' giustificato dal differente impatto del *virus* nelle diverse aree geografiche del Paese, valevole fino al 31 luglio 2020, in cui sperimentare un lento "ritorno alla normalità" con tutte le cautele imposte dalla tutela alla salute degli operatori.

periodo 9 marzo-15 aprile. La norma, disciplinando i casi di sospensione dei termini di custodia cautelare in corso di giudizio (ordinario, abbreviato ovvero udienza preliminare), parrebbe rendere pacificamente estranea la fase delle indagini preliminari. Così B. PETRALIA, *Emergenza COVID-19, processo penale e proroga dei termini all'11 maggio 2020: note sparse sull'art. 36 del d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020*, in *Sist. pen.*, 15 aprile 2020.

⁸ Ciò sembra far ritenere che il rinvio non operi *ex lege* ma che sia necessario, comunque, un provvedimento, anche presidenziale, di tipo organizzativo e non giurisdizionale. Così G. SANTALUCIA, *L'impatto sulla giustizia penale dell'emergenza da COVID-19: affinamenti delle contromisure legislative*, in *Giustizia Insieme*, 18 marzo 2020, 2.

Si è stabilito, infatti, che i dirigenti degli uffici, per contrastare l'emergenza e per contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, possano adottare le misure organizzative che siano necessarie per consentire l'osservanza delle indicazioni igienico-sanitarie delle Autorità preposte⁹.

Il susseguirsi dei vari provvedimenti, in uno all'incertezza dell'evolversi della pandemia, non potevano che creare problemi interpretativi e di coordinamento tra norme¹⁰.

Una tra le questioni più complesse è quella relativa alla sospensione dei termini procedurali operata dall'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo secondo cui «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 – poi differito, come si è visto, all'11 maggio dall'art. 36, comma 1, del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile – è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali»¹¹, precisando che qualora il termine processuale dovesse iniziare in detto periodo, il suo inizio sarebbe differito alla scadenza¹².

⁹ La soluzione, invero, sembra porre dubbi circa la tenuta del principio di legalità: il giudice titolare del procedimento, infatti, potrebbe vederselo sottrarre senza che si tenga conto dei criteri tabellari in vigore nei singoli uffici giudiziari a tutela dei principi di naturalità e precostituzione. Per L.G. VELANI, *Gestione dell'emergenza Covid-19 e processo penale*, in *Leg. pen.*, 7 maggio 2020, 18, le criticità riguarderebbero anche la disposizione di cui all'art. 111 «perché il carattere vincolante delle disposizioni dell'organo di vertice dell'ufficio giudiziario agisce sulla disciplina codicistica che regola l'udienza derogandola».

¹⁰ D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2 aprile 2020, definisce la produzione legislativa di questo periodo “alluvionale”.

¹¹ Deve segnalarsi in dottrina un interessante dibattito circa la successione nel tempo delle leggi processuali, con riferimento alla conversione del decreto legge n. 18 ad opera della legge del 24 aprile n. 27. Si vedano i contributi di O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. pen.*, 16 aprile 2020, 6; ID., *Postilla di diritto intertemporale*, ivi, 19 maggio 2020; A. SCALFATI, F. LOMBARDI, *Termini processuali sospesi nell'emergenza sanitaria: successione di leggi nel tempo e l'enigma del dies ad quem*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 6 maggio 2020 ed ancora A. SCALFATI, *Ulteriori rilievi sul diritto intertemporale*, ivi, 19 maggio 2020.

¹² Per G. CASTIGLIA, *Udienze e termini processuali in regime di pandemia di Covid-19*, in *Sist. pen.*, 5/2020, 333, questa precisazione rende palese che la disciplina

Sono stati, pertanto, sospesi i termini di prescrizione per i reati per i quali si procede; più precisamente, si è previsto che il corso della prescrizione resti sospeso per il tempo in cui il procedimento è rinviato e, in ogni caso, non oltre il 31 luglio 2020 così come i termini massimi di custodia cautelare *ex art.* 303 c.p.p. (ovvero i termini di fase e quelli complessivi), fermo restando il termine complessivo di cui all'art. 304, comma 6, c.p.p.

Il legislatore ha previsto che, per i procedimenti indifferibili, non operino la sospensione dei termini né altro concorrente meccanismo sospensivo. Disciplina simile è stata prevista anche per i giudizi innanzi alla Corte di cassazione che, spesso, vengono trattati in prossimità dello scadere del termine. Si è previsto, in particolare, che «nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data di udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020»¹³.

Proprio con riferimento al termine di prescrizione, il Tribunale di Siena, con due ordinanze del 21 maggio¹⁴, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, del decreto-legge n. 18

riguarda sia i termini cominciati a decorrere prima del 9 marzo, e ancora non completati a tale data, il cui decorso viene sospeso fino all'11 maggio 2020, sia i termini che avrebbero dovuto comunicare a decorrere tra il 9 marzo e l'11 maggio, il cui decorso è impedito fino alla scadenza del periodo medesimo.

¹³ Ove l'udienza sia fissata in data successiva al 31 dicembre 2020, la sospensione della prescrizione cesserà comunque alla data del 31 dicembre 2020. Si tratta di una «misura ragionevole di contenimento di una previsione necessitata dall'altrimenti ingovernabile situazione, con esposizione a sicuro, e irragionevole, rischio di prescrizione». Così G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"*, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2020, 9.

¹⁴ Le ordinanze sono rinvenibili in *Sist. pen.*, 27 maggio 2020, con commento di G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale*. L'A. ritiene applicabile la norma di cui all'art. 159, comma 1, c.p. Ritiene, infatti, che «si potrebbe argomentare nel senso che la legge vigente al tempo del fatto (art. 159 c.p.) già prevedeva la possibilità di una sospensione del corso della prescrizione nell'eventualità in cui una disposizione di legge, come l'art. 83, co. 4, d.l. 18/2020, disponesse la sospensione del procedimento». Così che l'individuo potrebbe prevedere al momento del fatto che l'eventuale sospensione del procedimento comporterà la sospensione del corso della prescrizione. L'A. considera,

– che dispone che «nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale» – per contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente «là dove previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso per il periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali»¹⁵. Il Tribunale ha considerato rilevante la questione, trattandosi di reati edilizi commessi nel 2015 (il cui termine prescrizione ha durata quinquennale), poiché nel caso in esame solo l'applicazione della citata disposizione avrebbe impedito la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Inoltre il Tribunale ha escluso la percorribilità di una interpretazione conforme a costituzione, tenuto conto che la norma 'emergenziale', concernente condotte anteriori alla sua entrata in vigore, determinerebbe un aggravio del regime della punibilità (consistendo nel maggior tempo necessario a determinare l'estinzione del reato per prescrizione) con conseguente contrasto con il principio di legalità in materia penale¹⁶. Sul punto, è certamente condivisibile l'impostazione di quella dottrina secondo cui la disposizione in esame è «norma penale temporanea» per la quale ai

dunque, sostenibile la tesi della compatibilità di una sospensione retroattiva del corso della prescrizione con la previsione di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

¹⁵ Già in dottrina non era mancato chi aveva ipotizzato che le norme sarebbero state sottoposte a vaglio di compatibilità costituzionale. Cfr. L. FIDELIO, A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Questione Giustizia*, 16 aprile 2020, 16 ss.; N. MADIA, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione commessa all'emergenza Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, ivi, 29.

¹⁶ Il Tribunale ritiene di aderire alla tesi – supportata da approdi giurisprudenziali e dottrinali – secondo cui, nel nostro ordinamento, l'istituto della prescrizione avrebbe natura sostanziale. Per una diversa impostazione, ovvero sulla natura processuale dell'istituto, si vedano A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen.*, 7 gennaio 2020, e G. RICCIO, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, ivi, 14 ottobre 2019.

sensi dell'art. 2, comma 5, c.p. vale il principio intertemporale del divieto di retroattività previsto dal primo comma della medesima norma, ancor prima che dall'art. 25, comma 2, Cost.¹⁷.

2. Le "eccezionali" regole di funzionamento del processo da remoto

Tema decisamente più delicato è quello delle regole di funzionamento del processo da remoto. In origine è stato il decreto-legge n. 18, all'art. 83 comma 12, a prevedere per l'intero periodo interessato dall'emergenza (9 marzo-31 luglio) che «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.»; poi, la legge di conversione, non richiedendo più la partecipazione di persona detenuta o internata, ha ampliato i casi di attività giudiziaria da remoto. Dopodiché, il decreto-legge 30 aprile n. 28 ha stabilito, all'art. 3, che «le disposizioni ... non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti»¹⁸.

¹⁷ O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, cit., 7. L'A., ad ulteriore conferma della conclusione raggiunta, richiama il precedente specifico della legge 3 agosto 2017 n. 103, c.d. "Riforma Orlando", che, nel prevedere due nuovi casi di sospensione della prescrizione in costanza dei giudizi di impugnazione, ha espressamente stabilito che le nuove disposizioni si applicassero solo per i reati commessi a partire dalla data di entrata in vigore della legge. Della stessa opinione F.R. DINACCI, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell'emergenza Covid. Alla ricerca della "legalità" perduta*, in *Arch. pen.*, 22 maggio 2020, 6.

¹⁸ È stata sollevata la questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Spoleto, con ordinanza del 21 maggio u.s., della disposizione che subordina la possibilità di svolgimento del processo da remoto, per le udienze di discussione finale, al consenso di (tutte) le parti. Per un'analisi del provvedimento si rimanda a G. SANTALUCIA, *I ripensamenti sul processo da remoto all'esame della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2020.

L'interpolazione è frutto di un acceso scontro tra maggioranza e opposizione, nonché della costante sollecitazione dell'Avvocatura¹⁹ e delle aspre critiche dell'Accademia²⁰.

La levata di scudi è stata causata dalla mancata capacità di previsione e di organizzazione: fatta eccezione per la prima fase, la cui imprevedibilità e singolarità possono 'assolvere' l'iniziale impreparazione, non è dato comprendere per quale motivo non sia stata prevista una normativa *ad hoc* che, nel rispetto nei principi generali del processo, potesse garantire le attività giudiziarie. D'altronde, non sembrava impraticabile percorrere la strada della celebrazione dei processi in presenza, ove si fosse in grado di garantire adeguati *standard* di sicurezza, e, eventualmente, disporre il differimento della trattazione di quei procedimenti rinviabili individuati *ex lege*.

Si è preferito, invece, lasciare ai capi degli uffici giudiziari la gestione emergenziale, consentendo l'emanazione di disposizioni organizzative e prescrittive di cautela contro il contagio; si sono prodotti innumerevoli e differenziati protocolli che hanno regolamentato non solo accorgimenti di buone prassi (sanificazione e gestione ordinata delle udienze) ma anche – in deroga alla legge processuale – i diritti

¹⁹ Si richiama, ad esempio, la Delibera dell'Unione delle Camere penali Italiane del 24 aprile 2020 nella quale è stato deliberato «lo stato di agitazione dei penalisti italiani, con il quale essi esprimono e ribadiscono la più ferma ed intransigente opposizione alla smaterializzazione del processo penale appena approvata, riservando ogni ulteriore e conseguente iniziativa politica».

²⁰ Per alcuni commenti critici si rinvia a M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto legge n. 28 del 2020 tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e terzo tempo parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020; E. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Arch. pen.*, 21 aprile 2020; V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, *ivi*, 22 aprile 2020; E.M. MANCUSO, *La dematerializzazione del processo al tempo del CODIV-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 4 aprile 2020; F. RUGGIERI, *Op. cit.* Per una diversa analisi del problema si rinvia a L. PONIZ, *Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5, 4 ss. Per l'A. «muovere dal riconoscimento di gravi presupposti fattuali ed insieme della espressa temporaneità delle norme concepite per affrontare l'emergenza, consentirà di orientare adeguatamente la discussione non sull'astrattezza dei principi, ma sulla compatibilità con essi di soluzioni normative che dentro la stessa Costituzione possono trovare fondamento».

partecipativi delle parti «delineando in modo inedito una procedura penale dell'emergenza sanitaria»²¹.

Molti uffici, infatti, in mancanza di diverse indicazioni legislative, hanno preferito optare per il collegamento a distanza non solo, nella prima fase, per i soggetti ristretti, ma anche per il giudice, il cancelliere e gli avvocati²². La realizzazione tecnica dei collegamenti se, da un lato, è sembrata idonea a “tamponare” l'emergenza, dall'altro, non può accreditarsi come strumento di per sé idoneo a garantire la tutela dei diritti fondamentali in ambito processuale.

Il rischio di lasciare un *vulnus* di tutele, anche a causa di una certa incapacità di gestione legislativa della vicenda, è alto.

Basti pensare al fatto che non si è prevista una regolamentazione *ex lege* delle modalità tecniche di svolgimento del processo ma solo che i «collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia»; senza che sia rispettata la previsione di cui all'art. 111 Cost. che assoggetta le regole del processo alla legge.

Lapalissiano, poi, che lo svolgimento dell'udienza debba avvenire «con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti»²³.

Il processo penale è disciplinato da regole allo scopo di tutelare e garantire diritti inviolabili fondanti il nostro sistema penale. Ma vero è che le regole “nascondono altro”: è necessario comprendere chi le crea, con quali influssi culturali e politici e soprattutto il *fine*²⁴. Ciò che

²¹ Le considerazioni sono di E. AMODIO, E.M. CATALANO, *Op. cit.*, 272.

²² Il riferimento è alle Linee guida del Presidente della Corte d'appello di Milano, adottate con provvedimento n. 3416 del 10 aprile 2020, che prevedono la partecipazione a distanza anche delle persone sottoposte agli arresti domiciliari nonché dello stesso Procuratore generale. Di simile tenore è il protocollo d'intesa siglato tra il Presidente del Tribunale di Napoli, il Procuratore della Repubblica, il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e il Presidente della Camera penale del 18 marzo 2020.

²³ Cfr. legge, 24 aprile 2020, n. 27, recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*”.

²⁴ In questi termini G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 5.

a noi pare volersi perseguire con queste modifiche risponde ad una logica di “semplificazione”, tesa a soddisfare esigenze di efficienza ma incapace di una visione d’insieme che bilanci, con le dovute cautele, i diversi interessi in gioco.

Se così è, non può consentirsi che la disciplina del processo venga sottratta al principio di legalità, probabilmente in favore di una “efficienza” che sembra nascondere, questa sì, ideologie non rassicuranti.

È condivisibile la preoccupazione di chi ritiene che sia necessario “porre argine” a questa deriva pena per il processo penale di matrice costituzionale di «perdere le sembianze di luogo fisico di comunicazione dialettica contestuale, smarrendo, con esse, la funzione di liturgia alla quale la democrazia costituzionale affida il compito di celebrare – anche sul piano simbolico – il primato della *ragione discorsiva*»²⁵.

3. *Ulteriori problemi di compatibilità costituzionale*

Un tema su cui si è soffermata la dottrina è stato il processo penale “smaterializzato”. Istituto difficilmente compatibile con il sistema processuale penale delineato dalla Costituzione e dal codice di procedura penale del 1988, specie nella versione odierna che veda la trasposizione *sic et simpliciter* delle regole procedurali allo strumento tecnologico.

L’esercizio della giurisdizione sembra essere stato stravolto con disinvoltura, senza una necessaria discussione parlamentare e democratica sui possibili, ed alternativi, metodi di gestione della macchina giudiziaria nella fase emergenziale e in quella immediatamente successiva.

Il nostro modello processuale, di stampo tendenzialmente accusatorio, esige la formazione della prova (salvo eccezioni espressamente previste) nel contraddittorio tra le parti davanti al giudice chiamato a pronunciarsi nel merito; autorevole dottrina, non a caso ha da sempre sostenuto che i rituali della *cross-examination* esigono «ottica ed acustica perfette»²⁶.

Il metodo orale è lo strumento “migliore” per la conoscenza dei fatti e, dunque, per il giudizio²⁷: esso è servente alla giurisdizione af-

²⁵ V. MAIELLO, *Op. cit.*, 1.

²⁶ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 924.

²⁷ Sul punto, cfr. le osservazioni di V. MAFFEO, *L’esame incrociato tra legge e prassi*, Padova, 2012, 3 ss.

finché possa giungersi ad una decisione “giusta”. Perciò, è proprio il contraddittorio tra le parti a neutralizzare il rischio dell'inevitabile soggettività del giudice²⁸.

La necessità di tenere fermi questi principi rende difficile la sopravvivenza di udienze che non risultino regolamentate dalla legge e che non sembrino affatto essere in grado di tutelare i diritti processuali dei soggetti coinvolti.

I dubbi sono molteplici.

Nessuna specifica disposizione generale è stata prevista per il collegamento “da remoto”: al giudice (o all'inquirente nel caso in cui l'atto da compiere si svolga nella fase delle indagini preliminari, pure toccate dall'utilizzo del mezzo tecnologico) viene lasciata la scelta di comunicare alle parti le modalità con le quali dovrà avvenire il collegamento, con la sola avvertenza che queste siano idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti.

Inoltre, i giudici, ai sensi dell'art. 12-*quinquies* del citato art. 83 del decreto-legge n. 18, hanno la possibilità di assumere le deliberazioni collegiali in camera di consiglio «mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge».

Si deroga, senza difficoltà, a quelli che sono i principi fondanti del processo penale “democratico”, la cui affermazione ha richiesto anni di confronto e dibattito su quello che doveva rappresentare uno strumento di rottura con il passato “inquisitorio”, opera della legislazione degli anni '30.

La tendenza, già a pochi anni dall'entrata in vigore del “nuovo” codice, pare essere quella di eliminare tutti gli “orpelli inutili”: quel che conta è il risultato, la pronuncia di una sentenza, e non il *modus procedendi*²⁹.

²⁸ Per ulteriori rilievi in tema sia consentito il rinvio a G. TESSITORE, *Mutazione del giudice e principio di immediatezza*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 746.

²⁹ Cfr. E. AMODIO, E.M. CATALANO, *Op. cit.*, 272.

4. *Il carcere*

Di tutt'altro genere il problema-carcere, dove l'emergenza durezza diventa 'perenne', con il rischio di una forma di acquiescenza culturale alle regole "diverse" per il caso specifico³⁰. L'istituzione totalitaria vive un periodo di crisi che riflette quella del tipo di società per la quale era stata immaginata: l'incapacità di leggerne i cambiamenti ha prodotto un'inadeguata risposta, inadeguata ad offrire una decisa e più stabile soluzione ai problemi in campo. La pandemia – ma già la Corte e.d.u. con le sentenze Torreggiani³¹ e Contrada³² – ha fatto esplodere il problema-carcere, dimostrandolo, non come evenienza emergenziale, ma come dato strutturale della nostra società moderna, frutto di una secolare inerzia; se solo si ricordasse il *pamphlet* che nel 1904 Filippo Turati scrisse sul tema. "*Il cimitero dei vivi*"³³ denunciava, all'epoca, un fenomeno uguale a quello odierno e, cioè, il sovraffollamento del carcere, dovuto soprattutto all'incapacità del legislatore di far fronte al problema; si è convinti, ancora oggi, che il carcere sia l'unico strumento deterrente per la commissione di reati³⁴.

³⁰ La considerazione è di F.R. DINACCI, *Op. cit.*, 16.

³¹ Corte e.d.u., Sez. II, 8 gennaio 2013, n. 43517, *Torreggiani e altri c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2013, 1203. La Corte ha accertato, nel caso concreto, la violazione dell'art. 3 Cedu a danno di sette ricorrenti e, contestualmente, ha ingiunto allo Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla sua giurisprudenza. La sentenza è stata commentata da F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

³² Corte e.d.u., Sez. II, 11 febbraio 2014, n. 7509, *Bruno Contrada c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 2309. La Corte europea ha ravvisato la violazione dell'art. 3 Cedu per il fatto che il ricorrente sia rimasto detenuto in carcere tra il 24 ottobre 2007 e il 24 luglio 2008 nonostante il regime carcerario risultasse incompatibile con le sue condizioni di salute.

³³ F. TURATI, *Il cimitero dei vivi. Per la riforma carceraria*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1904.

³⁴ L'espressione è di E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, vol. II, 1107.

Questa consapevolezza aveva portato, di recente, il legislatore ad intervenire con la legge-delega n. 103 del 2017. Nonostante il lavoro svolto dalla “Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso”³⁵, non vi è stato un seguito legislativo. Evidentemente, quella carceraria, non viene percepita come emergenza da dover risolvere. Si sconta in materia la preferenza per una produzione legislativa occasionale, non ispirata ad un modello di riforma organica che, nel caso dell’ordinamento penitenziario, è ormai attesa. La legge di riforma, datata 1975, ha perso ormai di organicità poiché in essa convivono istanze di rieducazione e risocializzazione e quelle di sicurezza sociale che, dagli anni novanta in poi, vi si sono sovrapposte.

Sul tema, si denuncia un ‘ritorno al carcere’ dopo alcuni anni in cui si era assistito a una lieve (ma progressiva) riduzione dei numeri della popolazione detenuta³⁶. Il *revival* della privazione della propria libertà come unica pena immaginabile³⁷ ha trovato terreno fertile nel periodo emergenziale che si avvia a concludersi.

Di qui la vera emergenza: l’allarmante diffusione del *virus* ha creato tensioni in ambito carcerario dove sovraffollamento, strutture fatiscenti, mancata informazione e allarmi circa ipotetici (poi confermati) casi di contagio hanno contribuito ad alimentare la paura tra i detenuti e tra quelli che in carcere ci operano per lavoro.

Nella surreale diffusione del *virus* all’esterno, in carcere non è possibile ragionare per categorie ordinarie. Al 29 febbraio 2020, infatti, la popolazione detenuta ammontava a 61.230 soggetti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931; rispetto ad una situazione di fisiologica normalità, dunque, il tasso di sovraffollamento delle carceri è del 120%. Il sovraffollamento rappresenta – in maniera incontrovertibile

³⁵ La Commissione è stata istituita con d.m. del 19 luglio 2017 ed è stata presieduta dal Prof. Glauco Giostra.

³⁶ Per un’analisi del fenomeno si veda D.S. DELL’AQUILA, *Torna il carcere: verso una nuova stagione punitiva? Un rapporto sulle prigioni italiane*, in *Napoli Monitor*, 9 febbraio 2018.

³⁷ Per una ricostruzione storica della funzione del carcere e delle sue implicazioni sociali si rinvia a D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 2018, 324.

– un fattore esponenziale del rischio al contagio³⁸; dato del tutto ignorato nella gestione della pandemia.

Di tutta risposta al dilagare della paura, sia dentro che fuori le mura delle carceri, il governo è intervenuto con il decreto-legge del 2 marzo n. 9³⁹ stabilendo che i colloqui, nelle aree interessate inizialmente dall'attacco del *virus*, fossero svolti a distanza mediante collegamenti⁴⁰, disciplina estesa dopo qualche giorno a tutto il territorio nazionale: la paura del contagio ha fatto il resto.

Nella probabile convinzione di avere perso anche l'ultimo residuo di libertà, senza alcun tipo di informazione sullo stato dell'arte anche per la prevenzione al rischio del contagio, nei giorni immediatamente successivi all'approvazione di queste disposizioni sono scoppiate numerose rivolte in tutto il territorio nazionale durante le quali alcuni detenuti sono morti⁴¹ con consequenziale avvio delle indagini da parte della magistratura per chiarire le dinamiche degli avvenimenti; ma prevedere incerti risultati è quasi d'obbligo.

³⁸ La condivisibile opinione è di G. GIOSTRA, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in *Diritto di difesa*, 28 marzo 2020.

³⁹ Reperibile in *G.U.*, 2 marzo 2020, n. 53, e recante “*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”.

⁴⁰ Precisamente si è disposto che «negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni ubicati nelle regioni in cui si trovano i comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto sino alla data del 31 marzo 2020 i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati a norma degli articoli 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, 37 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, e 19 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, sono svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti di cui all'articolo 39, comma 2, del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000 e all'articolo 19, comma 1, del predetto decreto legislativo n. 121 del 2018. Negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni ubicati in regioni diverse da quelle indicate nel primo periodo, si applicano le medesime disposizioni quando ai colloqui partecipano persone residenti o che esercitano la propria attività lavorativa, produttiva o funzione nei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020».

⁴¹ Per una panoramica completa sulle rivolte si veda R. ROSA, *Il Coronavirus, lo stato d'emergenza e le rivolte nelle carceri italiane*, in *Napoli Monitor*, 9 marzo 2020.

Peraltro, nell'occasione è risultata incomprensibile la *ratio* della scelta di isolare il carcere rispetto al resto del paese: sarebbe stato importante spiegare ai detenuti le ragioni delle restrizioni; ascoltare le loro esigenze e le loro paure; dimostrare che si stava facendo tutto il possibile per attenuare l'isolamento imposto e, soprattutto, rassicurare che si sarebbero presto adottati provvedimenti per consentire anche all'interno del carcere le cautele che, invece, all'esterno venivano approntate⁴².

Nel tentativo di tamponare una situazione esplosiva e l'espandersi del contagio⁴³ è stato approvato il c.d. decreto "cura Italia" che ha ampliato le ipotesi *ex lege* n. 199 del 2010⁴⁴ per la concessione delle misure alternative di detenzione domiciliare, prevedendo una procedura semplificata⁴⁵. Oltre alle canoniche ipotesi ostative, sono stati esclusi dalla possibile concessione del beneficio i soggetti che avevano partecipato alle sommosse carcerarie «predisponendo una punizione sommaria *ad hoc*, e dimenticando che la contestazione di eventuali reati è competenza della magistratura, che ha il compito di accertare la personale responsabilità delle condotte criminali»⁴⁶.

⁴² Così G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, su *Avvenire*, 21 marzo 2020.

⁴³ Rischio ancor più preoccupante se si pensa che, secondo le statistiche del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, negli istituti di pena italiani alla data del 31 dicembre 2019, erano detenute 4.230 persone tra i 60 e i 69 anni e 986 oltre i 70. Le condizioni, infatti, appaiono «ancor più gravose e a maggiore rischio di contagio perché insistono su persone il cui fisico e la cui psiche sono non di rado di età avanzata, affette da patologie e spesso debilitate dalla dipendenza e da quegli stati di marginalità sociale che non di rado si accompagnano alla detenzione», così A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 61.

⁴⁴ Recante "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno", in *G.U.*, 1 dicembre 2010, n. 281.

⁴⁵ È stata riconosciuta alla direzione dell'istituto penitenziario la possibilità di omettere la relazione richiesta ai fini della presentazione dell'istanza *ex art.* 1, comma 4, l. 199/2010, dovendo attestare che non sussistono le preclusioni previste per legge e, nel caso di pena da eseguire non superiore a sei mesi, che ci sia l'esplicito consenso alle procedure di controllo elettronico previste per il caso. Per una critica al provvedimento, tenuto conto che la decisione, benché semplificata, necessita di una serie di informazioni che per essere raccolte richiedono del tempo, si veda M. PASSIONE, "Cura Italia" e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza, in *Questione Giustizia*, 19 marzo 2020.

⁴⁶ La complessa e condivisibile analisi è di L. ROMANO, *Il Coronavirus, l'inutile decreto Bonafede e una situazione carceraria pronta a esplodere*, in *Napoli Monitor*, 19 marzo 2020.

A legislazione sostanzialmente invariata⁴⁷, la gestione dell'emergenza è stata lasciata alle decisioni della magistratura di sorveglianza⁴⁸, che ha scelto secondo criteri disarmonici e personali, nella maggior parte dei casi, escludendo una scelta comune di natura costituzionale, quella di applicare una misura alternativa alla custodia cautelare in carcere ai detenuti in attesa di giudizio, uomini liberi in attesa di una pronuncia di merito. Sarebbe stata soluzione più concreta introdurre una disciplina temporanea che prevedesse, tra i criteri di valutazione del giudice *de libertate*, la situazione di emergenza sanitaria⁴⁹.

⁴⁷ La drammaticità della situazione ha riaperto il dibattito sulla possibilità di ricorrere a «strumenti storicamente utilizzati per riportare a normalità di funzionamento le istituzioni della giustizia penale, vale a dire una misura di clemenza generale». Così V. MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una misura di clemenza generale nella quarantena dello Stato di diritto*, in *Arch. pen.*, 28 aprile 2020, 1-2. Nello stesso senso si vedano le considerazioni di A. PUGIOTTO, *La bomba carceraria e i suoi artificieri*, in *Il manifesto*, 1 aprile 2020, secondo cui sarebbe necessario che il Presidente della Repubblica esercitasse «il suo potere di grazia, anche parziale e condizionata, in chiave umanitaria a correttivo di una pena che minaccia diritti indisponibili». Per ulteriori contributi al dibattito si rinvia a F. CORLEONE, *Giustizia, ora l'amnistia è inevitabile*, in *Il Riformista*, 7 giugno 2020; R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2020; L. PEPINO, *Amnistia e indulto: una rivisitazione necessaria*, *ivi*, 19 marzo 2020; R. POLIDORO, *Amnistia e indulto servono o sarà caos processi*, in *Il Riformista*, 28 aprile 2020, e A. PUGIOTTO, *Amnistia e indulto: le buone ragioni di una recente proposta di legge di revisione costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 22 giugno 2020. Sul tema si è espressa anche l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) con un documento rinvenibile in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020.

⁴⁸ Sin da subito la magistratura di sorveglianza si è mossa: le due Presidenti dei due Tribunali di sorveglianza della Lombardia hanno segnalato una situazione di rischio elevatissimo, invocando pubblicamente un intervento del Ministro della giustizia, fornendo proposte per consentire uno sfollamento degli istituti carcerari italiani. Si veda la *Segnalazione al Ministro della Giustizia ex art. 69, l. 354/1975 della gravissima situazione degli istituti penitenziari della Lombardia a seguito dell'emergenza derivante dalla diffusione del contagio da COVID-19* a firma della Dott.ssa Giovanna Di Rosa, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Milano e della Dott.ssa Monica Lazzaroni, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Brescia, in *Giurisprudenza Penale Web*, 22 marzo 2020. Il provvedimento è stato commentato da R. BIANCHETTI, *Il coraggio di osare. Alla ricerca di soluzioni sensate per detenuti a rischio di contagio da Coronavirus*, in *Diritto penale e uomo*, 25 marzo 2020.

⁴⁹ L'idea è condivisa da E. MARZADURI, *Op. cit.*, 2.

Alcuni dei provvedimenti emessi dalla magistratura di sorveglianza, considerata come una specie di magistratura 'minorata'⁵⁰, sono stati causa di asprissime polemiche perché sono state disposte le scarcerazioni per motivi di salute di esponenti della criminalità organizzata in regime detentivo di 41-*bis* o.p.

La lettura dell'evento, come spesso accade, è stata proposta a livello mediatico con il filtro del sensazionalismo, eludendo le questioni e le analisi a più ampio raggio, come se ogni cittadino italiano si trovasse di fronte ad un imminente pericolo di ordine pubblico.

Lo strumento della delegittimazione non è nuovo quando si tenta di aprire le maglie della detenzione: già ai tempi della riforma del 1975, nel tentativo di squalificare la portata innovatrice delle nuove disposizioni, quali i permessi *ex art. 30 o.p.*, autorevole dottrina ebbe a ricordare come «è poi bastato che le contraddizioni, come era inevitabile, esplodessero, perché, saldandosi il preoccupante fenomeno delle evasioni [...] con la recrudescenza della criminalità, soprattutto di tipo eversivo, la politica penitenziaria finisse inevitabilmente per essere inserita nella spirale della politica dell'ordine pubblico. Il risultato di questo coinvolgimento è la prospettiva, racchiusa nel recente accordo programmatico, di un carcere di massima sicurezza, destinato alla custodia dei detenuti più pericolosi»⁵¹.

Come in altri casi, il governo ha ritenuto di "dover rimediare" alle decisioni della magistratura, per cui ha adottato un primo decreto-legge, il n. 28⁵², introducendo un aggravamento della procedura per pervenire alla concessione dei permessi *ex art. 30 o.p.* e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p. nei confronti di detenuti per i delitti previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. ovvero di quelli sottoposti al regime *ex art. 41-bis o.p.*⁵³.

⁵⁰ L'espressione è di G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sist. pen.*, 19 maggio 2020.

⁵¹ Cfr. F. BRICOLA, *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 10.

⁵² Cfr. d.l., 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 *G.U.*, 30 aprile 2020, n. 111.

⁵³ In argomento si vedano P. CANEVELLI, *La magistratura di sorveglianza tra umanità della pena e contrasto alla criminalità organizzata: le soluzioni contenute nel D.L.*

Il tentativo, però, non è stato in grado di porre freno all'ormai esplosa polemica, tanto da portare il governo ad intervenire – a distanza di soli 10 giorni – con il decreto-legge n. 29⁵⁴; è stato imposto, ai magistrati, un monitoraggio continuo dei provvedimenti con i quali si è disposta la detenzione domiciliare, o il differimento dell'esecuzione della pena, per i motivi connessi all'emergenza sanitaria nei confronti di condannati o internati per determinati gravi reati, confondendo così legislazione e giurisdizione. Si è imposto, cioè, all'autorità che ha adottato il provvedimento ritenuto "eccessivo" di valutare la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria nei successivi quindici giorni dalla sua adozione e, poi, con cadenza mensile, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato⁵⁵.

30 aprile 2020, n. 28, in *Giustizia Insieme*, 8 maggio 2020; A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020, e M. GIALUZ, *Op. cit.*

⁵⁴ Cfr. d.l., 10 maggio 2020, n. 29, recante "Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati", in *G.U.*, 10 maggio 2020, n. 119.

⁵⁵ La norma è stata già sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale da parte del Tribunale di Spoleto con ordinanza del 26 maggio 2020. Per un'analisi del provvedimento si veda M. GIALUZ, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sist. pen.*, 5 giugno 2020. Dopo pochi giorni anche il Tribunale di Sassari, con ordinanza del 9 giugno 2020, ha richiesto l'intervento della Corte. Il provvedimento è stato commentato da A. CABIALE, *Un'altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute*, *ivi*, 10 giugno 2020. La Corte costituzionale, con l'ordinanza del 22 luglio n. 185, ha ritenuto di rimettere gli atti al giudice remittente in considerazione del mutamento del quadro normativo per effetto dello *ius superveniens* di cui alla l. 25 giugno 2020 n. 70 di conversione, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28. La nuova disposizione ha abrogato

L'intento del provvedimento è chiaro: «la magistratura viene invitata a far rientrare il più presto possibile in cella i detenuti mafiosi già scarcerati»⁵⁶. Non si è fatta attendere la comprensibile reazione che, per mezzo di un comunicato del Coordinamento Nazionale Magistrati di sorveglianza, ha respinto «con forza la campagna di sistematica delegittimazione» portata avanti anche da «autorevoli esponenti della Magistratura e delle Istituzioni».

Intorno al problema carcerario, nonostante una mai sopita domanda di discussione, esiste un blocco che impedisce di percepire la drammatica situazione di separazione dal resto della società.

La sequenza dei provvedimenti richiamati e le polemiche seguite, nonché le morti dei detenuti avvenute in circostanze tutte da chiarire, mettono in evidenza la volontà di 'snellire' le procedure, a discapito della giurisdizione (a cui in realtà vengono affidati una serie di ripetitivi controlli su provvedimenti già adottati); di eliminare la necessaria interlocuzione con la difesa, del tutto esclusa dalla possibilità di intervenire, e, soprattutto, che il problema-carcere ha bisogno di un profondo ripensamento per essere davvero risolto.

la norma censurata, riproducendola integralmente nel nuovo articolo 2-*bis* del d.l. 28/2020; la norma è stata integrata con un nuovo comma 4, che ha inteso creare una nuova disciplina processuale volta a tutelare maggiormente proprio quel diritto di difesa che il giudice rimettente aveva ritenuto essere stato leso dal legislatore. Si dispone che «quando il magistrato di sorveglianza procede alla valutazione del provvedimento provvisorio di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena, i pareri e le informazioni acquisiti ai sensi dei commi 1 e 2 e i provvedimenti adottati all'esito della valutazione sono trasmessi immediatamente al tribunale di sorveglianza, per unirli a quelli già inviati ai sensi degli articoli 684, comma 2, del codice di procedura penale e 47-*ter*, comma 1-*quater*, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Nel caso in cui il magistrato di sorveglianza abbia disposto la revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottati in via provvisoria, il tribunale di sorveglianza decide sull'ammissione alla detenzione domiciliare o sul differimento della pena entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca, anche in deroga al termine previsto dall'articolo 47, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Se la decisione del tribunale non interviene nel termine prescritto, il provvedimento di revoca perde efficacia». Di fronte al *novum*, la Consulta ha ritenuto che – ferma restando la rilevanza della questione sollevata in precedenza – debba invece rivalutarsene la non manifesta infondatezza. L'ordinanza è stata commentata da E. Andolfatto, *Un'ordinanza interlocutoria della Consulta sul "decreto antiscarcerazioni"*, in *Sist. pen.*, 1 agosto 2020.

⁵⁶ G. FIANDACA, *Op. cit.*

Sarebbe bastata un'analisi razionale e lucida della situazione *in fieri* per evitare di dover trovare capri espiatori (i detenuti rivoltosi, i mafiosi scarcerati) atti a garantire la tenuta sociale contro il 'nemico', assicurare ed autoassolversi dalla propria incapacità.

SARA AMATO

Emergenza sanitaria da Covid-19:
il diritto di difesa nel processo amministrativo
tra abolizione e ripristino del contraddittorio orale.
L'ondivaga posizione del legislatore alla luce
degli interventi razionalizzanti della giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pandemia da Covid-19 e il c.d. processo cartolare coatto *ex art. 84* del decreto *Cura Italia* (17 marzo 2020, n. 18). – 3. Il diritto alla salute *vs.* il diritto al giusto processo, il diritto di difesa ed i relativi principi. Gli interventi razionalizzanti del Tar e del Consiglio di Stato. – 4. Il decreto legge 30 aprile 2020, n. 28: la quarta fase emergenziale del processo amministrativo. Gli interventi razionalizzanti del Tar e del Consiglio di Stato – 5. Considerazioni finali (provvisorie...).

1. *Premessa*

Il 31 gennaio 2020 è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri lo stato di emergenza per rischio sanitario da Covid-19, a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Oms del 30 gennaio.

Dalla dichiarazione nazionale in poi, si è registrata un'attività compulsiva del legislatore, sfociata in una normativa alluvionale e caotica, talora capziosa e contraddittoria, composta da decreti legge, leggi, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹, ordinanze e circolari del Ministero della Salute, decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze, direttive e circolari del Ministro dell'Interno, ordinanze degli enti territoriali; un affastellamento di norme che ha generato disorientamento anche negli operatori del diritto.

Lo stato emergenziale ha comportato una compressione dei diritti e delle libertà, patrimonio di tutti gli ordinamenti occidentali², al fine

¹ L'utilizzo del DPCM è stato, sin da subito, aspramente criticato. Si veda, ad esempio, F. RAITO TRABUCCO, *Prime note al DPCM 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in *www.lexitalia.it*, 10 marzo 2020, 2.

² *Ex plurimis*, in una letteratura in poco tempo già assai ricca, si vedano almeno S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo, in federalismi*.

di tutelare la salute dei singoli e dell'intera collettività, bene costituzionalmente meritevole di prioritaria considerazione. Sacrificio giustificato dai principi di precauzione, proporzionalità³ e adeguatezza, sebbene non siano mancate perplessità sull'effettivo rispetto di questi ultimi.

Il settore della giustizia amministrativa è stato interessato da misure, locali e generali, spalmate in quattro tappe temporali.

Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, c.d. "Cura Italia", ha introdotto misure straordinarie e urgenti al fine, *ex multis*, di contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; in particolare, l'art. 84 contiene disposizioni specifiche per il processo amministrativo⁴.

it, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, aggiornato al 5 maggio 2020; V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020; ID., *Lo Stato costituzionale di diritto ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, 1/2020; F. LAJOLO DI COSSANO, *Il diritto di informazione ai tempi del Coronavirus: un diritto fondamentale*, *ivi*, 10 aprile 2020; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27.03.2020 n. 18*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 marzo 2020; C. ZUCHELLI, *Sulla udienza telematica*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020; I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, *ivi*, 22 aprile 2020; M. MIDIRI, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*; 4 maggio 2020; C. VOLPE, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*, in *www.giustamm.it*; N. DURANTE, *Il procedimento cautelare ai tempi dell'emergenza*, *ivi*; R. DE NICCOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020.

³ Tar Campania, Napoli, ordinanza, sez. V, 22 aprile 2020, n. 826, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Dato che «non vi sono ancora acclamate e solide conoscenze scientifiche in ordine alle modalità di trasmissione del coronavirus e che peraltro molti degli studi effettuati confermano la possibilità che il virus resti sulle superfici per diverso tempo, anche se con carica virale progressivamente decrescente, tanto più deve trovare applicazione il principio di precauzione, di derivazione comunitaria. Il c.d. "principio di precauzione" b di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi».

⁴ M.A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid 19 in materia di giustizia amministrativa: l'art. 84 del decreto Cura Italia*, in *Lamministrativista.it*, 18 marzo 2020; F. VOLPE, *Riflessioni dopo la prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 18 marzo 2020, 7.

In deroga alla disciplina ordinaria, sono state introdotte norme che prevedono la sospensione dei termini processuali, il rinvio *ex lege* o con disposizione presidenziale della trattazione collegiale dei ricorsi e delle domande cautelari, la trattazione con rito speciale delle istanze cautelari durante il periodo di sospensione, il trattenimento in decisione dei ricorsi e domande cautelari senza discussione in udienza pubblica o camerale, specifiche modalità per il deposito di atti e documenti⁵.

Nell'ambito della giustizia amministrativa, partendo dal rapporto tra "eccezione", "emergenza" e "normalità", una delle questioni che emerge in maniera preponderante dalla vicenda del Covid-19 è il tema del rapporto tra il tempo del processo amministrativo e la tutela del diritto di difesa, laddove tutto l'articolato assetto delineato dalla normazione dell'emergenza si sostanzia in una mediazione «tra la tutela del diritto di difesa di parti e difensori che abbiano impedimenti a causa dell'emergenza sanitaria, e la tutela dell'interesse generale a che la giustizia amministrativa, quale funzione pubblica essenziale, possa continuare a svolgersi in modo efficiente anche in tempi di emergenza sanitaria mondiale»⁶.

Il termine (procedimentale o processuale) è connesso all'esercizio di un diritto, facoltà o potere, *in primis* del diritto di difesa che rileva quale diritto ad una tutela effettiva delle situazioni giuridiche.

La garanzia del diritto di difesa è connessa alla ragionevole durata del processo, ad una decisione da parte di un giudice terzo ed imparziale entro un tempo utile e ragionevole. Affinché il processo sia equo e giusto, deve essere attuato un ragionevole compromesso tra celerità e sommarietà nel rispetto degli art. 24 e 111 della Costituzione, dell'art. 47 della Carta di Nizza e dell'art. 6 della CEDU, garantendo accesso effettivo alla giustizia, diritto di difesa e qualità della decisione. Così, se da un lato, «si impone, in materia processuale, l'adozione di meccanismi idonei a garantire la celerità del processo e ad assicurare il rispetto del principio di concentrazione delle tutele, insito nell'art. 111 Cost., che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo»⁷,

⁵ F. FRANCIARIO, *L'emergenza Coronavirus e la cura per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, 4.

⁶ Così R. DE NICTOLIS, *Op. cit.*, 6.

⁷ Da ultimo: Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 3 marzo 2020, n. 2778, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dall'altro «il principio di durata ragionevole del processo [...] se è diretto a disporre che il processo stesso non si protragga oltre certi limiti temporali, assicura anche che esso duri per il tempo necessario a consentire un adeguato spiegamento del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa»⁸. La Consulta, con pronuncia n. 317 del 30 novembre 2009, osserva che il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono essere in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è la durata del giusto processo, così come delineato dalla norma costituzionale giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata.

Il rapporto tra giustizia e tempo mette in evidenza il potenziale conflitto tra ragionevole durata e diritto di difesa, che trova giusta composizione solo nel temperamento tra opposte esigenze: il massimo della conoscenza nel più breve tempo possibile. La giurisprudenza europea più volte ha statuito che ciascuno Stato deve intervenire con gli opportuni mezzi legislativi al fine di consentire lo svolgimento del giudizio in tempi ragionevoli, nello spazio di durata necessario ad accertare la fondatezza del diritto vantato. L'obiettivo è quello di una giustizia non sommaria, ma tempestiva, dato che l'art. 6 CEDU mira a preservare gli interessi della difesa e di buona amministrazione della giustizia.

Tutto questo è stato pensato e scritto in condizioni di "normalità". Ma qual è la tenuta complessiva del sistema delineato, in condizioni di *stress* generate dallo stesso stato emergenziale? Qual è il suo adattamento alle condizioni emergenziali? Quanto dell'inevitabile scostamento dal dato ordinario può essere salvato e conservato al ritorno, si spera, alla "normalità"? Quali prospettive per il futuro?

Domande alle quali si darà risposta nel seguente contributo mediante la disamina del dato normativo, prendendo in considerazione

⁸ Corte Cost., sent., 23 luglio 2020, n. 281, in www.cortecostituzionale.it.

l'assai ricca letteratura, che in poco tempo si è formata, e gli interventi del giudice amministrativo.

2. *La pandemia da Covid-19 e il c.d. processo cartolare coatto ex art. 84 del decreto Cura Italia (17 marzo 2020, n. 18)*

In riferimento al processo amministrativo, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha dato luogo ad una normativa derogatoria, extracodicistica, differenziata e peculiare rispetto alle altre tipologie di giustizia.

Il primo intervento sul processo amministrativo è rappresentato dall'art. 10, comma 17, del d.l. n. 9 del 2020, che racchiude disposizioni indirizzate principalmente ai territori colpiti dall'emergenza, rimasto nella pratica inapplicato, poiché superato dall'art. 3 del d.l. n. 11 del 2020, a sua volta sostituito dall'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020, cd. Cura Italia. Sull'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 è intervenuto, poi, l'art. 36 del decreto legge 8 aprile 2020, 23.

In deroga alla disciplina ordinaria, sono previsti la sospensione dei termini processuali, il rinvio *ex lege* o con disposizione presidenziale della trattazione collegiale dei ricorsi e delle domande cautelari, la trattazione con rito speciale delle istanze cautelari durante il periodo di sospensione, il trattenimento in decisione dei ricorsi e domande cautelari senza discussione in udienza pubblica o camerale, specifiche modalità per il deposito di atti e documenti.

In particolare, è possibile distinguere quattro fasi:

Fase 1: Dall'8 marzo al 15 aprile. Blocco di tutte le udienze, pubbliche e camerali. Le cause sono state rinviare d'ufficio e le domande cautelari sui ricorsi fissati in questo periodo sono state decise con decreto cautelare monocratico ex art. 56 c.p.a.

Fase 2: Dal 6 aprile al 15 aprile. Ulteriore regime derogatorio rispetto alla fase 1, in virtù del quale le udienze si sono celebrate ma senza discussione orale e sulla base degli atti depositati le cause passate in decisione, solo su richiesta congiunta di tutte le parti costituite.

Fase 3: Dal 16 aprile al 30 giugno. L'attività giudiziaria è ripresa a pieno ritmo per i ricorsi fissati, ma sulla base degli atti e senza possibilità di discussione orale. È il c.d. processo cartolare coatto.

Fase 4: Dal 30 maggio al 31 luglio. È reintrodotta l'udienza con la discussione orale in videoconferenza, mediante collegamento da remoto.

Tali fasi sono scandite dagli interventi, tramite note, del Presidente del Consiglio di Stato *ante* d.l. n. 28 del 30 aprile 2020 e la c.d. quarta fase. È possibile distinguere i tre contributi: il decreto 10 marzo 2020, n. 71 e le note 19 marzo 2020, n. 1544 e 20 aprile, n. 7400. Il decreto contiene indicazioni circa l'applicabilità dell'art. 3 del decreto legge Cura Italia; le note attengono all'art. 84 del decreto *de quo*.

Obiettivo delle note è quello di assicurare un'applicazione omogenea della normativa introdotta in via emergenziale dall'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020, che ha abrogato l'art. 3 del d.l. n. 11 del 2020, che ha inciso su dinamiche processuali consolidate, creando non pochi problemi sia sul piano operativo che su quello esecutivo.

È così precisato con la nota del 19 marzo, *ex plurimis*, che la sospensione di tutti i termini processuali, anche se intermedi o a ritroso, riguardano il periodo che va dall'8 marzo (incluso) al 15 aprile (incluso); che per la cause calendarizzate dal 16 aprile al 30 giugno 2020 non è prevista la discussione orale ed è possibile depositare note di udienza nei due giorni liberi prima che la precedono; che per «giudice», ex art. art. 84, comma 5 in materia di istanza di rimessione in termini, si intende non solo il collegio, ma anche il presidente il quale, fuori udienza, dispone rinvii ad altre udienze della causa per le quali sia stata presentata istanza di rimessione in termini.

La seconda nota interviene dopo la novella introdotta dal d.l. n. 23/2020, il cui art. 36 incide sull'art. 84 del decreto *Cura Italia*, prevedendo che «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». Tale disposizione ha destato immediate reazioni, dato il forte contrasto tra la limitata sospensione dei termini per la notificazione del ricorso con i principi del contraddittorio e del giusto processo.

La nota precisa che con il termine «ricorsi» si fa riferimento a tutti gli atti con cui nel processo amministrativo si introducono nuove domande; dunque non solo ai ricorsi in primo e secondo grado, ma anche ai motivi aggiunti, ai ricorsi incidentali, alle impugnazioni. Dal regime di sospensione sono escluse le mere difese, principalmente perché esse «richiedono la spendita del minor contatto sociale grazie alle funzionalità del PAT».

In merito al passaggio in decisione della causa senza discussione orale sulla base degli atti depositata, la nota *de qua* precisa che il

processo amministrativo è storicamente un processo prevalentemente scritto, basato su prove scritte e precostituite, come dimostra anche la ridotta percentuale delle cause in cui viene chiesta dalle parti la discussione orale. Il sacrificio della oralità rappresenta un *vulnus* che, sebbene giustificato per il periodo di emergenza, dev'essere al più presto recuperato—pur sempre limitatamente al periodo emergenziale al venimento del quale si deve tornare a quella forma di contraddittorio che postula la oralità tra presenti in aula — anche grazie alla previsione e al perfezionamento di forme di collegamento da remoto e al loro adeguamento agli standard di sicurezza, riservatezza e stabilità. A tal fine, sarebbe utile — e ne è stata fatta richiesta — una disposizione di fonte primaria che, oltre a consentire tale modalità, attribuisca la competenza a disciplinare sul piano tecnico la disciplina del PAT a una fonte flessibile e di immediata operatività, anzi che, come accade oggi, a un regolamento statale (DPCM n. 40 del 2016).

La scelta del processo cartolare coatto ha ingenerato non poche perplessità, partendo dalla trama logico-strutturale che tesse la disciplina emergenziale del processo amministrativo, secondo cui l'emergenza epidemiologica non deve incidere sul celere ed efficiente svolgimento di un servizio essenziale quale la giustizia amministrativa, esempio virtuoso nel panorama delle tutele giurisdizionali, se rapportato alle altre tipologie di processo, dotata da tempo del PAT⁹.

In realtà, in un primo momento era stata prevista, a determinate condizioni, la celebrazione di una udienza «mediante collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza» con la partecipazione dei difensori delle parti ex art. 3. commi 4 e 5, del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, abrogato dall'art. 84, comma 11, del decreto Cura Italia. Lo svolgimento dell'udienza telematica era subordinato a due stringenti presupposti processuali: uno positivo (la richiesta di discussione avanzata da almeno un difensore); l'altro negativo (l'esclusione della presenza di soggetti diversi dai patrocinatori). A questi si aggiungevano altri due requisiti extraprocessuali: la garanzia della sicurezza e

⁹ C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 aprile 2020, 4.

della funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati.

Perché l'udienza telematica (o da remoto) con la partecipazione dei difensori è stata messa al bando nel decreto Cura Italia?

La risposta a tale domanda merita di essere preceduta da alcune considerazioni. Il sacrificio della difesa orale fino al 30 giugno 2020 è giustificato dal Presidente del Consiglio di Stato, con il decreto n. 71 dell'11 marzo 2020 dalla «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», seguito dall'auspicio che «i difensori si limitino a chiedere la discussione orale, ai sensi dell'art. 3 comma 4 d.l. n. 11/2020, anche con riferimento ai procedimenti cautelari, solo in caso di assoluta indispensabilità».

La levata di scudi da parte delle associazioni degli avvocati amministrativi, che hanno chiesto udienze telematiche aperte all'indispensabile partecipazione degli avvocati, ha, altresì, evidenziato il disallineamento della giustizia amministrativa rispetto agli altri sistemi processuali, effettuato mediante la ripartenza anticipata dei termini processuali dal 16 aprile 2020, ad eccezione di quelli per la proposizione dei ricorsi (per le altre giurisdizioni, l'art. 36 del d.l. n. 23 del 2020 si limita a prorogare il termine di sospensione del 15 aprile 2020 sino all'11 maggio 2020).

Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano ha chiesto l'intervento del Presidente della Repubblica per rimediare al sacrificio della difesa orale, manifestamente lesiva del diritto di agire in giudizio, del giusto processo e della pubblicità delle udienze. Neanche la dottrina è rimasta indifferente dinanzi a tale «compromissione del diritto di difesa delle parti, che sembra andare nella direzione di un modello processuale autoritario, distante non solo dai valori costituzionali, ma soprattutto dai valori della cultura del processo e della giustizia amministrativa in particolare»¹⁰.

L'udienza senza oralità... non è udienza! Etimologicamente il termine udienza deriva dal latino *audire* (ascoltare) e, secondo il significato tecnico-giuridico che la migliore tradizione dottrinale¹¹ delinea, è

¹⁰ C. VOLPE, *Op. cit.*, 6.

¹¹ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 463.

«il periodo di tempo durante il quale il collegio giudicante siede in una sala dell'ufficio giudiziario e prende contatto personale con i rappresentanti delle parti». Tale fase è essenziale, sebbene non assuma quella rilevanza sostanziale che ha nel processo civile o in quello penale, poiché il processo amministrativo è principalmente un processo documentale, plasmato sul principio della scrittura, per il quale l'udienza pubblica di trattazione può risolversi nella formalità della chiamata in causa ovvero della sua assegnazione in decisione. Ma si tratta di una fase pur sempre fondamentale, in ordine alla garanzia dei principi costituzionali e di quelli del processo amministrativo, in particolare del giusto processo e dell'effettività della tutela. La prassi dimostra che spesso sono i giudici a chiedere chiarimenti agli avvocati per meglio focalizzare i fatti e le implicazioni della causa¹².

Questo non significa che non ci sia alcuna modalità di comunicazione, in maniera trasparente, con il giudice né che questi non possa essere informato delle eventuali sopravvenienze fattuali o giuridiche: la legge ha, infatti, previsto, come sopra precisato, la possibilità di presentare brevi note fino a due giorni dalla data in cui è fissata la decisione. Anche questa disposizione, peraltro, è stata oggetto di perplessità e valutazioni critiche, essendo i termini eccessivamente stringenti.

Dell'udienza telematica se ne parla esplicitamente all'art. 4, punti 3 e 4 ed all'art. 6, dell'art. 84, laddove si precisa che «è possibile una previa audizione delle parti senza formalità, per iscritto o con collegamento da remoto» e che «il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto».

Ma l'udienza telematica, che ottimizza i tempi, aumentando la produttività del lavoro dei magistrati e, così, favorendo il pieno rispetto del principio della ragionevole durata del processo, è fungibile con quella fisica? È contenutisticamente equivalente ad essa? Nei codici processuali nazionali non esiste una definizione di udienza; nella cultura giuridica, per consuetudine, l'udienza è l'adunanza contemporanea e fisica di giudici e parti.

La scienza della psicologia della comunicazione risponderebbe negativamente, data la riduzione, per via telematica, della capacità co-

¹² S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 9 aprile 2020, 3.

municativa e l'estraneità al protocollo antropologico. Pertanto, il principio costituzionale della pubblicità dell'udienza e quello del contraddittorio sono effettivamente garantiti e tutelati mediante immagine, in maniera virtuale? In altre parole, l'udienza telematica è costituzionale?

3. *Il diritto alla salute vs. il diritto al giusto processo, il diritto di difesa ed i relativi principi. Gli interventi razionalizzanti del Tar e del Consiglio di Stato*

Il 21 aprile 2020 sono emanate due ordinanze gemelle, da parte della sesta sezione del Consiglio di Stato, n. 2538 e 2539, a seguito delle quali le fondamenta della terza fase della normativa emergenziale del processo amministrativo iniziano a vacillare.

I giudici di palazzo Spada rammentano che: «il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte”, ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza», precisano che «il contraddittorio cartolare ‘coatto’ [...] non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione».

Pertanto, «il contraddittorio cartolare ‘coatto’ costituirebbe una deviazione irragionevole rispetto allo “statuto” di rango costituzionale che si esprime nei principi del “giusto processo”», nel rispetto del dato costituzionale e di quello della Cedu, in particolare dell'art. 6 e del principio da esso scaturente della pubblicità dell'udienza.

Per tali ragioni l'art. 84, comma 5, del decreto legge n. 18 del 2020, deve essere interpretato nel senso che 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.

In assenza di una fase giudiziale orale, la parte che intende discutere la causa può chiedere la fissazione di una nuova udienza in data successiva il 30 giugno 2020. Il collegio compie le sue valutazioni complessive, disponendo il rinvio nell'ipotesi in cui la causa, per la sua laboriosità, richieda la discussione, sempre nella garanzia della ragionevole durata del processo.

La posizione del Consiglio di Stato è da apprezzare e degna di nota perché, nel riconoscere l'indefettibile rilevanza della discussione orale, ravvisa come il diritto alla salute, tutelato dalla normativa emergenziale quale bene primario, non prevalga sul diritto al giusto processo, di difesa e sui relativi principi: l'unica via d'uscita praticabile a legislazione invariata è il bilanciamento giudiziale dei valori in gioco. Dello stesso avviso il Tar Marche e il Tar Toscana¹³ i quali, con ordinanza, statuiscano che «sebbene l'art. 84, comma 5, del D.L. n. 18/2020 prevede che nel periodo 15 aprile-30 giugno 2020 le cause fissate in camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare possano essere decise con sentenza c.d. breve, la norma, per quanto possibile, va applicata evitando un'ulteriore compromissione del diritto di difesa delle parti». Di conseguenza, «l'avviso di cui all'art. 60 c.p.a. può essere dato con un'ordinanza riconducibile al *genus* di quella dell'art. 73, comma 3, c.p.a.». Così facendo i giudici amministrativi hanno disapplicato una previsione della legislazione emergenziale.

Un nuovo intervento del Consiglio di Stato, con le ordinanze n. 2555 e 2574, corrobora l'indirizzo: ritenendo sussistenti i presupposti per applicare l'art. 60 del c.p.a., si assegna alle parti un termine per l'eventuale deposito di memorie al fine di indicare possibili fatti ostativi all'emanazione della pronuncia. Si dispone altresì che, in difetto di opposizione o di inidoneità dei fatti eventualmente rappresentati, la controversia potrà essere definita ai sensi dell'art. 60 c.p.a., riservando la decisione sia cautelare che di merito.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato¹⁴, in ossequio alle ordinanze gemelle della Sesta Sezione, non ha accolto l'istanza della parte

¹³ Tar Toscana, sez. I, ord., 24 aprile 2020, n. 4194; Tar Marche, 30 maggio 2020, n. 353, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Cons. Stato, sez. IV, ord., 11 maggio 2020, n. 2525, in www.giustizia-amministrativa.it.

appellata confermativa della richiesta di rinvio dell'udienza già precedentemente avanzata – in ragione del deposito da parte dell'appellante di documenti e note di udienza in violazione dei termini a difesa –, rilevando che tale deposito, in cui, nella specie, il Ministero dell'Interno si era opposto alla richiesta di rinvio formulata *ex adverso* (confermando l'interesse alla trattazione dell'appello cautelare), era in realtà «irrilevante, in quanto le ragioni dell'appello cautelare [erano] state già evidenziate in maniera diffusa con la proposizione dell'impugnativa cautelare», e ritenendo che «il differimento richiesto [potesse] compromettere la ragionevole durata del presente giudizio cautelare e che manifeste esigenze di economia processuale – potendo il decorrere del tempo privare di utilità la richiesta cautelare avanzata dall'Amministrazione – [inducevano] a disattendere la indicata richiesta di differimento». In forza di tali argomentazioni ha, pertanto, all'esito della deliberazione propria della fase cautelare, accolto l'appello cautelare.

Da segnalare il caso in cui il TAR Lazio, Roma, III *quater*¹⁵, con sentenza n. 4209 del 27 aprile, nelle more dell'applicazione dell'art. 84 d.l. 18/2020, data la particolare rilevanza del giudizio in cui era stata sollevata dalla ricorrente una questione di legittimità costituzionale, ha assegnato alle parti un termine di novanta giorni «per approfondire e sviluppare, con memorie specificamente dedicate, la citata questione», precisando inoltre che debba essere tenuta in debita considerazione la circostanza che «il Collegio non ha potuto evidenziare alle parti l'importanza della citata questione in sede di discussione orale, per effetto delle disposizioni di cui all'art. 84 d.l. n. 18/2020». I giudici romani hanno espressamente evidenziato come la disciplina emergenziale ex art. 84 cit., precludendo la possibilità di discutere oralmente e determinando un effetto pregiudizievole sulle concrete modalità di esercizio del diritto di azione e di difesa mediante la previsione di un contraddittorio esclusivamente cartolare, limiti la cognizione del giudice, costretto inevitabilmente ad attendere le difese (solo) scritte dalle stesse (e che peraltro, per le questioni particolarmente complesse, quali gli incidenti di costituzionalità o le questioni pregiudiziali dinanzi alla CGUE, posti i limiti dimensionali degli scritti difensivi, potrebbe-

¹⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III quater, 27 aprile, n. 4209, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ro non essere comunque sufficienti), di fatto, allungando i tempi per l'adozione della decisione.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, con i provvedimenti n. 2918 e 2919¹⁶, nell'ambito di una controversia temporalmente rientrante nella disciplina fissata dall'art. 84, co. 5, d.l.18/2020, per la quale le parti non avevano prodotto né note né memoria per l'udienza di trattazione, nel rilevare che non fosse possibile conoscere «senza la partecipazione delle difese delle parti, lo stato del procedimento di cui si verte, anche ai fini della permanenza dell'interesse», hanno chiarito che anche l'attuale disciplina derogatoria del processo amministrativo deve comunque – ove possibile – essere interpretata conformemente ai principi costituzionali, e che, laddove la particolare situazione emergenziale non consenta l'ordinaria oralità e pubblicità del processo, non permettendo, di garantire, in assenza di richieste delle parti o di memorie, la pienezza del contraddittorio, è necessario, per risolvere la controversia, sia acquisire dall'Amministrazione una dettagliata relazione in ordine allo stato del procedimento e alla posizione degli appellati, sia fissare l'udienza di discussione nel merito della causa ad un momento in cui (auspicabilmente) sarà consentito svolgere in modo regolare (e quindi anche oralmente) le proprie difese.

4. *Il decreto legge 30 aprile 2020, n. 28: la quarta fase emergenziale del processo amministrativo. Gli interventi razionalizzanti del Tar e del Consiglio di Stato*

Con il decreto legge 30 aprile 2020 n. 28 sono introdotte disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile, dando origine alla c.d. quarta fase emergenziale del processo amministrativo. Le perplessità ed i malumori rilevati in seno alla dottrina e alla giurisprudenza trovano traslazione in sede normativa, recuperando così il valore dell'oralità momentaneamente abbandonato dall'art. 84 del decreto Cura Italia.

Esso introduce l'udienza con la discussione orale in videoconferenza, a partire dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio.

¹⁶ Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2020, n. 2918 e 2919, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

torio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, garantendo in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informativo della giustizia amministrativa e dei relativi apparati. La discussione orale può essere chiesta dalle parti 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. 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, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. In ogni caso il presidente può disporre anche d'ufficio con decreto la discussione orale da remoto qualora la ritenga necessaria. In tutti i casi in cui venga disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'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, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza.

È, altresì, attribuita al Presidente del Consiglio di Stato la competenza ad adottare le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico in precedenza affidata a un regolamento governativo dall'art. 13, comma 1, delle norme di attuazione al codice del processo amministrativo. In particolare, al Presidente del Consiglio di Stato è affidato il compito di stabilire i tempi massimi di discussione e replica dei difensori. Tale normativa risulta essere particolarmente laconica, limitandosi a precisare che il decreto del Presidente del Consiglio di Stato «stabilisce i tempi massimi di discussione», mentre l'art. 13 ter dell'allegato 2 al codice del processo amministrativo, che fonda il decreto sinteticità, è più circostanziato e, a differenza di quanto previsto nell'attuale decreto legge, indica le conseguenze del mancato rispetto dei limiti dimensionali. Per l'adozione del decreto sinteticità la norma primaria prevede che debbano essere sentiti «il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti», in quanto incidente sul diritto

di difesa delle parti. Diversamente la disposizione dell'attuale d.l. n. 28/2020 prevede che, ai fini dell'adozione del decreto di disciplina della discussione da remoto, vengano sentite le stesse autorità che devono essere interpellate per l'adozione delle "ordinarie" regole tecnico-operative, ovverosia il «Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge». Ciò ancorché il decreto che fissa i tempi di discussione e replica si palesa più come una norma di stampo processuale che come norma tecnica di disciplina del processo amministrativo telematico, con delle esigenze consultive più vicine a quelle della possibile limitazione del diritto di difesa che a ragioni tecnico-informatiche.

Il 25 maggio sono adottate dal Presidente del Consiglio di Stato le linee guida, le terze, sulle norme processuali emergenziali, relative all'applicazione dell'art. 4 del d.l. 28/2020 e sulla discussione da remoto. Interessante è la disamina del rapporto tra la nuova disposizione e l'art. 84, laddove è precisato che «è preferibile una ricostruzione duale dei riti delineati dalla normativa, senza ibridazione alcuna fra gli stessi: a) se è stata chiesta la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020 con tutte le sue previsioni «interne» in tema di discussione orale e di modalità alternative alla discussione orale; in particolare, se venga richiesta la discussione da una sola parte, nulla vieta che l'altra partecipi alla discussione o, "in alternativa alla discussione", presenti note di udienza fino alle ore 9 del giorno di udienza; b) se nessuno ha chiesto la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, e cioè il processo c.d. cartolare (id est, passaggio in decisione sulla base degli scritti) con termine sino a due giorni liberi dall'udienza per il deposito di brevi note. Tale soluzione appare maggiormente piana e meno problematica sul versante applicativo. In tal senso depone, non solo il mantenimento in vigore dell'art. 84 cit., ma anche la circostanza che la novella è intervenuta su di esso, estendendo il *dies ad quem* dal 30 giugno al 31 luglio 2020, a riprova che esso è un rito "cartolare" che continua ad applicarsi in assenza di richieste di discussione.» Il 26 maggio è stato stilato il protocollo d'intesa tra il Presidente del Consiglio di Stato, l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e le Associazioni specialistiche degli avvocati

amministrativisti, avente per oggetto l'udienza da remoto *ex art. 4 d.l. 28/2020*, «in uno sforzo comune che consenta di affrontare al meglio e con il giusto spirito questa fase processuale emergenziale».

La disciplina *ex art. 4 del d.l. 28/2020* non è immune da criticità, poiché sembra ancora lontana dal fornire una piena ed effettiva garanzia del principio del contraddittorio durante il periodo emergenziale: implicando un'asimmetria irragionevole tra le parti e attribuendo al giudice l'(inedito) potere di valutare l'opportunità della discussione orale, mette seriamente a rischio l'impianto costituzionale del giusto processo (in tutte le sue declinazioni, dal contraddittorio, all'oralità, fino a investirne anche la ragionevole durata). Sussiste un diritto costituzionale, non comprimibile, della parte processuale al contraddittorio orale ovvero concedere la discussione a colui che la richiede è nella disponibilità del giudice? La discussione deve essere ammessa anche quando lo richieda solo una delle parti? Rispondere positivamente significa mettere in dubbio la legittimità della norma, poiché, stando al dato letterale, al cospetto di una richiesta unilaterale (non congiunta) di discussione del difensore, ogni valutazione è rimessa al presidente del collegio, chiamato a deliberare l'istanza; la discussione può sempre essere discrezionalmente negata, pur in assenza di opposizione della controparte. È noto che il contraddittorio processuale debba essere completo e continuo, cioè estendersi a tutti i soggetti della controversia, durante tutte le fasi del processo. Ma il contraddittorio orale (la discussione) è un diritto della parte o una concessione del giudice che bilancia tale valore processuale con altri valori? Le ordinanze gemelle optano, come abbiamo visto, per questa seconda tesi nel periodo emergenziale. Se i giudici di Palazzo Spada avessero voluto affermare la centralità della discussione quale diritto indefettibile anche nel periodo emergenziale, avrebbero rimesso alla Corte Costituzionale l'esame dell'art. 84.

Il legislatore d'urgenza, mediante l'art. 4 del D.L. n. 28/2020, approfitta di questo intervento del Consiglio di Stato per rimettere la decisione finale sul contraddittorio orale al presidente, ove manchi l'istanza congiunta delle parti. Nella logica governativa, solo qualora l'istanza sia congiunta il diritto al contraddittorio da cedevole che era si consolida, sdoganandosi dalla disponibilità del presidente e divenendo un vero diritto costituzionale della parte processuale.

Un approccio, questo, discutibile, soprattutto perché si presta a possibili usi strumentali della norma. Ad esempio, la parte che ha presentato per ultima le difese scritte potrebbe essere indotta a denegare la propria adesione all'istanza di discussione altrui (o a non presentare un'istanza propria) per poter godere della rendita di posizione che le deriva da questo vantaggio processuale. Il meccanismo appare tutt'altro che lineare soprattutto in vista della definizione della lite cautelare, tenendo conto che spesso il relativo esito condiziona l'intera vertenza¹⁷.

Alcune delle criticità delineate sono state superate per mezzo degli interventi razionalizzanti dei giudici amministrativi (Tar e Consiglio di Stato). Così ad esempio, *quid iuris* nel caso in cui il collegio rilevi d'ufficio un profilo di inammissibilità del ricorso o comunque una questione non oggetto di contraddittorio tra le parti in sede di udienza «non partecipata»? Si tratta del classico problema denominato dalla manualistica della «terza via». Nell'udienza in presenza, il giudice rivolgerebbe alle parti l'avvertimento, previsto dall'art. 73, comma 3 del codice del processo amministrativo, ai sensi del quale «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale». A seguito dell'avvertimento, le parti avrebbero facoltà di discutere oralmente sulla questione, puntualizzando le rispettive posizioni e chiarendo eventuali dubbi prima che la causa sia trattenuta in decisione. Nella sua seconda parte la norma prevede che, qualora la questione sia rilevata d'ufficio soltanto dopo il passaggio in decisione, ossia essenzialmente durante la camera di consiglio per la decisione, quest'ultima debba essere riservata e debba essere pronunciata ordinanza di concessione di un termine non superiore a trenta giorni alle parti per depositare memorie sulla questione. La questione *de quo* attiene a come l'art. 73, comma terzo, concepito avendo a mente il processo nel suo tradizionale evolversi e l'udienza classica «in presenza», possa trovare applicazione relativamente alla speciale celebrazione non partecipata delle udienze prevista fino al 30 giugno. Il Consiglio di Sta-

¹⁷ S. TARULLO, *Contraddittorio orale e bilanciamento presidenziale. Prime osservazioni sull'art. 4 del d.l. n. 20 del 2020*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 maggio 2020, 7.

to¹⁸ precisa che nell'emergenza da Covid, qualora nel corso dell'udienza telematica, in assenza degli avvocati, venga posto d'ufficio un profilo di inammissibilità della impugnazione, si deve concedere alle parti un termine di trenta giorni per il deposito delle memorie. Ciò, anche sul rilievo testuale per cui la normativa emergenziale da Covid relativa al processo amministrativo non disciplina una vera e propria udienza non partecipata, limitandosi ad affermare che la causa passa «in decisione, senza discussione orale». Parrebbe, pertanto, che quella «non partecipata» non abbia la consistenza di una vera e propria udienza, ma rappresenti piuttosto un'adunanza dei magistrati «in camera di consiglio» per la decisione. Sicché, ove emergesse una questione rilevata d'ufficio e non previamente discussa tra le parti, troverebbe fisiologica applicazione l'art. 73, comma 3, nella sua seconda parte relativa alle questioni rilevate «dopo il passaggio in decisione».

Il Tar Campania, Napoli¹⁹, affronta un'altra tematica importante: la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 5, del D.l. n. 18/2020. I giudici napoletani affermano che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 5, del D.l. n. 18/2020, convertito con modificazione dalla Legge n. 27/2020 (Decreto «Cura Italia»), nella parte in cui prevede che, nel periodo dal 15 aprile 2020 al 31 luglio 2020, le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, trattandosi di norma di natura eccezionale ed emergenziale, finalizzata ad evitare – per una situazione universalmente acclarata di pandemia e per un periodo di tempo limitato (3/4 mesi) – la paralisi della giustizia amministrativa. Peraltro, i Giudici chiariscono che il regime previsto dall'art. 84, comma 5, del D.l. n. 18/2020, convertito con modificazione dalla Legge n. 27/2020, prevede che, nel periodo dal 15 aprile 2020 al 31 luglio 2020, le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati. In sostanza, il model-

¹⁸ Cons. Stato, sez. II, ord., 15 maggio 2020, n. 3109, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁹ Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2020, n. 2074, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

lo processuale emergenziale delineato dal comma 5 dell'art. 84, pur determinando la (temporanea) elisione di una delle facoltà processuali delle parti, è pienamente giustificato dalla situazione emergenziale e non intacca in modo irreversibile la garanzia del contraddittorio tra le parti e la loro possibilità di "accesso e contatto" al/con il Giudice.

5. *Considerazioni finali (provvisorie...)*

Quanto dell'inevitabile scostamento dal dato ordinario può essere salvato e conservato al ritorno, si spera, alla «normalità»? Quali prospettive per il futuro?

Notoriamente, quando si parla di emergenza nel diritto amministrativo si suole indicare l'insieme delle situazioni rispetto alle quali il regolare articolarsi delle fasi, in cui si dipana il procedimento amministrativo, non è idonea o sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito dalla legge. A fronte del principio di legalità, che informa il procedimento amministrativo nonché la regolare attività amministrativa²⁰, nell'emergenza rileva quello della precauzione, che implica istruttorie più meticolose, poiché è opportuno valutare le probabili, rischiose implicazioni che comporta il ricorso a strumenti di amministrazione dal carattere eccezionale²¹. Queste considerazioni, elaborate per il procedimento amministrativo, trovano cittadinanza anche in sede processuale.

L'emergenza è una circostanza imprevista ed improvvisa che guasta l'ordinario protocollo, a fronte della quale si presenta una necessità giuridica di agire con tempestività, derogando in maniera provvisoria

²⁰ Interessante, in una ottica comparata, è la disamina di P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, in www.cortecostituzionale.it, *Studi di Diritto Comparato*, marzo 2011; S. GAMBINO, A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1539 ss.

²¹ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 33; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, ora in *Scritti*, II, 1939-1948, Milano, 954 ss.; G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 90 ss. Si consenta anche il rinvio a S. AMATO, *Il perimetro espansivo dell'amministrazione dell'emergenza. Considerazioni a margine della più recente giurisprudenza*, in www.giustamm.it, 30 gennaio 2020.

all'ordinamento²²; coinvolge i binomi «ordinario/straordinario», «normale/eccezionale», «regola/eccezione»²³.

Posto, pertanto, che il principio di precauzione impone istruttorie più meticolose, il diritto alla difesa deve essere garantito in maniera piena e condivisa. Al cospetto della posizione ondivaga del Legislatore, nonché talora contraddittoria e lacunosa per taluni profili, apprezzabili sono gli interventi razionalizzanti della giurisprudenza, a tutela dei principi costituzionali. Qualora non ci fossero stati, si sarebbe incorsi nel rischio di un abuso del potere di emergenza.

Le motivazioni dell'emergenza giustificano le limitazioni ai diritti fondamentali. Ma esse devono essere sempre scrutinate secondo i principi della precauzione, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, nell'ottica di una soluzione alternativa che consenta la tutela del diritto limitato. Compito del Legislatore è di trovare un punto di equilibrio ragionevole e adeguato tra la limitazione imposta e la soluzione alternativa che mitighi il sacrificio del diritto costituzionale. In ipotesi contraria, si mette in discussione la legittimità costituzionale della soluzione normativa adottata.

Il PAT ha dato finora buona prova di efficienza: avrebbe potuto essere questa l'occasione per introdurre ovvero migliorare determinati aspetti, ad esempio l'udienza da remoto, affrontando anche le connesse questioni di legittimità costituzionale.

Nel momento in cui si scrive, si attende la conversione in legge del d.l. 28/2020 con l'auspicio che il legislatore, raccolte le indicazioni della giurisprudenza e della dottrina, gestisca in maniera maggiormente ragionevole la vicenda processuale, in considerazione del fatto che c'è l'esigenza di convivere con uno stato emergenziale che minaccia... di diventare la normalità.

²² M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 3/2017, 2 ss.; F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm)*, in *Diritto on line*, http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-diramm_%28Diritto-on-line%29/2017: «L'emergenza è l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa».

²³ S. AMATO, *Op. cit.*, 4.

GIULIA MUSELLA

Il processo civile ed amministrativo alla prova del Covid-19

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La normativa emergenziale; la fase di *lockdown*; la fase post *lockdown*. – 3. L'occasione mancata per una completa informatizzazione del processo civile.

1. *Premessa*

L'emergenza sanitaria legata al diffondersi del Covid-19 ha inevitabilmente investito anche le aule di giustizia.

La normativa emergenziale, talvolta affastellandosi e spesso creando non poca confusione negli interpreti, ha tracciato una fase di piena emergenza, sino all'11 maggio – data così definita dopo due proroghe a distanza di pochi giorni, ed una fase di emergenza *soft*, in cui le attività dei Tribunali sono riprese non secondo l'ordinario svolgimento ma in base a Protocolli stilati dai Capi dei singoli uffici giudiziari, configurando una geografia processuale diversificata su base territoriale.

La fase emergenziale e l'attuale fase *post* emergenziale, pur nella loro criticità, sono state al contempo un interessante momento di riflessione sul processo e sulla tenuta dei suoi principii fondanti sottoposti allo *stress test* della telematica.

2. *La normativa emergenziale; la fase di lockdown; la fase post lockdown*

Nella fase di piena emergenza, sancita dall'adozione del decreto n. 11 dell'8 marzo 2020, il Governo è intervenuto in materia di processo civile rinviando ottimisticamente le udienze civili, penali ed amministrative al 22 marzo¹. La sospensione dall'attività processuale è stata

¹ Art. 1 comma 1 del D.L. n. 11 dell'8 marzo 2020: «A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 22 marzo 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con

prorogata dapprima al 15 aprile², per poi essere nuovamente prorogata di quasi un mese con il decreto n. 23/2020, con cui i termini di sospensione sono stati ulteriormente prorogati sino all'11 maggio³.

Il legislatore ha ragionevolmente escluso dalla previsione di sospensione talune materie previste dalla lettera a) del comma 3 del già menzionato art. 83 del D.L. n. 18/2020; la previsione indica un elenco tassativo di materie non sottoposte alla sospensione; alla medesima norma il legislatore, conclusivamente, ha previsto la possibilità di trattazione di quei procedimenti in cui «la ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti» in base ad una valutazione demandata al Capo dell'ufficio giudiziario con decreto non impugnabile o con provvedimento del giudice istruttore in caso di processi già iniziati.

Sino all'11 maggio, dunque, si sono trattate esclusivamente le cause pendenti nelle materie escluse dalla sospensione o quelle in cui il differimento avrebbe cagionato grave pregiudizio alle parti, secondo le modalità previste dal comma settimo dell'articolo 83: la trattazione *de visu* ma a porte chiuse delle udienze pubbliche (art. 83, comma 7, lettera e); lo svolgimento delle udienze civili che non richiedevano la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto tramite le piattaforme *Skype for business* e *Microsoft Teams*, così come individuata dal provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia (art. 83, comma 7, lettera f); il rinvio della trattazione degli affari ad una data successiva al 30 giugno 2020 (art. 83, comma 7, lettera g); lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice (art. 83, comma 7, lettera h).

le eccezioni indicate all'articolo 2, comma 2, lettera g), sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020».

² Art. 83 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, comma 1: «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020».

³ Art. 36 del D.L. n. 23/2020: «Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020».

Per la fase successiva all'11 maggio il legislatore delegato ha ancora una volta incaricato i Capi degli Uffici Giudiziari di emanare dei protocolli che disciplinassero la fase *post lockdown*, da individuarsi tra i modelli già individuati dall'articolo 84 del D.L. n. 18/2020: trattazione scritta, trattazione orale ma informatizzata, celebrazione delle udienze a porte chiuse, rinvio alla fase *post* emergenziale.

La fase *post lockdown*, inizialmente limitata al 30 giugno 2020, con D.L. n. 28 del 30 aprile 2020 è stata prorogata sino al 31 luglio 2020, giorno antecedente alla sospensione feriale dei termini processuali.

Il medesimo decreto del 30 aprile – emanato nello stesso giorno della legge di conversione dell'originario decreto n. 18/2020 – ha specificato che le udienze da remoto potessero celebrarsi unicamente «con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario» (art. 83 comma 7 lettera f) come modificato dal decreto n. 28 del 30 aprile 2020).

3. *L'occasione mancata per una completa informatizzazione del processo civile*

Dall'analisi dei protocolli dei maggiori Tribunali italiani risulta che lo scambio e deposito telematico di note scritte è il modello operativo preferito nella prassi applicativa; tale modello è stato definito, da parte della giurisprudenza amministrativa, un procedimento cartolare coatto⁴.

⁴ Il Consiglio di Stato, ordinanza n. 2539/2020 del 16 aprile 2020, commentando la disposizione di cui all'art. art. 84, comma 5, del DL 18/2020, nella parte in cui disponeva che le controversie fissate per la trattazione successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020 passassero in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, tanto ha osservato: «il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte” (ovvero, sia nella formazione della prova, sia come diritto dell'accusato di confrontarsi “*de visu*” con l'accusatore), ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza [...] il contraddittorio cartolare «coatto» – cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice – non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione».

In particolare, il protocollo adottato dal Tribunale di Napoli individua espressamente tale modello di trattazione quello adottato in via preferenziale; diversamente il protocollo del Tribunale di Milano demanda ai singoli giudici l'individuazione delle modalità più idonee di trattazione della causa, «anche in relazione alla natura ed alla specificità della stessa».

La concreta gestione dell'emergenza sanitaria però, considerata l'incertezza dell'evoluzione del *virus*, ha comportato che nelle prime settimane di *lockdown* i Giudici disponessero il rinvio delle cause fissate nel periodo successivo all'11 maggio all'autunno del 2020.

Il fenomeno dei rinvii è stato senz'altro incentivato anche dalla previsione, introdotta con il decreto n. 28/2020⁵, che ha imposto per la celebrazione da remoto delle udienze la presenza del Giudice nel proprio Ufficio.

Tale norma ha avuto quale reale effetto il mancato ricorso all'udienza telematica, rendendo impossibile la sperimentazione di uno strumento che potrebbe rivelarsi utile anche al di fuori dell'emergenza per udienze non particolarmente complesse.

La norma, così come introdotta, impone ai Giudici di recarsi presso il Tribunale per la trattazione dell'udienza telematica, mentre, naturalmente, i difensori delle parti costituite ben possono discutere la causa da luoghi privati, limitando la loro esposizione al contagio. La previsione, così come modificata, appare ancor più irrazionale una volta che per il processo penale o amministrativo il legislatore ha espressamente disposto che il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato luogo d'udienza a tutti gli effetti di legge (art. 84 D.L. n. 18/2020 come modificato dal D.L. n. 28/2020).

Per tale ragione il Tribunale di Mantova, con ordinanza del 19 maggio 2020, ha sottoposto all'attenzione della Consulta la norma introdotta dal legislatore delegato⁶.

⁵ Art. 3, D.L. n. 28/2020: «All'articolo 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, sono apportate le seguenti modificazioni: [...]c) al comma 7, lettera f), dopo le parole «deve in ogni caso avvenire» sono aggiunte le seguenti: «con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e».

⁶ Il Giudice del rinvio, consapevole della temporaneità della vigenza della misura che in caso di mancata conversione cesserebbe i suoi effetti al 31 luglio 2020, ha in

Nell'ordinanza di rinvio, il Giudice *a quo* ha ritenuto che la norma riservasse un trattamento diversificato *in pejus* al solo Giudice civile, non ritrovandosi analoga esplicita imposizione per qualsivoglia altro magistrato della giurisdizione (sia esso penale, amministrativo, contabile, tributario) così generando una evidente disparità di trattamento di situazioni simili.

Ha peraltro criticamente osservato il Giudice remittente che la norma, così come modificata, «omette di considerare se le dotazioni informatiche degli uffici giudiziari siano adeguate per sopportare il flusso di dati che verrebbe generato se tutti i magistrati dell'ufficio uti-

ogni caso ritenuto di non rinviare *sic et simpliciter* la discussione a data successiva, evidenziando che «Si osserva tuttavia che il procedimento di cui si tratta, un ricorso 702 bis c.p.c., pende dal luglio 2019 ed ha già visto una serie di rinvii dovuti sia alla necessità di integrare il contraddittorio con le parti terze chiamate, sia alla necessità di superare il periodo di sospensione disposto dal D.L. 18/2020 intercorrente tra il 9 marzo 2020 e l'11 maggio 2020 così che non era possibile differirne ulteriormente la trattazione soprattutto in considerazione del fatto che sono state messe a disposizione le licenze per fare utilizzo dello strumento software Teams proprio al fine di celebrare udienza in sicurezza ed evitando il contatto fisico tra le parti processuali ed il Giudice. Tale condizione rende attuale la rilevanza della questione così come richiesto anche dalla sentenza 91/2013 (red. Cartabia) dovendo necessariamente fare applicazione della norma oggetto della questione così come prospettata. Ancora, sotto il profilo della rilevanza, appare necessario valutare se, ipotizzando che la decisione della Corte Costituzionale possa intervenire in un periodo successivo al 31 luglio 2020, la questione rivestirà il carattere di attualità per come definito con costanza dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (per un esame della tematica si rimanda ai quaderni dell'Ufficio Studi della Corte Costituzionale dell'ottobre 2016 ed alla raccolta di decisioni ivi contenute). Sul punto, in disparte il fatto che nulla impedirebbe alla Corte Costituzionale ritenute l'urgenza di trattare la questione in data anteriore al 31 luglio 2020 poiché gli artt. 25 e 26 della L. 87 del 11 marzo 1953 consentirebbero di adottare una decisione in poco più di quaranta giorni, si deve osservare che se è pur vero che lo strumento previsto dalla lettera F del comma 7 dell'art. 83 D.L. 18/2020 è attualmente previsto solo fino al 31 luglio 2020, non è possibile escludere che alla data del 31 luglio la situazione epidemiologica, che ha giustificato la sua introduzione, possa protrarsi soprattutto nei territori sui quali insiste l'Ufficio giudiziario del Giudice a quo che è collocato nel Distretto di Corte d'Appello di Brescia al cui interno è ricompreso anche il territorio delle province di Bergamo e Brescia la cui situazione epidemiologica può certamente dirsi avere i caratteri del notorio quanto alla diffusività della pandemia da COVID-19 così che la rimozione della norma sospettata di illegittimità costituzionale appare necessaria alla luce della attuale situazione di fatto presente nel territorio lombardo e del suo possibile prolungamento» (*ivi*, 2 ss) ord. cit.

lizzassero contemporaneamente la banda internet per svolgere udienza in videocollegamento da remoto come emerge dalle prime segnalazioni pervenute da svariati uffici giudiziari che segnalano difficoltà di collegamento nelle ore della giornata di maggior traffico».

Nel compiere tali critiche ma concrete osservazioni, il relatore dell'ordinanza di rimessione ha quasi integralmente richiamato il parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura n. 18/PP/2020 sul Decreto Legge del 30 aprile 2020 n. 28 che osserva come la presenza fisica del Giudice civile nell'ufficio giudiziario non aggiunge nulla quanto alla qualità del contraddittorio da remoto, anche perché nella stragrande maggioranza dei casi l'udienza civile è notoriamente celebrata senza la presenza fisica del cancelliere (né il D.L. 28 prevede l'obbligo della sua presenza in caso di processo da remoto)⁷.

La norma appare, inoltre, contraddittoria anche rispetto alla previsione introdotta dall'87, comma 1, del D.L. 18/2020 laddove si dispone che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni e che la presenza del personale negli uffici deve essere limitata per assicurare esclusivamente le attività indifferibili che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro. Nel prevedere l'obbligatoria pre-

⁷ Il CSM, nel parere richiamato, mette in luce peraltro un ulteriore aspetto irrazionale della previsione, che si applica anche alle decisioni assunte dall'organo in composizione collegiale. Il Consiglio osserva, infatti, che «la norma appare irragionevole e contraddittoria anche con sé stessa nella parte in cui, al comma 12 quinquies del medesimo art. 83, è previsto che: “12-quinquies. Dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge”. Tale previsione comporta quindi l'effetto irragionevole che il Giudice civile, monocratico o collegiale, dovrebbe recarsi in ufficio per utilizzare la stanza virtuale di Teams per collegarsi con i procuratori delle parti, le parti medesime od il CTU (tutti in collegamento da luoghi diversi dall'ufficio giudiziario) per poi invece, al termine dell'udienza, spostarsi in un luogo diverso e meno soggetto all'afflusso del pubblico indifferenziato, per collegarsi nuovamente alla medesima stanza virtuale con Teams e con i membri del Collegio per deliberare la decisione conseguente alla celebrazione dell'udienza svoltasi in ufficio, ma da remoto».

senza del Giudice civile in Ufficio, il legislatore sembrerebbe escludere dall'applicazione delle modalità di lavoro agile tale categorie di dipendenti.

Oltre agli aspetti di eventuale incostituzionalità della norma, il rischio corso da legislatore delegato – ed effettivamente realizzatosi – è il rinvio del calendario delle udienze a date successive al 31 luglio 2020 – e dunque successive alla sospensione feriale, tranne che nelle materie non soggette alla pausa.

L'analisi delle norme intervenute in materi processualcivilistica induce alla riflessione sull'occasione persa, offerta da un momento tanto terribile, per la completa informatizzazione del processo civile, non solo nella fase di discussione della causa ma anche per il lavoro delle cancellerie dei Tribunali.

Eppure, il processo civile ben si sarebbe prestato ad un esperimento di totale informatizzazione della P.A., una volta che con l'avvento della legge di Stabilità del 2013 il deposito degli atti del processo, ad esclusione dell'atto introduttivo, avviene esclusivamente secondo modalità telematiche.

La fase di emergenza sanitaria, però, ha evidenziato un'informatizzazione a metà del processo civile, in cui il legislatore è sembrato ignorare che i dipendenti dei Tribunali non hanno mai potuto svolgere le loro attività completamente in modalità *smart working*.

Infatti, il processo civile digitalizzato con l'intervento della il SICID – Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale, che gestisce i registri del contenzioso civile, della volontaria giurisdizione e del contenzioso del lavoro, non è accessibile ai funzionari delle cancellerie al di fuori degli uffici. Pertanto, per “scaricare” gli atti depositati telematicamente da avvocati, magistrati e consulenti i dipendenti delle cancellerie si sono dovuti recare anche durante il *lockdown* presso gli Uffici per garantirne la funzionalità⁸, soprattutto in quelle materie non soggette alla sospensione fino all'11 maggio.

Per tale ragione in taluni Tribunali si è imposta la necessità di “scremare” gli atti depositati dagli avvocati nelle more dell'emergenza,

⁸ Sul punto B. PELLEGRINO, *Il processo civile telematico e l'emergenza Covid-19*, in <https://www.magistraturaindipendente.it/il-processo-civile-telematico-e-lemergenza-covid-19.htm>.

laddove questi non riguardassero materie escluse per legge dalla sospensione dei termini⁹.

Tra le occasioni perse, inoltre, vi è la mancata informatizzazione dei procedimenti pendenti dinanzi al Giudice di Pace, il cui processo è ancora totalmente cartaceo nonostante la rilevanza delle materie ad oggi demandate alla sua giurisdizione, tra cui la competenza a decidere sui provvedimenti di espulsione comminati dal Prefetto ai cittadini stranieri.

Inoltre manca totalmente, nella disciplina emanata per l'emergenza, alcun cenno al processo del lavoro.

Come anticipato, le norme hanno consentito con una locuzione ampia anche nel periodo del *lockdown* la trattazione di quegli affari il cui rinvio può produrre grave pregiudizio alle parti, ma non v'è stata alcuna specifica previsione per le vertenze in materia giuslavoristica, per loro natura connaturate da urgenza e in cui la presenza delle parti è spesso condizione imprescindibile per la trattazione dell'affare anche solo nelle sue fasi iniziali¹⁰.

Conclusivamente, è straniante osservare come il legislatore sia riuscito a fermare irragionevolmente il solo processo civile, consentendo invece alle altre giurisdizioni di continuare il loro lavoro grazie all'utilizzo degli strumenti informatici, che ben potrà tornare utile anche al di fuori dell'emergenza sanitaria.

È il caso del processo amministrativo: l'emergenza Covid è stata un'occasione, sebbene nefasta, per adeguare il processo di Tar e Consiglio di Stato alla telematica, consentendo la celebrazione dell'udienza da remoto¹¹, con le regole approvate con decreto del Consiglio di Stato del 22 maggio 2020.

⁹ In tal senso si è mosso il Presidente del Tribunale di Torino, con provvedimento del 18 marzo 2020, autorizzando il rifiuto telematico di quegli atti depositati nelle materie di sospensione dei termini, interpretando il provvedimento di sospensione nel senso di ritenere che «la sospensione deve essere intesa non come facoltà ma come obbligo sia per parti, difensori, professionisti di ogni tipologia (ed in primis avvocati) sia da parte di Magistrati. Ipotizzare che la sospensione sia prevista quale mero strumento di “protezione” rispetto a pregiudizi processuali è un'interpretazione insensata sia rispetto alla ratio epidemiologica, sia, nonostante le apparenze, rispetto all'efficienza del servizio giustizia».

¹⁰ Tra gli altri si veda l'art. 420 c.p.c.

¹¹ Sul punto il legislatore aveva dapprima consentito la celebrazione da remoto,

In un'epoca in cui si incaricano *task force* di esperti per il rilancio del Paese e si convocano Stati generali per frenare la prevista caduta del PIL appare singolare che proprio la giustizia civile, i cui ritardi hanno notoriamente ricadute gravissime sull'economia nazionale¹², venga lasciata al palo per sei mesi senza sfruttare le enormi potenzialità concesse dagli strumenti informatici.

Senza voler abdicare a favore del virtuale la rilevanza anche umana dell'incontro reale delle parti, le possibilità concesse dall'informatica potrebbero rivelarsi anche nella fase post-emergenziale un punto a favore di quanti, per necessità o anche solo per economia processuale, sono impossibilitati a presenziare fisicamente nelle aule dei Tribunali. Lo svolgimento delle udienze da remoto è già realtà consolidata nella trattazione delle controversie arbitrali nazionali ed internazionali, e la giustizia civile ha perso un'occasione per adeguarsi a *standard* non futuribili o distopici ma moderni ed all'avanguardia.

salvo poi fare passi indietro una volta realizzato che il Codice del processo amministrativo non consentiva in alcun punto tale possibilità. Per tale ragione, l'art. 84, comma 5, del DL n. 18/2020, disponeva che tutte le controversie fissate per la trattazione passassero in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, consentendo alle parti solo la facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. Tale conclusione era stata negativamente giudicata dal Consiglio di Stato, che con l'ordinanza n. 2539/2020 del 16 aprile 2020, aveva rammentato al legislatore la centralità della pubblicità e dell'oralità dell'udienza. Il legislatore, recependo le critiche del Supremo consesso amministrativo, con D.L. n. 28/2020 ha demandato al decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, l'approvazione le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, che hanno avuto avvento con l'approvazione del decreto del Consiglio di Stato del 22 maggio 2020, che consente alle parti costituite in giudizio di prendere parte all'udienza che si celebra da remoto tramite *Skype for business* o *Microsoft Teams*.

¹² Sul punto, tra tutti, *Quaderni del Mipa-Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico Costi della giustizia civile rilevanti per il sistema delle attività produttive*, luglio 2002, da <http://www.astridonline.it/static/upload/protected/Ista/Istat-costi-dei-ritardi.pdf>.

ANDREA DE PETRIS

Il conflitto che non c'era?
La sentenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco
sul *Public Sector Purchase Programme*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Natura e finalità del PSPP. – 2. La risposta della Corte Europea di Giustizia al rinvio pregiudiziale della Corte di Karlsruhe. – 3. La reazione del Tribunale Costituzionale Federale. – 4. Le reazioni di CGUE e BCE. – 5. I termini del “conflitto”. – Conclusioni: il conflitto che non c'era.

Introduzione

Con una sentenza dello scorso 5 maggio 2020¹, il Secondo Senato del Tribunale Costituzionale Federale tedesco ha accolto una serie di ricorsi diretti di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) contro il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)². A giudizio dei ricorrenti, il Governo Federale di Berlino e il *Bundestag* tedesco avrebbero violato le prerogative attribuite loro dall'art. 38 comma 1³, in combinato disposto con l'art. 20 commi 1 e 2⁴ con l'art. 79

¹ BVerfG, 2 BvR 859/15 del 5 maggio 2020, Rn. 1-237. Per una traduzione in italiano del comunicato stampa riassuntivo dei tratti salienti della sentenza v. A. CARAVITA, *Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze. Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020*, Sez. Documentazione.

² Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea, del 4 marzo 2015, su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (GU 2015, L 121, p. 20), come modificata dalla decisione (UE) 2017/100 della Banca centrale europea, dell'11 gennaio 2017 (GU 2017, L 16, p. 51).

³ «I deputati del *Bundestag* sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza».

⁴ «(1) La Repubblica Federale Tedesca è uno Stato federale democratico e sociale. (2) Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario».

comma 3⁵ della Legge Fondamentale (LF), in quanto non avrebbero assunto adeguati provvedimenti contro il fatto che la Banca Centrale Europea (BCE) avrebbe dato attuazione al PSPP senza verificarne né dimostrarne la conformità al principio di proporzionalità, e lamentando il fatto che il PSPP eccedesse il mandato attribuito alla BCE. Sulla vicenda il Tribunale Costituzionale Federale aveva presentato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), per conoscere la posizione dei Giudici di Lussemburgo sulla questione: lo scorso 11 dicembre 2018 questi ultimi avevano dichiarato la regolarità del programma contestato dai ricorrenti tedeschi, attestando che il programma PSPP non travalica il mandato della BCE, e che invece rientra nel settore della politica monetaria per la quale l'Unione dispone di una competenza esclusiva, per gli Stati membri dell'Area Euro, e rispetta il principio di proporzionalità⁶.

Con la sentenza dello scorso maggio, tuttavia, la Suprema Corte tedesca con sede a Karlsruhe ha contestato le conclusioni a cui erano pervenuti i Giudici di Lussemburgo nel 2018, ritenendo che la loro pronuncia non sanerebbe l'irregolarità ipotizzata dai ricorrenti, in quanto la sentenza della CGUE risulterebbe deficitaria rispetto alla verifica della proporzionalità delle decisioni adottate dalla BCE per l'attuazione del PSPP, il quale si configurerebbe pertanto come atto "*ultra vires*"⁷. Tuttavia, nonostante la valutazione negativa a cui perviene sul PSPP, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ha comunque rimesso alle istituzioni federali tedesche il compito di ottenere dalla BCE entro tre mesi dall'emanazione della sentenza un'adeguata

⁵ «Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20».

⁶ C-493/17 – Weiss e a.

⁷ La locuzione latina "*ultra vires*" è un'espressione utilizzata in ambito giuridico per indicare specificamente la responsabilità civile che eccede il patrimonio del responsabile, come nel caso in cui un erede abbia accettato un'eredità onerosa senza beneficio d'inventario; in termini più generali, descrive la situazione in cui un'autorità abbia emanato un atto che eccede i propri poteri: l'atto in questione deve quindi essere qualificato come eccesso di potere, in quanto emanato "*ultra vires*", ovvero al di fuori dei poteri spettanti al soggetto che l'ha emanato, e pertanto non valido.

dimostrazione della proporzionalità delle misure oggetto del ricorso in esame. Nella parte finale della decisione, inoltre, la Suprema Corte tedesca ha precisato che le attuali misure di sostegno finanziario approntate dalla BCE note come *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)⁸ per rispondere all'attuale crisi provocata dalla pandemia da Coronavirus non costituiscono oggetto della decisione in esame, e che devono considerarsi al momento assolutamente legittime.

L'intento del presente contributo è quello di illustrare i vari termini della vicenda, definire i tratti di quello che è stato percepito da più parti come un conflitto, riassumerne gli esiti raggiunti nel momento in cui si scrive e, da ultimo, verificare se effettivamente si sia in presenza di una contesa e quali passi possano rendersi necessari per giungere ad una sua effettiva composizione.

1. *Natura e finalità del PSPP*

Il PSPP è uno dei quattro strumenti di intervento compresi nell'*Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP), un programma approntato dal cosiddetto Eurosystem o SEBC, ovvero il Sistema di Banche Centrali dell'area dell'Euro responsabile dell'attuazione della politica monetaria unica, che comprende la BCE e le banche centrali nazionali dei Paesi dell'Unione Europea che hanno adottato la moneta unica⁹. L'EAPP, noto anche come *Quantitative Easing* (QE), è un programma con cui la Banca Centrale Europea acquista sul mercato secondario titoli di Stato e altre tipologie di obbligazioni, con l'obiettivo di ampliare la massa monetaria disponibile nell'Eurozona, allo scopo di stimolare i consumi e gli investimenti, e determinare un aumento del

⁸ Il PEPP è uno strumento temporaneo di acquisto titoli pensato dalla BCE per arginare il collasso economico determinato dal coronavirus, annunciato lo scorso 18 marzo 2020, e consiste in un programma di acquisto di titoli emessi sia dal settore pubblico che dal settore privato, dal valore complessivo di 750 miliardi di euro. Per il momento, il PEPP sarà attivo fino alla fine del 2020, cfr. Banca Centrale Europea, *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP).

⁹ Dal 1° gennaio 2015 l'area dell'euro comprende diciannove Paesi: Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovacchia, Slovenia, Spagna.

tasso di inflazione nell'area dell'Euro entro un limite di poco inferiore al 2%¹⁰.

Il PSPP è stato istituito con Decisione della BCE del 4 marzo 2015¹¹, e successivamente modificato per mezzo di altre cinque deliberazioni. Il programma prevedeva inizialmente acquisti di titoli (di Stato e non) per un importo di 60 miliardi di euro al mese, importo poi aumentato a 80 miliardi al mese nel 2016, sceso nuovamente a 60 miliardi al mese nel 2017, per attestarsi ad un minimo di 15 miliardi al mese tra ottobre e dicembre 2018. Tra gennaio e ottobre 2019 si è verificata un'interruzione di nuovi acquisti, mentre si è continuato a reinvestire il capitale rimborsato sui titoli in scadenza, e da novembre 2019 è ripreso anche l'acquisto di nuovi titoli, ad un ritmo di 20 miliardi al mese. Alla fine di aprile 2020 l'insieme dei titoli acquistati dalla BCE nell'ambito dell'EAPP ammontava ad oltre 2.800 miliardi di Euro, di cui circa il 78 per cento investiti in titoli pubblici¹².

Il programma prevede che il portafoglio di titoli si riempia in misura analoga al "peso" detenuto dai singoli Paesi nel capitale della BCE, ed i titoli acquistati che gradualmente giungono a scadenza vengono reinvestiti per un uguale importo. Nella decisione del marzo 2015, la BCE spiega come il 22 gennaio 2015 il Consiglio Direttivo avesse deciso di ampliare gli acquisti di attività attraverso il programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (PSPP), nel cui ambito le Banche Centrali Nazionali (BCN), in proporzione alle rispettive quote nello schema di capitale della BCE¹³, e la stessa BCE possono effettuare acquisti definitivi di

¹⁰ Oltre al PSPP, pensato principalmente per l'acquisto di titoli pubblici, l'EAPP include anche programmi di acquisto di obbligazioni bancarie garantite (*Covered Bond Purchase Programme*, CBPP3), titoli emessi in seguito alla cartolarizzazione di prestiti bancari (*Asset-Backed Securities Purchase Programme*, ABSPP) e obbligazioni del settore privato (*Corporate Sector Purchase Programme*, CSPP).

¹¹ Decisione (UE) 2015/774 della Banca Centrale Europea del 4 marzo 2015 su un programma di acquisto di titoli pubblici sui mercati secondari (BCE/2015/10).

¹² E. FRATTOLA, *PSPP, PEPP: come funzionano gli acquisti di titoli pubblici della BCE*, in *Business Insider Italia*, 17 maggio 2020.

¹³ Sottratto il 10 per cento di titoli da parte di organizzazioni internazionali e banche multilaterali di sviluppo, il restante 90 per cento del PSPP è ripartito tra i 19 paesi

titoli di debito negoziabili idonei da controparti idonee sui mercati secondari. Il PSPP va considerato come un elemento integrante della più generale politica monetaria unica, concepito come reazione al verificarsi di alcuni fattori¹⁴ che hanno sensibilmente accresciuto il rischio di diminuzione nelle previsioni di medio termine sull'evoluzione dei prezzi, mettendo a rischio in questo modo il raggiungimento dell'obiettivo principale della BCE, che è quello di mantenere la stabilità dei prezzi.

Va sottolineato che gli acquisti del PSPP vengono effettuati per il 10 per cento dalla BCE stessa, e per il restante 90 per cento da parte delle singole banche centrali nazionali¹⁵. Per quanto attiene agli acquisti effettuati a livello nazionale, viene applicato un "criterio di specializzazione", in base al quale ciascuna BCN acquista solo titoli emessi nel proprio Paese, pertanto la Banca d'Italia acquista titoli italiani, la *Bundesbank* titoli tedeschi, ecc.: ne consegue che una parte considerevole dei titoli pubblici nazionali di uno Stato membro dell'area Euro è contenuta nel bilancio della propria banca nazionale, ma una parte figura anche nel bilancio della BCE.

È inoltre necessario ricordare come gli acquisti di titoli nell'ambito del PSPP possano aver luogo necessariamente sul solo mercato secondario, dal momento che l'art. 123 comma 1 del TFUE

dell'Area Euro sulla base della cosiddetta *capital key*, vale a dire la quota del capitale della BCE detenuta da ciascuna banca centrale nazionale. All'Italia, che detiene una *capital key* del 17 per cento, spetta pertanto il 17 per cento degli acquisti di titoli di Stato, amministrazioni locali e agenzie riconosciute, alla Francia il 20,4 per cento, alla Germania il 26,4 per cento e così via.

¹⁴ Nel testo della decisione istitutiva del PSPP citata, si legge che «Tali fattori comprendono uno stimolo monetario derivante dalle misure di politica monetaria adottate che è risultato inferiore alle attese, una tendenza al ribasso nella maggior parte degli indicatori relativi all'inflazione effettiva e a quella attesa nell'area dell'euro – sia nelle misure al consumo che in quelle depurate dall'impatto delle componenti volatili, quali energia e prodotti alimentari – verso il raggiungimento di minimi storici, e un'accresciuta possibilità di effetti di secondo impatto sul processo di formazione di salari e prezzi, derivanti da un significativo declino dei prezzi del petrolio», Decisione (UE) della BCE 2015/774, n. 3 dei *Considerata*.

¹⁵ Art. 6 comma 2 fr. 1 Decisione (UE) della BCE 2015/774, modificata da art. 1 Decisione (UE) della BCE 2015/2101.

vieta alla BCE e alle BCN di acquistare titoli pubblici sul mercato primario¹⁶. Nell'ambito del mercato secondario, invece, la BCE e la BCN operano come "tradizionali" investitori privati, potendo acquistare i titoli da controparti giudicate idonee e cercando di porre in essere interventi il più possibile neutrali rispetto alle condizioni di mercato. Per il perseguimento di questo obiettivo sono previste delle apposite limitazioni, quali: allo scopo di non produrre condizionamenti eccessivi sui prezzi dei titoli sul mercato primario, all'approssimarsi della data di emissione di nuovi titoli sia la BCE che le BCN devono astenersi dall'acquisto di titoli pubblici per un certo periodo (cd. "*black out period*"), che di regola ammonta ad alcuni giorni; BCE e BCN non possono acquistare più del 33% del valore totale dell'emissione di un singolo titolo; BCE e BCN non possono detenere più del 33% del debito pubblico in circolazione di ciascun Stato membro dell'area Euro¹⁷.

Il PSPP prevede una ripartizione dei redditi prodotti ed una condivisione dei rischi connessi all'acquisto dei titoli pubblici interessati dal programma, dipendenti dalla tipologia del singolo titolo trattato di volta in volta. Per quanto attiene ai titoli pubblici nazionali acquistati dalle BCN, il rischio per ciascun titolo spetta alla BCN che lo detiene. Per quanto riguarda gli interessi che maturano su questi titoli, la quota che viene mantenuta nel bilancio della singola BCN dipende dal valore vigente del cosiddetto «tasso di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali» fissato dalla BCE: di regola, alla BCN spetta la differenza tra il rendimento dei

¹⁶ Art. 123 comma 1 TFUE: «Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate «banche centrali nazionali»), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali». Per un esame della portata dell'art. 123 TFUE cfr. R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il Diritto dell'Unione Eur.*, 2015, 57 ss.

¹⁷ Le ultime due limitazioni citate sono state sospese con l'avvio del PEPP.

titoli detenuti e tale tasso di interesse; tuttavia, dal momento che dal 2016 questo tasso risulta pari a zero, di fatto tutti gli interessi che maturano su questa tipologia di titoli rimangono nel bilancio della BCN che ha acquistato il titolo. Per quanto attiene alle altre tipologie di titoli pubblici si opera diversamente: relativamente ai titoli nazionali acquistati dalla BCE, i rischi vengono condivisi e i redditi prodotti dall'investimento sono inseriti nel bilancio della BCE, per poi essere redistribuiti alle BCN in base alla *capital key* nel momento in cui si provvede alla distribuzione dell'utile di esercizio. È prevista la ripartizione dei rischi anche per quanto attiene ai titoli sovranazionali, i cui interessi vengono ripartiti tra le BCN ancora in base al *capital key*. Nel dettaglio, la quota di condivisione del rischio all'interno del PSPP è pari al 20 per cento degli acquisti totali, di cui il 10 per cento è la quota di titoli pubblici nazionali, di amministrazioni locali o agenzie riconosciute acquistata dalla BCE, ed il 10 per cento consistente in acquisti di titoli internazionali effettuati da alcune banche centrali nazionali, i cui redditi sono ripartiti tra le BCN in base al criterio del *capital key*¹⁸.

2. *La risposta della Corte Europea di Giustizia al rinvio pregiudiziale della Corte di Karlsruhe*

Secondo gli autori del ricorso presentato al Tribunale Costituzionale Federale, il PSPP violerebbe sia il divieto di finanziamento condotto per mezzo dell'attuazione di politiche monetarie (il già citato art. 123 e l'art. 125¹⁹ TFUE), sia il principio di limitazione dell'attribuzione e dell'esercizio delle competenze dell'Unione Europea, sancito dall'art.

¹⁸ Banca d'Italia, Programmi di acquisto di titoli pubblici e privati dell'Euro-sistema.

¹⁹ Art. 125 comma 1 TFUE: «L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico».

5 par. 1 TUE²⁰ in combinato disposto con gli artt. 119²¹ e 127-133²² del TFUE. Con ordinanza del 18 luglio 2017²³, il Tribunale Costituzionale Federale aveva sottoposto alla CGUE un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia²⁴, chiedendo ai Giudici di Lussemburgo di verificare una serie di questioni prioritarie per la risoluzione del caso rimesso alla valutazione del BVerfG, riguardanti in particolare il divieto di finanziamento del bilancio degli Stati aderenti all'area Euro attraverso politiche monetarie, l'entità del mandato della BCE in materia di politica monetaria, e la verifica di un'eventuale ingerenza di quest'ultima nella competenza e nella sovranità di bilancio degli Stati membri. Nella sentenza dell'11 dicembre 2018, la Corte Europea di Giustizia aveva escluso che

²⁰ Art. 5 par. 1 TUE: «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità».

²¹ Art. 119 TUE: «1. Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. 2. Parallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. 3. Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile».

²² Artt. 127-133 TFUE, «Politica Monetaria», v. in particolare l'art. 127 par. 1, che recita: «L'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali, in appreso denominato "SEBC", è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea. Il SEBC agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo una efficace allocazione delle risorse e rispettando i principi di cui all'articolo 119».

²³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18. Juli 2017 – 2 BvR 859/15 –, Rn. 1-137.

²⁴ C.d. "rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato".

il PSPP eccedesse il mandato della BCE, e che non violasse il divieto di finanziamento attraverso l'attuazione di politiche monetarie. In particolare, i Giudici di Lussemburgo avevano constatato che le questioni sottoposte alla loro valutazione dal Tribunale Costituzionale Federale non presentavano elementi idonei a negare la validità del PSPP. La CGUE aveva statuito in primo luogo che il programma PSPP non eccede le competenze del mandato attribuito alla BCE, dal momento che il PSPP è ricompreso nel settore della politica monetaria per la quale l'UE dispone di una competenza esclusiva riguardo agli Stati membri aderenti alla moneta unica, e rispetta il principio di proporzionalità. Secondo la CGUE, il PSPP persegue l'obiettivo di sostenere il ritorno nel medio termine a tassi d'inflazione contenuti ma prossimi al livello del 2%, nell'intento di garantire la stabilità dei prezzi attraverso detto tasso di inflazione, il Sistema Europeo delle Banche Centrali abbia commesso errori di valutazione dando luogo ad azioni che esulano dall'assetto normativo previsto in materia dai Trattati UE²⁵.

La CGUE richiamava inoltre il fatto che una misura di politica monetaria non può essere automaticamente equiparata a una misura di politica economica per il solo fatto che essa risulta idonea a produrre effetti indiretti propri dell'ambito della politica economica: nell'intento di condizionare l'andamento dei tassi di inflazione, in certe condizioni il SEBC non può evitare che le misure adottate a questo scopo possano produrre effetti anche sulle economie reali, effetti che potrebbero avere conseguenze anche di politica economica. Secondo i Giudici di Lussemburgo, proibire al SEBC qualsiasi possibilità di emanare misure del genere, i cui effetti sarebbero in realtà noti ed approvati dalla comunità dei soggetti coinvolti, minaccerebbe di fatto di precludere al sistema delle banche centrali europee di fare uso degli strumenti che i Trattati dell'Unione Europea mettono a sua disposizione per la realizzazione degli auspicati obiettivi di politica monetaria e questo, in presenza di condizioni di crisi economica con rischio di effetti deflattivi sull'economia, minaccerebbe di ostacolare l'attuazione degli obiettivi che lo stesso diritto dell'Unione richiede al SEBC di realizzare. Inoltre, la CGUE sottolineava come lo stesso diritto primario preveda che gli istituti bancari appartenenti al SEBC possano agire sui

²⁵ C-493/17, *Weiss e a.*, 46 ss.

mercati di capitali acquistando e vendendo in via definitiva titoli di debito negoziabili denominati in Euro. Per queste ragioni, dunque, la CGUE aveva escluso che nel dare attuazione al PSPP il SEBC avesse agito in violazione dei Trattati dell'Unione, stabilendo che le misure emanate in tale ambito non esulano dall'obiettivo per il quale erano formalmente preposte, ovvero l'aumento controllato del tasso di inflazione²⁶.

La CGUE non trovava riscontri a riprova del fatto che un programma di acquisto di titoli pubblici di entità più contenuta avrebbe potuto mantenere l'inflazione entro i livelli richiesti in modo più efficace del PSPP, e conveniva che l'azione di bilanciamento condotta dal SEBC nel dare attuazione al PSPP abbia conseguito l'obiettivo di tenere sotto controllo l'inflazione evitando sperequazioni manifeste²⁷, e che anzi con esso si sia evitato di esporre le banche centrali degli Stati membri interessati al rischio di una generale ripartizione delle perdite²⁸. Secondo la CGUE, peraltro, il PSPP non determina una violazione del divieto di finanziamento monetario, che impedisce al SEBC di emanare una qualsiasi forma di credito a favore di uno Stato membro dell'area Euro, e non si ravvisa nel PSPP un intervento teso all'acquisto di titoli sui mercati primari, né esso distoglie gli Stati membri dall'impegno ad attuare una cauta e ponderata politica di bilancio²⁹.

Ancora, la CGUE era dell'avviso che il PSPP non contenga alcuna garanzia che i titoli di uno Stato membro acquistati per mezzo di tale programma saranno sicuramente riacquistati dal circuito del SEBC in futuro, e dunque che nessuno degli Stati membri coinvolti possa trarre dalla presenza del PSPP la certezza che i propri titoli pubblici saranno tutti riacquistati tramite lo stesso programma anche in futuro a medio-lungo termine, evitando che in questo contesto un operatore privato possa operare come un intermediario del SEBC rispetto all'acquisto di titoli emessi da uno Stato membro³⁰. Pertanto, a giudizio della CGUE non vi è alcuna garanzia che il PSPP possa proseguire a medio

²⁶ C-493/17, *Weiss e a.*, 53 ss.

²⁷ C-493/17, *Weiss e a.*, 92.

²⁸ C-493/17, *Weiss e a.*, 98.

²⁹ C-493/17, *Weiss e a.*, 107.

³⁰ C-493/17, *Weiss e a.*, 113, 116.

termine, e gli Stati membri che dovessero trovarsi in condizione di deficit dovranno necessariamente adoperarsi per ricercare modalità di finanziamento sui mercati senza potersi in un caso del genere avvalere delle opportunità che il PSPP al momento può offrire³¹.

Infine, secondo la CGUE la capacità del PSPP di indurre gli Stati membri a mantenere un'avveduta politica di bilancio risulta circoscritta da alcuni fattori intrinseci del PSPP stesso: una limitazione al volume mensile totale di titoli del settore pubblico acquistabili, la natura comunque sussidiaria del PSPP, la suddivisione tra le Banche componenti del SBCE degli acquisti effettuati in base allo schema di sottoscrizione del capitale della BCE, l'obbligo di acquistare tramite PSPP solo una minoranza dei titoli di uno Stato membro da parte del SEBC, e la notevole entità dei criteri di idoneità richiesti per poter partecipare al programma di acquisti in esame³².

3. *La reazione del Tribunale Costituzionale Federale*

Nonostante la nettezza della posizione assunta dalla CGUE nella pronuncia emanata in risposta al suo rinvio pregiudiziale, nella sentenza dello scorso 5 maggio 2020 il Tribunale Costituzionale Federale, ai sensi degli artt. 119 e 127 e seguenti del TFUE e dell'art. 17 e segg. dello Statuto della BCE³³, considera la Decisione del Consiglio direttivo della Banca centrale europea del 4 marzo 2015 (UE) 2015/774 e le successive Decisioni (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 e (UE) 2017/100 come misure *ultra vires*.

La sentenza ricorda in primo luogo come, conformemente alla propria costante giurisprudenza³⁴, un compito del Tribunale Costituzionale Federale sia quello di dare seguito a denunce verificate di atti *ultra vires* posti in essere da parte di istituzioni ed organi dell'Unione Europea, di operare in coordinamento con il compito affidato dai

³¹ C-493/17, *Weiss e a.*, 136.

³² C-493/17, *Weiss e a.*, 139-144.

³³ Si tratta in particolare degli artt. 17-24 dello Statuto BCE, ricompresi nel Capo IV «Funzioni monetarie e operazioni del SEBC».

³⁴ BVerfGE 126, 286, (*Ultra-vires-Kontrolle Honeywell*), 6 luglio 2010, Rn. 302 ss.; BVerfGE 134, 366, (Sentenza OMT), 14 gennaio 2014, Rn. 22 ss.; BVerfGE 142, 123, (Programma OMT), 21 giugno 2016, Rn. 143 ss.; BVerfG, 2 BvR 1685/14, 30 luglio 2019, Rn. 140 ss.).

Trattati alla Corte Europea di Giustizia di interpretare e applicare i Trattati dell'Unione, preservando in questo modo l'unità e la coerenza del diritto UE, con specifico riferimento agli artt. 19 comma 1 TUE³⁵ e 267 fr. 1 e 2 TFUE³⁶. Il BVerfG osserva come, qualora ciascuno Stato membro rivendicasse il diritto esclusivo di decidere sulla validità degli atti dell'Unione attraverso i propri tribunali, il primato dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione potrebbe risulterne in pratica compromesso³⁷. Se invece gli Stati membri rinunciassero del tutto al controllo su atti *ultra vires*, l'interpretazione dei Trattati sarebbe lasciata alle sole istituzioni dell'Unione, anche nel caso in cui le loro valutazioni dovessero condurre ad una modifica dei Trattati o a un'estensione delle competenze. A riguardo, i Giudici di Karlsruhe osservano che il fatto che nei rari casi limite di possibile trasgressione delle competenze da parte di istituzioni, organi, uffici ed agenzie dell'UE, le prospettive costituzionali e di diritto dell'Unione non risultino pienamente armonizzate, sarebbe dovuto al fatto che gli Stati membri dell'UE sono rimasti padroni dei trattati anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che non ha attribuito all'Unione un assetto federale³⁸. Le tensioni che, in un assetto del genere, appaiono dunque inevitabili, andrebbero mitigate attraverso una modalità operativa dei soggetti comunitari fondata sulla cooperazione, in conformità con i fondamenti propri del principio di integrazione europea e ricercando una comprensione reciproca tra istituzioni dell'Unione – che il BVer-

³⁵ Art. 19 comma 1 TUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

³⁶ Art. 267 fr. 1 e 2 TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione».

³⁷ BVerfG, 2 BvR 859/15, 111.

³⁸ *Ibidem*.

fG definisce una «unione (*Verbund*) di Stati, costituzionale, amministrativa e giurisdizionale» – e Stati membri³⁹.

Il Tribunale Costituzionale Federale ritiene che l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione spettino in primo luogo alla CGUE che, ai sensi del già citato art. 19 comma 1 fr. 2 TUE, ha il compito di garantire per l'appunto il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Il BVerfG ricorda come i metodi elaborati dalla Corte di Lussemburgo per dare attuazione concreta al diritto dell'Unione si basino sulle tradizioni giuridiche (costituzionali) comuni degli Stati membri⁴⁰, che si riflettono anche nella giurisprudenza delle rispettive corti costituzionali e supreme e della stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Tuttavia, le peculiarità del diritto dell'Unione implicano differenze non trascurabili nel significato e nella ponderazione dei vari strumenti interpretativi. Il mandato attribuito alla CGUE dall'art. 19 comma 1 fr. 2 TUE non contempla la manifesta inosservanza dei metodi interpretativi presenti nello spazio giuridico europeo, o dei principi generali del diritto comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁴¹.

In questa ottica, il Tribunale Costituzionale Federale precisa come non sia suo compito sostituire la propria valutazione a quella della Corte Europea di Giustizia per le questioni di interpretazione del diritto dell'Unione, sebbene le analisi condotte dalle due Corti possano pervenire a valutazioni diverse. Il BVerfG riconosce il suo dovere di rispettare una decisione della Corte di giustizia, anche se quest'ultima perviene ad una conclusione che può essere contraddetta con argomentazioni rilevanti, purché l'interpretazione della CGUE sia riconducibile a principi metodologici riconosciuti e non risulti oggettivamente arbitraria. L'attribuzione del compito di cui all'art. 19 comma

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. Artt. 6 comma 3 TUE: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» e 340 comma 2 TFUE: «In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 112.

1 fr. 2 TUE di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati comporta anche un diritto alla tolleranza dell'errore⁴².

A questo generale riconoscimento delle prerogative della CGUE, il Tribunale Costituzionale Federale fa seguire tuttavia una severa critica nei confronti della Corte di Lussemburgo, colpevole agli occhi dei Supremi Giudici tedeschi di non aver tenuto in adeguata considerazione l'importanza del principio di proporzionalità nel momento in cui ha valutato la regolarità del PSPP, principio che invece dovrebbe essere osservato anche riguardo alla ripartizione delle competenze⁴³. Ciò renderebbe secondo il BVerfG non più giustificabile (*vertretbar*) dal punto di vista metodologico la decisione della CGUE, in quanto l'impatto effettivo del PSPP sulla politica economica risulterebbe completamente ignorato⁴⁴.

La scelta della Corte di Lussemburgo di trascurare gli effetti della verifica di proporzionalità delle misure contestate e di rinunciare a una visione d'insieme critica (*wertende*) della vicenda in esame non permetterebbe una valutazione "comprensibile" (*nachvollziehbar*)⁴⁵ del rispetto del mandato di SEBC e BCE, che dovrebbero in realtà limitarsi ad emanare ed attuare sole misure di politica monetaria, poiché ignorerebbe gli effetti di politica economica – secondo il BVerfG illegittimi – che il PSPP produrrebbe: la decisione della CGUE determinerebbe pertanto una «interpretazione oggettivamente arbitraria dei Trattati»⁴⁶, provocando un considerevole ed indebito trasferimento di competenze a favore della Corte di Lussemburgo ed a scapito degli Stati membri, mancando inoltre di riscontrare la violazione del princi-

⁴² *Ibidem*. V. anche BVerfGE 126, 286, Rn. 307; 142, 123, Rn. 200 ss.

⁴³ Sul principio di proporzionalità nel TUE v. il già citato art. 5, commi 2 fr. 1 («L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità») e 4 («In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati») V. anche *infra*, nota 47.

⁴⁴ BVerfG, 2 BvR 859/15, 117 ss.

⁴⁵ Sul corretto significato del termine "*nachvollziehbar*" nel contesto in esame, e sull'influenza che una sua lettura alternativa può avere sulla valutazione della sentenza in esame, si tornerà in seguito, v. *infra*, conclusioni.

⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 859/15, 118.

prio di limitazione delle competenze sancito dall'Art. 5 comma 1 fr. 1 e comma 2 TUE⁴⁷. Poiché, per queste ragioni, la decisione della CGUE si configurerebbe come atto *ultra vires*, secondo il BVerfG essa sarebbe priva di effetti vincolanti⁴⁸.

Secondo il BVerfG, dunque, l'interpretazione del principio di proporzionalità fornita dalla CGUE e le modalità di esercizio del proprio mandato da parte della BCE nel caso che ha condotto al rinvio pregiudiziale determinerebbero una violazione dei limiti del mandato conferito alla Corte di Lussemburgo *ex art.* 19 comma 1 fr. 2 TUE. L'autolimitazione del controllo giurisdizionale della CGUE sull'eventualità che vi sia stato o meno un errore "manifesto" (*offensichtlicher*) di valutazione da parte della BCE, se una misura emanata dalla Banca Centrale Europea vada "manifestamente" oltre quanto effettivamente necessario per raggiungere l'obiettivo, o se gli svantaggi di tale misura siano "manifestamente" sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti, sono fattori che non possono incidere sull'entità della competenza della BCE, che dovrebbe limitarsi alla sola sfera della politica monetaria. Al contrario, l'interpretazione fornita dalla CGUE consentirebbe alla BCE di estendere in modo "unilaterale" (*selbstbestimmt*) e "strisciante" (*schleichend*) l'ambito della propria competenza o, quantomeno, le dichiara non o solo in misura molto limitata verificabili in sede

⁴⁷ Art. 5 comma 1 fr. 1 e comma 2 TUE («La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione», «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri). Il principio di limitazione della responsabilità, complementare al principio di sussidiarietà e proporzionalità su cui si fonda l'organizzazione operativa dell'UE, stabilisce quindi che l'Unione possa agire soltanto nei limiti delle competenze che le sono espressamente attribuite dai Trattati. L'UE non può quindi assumersi competenze di propria iniziativa, perché non detiene la cd. "competenza sulle competenze". Qualsiasi atto normativo dell'UE deve quindi sempre trovare una base di legittimazione nei trattati: al di fuori di questo specifico contesto, il potere di legiferare resta riconosciuto agli Stati membri. Sulle difficoltà ad individuare confini certi in questo ambito v. C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *federalismi.it*, 24/2018, 18 dicembre 2018.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 859/15, 133.

giurisdizionale. Tuttavia, osserva il BVerfG, preservare i fondamenti del riparto di competenze dell'Unione Europea è di importanza decisiva per garantire il rispetto del principio democratico e preservarne l'assetto giuridico complessivo. Il combinato disposto tra un ampio potere discrezionale dell'organo agente ed una limitazione dell'entità del controllo giudiziario di palesi trasgressioni delle competenze potrebbe risultare conforme alla giurisprudenza tradizionale in altri settori del diritto dell'Unione, ma non terrebbe sufficientemente conto del principio di ripartizione individuale limitata delle competenze, aprendo la strada a una continua erosione delle competenze degli Stati membri⁴⁹.

A seguito di quanto riportato, il Tribunale Costituzionale Federale non si considera quindi vincolato dalla decisione della Corte di Giustizia, e ritiene di dover valutare autonomamente se gli organi istituzionali europei coinvolti, nell'adottare le misure istitutive ed attuative del PSPP, abbiano agito nell'ambito delle competenze loro attribuite dal diritto primario dell'Unione, pervenendo alla conclusione che non sia questo il caso, per mancanza di un'adeguata ponderazione del principio di proporzionalità⁵⁰.

I Supremi Giudici tedeschi ritengono che il PSPP, considerato il suo impatto significativo in termini di politica economica, debba trovare un adeguato livello di ponderazione e bilanciamento con l'obiettivo di politica monetaria che il programma di acquisto di titoli pubblici messo in campo dalla BCE persegue. Invece, secondo il BVerfG, l'obiettivo di politica monetaria del PSPP di conseguire un tasso di inflazione prossimo al 2% non terrebbe conto delle implicazioni di politica economica del programma, e violerebbe palesemente il citato principio di proporzionalità: la BCE avrebbe dunque emanato misure che esulano dalla sfera della propria competenza, che si configurerebbero pertanto come atti *ultra vires*⁵¹.

Secondo il BVerfG, le decisioni della BCE contestate si limiterebbero ad affermare che l'obiettivo di inflazione non è stato raggiunto, e che non sono disponibili strumenti meno invasivi, senza indicare una

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 156.

⁵⁰ BVerfG, 2 BvR 859/15, 164.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 165.

previsione riguardo alle implicazioni di politica economica del PSPP, o se le deliberazioni assunte siano proporzionate ai benefici di politica monetaria che si vorrebbero realizzare. Il Tribunale Costituzionale Federale esclude anche che sia stato possibile evincere che il Consiglio direttivo della BCE avrebbe individuato e valutato le conseguenze determinate dal PSPP, che pure dovrebbero essere rilevanti considerato il volume di acquisti di oltre duemila miliardi di euro e la scadenza del programma ormai superiore a tre anni. Dal momento che le conseguenze del PSPP crescono proporzionalmente alla sua portata e durata, dovrebbe aumentare progressivamente per garantire un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco⁵².

Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, il PSPP migliora le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, permettendo loro di ottenere prestiti sul mercato dei capitali a condizioni molto più favorevoli, ed avrebbe pertanto un impatto significativo sulla politica fiscale degli Stati membri, paragonabile agli effetti delle misure di aiuto finanziario previste dall'art. 12 ss. del Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁵³. La portata e la durata del PSPP possono inoltre far sì che anche degli effetti conformi al diritto primario risultino in ultima analisi sproporzionati. Il BVerfG rileva come il PSPP produca un impatto anche sul settore bancario, in quanto trasferisce grandi quantità di titoli di Stato a rischio nei bilanci del Sistema delle Banche Centrali, migliorando così la situazione economica delle banche ed il loro *rating*.

Inoltre, gli effetti del PSPP coinvolgono anche l'impatto economico e sociale sulla grande maggioranza dei cittadini dell'Eurozona, che sono almeno indirettamente interessati dagli effetti del programma di acquisto di titoli pubblici in qualità di azionisti, affittuari, proprietari di immobili, risparmiatori, assicurati, etc. Secondo i Giudici di Karlsruhe, i risparmi sarebbero ad es. soggetti ad notevoli rischi di perdita, mentre delle imprese non più economicamente redditizie rimarrebbero sul mercato a causa del livello generale dei tassi d'interesse, ridotto anche grazie al PSPP. Infine, con l'aumento della durata e del volu-

⁵² BVerfG, 2 BvR 859/15, 169.

⁵³ Si tratta delle norme che regolano le modalità di erogazione degli aiuti finanziari previsti dal Trattato MES.

me complessivo del programma di acquisto di titoli pubblici, il SBCE starebbe diventando sempre più dipendente dalle politiche degli Stati membri, in quanto sempre meno in grado di porre fine al PSPP e decretarne la conclusione senza compromettere la stabilità dell'Unione monetaria⁵⁴.

La BCE avrebbe dovuto ponderare queste ed altre significative implicazioni di politica economica, metterle in relazione con i benefici previsti per il raggiungimento dell'obiettivo di politica monetaria da essa definito, e valutarle secondo il principio di proporzionalità. Il BVerfG ritiene però che tale bilanciamento non abbia avuto luogo, né all'inizio del programma, né in una fase successiva della sua attuazione. In assenza di una documentazione che dimostri che tale bilanciamento sia stato realizzato ed in che modo, per gli organi giurisdizionali non sarebbe possibile verificare efficacemente se il mandato della BCE sia stato effettivamente rispettato⁵⁵.

Ciononostante, il Tribunale Costituzionale Federale non ritiene che nel caso in esame si possa riscontrare in via definitiva una violazione dei propri obblighi costituzionali da parte del Governo Federale e del *Bundestag* nel momento in cui questi non abbiano richiesto la cessazione del PSPP, come preteso dai ricorrenti⁵⁶, in quanto solo dopo una esaustiva verifica del rispetto del principio di proporzionalità da parte del Consiglio Direttivo della BCE sarà possibile stabilire in modo definitivo se il PSPP sia o meno compatibile con l'art. 127 comma 1

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 859/15, 171 ss.

⁵⁵ BVerfG, 2 BvR 859/15, 176.

⁵⁶ Il già citato principio dei limiti di esercizio delle competenze dell'UE ex art. 5 TUE (v. *supra*, nota 43) esige il rispetto della limitazione della sfera di competenza espressamente attribuita all'Unione, con conseguente dovere di conservazione dell'autonomo spazio di manovra degli Stati membri per tutto quello che non viene espressamente ricompreso in tale ambito, perché proprio grazie alla tutela di questi autonomi spazi di manovra gli Stati membri – attraverso l'azione dei rispettivi organi rappresentativi del popolo – possono assicurare il rispetto dei limiti di esercizio delle competenze dell'Unione. Sul punto nel 2009 era intervenuto lo stesso Tribunale Costituzionale Federale nel noto "*Lissabon Urteil*" avente ad oggetto la legge tedesca di approvazione del Trattato di Lisbona, precisando che «l'unificazione europea fondata su un trattato di unione di Stati sovrani non deve tuttavia essere realizzata in modo tale che non vi sia più spazio sufficiente negli Stati membri per la definizione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali», BVerfG, 2 BvE 2/08, 249.

TFUE⁵⁷, che come detto attribuisce al SEBC il compito principale di garantire la stabilità dei prezzi⁵⁸.

Il BVerfG si ritiene inoltre vincolato dalla decisione della CGUE nella parte in cui questa nega la violazione del divieto di finanziamento monetario del bilancio *ex art.* 123 comma 1 TFUE⁵⁹, poiché non è stato possibile accertare una violazione manifesta della norma in questione, sebbene l'accertamento di detta violazione non dipende dall'eventuale infrazione di un solo criterio, ma da un insieme di fattori differenti vigenti in materia e che vanno tutti rispettati⁶⁰.

Il Tribunale Costituzionale Federale ritiene ad ogni modo di non ravvisare nel caso in esame alcuna evidente violazione dell'identità costituzionale della Legge Fondamentale e della generale responsabilità della politica di bilancio interna (*haushaltspolitischen Gesamtverantwortung*) del *Bundestag* in particolare. La Corte di Karlsruhe riconosce che un'eventuale modifica retroattiva della distribuzione del rischio tra la BCE e le banche centrali nazionali, considerato il volume di acquisti di titoli pubblici per oltre duemila miliardi di Euro previsto dal PSPP, inciderebbe sui limiti della responsabilità di bilancio del *Bundestag* così come stabiliti dal BVerfG⁶¹, e sarebbe pertanto incompatibile con l'art. 79 comma 3 della Legge Fondamentale. Tuttavia, il PSPP non prevede tale condivisione del rischio – già vietata dal diritto primario dell'Unione – per i titoli di Stato dei suoi Stati membri acquistati dalle banche centrali nazionali⁶².

La Consulta tedesca ritiene in ogni caso che il Governo federale e il *Bundestag* siano tenuti ad opporsi al modo in cui il PSPP è stato finora gestito, in virtù delle responsabilità che a loro spettano in materia di integrazione europea (*Integrationsverantwortung*)⁶³: il BVerfG ricorda

⁵⁷ BVerfG, 2 BvR 859/15, 179.

⁵⁸ V. *supra*, nota 22.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ BVerfG, 2 BvR 859/15, 192 ss.

⁶¹ Cfr. BVerfGE 129, 124, 179; 132, 195, 240; 135, 317, 401; 142, 123, 231.

⁶² BVerfG, 2 BvR 859/15, 228.

⁶³ Il tema della "*Integrationsverantwortung*" era stato trattato ampiamente dal Tribunale Costituzionale Federale nella citata sentenza sulla legge di approvazione del Trattato di Lisbona: in quella occasione, i Giudici di Karlsruhe avevano precisato che nell'attuazione del processo di integrazione europeo gli organi istituzionali democra-

infatti che in caso di violazioni evidenti e significative delle competenze da parte di organi, istituzioni e altre agenzie dell'Unione Europea, gli organi costituzionali tedeschi sono tenuti, nell'ambito delle loro competenze e con i mezzi a loro disposizione, ad intervenire attivamente per il rispetto del programma di integrazione (che prevede tra l'altro la menzionata difesa delle prerogative di sovranità degli Stati membri) e per l'annullamento delle misure che non concordano con questa concezione di integrazione e – fintantoché le misure continuano ad essere efficaci – ad adottare le opportune precauzioni per garantire che gli effetti prodotti da tali misure sull'ordinamento interno rimangano il più possibile limitati⁶⁴.

Sul piano concreto, questo comporta che il Governo federale e il *Bundestag* sono tenuti ad impegnarsi per ottenere una valutazione dell'effettiva proporzionalità delle misure adottate da parte della BCE nel caso in esame. Lo stesso obbligo permane per la cd. fase di reinvestimento del capitale dei titoli pubblici acquisitati tramite PSPP scaduti a gennaio 2019, relativi al primo programma di *Quantitative Easing* terminato a dicembre 2018 (QE1), ed al secondo programma di QE (QE2) iniziato a novembre 2019⁶⁵. Viene mantenuto in vigore anche l'obbligo di monitorare le decisioni del Sistema Europeo delle Banche Centrali sugli acquisti di titoli di Stato nell'ambito del PSPP, e di utilizzare i mezzi a disposizione degli organi costituzionali tedeschi per operare in conformità con il mandato assegnato al SEBC⁶⁶.

In conclusione, dal momento che organi costituzionali, autorità e tribunali tedeschi non possono partecipare alla creazione, all'attuazione, all'esecuzione o all'operatività di atti *ultra vires*, il BVerfG dichiara che la *Bundesbank* potrà continuare a partecipare al PSPP solo per un periodo transitorio massimo di tre mesi, a meno che il Consiglio direttivo della BCE non dimostri chiaramente con un nuovo provvedimento che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti con il PSPP

ticamente eletti dovevano conservare un effettivo diritto di codecisione, in modo che l'UE rimanga un'unione di Stati in cui i singoli membri conservino la propria sovranità, cfr. BVerfG, 2 BvE 2/08, 229.

⁶⁴ BVerfG, 2 BvR 859/15, 231.

⁶⁵ Il reinvestimento prolunga, infatti, oltre il termine ufficiale del programma (che per il QE1 era fissato a dicembre 2018) la detenzione dei titoli in portafoglio nel PSPP.

⁶⁶ BVerfG, 2 BvR 859/15, 233.

non sono sproporzionati rispetto alle implicazioni di politica economica e fiscale che il programma produce. Ove questo non accadesse, la *Bundesbank* sarebbe tenuta a ridurre gradualmente ed in modo coordinato con il SEBC la propria partecipazione al PSPP, vendendo i titoli di Stato finora acquistati in questo ambito⁶⁷.

4. *Le reazioni di CGUE e BCE*

La rilevanza della decisione emanata dal Tribunale Costituzionale Federale ha indotto i due soggetti istituzionali destinatari della sentenza a reagire prontamente con interventi ufficiali. Lo stesso 5 maggio la BCE emanava un comunicato stampa in cui si precisava che «il Consiglio direttivo resta pienamente impegnato a fare tutto il necessario, nell'ambito del suo mandato, per assicurare che l'inflazione aumenti a livelli coerenti con il suo obiettivo a medio termine e che l'azione di politica monetaria intrapresa nel perseguimento dell'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi sia trasmessa a tutte le parti dell'Unione europea e a tutte le giurisdizioni dell'Area Euro»⁶⁸.

Due giorni dopo, il 7 maggio 2020, la Presidente della BCE Christine Lagarde in una videoconferenza organizzata da Bloomberg in merito alle misure di riapertura dell'economia e di protezione della salute pubblica, aveva ribadito l'indipendenza della Banca Centrale Europea, definita come un'istituzione che opera sotto la giurisdizione della Corte Europea di Giustizia ed ha già un organo al quale riferisce sulle misure intraprese e gli strumenti utilizzati, ovvero il Parlamento Europeo, a cui la Lagarde invia ogni tre mesi una relazione in cui riassume le misure emanate, analizzando nel dettaglio gli strumenti di politica monetaria adottati di volta in volta⁶⁹.

L'8 maggio 2020 la Corte Europea di Giustizia ha emanato uno scarno ma deciso comunicato, in cui dopo aver proclamato che i servizi del Tribunale di Lussemburgo non commentano mai una sentenza di un organo giurisdizionale nazionale, si ricorda che «in base a

⁶⁷ BVerfG, 2 BvR 859/15, 235.

⁶⁸ BCE, Press release 5 maggio 2020.

⁶⁹ I. BUFACCHI, *Lagarde alla Corte tedesca: «La Bce va avanti imperterrita, è indipendente e risponde al Parlamento europeo»*. *Enria: banche sono solvibili*, in *IlSole24ore.com*, 7 maggio 2020.

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 membri, 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»⁷⁰.

Entrambi gli organi hanno dunque rinviato immediatamente al mittente le accuse del BVerfG di aver ecceduto nell'esercizio delle proprie competenze e di aver compiuto errori di valutazione nell'esame delle misure emanate dal SEBC nell'ambito del PSPP, in attesa di ulteriori interventi delle istituzioni interessate.

5. *I termini del "conflitto"*

Sono stati in molti a stigmatizzare la pronuncia del Tribunale Costituzionale Federale, colpevole secondo i suoi critici di aver posto per la prima volta in termini apertamente conflittuali il rapporto tra la Corte di Karlsruhe e quella di Lussemburgo. È stato fatto notare come con la sentenza del 5 maggio 2020 il BVerfG si discosti significativamente dalla propria stessa giurisprudenza in materia: nella sentenza sul Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità, la Consulta tedesca aveva infatti solamente riconosciuto al *Bundestag* la competenza a decidere riguardo allo stanziamento dei fondi destinati al salvataggio degli Stati membri dell'Area Euro in difficoltà, precisando che al Governo tedesco spetta la possibilità di porre il veto in sede europea in merito, conformemente con la linea espressa dal Parlamento di Berlino⁷¹.

⁷⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Comunicato Stampa n. 58/20, 8 maggio 2020.

⁷¹ BVerfGE 2 BvR 1390/12.

In un'altra decisione, che pure conteneva alcune perplessità, i Supremi Giudici tedeschi avevano concordato con la sentenza Gauweiler della Corte Europea di Giustizia del 16 giugno 2015⁷², non ritenendo che sussistessero condizioni per attuare né il controllo *ultra vires* né il controllo sull'identità costituzionale, ed anzi concludendo che il cd. programma *Outright Monetary Transactions* (OMT)⁷³ rispettasse le condizioni sollevate allo stesso BVerfG nel suo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, che non violasse il fondamentale diritto dei ricorrenti alla democrazia, così come disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38 comma 1 fr. 1, 20 commi 1-2 e 79 comma 3 LF, e che neppure compromettesse la responsabilità generale del *Bundestag* in materia di bilancio (la citata "*haushaltspolitische Gesamtverantwortung*").

Nella precedente pronuncia sull'approvazione del Trattato di Lisbona il BVerfG aveva peraltro motivato il proprio potere di esercitare un controllo sugli atti *ultra vires* o in merito al rispetto dell'identità costituzionale tedesca specificando che, nei limiti del principio di leale collaborazione tra Corti, la garanzia dell'identità costituzionale nazionale in base al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione debbano andare di pari passo nello spazio giuridico europeo, e che il controllo sull'identità costituzionale permette di esaminare se, a seguito dell'azione delle istituzioni europee, i principi di cui agli artt. 1 e 20 della Legge Fondamentale, dichiarati inviolabili dall'art. 79 comma 3 della Legge Fondamentale, sono stati violati. Questo garantisce che il primato dell'applicazione del diritto dell'Unione si applichi solo in virtù e nel contesto della potestà costituzionale ("*verfassungsrechtliche Ermächtigung*") che resta in vigore⁷⁴.

Invece, nella sentenza in commento la Corte di Karlsruhe decide di rivendicare per sé un potere di controllo che non si accontenta delle valutazioni condotte dalla CGUE, nel momento in cui ritiene che alcuni requisiti considerati fondamentali per la regolarità della misura sulla quale il BVerfG era stato chiamato in prima battuta a pronunciarsi su

⁷² C-62/14 - Gauweiler e a.

⁷³ Si tratta delle misure annunciate dal Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea il 2 agosto 2012, con cui la BCE può procedere all'acquisto diretto di titoli di Stato a breve termine emessi da Paesi membri dell'Area Euro in difficoltà macroeconomica grave e conclamata.

⁷⁴ BVerfG 2 BvE 2/08, 240.

richiesta di ricorrenti tedeschi non siano stati adeguatamente verificati dalla Corte di Lussemburgo.

Un punto centrale dei rilievi mossi dal Tribunale Costituzionale Federale alla CGUE riguarda una presunta commistione tra misure di politica monetaria, per le quali la BCE sarebbe a pieno titolo competente, e provvedimenti operativi a livello di politica economica, per la quale invece la Banca Centrale Europea non sarebbe autorizzata ad intervenire. È stato evidenziato come «il coordinamento delle politiche economiche, lo spazio democraticamente legittimato di intervento delle istituzioni dell'UE, non consente al momento una reale politica economica unitaria in quanto le politiche di bilancio, la leva delle entrate tributarie e il ricorso al debito pubblico sono ancora rimessi, sia pur entro certi limiti, ai singoli Stati»⁷⁵, e d'altro canto è lo stesso Tribunale Costituzionale Federale che nella sentenza in esame dichiara che «la delimitazione della politica economica e monetaria riguarda una decisione politica fondamentale che va al di là del singolo caso e ha notevoli conseguenze sulla distribuzione del potere e dell'influenza nell'Unione Europea. L'attribuzione di una misura alla politica monetaria piuttosto che alla politica economica o fiscale non riguarda solo la questione della ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, ma decide anche il livello di legittimità democratica e di controllo del settore politico in questione, poiché la politica monetaria è affidata al SEBC, che è indipendente ai sensi dell'art. 130 e dell'art. 282 TFUE»⁷⁶.

Da ciò deriverebbe una contraddizione nell'argomentazione del BVerfG, nella misura in cui la sentenza «da un lato riconosce una vicinanza tra politica monetaria e politica economica, e dall'altro riserva agli Stati, quali “padroni dei Trattati” la sola gestione della politica economica, attribuendo evidentemente all'Unione per mezzo della BCE la gestione della politica monetaria senza però attribuire, conseguentemente, alla sola CGUE e non anche a se stessa il conseguente potere di sindacato degli atti di gestione di detta politica monetaria»⁷⁷.

⁷⁵ R. SUCCIO, *Le decisioni BCE in tema di “quantitative easing”*, in *Giustiziansieme.it*, 11 maggio 2020.

⁷⁶ BVerfG, 2 BvR 859/15, 159.

⁷⁷ R. SUCCIO, cit.

Un altro rilievo sollevato all'indirizzo della sentenza di Karlsruhe consiste nel fatto che, pur non volendo considerare la gravità della sovrapposizione del giudizio del Tribunale Costituzionale Federale a quello espresso dalla Corte Europea di Giustizia su misure adottate dalla BCE, il principio di proporzionalità così come interpretato dai Supremi Giudici tedeschi non riceverebbe giustificazione nel diritto pubblico comparato, ed inoltre troverebbe applicazione in maniera indebita rispetto ad una vicenda relativa alla delimitazione delle competenze fra organi, in contrasto con il diritto dell'Unione⁷⁸. In particolare, nello stesso scritto, sempre a proposito di distinzione tra politica monetaria ed economica si rileva un presunto errore di interpretazione condotto nell'occasione dai Supremi Giudici tedeschi, dal momento che «il loro intero ragionamento si basa sulla distinzione tra la politica monetaria – una competenza esclusiva dell'Unione – e la politica economica, una competenza degli Stati membri. Ci si chiede, inoltre, se abbiano compreso correttamente che le competenze in materia di politica economica, pur non rientrando tra le competenze concorrenti di cui all'articolo 4 TFUE, sono anche competenze dell'Unione in quanto, come ricorda l'articolo 5 TFUE, il Consiglio – Istituzione dell'Unione – è competente ad adottare misure utili al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri»⁷⁹.

Altri hanno evidenziato la pericolosità del fatto che il BVerfG abbia preteso di rivendicare per sé il diritto di verificare la legalità delle decisioni della BCE: sia perché così facendo la Corte di Karlsruhe ri-

⁷⁸ J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco. Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, Focus *La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, N. 1, 7 maggio 2020, 1-13.

⁷⁹ *Ibidem*, 8. Similmente Lorenzo F. Pace, il quale mette in discussione la legittimità del controllo *ultra vires* posto in essere dalla Corte tedesca, ritenendo che «L'accertamento da parte del BVerfG dell'illegittimità dell'atto dell'Unione – sebbene nella disponibilità dello Stato in quanto sovrano – metterebbe “n pericolo le basi stesse della Comunità”, violando la principale garanzia di stabilità giuridica dell'Unione, cioè la sua autonomia e l'autonomia del suo diritto rispetto agli Stati membri», L. F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: “c'è della logica in questa follia”? Il prevedibile “rientro” della “crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *federalismi.it*, 16/2020, 27 maggio 2020, 298-309 (306).

fiuterebbe una applicazione uniforme del diritto dell'Unione basata sul principio democratico e sul controllo delle competenze dell'Unione, sia perché questo precedente rischierebbe di gettare un'ombra cupa sulla reazione di carattere economico alle conseguenze dell'emergenza da COVID-19 a cui il PEPP⁸⁰, un altro programma di interventi finanziari dell'Unione, dovrà fornire risposte adeguate sotto forma di misure di sostegno agli Stati membri colpiti dalla crisi economica e sociale post-pandemia⁸¹ – sebbene, vada ricordato come la stessa sentenza del 5 maggio 2020 precisi che le conclusioni della decisione sul PSPP non si applichino a misure e provvedimenti al momento allo studio di UE e BCE in risposta all'emergenza post-COVID⁸².

Per altri, invece, sarebbe impropria la concezione di bilanciamento utilizzata dal BVerfG per rimproverare alla CGUE di non aver compiuto un'adeguata valutazione delle misure della BCE contenute nel PSPP: la critica a Lussemburgo e Francoforte alimenterebbe il sospetto che la preoccupazione ultima di Karlsruhe «non sia la competenza su cui si basa la decisione del PSPP, ma i suoi meriti sostanziali. In parole povere, il BVerfG non è convinto che la BCE di Mario Draghi abbia tenuto sufficientemente conto di particolari interessi tedeschi. In questo senso, rivela come il BVerfG sostenga che il suo approccio sia l'unico che preserva l'indipendenza della BCE dalle “pressioni politiche” (BVerfGE 2 BvR 859/15, 161). Data la sua insistenza sulla necessità di sottoporre il PSPP a una valutazione di equilibrio che includa solo le preoccupazioni dell'austerità e dell'agenda ordoliberal, questa affermazione manca di credibilità»⁸³.

⁸⁰ Il PEPP è un acronimo di *Pandemic Emergency Purchase Programme*, ovvero un programma di acquisto per l'emergenza pandemica. Si tratta di uno strumento temporaneo di acquisto titoli, approntato dalla BCE per arginare il collasso socio-economico determinato dal coronavirus nei Paesi membri dell'Unione.

⁸¹ D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze, in federalismi.it*, 14/2020, 7 maggio 2020, 165-178 (171-172).

⁸² Critico contro questo *obiter dictum* A. Somma, il quale si dice convinto che in realtà «l'obiettivo della Corte costituzionale tedesca sia il *Quantitative easing* varato da Lagarde», A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, 2/2020, 9.

⁸³ T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in *Bundesverfassungsblog*, 9 maggio 2020.

In un altro commento si solleva il dubbio che, paradossalmente, possa essere la stessa pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* a configurarsi come atto *ultra vires*. Questa tesi da un lato sottolinea che quello che la Corte tedesca rimprovera alla BCE è di aver assunto una decisione di politica monetaria senza averne realmente misurato gli effetti in termini di politica economica, ma dall'altro si domanda se i Giudici di Karlsruhe abbiano dal canto loro effettivamente valutato gli effetti collaterali della loro sentenza, ritenendo che «la stessa affermazione contenuta nel comunicato stampa secondo cui la sentenza non riguarda le attuali misure adottate in relazione alla crisi del coronavirus è simile a un processo preterintenzionale»⁸⁴. Tra gli aspetti collaterali più rilevanti e forse non adeguatamente ponderati dal Tribunale Costituzionale Federale, il commento menziona il pericolo che la pretesa del BVerfG di ergersi a “valutatore” ultimo delle decisioni della CGUE possano minarne l'autorevolezza e la vincolatività anche di fronte ad altri Stati membri dell'UE in caso di eventuali pronunce loro avverse da parte della Corte di Lussemburgo⁸⁵.

Altri si concentrano sulla corretta interpretazione del principio di proporzionalità, il quale richiede di modulare, nell'esercizio di competenze sia esclusive che concorrenti, i mezzi prescelti rispetto all'obiettivo che si intende di volta in volta realizzare, così che l'esercizio di una certa competenza possa risultare utile e pertinente per il conseguimento dell'obiettivo per il quale la competenza è stata attribuita, e che va necessariamente esercitata in modo da recare il minor svantaggio possibile ad altri scopi o interessi a cui spetti eguale protezione. Ebbene,

⁸⁴ F. MARTUCCI, *La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande*, in *leclubdesjuristes.com*, 11 maggio 2020.

⁸⁵ Il commento fa l'esempio della reazione positiva alla sentenza in commento da parte del Governo polacco, il quale ritiene che la decisione del BVerfG possa rappresentare un argomento a favore della Polonia nella sua controversia con l'Unione sulla riforma giudiziaria, rispetto alla quale nel 2019 la CGUE aveva statuito che la Polonia fosse venuta meno ai suoi obblighi a causa di una serie di riforme che non rispettavano il principio di indipendenza dei tribunali (rispetto ai tribunali ordinari: CGUE, 5 novembre 2019, C-192/18; rispetto alla Corte suprema: ordinanze, 15 novembre 2018, 2 e 11 luglio 2019, 17 dicembre 2019; sentenze, 24 giugno 2019; 5 novembre 2019). In gioco ci sarebbe quindi in ultima analisi il rispetto dei valori nell'Unione, a cominciare dallo Stato di diritto.

nel commento in questione⁸⁶ la decisione del BVerfG viene configurata come una indebita “tirata di orecchie” alla Corte di Lussemburgo, perché dovrebbe essere noto ai Giudici tedeschi che in base al Protocollo n. 2 allegato ai Trattati (sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità) sia competenza *ex ante* di tutte le istituzioni vigilare «in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità»⁸⁷, e spetti invece *ex post* alla Corte di giustizia esercitare un controllo sugli atti di tutte le istituzioni interessate alla luce di tali principi, essendo essa competente a garantire «il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati»⁸⁸.

Viene rilevato un paradosso nell’argomentazione seguita dal Tribunale Costituzionale Federale, nel momento in cui richiede alla BCE un bilanciamento dell’obiettivo di politica monetaria con quello che il BVerfG definisce come un insieme di costi economici, fiscali e politici derivanti dal PSPP, consistenti in un possibile indebolimento dell’indipendenza della BCE e della disciplina di bilancio degli Stati membri, nella determinazione di perdite sul risparmio privato o nell’eventualità di bolle immobiliari e borsistiche. Il paradosso di tale argomentazione consisterebbe nel fatto che sostanzialmente la Corte tedesca ritiene la BCE competente ad attuare il proprio mandato solamente perseguendo obiettivi di politica monetaria, ma poi lo stesso *Bundesverfassungsgericht* richiede che essa integri nella sua analisi i possibili costi economici, fiscali e politici della sua azione, senza tuttavia considerare gli eventuali benefici economici, fiscali e politici delle sue decisioni in materia di politica monetaria. Ne consegue, secondo questa critica, un vizio di incoerenza della richiesta della Corte di Karlsruhe alla BCE⁸⁹, che dovrebbe

⁸⁶ G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Diritto dell’Unione Europea (DUE), Osservatorio Europeo*, Maggio 2020.

⁸⁷ Art. 1 Protocollo (n. 2) sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

⁸⁸ Art. 19 TUE.

⁸⁹ Simile su questa linea O. Chessa, secondo il quale «non esiste una politica monetaria “neutrale” rispetto alle condizioni di esercizio della politica fiscale, ne discende che qualsiasi scelta della BCE ha effetti redistributivi a beneficio di alcuni e col sacrificio di altri», O. CHESSA, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*, in *laCostituzione.info*, 8 maggio 2020.

condurre un esame di proporzionalità delle proprie deliberazioni tenendo conto di tutti i potenziali costi economici, politici e fiscali, ma senza poter parimenti considerare i benefici economici e fiscali che possono derivare dalle sue decisioni sulla politica monetaria dell'Area Euro⁹⁰.

Da altri viene sollevata una pesante accusa di politicizzazione della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale, che nell'occasione mirerebbe ad imporre il sindacato di proporzionalità dissimulando “una precisa politica costituzionale della Corte di Karlsruhe”, ovvero “l'ennesima manifestazione di un «suprematismo giudiziario» che, nell'affermare la propria preminenza istituzionale nei confronti degli organi democratici (nazionali e, per giunta, europei) come custode di una razionalità giuridica indiscussa e indiscutibile, vuole affermare decisioni fondamentali e politiche che, però, negano l'integrazione europea proprio nelle forme più rilevanti di un processo di unificazione, e che ribadiscono il primato di un interesse statale *particolare* che, nella fattispecie, coincide con quello del Paese che vuol continuare a dettare i contenuti dell'*ordo ordinans* e dell'*ordo ordinatus* europeo»⁹¹.

Dalla varietà delle critiche sollevate nei confronti della sentenza, e più in generale di una certa risalente giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale che vedrebbe nella pronuncia del 5 maggio 2020 il suo esplicitato culmine anti-europeista, si deduce che il conflitto scatenato dalla decisione in commento è complesso nella sua portata e interlocutorio rispetto alle possibilità di una sua ricomposizione. È dunque opportuno, nelle prossime conclusioni, provare a dare una lettura della vicenda giurisprudenziale che possa fornire una possibile prospettiva di “riconciliazione” delle istanze in campo nella vicenda.

Conclusioni: il conflitto che non c'era.

In primo luogo, sul piano eminentemente pratico è stato opportunamente osservato come il conflitto sorto all'indomani della sentenza del BVerfG potrebbe essere agevolmente ricomposto dalla stessa BCE:

⁹⁰ M. P. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

⁹¹ B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione, in federalismi.it*, 14/2020, 13 maggio 2020, I-XIV (XI).

anche senza voler dare pieno seguito alla pronuncia di Karlsruhe, infatti, la Banca Centrale Europea avrebbe potuto emanare una nuova deliberazione in cui chiarire in maniera più approfondita ed esaustiva la fondatezza e la legittimità del PSPP rispetto ai rilievi sollevati dal Tribunale Costituzionale Federale, soprattutto in merito al requisito della sua proporzionalità. Un provvedimento del genere sarebbe potuto risultare sufficiente a fornire la giustificazione necessaria alle autorità tedesche, a cui la sentenza formalmente si rivolge, per affermare che il requisito imposto dalla Corte era stato soddisfatto dalla BCE e il problema risultava quindi risolto. I ricorrenti avrebbero potuto a quel punto opporsi a questa conclusione tornando a chiedere l'intervento del BVerfG, ma questo avrebbe fatto guadagnare tempo e nel frattempo la composizione della Corte di Karlsruhe in parte sarebbe cambiata. Questo passaggio avrebbe neutralizzato anche il problema dell'atteggiamento che la Commissione avrebbe dovuto tenere nei confronti dei rilievi mossi dal *Bundesverfassungsgericht* nei confronti di CGUE e BCE e del ruolo da riconoscere al diritto dell'Unione. In altre parole, se entro il 5 agosto 2020 le istituzioni tedesche avessero considerato eventuali pronunciamenti della BCE in materia di PSPP capaci di dimostrarne la proporzionalità, avrebbero potuto continuare a dare esecuzione alle misure della BCE, vincolando anche la *Bundesbank* a fare altrettanto. In tal caso, non si sarebbe profilata alcuna violazione del diritto dell'Unione, e la Commissione avrebbe potuto così continuare a rivendicarne la supremazia senza dover effettivamente perseguire una violazione contro la Germania⁹².

Maduro si è dimostrato buon profeta: il 2 luglio 2020, in verità senza particolare attenzione da parte delle cronache, la vicenda ha conosciuto una conclusione rapida e sostanzialmente pacifica, culminata nell'emanazione di una mozione da parte del *Bundestag*⁹³, sostenuta non solo dai partiti dell'attuale maggioranza di governo (CDU/CSU ed SPD) ma anche da Liberali e Verdi, con cui il Parlamento tedesco "prende conoscenza" (*nimmt zur Kenntnis*) dei documenti inviati

⁹² Prospetta uno scenario del genere MADURO, *Op. cit.*

⁹³ Drucksache 19/20621, 1 luglio 2020, Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP Und Bündnis 90/Die Grünen. Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihekaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank.

dalla BCE in risposta alla richiesta di fornire una sua valutazione sui provvedimenti che avevano dato adito alla vicenda giurisprudenziale in esame. La formula scelta, estremamente neutrale e priva di qualsiasi valutazione, ha permesso al *Bundestag* di mantenere il rispetto nei confronti dell'indipendenza della BCE, sancita espressamente dai Trattati e secondo alcuni messa a rischio dalla decisione del BVerfG. Come sopra riportato, alla BCE era stato richiesto di illustrare meglio di quanto non avesse fatto fino ad ora la propria "valutazione della proporzionalità" del PSPP, mantenendo l'osservanza della leale collaborazione tra istituzioni dell'Unione. La BCE, pur dichiarandosi vincolata alla giurisdizione della sola CGUE, aveva risposto alla richiesta del Presidente della *Bundesbank* Weidmann, inviando al Governo federale tedesco e al *Bundestag* centinaia di pagine di documenti, in buona parte confidenziale.

Tra gli atti noti alle cronache figura il Protocollo del Consiglio Direttivo della BCE del 3 e 4 giugno 2020, descritto dal *Bundestag* stesso come il "nucleo" della documentazione prodotta dall'Istituto di Francoforte. Nel documento di 14 pagine, che risale quindi a dopo la sentenza di Karlsruhe e potrebbe quindi essere interpretata in parte come una risposta alla decisione del BVerfG, gli acquisti di titoli pubblici sarebbero discussi in modo molto dettagliato, e varie obiezioni sulla loro legittimità vengono esaminate, e nuovamente respinte. Il termine "proporzionale" viene esplicitamente menzionato in tre punti del documento: Il capo economista della BCE Philip Lane definisce l'attuale programma di crisi PEPP una "misura proporzionata", in considerazione dei rischi per la stabilità dei prezzi posti dalla crisi da COVID-19: la misura sarebbe "proporzionata" poiché altrimenti altri strumenti (come il tasso di deposito) avrebbero dovuto essere sensibilmente modificati⁹⁴. Sia il PSPP che il PEPP vengono infine descritti come "proporzionati", in una fase in cui i tassi di interesse della BCE sono già molto bassi⁹⁵.

⁹⁴ La componente del Consiglio Direttivo della BCE Isabel Schnabel aveva ha affermato che per produrre lo stesso effetto in altro modo il tasso di interesse avrebbe dovuto essere ridotto da meno 0,5 a meno 1,7 per cento, con effetti molto più rilevanti sull'assetto complessivo economico e monetario.

⁹⁵ C. SIEDENBIEDEL, *Erste Einblicke in die Geheimpapiere der EZB*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 giugno 2020.

Nella sua mozione, il *Bundestag* dichiara dunque che la BCE ha fornito adeguati riscontri agli interrogativi sollevati, grazie ad analisi capaci di dimostrare la proporzionalità dei provvedimenti assunti dando attuazione al PSPP, e dunque giudicando completamente soddisfatte le richieste presentate dal BVerfG («nelle decisioni di politica monetaria la proporzionalità è sistematicamente messa in conto»; «L'analisi della proporzionalità sulla base della sintesi della Seduta del Consiglio della BCE del 3 e 4 giugno 2020 è evidente»; «L'analisi dei costi-benefici [...] palesa che gli effetti positivi sull'economia [...] hanno chiaramente superato quelli negativi»). La Germania continuerà, dunque, a prendere parte al piano PSPP e con l'importante precisazione che «[...] il *Bundestag* continuerà ad ottemperare la sua responsabilità all'integrazione in riferimento alle decisioni di politica monetaria del Consiglio della BCE»⁹⁶. Dallo stretto punto di vista del contenzioso BVerfG-CGUE-BCE, pertanto, la questione sembrerebbe pertanto conclusa in modo positivo, con le istituzioni tedesche rassicurate sulla correttezza del programma di acquisti di titoli pubblici messo in campo dalla Banca Centrale Europea e la *Bundesbank* che continuerà pertanto regolarmente a farne parte.

Sulla questione di fondo, quella relativa cioè al futuro del rapporto tra Corti nazionali e Corte Europea di Giustizia, restano tuttavia aperti degli interrogativi di difficile soluzione. Al di là delle critiche puntuali e indubbiamente rilevanti che sono state mosse alla sentenza del Tribunale Costituzionale Federale, è opportuno allora tentare di ampliare lo sguardo dallo specifico *casus belli* all'assetto complessivo della costruzione europea, di cui il PSPP fino ad ora e presto anche il PEPP rappresentano strumenti attuativi concreti e puntuali.

Sembra allora condivisibile il rilievo di chi mette in discussione due degli assunti di base da cui il BVerfG ha mosso la sua critica alla BCE nel caso in esame: in primo luogo la presunta neutralità della politica monetaria, ovvero la convinzione che la moneta non sia in grado di produrre effetti permanenti né sull'andamento del Pil, né sulla sua distribuzione tra le diverse categorie di soggetti economici che concorrono a produrlo, ed in secondo luogo l'idea secondo cui la politica di bilancio sarebbe

⁹⁶ F. D'ANIELLO, *Come si è conclusa la vicenda della sentenza di Karlsruhe?*, in *Atlante Treccani*, 11 luglio 2020.

in grado di condizionare la credibilità dell'autorità monetaria – e quindi compromettere gli esiti delle politiche di controllo del valore della moneta – se l'assetto regolatorio non si preoccupa di difendere adeguatamente l'ambito di attività dell'autorità monetaria medesima dall'invasione delle autorità fiscali, considerate naturalmente favorevoli a sostenere politiche monetarie inflazionistiche, in considerazione dei vantaggi elettorali di breve periodo che potrebbero trarre da tali misure⁹⁷.

La questione è in verità cruciale, in quanto dichiarare la neutralità della politica monetaria comporta che soli strumenti “neutri” di politica monetaria di cui la banca centrale è dotata non dovrebbero produrre effetti sulle modalità di distribuzione della ricchezza tra i componenti della comunità a cui detta autorità bancaria si rivolge. Qualora, diversamente, risultasse che le politiche monetarie sono idonee a produrre effetti anche di altro genere, e dunque impattassero sul livello di ricchezza disponibile per i consociati a cui si riferiscono, si porrebbe a ben vedere un problema di legittimazione democratica per i poteri esercitati dalla banca centrale, che da neutri si trasformerebbero inevitabilmente in “politici”⁹⁸.

Proprio la presunta intrinseca neutralità della BCE è stata in realtà messa in crisi quando, attraverso l'emanazione del *Quantitative Easing*, l'istituto di Francoforte ha dimostrato di poter influenzare in maniera rilevante sull'andamento dell'economia reale e sulle politiche di distribuzione del reddito, ed è appunto in conseguenza di questa “estensione” del suo mandato che il Tribunale Costituzionale Federale ha sentito il bisogno di verificare se l'operato della BCE in questo contesto fosse ancora coerente con la sfera delle competenze che i Trattati le attribuiscono. Paradossalmente, proprio la decisione della CGUE emessa in risposta al rinvio pregiudiziale di Karlsruhe, nel momento in cui riconosce che la politica monetaria produce anche effetti di carattere economico, come la possibile modificazione dei tassi di interesse, ammette di fatto l'esistenza di un problema di legittimità delle misure emanate dalla BCE in questo ambito, in quanto di fatto vengono al-

⁹⁷ 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.

⁹⁸ *Ibidem*.

terati gli equilibri del mercato e modificate le condizioni dell'economia reale attraverso provvedimenti emanati da un soggetto attivo su un piano che non è (più) solo tecnico, restando tuttavia privo di una necessaria legittimazione democratica e scevro da adeguate forme di controllo politico⁹⁹. In questa ottica, il richiamo alla necessità di dimostrare in maniera più adeguata di quanto fatto finora la proporzionalità delle misure adottate può essere letto come un tentativo del Tribunale Costituzionale Federale di recuperare con gli strumenti a sua disposizione un appropriato bilanciamento tra i tanti interessi in gioco nella vicenda. Certamente, nella loro sentenza i Giudici di Karlsruhe si sono rivolti alle istituzioni nazionali tedesche, ma il fatto che siano stati chiamati in causa *Bundestag* ed Esecutivo federale, ovvero i due vertici dell'asse portante della rappresentanza democratica su cui si basa la forma di governo della RFT, è indicativo di un intento forse non sufficientemente esplicitato, ma ben presente da tempo nella giurisprudenza di Karlsruhe riguardo al processo di integrazione europeo.

L'intento, a parere di chi scrive, è rivelato nel passaggio in cui il BVerfG giudica la decisione della CGUE come «*nicht mehr nachvollziehbar*»¹⁰⁰: in molti hanno ritenuto di interpretare questo aggettivo come “comprensibile”, deducendo che da Karlsruhe si accusassero i Giudici di Lussemburgo di aver scritto una sentenza indecifrabile, inintelligibile, e dunque contenutisticamente sbagliata. In realtà, l'aggettivo in questione detiene anche una seconda accezione, che può essere resa come “condivisibile”, e che se accolta consente di leggere la pronuncia del Tribunale Costituzionale Federale in un'ottica diversa: non più – o non principalmente – volta a rivendicare polemicamente un qualche tipo di primato sul controllo dell'osservanza delle rispettive competenze di organi ed istituti dell'UE, ma invece tesa a riportare al centro del dibattito europeo la questione relativa alle effettive finalità e modalità di esecuzione del processo di integrazione¹⁰¹.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ BVerfG, 2 BvR 859/15, 116. V. anche *supra*, par. 3.

¹⁰¹ Osserva a riguardo non senza *vis* polemica Matej Avbelj che «la politica fiscale, che è sempre stata al centro di ogni contestazione democratica (*no taxation without representation*), non può essere semplicemente “monetarizzata”, presa in carico in modo furtivo (anche per necessità) da parte di una BCE indipendente e del tutto irresponsabile da un punto di vista democratico. Così facendo, per monetarizzare la

In conclusione, dunque, dall'esame della decisione del BVerfG è forse possibile trarre un messaggio assai più incoraggiante di quanto non appaia a prima vista: come è stato opportunamente fatto notare, infatti, dalla vicenda potrebbe dedursi che gli atti *ultra vires* delle istituzioni europee potrebbero trovare una legittimazione *ex post* ricorrendo ad una revisione dei Trattati grazie la procedura prevista dall'articolo 48 TUE. Secondo questa lettura, il Tribunale Costituzionale Federale sembrerebbe suggerire la possibilità di una sua maggiore disponibilità nei confronti di misure adottate in conseguenza della crisi da COVID-19, purché queste vengano inserite in una prospettiva di revisione dei Trattati che permetta all'UE di conquistare un primo nucleo di competenza fiscale in grado di sottrarre il finanziamento dell'Unione dalla volontà degli Stati membri e dunque di garantire un'emissione di debito realmente comune¹⁰². Quella che è stata da più parti ritenuta la scintilla di innesco di un conflitto ormai deflagrato, si tramuterebbe allora in un coinvolto ed intenso monito ad agire affinché il conflitto da tanti temuto venga evitato attraverso un consapevole e responsabile impegno di tutte le parti in causa, affinché l'interpretazione dell'*acquis communautaire* torni ad essere univoca ed universalmente condivisibile per tutti gli attori coinvolti¹⁰³.

politica fiscale a livello UE, i processi democratici nazionali e sovranazionali vengono ulteriormente svuotati, e possono essere essenzialmente spogliati della loro essenza, per essere infine gestiti a Francoforte», M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020, 3.

¹⁰² G. ROSSILLO, *Il monito della Corte Costituzionale tedesca sul futuro del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog*, 19 maggio 2020.

¹⁰³ In questo senso A. Ciancio, convinta che «nella prospettiva di medio-lungo termine della (ri)strutturazione dell'Eurozona, attraverso il completamento dell'Unione Monetaria e la sua trasmigrazione verso una più completa unione politica e fiscale con un bilancio comune, un unico tesoriere e una capacità autonoma di azione fiscale, anche lo scoraggiante il giudizio del BVerfG potrebbe essere trasformato in un utile stimolo», A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, 16/2020, 27 maggio 2020, 35-47 (47).

WALTER GIACOMO CATURANO

Oltre la pandemia economica:
ripartire dal credito come esercizio di fiducia¹

«La Formica che ha il difetto
di prestar malvolentieri,
le dimanda chiaro e netto:
– Che hai tu fatto fino a ieri?
– Cara amica, a dire il giusto
non ho fatto che cantare tutto il tempo.
– Brava ho gusto; balla adesso, se ti pare»².

SOMMARIO: 1. «Credito», «fiducia», «crisi»: tra etimologia ed economia. – 2. Fiducia sì, ma con quali garanzie? – 3. Centralità del sistema bancario e rischi della garanzia pubblica: i primi interventi emergenziali (cenni). – 4. Dal «whatever it takes» al «not here to close spreads». L'ultimo bivio dell'Europa. – 5. Oltre la «fase due»: il capitale sociale non si prende in prestito.

1. «Credito», «fiducia», «crisi»: tra etimologia ed economia

«La fiducia non costa, almeno non direttamente, e produce risultati economici positivi»³. Qualunque riflessione intorno al *credito* è, al contempo, una riflessione sul concetto di *fiducia*.

Lo è, prima di tutto, etimologicamente. «Crédito»: dal latino *cre-dītum*, participio passato neutro di *credēre*, «affidare, credere», al singolare indica «il credere, l'esser creduto»⁴, «avere fiducia» e, di con-

¹ Il contributo al presente volume è stato chiuso per la stampa il 6 Giugno 2020

² J. DE LA FONTAINE, *Favole* (1669) [Traduzione dal francese di Emilio De Marchi (XIX secolo)], Libro primo I, *La Cicala e la Formica*, Roma, 1994.

³ V. PERRONE, *La fiducia è una cosa seria*, in *Economia & Management*, n. 3/2004, in *emplus.egeaonline.it*.

⁴ Cfr. *Credito*, in *Treccani.it/vocabolario*.

verso, «dare credito» indica l'atto di «concedere fiducia», di stimare positivamente le capacità adempitive della controparte.

I termini *credito* e *fiducia* sono tanto interconnessi che il linguaggio comune ha saputo mutuare dal dizionario giuridico espressioni quali «far credito in bianco» per indicare l'atto del riporre un'incondizionata fiducia, o «apertura di credito» per significare l'affidamento sulle altrui opinioni o capacità, locuzione che, peraltro, tornando al linguaggio bancario trova sinonimi – sebbene atecnici – nei termini «fido» o «affidamento», la cui radice – a questo punto – è persino ridondante individuare.

La *fiducia* pervade il campo delle relazioni umane, dalla sfera sentimentale a quella sociale. Ampliando il campo di osservazione, diviene per Locke il fulcro del contrattualismo politico: la società si fonda su un rapporto reciproco di fiducia tra governanti e governati. Deformando lo specchio, invece, per Hobbes l'istituzione di un'autorità cui sia affidato il monopolio dell'uso legittimo della violenza è la soluzione alla *sfiducia* generalizzata che regna nello Stato di natura.

Intorno al concetto di «fiducia» ruotano, da sempre, i traffici commerciali. Le relazioni di fiducia che si sviluppano nei rapporti interpersonali informali che intessono il mercato e le organizzazioni produttive agiscono da riduttori dell'incertezza connessa all'incompletezza dei contratti e alle informazioni incomplete in cui si svolgono le transazioni economiche. La fiducia consente agli attori un migliore adattamento reciproco, poiché favorisce una maggiore accettazione del rischio e una riduzione dei costi di transazione⁵.

Nell'attuale complessità del mondo (globalizzato) della finanza, «fiducia *nei* mercati» – come capacità degli operatori finanziari di attrarre risparmio e gestire il rischio – e «fiducia *dei* mercati» – come affidabilità delle istituzioni agli occhi degli investitori – sono da tempo il *mantra* del dibattito politico sui temi economici.

Una dialettica argutamente sintetizzata nell'espressione «economia della fiducia»⁶, che pone il definitivo marchio sul legame tra relazioni di fiducia e scambi economici.

⁵ Cfr. G. SMARGIASSI, *Fiducia*, in *Dizionario di Economia e Finanza* (2012), in *Treccani.it*.

⁶ L'espressione è tratta dal titolo del saggio di E. LAURENT, *L'economia della fiducia*, trad. it., Roma, 2013, *passim*, ma l'elaborazione del concetto si deve probabilmente

Se quindi è immediata la ragione per la quale un contributo sul *credito* prende le mosse dal concetto di *fiducia*, può apparire persino paradossale la scelta di discorrere degli effetti economici della «crisi pandemica» a partire dalle interazioni tra i due concetti.

Soccorre però, ancora una volta, l'etimologia.

«Crisi»: dal greco κρίσις «scelta, decisione, fase decisiva [di una malattia]», derivato di κρίνω «distinguere, giudicare», nell'accezione moderna indica uno stato di forte perturbazione nella vita di un individuo o di un gruppo di individui, con effetti più o meno gravi e, con riferimento a fenomeni economici, sociali e politici, soprattutto per suggestione di teorie positivistiche, uno squilibrio traumatico. Nel linguaggio economico, il termine è passato ad individuare quelle situazioni di difficoltà grave dell'intero sistema, o di un suo particolare settore o area⁷.

Rispolverando il concetto primigenio, però, la *crisi* si libera dalle sedimentate accezioni negative e diviene momento *decisivo*, fase storica in cui selezione degli interventi e *scelta* delle azioni da intraprendere orien-

a Keynes, che ha condotto la prima compiuta analisi dell'importanza della fiducia nei rapporti con le istituzioni e dei suoi riflessi sugli scambi economici nella sua *Teoria generale dell'occupazione dell'interesse e della moneta*, con particolare riguardo allo «stato della fiducia» come determinante dell'ammontare dell'investimento nell'unità di tempo. Per l'economista britannico «lo stato della fiducia, come lo chiamano gli uomini pratici, è un argomento cui essi dedicano sempre la più stretta e più ansiosa attenzione. Ma gli economisti non lo hanno analizzato con precisione e di norma si sono accontentati di discuterlo in termini generali. In particolare non si è chiarito che esso ha rilievo nei riguardi di problemi economici in quanto esercita un'influenza importante sulla scheda marginale del capitale». Al contempo Keynes è consapevole che l'incidenza del fattore «fiducia» mina la razionalità dell'approccio predittivo: «[...] non vi è molto da dire a priori sullo stato di fiducia. Le nostre conclusioni devono dipendere principalmente dall'osservazione effettiva dei mercati e della psicologia del mondo degli affari. [...] La nostra conoscenza dei fattori che governano il rendimento di un investimento di qui a più anni è di solito assai scarsa e spesso trascurabile. [...] Gli uomini di affari giuocano una partita mista di abilità e di fortuna. Se la natura umana fosse assolutamente insensibile all'attrattiva di tentare la sorte e alla soddisfazione (escluso il profitto) di costruire una fabbrica, una ferrovia, una miniera o una fattoria, il freddo calcolo potrebbe non essere sufficiente da solo a dar luogo ad un investimento cospicuo». Cfr. J. M. KEYNES, *Occupazione, Interesse e Moneta. Teoria generale*, trad. it, Torino, 1936, 130 ss.

⁷ Cfr. *Crisi*, in *Treccani.it/vocabolario*.

teranno il corso degli eventi, analizzando le cause della rottura dell'equilibrio esistente e sviluppando la transizione verso un nuovo equilibrio.

È il momento di *scegliere*, dunque, ed intorno al concetto di «scelta» si chiude il cerchio che lega economia (in crisi) e «fiducia» (essenza del «credito»).

L'economia è – anche “manualisticamente” – la «scienza delle scelte», occupandosi del *come* gli individui e la società compiono scelte e del *come* su queste ultime influiscano gli impulsi e gli incentivi esterni.

Ma se la «scelta razionale» su cui si è concentrata l'economia neo-classica⁸ trova un limite nel suo stesso postulato di razionalità individuale centrata sull'auto-interesse⁹ e si rivela quindi valida come strumento di osservazione ma non altrettanto utile per la costruzione di modelli predittivi¹⁰, l'edificazione di un modello sostenibile di transizione si traduce inevitabilmente in un “esercizio” di *fiducia*, quest'ultima intesa – ancora una volta letteralmente – quale «aspettativa, formulata in condizioni di incertezza, riguardante un comportamento prevedibile e favorevole messo in atto da singoli individui, gruppi, istituzioni o sistemi sociali»¹¹.

⁸ L'analisi delle scelte razionali, *ex plurimis*, è al centro dell'opera di J.K. ARROW, tra i fondatori della moderna economia neoclassica, pioniere della «teoria della scelta sociale» e teorico del «paradosso dell'impossibilità» che ha preso il nome di «teorema di Arrow» (cfr. J.K. ARROW, *Social choice and individual values*, New York, 1951, *passim*).

⁹ Sui limiti della *teoria delle scelte razionali* cfr., *ex plurimis*, S. BRACALETTI, *La Teoria della scelta razionale. Applicazioni e problematiche*, in *Consecutio Rerum*, n. 2/2017, in *consecutio.org*, 201-208. Secondo l'A. i limiti sono di tipo “interno” al modello stesso (ad es. le relazioni di «obbligo» o «simpatia») ed “esterno” («effetti secondari» o «by-products», «akrasia» e «meccanismi non razionali di formazione delle preferenze»).

¹⁰ *Ivi*, 211, l'A. – sintetizzando il lavoro di P. MONGIN, *Rational Choice Theory Considered as Psychology and Moral Philosophy*, in *Philosophy of the Social Sciences*, 1991, 21, 1, 13 – reinterpreta la *teoria delle scelte razionali* secondo uno schema metodologico simile a quello ideal-tipico proposto da Max Weber all'inizio di *Economia e società*. «Nel caso del metodo ideal-tipico è [...] necessario essere consci, come Weber lo era perfettamente, del suo senso e dei limiti del suo impiego: esso rappresenta una semplice tassonomia euristica dove il contenuto di conoscenza emerge come residuo. Per questo motivo il metodo ideal-tipico è utile a un livello interpretativo, cioè per attribuire un significato a un soggetto agente, e per la classificazione, ma non per scoprire leggi generali».

¹¹ Cfr. G. SMARGIASSI, *Op. cit.*

Orbene, non v'è dubbio che la situazione attuale rechi in sé molteplici di quelle «condizioni di incertezza», non solo sul fronte sanitario ma soprattutto – per quanto attiene al perimetro del presente contributo – su quello economico.

Eppure, nel trionfo dell'incertezza, gli “attori” delle relazioni sociali ed economiche convengono sulla direttrice verso la quale debbano muoversi le «scelte» dei decisori pubblici e privati: fronteggiare l'esigenza di liquidità, anch'essa intimamente legata alle relazioni fiduciarie.

Ed invero, le misure di *lockdown* introdotte nel marzo 2020 – in Italia prima che negli altri Paesi occidentali – hanno causato uno *shock* sulla liquidità del tutto peculiare, concretantesi in un crollo verticale nei flussi di cassa aziendali in tutta Europa, in particolare in quei settori economici dei servizi *non-tradable* in cui è indispensabile un certo grado di vicinanza fisica tra lavoratori e clienti.

La peculiarità rispetto agli *shock* sulla liquidità in senso «tradizionale» risiede nella immediatezza degli effetti: non si tratta di un deterioramento nella distribuzione dei flussi di cassa in un periodo determinato, ma di una perdita totale di fatturato dovuta all'arresto improvviso di ogni attività economica, a prescindere dalla situazione di solvibilità a medio-lungo termine¹².

I dati della crisi¹³ sono inequivocabili.

Per restare solo nel perimetro delle PMI – che costituiscono la struttura portante dell'intero sistema produttivo nazionale – la relazione tecnica del Ministero dell'Economia e delle Finanze all'art. 25 del c.d. decreto Rilancio¹⁴ ha osservato un calo del fatturato di un terzo per 2,6 milioni di artigiani, commercianti ed agricoltori, costituenti il 60% della platea di «partite Iva»¹⁵.

Ampliando il campo di osservazione e ragionando sui numeri aggregati, l'Istat ha già stimato una riduzione del Prodotto Interno Lordo

¹² Cfr. M. MINENNA, *Ossigeno alle imprese: il grande balzo dei prestiti bancari in Europa*, in *Il Sole 24 ore*, 11 maggio 2020.

¹³ Si consideri peraltro la necessaria parzialità della presente indagine, che si limita a “fotografare” una situazione in continua evoluzione, che sfugge alla formulazione di qualsivoglia precisa ipotesi previsionale.

¹⁴ D.L. 19 maggio 2020 n. 34.

¹⁵ Per l'analisi dei numeri cfr. M. MOBILI, G. TROVATI, *Partite Iva, il 60% degli autonomi ha perso un terzo del fatturato*, in *Il Sole 24 ore*, 21 maggio 2020.

italiano nel primo trimestre del 2020 pari al 5,3% rispetto al trimestre precedente e del 5,4% in termini tendenziali. La stima di variazione negativa annuale – al netto delle successive evoluzioni – è invece al pari al 5,5%¹⁶.

Proprio il dato della “repentinità” della contrazione di fatturato e PIL ha suggerito, sin dalle prime avvisaglie della crisi pandemica, l’esigenza di una pluralità di interventi finalizzati all’immissione di liquidità nel tessuto produttivo, per «garantire a tutti i costi la sopravvivenza ‘extra-corporea’ delle attività economiche»¹⁷.

Quando le misure più drastiche di isolamento non avevano ancora assunto una dimensione nazionale, Confindustria già lanciava un «piano di azione» per contrastare gli effetti economici del *Covid-19*, definendo le misure volte a garantire liquidità alle imprese alla stregua di «precondizione essenziale per aiutare le imprese in questa fase di transizione e criticità economica» e non potendo far a meno di notare come il credito bancario in Italia rimanga selettivo se non modesto, in particolare per le PMI, ed il mercato dei capitali ancora troppo poco sviluppato¹⁸.

D'altronde – e non suoni come approccio *murphologico* – che la crisi economica “congiunturale” da *Coronavirus* si innesti su una irrisolta crisi “strutturale” è un dato di analisi ineludibile ed il tasso di letalità della prima è destinato ad impattare più che proporzionalmente su sistemi economici a rischio. Si direbbe, abusando ancora del dizionario dei virologi, che le economie con un alto grado di «comorbidità» sono destinate inevitabilmente a scontrarsi con un maggiore rischio di sviluppare «complicazioni» e per tale ragione necessitano di interventi «intensivi», proprio in quanto non sono di per sé in grado di sviluppare un’efficace risposta «immunitaria».

Non è questa la sede per analizzare compiutamente le «comorbidità» del sistema-Italia, ma se il *focus* è quello della liquidità, il nostro Paese non poteva certo fregiarsi – già prima della pandemia – di avere dei “fondamentali” solidi.

¹⁶ Cfr. *Conti economici trimestrali* (Comunicato stampa del 29 maggio 2020), in *istat.it*.

¹⁷ M. MINENNA, *Op. cit.*

¹⁸ Cfr., *amplius*, il documento Confindustria, *Assi portanti di azione e reazione all’arretramento dell’economia*, 4 marzo 2020 in *confindustria.it*.

“Schiacciate” – avuto riguardo ai margini di intervento statale – dal peso del debito pubblico¹⁹ e dai vincoli europei alle politiche di *Austerity*, le imprese italiane non finanziarie avevano dovuto registrare – sotto il profilo dei finanziamenti privati – una contrazione del 7% dei prestiti concessi nel 2019 rispetto all’anno precedente – dopo il –6,6% del 2018²⁰.

Dati che risuonano come un grido di allarme per la crescita del «bisogno di credito», quale struttura di sopravvivenza dell’operatività delle aziende, e che non possono che riflettersi, sul piano patologico, sulle capacità di rimborso dell’erogato, necessitando ad un tempo di meccanismi stabilizzatori del «prezzo del credito», ovvero sia dell’interesse²¹.

2. *Fiducia sì, ma con quali garanzie?*

Tra gli innumerevoli aneddoti narrati nella sua autobiografia, Charlie Chaplin racconta di una conversazione intrattenuta con John Maynard Keynes, al quale aveva chiesto se fosse vero che durante la guerra la (allora privata) Banca d’Inghilterra avesse ripetutamente offerto prestiti al governo inglese di 500 milioni di sterline, ad onta dell’assenza di sufficienti riserve auree e della presenza nelle proprie casse di soli 400 milioni di sterline in titoli esteri. «Come furono riscattati quei prestiti?», domandò il cineasta. «Con lo stesso danaro fiduciario»²², rispose l’economista.

¹⁹ La Nota di Aggiornamento del Documento di Economia e Finanza del 2019, deliberata il 30 settembre 2019 ha segnalato un ulteriore punto percentuale di crescita del rapporto tra debito lordo della PA e PIL, salito dal 134,8% del 2018 al 135,7% di fine 2019. Ma l’impatto finanziario delle misure emergenziali e di quelle urgenti di “rilancio” ha portato il Consiglio dei Ministri, nel DEF deliberato il 24 aprile 2020, a stimare lo *stock* del debito pubblico al 155,7% del PIL a fine 2020 e al 152,7% a fine 2021.

²⁰ Cfr., *amplius*, M. ABATECOLA, *Crisi epidemiologica e crisi di liquidità. La strada impervia della ripresa*, 5 maggio 2020, in *formiche.net*.

²¹ Cfr., *amplius*, A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Rivista di diritto bancario*, Trento, 2020, II, 257. L’A. nota come «perdurando nel tempo la pandemia – e pure allungandosi *pari passu* i provvedimenti di contrasto e quindi anche le limitazioni alle attività dei privati – bisogno di credito e difficoltà di rimborso vengono poi a crescere in via esponenziale: con corrispondente lievitazione, tra l’altro (e specie in una prospettiva di pura autoregolamentazione), anche del prezzo inerente al rapporto (interessi di mora compresi)».

²² C. CHAPLIN, *La mia autobiografia*, trad. it., Milano, 1964, 400.

Da questa “scena” si dipanano due riflessioni.

La prima è che la stessa moneta si fonda, in realtà, su un meccanismo fiduciario e che una crisi di liquidità così fulminea rischia di far venire a galla tutti i limiti della politica monetaria dei Paesi dell'Euro.

Le c.d. strategie di *helicopter money*²³, evocate all'indomani della crisi pandemica anche da insospettabili analisti, investitori²⁴ ed integralisti della “mano invisibile” – ma subito messe in campo dagli Stati Uniti con un piano di interventi da 2 mila miliardi di dollari²⁵ – non sono attuabili in forma “pura” nell'attuale scenario istituzionale europeo, benché persino Mario Draghi vi abbia “strizzato l'occhio” nel suo discorso di congedo da presidente della BCE tenuto nel settembre 2019 dinanzi al Parlamento europeo, suggerendo di esplorare nuove maniere di incanalare il denaro nell'economia²⁶.

²³ L'espressione deriva dalla provocazione del “padre” del monetarismo, l'economista Milton Friedman, che in un articolo del 1969 dal titolo «The Optimum Quantity of Money» (cfr. M. FRIEDMAN, *The Optimum Quantity of Money and Other Essays*, Chicago, 1969) tentava di spiegare quali fossero i meccanismi di trasmissione di denaro dallo Stato all'economia reale. Secondo lui, se tutte le strategie ortodosse di politica monetaria non avessero funzionato, al peggio si sarebbe potuti ricorrere alla distribuzione di denaro lanciandolo direttamente da un elicottero in modo da aumentare l'inflazione. In termini meno utopistici, le politiche di «helicopter money» consistono nel versamento diretto di denaro nelle “tasche” di cittadini e imprese, creando moneta e/o incidendo sull'imposizione fiscale. Per una ricostruzione sintetica della teoria cfr. [ANONIMO], *Le radici dell'helicopter money*, 2016, in *borsaitaliana.it*. Per un'analisi dei dubbi connessi all'efficacia di una siffatta politica monetaria nell'attuale contesto pandemico, invece, cfr. F. MASINI, *Vizi e virtù dell'helicopter money*, 4 maggio 2020, in *formiche.net*.

²⁴ Il riferimento va, tra gli altri, a Stanley Fisher, ma soprattutto a Ray Dalio, “numero uno” di *Bridgewater*, il più grande *hedge fund* del mondo, autore di un corposo articolo pubblicato sul suo sito *web* già nel “lontano” (!) aprile 2019 dal titolo *Why and how capitalism needs to be reformed*, in cui prevedeva anche per la BCE il passaggio ad una fase di massiccio lancio di «denaro dall'elicottero», *bypassando* le banche e finanziando così la domanda interna.

²⁵ Risale già al 24 marzo 2020 l'annuncio di un accordo *bipartisan* tra Repubblicani e Democratici. Cfr., *amplius*, R. BARLAAM, *Coronavirus, Usa: c'è l'accordo per il piano di aiuti da 2 mila miliardi di dollari*, in *Il Sole 24 ore*, 24 marzo 2020.

²⁶ All'alba della crisi pandemica, l'ex presidente della BCE è tornato a caldeggiare imponenti interventi pubblici nell'economia, in un articolo apparso il 25 marzo 2020 sul *Financial Times*, nel quale, rievocando altre storiche emergenze, ha rammentato che «Le guerre sono state finanziate con un incremento del debito pubblico», sottolineando al contempo che in Europa l'iniezione più immediata di capitale nel tes-

Vi ostano, allo stato, ragioni di ordine giuridico²⁷ – prima che economico – per quanto l'emergenza economico-sanitaria stia spingendo le istituzioni europee a porre in essere interventi audaci, che ben potrebbero costituire un importante precedente verso l'individuazione di una base normativa di più efficace integrazione²⁸.

La seconda riflessione lega, invece, il tema del credito a quello delle garanzie.

Se i “debiti sovrani” possono agevolmente giovare dell'*asset* “affidabilità” degli Stati, il finanziamento del ceto imprenditoriale privato non può certo essere costruito sulla mera progettualità dell'azienda. Servono opportune garanzie, e per un settore già in crisi è più complesso offrirne, giacché la più gran parte delle imprese potrebbe aver già impegnato le proprie risorse più appetibili per l'indebitamento “ordinario”.

Si tratta di un tema cruciale per la stabilità del sistema creditizio, se è vero che la crisi finanziaria del 2006-2008, scaturita dalla bolla immobiliare statunitense, ha mostrato al mondo tutta la fragilità di un modello di finanza costruito sulla superfetazione degli strumenti speculativi e sempre più legato dal reale valore degli *asset* sottesi alle operazioni di finanziamento.

È proprio su questo aspetto che la legislazione emergenziale si è focalizzata.

Nell'impossibilità di agire sulla leva monetaria, con i noti vincoli all'indebitamento pubblico ed ai c.d. aiuti di Stato²⁹, la decretazione

suto produttivo debba provenire dal settore bancario, che deve farsi carico di prestiti a costo zero in favore delle imprese «disposte a salvare posti di lavoro». Cfr., *amplius*, M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 marzo 2020.

²⁷ L'art. 125 TFUE vieta all'Unione di farsi carico degli oneri derivanti dalle scelte economiche attuate da altri Paesi facenti parte dell'UE, per disincentivare le politiche di *moral hazard* degli Stati nazionali, mentre l'art. 123 TFUE impedisce alla BCE l'acquisto diretto di obbligazioni statali.

²⁸ Sul punto si rinvia a quanto approfondito *infra*, § 4.

²⁹ In realtà, su questo fronte, con *Comunicazione* della Commissione Europea recante *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*, e successiva *Comunicazione di Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, Bruxelles, 3.4.2020

d'urgenza susseguirsi tra il marzo ed il maggio 2020 è stata “costretta” ad affiancare, alle (poche) misure di diretta sovvenzione pubblica, strumenti per liberare liquidità dal settore bancario in favore di consumatori ed imprese, individuandoli precipuamente nel ricorso massiccio alla “garanzia pubblica”.

È necessario denunciare sin da ora che, nel bel mezzo della “tempesta”, qualsiasi tentativo di tracciare un quadro completo della mole di interventi normativi a sostegno della liquidità di famiglie e imprese sarebbe destinato al fallimento o, quantomeno, alla rapida obsolescenza, dato il susseguirsi di decreti “torrenziali” e – proprio in quanto emergenziali – spesso privi di un disegno organico.

Premessa la frammentarietà dell'analisi, è comunque opportuno tentare di ricostruire, attraverso una panoramica di alcune delle misure più rilevanti, le principali direttrici dell'azione pubblica su scala nazionale (§3) ed europea (§4), onde enuclearne finalità e potenziale efficacia.

3. *Centralità del sistema bancario e rischi della garanzia pubblica. I primi interventi emergenziali (cenni)*

Se con il c.d. Decreto «Cura Italia»³⁰, adottato all'indomani del *lockdown*, il Governo si è trovato a dover inevitabilmente intervenire su più fronti per contenere i primi effetti della chiusura delle attività produttive, è con il c.d. Decreto «Liquidità»³¹ – appellativo non casuale – che il *focus* si è spostato precipuamente sul tema del sostegno finanziario a famiglie ed imprese, esemplificato nell'annuncio di «una

C(2020) 2215 *final*, sono state introdotte una serie di deroghe temporanee al generale divieto di aiuti di Stato, individuando misure che entro determinati limiti la Commissione ritiene compatibili a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, del TFUE alla luce della pandemia di *Covid-19*.

³⁰ Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*, conv. con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

³¹ Decreto-Legge 8 aprile 2020, n. 23, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*.

potenza di fuoco nel motore dell'economia»³². Come efficacemente osservato, con il primo provvedimento il Governo ha inteso fronteggiare lo *shock* sul lato della domanda, mentre con il secondo quello sul lato dell'offerta³³.

Successivamente, il c.d. Decreto «Rilancio»³⁴ è andato nella direzione del sostanziale assestamento e rifinanziamento di alcune delle misure già introdotte dai precedenti interventi, estendendo però l'azione «in diversi ambiti, in modo trasversale, con l'intento di assicurare l'unitarietà, l'organicità, e la compiutezza delle misure volte alla tutela delle famiglie e dei lavoratori, alla salvaguardia e al sostegno delle imprese, degli artigiani e dei liberi professionisti, al consolidamento, snellimento e velocizzazione degli istituti di protezione e coesione sociale»³⁵.

In disparte le prime – pur importanti – misure di moratoria sulle linee di credito in corso per le micro (cc.dd. partite IVA), piccole e medie imprese (PMI), i professionisti e le ditte individuali, purché *in bonis*³⁶, ed il ginepraio di interventi di carattere sostanzialmente assistenziale, tra cui il «bonus 600 euro» per professionisti e lavoratori autonomi³⁷, troppo limitati nell'importo, nella durata e nella platea di

³² Così il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha presentato il Decreto, in un *tweet* apparso sul proprio profilo *social* il 6 aprile 2020, annunciando l'arrivo di 400 miliardi di liquidità per le imprese.

³³ L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 8 aprile 2020.

³⁴ Decreto-Legge 19 maggio 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*.

³⁵ Così la nota diffusa da Palazzo Chigi, cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 45 del 14 Maggio 2020 in *governo.it*.

³⁶ Contenute nell'art. 56 del d.l. «Cura Italia» e finalizzate a compensare l'improvvisa contrazione dei flussi di cassa ed evitare il deterioramento delle esposizioni verso il sistema bancario.

³⁷ Si tratta delle note «Indennità Covid-19» introdotte dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e precisamente dagli artt. 27, 28, 29, 30 e 38, per lavoratori iscritti ad INPS, dall'art. 44 per i professionisti e lavoratori autonomi iscritti alle Casse private di previdenza obbligatoria, dall'art. 96 per i lavoratori sportivi. Le indennità sono state riconfermate, seppur con qualche

destinatari per poter ricevere l'approvazione degli "elicotteristi"³⁸, il *fil rouge* della decretazione d'urgenza, come anticipato, risiede nella assunzione da parte dello Stato del ruolo di garante delle imprese che richiedono liquidità in prestito al sistema creditizio³⁹.

Non oscure le ragioni della scelta: lo Stato assume impegni, ma non "impegna" liquidità immediata – della quale, peraltro, non potrebbe disporre per i noti limiti cui si è fatto cenno –, si giova della relativa stabilità monetaria dell'Euro, che ancora concede alle banche e (relativamente) ai beneficiari finali di approvvigionarsi di liquidità ad un prezzo, *rectius* interesse, contenuto e, *last but not least*, sfrutta istituti e strumenti giuridici già consolidati.

L'architettura degli interventi ruota infatti intorno alla assunzione di centralità di organismi come SACE⁴⁰ e di strumenti come il Fondo di Garanzia per le PMI ex art. 2 comma 100 lett. a) della legge n. 662/1996⁴¹, entrambi potenziati per l'occasione, sia in termini di dotazione finanziaria che di rimodulazione dei requisiti di accesso, con la previsione di peculiari meccanismi derogatori per fronteggiare l'emergenza.

Al primo il Decreto «Liquidità» dedica gli artt. da 1 a 3, disponendo che SACE S.p.A. conceda – fino al 31 dicembre 2020 – garanzie in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e al-

rimodulazione nell'impianto, dagli artt. 25, 78, 84, 85 e 98 del Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio).

³⁸ Che resteranno probabilmente "scettici" anche rispetto ai contributi a fondo perduto previsti dall'art. 25 del «Decreto Rilancio», in favore ai soggetti esercenti attività d'impresa, di lavoro autonomo e di reddito agrario, titolari di partita IVA, con contenuto ammontare di ricavi e fatturato. Sui dubbi, "a caldo", sull'efficacia di tali interventi cfr. P. CEPPELLINI, R. LUGANO, *Contributo a fondo perduto: il fatturato complica i calcoli*, in *Il Sole 24 ore*, 25 maggio 2020.

³⁹ Ricordato il *caveat* di cui alla nota 12, sia concessa l'individuazione di una linea di semplificazione nella copiosa e disarticolata legislazione emergenziale.

⁴⁰ Società per azioni controllata da Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. che ne detiene il 100% delle partecipazioni già in capo al MEF e che "istituzionalmente" svolge le funzioni di cui agli articoli 2, commi 1 e 2, del D.Lgs. 36 n. 143/1998 e ss.mm.ii., vale a dire l'assicurazione, riassicurazione, coassicurazione e la garanzia dei rischi di carattere politico, catastrofico, economico, commerciale e di cambio, nonché dei rischi a questi complementari, ai quali sono esposti, direttamente o indirettamente, gli operatori.

⁴¹ «[...] costituito presso il Mediocredito Centrale allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese». Così recita la norma istitutiva.

tri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia *Covid-19*, con un impegno finanziario di 200 miliardi di euro destinato principalmente alle imprese di grandi dimensioni, ma anche a quelle PMI che abbiano esaurito il *plafond* massimo disponibile per ottenere coperture da parte del Fondo centrale di Garanzia⁴². Per le obbligazioni derivanti dalle predette garanzie SACE è assistita di diritto dalla garanzia dello Stato «a prima richiesta e senza regresso»⁴³.

Tra le condizioni per il rilascio delle garanzie da parte di SACE: la durata dei finanziamenti non superiore a 6 anni, con la possibilità di avvalersi di un preammortamento fino a 24 mesi; la percentuale di copertura del 70, 80 o 90% del capitale “mutuato” a seconda delle dimensioni delle imprese; l'assenza di «esposizioni deteriorate» al 29 febbraio 2020; il contenimento dell'importo del prestito assistito da garanzia nel maggior valore tra il 25% del fatturato annuo dell'impresa relativi al 2019 o il doppio dei costi del personale dell'impresa relativi al 2019; l'assunzione dell'impegno da parte dell'impresa beneficiaria (o infragruppo) di non approvare la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso del 2020, nonché di gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali; la destinazione del finanziamento a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia⁴⁴.

L'articolo 13 del citato decreto introduce, invece, fino al 31 dicembre 2020, un potenziamento e un'estensione dell'intervento del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, in deroga alla disciplina ordinaria, trasformandolo in uno strumento capace di garantire fino a

⁴² A queste ultime l'art. 1, co. 1 del D.L. 8 aprile 2020 n. 23 riserva una dotazione di almeno 30 miliardi di euro.

⁴³ Cfr. art. 1, co. 5 del D.L. 8 aprile 2020 n. 23. SACE S.p.A. assume le vesti, quindi, di garante “immediato”, mentre lo Stato è il garante “mediato” (ossia “reale”).

⁴⁴ Sulla sufficienza delle citate condizioni ad assicurare il “confinamento” dell'impiego di risorse in favore dell'economia nazionale “reale” si è articolato il dibattito intorno al “Maxi-prestito” di 6,3 miliardi di euro richiesto da *FCA Italy* con la garanzia SACE. Cfr., *ex multis*, F. PANUNZI, F. SCHIVARDI, *Prestito garantito a Fca: il lupo perde il pelo ma non il vizio?*, in *lavoce.info*, 23 maggio 2020.

100 miliardi di euro di liquidità ed estendendone l'utilizzo anche alle imprese fino a 499 dipendenti.

Tra le innovazioni più rilevanti alla disciplina ordinaria del Fondo⁴⁵: la gratuità dell'intervento in garanzia (art. 13 co. 1 lett. *a*); l'elevazione a 5 milioni di euro dell'importo massimo garantito per singola impresa (lett. *b*); l'ammissione all'intervento in garanzia di finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito (lett. *e*); il prolungamento automatico della garanzia nell'ipotesi di sospensione del pagamento delle rate di ammortamento o della sola quota capitale correlata all'emergenza *Covid-19* (lett. *f*); l'accesso gratuito e automatico al Fondo per i nuovi finanziamenti di importo limitato concessi in favore di PMI e persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni la cui attività d'impresa è stata danneggiata dall'emergenza *Covid-19* (lett. *m*); l'accesso alla garanzia del Fondo senza l'applicazione del modello di valutazione del merito creditizio, con la previsione di un «coefficiente di rischio» e l'esclusione certa delle sole imprese che presentano esposizioni classificate come sofferenze⁴⁶ ai sensi della disciplina bancaria (lett. *g*); l'accesso semplificato senza il necessario rilascio della documentazione antimafia, con erogazione risolutivamente condizionata all'emissione di eventuali misure interdittive⁴⁷(co. 5).

La garanzia copre il 100% del valore dei prestiti di importo non superiore al 25% dei ricavi fino a un massimo di 25.000 euro; il 100% (di cui 90% a carico dello Stato e 10% a carico dei «Confidi») per i prestiti di importo non superiore al 25% dei ricavi fino a un massimo

⁴⁵ Alcune delle misure derogatorie erano state invero introdotte dall'art. 49 del Decreto «Cura Italia». Per opportunità di coordinamento, l'art. 13 del Decreto «Liquidità» ne ha disposto al comma 12 l'abrogazione, riproducendone sostanzialmente l'impianto, con le relative integrazioni.

⁴⁶ La garanzia viene dunque ora concessa anche a favore di beneficiari finali (PMI) che presentano, alla data della richiesta accesso, esposizioni nei confronti del finanziatore classificate come «inadempienze probabili» o «scadute o sconfinanti deteriorate», purché la classificazione non sia precedente alla data del 31 gennaio 2020.

⁴⁷ Ciò comporta che, se venisse successivamente emessa una interdittiva antimafia, l'agevolazione sarà revocata (ai sensi dell'art. 92, commi 3 e 4, del Codice antimafia e dell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998) pur mantenendo l'efficacia della garanzia, a tutela del soggetto erogatore del finanziamento.

di 800.000 euro, senza valutazione “andamentale”; il 90% per i prestiti fino a 5 milioni di euro, senza valutazione “andamentale”⁴⁸.

Non è prudente, ai fini della presente analisi, spingersi oltre questa schematica “carrellata” di misure e condizioni. È stato già (più) autorevolmente notato che l’unico tentativo di classificazione degli interventi può andare nella direzione – meramente descrittiva – della individuazione di tre forme di operazioni, che nell’immediato sono distinguibili in base alla dimensione del credito di relativo riferimento: la fascia più bassa, (art. 13, co. 1, lett. *m*) con la copertura totale dei nuovi finanziamenti fino a 25.000 euro, (teoricamente) senza alcuna valutazione del merito creditizio e con mera autocertificazione della contrazione dei ricavi; quella intermedia (art. 13, co.1, lett. *a – b*) comprendente tutte le altre operazioni garantite dal Fondo con uno snellimento dell’istruttoria e l’applicazione di coefficienti di rischio ai fini della valutazione del merito creditizio; infine quella più alta (artt. 1 – 3) sostanzialmente coincidente con le ipotesi coperte dalla garanzia SACE, con le comprensibili complicazioni in termini di istruttoria, dati i rilevanti importi⁴⁹.

Nel denunciare l’impossibilità di qualsivoglia approccio di lettura “unificante” – se non nell’ottica di individuare la comune matrice solidaristica delle misure originate dalla crisi pandemica nella finalità precipua di sostegno della domanda di credito⁵⁰ – sono state (ancora) autorevolmente sviscerate le criticità di una normativa obiettivamente disorganica: dall’opacità della disciplina circa la natura «autonoma» della garanzia SACE alla controversa imputazione del rischio che il credito sia erogato in assenza dei requisiti di legge⁵¹; dalle ambiguità

⁴⁸ Il limite all’importo dei finanziamenti è quello massimo consentito dalla nuova disciplina sugli aiuti di Stato per fronteggiare l’epidemia da COVID-19 (*State Aid temporary framework* della Commissione europea). Sul punto si legga anche *supra*, nota 28.

⁴⁹ Cfr., *amplius*, A.A. DOLMETTA, *Op.cit.*, 264.

⁵⁰ Pur non mancando le critiche di chi ha intravisto nel Decreto «Liquidità» un tentativo di sostenere esclusivamente la stabilità del sistema bancario – al quale attraverso la garanzia pubblica è consentito di erogare liquidità con rischi di credito vicini allo zero – e quindi di tutelare esclusivamente l’offerta del credito. Sul punto cfr. *ivi*, pp. 260 e ss.

⁵¹ Cfr., *amplius*, *ivi*, 265-267.

dei meccanismi di regolamentazione del «prezzo» del credito – per la fascia mediana lasciati al mercato e per quelle alta e bassa diversamente disciplinati con formule di complessa traduzione – ai dubbi di efficacia di una garanzia pubblica solo parziale, soprattutto con riguardo alle operazioni SACE⁵²; dalla generica regolamentazione del tema delle «rinegoziazioni» – con i connessi rischi che le garanzie finiscano per andare a beneficio prevalente dei soggetti finanziatori per ripianare esposizioni in essere, ma anche con la presa d'atto che gli interventi non possono che rivelarsi più urgenti proprio per quelle imprese già indebitate – all'effetto di disorientamento sul tema della valutazione del merito di credito del prestatore, nonché del relativo monitoraggio in fase di svolgimento del rapporto⁵³.

Si può essere solo in parte indulgenti nel riconoscere che alcune delle citate criticità sono inevitabilmente il frutto della stessa urgenza nello stilare i testi normativi e della obiettiva vastità dei settori interessati dalla crisi e bisognosi di interventi.

Non ci si può astenere, tuttavia, dal tentare di rispondere ad un interrogativo di carattere generale, assumendo una differente prospettiva di osservazione: quali fattori sono destinati a determinare l'efficacia di un sistema costruito sulla «garanzia pubblica»?

La risposta più immediata va individuata nella duplice direttrice della «semplificazione» e della «velocità»: i meccanismi saranno tanto più efficaci quanto più il sistema creditizio troverà in sé stesso e nell'interfaccia burocratica pubblica procedure e controlli in grado di liberare la liquidità in tempi brevi in favore delle imprese, riuscendo ad attivare quella che è stata plasticamente definita come la «cinghia di trasmissione delle politiche economiche emergenziali»⁵⁴.

La risposta più profonda può invece essere ricondotta, ancora una volta, al *leitmotiv* di questo scritto: la «fiducia», qui declinata in termini di responsabilità dell'intero sistema economico italiano alla sfida del rilancio.

⁵² *Ivi*, 271-279.

⁵³ *Ivi*, 282-291.

⁵⁴ L'espressione è di Roberto Natoli, in V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *giustiziainsieme.it.*, 28 aprile 2020.

Nella stessa natura giuridica della «garanzia pubblica», che sostanzialmente si configura quale «credito di firma», si annida il pericolo che, in mancanza di una più che proporzionale ripresa economica – tale da consentire al tessuto produttivo di coprire con i ricavi tanto i costi di gestione “ordinari” quanto il rimborso delle (nuove) esposizioni assunte – il rischio di credito si trasferisca *sic et simpliciter* dai soggetti finanziatori al garante-Stato⁵⁵, traducendosi in ultima istanza in semplice ed inefficace aumento del livello di indebitamento pubblico e vanificando quelle stesse ragioni che impediscono, allo stato, più corposi interventi a fondo perduto⁵⁶ e strategie di assorbimento del debito con la leva monetaria.

È qui che l'efficacia degli interventi nazionali si lega a doppio filo con la dimensione europea.

4. *Dal «whatever it takes» al «not here to close spreads». L'ultimo bivio dell'Europa*

Quando, all'indomani delle prime – pesanti – misure di *lockdown*, la presidente della Banca Centrale Europea Christine Lagarde si è lasciata andare all'improvvida dichiarazione per la quale «la BCE non ha il compito di “accorciare” gli spread», il mondo occidentale ha probabilmente avuto la percezione che la *Brexit* non sarebbe stata ancora il punto più basso della storia dell'integrazione europea.

L'affermazione non è passata inosservata ai mercati, innescando una fuga dai titoli di Stato italiani che ha causato la peggiore perdita nella storia della borsa italiana.

⁵⁵ In caso di insolvenza del debitore, il soggetto finanziatore può escutere immediatamente la garanzia pubblica, con il relativo grado di affidabilità, mentre il garante pubblico dovrà farsi carico della procedura di recupero del credito in via di regresso verso il soggetto garantito (o attraverso il supporto di Agenzia delle Entrate per la Riscossione nel caso del Fondo, o direttamente tramite SACE, che ottenuto il ristoro dallo Stato si occupa del recupero per conto del MEF).

⁵⁶ Netta, in tal senso l'opinione di chi ritiene che «cospicui contributi a fondo perduto in Italia non se ne possono dare, inutile girarci attorno; siamo troppo indebitati» e che il successo delle misure emergenziali risiede nella velocità dell'iniezione di liquidità, anche con il rischio di sfiorare il *moral hazard* nell'erogazione di credito a basso costo a chi non ne ha bisogno, potenziando poi i meccanismi di controllo. Cfr. R. NICASTRO, *Il decreto liquidità è positivo ma richiede integrazioni per garantire flussi rapidi*, in *Il Sole 24 ore*, 9 aprile 2020.

Provando ad andare oltre la *gaffe*, infatti, vi sono momenti in cui il “messaggero” è più importante del “messaggio” e la Lagarde non aveva previsto (si badi, colpevolmente) che una semplice fotografia del ruolo istituzionale della BCE potesse scatenare la più grande iniezione di «sfiducia» verso il «sogno di Ventotene».

Immediato, da più parti, è sovvenuto il paragone con lo storico discorso del *whatever it takes*, con il quale il predecessore Mario Draghi nel luglio 2012 era riuscito a contenere il picco degli *spread* dei cc.dd. PIIGS, frenando le scommesse contro il debito pubblico italiano ed avviando il nuovo corso della BCE verso la politica del *Quantitative Easing*.

Senza scadere in banalità da *positive thinking*, aver toccato il fondo ha però verosimilmente risvegliato, in alcuni attori della scena europea, lo spirito di integrazione delle politiche finanziarie, se è vero che la stessa Lagarde, a meno di due mesi dalla dichiarazione “incriminata”, ha risposto con un nuovo *whatever it takes*⁵⁷ alle picconate del Tribunale Costituzionale tedesco, quanto mai intempestivo nella scelta di ergersi a controllore del programma della BCE per l’acquisto di titoli di stato, per il tramite del criterio di proporzionalità⁵⁸, «con fare arrogante e presuntuoso da primo della classe e facendosi [...] arbitrariamente interprete dei Trattati»⁵⁹.

La crisi sanitaria si è mostrata peraltro orizzontale ed insensibile alle distinzioni in punto di *spread* e le circostanze eccezionali giustificano «chiaramente» il ricorso a strumenti di natura altrettanto eccezionale⁶⁰.

E l’eccezionalità degli strumenti va declinata in due dimensioni: da quella “quantitativa”, richiedendo il dispiego di risorse senza precedenti, ma nel rispetto della cornice istituzionale vigente, a quella “qua-

⁵⁷ Il richiamo testuale è alle parole di Draghi nel corso di una videoconferenza organizzata da *Bloomberg* il 7 maggio 2020. Cfr., sul punto, I. BUFACCHI, *Lagarde alla Corte tedesca: «La Bce va avanti imperterrita, è indipendente e risponde al Parlamento europeo»*. *Enria: banche sono solvibili*, in *Il Sole 24 ore*, 7 maggio 2020.

⁵⁸ Il riferimento è alla nota sentenza *BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15*.

⁵⁹ Così B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione, in federalismi.it, Editoriale*, n. 14/2020.

⁶⁰ Le parole sono ancora di Christine Lagarde, nell’intervento citato in nota n. 56.

litativa”, che suggerisce interventi trasfigurativi, se non addirittura riformatori, degli istituti e delle attribuzioni dei Trattati.

La prima direttrice è, intuitivamente, quella di più semplice e rapida attuazione.

Lo scoppio della pandemia ha fatto subito scattare un nuovo programma di acquisto di titoli pubblici nazionali da parte della BCE sul mercato secondario, per 750 miliardi di euro sino alla fine del 2020, che ha preso il nome di *Pandemic Emergency Purchase Program* (c.d. PEPP) e che persegue sostanzialmente la linea “draghiana”.

Altre risorse sono state messe in campo dalla Commissione, nell’ambito delle proprie attribuzioni, con un piano di prestiti a tassi agevolati per 100 miliardi di euro, lanciato il 2 aprile ed accolto dall’Eurogruppo nelle sedute del 23 aprile e dell’8 maggio 2020⁶¹, che ha preso il nome di *State Supported Short Time Work* (c.d. SURE), destinato a sostenere gli interventi nazionali per mitigare i rischi di disoccupazione e finanziare, principalmente, la cassa integrazione.

Il secondo approccio è quello indubbiamente più complesso e postula lo scardinamento delle resistenze del “fronte” nord-europeo, in favore di una politica finanziaria comune, orientata a finalità solidaristiche.

E se già lo sterile dibattito italiano sul MES (Meccanismo Europeo di Stabilità) – che pure si pone istituzionalmente “fuori” dalla cornice unionale⁶² – ha fatto emergere tutti i limiti di uno strumento sostanzialmente rimesso alla volubilità delle politiche nazionali, ma che ha comunque prodotto un primo sforzo di solidarietà con la linea di credito *Pandemic Crisis Support* (PCS)⁶³, la vera partita degli aiuti finanziari in

⁶¹ Cfr. Consiglio europeo, *Eurogroup Statement on the Pandemic Crisis Support*, 8 maggio 2020, in consilium.europa.eu.

⁶² Il discusso Fondo «salva-Stati» è in realtà un’istituzione internazionale a sé stante, fondata con apposito trattato dagli Stati dell’euro-zona, cui l’Unione europea aveva preventivamente dato il via libera con la decisione 2011/199/UE di modifica dell’art. 136 del TFUE (con l’introduzione del terzo comma che dispone: «gli Stati membri la cui moneta è l’euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell’ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità»).

⁶³ Definitivamente approvata dall’Eurogruppo nella riunione dell’8 maggio 2020, prevede l’erogazione di importi pari al 2% del PIL di ciascuno Stato membro, senza «condizionalità», purché destinati al supporto delle spese sanitarie.

tema di liquidità si gioca sul piano degli *Eurobond*, verso la «mutualizzazione» dei debiti.

Inutile farsi illusioni, nell'attuale *framework* istituzionale europeo non vi è spazio per l'emissione durevole di titoli di debito comune da parte della Commissione, destinati ad assorbire la quota di debito derivante dall'emergenza sanitaria senza gravare sui bilanci dei singoli Paesi membri, ponendo il bilancio Ue come garanzia e responsabilizzando gli Stati in solido per il relativo rimborso⁶⁴.

Manca la legittimazione democratica per un intervento del genere.

Solo la creazione di una vera «unione fiscale» metterebbe al riparo le economie più deboli dai rischi di speculazione: una fiscalità terza con tasse europee sovranazionali non vincolate alle decisioni dei singoli Paesi⁶⁵.

Un progetto, allo stato, troppo ambizioso, sebbene non sia mancata qualche voce autorevole a suggerire una possibile «scorciatoia»: l'emissione contemporanea di una grande quantità di «Covid Eurobond» da parte dei singoli Stati, identici in ogni loro aspetto, a scadenza di 50 o 100 anni o addirittura perpetui, garantiti dalla capacità fiscale collettiva dei Paesi emittenti, con la BCE pronta ad acquistarli⁶⁶ in grande quantità per stabilizzarne il tasso d'interesse⁶⁷.

Quale che sia la strada per le obbligazioni comuni, però, appare probabile che essa debba passare attraverso una revisione dei Trattati⁶⁸, eventualmente utilizzando come base giuridica il comma 6 dell'art. 48 del Trattato sull'Unione Europea il quale, attraverso una procedura semplificata, attribuisce al Consiglio Europeo la facoltà di apportare

⁶⁴ «Finora, la Commissione europea ha emesso debito per scopi specifici e totali molto limitati (tendenzialmente per aiutare la bilancia dei pagamenti di Paesi extra zona euro)». Così B. ROMANO, *Recovery Fund Ue da 750 miliardi (di cui 173 all'Italia) La proposta della Commissione*, in *Il Sole 24 ore*, 28 maggio 2020.

⁶⁵ Cfr. T. MONACELLI, *Il cerino chiamato Recovery Fund*, in *LaVoce.info*, 24 aprile 2020.

⁶⁶ Si badi che però l'operazione di acquisto «diretto» (e non sul mercato c.d. secondario come accade nelle operazioni di *Quantitative Easing*) di obbligazioni statali trova attualmente un ostacolo insormontabile nell'art. 123, co. 1, TFUE.

⁶⁷ F. GIAVAZZI, G. TABELLINI, *Eurobond perpetui contro il Covid-19*, in *LaVoce.info*, 27 marzo 2020.

⁶⁸ Gli ostacoli di ordine giuridico nell'attuale assetto «costituzionale» dell'UE sono stati già anticipati *supra*, cfr. nota 26.

revisioni parziali o totali a quanto contemplato dalla parte terza del TFUE. Norma, quest'ultima, che ha già consentito di modificare l'art. 136 TFUE per istituire il MES, ma che porta con sé il rischio di nuove obiezioni delle Corti nazionali – prima tra tutte quella di Karlsruhe – e necessita comunque di un nuovo sforzo politico di integrazione da parte degli Stati membri⁶⁹.

Oltre gli egoismi nazionali, però, qualcosa si muove.

Il 27 maggio 2020 la Commissione europea ha presentato al Parlamento uno storico bilancio comunitario per i prossimi sette anni, che per la prima volta prevede un indebitamento diretto dell'esecutivo comunitario sui mercati finanziari, per un totale di 750 miliardi di euro, da trasferire agli Stati più colpiti dagli effetti della pandemia sotto forma di sovvenzioni (per 500 miliardi) e di prestiti (per 250 miliardi).

Si tratta del c.d. *Recovery Fund*, lanciato dall'inedito⁷⁰ asse franco-tedesco, che dovrebbe portare all'Italia circa 170 miliardi di euro di trasferimenti e che, allo stato, è ancora un "cantiere aperto", non essendo definita struttura e cornice istituzionale. Potrebbe attingere al solo *budget* europeo (potenziato con trasferimenti ad hoc), senza alcuna garanzia aggiuntiva dei singoli Stati, oppure essere rimborsato con un flusso dedicato di tasse europee e nazionali⁷¹.

Di certo, dovrà essere negoziato dai Ventisette ed approvato dal Parlamento europeo, vincendo le resistenze, tra gli altri, di Paesi come Austria ed Olanda.

Il passo avanti verso l'integrazione finanziaria e fiscale è, però, evidente⁷²: pur trattandosi di uno strumento temporaneo ed eccezio-

⁶⁹ Cfr., M. BURSI, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati: una possibile base per il Recovery Fund?*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 29 aprile 2020, 12 ss.

⁷⁰ Per la spinta solidaristica, non certo per la già consueta comunità d'intenti. Il "piano" è stato annunciato da Emmanuel Macron ed Angela Merkel nel corso della videoconferenza che si è tenuta tra Parigi e Berlino il 18 maggio 2020.

⁷¹ I. BUFACCHI, *L'Unione diventa il maggiore emittente sovranazionale*, in *Il Sole 24 ore*, 28 maggio 2020.

⁷² Sebbene abbia incontrato lo scetticismo di economisti come Thomas Piketty, che nel corso di un'intervista rilasciata alla trasmissione televisiva «Piazzapulita» il 28 maggio 2020 ha denunciato l'insufficienza quantitativa delle misure, che porta il *budget* europeo dal 1% al 1,5% del PIL complessivo degli Stati membri, a fronte dell'investimento federale degli USA pari al 20% complessivo del PIL, la scorretta e

nale, il nuovo progetto delle obbligazioni comuni getta le basi per la nascita di un vero e proprio *safe asset* europeo, ovvero, un *bond* che rappresenti il rischio sovrano dell'Unione, senza azionisti né garanzie⁷³.

Nella «favola» europea, è indubbio che con la mutualizzazione dei debiti pubblici «si chiede alle formiche di pagare il conto per la cicala»⁷⁴, ma forse le *formiche* iniziano ad accorgersi (si badi, anche solo per approccio utilitaristico) che lasciar *morire* le *cicale* porta con sé un prezzo molto più salato: la fine del mercato unico sul quale le prime vendono prodotti e servizi alle seconde⁷⁵.

5. Oltre la «fase due»: il capitale sociale non si prende in prestito

I primi sforzi europei sono un buon viatico verso la «fase due» della crisi pandemico-economica, ma l'osservatore italiano deve guardarsi da altri «virus» che serpeggiano tra economia e società.

I rischi che gli effetti sociali siano più dirompenti di quelli strettamente economici sono ampiamente noti agli attori istituzionali, se è vero che l'Unità di Informazione Finanziaria di Bankitalia ha subito avvertito l'esigenza di segnalare che l'emergenza sanitaria espone il sistema economico-finanziario a rilevanti rischi di comportamenti illeciti, quali truffe, fenomeni corruttivi, manovre speculative, usura⁷⁶ e che il primo bilancio diramato dalla stessa UIF mostra un preoccupante quadro di aumento delle segnalazioni antiriciclaggio, giunte a quota 243 nel periodo di *lockdown*⁷⁷.

non trasparente gestione del *budget* europeo, i mancati investimenti nell'istruzione e l'assenza di una spinta social-federalista che riduca le diseguglianze.

⁷³ Cfr., *Ibidem*.

⁷⁴ A. BISIN, M. BOLDRIN, S. BRUSCO, G.L. CLEMENTI, A. MORO, G. ZANELLA, *Debito e fiducia. Il difficile rapporto tra la «cicala» italiana e le «formica» tedesca*, in *ilfoglio.it*, 2 aprile 2020.

⁷⁵ «Macron e Merkel si sono mossi perché sanno che, senza un intervento a favore delle economie più deboli, il mercato unico europeo rischia di frantumarsi». Così, D. TAINO, *Recovery Fund: il patto Merkel-Macron guarda al futuro dell'Ue*, in *ispionline.it*, 20 maggio 2020.

⁷⁶ Cfr. [Comunicazione UIF], *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza da Covid-19*, in *uif.bancaditalia.it*, 16 aprile 2020.

⁷⁷ A. CRISCIONE, *Il lato oscuro del Covid: già 243 segnalazioni all'Uif*, in *Il Sole 24 ore-Plus 24*, 23 maggio 2020.

D'altronde, da via Nazionale già il 10 aprile 2020 è stato diramato il primo monito al sistema bancario, onde raccomandare il massimo livello di controllo nell'attuazione degli interventi emergenziali e nell'allocazione della liquidità, per prevenire il crimine finanziario⁷⁸.

Le preoccupazioni espresse dall'Autorità di vigilanza non fanno che acuire il senso di avvertita urgenza delle misure a sostegno della liquidità, per evitare che famiglie ed imprese in condizioni di marginalità siano attratte in circuiti criminali, ma mostrano al contempo che gli interventi pubblici devono provare ad andare oltre l'emergenza per attingere alle "fondamenta" del «problema-Italia». Ed i «peccati capitali dell'economia italiana»⁷⁹ hanno radici ben più profonde della congiuntura pandemica.

Evasione fiscale, corruzione dilagante, *moloch* burocratico⁸⁰ sono, tra le altre, concause della misallocazione di risorse ed ostacolo al successo degli interventi emergenziali.

A ben vedere, la stessa struttura del tessuto produttivo italiano, composto da un mosaico di piccole e micro imprese, rischia di costituire un freno alla velocità di trasmissione della liquidità, non consentendo di generare quell'effetto «moltiplicatore» che il finanziamento delle grandi aziende produce invece sull'economia di «filiera»⁸¹.

Last, but not least, le inefficienze del "Sistema Giustizia" contribuiscono a rallentare l'efficacia delle misure pubbliche e, sul piano

⁷⁸ Cfr., *amplius*, la comunicazione della Banca d'Italia, *Raccomandazione della Banca d'Italia su tematiche afferenti alle misure di sostegno economico predisposte dal Governo per l'emergenza Covid-19*, in *bancaditalia.it*, 10 aprile 2020.

⁷⁹ C. COTTARELLI, *I sette peccati capitali dell'economia italiana*, Milano, 2018, *passim*.

⁸⁰ A proposito di lentezza della macchina burocratica, il dibattito pubblico italiano si è incentrato sull'opportunità di adottare procedure totalmente in deroga a quelle ordinarie per l'attuazione degli interventi emergenziali. Sono emerse sin da subito le difficoltà nel garantire immediatezza alle misure di sostegno economico, prima tra tutte l'erogazione della cassa integrazione. Lo stesso sistema bancario ha lamentato la criticità insita nel sottrarsi alle valutazioni del merito creditizio senza adeguate garanzie di protezione dalla responsabilità penale nel finanziamento di soggetti insolventi o coinvolti in attività criminali, posta l'ambiguità del sistema delle autocertificazioni. Ma, al contempo, occorre riconoscere che la sburocratizzazione non può tramutarsi in assenza di procedure di controllo, pena la vanificazione delle stesse istanze di protezione dai rischi "collaterali" della crisi, affrontati in apertura del paragrafo.

⁸¹ Cfr., *amplius*, M. ABATECOLA, *Op cit.*

strutturale, ad allontanare gli investimenti privati. Non va taciuto, sotto tale profilo, che la capacità di erogazione di nuova liquidità da parte del sistema bancario dipende anche dalla rapidità con la quale le banche stesse riescono a smaltire i crediti deteriorati (cc.dd. *Non Performing Loans*) e le note lungaggini delle procedure recuperatorie – unite al periodo di *lockdown* dei tribunali ed alla ripresa “a singhiozzo” – rischiano di intrappolare risorse preziose, come gli stessi *Servicer-NPL* operanti sul mercato italiano hanno denunciato con un “appello” congiunto ai presidenti degli uffici giudiziari, onde sbloccare le procedure distributive contro il fenomeno del c.d. *Cash in Court*⁸².

E la “curva” delle sofferenze bancarie non è destinata certo ad attraversare una fase discendente nel prossimo futuro, anzi desta preoccupazione lo stato di rapido deterioramento delle esposizioni debitorie delle imprese, solo in parte tamponato con le misure di ordine processuale del «Decreto Liquidità», volte a “bloccare” sino al 30 giugno 2020 le istanze di fallimento ed a prorogare i termini per l’esecuzione di concordati ed accordi di ristrutturazione dei debiti.

Gli operatori del «Diritto della crisi d’impresa» dovranno dimostrare grande sensibilità nella ricerca di soluzioni concrete che sappiano salvaguardare contemporaneamente le istanze dei “creditori” e la stessa “sopravvivenza” delle aziende più esposte, dando fondo a tutti gli strumenti giuridici finalizzati alla c.d. ristrutturazione dei debiti⁸³ al fine di far emergere dalla crisi almeno le realtà più *resilienti*⁸⁴.

⁸² Sia consentito il rinvio a W.G. CATURANO, *Covid-19 ed NPL: Ripartire (le somme) per “ripartire”*, in *expartecreditoris.it*, 7 aprile 2020.

⁸³ Sul punto, un’occasione “persa” è il differimento dell’entrata in vigore del nuovo *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza* di cui al D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che riscrive la normativa fallimentare (eliminando peraltro lo stesso riferimento al termine “fallimento”) in chiave “europea”, potenziando gli strumenti di prevenzione della crisi. L’art. 5 del Decreto «Liquidità» ne ha fatto slittare l’entrata in vigore al 1 settembre 2021 e la scelta è sostanzialmente condivisibile, in quanto gli operatori del diritto devono poter affrontare l’emergenza con istituti collaudati, anche in termini di sedimentazione giurisprudenziale.

⁸⁴ Sulle «strategie di resilienza» per approcciare alla crisi d’impresa, cfr. F. FIMMANÒ, *La resilienza dell’impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d’azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato “programmati”*, di prossima pubblicazione in *Rivista del Notariato* e sul web in *ilCaso.it*.

La liquidità da sola non basta, quindi. Al contrario, rischia di essere dispersa se non accompagnata dalla forza di compiere «scelte» coraggiose sul piano strutturale.

Tutto si tiene: la «crisi» diventa «opportunità» di riflettere sulle debolezze di un «sistema-Paese» destinato ad avvitarci in una spirale recessiva, involgente non solo il profilo economico, ma anche la stessa solidità del «contratto sociale»⁸⁵.

Dev'essere quest'ultimo il *focus* dei decisori pubblici.

L'investimento più importante va compiuto per accrescere quei fattori che legano la collettività sul piano delle relazioni interpersonali, delle norme sociali, della cultura, della «fiducia», su quel «capitale sociale» che ha alimentato le riflessioni della teoria sociologica classica e che la scienza economica ha poi inteso come fattore di produzione e come generatore di «esternalità positive»⁸⁶.

Ma il «capitale sociale» non si trova in vendita sui mercati finanziari, non si prende in prestito (*sic!*).

Le risorse, invece, si troveranno.

E se è vero che uno dei punti di forza del nostro Paese è l'alto livello di risparmio privato, un nuovo «esercizio di fiducia» non potrà che passare attraverso una forma alternativa di iniezione di liquidità nel tessuto produttivo, non già nella direzione unilaterale dal pubblico al privato, ma in quella dell'auto-alimentazione dei circuiti privati, della trasformazione delle rendite in nuovi progetti imprenditoriali capaci di creare un circolo virtuoso anche sotto il profilo occupazionale.

Per farlo, occorre una visione lungimirante e, probabilmente, un ribaltamento di quel paradigma costituzionale che, nel binomio risparmio-credito di cui all'art. 47, sembra privilegiare il primo termine a danno (*rectius*, per il «controllo») del secondo. Si badi, non già nella prospettiva di una minor tutela del risparmio⁸⁷, ma in quella di un

⁸⁵ Ad invocare un nuovo «contratto sociale», tra gli altri, il Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, nella relazione annuale, *Considerazioni finali del Governatore [sul 2019]*, presentata il 29 maggio 2020, in *bancaditalia.it*.

⁸⁶ Per una panoramica sulle diverse accezioni di «capitale sociale» cfr. S. DI GIACOMO, *Il concetto di capitale sociale*, giugno 2006, in *oikonomia.it*.

⁸⁷ Sul punto, non è mancata la voce critica di chi ha lamentato una scarsa valorizzazione dell'art. 47 Cost. nella gestione del contenzioso conseguente ai vari *crack* bancari della storia recente, invocando una maggior tutela dei risparmiatori. Ma la

maggior «incoraggiamento» del credito, inteso come strumento per trasformare la ricchezza inerte in «ossigeno» per le imprese.

Per tutto quel che si è detto, però, è chiaro che la «liquidità» in tempi di crisi è nient'altro che uno strumento per consentire alle imprese di «respirare» (artificialmente). Per una «cura» realmente efficace non si può prescindere dagli interventi dei “medici” di Bruxelles, ma il «vaccino» contro il rischio di una nuova «pandemia economica» passa attraverso la profonda ricostruzione del «capitale sociale» italiano.

non immediata precettività dell'art. 47 Cost. è caratteristica riconosciuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, per una panoramica della quale si rinvia a G. ARIOLLI, *La tutela del risparmio – Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, ottobre 2008, in *cortecostituzionale.it*.

TIZIANA MASONE¹

Gli appalti pubblici nella crisi.
Il dibattito aperto durante la pandemia
sulla ristrutturazione del sistema

SOMMARIO: 1. Gli spunti di analisi offerti dalla crisi. – 2. L'emergenza attuale come sistemica. La ripartenza dagli appalti pubblici e le difficoltà contingenti del settore. – 3. Riformare gli appalti pubblici per rilanciare l'economia: problemi e soluzioni. Opinioni a confronto. – 4. Uno sguardo alle proposte di riforma e una riflessione conclusiva.

1. *Gli spunti di analisi offerti dalla crisi*

La pandemia da CoViD-19 e i drammatici effetti conseguiti alle pratiche di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica, hanno reso urgente la ricerca di strumenti e procedure in grado di restituire al più presto “normalità” alla società civile e accelerare la ripresa di un'economia nazionale duramente colpita e, a onor del vero, già sofferente.

I dibattiti concitati sulle poderose misure anti-crisi e di rilancio per il Paese, il braccio di ferro con l'Unione Europea sulle linee di credito a sostegno della ripresa, l'amaro biasimo di consociati nordeuropei e le profonde preoccupazioni espresse, senza particolari riserve, dai pubblici amministratori, ad ogni livello, hanno moltiplicato le paure, non essendo secondi i timori della fame e dell'isolamento a quello del contagio.

C'è chi, tuttavia, privilegiando – per fortunata indole – un approccio ottimistico alle cose, coglie nelle piaghe dell'attuale disgrazia l'occasione per aprire, e in alcuni casi, riprendere in modo più concreto importanti dibattiti sulle riforme necessarie al Paese, tese non soltanto a fronteggiare le contingenze di una crisi come quella in corso, ma

¹ Le valutazioni espresse dall'Autrice sono personali e non impegnano lo studio legale presso il quale opera.

anche a migliorarne i diversi assetti ordinamentali in un'ottica di lungo periodo.

Sanità, scuola, appalti pubblici, soltanto alcuni dei settori che, oltre ad esser stati duramente colpiti dagli effetti della pandemia, hanno dimostrato, nell'attuale scenario più di sempre, le proprie debolezze sistemiche, dinanzi alle quali è caotico l'avvicinarsi di critiche, più o meno aspre, e proposte, non di rado percepite come ravvedimenti tardivi.

Le numerose arene e i tanti interlocutori alimentano discussioni sempre più accese, che a volte disorientano. Se, da una parte, suscita piena condivisione l'adozione di misure eccezionali e derogatorie in una situazione emergenziale, funzionali al ristabilimento di un equilibrio socioeconomico drammaticamente compromesso, dall'altra ci si domanda, legittimamente, se l'impeto riformista del momento possa produrre, con l'opportuna lucidità, modifiche migliorative, durature e, soprattutto, equilibrate.

Al centro di tali dibattiti, come anticipato, v'è anche la complessa macchina degli appalti pubblici, la cui paralisi, quasi totale, ha sollecitato nuovi confronti sulle problematicità del settore e destato riflessioni, in parte solo sopite, che intrecciano temi correlati alla gestione extra ordinaria dei contratti con la Pubblica Amministrazione con quelli riguardanti il sostanziale alleggerimento dei processi e delle norme che, nell'ordinario, ne governano affidamento ed esecuzione, nonché dei gravosi meccanismi di controllo.

2. *L'emergenza attuale come sistemica. La ripartenza dagli appalti pubblici e le difficoltà contingenti del settore*

Il riconoscimento di una valenza strategica agli appalti pubblici nell'economia del Paese è quantomeno pacifico. Anche *report* recenti confermano che «l'apporto economico dei contratti pubblici rappresenta la componente più importante del Pil in tutti i paesi occidentali» e «in Italia vale 139 miliardi di euro l'anno»².

² Cfr. G. RIVA, *La lentezza degli appalti, la paralisi per l'Italia*, su *L'Espresso*, 31 gennaio 2020, reperibile online all'url: <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2020/01/31/news/perche-l-italia-e-paralizzataappalti-1.343341?preview=true>, che commenta il *report* di A. BOITANI, G. MELE, *Investimenti pubblici e bassa crescita*, pub-

È ragionevole affermare, quindi, che in una situazione di emergenza come quella attuale, che colpisce il sistema economico nel complesso, la ripartenza degli investimenti pubblici rappresenta uno dei punti principali su cui fondare una possibile strategia di ripresa.

Ciò che, però, in linea teorica appare così evidente, si scontra con ostacoli insidiosi sul piano della concreta attuabilità.

Nella più recente esperienza nazionale, dinanzi alla crescente erosione delle risorse pubbliche, l'opportuno bilanciamento tra l'esigenza di razionalizzarne la spesa e la necessità di investire in politiche atte a favorire la crescita economica, conciliando economicità e qualità degli acquisti, non ha trovato compimento. Ricorderemo, piuttosto, che nell'ultimo decennio il taglio degli investimenti statali in opere e servizi per la collettività ha posto in larga parte – e non senza difficoltà – la tenuta del sistema economico nazionale a carico dell'economia privata. E ciò, per ragioni non riconducibili soltanto all'esigenza di contenere l'alto livello di debito pubblico e attuare le politiche di austerità richieste dall'Europa.

Già prima dell'emergenza epidemiologica da virus CoViD-19 numerosi segnali rivelavano l'inefficienza di un sistema flagellato dagli eccessi di burocrazia e reso incerto da frequenti interventi di riforma, oltre che gravato da una sconcertante lentezza delle procedure di affidamento e dai lunghi tempi di realizzazione degli appalti (in media pari a 4,4 anni, escludendo le grandi opere), di cui complici le molte complicazioni insorgenti nel corso del loro svolgimento e i timori dei funzionari responsabili.

Benché la stesura dell'ultimo testo normativo sui contratti pubblici (di cui al Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016) si dichiarasse ispirata alla semplificazione e allo sfortimento del previgente quadro regolatorio, il risultato è parso ben lontano dall'obiettivo perseguito. Oggi abbiamo di fronte un corpo di norme intricato e cavilloso già sottoposto a plurime riforme, che hanno spesso sommato nuove previsioni alle precedenti, oltremodo appesantito da una *soft law* (anch'essa oggetto di sostituzioni e modifiche) che si è più volte rivelata fonte di ulteriori dubbi e attende di essere rimpiazzata a breve, con integrazio-

ni, da un nuovo Regolamento unitario³. Insomma, un articolato normativo che ha suscitato e continuerà a suscitare interpretazioni tanto contraddittorie da richiedere correttivi legislativi o severi interventi della giurisprudenza amministrativa (causa, inevitabilmente, di altri rallentamenti nei processi d'appalto).

Ne è conseguito che le difficoltà, già molteplici, incontrate in un simile scenario da amministratori pubblici e operatori economici sono aumentate nel contesto di crisi attuale, insieme alle preoccupazioni per la futura ripresa.

La vasta rete di norme sugli appalti non ha offerto nell'immediato risposte esaustive alla gestione dell'emergenza, rendendo necessarie nuove disposizioni normative, pur per enfatizzare l'esistenza e l'utilizzabilità di strumenti già disponibili nell'ordinamento⁴.

³ La bozza del 13 maggio 2020 dello *Schema di Regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei Contratti Pubblici"*, redatta dalla Commissione di esperti nominata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, conta al momento ben 315 articoli. Secondo i giudizi più severi, essi costituirebbero la mera riproposizione di quanto già previsto dal D.P.R. 207/2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del vecchio D. Lgs. 163/2006) e dalle Linee Guida sino ad oggi adottate dall'ANAC e sarebbero parzialmente ridondanti rispetto a quanto già disposto dal Codice vigente. Una volta messa a punto, la bozza proseguirà l'iter previsto, con i dovuti passaggi presso le Commissioni Parlamentari, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. Le previsioni più ottimistiche ne intravedono l'entrata in vigore a settembre, suscitando il disappunto di chi reputa che l'intera normativa appalti vada riformata e che, pertanto, il lavoro sinora svolto per il Regolamento sarebbe vano.

⁴ Sebbene con Comunicazione dell'1 aprile 2020 recante *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 (2020/C 108 I/01)* la Commissione Europea abbia precisato che il quadro europeo in materia di appalti pubblici – di cui la normativa italiana costituisce attuazione – offre già «agli acquirenti pubblici tutta la flessibilità necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi della Covid-19», nella fase emergenziale il Codice dei Contratti Pubblici italiano è stato oggetto di ulteriori modifiche. Si è trattato di interventi per lo più tendenti a garantire deroghe ed accelerazioni procedurali tali da consentire agli amministratori di eseguire acquisti utili a fronteggiare l'emergenza sanitaria in tempi più celeri, oltre che forme di sostegno al sistema produttivo e alla forza lavoro (cfr. le Ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione n. 630 del 3 febbraio 2020, n. 639 del 25 febbraio 2020 e n. 655 del 25 marzo 2020; il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, cd. *Decreto Cura Italia*, convertito con modificazioni dalla L. 24

L'ANAC, infatti, a seguito di numerose richieste di chiarimento, è intervenuta a soccorrere gli operatori di settore fornendo «indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni», di cui alla Delibera n. 312 del 9 aprile 2020, emanata al fine di contenere comportamenti disomogenei delle stazioni appaltanti ed escludere che il rispetto delle suddette misure di contenimento del contagio potesse implicare responsabilità a carico degli esecutori dei pubblici contratti («anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»).

Peraltro, la sospensione delle attività economiche e produttive sull'intero territorio nazionale⁵ (ad eccezione dei servizi essenziali) e le ulteriori conseguenze prodotte dall'emergenza epidemiologica (tra cui l'anomala esecuzione le prestazioni oggetto dei contratti pubblici

aprile 2020, n. 27; il D.L. n. 34 del 19 maggio 2020, cd. *Decreto Rilancio*. Gli interventi hanno complessivamente riguardato gli artt. 24, 25, 26, 27, 35, 60, 61, 63, 95, 97, 105, 106, 113 bis, 157, 163 del Codice).

Dinanzi al conseguente disorientamento generale, in data 22 aprile 2020 il Consiglio dell'ANAC ha approvato (sulla scia delle indicazioni già rese dalla Commissione Europea) un atto di *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*.

⁵ Si rammenta, in proposito, che la sospensione dei procedimenti amministrativi disposta dall'art. 103 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 (dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020, poi prorogata al 15 maggio 2020 dall'art. 37, comma 1 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23) è stata pacificamente estesa anche agli appalti pubblici, come espressamente chiarito dalla Circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 23 marzo 2020.

Eppure l'ANAC, ponendo l'accento sulle peculiarità caratterizzanti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e la loro rilevanza per l'economia del Paese, ha richiamato l'attenzione di Governo e Parlamento sui rischi connessi alla sospensione generalizzata delle procedure di gara e l'omessa previsione di misure specifiche «volte a contemperare le contrapposte esigenze di agevolare l'adempimento delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche, in vigenza delle misure restrittive anti-contagio, e favorire la celere ripresa delle attività economiche, scongiurando la paralisi generalizzata delle attività produttiva» (cfr. Atto di segnalazione n. 5 del 29 aprile 2020).

ed i maggiori oneri derivanti agli operatori economici, sia in termini organizzativi che in termini di gestione dei lavoratori, cui assicurare le dovute misure di protezione individuale) hanno inferto un duro colpo agli appalti, ponendo il tema dalla effettiva capacità di rilancio del settore in assenza di un cambio di approccio nei rapporti tra pubblico e privato e di un intervento più sistematico, che si preoccupi anche della fase post-emergenziale.

In buona sostanza, si discute della necessità di tornare ad una normalità migliore di quella che ha preceduto la pandemia e, dunque, della possibilità di valutare sin d'ora misure strutturali in grado di sopravvivere al superamento dello stato di crisi, scorrendo in esso un'opportunità per introdurre miglioramenti virtuosi e duraturi negli appalti pubblici, in un'ottica di semplificazione che possa contribuire ad una più rapida ripresa dei mercati.

3. Riformare gli appalti pubblici per rilanciare l'economia: problemi e soluzioni. Opinioni a confronto

Allo stato dei fatti, il più grande ostacolo al successo di una strategia di ripresa economica che faccia leva sui contratti pubblici è rappresentato dalla fragilità del sistema, la cui grave lentezza e i cui eccessi di burocrazia sono certamente inconciliabili con l'urgenza di sostenere un'economia in crisi.

Il significativo crollo degli investimenti pubblici nel nostro Paese non è tanto riconducibile alla carenza di risorse finanziarie, quanto piuttosto alle difficoltà che ne pregiudicano l'ottimale gestione, anche attraverso una programmazione efficiente ed efficace e, quindi, al ritardato, e spesse volte, mancato avvio delle opere pubbliche⁶.

⁶ Nella Sintesi della Relazione Annuale 2019 elaborata dalla Corte dei Conti, *I rapporti finanziari con l'Unione Europea e l'utilizzazione dei Fondi europei*, reperibile all'url: <https://www.corteconti.it/Download?id=7d88336e-1125-487a-988b-f6b-6bf8120a3> si legge testualmente:

«[...] si evidenzia che, nonostante i vincoli imposti dalla regolamentazione della attuale programmazione, permane ancora l'abitudine tutta italiana di concentrare le certificazioni di spesa in prossimità della scadenza dei target prefissati e, soprattutto, di spendere "in qualsiasi modo", al fine di utilizzare comunque le risorse, senza tuttavia focalizzarsi preventivamente su una programmazione efficace e sulla qualità dei progetti, che siano utili allo sviluppo dell'Italia. Così facendo, ed andando sempre

D'altronde, benché il sentimento di insoddisfazione rispetto all'attuale disciplina dei contratti pubblici sia largamente condiviso, alla stregua della necessità di espedienti utili a garantire una celere ripresa della esecuzione degli appalti (affinché nell'immediato continuino a generare posti di lavoro e, nel più lungo periodo, assicurino al Paese le infrastrutture utili alla crescita), oggi si dibatte – ancor più di quanto già accadesse in epoca pre-CoViD-19 – sulla entità delle riforme da realizzare.

Tra i temi principali – o per lo meno più ricorrenti – al centro delle proposte in campo vi sono la velocizzazione delle procedure di gara e, dunque, lo snellimento degli adempimenti burocratici, l'adozione del modello commissariale (cui si riconosce il successo della celere ricostruzione del ponte Morandi crollato a Genova), l'alleggerimento delle responsabilità dei decisori amministrativi, la riduzione e migliore qualificazione delle stazioni appaltanti, quindi la sospensione o la riforma, parziale o totale, del Codice dei contratti pubblici.

Rispetto a tali temi, però, politica, economia e dottrina giuridica vedono contrapporsi diversi approcci risolutivi.

C'è chi guarda con favore all'opportunità di intervenire con immediatezza sulla normativa vigente in modo radicale, attuando una modifica di ampia portata – ispirata alle medesime logiche di semplificazione e snellimento che in esperienze recenti hanno legittimato la previsione di deroghe sostanziali al Codice – in alcuni casi invocandone addirittura la sospensione a favore della diretta applicabilità dei principi fissati dalle ultime Direttive europee sugli appalti pubblici⁷ (di cui il D.Lgs. n. 50/2016 ha costituito attuazione, introducendo, talvolta, regolamentazioni più rigide).

“in emergenza”, ogni anno si corre il rischio di cadere nel disimpegno automatico dei fondi, compromettendo la possibilità, prevista dalla Programmazione 2021-2027, di vedersi assegnato un ammontare di risorse finanziarie di importanza paragonabile a quello attuale, se non addirittura superiore. [...]».

⁷ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Vi sono, poi, coloro che propendono per interventi di modifica puntuali e mirati, finalizzati al superamento della crisi corrente, reputando più cauto rinviare ad una seconda fase una completa e ancor più viscerale riforma dei contratti pubblici, che ambisca ad un effettivo cambio di mentalità nel settore.

Non manca, infine, chi esclude che alla fitta rete di norme vigente vada imputata la responsabilità di tutte le distorsioni del sistema e invita a focalizzare l'attenzione sull'assoluta priorità di sbloccare gli appalti fermi (non solo a causa della pandemia⁸), ritenendo opportuno limitare le modifiche al "minimo indispensabile", senza stravolgere la cornice generale del Codice, al fine di non complicare ulteriormente il quadro normativo.

Il punto di partenza è, chiaramente, lo stesso: il sistema dei contratti pubblici è sofferente.

In effetti, alcune delle disposizioni emanate in ragione della pandemia, a partire da marzo dell'anno corrente, nel fornire celeri soluzioni ad esigenze impellenti hanno confermato in una certa misura lo "stato di emergenza" in cui versano da tempo appaltatori e pubblici committenti.

Si pensi, ad esempio, all'art. 34 del D.L. 2 marzo 2020 n. 9 (confermato, alla lettera, dall'art. 5 bis del D.L. 17 marzo 2020 n. 18), rubricato *Disposizioni finalizzate a facilitare l'acquisizione di dispositivi di protezione e medicali*: tale norma ha autorizzato il Dipartimento della protezione civile e i soggetti attuatori individuati dal Capo del dipartimento della protezione civile, «fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020», ad acquisire dispositivi di protezione individuali e dispositivi medicali, nonché a disporre pagamenti anticipati delle forniture «in deroga al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

È, dunque, evidente come per gli scopi perseguiti, anche le formule procedurali più agevoli contemplate dal Codice dei contratti pubblici (di cui agli articoli 63 – *Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara* e 163 – *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile*) siano parse inadatte.

⁸ Secondo la stima fornita dal Presidente dell'ANCE nella propria Relazione all'Assemblea del 30 ottobre 2019, il valore delle opere infrastrutturali bloccate e non realizzate ammonta a circa 62 miliardi di Euro.

Oppure, ancora, si pensi all'art. 122 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, avente ad oggetto la nomina di un *Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19*, cui è stato riconosciuto, «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea», il potere di attuare e sovrintendere a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria (tra cui quello di acquisire e sostenere «la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa [...] 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») e il privilegio di essere sottratto al pieno controllo della Corte dei Conti, con limitazione, per gli atti compiuti, della responsabilità contabile e amministrativa ai soli casi di dolo accertato. Inevitabile, dunque, constatare che tutte le volte in cui nel nostro Paese vi è stata la necessità di acquisire forniture, opere o servizi in via d'urgenza si è stabilito di derogare alla normativa sugli appalti (per essa intendendosi non soltanto quella codicistica, ma l'insieme di tutte norme che incidono, in via più o meno diretta, sui processi di affidamento ed esecuzione), attribuendo poteri straordinari a commissari, confortati nell'operatività dalla previsione di scudi penali o contabili. Così è per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale e dispositivi medici in emergenza CoViD-19, così è stato, ad esempio, per l'esecuzione dei lavori di ricostruzione a seguito degli eventi sismici che nel 2016 hanno gravemente colpito alcune regioni italiane o per la gestione degli appalti in occasione del G7 di Taormina e in tal senso si è pensato di agire anche per le olimpiadi invernali Cortina-Milano del 2026.

Come noto, del resto, il cosiddetto “modello commissariale” è stato attuato nella recente ricostruzione del ponte Morandi a Genova (ossia il viadotto autostradale Polcevera), di cui, una sezione significativa era crollata nell'agosto 2018, provocando numerose vittime.

La ricostruzione del ponte in tempi record (i lavori sono ufficialmente iniziati nel marzo 2019 e l'ultima campata è stata posata nell'aprile 2020) è stata possibile grazie al conferimento di poteri straordinari ad un Commissario incaricato dell'opera con D.L. 28 settembre

2018 n. 109 (cosiddetto “Decreto Genova”, convertito con modificazioni dalla L. 16 novembre 2018, n. 130), poi individuato nella persona del sindaco di Genova dal D.P.C.M. 4 ottobre 2018, cui è stato concesso di operare «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159» (peraltro oggetto di una semplificazione *ad hoc* con D.M. 20 novembre 2018).

Ebbene, dall’osservazione di tali circostanze hanno preso spunto alcune delle riflessioni che animano il dibattito attuale in materia. In che misura la vigente normativa sugli appalti può ritenersi oggi soddisfacente? È possibile ipotizzare un’estensione applicativa del “modello Genova”? Il commissariamento può davvero divenire la soluzione generalizzata ai numerosi ritardi negli appalti e alle molteplici complicazioni che ne ostacolano completamente lo svolgimento o ne aggravano le varie fasi? E come conciliare l’attribuzione, nel più lungo periodo, di poteri derogatori a singoli soggetti, senza un disegno unitario e un obiettivo comune, con i principi che dovrebbero ispirare la contrattualistica pubblica, tra cui imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, anche a garanzia della massima concorrenza, soprattutto a tutela delle medie e piccole imprese?

Bisogna senz’altro riconoscere che nel caso Genova un confronto competitivo tra operatori economici non ha avuto luogo. Ciò malgrado, la celerità con cui questo eccezionale modello operativo ha reso possibile l’esecuzione di opere che, nell’ordinario, avrebbero conosciuto tempi di realizzazione lunghissimi, esercita un fascino comprensibile, facendo strada all’idea di una sua replica massiccia tanto nella politica quanto nella dottrina giuridica.

L’ipotesi sarebbe quella di adottare una serie di norme semplificate, che incidano sui tempi e sulle modalità di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, cui, tanto per cominciare, si potrebbe liberamente ricorrere in alternativa al Codice, disapplicandolo, al fine di snellire, soprattutto, il sistema delle grandi opere e rilanciare il Paese dopo la crisi attuale.

In tal senso, peraltro, parrebbe già essersi orientato il legislatore con il decreto “Sblocca Cantieri” (*i.e.* il D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, L. 14 giugno

2019, n. 55), il cui articolo 4 contemplava già peculiari disposizioni concernenti *Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali* in relazione ad interventi infrastrutturali ritenuti prioritari.

Ma il modello Genova, basato su una estrema semplificazione della catena di comando, rappresenta un'eccezione che non può divenire regola generalizzata, non senza un piano e delle opportune garanzie (considerando che, tra le altre cose, ha generato anche contenziosi – uno dei quali giunto all'attenzione della Corte Costituzionale⁹ – che, in termini differenti, potrebbero costare molto alla collettività).

Il modello non convince – comprensibilmente – tutti coloro che, pur consci dell'*impasse* in cui versa il sistema degli appalti pubblici, continuano a ritenere essenziali i meccanismi di controllo e vigilanza sul funzionamento della macchina amministrativa e invitano a ponderare soluzioni differenti, semmai partendo da una riflessione più approfondita sulla discrezionalità e sulle responsabilità dell'operato amministrativo.

In effetti, la normativa attuale sugli appalti è nata perseguendo obiettivi di trasparenza e regolarità, che, tuttavia hanno indotto a scrivere regole partendo dalla considerazione di aspetti patologici piuttosto che di quelli fisiologici e a sommare alle funzioni di vigilanza dell'AVCP, quelle proprie di un nuovo soggetto, l'ANAC, cui è stata affidata la più penetrante missione dell'anticorruzione, finendo così per appesantire oltre misura le procedure con eccessi di burocrazia, – un freno inaccettabile per un concreto rilancio del settore – cui di certo non giova l'affidamento di una penetrante missione anticorrottiva all'ANAC.

Al fine di individuare un pronto rimedio, sono state formulate proposte favorevoli alla introduzione di norme speciali per le opere pubbliche con effetti delimitati nel tempo (per 18/24 mesi) e a privilegiare nel concreto, per il medesimo periodo, alcune delle procedure di gara già contemplate dall'ordinamento (come quella negoziata, con

⁹ Il Tar Liguria ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al "Decreto Genova", in forza del quale la società Autostrade per l'Italia S.p.A., concessionaria della tratta autostradale interessata, è stata esclusa dallo svolgimento delle attività di demolizione e ricostruzione dell'opera pubblica.

o senza previa pubblicazione del bando) o alcuni criteri di aggiudicazione, giungendo ad ipotizzare anche una possibile limitazione del sindacato del Giudice Amministrativo, con ampliamento della portata applicativa dell'art. 125 del Codice del Processo Amministrativo (*i.e.* limitando la tutela giurisdizionale all'accertamento della esistenza di un danno risarcibile), per evitare la paralisi degli appalti e rimediare alla riluttanza degli amministratori pubblici ad assumere decisioni che comportino responsabilità¹⁰.

D'altro canto, v'è chi tende ad escludere l'opportunità di interventi profondamente riformativi nel breve termine, per evitare che, ancora una volta, si legiferi in modo inadeguato su una materia delicata, sull'onda di una esigenza contingente e chi, in ogni caso, sostiene che il problema centrale degli appalti pubblici in Italia non sia, per lo meno non in via esclusiva, quello della legislazione, reputando, piuttosto, necessario considerare un alleggerimento dei regimi di responsabilità in capo agli amministratori ed un miglioramento delle competenze tecniche della macchina amministrativa, per una più consapevole e spedita gestione degli appalti, anche in fase esecutiva¹¹.

In tale ottica, si è osservato che le modifiche processuali invocate non aiuterebbero a risolvere problemi sistematici e che una riduzione del sindacato del Giudice Amministrativo (peraltro piuttosto celere in materia appalti) porrebbe un problema di compatibilità con principi di rilievo costituzionale ed eurocomunitario, nonché con le norme e i principi posti a presidio della libera concorrenza, che potrebbe risultarne fortemente pregiudicata.

Peraltro, tenendo conto di dati concreti, la limitazione della “interferenza giurisdizionale” potrebbe non sortire effetti di particolare utilità rispetto alle questioni rilevate, posto che l'incidenza del contenzioso (e soprattutto quella delle sospensive) sulla lentezza delle procedure

¹⁰ In tal senso G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, A. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, su *Il Foglio*, 5 aprile 2020, reperibile all'url: <https://www.ilfoglio.it/economia/2020/04/05/news/semplificare-la-disciplina-degli-appalti-pubblici-si-puo-meglio-agire-subito-307585/>.

¹¹ In tal senso G. RIVA, *Op. cit.*, riporta il commento di Aldo Travi che così precisa: «Va cambiata la mentalità dell'amministrazione pubblica. Servono tecnici qualificati, serve maggiore responsabilità, ma prima di tutto serve rimettere la questione all'ordine del giorno e, come dice il giurista, “all'attenzione di una politica con la P maiuscola”».

di appalto si è rivelata, in realtà, non così significativa¹². Il problema, infatti, parrebbe essere per lo più riconducibile all'atteggiamento difensivo delle Amministrazioni precedenti (che, il più delle volte, preferiscono (auto)sospendere gli appalti in corso d'aggiudicazione o di esecuzione ed attendere la definizione dei contenziosi).

Per la medesima ragione, non è reputata risolutiva la previsione di deroghe normative che permettano un ricorso più generalizzato alle procedure negoziate. Sebbene, infatti, il Codice del 2016 avesse già ampliato la possibilità di ricorrere a tali procedure, nella pratica il numero di stazioni appaltanti che hanno utilizzato tali strumenti è molto ridotto, proprio per evitare l'esposizione ai rischi connessi alla scelta discrezionale di ricorrere a procedure più celeri.

Ancora una volta, quindi, il vero tema sembra essere quello delle condizioni in cui versa ed opera la Pubblica Amministrazione.

Si aggiunga, inoltre, che sebbene generalmente, nella riflessione sui possibili apporti migliorativi al sistema dei contratti pubblici, l'attenzione sia riposta sulle procedure di gara, ritenute responsabili delle lungaggini degli appalti per le rispettive complicità, una forte dilatazione dei tempi si registra soprattutto nella fase della esecuzione dei contratti, per l'incertezza gestionale causata dalla carenza di competenze adeguate nelle stazioni appaltanti¹³. Gli uffici amministrativi godono sempre più di rado del supporto di apparati tecnici che consentano anche di vigilare in modo appropriato sulla qualità delle opere in affidamento a privati ed esternalizzano sempre più spesso attività, come quelle di collaudo, contribuendo ad aumentare il rischio di fenomeni corruttivi. Ed infatti, benché proprio al fine di garantire una maggiore qualificazione delle Amministrazioni la normativa vigente abbia previsto la creazione di centrali di committenza con specializzazioni *ad hoc* per la gestione delle gare pubbliche e degli affidamenti, è

¹² Cfr. l'*Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti – biennio 2017/2018*, a cura del cons. G. Veltri, elaborata con la collaborazione dell'Ufficio Studi, massimario e formazione, dell'Ufficio Stampa e comunicazione della Giustizia amministrativa e degli Uffici statistici del Consiglio di Stato.

¹³ Si veda in merito il *Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche*, Numero 6-2018, redatto dall'Agenzia per la Coesione Territoriale e reperibile all'url: <http://www.pongovernance1420.gov.it/wp-content/uploads/2018/07/Rapporto-Tempi-attuazione-opere-pubbliche-edizione-2018.pdf>.

palese che, in linea generale, le attuazioni concrete di tale previsione non hanno mostrato grande successo (e sono destinate a rimanere poche a seguito dello “Sblocca cantieri”, che – in controtendenza – ha esteso le possibilità di affidamento diretto e di ricorso al massimo ribasso, dando maggiore spazio ai piccoli appalti).

E allora come intervenire?

4. *Uno sguardo alle proposte di riforma e una riflessione conclusiva*

Dando per assodato il bisogno di apportare profonde revisioni al sistema degli appalti nel suo complesso, appare saggia l'opportunità di distinguere gli interventi necessari in due fasi: l'una, immediata e transitoria, per l'attuazione di un piano emergenziale che consenta di fronteggiare al meglio la crisi attuale attraverso misure eccezionali; l'altra, a tempo debito, per la realizzazione, a regime, di una riforma più strutturale.

Seguendo tale approccio, per perimetrare adeguatamente l'intervento normativo eccezionale andrebbero stabilite le reali priorità, individuando le opere, i servizi e le forniture che abbia senso assicurare con particolare urgenza, anche ai fini di un rilancio dell'economia.

Una volta definito tale ambito, potrebbe poi essere valutata anche una circoscritta applicazione del modello commissariale – da non candidare, comunque, a modello generalizzato – e presa in considerazione, magari, l'utilizzabilità degli appalti pubblici di soluzioni innovative, già resi disponibili dal nostro ordinamento (come il partenariato per l'innovazione – PPI, di cui all'art. 65 del Codice, i servizi di ricerca e sviluppo – R&D e gli appalti pubblici pre-commerciali, di cui all'art. 158).

In un momento successivo, superato il periodo più critico, potrebbero essere ponderate riforme che fluidifichino, in via generale, i vari processi caratterizzanti la complessa macchina degli appalti pubblici.

Quanto al merito di tali interventi, seguendo agli spunti forniti dai più insigni interlocutori che hanno preso parte ai dibattiti sul tema, bisognerebbe, innanzitutto, attuare un processo di semplificazione delle regole, attualmente troppe e troppo complicate, esteso a tutte le disposizioni che in vario modo interferiscono con la gestione dei pubblici contratti (ad esempio la normativa ambientale e paesaggistica), secondo modalità da definire al momento più opportuno.

È ragionevole, infatti, sostenere che l'idoneità di un testo normativo debba essere apprezzata in condizione ordinarie, «sulla base di un bilancio serio, fatto a regime e non di spinte dettate dalla necessità»¹⁴ e che, comunque, una efficace opera di semplificazione non debba necessariamente riguardare la quantità delle norme e richiedere l'azzeramento totale del quadro regolatorio vigente (la cui ricostruzione – come dimostrano esperienze passate – potrebbe rivelarsi complicata e non così fruttuosa, anche in considerazione delle difficoltà operative e dei maggiori costi che un radicale mutamento comporterebbe per la Pubblica Amministrazione e per le imprese).

In tale ottica, l'attuale fase di emergenza e di crisi costituirebbe il momento meno idoneo per una valutazione serena ed equilibrata delle riforme strutturali indispensabili agli appalti pubblici – fermo restando che, peraltro, lo strumento della decretazione d'urgenza rappresenterebbe la modalità di legiferare meno indicata per un ripensamento ragionato di molteplici istituti.

D'altro canto, bisognerebbe fare in modo che il processo di riforma non si fermi al livello delle regole, ma consideri anche la loro applicazione, sul presupposto che – come innanzi osservato – la causa principale dei ritardi negli appalti risiede nella (in)capacità decisionale.

Occorrerebbe, quindi, rimediare alla carente preparazione delle Pubbliche Amministrazioni mediante il rafforzamento degli uffici tecnici e progettuali e la sensibile riduzione delle stazioni appaltanti, rilanciando con maggiore convinzione il funzionamento di centrali di committenza specializzate, per lo meno per i contratti più complessi, attente non solo alla quantità della spesa pubblica, ma anche alla qualità e alla innovatività.

Peculiare attenzione andrebbe, poi, riservata alla necessità di porre gli amministratori nella condizione di agire senza paure e abbandonare atteggiamenti estremamente difensivi (il c.d. “blocco della firma”), chiaramente inadeguati rispetto alle sfide dei nostri tempi.

¹⁴ Così il Pres. Raffaele Greco, nel proprio intervento su *Compatibilità del Regolamento con il nuovo scenario normativo ed economico?* al convegno *Investimenti, emergenza economica e disciplina degli appalti pubblici* organizzato dall'IGI – Istituto Grandi Infrastrutture in data 20 maggio 2020.

In tal senso, gli obiettivi perseguibili secondo le proposte formulate sono molteplici e riguardano: la limitazione della responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari, abbandonando il criterio equivoco della “colpa grave” e privilegiando quello del “dolo”; la possibilità di assicurare, con un buon grado di certezza, che l’applicazione delle regole (auspicabilmente più chiare) non lasci più spazio a facili contestazioni; l’introduzione di un sistema di natura premiale, che incentivi il buon operato delle Amministrazioni, soprattutto locali, con il riconoscimento di premi economici al raggiungimento dei target predeterminati; la revisione del ruolo assegnato all’Autorità di settore, ripristinandone i compiti di vigilanza rafforzata ed evitandone una commistione con le attività finalizzate all’anticorruzione.

* * *

In ogni caso, all’atto pratico, bisognerà tener conto di quanto sarà presto disposto dal preannunciato “Decreto Semplificazione” e valutare quante delle misure dallo stesso introdotte si tradurranno in modifiche non transitorie della normativa sugli appalti – privando di attualità, in un certo senso, il dibattito sin qui ripercorso.

Ed infatti, a dispetto di quanto sostenuto circa l’opportunità di tenere distinti i momenti dell’adozione di norme dal carattere emergenziale e dell’introduzione di modifiche “a regime” nel Codice dei contratti pubblici, il nuovo decreto includerà riforme sugli appalti che prescindono dalle contingenze – ignorando il disappunto di coloro che non avrebbero voluto affidare riforme strutturali alla decretazione d’urgenza.

In base alle anticipazioni sul testo, ormai prossimo all’emanazione, e agli scontri politici sulla estensione della manovra, le misure al vaglio del Governo – in parte stralciate dal precedente “Decreto Rilancio” – non prevedono soltanto una semplificazione ed una accelerazione degli investimenti pubblici, nonché un sistema integrato di monitoraggio per accentrare i controlli sull’iter dei fondi stanziati. Esse dovrebbero includere un nuovo tentativo di sblocco dei cantieri delle opere ferme, anche attraverso formule di commissariamento, e una serie di riforme riguardanti materie ed istituti di cui, già prima della crisi conseguita all’emergenza epidemiologica, era in discussione una possibile

revisione: il subappalto, la qualificazione delle stazioni appaltanti, la verifica dell'anomalia delle offerte, l'appalto integrato, il criterio del minor prezzo, gli affidamenti alle società *in house* e il partenariato pubblico-privato.

Ebbene, una considerazione sulla quantità sbalorditiva delle norme e degli atti regolamentari che negli ultimi tempi hanno interessato la materia degli appalti è, a questo punto, inevitabile.

A distanza di pochi anni dall'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, rimasto, ad oggi, parzialmente incompleto per la mancata adozione di tutti i provvedimenti di attuazione attesi (per tali intendendosi linee guida dell'ANAC e decreti ministeriali), ci troviamo dinanzi a uno scenario normativo davvero complesso.

Se al testo del giovane Codice, più volte revisionato¹⁵, andavano già sommati i rispettivi provvedimenti attuativi e le disposizioni non abrogate del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (vale a dire il Regolamento di esecuzione del previgente Codice appalti), il quadro normativo sta per essere ulteriormente complicato dalle imminenti riforme – destinate soltanto in parte ad avere un'efficacia transitoria –, le quali, peraltro, andranno coordinate con il corposo Regolamento unico messo a punto in questi stessi giorni dalla Commissione di esperti nominata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti¹⁶ (che rischia di essere obsoleto e anacronistico ancor prima della propria emanazione).

È senz'altro lecito chiedersi perché tanto spreco di energie se, al di là dello stimolo tratto dalla nuova crisi conseguita alla pandemia, la volontà di “metter mano” in modo sostanziale alla materia degli appalti pubblici era già matura da tempo. Ma ancor di più, alla luce di tutto quanto osservato, è lecito domandarsi perché, in una situazione di grave difficoltà, non sia stata data priorità assoluta all'adozione di utili misure emergenziali, riservando la riflessione sulle riforme del sistema ad una fase di maggiore serenità e, soprattutto, all'opportuna sede parlamentare.

¹⁵ Ad oggi si conta un numero complessivo di 740 modifiche, introdotte, nell'ordine, mediante le correzioni elencate nell'Avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 164 del 15 luglio 2016, il D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*) e il D.L. 18 aprile 2019 n. 32 (c.d. “Decreto Sblocca Cantieri”).

¹⁶ Su cui v. *supra* nota 3.

Al momento non è dato sapere. E non potendo ancora esprimere un giudizio sulla qualità delle riforme ostinatamente varate, non ci resta che sperare nelle “buone intenzioni” dei governanti, in una apprezzabile articolazione delle novelle normative e, soprattutto, nella loro agevole conciliabilità con il quadro normativo previgente e non abrogato, affinché, in linea con lo scopo di semplificazione perseguito e malgrado la situazione ben poco rassicurante, tutti i protagonisti del settore, pubblici e privati, siano posti nella condizione di operare senza (ulteriori) difficoltà.

SALVATORE PRISCO

Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus

Il momento di emergenza che abbiamo vissuto – a causa di un evento che, mentre si scrive, ne ha visto solo attenuate (ma non del tutto superate) le manifestazioni che hanno investito la salute individuale e collettiva e a cascata l'intera vita del nostro e di altri popoli – può insegnarci molto anche sul piano istituzionale, se sapremo trarre da esso motivi di riflessione e di stimolo a rimboccarci le maniche nella coesione nazionale, come ha esortato a fare il Presidente Mattarella, in occasione della festa della Repubblica e in altre occasioni.

Per quanto attiene all'angolo visuale di chi scrive, vi è innanzitutto l'esigenza di rivitalizzare il nesso tra partiti e originario patto costituyente, oggi allentato perché sono cambiati gli attori sulla scena: di quelli presenti settantadue anni fa non ne è rimasto in sostanza (perché esistono formazioni molto piccole che si richiamano alle denominazioni storiche) più nessuno.

Il modello del necessario incontro fra culture politico-istituzionali diverse resta tuttavia valido. Oggi non è dunque tempo di una Costituente, come alcuni hanno proposto, ma di una più profonda cultura costituzionale, ossia di una riflessione su che cosa essa sia e di riscoprire in particolare due fra le anime della nostra Costituzione del 1948, quella socialista democratica e quella cattolico-solidarista, giacché il coronavirus ci ha sbattuto in faccia – se qualcuno ne avesse ancora avuto bisogno – l'evidenza di quanto iniquo sia l'assetto concreto della nostra convivenza.

Dalla crisi si esce allora – autocriticamente per chi debba a tale ottica riconvertirsi – ricostituendo i diritti sociali fondamentali, con erogazione in assoluta prevalenza pubblica di servizi di qualità (politiche del lavoro, scuola e università, tutela della salute, trasporti, alfabetizzazione e dotazione telematica almeno minima essenziale, indispensabile – come l'esperienza appena fatta ha confermato – per mantenere

relazioni, sia pure solo virtuali) e con un sistema tributario attento a – e capace di – contrastare con reale efficacia elusione ed evasione, nonché combattendo la corruzione nel rapporto tra politica e economia, affinché vi siano le risorse per alimentare appunto la provvista finanziaria dei diritti di prestazione.

Occorre, ancora, rendere liquide le imprese, ma facendo allora entrare lo Stato, in cambio, nei consigli di amministrazione delle grandi imprese – secondo l’idea, qui condivisa, di ROMANO PRODI, intervista a M. Ascione, «*Lo Stato diventi azionista per difendere le imprese*», in *Corriere della Sera*, 2 giugno 2020 – a garanzia dell’effettività di attuazione di un grande piano di sviluppo dell’economia, ex art. 41, comma III; sostenere il lavoro legale (subordinato e autonomo) che non può stramazza sotto oneri burocratici, tributi e tasse soffocanti, con emersione e regolarizzazione di quello “nero” e pensando a un reddito universale di integrazione, ma contrastando gli abusi di chi non ne ha diritto e invece lo percepisce.

Sarà necessario un ampio intervento nel settore delle opere pubbliche, semplificando gli adempimenti burocratici, ma assicurando controlli e protezione dell’ambiente; occorrerà, ancora, riformare il CSM per depoliticizzare la magistratura e rompere pratiche clientelari dei capi delle correnti in cui questo universo è diviso (a parere di chi scrive con sorteggio dei componenti togati – magari dopo una prima fase elettorale, ma sarebbe preferibile il solo sorteggio, riformulando *ad hoc* il testo della Carta fondamentale – e riforma della giustizia disciplinare, dettando criteri rigorosi e trasparenza per la nomina dei capi degli uffici) e in genere il titolo IV della seconda parte della Costituzione e l’ordinamento giudiziario; sempre ad avviso dello scrivente, bisognerebbe sancire l’impossibilità di ritornare nell’ordine per i magistrati che avessero svolto politica attiva, la separazione delle carriere tra requiranti e giudicanti, allentare l’obbligatorietà dell’azione penale, oggi solo teorica e nella pratica insostenibile, codificando i criteri per una priorità del suo esercizio, ma accompagnando la riforma con un’ampia e radicale depenalizzazione.

La pandemia ha anche proposto l’esigenza di riflettere su un aspetto sul quale ci si sofferma ora in breve, ma più diffusamente, avendo il gruppo dovuto fronteggiare l’imprevista defezione tra i relatori di cui si dice alla fine, beninteso esprimendo al riguardo l’opinione persona-

le dello scrivente, che dunque non coinvolge la collega forzatamente mancata all'appello.

Come spiega GUSTAVO ZAGREBELSKY in un bell'editoriale su *Repubblica* (*La regola e l'eccezione*, 29 agosto 2020), *salus populi suprema lex* – ma questa espressione la si usa qui, non è nel suo testo – ossia altro è l'emergenza, altro l'eccezione.

La prima, come ha insegnato Carl Schmitt, giustificava la “dittatura commissaria” dei Romani (che non conoscevano il moderno costituzionalismo, teso a normare anche stati di crisi costituzionale temporanea), come quella di Cincinnato, mai però la ben diversa “dittatura plebiscitaria”: con il nostro strumentario concettuale, cioè, la sospensione bilanciata da salvaguardie delle garanzie riconosciute per tempi normali, di fronte a un rischio tale da essere potenzialmente sistemico, ma per proteggerle, tornando insomma quanto prima possibile a un ordine rafforzato, non certo per travolgerle.

In tempi non sospetti (S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020), chi scrive ha dunque appunto proposto che per il futuro si estenda a emergenze ambientali e sanitarie, previa revisione costituzionale, l'art. 78 Cost., riservando in un secondo comma aggiuntivo a una legge costituzionale l'indicazione dell'organo abilitato a gestire la “Costituzione dell'emergenza”, nonché delle forme giuridiche e dei limiti materiali e temporali per provvedervi. Questo si rende necessario perché, in assenza nella nostra delle *emergency clauses* di molte Costituzioni democratiche (anche a governo parlamentare e con riconoscimento costituzionale di autonomie territoriali: Germania, Spagna), si è fatto ricorso ora a un intreccio tra l'unico strumento in nostro possesso, ossia il decreto-legge *ex art. 77* (a controllo presidenziale preventivo, indi parlamentare, infine di giustizia comune e costituzionale a seguito dell'entrata in vigore e dell'efficacia) e il testo unico – cosiddetto “codice della protezione civile” – di cui al d.l.gv 1/2018, che agli artt. 7, 24, 25 legittima la concreta azione dell'Esecutivo nazionale e integrativamente di quelli regionali. Il primo opera a mezzo di dd. p. c. m., che quei controlli eludono e tuttavia con la difficoltà pratica implicata dalla circostanza che la protezione civile finora si era occupata di terremoti e disastri naturali di portata territoriale circoscritta.

Ibrido su ibrido, si è fatto ricorso per la proroga a metà ottobre del termine originario (fissato da una deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020) a una previa autorizzazione parlamentare a mezzo di risoluzioni delle singole Camere, contenente condizioni apposte a deliberarla in sede di Consiglio dei Ministri, con un procedimento innovativo, *extra ordinem*. L'esigenza di un ripensamento sistematico di questa materia, dunque, resta.

La sede della rappresentanza, in questo contesto, va comunque difesa e rafforzata, come dimostra proprio quanto appena rilevato. Si può e si deve razionalizzarla, certo, ma tagliarne *sic et simpliciter* il numero dei componenti senza prima averne rivisitato funzioni e organizzazione è un errore, perché senza riforme della legge elettorale, dei regolamenti parlamentari e disciplina con legge della democrazia interna dei partiti, nonché norme sulla della trasparenza delle *lobbies*, si rischia di ottenere un effetto di maggiore chiusura elitaria del ceto politico, in contrasto con le intenzioni di chi ha proposto il detto taglio lineare.

L'Europa sta per fortuna cambiando, le crisi servono ai singoli e alle entità che uniscono gli uomini fra loro innanzitutto a meditare e a pentirsi sull'orlo dei baratri. Si è di fronte al bivio se avanzare o tornare indietro (come dice SERGIO FABBRINI, *Per l'Europa è arrivato il momento delle scelte*, *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2020; si veda anche ID., *Un ruolo per la UE dopo la pandemia*, *ivi*, 14 giugno 2020), essendo la via in entrambi i casi lunga, ma l'orizzonte verso cui procedere del pari segnato e irreversibile: una futura federazione anche per l'Unione Europea, obiettivo che richiederà ancora più di una generazione, ma che intanto può essere approssimato da un'armonizzazione delle politiche fiscali, con cessazione di pratiche di *dumping* tributario e col superamento delle pretese di veto, con un allargamento delle decisioni assunte a maggioranza qualificata: l'unanimità sovrarappresenta sempre le minoranze, è lo strumento del ricatto, non dell'equità.

Occorre per questo che i Paesi economicamente più forti si facciano carico di mutualizzare i debiti pubblici dei più deboli, ma in cambio è giusto che si chiedano futuri comportamenti pubblici rigorosi: nessuno deve essere lasciato solo (si tratti di un privato o di uno Stato), ma è anche vero che nessun pasto è gratis.

Il denaro che pioverà sul Paese (in prestiti da restituire a lunga scadenza e in somme erogate “a fondo perduto”, come si dice; pur sempre comunque sottoposti a condizioni, non c’è da illudersi) dovrà perciò trovarlo pronto a uno sforzo di serietà ammodernatrice e che rifiuti dispersioni clientelari, o peggio: qui “si parrà la (*nostra*) nobilitate” e dobbiamo sapere che prove di appello non ci saranno concesse.

Da professore, nel momento in cui scrivo queste righe, sono in sostanza già in pensione – concluso il mio ultimo corso e i relativi esami, presiedute in un caso interamente da remoto e in un altro “in modalità ibrida”, ossia “strana” (e straniante), due sedute di laurea, anche se formalmente lo sarò dal prossimo 1° Novembre – ma da cittadini ci si dimette solo con la morte o il rimbecillimento conclamato e anche in questo secondo caso senza potere esercitare in proprio i diritti politici, ma conservando comunque quello di non essere abbandonati e lasciati soli.

* * *

Il libro in cui appare il presente testo è il frutto della trascrizione di interventi svolti in un *webinar* tenutosi nel pomeriggio del 2 Maggio 2020, su iniziativa e organizzazione di giovani allieve e allievi che nel corso del tempo hanno collaborato con me nel lavoro quotidiano, didattico e scientifico, raccogliendosi intorno agli insegnamenti che ho impartito all’Università Federico II di Napoli, prendendo poi perlopiù strade onorevolmente percorse nell’ambito delle professioni giuridiche, ma solo raramente continuando a lavorare nell’università dopo il dottorato.

Il seminario è stato arricchito dall’inserimento di altri interventi di chi allora non aveva preso la parola, in ogni caso legato con gli altri e con chi scrive queste righe da rapporti di amicizia, anche quando non hanno preparato e discusso la tesi con lui.

Si è trattato dell’ultima parte di un “lungo addio” (come avrebbe detto Raymond Chandler), incominciato già l’anno scorso, quando avevo lasciato l’insegnamento – tenuto negli ultimi anni – di Diritto pubblico comparato, ma allora con una vera e propria “festa” in aula, fattami “a sorpresa”, ugualmente dai medesimi amici e collaboratori, oltre che dagli studenti di quel corso e da altri, che avevo perso di vista, tornati nella circostanza a trovarmi per un pomeriggio.

Con un mio seminario su «Delle epidemie. Un (per)corso tra letteratura e diritto» ho concluso invece quest'anno il servizio attivo per l'università, durato quasi un cinquantennio in vari ruoli e stavolta tenuto da remoto, a causa della pandemia. Le riflessioni del contributo che firmo in apertura di questo volume sono per l'appunto ispirate da tale del tutto insolita modalità di comunicazione.

La preparazione del *webinar* è stata piuttosto misteriosa, quanto a me, destinatario della (semi)sorpresa, avendo solo pochi giorni prima appreso da chi lo ha voluto di dovermi tenere libero per concluderlo, come ho poi fatto.

Ho interpretato la richiesta per quello che voleva essere, ossia un gesto di affetto, che ha tenuto luogo di un saluto ravvicinato e degli abbracci che ci saremmo scambiati altrimenti di presenza e che al momento non so quando potremo organizzare (non dico “se”: è chiaro che lo faremo, ma deve passare l'incertezza, quanto ai nostri possibili contatti non “distanziati”).

Ringrazio ovviamente tutti, con commozione, che è – letteralmente – un'emozione condivisa, rivolgendo un particolare pensiero a chi ha avuto l'originaria idea e si è caricato quindi dell'opera preziosa (e che per esperienza so essere assieme delicata e noiosa, richiedendo il dispiegamento di doti da un lato di fermezza e dall'altro di finezza psicologica verso autori spesso in ritardo di consegna, rispetto alla scadenza stabilita) della raccolta dei contributi.

Mi piace molto il termine di “Dialoghi”, non scelto da me, che ha connotato il seminario e ora è il titolo del volume, in cui si manifestano in effetti idee e sensibilità differenti.

Non altro deve essere secondo me il compito di un professore, che attraverso di esso insegna (cioè prova a lasciare un segno in chi lo ascolta) e assieme apprende, nel rispetto reciproco fra chi lo ascolta e chi egli ascolta a lezione, non diverso dunque il rapporto che tra docente e discenti va instaurato.

In questo modo ho sempre inteso il mio lavoro. Mai ho taciuto le mie convinzioni, di cui ho offerto nelle pagine che precedono un'ennesima testimonianza (in ogni caso esponendole sempre ragionando e invitando a farlo, mai imponendole dogmaticamente), mai ho però chiesto ad alcuno di dividerle per compiacermi, se non ne fosse persuaso.

Non essere stanchi e scolastici ripetitori di un verbo altrui per convenienza, ma persone autonomamente pensanti, capaci di sviluppare ciascuno il proprio *dàimon* in libertà critica: questo deve proporre un docente come modello (in ogni caso di vita, non solo e non tanto di libri lasciati a impolverarsi nelle biblioteche) a chi si è affidato a lui, perché a sua volta – venuto il suo tempo, nel volgere delle generazioni, dei ruoli e delle responsabilità – ne faccia poi applicazione a chi verrà dopo, ricordando con un pizzico di nostalgia chi e come accese la scintilla dell'amore verso la libertà e la conoscenza e provò a indicare con l'esempio il modo per tenerla accesa.

Nel suo piccolo, chi scrive ha insomma provato a lasciare dietro di sé allievi *infedeli*, cioè disposti a comprendere la sostanza del messaggio, dunque a “tradire” con intelligenza: “tràdere”, ossia trasportare dal passato alle generazioni future e “tradire” da parte di queste, ossia ricordare l'impronta del maestro nella ricerca che ognuno fa dell'autonomia riconoscibile della propria voce, sono le due facce (con una radice assonante) ineliminabilmente intrecciate della formazione.

* * *

Questo libro non vede il contributo di Stefania Parisi, che nel corso del *webinar* aveva svolto una bella relazione sul sistema delle fonti in emergenza. Stava attendendo alla sua stesura scritta, quando un grave dolore familiare le ha impedito di dedicarvisi oltre, nei tempi compatibili e convenuti della prevista scadenza della consegna dei materiali all'editore per la stampa. Dedicandole questa fatica, le curatrici e gli autori vogliono tuttavia dirle che, idealmente e nella consueta amicizia, lei è – come sempre – con loro.

Torre Annunziata – Napoli, 30 Luglio 2020

GLI AUTORI

FULVIA ABBONDANTE

Avvocato. Ricercatrice confermata di *Istituzioni di diritto pubblico* nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

SARA AMATO

Avvocato. Dottoressa di ricerca in *Diritto amministrativo* nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

ANTONIA BERNARDO

Consulente giuridico, esperta in legislazione farmaceutica.

MARIA SARAH BUSSI

Avvocato in Roma. Dottoranda di ricerca in *Diritto comparato e processi di integrazione* nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

WALTER GIACOMO CATURANO

Avvocato in Napoli, specialista in diritto del sistema creditizio.

CHIARA CERBONE

Dottoressa magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Napoli Federico II, già corsista del Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi in Firenze.

ANNA D'AVINO

Avvocato familiarista in Napoli e presidente di *Cammino - Camera nazionale avvocati per la famiglia e i minorenni*, sede di Napoli.

FABIO DELL' AVERSANA

Assegnista di ricerca nella Scuola Superiore Meridionale – Università degli Studi di Napoli Federico II e Presidente della *SIEDAS – Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*.

ANDREA DE PETRIS

Ricercatore di *Diritto costituzionale* nell'Università di Benevento
Giustino Fortunato.

FEDERICA ESPOSITO

Dottoressa magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Napoli
Federico II.

ROSANNA FATTIBENE

Ricercatrice confermata nel Dipartimento di Scienze Politiche e
della Comunicazione dell'Università degli studi di Salerno.

GIULIA FONTANELLA

Dottoranda di ricerca in *Diritto comparato e processi di integrazione*
nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

FEDERICA IOVINO

Dottoressa magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Napoli
Federico II. Funzionaria presso il Ministero dell'Istruzione.

TIZIANA MASONE

Avvocato in Roma, presso lo Studio legale *CMS Adonnino, Ascoli &
Cavasola Scamoni* – Dipartimento di Diritto Pubblico, Dottoressa
di ricerca in *Diritto pubblico e costituzionale* nell'Università di Na-
poli Federico II.

NOEMI MAZZARACCHIO

Avvocato. Dottoranda di ricerca in *Storia del Diritto e Diritto Com-
parato* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Nan-
chino.

GIULIA MUSELLA

Avvocato in Milano.

EDDA NAPOLITANO

Dottoranda di ricerca in *Scienze Filosofiche*, curriculum bioetico,
nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

FRANCESCA NIOLA

Dottoressa di Ricerca in *Diritto pubblico* nel Dipartimento di Giurisprudenza, Sapienza – Università di Roma.

RAFFAELE PIGNATARO

Avvocato del lavoro in Napoli. Dottore di ricerca in *Diritto dei rapporti economici, civili e di lavoro* nell'Università di Napoli Federico II.

SALVATORE PRISCO

Avvocato in Napoli. Professore ordinario di *Istituzioni di diritto pubblico*, già docente di *Diritto e Letteratura* e *Diritto pubblico comparato* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

GAIA TESSITORE

Avvocato in Napoli. Dottoranda di ricerca in *Diritti umani. Teoria, storia e prassi* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Fa parte dello *Sportello di Antigone a tutela dei diritti umani*, aperto presso la casa circondariale femminile di Pozzuoli.

MICHELA TUOZZO

Dottoranda di ricerca in *Diritti Umani. Teoria, storia e prassi* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Collana MARCOPOLO

Percorsi di diritto pubblico interno e comparato lungo i confini disciplinari

Diretta da S. Prisco

1. S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, 2012
2. S. Prisco, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, 2015
3. A. Mega, *Il potere di grazia. Storia e problemi di una questione giurisprudenziale*, 2015
4. F. Abbondante, S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, 2015
5. G. Mastrominico, *Diritto e Letteratura. Dissapori medievali e moderni*, 2017
6. R. Fattibene (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, 2017
7. A. Torre (a cura di), *Magna Carta e Rule of Law nell'ordinamento inglese*, 2017
8. C. Sellitto, *Street art e diritto d'autore. Prospettive e problematiche giuridiche del writer moderno*, 2019
9. F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale, Secessioni, Referendum*, 2020

Finito di stampare nel mese di settembre 2020
dalla Grafica elettronica - Napoli