Virus in fabula
Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19

a cura di
Gian Paolo Dolso
Maria Dolores Ferrara
Davide Rossi

EUT

Il presente volume è stato pubblicato con il finanziamento del Fondo servizi studenti del Corso di studio in Giurisprudenza e con i Fondi del Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università di Trieste.

EUT Edizioni Università di Trieste 2020

ISBN 978-88-5511-179-9 (print)
ISBN 978-88-5511-180-5 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
eut@units.it
http://eut.units.it
https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste

Virus in fabula
Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19

a cura di Gian Paolo Dolso,
Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi

Edizioni
Università
di Trieste

INDICE

Introduzione. L'ordinato disordine
del diritto ai tempi della pandemia
di *Gian Paolo Dolso, Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi* 9

PROFILI STORICI E IMPATTO SULLA SOCIETÀ

Eccezione, emergenze, digitalizzazione 15
di *Mauro Barberis, Nicola Muffato*

Pandemia e numeri globali: la comparazione giuridica
quantitativa ai tempi del covid-19 29
di *Marta Infantino*

Caelum pestilens. Riflessi delle pandemie antiche nel diritto romano 47
di *Mario Fiorentini*

Il morbo e il veleno. Pandemie e violenza sociale
nell'Italia del Risorgimento 61
di *Pierpaolo Martucci*

Dall'eccezionalità all'ordinarietà, ossia quando la legislazione
d'emergenza si consolida. Il caso del domicilio coatto 75
di *Davide Rossi, Alessandro Agrì*

La rappresentanza politica: dall'accezione autoritaria
della rappresentanza istituzionale fascista al voto repubblicano 95
di *Nicoletta Laurenti Collino*

PANDEMIA E ISTITUZIONI

La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali 113
di *Paolo Giangaspero*

I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: ordinanze di necessità ed urgenza 131
di *Sandro De Gotzen*

Tra flessibilità e ortodossia economica: la valutazione di incompatibilità degli aiuti di stato al tempo dell'emergenza covid-19 147
di *Martina Previatello*

Il D.P.C.M. come inedito strumento di gestione statale dell'emergenza da covid-19 165
di *Antonio Mitrotti*

Le udienze civili in videoconferenza: un modello permanente? 183
di *Lotario Dittrich*

Le udienze a trattazione scritta ai tempi dell'emergenza sanitaria 193
di *Alessandra Frassinetti*

Il processo del lavoro alla prova dell'emergenza 207
di *Luca Iero*

Il diritto dell'impresa e la sfida del covid-19 225
di *Massimo Bianca, Giulia Serafin*

Interventi a favore delle imprese per affrontare la crisi causata dalla pandemia da covid-19 239
di *Giuseppe Capurso, Marco Tronti*

Tutela della salute pubblica e controllo sociale: prove di legalità nel periodo dell'emergenza sanitaria 249
di *Maria Cristina Barbieri*

EMERGENZA E DIRITTI

Emergenza sanitaria e libertà di circolazione 263
di *Gian Paolo Dolso*

Violenza contro donne e minori al tempo del coronavirus: prime riflessioni e primo bilancio (provvisorio) 279
di *Natalina Folla*

L'impatto dell'emergenza economica post covid-19 sui sistemi fiscali 295
di *Dario Stevanato, Alessia Sbroiavacca*

Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione
e agilità in condizioni di fragilità 311
di *Maria Dolores Ferrara*

Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi
di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria da covid-19 329
di *Roberta Nunin*

Bisogni comuni e sostegno universale al reddito da lavoro 343
di *Andrea Zubin*

Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da covid-19 357
di *Angelo Venchiarutti*

Considerazioni sull'APP Immuni 371
di *Giuseppe Citarella*

SEMINARIO DIDATTICO

La pandemia nelle aule triestine 385
di *Paolo Ferretti, Davide Rossi*

Contributi degli studenti dei corsi di *Tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, *Diritto del lavoro avanzato*, *Storia e tecnica delle codificazioni e costituzioni europee dell'Università degli Studi di Trieste*,
Anno Accademico 2019/2020 389

L'ORDINATO DISORDINE DEL DIRITTO AI TEMPI DELLA PANDEMIA

GIAN PAOLO DOLSO, MARIA DOLORES FERRARA, DAVIDE ROSSI

È indubbio che questo primo semestre del 2020 sia stato caratterizzato da un'inattesa guerra contro un nemico invisibile quanto malefico, un virus venuto da lontano che ha determinato un totale cambiamento dei comportamenti delle persone – distanziamento sociale, riduzione delle attività ludiche e lavorative, sostanziale reclusione nelle proprie abitazioni – e delle Istituzioni civili – limitazioni dei diritti, amplificazione dei poteri dell'autorità, ricorso a strumenti tecnologici per monitorare il comportamento, chiusura di teatri e luoghi pubblici –, ma anche quelle religiose, con la proibizione di celebrare i riti in forma collettiva . Non è un caso che *guerra* e *peste* siano state le immagini cui maggiormente si è ricorso, nel tentativo di trovare nella Storia confronti che potevano confortare in un momento di totale disorientamento sociale[1].

Per un caso del destino, questa virulenta epidemia ricalca quanto esattamente accaduto un secolo fa, quando il *morbo crudele*, meglio conosciuto come *spagnola*[2] – in quanto solamente le agenzie di stampa del Regno di Spagna diffondevano notizie al riguardo – infettò quasi mezzo miliardo di persone, colpendone mortalmente circa 50.000.000. Il contesto appare totalmente difforme da quello attuale, in quanto l'allora Governo italiano cercò di minimizzare quanto accadeva e la stampa censurava abilmente ogni informazione. Oggi, di contro, in una condizione di connessione digitale perpetua e di gestione della comunicazione completamente differente, questa immane tragedia ha creato una sorta di nuova era costituzionale[3] caratterizzata da una sospensione delle libertà personali in cui il virus, oltre a colpire gli organi interni del corpo uma-

[1] L. Lacchè, *Noli me tangere? Qualche riflessione ai tempi del coronavirus*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 39, 1/2020, pp. 5-13.

[2] P. Ianni, *Cenni sulla pandemia "spagnola": riflessioni su alcune fonti d'archivio parlamentari,* in *MemoriaWeb – Trimestrale dell'Archivio Storico del Senato della Repubblica,* 30 (Nuova Serie), 2020, pp. 1-13.

[3] C. Tripodina, *La Costituzione ai tempi del coronavirus,* in *costituzionalismo.it*, 1, 2020, pp. 78-81.

no, ha ferito i diritti individuali e collettivi tipici degli Stati di matrice liberale. Si può ben parlare di «un diritto eccezionale per causa di necessità pubblica, che sospende quella parte di costituzione che in situazioni normali limita la sfera dei poteri di polizia a favore dei diritti individuali»[4]. Citazione che si adatta appieno alla nostra attualità, ma che, invece, è partorita dalla penna di Vittorio Emanuele Orlando – oltretutto, per casualità della sorte, Presidente del Consiglio proprio nel periodo della *spagnola* – nei suoi *Principii di diritto costituzionale* scritti addirittura a fine Ottocento.

La capacità di reazione del nostro sistema costituzionale, ad onta di errori e difficoltà, è stata efficace e il sistema giuridico ha sostanzialmente retto davanti ad una situazione obiettivamente neppure immaginabile fino a qualche mese or sono: davanti ai silenzi del testo costituzionale, la necessità ha rivestito il ruolo di vera fonte del diritto, consentendo all'apparato di reggere senza degradare verso derive autoritarie o inedite concentrazioni di potere. Ancora, solo il tempo ora potrà dirci se le scelte peculiari poste in essere in momenti eccezionali sono state realmente efficaci, se i loro effetti saranno contenuti nel tempo oppure se produrranno conseguenze durature sull'ordinamento, anche come "precedenti", in grado di modificare la fisionomia di Istituzioni e diritti. Solo il tempo potrà dirci se la crisi globale in atto può funzionare da vettore di mutamento in grado di offrire soluzioni credibili per affrontare la nuova questione sociale *post* pandemia.

Il volume è nato dall'idea di dar spazio e voce alle ricerche degli studenti; con lo scorrere dei mesi l'eccezionalità degli eventi che si stavano vivendo ha modificato il progetto iniziale e ampliato la prospettiva, con la previsione di due anime, differenti seppur complementari: una, appunto, dove raccogliere il lavoro emerso durante le lezioni dei nostri tre insegnamenti – *Diritto del Lavoro Avanzato, Storia e Tecnica delle Costituzioni e Codificazioni Europee, Tutela Costituzionale dei Diritti Fondamentali*[5] –, preceduta da una prima parte in cui docenti, dottorandi, collaboratori del *Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione*, ciascuno per il proprio ambito di competenza, hanno tratteggiato le interconnessioni tra diritto, Istituzioni e pandemia. L'entusiasmo con cui l'iniziativa è stata accolta ha addirittura reso possibile la previsione di tre sezioni, una dedicata alle prospettive metodologiche, teoriche e storiche (con gli interventi di filosofi del diritto – Mauro Barberis e Nicola Muffato – storici del diritto – Mario Fiorentini, Davide Rossi, Alessandro Agrì e Nicoletta

[4] V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale,* Barbera, Firenze, 1889, p. 297. Sulla necessità come fonte di diritto con riguardo ad uno degli istituti ottocenteschi più emblematici della gestione delle emergenze, L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano,* in *Archivio di Diritto Pubblico*, 4, 1894, pp. 81 ss.

[5] Maria Dolores Ferrara è titolare del primo citato, Davide Rossi del secondo, Gian Paolo Dolso del terzo.

Laurenti Collino – antropologi – Pierpaolo Martucci – e comparatisti – Marta Infantino –), una seconda dedicata alle logiche istituzionali (i pubblicisti Paolo Giangaspero, Sandro de Goetzen e Antonio Mitrotti, i processualisti Lotario Dittrich e Alessandra Frassinetti, i giuscommercialisti Massimo Bianca, Marco Tronti, Giulia Serafin e Giuseppe Capurso, il giuslavorista Luca Iero e la penalista Maria Cristina Barbieri); infine l'ultima focalizzata sulla tutela dei diritti, con interventi di Gian Paolo Dolso (Diritto Costituzionale), Dario Stevanato e Alessia Sbroiavacca (Diritto Tributario), Maria Dolores Ferrara, Roberta Nunin e Andrea Zubin (Diritto del Lavoro), Angelo Venchiarutti e Giuseppe Citarella (Diritto Privato), Natalina Folla (Diritto Penale).

Forse mai come oggi possiamo intendere il senso profondo di quel drammatico passaggio teatrale di Bertolt Brecht: «e – vi preghiamo – quello che succede ogni giorno non trovatelo naturale. Di nulla sia detto: "è naturale" in questi tempi di sanguinoso smarrimento, ordinato disordine, pianificato arbitrio, disumana umanità, così che nulla valga come cosa immutabile»[6].

[6] B. Brecht, *L'eccezione e la regola*, 1930.

PROFILI STORICI E IMPATTO SULLA SOCIETÀ

ECCEZIONE, EMERGENZA, DIGITALIZZAZIONE

MAURO BARBERIS, NICOLA MUFFATO*

Lo "stato d'emergenza" in cui viviamo è la regola
(W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, 1940)

1. *Premessa*

La recente pandemia, cambiando la nostra vita in molti modi diversi, ci ha indotti a riflettere sulla mutevolezza dei contesti vitali in cui si radicano anche le nostre più comuni istituzioni. Pensiamo solo, ad esempio, se le pandemie fossero l'ambiente normale della vita umana sulla Terra, o se per disgrazia lo diventassero. Allora, probabilmente, molte delle istituzioni che oggi ci paiono ovvie – dalla libertà di circolazione sino allo Stato costituzionale – ci parrebbero sogni: esattamente come ci sono parsi nei mesi di *lockdown*.

Qui di seguito analizziamo i concetti di eccezione e di emergenza e suggeriamo che i fenomeni stessi indicati da questi termini permettano di vedere, accelerare e persino produrre processi evolutivi di più lungo periodo: come, nel caso della pandemia, l'impulso dato ai processi di digitalizzazione dell'economia e dell'esistenza stessa. Così funziona l'evoluzione, naturale, culturale e in particolare istituzionale: mutamenti casuali, come le pandemie, richiedono nuovi adattamenti di *Homo sapiens* e delle sue istituzioni a condizioni mutate. Forse, il *lockdown* è stato la prova generale di un'altra forma di vita.

2. *Eccezione*

Nel discorso ordinario, e persino nel lessico teorico-generale e filosofico-politico, i vocaboli "eccezione" ed "emergenza" sono spesso usati come sino-

* Il primo Autore è Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Trieste; il secondo è Professore associato di Filosofia del diritto nell'Università di Trieste. Il saggio è stato pensato, curato, discusso e studiato all'unisono dai due estensori. Per mere esigenze curricolari, si segnala che le sezioni 1, 4 e 5 sono di Mauro Barberis, le sezioni 2 e 3 si devono a Nicola Muffato.

nimi. "Eccezione", in particolare, è usato come una specie di iperonimo per diversi "stati" o situazioni di emergenza (stato di necessità, stato di assedio, rivoluzioni, e simili), connotandole come tali da mettere a repentaglio le istituzioni e la stessa convivenza civile. Qui, invece, si tenterà di ridefinirli, così da distinguerne alcuni usi caratteristici che nei dibattiti odierni sono spesso assimilati a scapito della chiarezza.

Con il termine "eccezione", in *primo* luogo, la teoria generale del diritto fa riferimento a una norma che, in date condizioni (gli "elementi costitutivi") previste dalla sua fattispecie, stabilisce una conseguenza giuridica diversa e incompatibile[1] rispetto a quella stabilita da un'altra norma dell'ordinamento, solitamente di portata più generale, che viene resa inapplicabile a tali casi[2]. La prima norma può allora essere qualificata come "eccezionale" (o "derogatoria per incompatibilità") rispetto alla seconda: qualifica che è però il prodotto di due operazioni distinte. Da un lato, c'è la ricostruzione della relazione tra le fattispecie delle due norme come una relazione genere-specie; dall'altro, c'è il richiamo a una terza (meta-)norma, il principio di specialità. È in forza di quest'ultimo che la conseguenza giuridica divergente della norma la cui fattispecie è ricostruita come speciale deroga a quella della norma ricostruita come generale[3].

Da un punto di vista meta-etico, la giustificazione alla base del principio di specialità, ossia della scelta di "risolvere" l'antinomia facendo prevalere la norma speciale, è rappresentata dal fine di sottrarre il decisore al dilemma su quale norma applicare. Si assume cioè la maggiore adeguatezza ai canoni della razionalità pratica di soluzioni normative a casi (non particolari e concreti, ma) *meno* generali e astratti, ricostruiti specificando un maggior numero di proprietà rilevanti. In breve, si ritiene preferibile, *tipicamente*, una norma più specifica, eccezionale o meno.

In *secondo* luogo, con il termine "eccezione" la teoria del diritto indica l'allegazione di fatti modificativi, impeditivi o estintivi generalissimi rispetto a quelli costitutivi assunti a fondamento dell'azione. Tali eccezioni sono di solito tipizzate e ricavabili da norme permissive generali, deroganti ma non speciali: si pensi – l'esempio non è casuale – alla scriminante dello stato di necessità. L'introduzione di eccezioni generalissime è di fondamentale importanza nelle sistematiche codicistiche, ma sconta la genericità e controvertibilità dei concetti che vi figurano, i quali richiedono, in vista della loro applicazione, una complessa opera di affinamento da parte della giurisprudenza.

---

[1] Cfr. G. Carcaterra, *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi*, Cedam, Padova, 1990, p. 167, nt. 72.

[2] Cfr. S. Zorzetto, *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010, capp. V e VI.

[3] Cfr. H. Kelsen, *Derogation* (1962), in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Springer, Dordrecht, 1973.

Orbene, concentrandosi sulla fattispecie, si potrebbe affermare che la norma generale si applica in condizioni normali, mentre la norma speciale eccezionale si applica in condizioni eccezionali. In modo simile, ma concentrandosi sulla tecnica di redazione dei testi normativi, si potrebbe sostenere che le norme che imputano determinate conseguenze giuridiche a certi fatti costitutivi assumono che questi ultimi siano normali, mentre le eccezioni generalissime presuppongono condizioni (impeditive, estintive, modificative) eccezionali.

Questa conclusione, peraltro, sarebbe affrettata: l'aggettivo "eccezionale", infatti, assume diversi significati quando è predicato, rispettivamente, (i) della norma nel suo complesso, (ii) della sua fattispecie o (iii) dell'*occasio legis*, cioè del contesto di fatto (come nelle definizioni dottrinali di "legge eccezionale", che fanno riferimento alle circostanze che ne renderebbero necessaria la promulgazione). Nel primo caso, "eccezionale" è sinonimo di "derogatoria per incompatibilità"; nel secondo, rispettivamente, di "speciale" o di "relativa a un fatto impeditivo, modificativo o estintivo"; nel terzo, di "anormale", "straordinaria" o "fuori dal comune". In questo *terzo* significato di "eccezione", d'altra parte, abbiamo un'eccezione non tanto alla norma, quanto alla normalità.

A rigore, però, non è detto che una norma eccezionale, nel primo o secondo senso, si applichi in condizioni eccezionali, nel terzo senso: si pensi solo ai permessi di costruire in deroga ai limiti previsti dagli strumenti di pianificazione, o all'applicabilità della scriminante del consenso dell'avente diritto nell'ambito delle attività medico-chirurgiche o sportive violente. La possibilità di eccezioni generalissime mostra, al contrario, come la regolazione preventiva di molte situazioni anormali rientri nella fisiologia di un ordinamento normativo. Occorre quindi distinguere diversi gradi di anormalità rilevanti per il diritto – sia per il legislatore sia per gli interpreti – all'interno di un *continuum*, sino a giungere ai casi più estremi, le emergenze nazionali[4].

Proprio in relazione a questi ultimi, il termine "eccezione" è impiegato in un *quarto* significato, nella nota espressione "stato di eccezione" (*Ausnahmezustand*) e nelle teorie che – da Carl Schmitt in poi[5] – usano questa controversa espressione come iperonimo per (pretesi elementi comuni a) istituti eterogenei quali l'état de siège, i *pleins pouvoirs* e *l'état d'urgence* francesi, lo *iustitium* romano, la *martial law* inglese, l'attribuzione di *emergency powers* e *prerogatives* all'esecutivo o al suo capo negli USA, la decretazione d'emergenza in Italia.

---

[4] Lo stesso linguaggio giuridico è sensibile alle sfumature: si considerino solo le differenze tra la "semplice" necessità (e.g., ex art. 54 c.p. o 54 c.c.), la necessità "urgente" (e.g., ex artt. 336^2 o 443^3 c.c.), la necessità "grave e urgente" (e.g., ex art. 835 c.c.; o il bisogno grave e urgente ex art. 626, n.2, c.p.), la "straordinaria" necessità e urgenza (ex art. 77 Cost.), l'"assoluta" urgenza (e.g., ex art. 77^4 c.p.p.), l'"eccezionale" urgenza (ex art. 373^2 c.p.c.).

[5] Cfr. C. Schmitt, *Teologia politica* (1922), trad. it., in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972; G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

Lo stato d'eccezione è una situazione di sospensione e disapplicazione di parti fondamentali dell'ordinamento giuridico – specie la costituzione formale e/o materiale –giustificata dalla necessità di intervenire, in contesti di fatto (naturali, sociali, economici, politici) anomali, considerati di straordinaria gravità e portata, al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale e la possibilità stessa di un – ma non necessariamente dello *stesso* – ordinamento giuridico.

L'eccezione in parola, dunque, non sarebbe un'eccezione *nel* diritto, cioè un'eccezione giuridica a una norma giuridica, bensì un'eccezione *al* diritto in generale[6]: un'eccezione extra-giuridica alle norme etico-politiche che impongono di applicare e obbedire al diritto, o almeno a un diritto rispettoso della *rule of law*, dei valori democratici e dei diritti fondamentali.

Tuttavia, si potrebbe obiettare, spesso accade che gli ordinamenti giuridici regolino in modo esplicito l'attribuzione di poteri eccezionali per un tempo limitato a determinati organi, per esempio mediante una costituzione d'emergenza: perché mai tale disciplina, nei casi in cui contrasta con il regime ordinario, non potrebbe rientrare tra le eccezioni giuridiche generalissime[7]? Per chi, come Schmitt, fa leva sul concetto di "stato di eccezione", e per suoi epigoni come Giorgio Agamben, il problema è però più profondo.

Il problema dello stato di eccezione, cioè, dipenderebbe, da un lato, dall'asserita *imprevedibilità* delle emergenze e dalla loro pretesa *ingestibilità* attraverso poteri ordinari[8]; dall'altro, dal fatto che l'ingresso nello stato di eccezione, non essendo automaticamente determinato da caratteristiche oggettive della situazione di fatto, sussumibili in modo meccanico entro categorie giuridiche, sarebbe sempre frutto della decisione di chi detiene il potere politico, cioè del sovrano. Tale decisione non sarebbe vincolata da una norma giuridica[9], ma *so-*

---

[6] O forse, più precisamente, a un diritto informato ai principi del costituzionalismo liberale, per il quale le condotte private sono libere ove non espressamente vietate, mentre gli atti dei poteri pubblici sono vietati ove non espressamente autorizzati.

[7] Obiezione concettuale e non normativa, illustrata dalla sentenza della Corte Suprema statunitense *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 1866, pp. 120-121. The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, under all circumstances.

[8] Cfr. ancora C. Schmitt, *Teologia politica*, cit.. Ma la stessa tesi, le cui radici si ritrovano nel pensiero di Machiavelli e Hobbes, è già chiaramente sostenuta in A. Hamilton, *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union* (1787), in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, a cura di J. Cook, The New American Library, New York, 1961, p. 147. Cfr. anche C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940; O. Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, p. 1011.

[9] Né da norme di altro tipo, morali o politiche. Cfr., oltre al solito Schmitt, R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Costitution in a Time of National Emergency*, Oxford U.P., Oxford, 2006, p. 12; William Rehnquist, *All Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York,

vrana, in base alla definizione di "sovrano" come colui che decide sullo stato di eccezione. Ciò esporrebbe l'ideale del governo delle leggi a una fatale aporia: la limitazione del potere dipenderebbe sempre, in ultima istanza, da una decisione dello stesso detentore del potere.

A questa conclusione è però facile obiettare che, in un contesto istituzionale complesso, una decisione "ultima" come quella sullo stato d'eccezione non equivale necessariamente a una decisione incontrollabile giuridicamente. Durante lo stesso stato d'eccezione, o una volta ripristinata la normalità, i giudici possono ben intervenire per assicurare la tutela dei diritti fondamentali o sanzionarne le violazioni non scriminate dallo stato di necessità. Chi dichiara lo stato di eccezione e chi ne esercita i poteri, dunque, non è necessariamente sottratto a una responsabilità giuridica che può dipendere dall'assetto costituzionale dei vari sistemi giuridici positivi[10], dalla cultura politica e giuridica diffusa tra i vari soggetti chiamati ad agire in circostanze straordinarie[11] e dal grado di pluralismo politico espresso dalla società nel suo complesso.

3. *Emergenza*

Il terzo e il quarto significato di "eccezione" si sovrappongono parzialmente ai sensi di "emergenza", che le scienze sociali definiscono come una situazione improvvisa «di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), [la quale comporta] una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata

---

1998, *passim* e cap. XVIII. La tesi secondo cui l'esercizio di poteri eccezionali, sebbene non regolabile dal diritto stesso, debba rispondere almeno a ragioni prudenziali o morali è sostenuta, tra gli altri, da Machiavelli, Locke e Rousseau. In tempi più recenti, si rinviene in O. Gross, *Extra-legality and the ethics of political responsibility* e M. Tushnet, *The Political Constitution of Emergency*, entrambi in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008.

[10] Gli strumenti positivi elaborati per limitare i poteri emergenziali sono numerosi: dal *super-majoritarian escalator* (cfr. B. Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale U.P., New Haven, 2006, cap. 4) alla previsione di limiti di durata temporale dei poteri e dei provvedimenti emanati; dalla indicazione dei diritti fondamentali inviolabili anche in condizioni di emergenza all'attribuzione di poteri di dichiarazione di inizio o fine dell'emergenza e di controllo sulle misure adottate dall'esecutivo a organi indipendenti.

[11] Gli argomenti della "china scivolosa" (dal governo di emergenza alla dittatura sovrana) sono molto più plausibili nei contesti istituzionali, come la repubblica di Weimar, in cui gli ostacoli alla concentrazione di poteri sono poco efficaci. È un fatto, peraltro, che la funzione di controllo del potere giudiziario sia stata spesso ostacolata da un eccesso di *judicial restraint* o da deferenza nei confronti dell'esecutivo: cfr. K.L. Scheppele, *The New Judicial Deference*, in *Boston University Law Review*, 92(1), 2012; C. Chan, *Business as Usual: Deference in Counter-Terrorism Judicial Review*, in F.F. Davis, F. de Londras, *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014.

compagine sociale»[12]. Come si nota, il *definiens* non contiene alcun riferimento all'imprevedibilità degli eventi che caratterizzano un'emergenza, *et pour cause*: alcune emergenze sono ampiamente prevedibili sotto molti aspetti, anche se di rado in relazione al momento esatto della loro insorgenza.

Ormai tutti sanno che i meccanismi di sviluppo delle pandemie, come quella attuale di Covid-19, furono descritti con una certa precisione in un saggio divulgativo del 2012, *Spillover*, di David Quammen, sulla base di ipotesi scientifiche risalenti agli anni Novanta del secolo scorso. Ma gli esempi si sprecano. Dalla crisi dei mutui *subprime* agli effetti dell'emergenza climatica causata dal riscaldamento globale, molte emergenze, lungi dall'essere apparse prevedibili solo *ex post*, sono state previste.

In merito all'inevitabile inadeguatezza dei poteri ordinari dell'esecutivo per farvi fronte, uno sguardo ai vari ordinamenti permette di distinguere vari tipi di poteri emergenziali, il cui esercizio non determina affatto uno stato di eccezione. Si potrebbero distinguere, almeno in linea di principio, emergenze di diversa portata territoriale (almeno locali, locali con effetti nazionali, e nazionali, per non parlare delle ricadute nazionali di emergenze internazionali) e delle più differenti origini (calamità naturali, epidemie e pandemie, disastri prodotti dall'uomo, crisi economiche, politiche, istituzionali, guerre, terrorismo, disordini, sommosse…).

In pratica, tuttavia, la *stessa* emergenza ha spesso più cause, il che rende difficile stabilire *a priori* quale estensione debbano avere i poteri dell'esecutivo per farvi fronte. Probabilmente è anche questa difficoltà che ha portato molti autori a riferirsi, in modo improprio, all'imprevedibilità e all'ingestibilità delle emergenze. Molti ordinamenti giuridici, tra i quali il nostro, hanno faticosamente e lentamente cercato di normare – "normalizzandoli" – i poteri emergenziali, tramite strumenti legislativi e orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali) più o meno consolidati[13].

Considerando lo stesso tema da una prospettiva storica e sociologica, però, non si possono non registrare due processi iniziati già nel secolo scorso, sul primo dei quali diremo qualcosa in questa sezione, mentre per il secondo rinviamo alla prossima. Il primo processo è la crescente concentrazione dell'attività di produzione normativa nell'esecutivo (governo e amministrazione): processo iniziato almeno con la «legislazione motorizzata» della prima guerra mondiale. Poi, la digitalizzazione: la diffusione planetaria di internet e di tec-

[12] A. Pizzorusso, voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, 1993, versione on line consultata il 24/07/2020, http://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

[13] Cfr. A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

nologie di sorveglianza idonee a drammatizzare le emergenze e a veicolare retoriche securitarie[14].

Quanto al primo processo, è constatazione diffusa, assurta negli ultimi decenni al ruolo di autentico luogo comune sociologico, l'aumento della complessità e del rischio nelle società odierne, anche per la loro crescente integrazione globale (o globalizzazione). Le capacità di gestione di questi processi da parte dei Parlamenti nazionali e più in generale dei sistemi costituzionali democratici sono presto apparse ineguali al compito, generando due conseguenze. La prima consiste nel coinvolgimento di giurisdizione e amministrazione nella risposta a una richiesta di regolazione che il legislativo non riesce più a soddisfare. La seconda è la cosiddetta "crisi della legge": il Parlamento viene progressivamente espropriato del potere legislativo da parte del governo, tramite la decretazione d'urgenza.

Che il Parlamento abbia perso la propria centralità, nello stesso sistema parlamentare, è osservazione comune[15]. Molti, però, ricordando l'ultima stagione gloriosa del Parlamento italiano – le riforme degli anni Settanta-Ottanta del secolo scorso (nuovo diritto di famiglia, Statuto dei lavoratori, divorzio, aborto…) – tendono a spiegare questo processo adducendo cause superficiali, locali e circoscritte, come la crisi del sistema dei partiti determinata da Tangentopoli. Che le cause siano più profonde e risalenti, invece, ci è ricordato da un passo del già citato Agamben:

«Di fatto, la progressiva erosione dei poteri legislativi del Parlamento, che si limita oggi spesso a ratificare provvedimenti emanati dall'esecutivo con decreti aventi forza-di-legge, è diventata […] una prassi comune» a partire dalla guerra 1914-1918. Fu allora che, per gestire l'emergenza bellica, i governi dei paesi coinvolti, specie se democrazie parlamentari, fecero ricorso sistematico alla decretazione, detta di necessità e urgenza. Prosegue Agamben: «La prima guerra mondiale – e gli anni seguenti – appaiono in questa prospettiva come il laboratorio in cui sono stati sperimentati e messi a punto i meccanismi e i dispositivi funzionali» che le guerre e le emergenze successive hanno reso perfettamente normali[16].

Riprendendo l'aforisma di Walter Benjamin messo in epigrafe di questo saggio, Agamben constata che quanto allora era ancora considerato eccezionale, oggi è diventato la regola. L'espressione usata da entrambi è "stato di eccezione": ma è forte il sospetto, a questo punto, che essa serva soprattutto

[14] Su quest'ultimo fenomeno ci permettiamo di rinviare sin d'ora a M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017, e soprattutto a Id., *Come internet sta uccidendo la democrazia,* Chiarelettere, Milano, 2020.

[15] Cfr. almeno C.F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[16] G. Agamben, *Stato di eccezione,* cit., p. 17.

a drammatizzare fenomeni spiegabili altrimenti. Lo stato di eccezione per antonomasia, qualificato spesso da Agamben come "governo della nuda vita", è l'assunzione dei pieni poteri e la sospensione della Costituzione di Weimar da parte di Hitler nel 1933: né una singola emergenza, dunque, né una successione di emergenze.

Di fatto, a partire dalla stessa fonte dichiarata di Agamben – gli studi di Michel Foucault sulla biopolitica e sulla *gouvernmentalité* – altri autori, come Marco Brigaglia, insistono invece sull'emersione di poteri amministrativi sottostanti a, e infinitamente più pervasivi dei, tre poteri di Montesquieu[17]. Da questo punto di vista le varie emergenze (belliche, terroristiche, finanziarie, economiche, umanitarie, sanitarie…) costituiscono altrettante occasioni per portare alla luce del sole pratiche di governo normalmente occultate dalla routine istituzionale.

Lo abbiamo visto, in Italia, in occasione della recente pandemia. Non solo il Parlamento è stato espropriato della gestione dell'emergenza sanitaria, com'era forse inevitabile, ma neppure lo strumento del decreto-legge – che avrebbe richiesto il coinvolgimento del Presidente della Repubblica e la conversione parlamentare – è parso abbastanza duttile, sicché si sono utilizzati sistematicamente i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) sovrapponendoli al sistema normativo che fa perno sul Codice di Protezione Civile [18]. Soprattutto, la retorica dello stato di eccezione ha portato lo stesso Agamben a elaborare una delle tante narrazioni della pandemia – quella negazionista – che ancor oggi, mentre scriviamo queste note, concorrono a intorbidarne la comprensione. Ce ne occupiamo nella prossima sezione.

4. *Digitalizzazione*

Da sempre, le epidemie sono l'ambiente ideale per la produzione di dicerie, leggende metropolitane o, per usare un termine più alla moda, narrazioni: e l'odierna pandemia non fa certo eccezione. Qui di seguito se ne enumerano quattro, in ordine di crescente plausibilità (o di decrescente implausibilità).

La *prima* è stata giornalisticamente chiamata *negazionismo* – nome di solito riservato alla negazione dell'esistenza dei campi di sterminio – e consiste nel negare che il Covid-19 sia qualitativamente o almeno quantitativamente diverso dai tanti virus stagionali, come l'influenza, ma soprattutto che giustifichi i provvedimenti più o meno drastici ("liberticidi", scandiscono i negazionisti) adottati per contrastarla. In generale, i negazionisti sfruttano un meccanismo tipico della comunicazione: chiunque contesti l'esistenza del virus e/o il *lockdown* è sicuro di conseguire il proprio quarto d'ora di notorietà.

---

[17] Cfr. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scienitifica, 2019.

[18] Sugli aspetti giuridici, cfr. almeno A. Celotto, *Necessitas non habet legem*, Mucchi, Modena, 2020; su quelli politici, P. Ignazi, N. Urbinati, *Contagio e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

Fra le tante espressioni di negazionismo, compreso un convegno in un Senato gremito anche di studiosi insospettabili, vi è stata anche una serie di post pubblicati sul proprio blog dal sopra menzionato Agamben[19]. Questi ha applicato meccanicamente all'emergenza Covid-19 gli argomentii usati in precedenti denunce contro lo "stato di sicurezza", altra forma dello "stato di eccezione", con l'effetto di revocare in dubbio l'esistenza stessa del virus. L'analogia fallace è probabilmente questa: come i governi possono trasformare qualsiasi problema si presenti – si pensi solo all'immigrazione – in un problema di sicurezza (meccanismo detto *securitization*), allo stesso, con la complicità di medici e scienziati, si può trasformare un'epidemia d'influenza in una pandemia.

In questo modo, l'epidemia di Covid-19 diviene, contro ogni evidenza medica e scientifica, una sorta di *fake news* prodotta da non meglio identificati "poteri forti" globali, a scopi ancor più oscuri: rendendo implausibili, retroattivamente, anche le denunce agambeniane dello "stato di sicurezza", molto più documentate. Questo ci ricorda la *seconda* narrazione generata dalla pandemia, che qualcuno ha chiamato *populismo pandemico* [20], e che consiste nella diffusione, spesso spontanea ma talora deliberata, delle voci più incontrollate sulle origini, la propagazione e le cure del virus, da parte dei social media ma anche dai governi populisti.

Analisi computazionali condotte in Germania sugli utenti di Facebook nel primo periodo della pandemia hanno fornito le seguenti indicazioni. Sinché l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha esitato a dichiarare la pandemia, anche al fine di evitare un'*infodemia* – un'epidemia di mis/dis-informazione[21] – la tipica reazione social è stata di scetticismo: e anche per questo i maggiori governanti populisti mondiali, che obbediscono alla *vox populi* dei social più di quanto la strumentalizzino, hanno lungamente esitato a varare il *lockdown*.

Quando l'Oms ha dichiarato la pandemia, l'11 marzo del 2020, anche l'atteggiamento dei social s'è fatto meno scettico, e gli stessi governanti hanno preso misure di quarantena. In generale, i governi in carica hanno goduto tutti dell'effetto-bandiera (*rally around the flag*), o piuttosto di una sorta di sindrome di Stoccolma, che porta i reclusi a simpatizzare con i reclusori. Senonché, i vari leader populisti – specie Donald Trump, Boris Johnson e Jair Bolsonaro – hanno gestito così male l'emergenza da vedersi costretti a dirottare su altri bersagli le proteste così provocate, alimentando deliberatamente *fakes news* e teorie del complotto.

---

[19] Cfr., per tutti, G. Agamben, *Una domanda*, https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda.

[20] S. Boberg, T. Quandt, T. Schatto-Eckrodt, L. Frischlich, *Pandemic Populism: Facebook's Pages of Alternative News Media and the Corona Crisis – a Computational Content Analysis*, in *Muenster Online Research (MOR) Working Paper* 1/2020.

[21] Cfr. M. Richtel, *W.H.O. Fights a Pandemic besides Coronavirus: an "Infodemic"*, in *New York Times*, 2.6.2020.

Più interessante è forse una *terza* narrazione, opposta alla precedente: la si potrebbe etichettare come *antiglobalista*. Secondo tale narrazione, almeno negli Usa l'emergenza sanitaria sarebbe stata piegata a un'operazione tipica del *disaster capitalism*, distintosi nel lucrare su emergenze globali quali il terrorismo post-Undici settembre. È stata in particolare Naomi Klein, icona no-global, a denunciare come Eric Schmitt, già amministratore delegato di Google e poi lobbista principe dell'industria digitale, abbia proposto ai democratici statunitensi un piano di digitalizzazione di sanità, scuola, trasporti e lavoro[22].

L'operazione, partita prima della pandemia ma accelerata da quest'ultima, prenderebbe la forma di una triangolazione fra giganti del digitale, amministratori pubblici (soprattutto democratici) e sullo sfondo, come una sorta di spauracchio, la Cina, divenuta il grande competitor dell'economia occidentale. Rivolgendosi ad astri nascenti dell'*establishment* democratico quali Andrew Cuomo, governatore dello Stato di New York, i lobbisti del digitale hanno cioè argomentato che i vantaggi competitivi accumulati dalla Cina nella corsa alla digitalizzazione con gli USA stavano permettendo al gigante asiatico di essere i primi a uscire dalla crisi pandemica e a rilanciare la loro economia.

Prima della pandemia, insiste la Klein, l'*establishment* democratico post-Cambridge Analytica vagheggiava ancora la regolamentazione di internet e il ridimensionamento di monopolisti dei social come Facebook. Dopo che internet s'è rivelato indispensabile per gestire le conseguenze del *lockdown*, invece, l'opinione pubblica democratica sarebbe più interessata a sostenere colossali investimenti pubblici per digitalizzare sanità, scuola, commercio e lavoro. Ignoro se questo sia ancora l'atteggiamento dell'opinione pubblica statunitense, ma sicuramente è ancora questo, con il fisiologico ritardo, l'atteggiamento dell'opinione pubblica nel Vecchio continente e in particolare in Italia.

D'altra parte, questa terza narrazione rischia di confondersi con una variante *liberal* delle teorie populiste del complotto, ignorando un dettaglio importante dei rapporti fra internet e politica, non solo negli Stati Uniti[23]. Sull'esempio di Obama, primo politico a vincere le elezioni grazie a internet, la sinistra internazionale ha sempre scommesso, e continua imperturbabile a scommettere, sull'industria digitale: attività che però, oltre a rivelarsi più adatta a generare populismi di destra che rivoluzioni democratiche, produce molta meno occupazione dell'industria tradizionale, alienando definitivamente il "popolo" dalla sinistra.

---

[22] N. Klein, *How Big Tech Plans to Profit from the Pandemic, The Guardian*, 13.5.2020, applicazione alla pandemia del *topos* proposto dall'autrice in *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri* (2007), trad. it., Rizzoli, Milano, 2007.

[23] Cfr. tutta la letteratura statunitense su Facebook: come J. Goldsmith, T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusion of a Borderless World*, Oxford U.P., New York, 2008; S. Vaidhyanathan, *Anti-social Media. How Facebook Disconnets Us and Undermines Democracy*, Oxford U.P., New York, 2018; S. Levy, *Facebook. The Inside Story*, Penguin, New York, 2020.

Fatti salvi questi dettagli, d'altra parte, la denuncia della Klein resta abbastanza precisa da meritare di recuperarla entro una *quarta* narrazione, che si potrebbe chiamare della *digitalizzazione*, e che, a differenza delle teorie del complotto, ha un taglio evolutivo, ossia ammette che i fenomeni possono prodursi spontaneamente, come effetto non intenzionale di atti umani messi in atto con intenti diversi e anche opposti. È noto che l'evoluzione procede proprio così: sfrutta mutazioni casuali per sperimentare nuove soluzioni e selezionare nuovi adattamenti ai mutamenti dell'ambiente.

Nei giorni del *lockdown*, si potrebbe allora dire, s'è compiuto un enorme esperimento vitale, forse la prova generale di un'altra forma di vita: la pandemia ha generalizzato e accelerato le dinamiche evolutive verso la digitalizzazione dell'esistenza. Si pensi solo alla scuola: qui la didattica a distanza (DAD) ha rappresentato la sperimentazione di tecniche d'insegnamento destinate probabilmente a diventare comuni, anche dopo la fine della pandemia. Ma questo è solo un esempio della dinamiche di un cambiamento più vasto, tanto pervasivo da apparire ineluttabile.

Altro esempio: chi di noi, avendo bisogno o solo desiderio di un libro, non l'ha ordinato *on line*, magari di sabato, magari ricevendolo la domenica e poi magari persino vergognandosene, pensando allo sfruttamento dei *rider* da parte di aziende come Amazon? Il problema è che questa adozione della soluzione più semplice, nei giorni del *lockdown*, è stato replicato infinite volte su scala planetaria, in tutti i settori cruciali della convivenza[24]. Del resto, una volta compreso che il commercio, la scuola, il lavoro, possono in gran parte farsi da casa, cosa ci trattiene dal ripensarli e riprogettarli così?

Insomma, la pandemia ha accelerato processi di distruzione creatrice, secondo i loro apologeti liberisti, o di ristrutturazione capitalistica, secondo i loro critici, tali da far impallidire il ricordo della rivoluzione industriale. La digitalizzazione, che solo in Italia, secondo prime stime, avrebbe comportato il passaggio del lavoro da casa da un quattro per cento a circa il venti per cento del totale, prefigura una *way of life* insana, claustrofobica, asociale, capace di rendere *Homo sapiens* ancor più vulnerabile, in un ambiente sempre più ostile[25]. Il pericolo, dunque, non è che i più fragili impazziscano, come talvolta accade: il pericolo è che l'umanità si adatti definitivamente a una vita da topi.

---

[24] Cfr. R. Calasso, *Come ordinare una biblioteca*, Adelphi, Milano, 2020, p. 116: «il mutamento radicale nel mondo dei libri non è che il contraccolpo di un mutamento ben più vasto, che di fatto riguarda tutto».

[25] Cfr. V. E. Parsi, *Vulnerabili: come la pandemia cambierà il mondo. Tre scenari per la politica internazionale*, Piemme, Milano 2020. Ma il tema era presente da tempo: cfr. G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma 2019.

5. *Conclusione*

Per i giuristi, unici nostri probabili lettori, questo lavoro ha sparso argomenti per un uso molto più sorvegliato, se non forse per la cancellazione, della categoria stessa di stato di eccezione. Se proprio vogliamo conferirle un valore euristico, questa ha il pregio di portare la nostra attenzione sul risultato ultimo delle dinamiche emergenziali: non necessariamente i colpi di stato, ma il progressivo adattamento delle istituzioni ad ambienti vitali diversi da quelli nei quali erano emerse. Questa lezione evolutiva vale a maggior ragione per la digitalizzazione: che interesserà di più i non giuristi, ove mai decidessero di leggerci.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Ackerman B., *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale U.P., New Haven, 2006.

Agamben G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

Agamben G., *Una domanda*, 2020, in https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda.

Barberis M., *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

Barberis M., *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.

Boberg S., Quandt, T., Schatto-Eckrodt, T., Frischlich, L., *Pandemic Populism: Facebook's Pages of Alternative News Media and the Corona Crisis – a Computational Content Analysis*, in *Muenster Online Research (MOR) Working Paper*, 2020/1.

Brigaglia M., *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Calasso R., *Come ordinare una biblioteca*, Adelphi, Milano, 2020.

Carcaterra G. *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi*, Cedam, Padova, 1990.

Cardone G., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

Celotto A., *Necessitas non habet legem*, Mucchi, Modena, 2020.

Chan, C., *Business as Usual: Deference in Counter-Terrorism Judicial Review*, in F.F. Davis, F. de Londras *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, pp. 228-250.

Ferrajoli C.F., *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

Goldsmith J., Wu T., *Who Controls the Internet? Illusion of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2008.

Gross O., *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134.

Gross, O., *Extra-legality and the ethics of political responsibility* in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008, pp. 60-94.

Hamilton A., *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union* (1787), in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, a cura di J. Cook, The New American Library, New York, 1961.

Ignazi P., Urbinati, N., *Contagio e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

Kelsen H., *Derogation* (1962), in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Springer, Dordrecht, 1973, pp. 261-275.

Klein N., *How Big Tech Plans to Profit from the Pandemic*, in *The Guardian*, 13.5.2020.

Klein N., *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. it., Rizzoli, Milano, 2007.

Levy S., *Facebook. The Inside Story*, Penguin, New York, 2020.

Mortati C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

Parsi V.E., *Vulnerabili: come la pandemia cambierà il mondo. Tre scenari per la politica internazionale*, Piemme, Milano 2020.

Pizzorusso A., voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, 1993, versione on line consultata il 24/07/2020, http://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

Posner R., *Not a Suicide Pact: The Costitution in a Time of National Emergency*, Oxford U.P., Oxford, 2006.

Rehnquist W., *All Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998.

Scheppele K.I., *The New Judicial Deference*, in *Boston University Law Review*, 92(1), 2012, pp. 89-170.

Schmitt C., *Teologia politica* (1922), trad. it., in Schmitt, C., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.

Tushnet M., *The Political Constitution of Emergency*, in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V. Ramraj, Cambridge U.P., Cambridge, 2008, pp. 275-288.

Vaidhyanathan S., *Anti-social Media. How Facebook Disconnets Us and Undermines Democracy*, Oxford U.P., New York, 2018.

Zanetti G., *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma 2019.

Zorzetto S., *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010.

PANDEMIA E NUMERI GLOBALI: LA COMPARAZIONE GIURIDICA QUANTITATIVA AI TEMPI DEL COVID-19

MARTA INFANTINO*

1. *Introduzione*

Il dilagare della pandemia da COVID-19 e delle misure poste in essere nel tentativo di arginarla ha travolto tanto repentinamente quanto drammaticamente vite, esistenze, relazioni, certezze, progetti. Il momento pandemico ha tuttavia anche confermato, se non esacerbato, molti caratteri e tendenze proprie alla realtà che già conoscevamo: dall'assenza di una chiara guida e coordinazione internazionale ai problemi globali, alle latenti tensioni geopolitiche fra le grandi potenze, dall'aumento sempre maggiore – fra e dentro gli Stati – delle diseguaglianze sociali, all'acuirsi di sovranismi, teorie del complotto e afflati identitari, dalla dipendenza tecnologica quotidiana alla diffusione di tecniche digitali di controllo dei comportamenti individuali, dalla crucialità dei dati per le scelte private e pubbliche alla centralità decisionale delle tecnocrazie.

Fra i punti che la crisi ha esasperato e messo in luce con inusata evidenza, vi è poi la mancanza di una rete affidabile di raccolta di informazioni a spettro globale su una pluralità di questioni essenziali, come salute e sanità. Abbiamo piuttosto una varietà di collettori locali di dati, operanti con risorse e modalità assai diverse fra loro, e un manipolo di attori che riuniscono e rilavorano tali dati a livello globale, anche qui secondo standard di accuratezza, oggettività e trasparenza differenziati. La conoscenza globale che ne risulta è largamente inattendibile, perché viziata dalle inevitabili fragilità che affliggono qualsiasi operazione di raccolta, interpretazione e trattamento di masse di informazioni disomogenee.

Ma alcune forme di produzione di conoscenza – in specie quelle che si allontanano dai dati di partenza per esprimere giudizi su fenomeni complessi e che, alla funzione descrittiva, intrecciano un'attitudine prescrittiva – sono più

* Professoressa associata di Diritto privato comparato nell'Università di Trieste.

inaffidabili, discutibili e perniciose delle altre. Alle fragilità tipiche degli esercizi statistici a largo raggio si assommano qui debolezze ulteriori, legate alla carenza di legittimazione di chi si fa portatore di tali iniziative, alla discrezionalità e parziarietà delle scelte sottostanti l'operazione, all'opacità dei suoi metodi e fini.

Sia ben chiaro: il richiamo non è all'immane sforzo di tracciamento sul campo di informazioni su infetti, ricoverati, morti, guariti ed esaminati, né allo studio di quelle informazioni da parte di virologi, matematici dell'epidemiologia ed esperti di statistica sociale, sui quali prevalentemente si basano le decisioni assunte per il governo locale e nazionale della pandemia. Il riferimento va piuttosto alle iniziative aventi copertura globale e aggreganti dati provenienti da una pluralità, se non la totalità degli Stati del mondo. Dallo scoppio dell'emergenza, si sono moltiplicate le intraprese volte a fornire relazioni, indicatori e classifiche sui numeri della crisi sanitaria e sulle reazioni di ciascun paese: abbiamo così, fra gli altri, i rapporti quotidiani licenziati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dall'European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) dell'Unione Europea (UE), le statistiche costantemente aggiornate della John Hopkins University (JHU), del sito Worldometer (WoM) e del dabatabase Our-World-in-Data (OWiD) dell'Oxford University, le mappe e i grafici prodotti dal progetto – sempre all'Università di Oxford – 'COVID-19 Government Response Tracker' (Ox-CGRT), le proiezioni sul virus dell'Institute for Health Metrics and Evaluation (IHME), nonché i rankings nazionali elaborati dal Deep Knowledge Group (DKG)[1]. Alcune di tali intraprese si limitano ad aggiornare sulla situazione da un punto di vista strettamente medico, altre implicitamente invitano a comparare le performances nazionali, e altre ancora esplicitamente misurano la qualità delle infrastrutture e delle risposte istituzionali dei vari Stati. Tali iniziative hanno la capacità, a dispetto delle fallacie metodologiche che le sostengono, di direzionare l'opinione pubblica e tecnica verso determinate conclusioni, così nutrendo visioni e aspettative circa modelli individuati come migliori e incidendo sulle auto-narrazioni interne, oltre che sulla reputazione esterna, degli apparati statali.

È su tali progetti che si centra il presente contributo, nell'intento di investigarne i contenuti e denunciarne i limiti. A tal fine, l'analisi che segue presenterà anzitutto la panoplia di strumenti globali di misurazione della pandemia oggi disponibili (par. 2), per poi soffermarsi sui loro caratteri principali (par. 3) ed esaminare come alcuni fra essi rappresentino tentativi di comparazione giuridica quantitativa della gestione della crisi (par. 4). Il paragrafo conclusivo (par. 5) tirerà le fila circa i difetti e pericoli intrinseci a simili esperimenti.

[1] Le iniziative riportate nel testo sono ovviamente solo alcune delle tante intraprese di misurazione globale sorte dal gennaio 2020 in avanti. Il presente contributo si centra solo su una selezione fra esse, focalizzandosi sui progetti in inglese volti a raccogliere o produrre dati numerici globali sulla situazione sanitaria e sulla reazione giuridica degli Stati.

2. *Un mondo che conta*

Fin dai primi segnali dell'epidemia, numerosi soggetti – organizzazioni internazionali, imprese private, fondi di investimento e gruppi di ricercatori – hanno cominciato a raccogliere dati e a pubblicare relazioni, statistiche e indicatori globali circa la situazione nei vari Paesi. Si tratta di iniziative accomunate dal proposito di offrire una rappresentazione numerica del mondo, ma diversificate dalle realtà che intendono rappresentare, dai modi prescelti per farlo e dalla carica valutativa da esse veicolata.

A partire dal 21 gennaio 2020, l'OMS (Ginevra, Svizzera) ha pubblicato ogni giorno in un file pdf una relazione (tecnicamente chiamata 'CODIV-2019 situation report') che riporta i casi confermati di contagi e morti da COVID-19, così come ricevuti dalle autorità nazionali[2]. L'origine precisa e l'esatto significato dei dati riportati non sono chiarissimi, così come non lo è il livello di affidabilità e comparabilità delle informazioni nazionali. Lo stesso vale per l'iniziativa gemella lanciata attorno alla stessa data in seno alla UE dall'Epidemic Intelligence team dell'ECDC, situato a Solna (Svezia), il quale ha quotidianamente aggregato i numeri dell'OMS con le notizie fornite dai Paesi membri dell'UE e dell'Area Economica Europea (AEE) e dalle autorità nazionali di altri Paesi, per produrre tavole e mappe sullo stato di contagi e decessi nel mondo (è il c.d. 'COVID-19 situation update')[3]. Sia l'OMS che l'ECDC hanno deciso di fornire i loro risultati in un formato semplice e sobrio; i numeri non sono presentati in un ranking né è facile compararli fra loro[4]. Per poter rilavorare i dati, è necessario (teoricamente, ottenere l'autorizzazione dell'ente produttore che ne detiene

[2] Si v. il sito https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports.

[3] Cfr. https://www.ecdc.europa.eu/en/geographical-distribution-2019-ncov-cases e https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/data-collection, ove si spiega che "l'ECDC riceve aggiornamenti regolari dai membri UE/AEE […], dall'OMS e attraverso scambi via email con altri attori internazionali. Queste informazioni sono completate attraverso il vaglio giornaliero di fino a 50 fonti […]; queste ultime includono i siti dei ministri della salute (43%), i siti di istituti di salute pubblici (9%), i siti di altre autorità nazionali […]. (6%), i siti e i situation reports dell'OMS (2%) e i cruscotti e le mappe interattive ufficiali di istituzioni nazionali ed internazionali (10%). Per di più, l'ECDC controlla i profili social delle autorità nazionali, come i profili Twitter, Facebook, YouTube e Telegram dei ministri della salute (28%) e altri fonti ufficiali (2%)".

Questa e tutte le altre traduzioni presenti nelle note sono state effettuate dall'Autrice.

[4] Occorre tuttavia segnalare che, da circa metà maggio 2020, l'ECDC ha aggiunto alle proprie relazioni quotidiane un sito che consente a chi lo naviga di comparare direttamente il numero di contagiati e morti nei vari Stati e regioni del mondo: v. https://qap.ecdc.europa.eu/public/extensions/COVID-19/COVID-19.html.

i diritti di autore[5] e, praticamente) estrarli a mano dalle relazioni stesse – il che, come vedremo fra un attimo, è esattamente quanto fanno altri produttori di numeri globali. L'attività statistica dell'OMS con riguardo alla pandemia è finanziata dagli Stati membri, oltre che da altre organizzazioni internazionali, ONG, grandi donatori e imprese private (come la Bill & Melinda Gates Foundation e il colosso farmaceutico Novartis)[6], mentre il budget dell'ECDC è parte integrante di quello dell'Unione Europea – in altri termini, la sua attività è a carico (dei contribuenti) degli Stati membri della UE[7].

Di natura relativamente simile è il 'COVID-19 Dashboard', lanciato il 22 gennaio 2020 dal John Hopkins Coronavirus Resource Center (Baltimora, Maryland, Stati Uniti), sotto la guida della professoressa di ingegneria dei sistemi Lauren Gardner[8]. Il Dashboard è un cruscotto con intuitive classifiche e mappe interattive, che riporta in tempo reale il numero di casi e morti nel mondo, sulla base dei dati pubblicati dall'OMS e dall'ECDC, oltre che delle notizie estratte dai media locali[9]. I visitatori del sito possono giocare con i dati e creare mappe e classifiche a loro piacimento; i contenuti del sito sono coperti da copyright ma ne è consentito l'uso a fini educativi e accademici[10]. A differenza di quanto fanno l'OMS e l'ECDC, il sito della JHU tiene traccia del numero di visite e degli usi mediatici delle informazioni da esso riportate[11]. I fondi per il progetto

---

[5] I dati dell'OMS sono soggetti a diritto d'autore e, per lo meno in teoria, non possono essere utilizzati senza il permesso dell'organizzazione: https://www.who.int/about/who-we-are/publishing-policies/copyright. I dati ECDC sono coperti dal diritto d'autore, ma "possono essere riprodotti, adattati e/o redistribuiti, in tutto o in parte, indipendentemente dai mezzi e/o dal formato utilizzato, ammesso che sia sempre fatta menzione dell'ECDC quale fonte dei materiali" (https://www.ecdc.europa.eu/en/copyright).

[6] V. https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donors-and-partners/funding.

[7] V. https://www.ecdc.europa.eu/en/about-us/who-we-work/ecdc-partnerships.

[8] V. il sito https://coronavirus.jhu.edu/map.html, oltre che la presentazione del progetto in E. Dong, H. Du, L. Gardner, *An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time*, *Lancet Infectious Diseases*, 19 febbraio 2020, https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30120-1.

[9] Si v. https://systems.jhu.edu/research/public-health/2019-ncov-map-faqs/:

"Le fonti dei nostri dati includono l'Organizzazione Mondiale della Sanità, gli U.S. Centers for Disease Control and Prevention, l'European Center for Disease Prevention and Control, la Commissione Nazionale della Sanità della Repubblica Popolare cinese, media locali, distretti sanitari locali, e il DXY, una delle più grandi comunità on-line per dottori, professionisti sanitari, farmacie e ospedali".

[10] "Il sito e i suoi contenuti, inclusi tutti i dati, le mappe e le analisi, sono protetti dal diritto dell'autore in capo alla Johns Hopkins University e sono forniti per fini strettamente educativi e di ricerca accademica": https://systems.jhu.edu/research/public-health/2019-ncov-map-faqs/.

[11] Cfr. https://systems.jhu.edu/research/public-health/2019-ncov-map-faqs/ e https://coronavirus.jhu.edu/news. I dati prodotti dalla JHU sono ad esempio adottati dal

sono a carico della JHU e della National Science Foundation (NSF), l'agenzia federale statunitense di supporto alla ricerca di base[12].

Il 30 gennaio 2020, una società americana specializzata in media digitali, Dadax[13], ha iniziato a pubblicare sul proprio sito di statistiche globali 'Worldometers' una tavola on-line ove, paese per paese, si riportano i numeri assoluti e relativi (rispetto a 1 milione di abitanti) dei casi di contagio, morti, guariti e test realizzati[14]. La tavola, che è piuttosto basica e consente il ri-ordino dei Paesi in base ai valori di ciascuno, è compilata attraverso il vaglio, da parte del team di sviluppatori che lavora al sito, di notizie emesse da autorità nazionali e media; per molti dei dati riportati è indicata la fonte precisa dalla quale questi ultimi sono stati estratti[15]. Accanto alla tavola, WoM offre grafici e studi basati sulle statistiche raccolte, il cui uso è però soggetto a licenza[16]. Il sito WoM, come quello della JHU, tiene traccia degli impieghi politici, scientifici e mediatici delle sue risultanze[17]; ma, a differenza dell'iniziativa della JHU, il finanziamento del sito è interamente privato, venendo dai ricavi della vendita di spazi pubblicitari e dai servizi di analisi dei dati prestati dalla società[18].

I progetti sul COVID di OWiD e dell'Ox-CGRT sono nati entrambi presso l'Università di Oxford. L'OWiD è in realtà parte di un'intrapresa no-profit più ampia, finanziata da donatori privati (come la Bill & Melinda Gates Foundation) e iniziata nel 2011 da Max Roser, professore di economia e direttore dell'Oxford Martin Programme on Global Development presso l'Oxford Martin School[19]. A partire da metà febbraio 2020, il sito OWiD, poggiando sulle informazioni pubblicate (dall'OMS all'inizio, e poi) dall'ECDC, ha raccolto dati sui casi, morti, tamponi e rischi di mortalità associati al Coronavirus e li ha ritrasformati in un dataset pubblico, visualizzabile in tavole, grafici e mappe riutilizzabili liberamente (il tutto è sotto licenza Creative Commons

---

Fondo Monetario Internazionale nel suo database 'Policy Responses to COVID-19', disponibile a https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19.

[12] Si v. https://systems.jhu.edu/research/public-health/ncov/.

[13] https://www.worldometers.info/about/.

[14] https://www.worldometers.info/coronavirus/.

[15] Si v. il sito https://www.worldometers.info/coronavirus/, sotto 'Updates'. Fra l'altro, il sito consente anche di riportare direttamente a WoM la notizia di un caso: si v. alla stessa pagina, sotto 'report coronavirus cases'.

[16] https://www.worldometers.info/licensing/.

[17] https://www.worldometers.info/coronavirus/about/.

[18] V. https://www.worldometers.info/about/.

[19] V. https://ourworldindata.org/coronavirus e https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/people/dr-max-roser/.

(CC)) e rimodulabili a scelta dell'utente[20]. Inoltre, il sito OWiD ospita una sezione sulle reazioni dei governi, che è interamente tratta dall'Ox-CGRT[21]. Quest'ultimo è stato lanciato nel marzo 2020 da un team di scienziati guidati da Thomas Hale, professore di politiche pubbliche presso la Blavatnik School of Government della Oxford University[22]. Esso consiste in un insieme di diciassette indicatori, costruiti sulla base delle notizie giornalistiche e delle dichiarazioni da parte delle autorità nazionali reperibili sul web, raccolte manualmente da un centinaio di studenti che gratuitamente collaborano al progetto[23]. Gli indicatori misurano le decisioni nazionali di restrizione dei movimenti e di sospensione delle attività commerciali, educative ed artistiche, nonché le politiche economiche e le scelte sanitarie perseguite dai governi dall'inizio della pandemia. Dagli indicatori sulla restrizione dei movimenti e sospensione delle attività l'Ox-CGRT elabora il suo Stringency Index, ovvero un indice della severità delle misure intraprese[24]. I materiali che compongono gli indicatori, accompagnato dalle indicazioni metodologiche e dalle istruzioni per il coding, possono essere visualizzati in mappe e ranking personalizzabili dagli utenti oppure scaricati e riutilizzati liberamente in base a una licenza CC[25]. Il tutto è realizzato in virtù del lavoro pro bono svolto dalle persone coinvolte. Sia l'Ox-CGRT che il sito OWiD (come la JHU e WoM) tengono un elenco delle citazioni mediatiche e accademiche dei loro progetti[26].

Il 26 marzo 2020, l'IHME, un centro di ricerca sulla salute globale fondato a Seattle presso l'Università di Washington, con il sostegno della Bill & Melinda Gates Foundation e dello Stato di Washington[27], ha inaugurato una pagina

---

[20] V. https://ourworldindata.org/coronavirus e https://ourworldindata.org/coronavirus-source-data (ove sono inoltre resi accessibili le fonti di origine dei dati raccolti nel dataset).

[21] https://ourworldindata.org/policy-responses-covid.

[22] https://www.bsg.ox.ac.uk/people/thomas-hale.

[23] La fonte dei dati non è pubblicata, ma si specifica che l'Ox-CGRT "registra i materiali originali alla base dei dati affinché il loro coding possa essere controllato e corroborato": A. Petherick, B. Kira, N. Angrist, T. Hale, T. Phillips, S. Webster, *Variation in Government Responses to Covid-19*, *Blavatnik School Working Pape*r, 29 aprile 2020, a https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-05/BSG-WP-2020-032-v5.0_0.pdf, p. 4. Chiunque abbia commenti o informazioni da rivolgere al team può farlo via web (v. 'please contact us'), a https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker.

[24] V. https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker, così come Petherick, Kira, Angrist, Hale, Phillips, Webster, *Variation in Government Responses to Covid-19*, supra nt. 24.

[25] Si v. il sito https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker, sotto 'Data'.

[26] V. https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker (alla fine della pagina) e https://ourworldindata.org/covid-media-coverage.

[27] http://www.healthdata.org/about/history.

web con dati e proiezioni nazionali e sub-nazionali su numero di decessi, casi di contagio confermati e stimati, tamponi effettuati, rispetto delle misure di distanziamento sociale e uso delle risorse ospedaliere[28]. Sotto la guida di Christopher J.L. Murray, professore di statistica sanitaria e direttore dell'IHME, i ricercatori dell'IHME aggregano dati raccolti da autorità nazionali, l'OMS, la JHU, il sito OWiD e altre fonti non specificate[29], riproducendoli in grafici e mappe interattive e rilavorabili dagli utenti (con licenza CC[30]) che hanno la duplice caratteristica (i) di permettere la comparazione dei risultati non solo fra Paesi, ma anche fra unità sub-statali e (ii) di accompagnare la rappresentazione storica dell'andamento della pandemia con stime circa i suoi possibili sviluppi, realizzati attravero i modelli predittivi sviluppati dallo stesso team. Il sito dell'IHME riporta anche una lista dei riferimenti mediatici e giornalistici alle sue proiezioni[31].

A fine marzo 2020, si sono aggiunte all'elenco fin qui tratteggiato le classifiche e le stime prodotte dal fondo di investimento in materia di medicina e tecnologie digitali 'smart' DKG, che ha sede a Hong Kong[32]. Sulla base dei dati pubblicati dall'OMS, dall'ECDC, dalla JHU, da WoM e da "altre fonti liberamente accessibili"[33], DKG si è concentrato sull'elaborazione di classifiche circa i paesi (e le loro regioni) migliori e peggiori per tassi di sicurezza, rischio, efficienza dei trattamenti e efficacia nella risposta istituzionale (sono i 'COVID-19 Safety Ranking', 'COVID-19 Risk Ranking', 'CODIV-19 Treatment Efficiency Ranking' e la 'Top-15 Most Supportive Governments'); in preparazione vi sono

[28] Disponibile a https://covid19.healthdata.org/united-states-of-america. Si v. anche IHME COVID-19 health service utilization forecasting team (sotto la direzione di C.J.L. Murray), *Forecasting the impact of the first wave of the COVID-19 pandemic on hospital demand and deaths for the USA and European Economic Area countries*, 26 aprile 2020, a https://doi.org/10.1101/2020.04.21.20074732.

[29] Si veda http://www.healthdata.org/covid/faqs; non è ad esempio indicata la fonte dei dati sul distanziamento sociale, per i quali l'IHME si limita a dichiarare che gli indici di mobilità delle persone sono basati "sui dati anonimizzati dei cellulari che molte imprese telefoniche e tecnologiche hanno messo a disposizione per la lotta al COVID-19" (http://www.healthdata.org/covid/faqs).

[30] Si v. http://www.healthdata.org/about/terms-and-conditions.

[31] Si v. http://www.healthdata.org/covid/media.

[32] Si v. il sito https://www.dkv.global/overview (molte delle società indicate nella pagina come participanti al fondo risultano però inesistenti). DKG era già balzata agli onori delle cronache quando nel 2014 aveva annunciato la nomina, entro il suo consiglio di amministrazione, del sistema di intelligenza artificiale Vital: F. Möslein, *Robots in the boardroom: artificial intelligence and corporate law*, in W. Barfield e U. Pagallo (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, EE, Cheltenham 2018, pp. 649-651.

[33] V. https://www.dkv.global/disclaimer e https://www.dkv.global/methodology.

classifiche ulteriori, imperniate non sugli Stati, bensì su imprese e ricercatori[34]. Né l'origine precisa dei dati impiegati, né i meccanismi di loro elaborazione sono resi noti, in quanto DKG dice di avvalersi di "fonti e tecniche proprietarie" che restano pertanto inaccessibili[35]; i risultati offerti non sono rilavorabili dagli utenti, né è chiaro se possano essere ri-utilizzati, dal momento che il sito non riporta alcuna indicazione in merito. Il DKG, inoltre, non pubblica informazioni né sugli analisti che lavorono alle classifiche, né circa i meccanismi di finanziamento dei suoi studi. Come le iniziative sue consorelle, anche il DKG dà risalto agli impieghi mediatici delle sue risultanze[36].

3. *La febbre quantitativa e le sue manifestazioni*

La breve panoramica appena conclusa dimostra come, nel corso di circa tre mesi, si siano attivate almeno otto iniziative di raccolta di dati sulla pandemia a livello globale. Ciò ovviamente non sorprende quando il produttore di tali informazioni sia un'organizzazione internazionale globale quale l'OMS, cui lo statuto fondativo attribuisce espressamente la funzione di mantenere e coordinare "servizi epidemiologici e statistici"[37], oppure l'ECDC, per quanto la missione istituzionale di quest'ultimo di "ricerca[re], raccoglie[re], riuni[re], valuta[re] e diffonde[re] i dati scientifici e tecnici pertinenti"[38] sia al servizio (e a carico) dei soli stati membri dell'UE. Stupisce poco anche la contribuzione dell'IHME, che è un centro di ricerca sullo stato della sanità del mondo, e del DKG, il quale è sì un fondo di investimento, ma la cui attenzione è primariamente diretta al mercato sanitario e farmaceutico.

È viceversa curioso – sebbene tutt'altro che eccezionale – che all'opera di realizzazione di statistiche e classifiche mondiali sul virus si siano cimentati soggetti di diversa caratura, estrazione e competenze. Vi sono società di sviluppo digitale (WoM) e ricercatori universitari con esperienza nella gestione di dati globali, vuoi dal punto di vista ingegneristico (JHU), economico (OWiD) o politico (Ox-CGRT). La maggior parte di queste iniziative (così per il cruscot-

[34] Il titolo in inglese è 'Top 10 AI Companies Fighting with COVID-19' e 'Top 20 Scientists Fighting with COVID-19': https://www.dkv.global/covid.

[35] Cfr. https://www.dkv.global/disclaimer, https://www.dkv.global/methodology e http://analytics.dkv.global/data/ranking-framework-and-methodology.pdf.

[36] Si v. il sito https://www.dkv.global/media-news.

[37] Art. 2, lett. (f), Costituzione dell'OMS (1946), come successivamente emendata. Il testo attuale è disponibile a https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf?ua=1 (traduzione dell'A.).

[38] Art. 3(2), lett. (a), Regolamento (CE) n. 851/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 con il quale si crea un Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie.

to della JHU, il sito OWiD, le proiezioni dell'IHME e le classifiche di DKG) si limita a estrarre, rilavorare e presentare in un formato glamour i numeri ottenuti dalle autorità nazionali dall'OMS e dall'ECDC, spesso integrandoli con fonti addizionali non immediatamente rintracciabili[39] (e così approfittando dell'attività di raccolta svolta dalle due organizzazioni internazionali con fondi pubblici[40]). Altri progetti (le statistiche del sito WoM e l'Ox-CGRT) effettuano un lavoro autonomo di ricerca, che tuttavia poggia su informatori (autorità nazionali e/o media) non chiaramente definiti e non interamente tracciabili. A distinguere le iniziative in esame concorrono poi elementi ulteriori, attinenti alla vicinanza fra le risultanze da esse offerte e i dati all'origine, e alla finalità preminente che guida l'operazione.

Sul primo fronte, è certo che tutte le intraprese esaminate riportano informazioni di seconda, terza, quarta ed ennesima mano, la cui accuratezza e comparabilità sono altamente dubbie. Basti pensare, anche quando le fonti di riferimento siano statistiche nazionali ufficiali, come avviene per l'OMS e l'ECDC, alle diversità di risorse e interpretazioni disponibili agli stati nel calcolare contagiati e decessi, oltre che al pinguo insieme di variabili (e.g., quantità di test effettuati, fasce della popolazione interessate, densità e distribuzione abitativa nel territorio) che influenzano il significato di quanto raccolto[41]. È tuttavia ovvio che, tanto maggiore è la distanza fra le informazioni locali e la loro aggregazione globale, tanto più lontano dai dati originari è il fenomeno misurato, tanto meno significativi sono i valori prodotti. Un conto è sommare le statistiche nazionali in un unico conto di infettati e morti, come fanno l'OMS e l'ECDC; un altro è partire da numeri già recuperati da altri (e quindi già soggetti a plurimi passaggi di uniformazione forzata) per elaborare conclusioni numeriche circa il tasso di mortalità (OWiD), il rispetto del distanziamento sociale (IHME) e l'efficacia dei trattamenti sperimentati (DKG) in un dato paese. Non a caso, la maggioranza delle iniziative intraviste sottolinea l'impossibilità di fare affida-

[39] La JHU, l'IHME e il DKG dichiarano che l'elenco delle loro fonti 'include', fra gli altri, i dati forniti dall'OMS e dall'ECDC, ma non precisano la lista completa dei luoghi d'origine dei loro materiali: v. supra, ntt. 9, 33 e 29.

[40] Questa riutilizzabilità e circolarità delle informazioni impiegate spiega, fra l'altro, perché vi siano poche barriere all'entrata per l'ingresso nel mercato delle statistiche e classifiche mondiali. A chi voglia crearne una, è sovente sufficiente aggregare raccolte di dati realizzare da altri per dar vita a una nuova iniziativa: R.F. Urueña, *Indicators as Political Spaces. Law, International Organizations, and the Quantitative Challenge in Global Governance*, in *International Organization Law Review*, v. 12, 2015, pp. 1, 6-7, 15.

[41] Si è molto discusso, a questo riguardo, circa la variabilità di criteri interpretativi adottati dagli Stati nel raccogliere dati sull'epidemia, a cominciare dalle scelte circa il numero di tamponi e test effettuati (e dove, e su chi) e dalle decisioni concernenti la classificazione delle morti sospette.

mento alle loro stesse risultanze, invitando i lettori a utilizzarle con cautela[42], a non considerarle indicazioni di carattere medico[43], a non fondarvi conclusioni circa l'appropriatezza o l'efficacia dell'azione di un governo[44] e prenderle come notizie "puramente indicative e a scopo esclusivamente conoscitivo"[45].

Le intraprese analizzate non si distinguono solo per la quantità dei gradi di separazione fra dati e risultanze, nonché il vario livello di sofisticazione dei processi necessari a passare dagli uni agli altri. Un altro fondamentale crinale distintivo, ancorché grigio in molte sue zone, separa le iniziative che hanno una finalità prettamente informativa circa lo stato dell'arte rispetto a quelle che invece si fanno chiaramente portatrici di un giudizio sulla qualità o performance delle unità esaminate. È rilevante tenere a mente, in questa prospettiva, come sia l'OMS che l'ECDC riportino i loro dati in modo bruto, paese per paese in ordine alfabetico, su tabelle incolori che non si prestano a essere facilmente riorganizzate dai loro utilizzatori: chi voglia capire in quali Stati la situazione è peggiore deve manualmente estrarre e rilavorare i numeri. Tutti gli altri progetti qui in esame, invece, adottano formati eleganti e intuitivi (mappe colorate, carte interattive, tavole riorganizzabili in versione discendente o ascendente, cruscotti personalizzabili, top-ten e classifiche) che consentono ai loro utilizzatori di giocare con i numeri forniti e di comparare facilmente il quadro dei vari Paesi, separando i buoni dai cattivi performers. Ogni qual volta una raccolta di dati numerici – come il cruscotto della JHU, i siti di WoM e dell'OWiD, l'Ox-CGRT, le proiezioni dell'IHME e le classifiche del DKG – pone l'enfasi sulla messa a paragone degli Stati e sulla loro ordinabilità dal migliore al peggiore, i loro utilizzatori sono implicitamente guidati a esprimere un giudizio circa la gravità delle situazioni esaminate e l'abilità dei Paesi nel gestirle. Il giudizio, poi, diventa esplicito laddove, come nel caso dell'Ox-CGRT e delle classifiche del DKG, la misurazione si diriga direttamente a quantificare elementi di per sé insuscettibili di espressione numerica, quali la rapidità e severità delle reazioni nazionali o l'efficacia dei loro interventi, sulla base di parametri più o meno chiaramente verbalizzati.

---

[42] La precisazione che "occorre prestare cautela nell'interpretazione dell'insieme dei dati qui presentati" è contenuta in ciascuno dei Situation Reports dell'OMS. L'ECDC avvisa gli utilizzatori "di usare tutti i dati con prudenza e consapevolezza delle loro limitazioni": https://www.ecdc.europa.eu/en/geographical-distribution-2019-ncov-cases.

[43] La JHU proibisce agli utilizzatori di "fare affidamento sul sito per informazioni mediche" ed esclude "l'esistenza di qualsiasi garanzia con riguardo ai contenuti del sito, inclusa la loro accuratezza": https://systems.jhu.edu/research/public-health/2019-ncov-map-faqs/.

[44] Lo Stringency Index "non deve essere interpretato come una misura dell'appropriatezza o effettività della risposta dei governi": Petherick, Kira, Angrist, Hale, Phillips, Webster, *Variation in Government Responses to Covid-19*, supra nt. 24, p. 6.

[45] "Le informazioni sono qui fornite come puramente indicative e a scopo esclusivamente conoscitivo": https://www.dkv.global/disclaimer. Non vi sono invece simili avvertenze sui siti del WoM e dell'OWiD.

Sono proprio la lontananza di quanto misurato dai dati iniziali e l'attitudine comparativo-valutativa a connotare le iniziative che si allontanano dal modello delle statistiche per avvicinarsi alla categoria dei c.d. indicatori. Questi ultimi, secondo la definizione più accreditata, sono

> «raccolt[e] di dati organizzati in una classifica che si propong[ono] di rappresentare le prestazioni passate o future di diverse unità. I dati sono generati attraverso un processo che semplifica informazioni grezze con riguardo a un complesso fenomeno sociale. I dati, in questa loro forma semplificata e processata, sono suscettibili di essere usati per comparare particolari unità di analisi (come paesi, istituzioni o imprese), in chiave sincronica o diacronica, e per valutarne le performance con riferimento a uno o a più standard»[46].

Il valore di queste iniziative non risiede nell'accuratezza delle descrizioni da esse fornite, bensì esattamente nella loro capacità di esprimere un giudizio comparativo in modo sintetico e apparentemente scientifico. Proprio perché gli indicatori, diversamente dalle statistiche, traggono la loro forza non tanto dalla loro (variabile) appropriatezza metodologica, o dalla competenza e autorità di chi li produce, quanto dalla diffusione di opinioni veicolate in forma numerica, essi adottano vesti e stili di confezionamento di grande eleganza visiva e semplicità all'uso, che li rendono appetibili a quanti – lettori ed elettori, giornalisti e accademici, tecnici e politici – cercano una conferma o un'indicazione per le proprie decisioni. Per lo stesso motivo, gli indicatori tengono traccia degli impieghi che di essi fanno parti terze: se l'usabilità è fondamentale al loro successo, la prova del loro uso offre conferma del loro prestigio e nutre la loro parvenza di affidabilità. Si spiega così perché sia l'OMS che l'ECDC adottino strumenti di disseminazione dei dati piuttosto basilari, e non si curino dell'eventuale affidamento che altri ripongano nei loro dati, mentre tutte le altre

[46] K.E. Davis, B. Kingsbury, S. Engle Merry, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in K.E. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S. Engle Merry (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, New York 2012, p. 3, 6. Ulteriori caratteristiche tipiche degli indicatori si rinvengono nel fatto che essi: sono sovente prodotti da soggetti la cui competenza non è chiaramente correlata a quanto studiato; si fanno solitamente espressione e veicolo di una teoria precisa circa i fenomeni analizzati; sono d'abitudine liberamente accessibili in forma elettronica e si presentano con un formato raffinato, attraente e di immediata usabilità; vengono spesso ripetuti nel tempo a intervalli brevi e tengono traccia dei loro impieghi da parte di terzi, poiché sia la periodicità che le prove del successo sono strumenti per rafforzare la legittimazione dei loro produttori e per liberare il loro potenziale di strumenti 'nudging'. Su tutto ciò, v., oltre che infra nel testo, M. Infantino, *Numera et impera. Il diritto comparato e gli indicatori giuridici globali*, FrancoAngeli, Milano 2019, in ispecie pp. 81-98.

iniziative in esame abbiano siti colorati, intuitivi e personalizzabili, oltre che un'apposita sezione dedicata alle loro citazioni mediatiche e accademiche.

4. *Numeri e architetture giuridiche*

A differenza delle statistiche, in cui la finalità descrittiva è preminente, gli indicatori globali sono dunque strumenti di comparazione e giudizio dei Paesi valutati.

Per la verità, la più parte degli indicatori della pandemia – il cruscotto della JHU, le statistiche dei siti del WoM e dell'OWiD, e parzialmente le proiezioni dell'IHME – ha evitato di esprimersi sulle ragioni che sostengono i risultati raccolti, limitandosi a suggerire, attraverso il confronto numerico, che vi siano luoghi più fortunati o virtuosi di altri, e lasciando agli utilizzatori il compito di avanzare ipotesi circa i motivi per cui i numeri circa infetti e decessi si articolano diversamente nelle varie regioni. Ma altri indicatori – l'Ox-CGRT e le classifiche di DKG – sono invece chiaramente tesi alla misurazione della bontà degli operati statali, in base all'assunto implicito che questi siano determinanti nella gestione della pandemia.

Tali misurazioni prendono in considerazione plurime variabili – medico-sanitarie, ma anche economiche, politiche, istituzionali e giuridiche – per determinare la qualità della reazione degli apparati nazionali.

Per illustrare, gli otto indicatori sulle misure di contenimento che compongono l'Ox-CGRT, i quali costituiscono la base per lo 'Stringency Index', contano rispettivamente se e come siano state adottate misure che impongano: la chiusura di scuole (1) e di luoghi di lavoro (2), la cancellazione di eventi pubblici (3), il divieto di assembramenti (4), il blocco dei trasporti (5), l'ordine di restare a casa (6), la restrizione dei movimenti (7), limitazioni degli spostamenti internazionali (8)[47]. La somma dei singoli risultati, adeguatamente pesata e trasformata in una scala da 0 a 100, esprime il punteggio finale attribuito a ciascun paese nello Stringency Index.

Quanto al DGK, la classifica 'COVID-19 Safety Ranking', sotto la voce 'efficacia della quarantena', misura (e traduce in un numero) la rapidità con cui ciascun paese ha istituito di un periodo di quarantena, l'esistenza di sanzioni penali nell'ipotesi di violazione di quest'ultima, l'erogazione di forme di supporto economico e la creazione di restrizioni agli spostamenti[48]. Compongono il 'COVID-19 Risk Ranking', sempre di DKG, elementi quali l'efficienza dell'organiz-

[47] La metodologia è spiegata in modo relativamente trasparente: v. Petherick, Kira, Angrist, Hale, Phillips, Webster, *Variation in Government Responses to Covid-19*, supra nt. 24, nonché il sito https://github.com/OxCGRT/covid-policy-tracker/blob/master/documentation/codebook.md.

[48] Si v. DKG, *COVID-19 Ranking Framework Methodology*, 2020, a http://analytics.dkv.global/data/ranking-framework-and-methodology.pdf. Il 'COVID-19 Safety Ranking' di DKG

zazione di governo, i tassi di corruzione del paese, il livello di digitalizzazione della pubblica amministrazione, nonché la 'disciplina sociale' della popolazione[49]. Nella classifica 'COVID-19 Treatment Efficiency Ranking', troviamo, fra le dimensioni esaminate, l'ampiezza delle campagne mediatiche realizzate dai governi, il rispetto del distanziamento sociale, la flessibilità del quadro regolatorio con riguardo ai farmaci[50]. Non è dato sapere come DKG raccolga ed elabori le informazioni necessarie a rispondere a tali punti, né il peso relativo di ciascuna di tali voci sul risultato finale. Ancora più oscuro è il modo in cui DKG produce la sua classifica ulteriore circa i 'Top-15 Most Supportive Governments', per la quale sono forniti i risultati, ma non le indicazioni metodologiche.

Non è necessario essere un giuscomparatista per rendersi conto di come sia il team che lavora all'Ox-CGRT sia il DKG si siano cimentati, in un lasso di tempo brevissimo, in un'opera immane, che comprende: l'individuazione della ricetta per una risposta 'corretta' alla pandemia, la definizione dei suoi ingredienti fondamentali, lo studio della corrispondenza a quella ricetta delle iniziative normative assunte da un numero elevatissimo di Paesi – circa 190. Da questo punto di vista, così l'Ox-CGRT come le classifiche del DKG possono dirsi indicatori giuridici globali, ossia intraprese le cui "variabili aspirano a misurare una gamma di connotati propri alle istituzioni giuridiche di un paese, se non addirittura aspetti specifici del contesto legislativo e regolatori di una giurisdizione"[51].

---

si compone di quattro voci: 'efficacia della quarantena', 'efficacia della gestione governativa', 'monitoraggio e individuazione dei casi', 'preparazione ai trattamenti di emergenza'.

[49] I primi tre elementi contano sotto la voce 'gestione governativa', mentre l'ultimo è parte della voce 'rischi specifici regionali'; a queste due voci si aggiungono quelle circa 'il rischio di diffusione dell'infezione' e 'l'efficienza delle strutture sanitarie'. V. DKG, *COVID-19 Ranking Framework Methodology*, supra nt. 48.

[50] Le prime due sono parte della voce 'gestione della malattia', mentre l'ultima compone la voce 'nuovi approcci al trattamento in materia di ricerca e sviluppo'; a queste due si aggiungono quelle riguardanti il 'monitoraggio della malattia' e il 'trattamento delle situazioni di emergenza'. V. DKG, *COVID-19 Ranking Framework Methodology*, supra nt. 48.

[51] T. Krever, *Quantifying law. Legal indicator projects and the reproduction of neoliberal common sense,* in *Third World Quarterly*, vol. 34, 2013, pp. 131-132. Secondo definizioni ulteriori, gli indicatori giuridici possono dirsi "misurazioni […] e classifiche circa la qualità del diritto e delle istituzioni giuridiche nel mondo intero o in sue regioni selezionate" (D. Restrepo Amariles, *Supping with the Devil? Indicators and the rise of managerial rationality in law*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 13, 2017, pp. 465, 466, o, ancora, strumenti che valutano "lo stato o la performance di un istituto giuridico in vari sistemi giuridici statali, sulla base di una metodologia quantitativa e tramite il ricorso a valutazioni numeriche" (D. Restrepo Amariles e J. McLachlan, *Legal Indicators in Transnational Law Practice: A Methodological Assessment*, in *Jurimetrics Journal*, vol. 58, 2018, p. 163, 167; sul punto, v. anche Infantino, *Numera et impera*, supra nt. 46, pp. 94-95; K.E. Davis, *Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law*, in *Annual Review of Law & Social Science*, vol. 10, 2014, pp. 37, 38-39.

Gli indicatori giuridici globali possono cioè essere qualificati come strumenti di comparazione quantitativa, realizzati attraverso la semplificazione di informazioni complesse e la traduzione dei risultati in numeri, e rivolti a misurare la qualità o performance dei soggetti esaminati alla luce di parametri più o meno espliciti. Tali indicatori hanno il pregio di offrire una visione d'insieme difficilmente realizzabile altrimenti, in specie tramite gli strumenti propri alla comparazione qualitativa[52]. Ma si tratta – come stiamo per vedere – di una visione della cui serietà e opportunità vi è più di un motivo per dubitare.

Intraprese come quelle or ora evidenziate scontano anzitutto l'assoluta discrezionalità delle scelte ideologiche e metodologiche effettuate a monte dai loro realizzatori circa cosa valutare e come farlo. Perché considerare le misure di chiusura delle scuole e dei luoghi di lavoro, e non tenere in conto, ad esempio, anche l'esistenza di sistemi di tracciamento dei movimenti e/o il numero e tipologia di servizi reputati 'essenziali' e quindi sfuggenti ai divieti? Come classificare, poi, un paese che chiuda le scuole ma migri, per alcune di esse, verso la didattica a distanza, o che permetta il mantenimento di certe attività, ma a date condizioni di svolgimento e/o di accesso? Perché, nell'apprezzare il tasso di rischio e l'efficacia dei trattamenti propri a ciascun paese, dovrebbe importare il livello di digitalizzazione della pubblica amministrazione o la flessibilità del quadro regolatorio riguardante i farmaci – e, soprattutto, come quantificarli?

Anche a essere d'accordo sulle variabili rilevanti (e quelle no), oltre che sulle modalità prescelte per scrutinarle, l'approccio quantitativo adottato da tali iniziative sacrifica l'accuratezza delle informazioni raccolte, l'adeguata contestualizzazione delle risposte, l'incomparabilità cruda delle situazioni esaminate, il possibile rilievo di elementi non considerati, l'importanza dell'effettiva applicazione delle misure adottate, più che la loro astratta esistenza. Sia l'Ox-CGRT

[52] Come molti hanno notato con riguardo a un'altra intrapresa di comparazione giuridica quantitativa – quella sulle origini giuridiche dello sviluppo condotta dal c.d. gruppo LLSV (composto da R. La Porta, F.C. Lopez de Silanes, A. Shleifer, R.W. Vishny), la quale ha dato origine ai celebri Doing Business Reports con cui annualmente la Banca Mondiale classifica i Paesi del mondo in base alla 'business-friendliness' delle loro infrastrutture giuridiche –, i giuscomparatisti 'tradizionali' rifuggono dal compiere lavori simili: "nella nostra disciplina nessuno avrebbe mai osato (almeno dai tempi del Panorama di Wigmore) avventurarsi nella comparazione di così tanti sistemi giuridici in così poco spazio sapendo così poco su ciascuno di essi" (M. Bussani e U. Mattei, *Diapositives versus movies – the inner dynamics of the law and its comparative account*, in M. Bussani e U. Mattei (eds.), *Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 3, 5); "i giuscomparatisti ortodossi si sarebbero rifiutati di realizzare un'opera così ambiziosa; anche se avessero tentato di farlo, ne sarebbe risultato un tomo di 2000 pagine e 6000 note piene di cautele e qualificazioni che lo avrebbero reso del tutto illeggibile" (D.F. Vagts, *Comparative Company Law – The New Wave*, in R.J. Schweizer, H. Burkert, U. Gasser (eds.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Schulthess, Zurich, 2000, pp. 595, 604).

che le classifiche del DKG, al fine di rendere paragonabili fra loro, e traducibili in un punteggio, i giudizi circa le realtà esaminate, sono costretti a semplificare all'osso i dati ricercati e l'insieme dei fattori significativi, elidere l'importanza del contesto nel quale quei dati vivono, fare a meno dell'interesse per il diritto applicato e per le regole non ufficiali, e passare sopra alle enormi disparità – in termini di dimensione, demografia, risorse, prosperità economica, solidità delle istituzioni, dipendenza dal contesto internazionale, storia, cultura, lingua –, che separano un paese dall'altro.

Senza dire di come tali iniziative diano ampiamente per scontato che vi sia una risposta 'corretta' alla pandemia, valida per chiunque e in ogni luogo, che quindi chi si è già mosso in quella direzione sia superiore agli altri, e che questi ultimi potrebbero agilmente migliorare la propria gestione dell'emergenza adottando misure analoghe a quelle indicate dal modello individuato come migliore[53]. Tali presupposti, ovviamente, si prestano a loro volta a critica, essendo dubbi sia i contenuti che l'esistenza stessa di una ricetta 'chiavi in mano' per la gestione della crisi sanitaria. Nell'incertezza, sia l'Ox-CGRT che le classifiche del DKG elaborano le loro teorie in un formato che è al contempo sufficientemente semplice e pseudo-scientifico da catturare l'attenzione di un numero ampio di lettori e persuaderli della serietà dell'intrapresa. Se è sicuro che le decisioni assunte dai governi usualmente poggiano su dati diversi, raccolti ed elaborati a livello locale, è altrettanto certo che gli indicatori globali rimbalzano nel dibattito pubblico e mediatico, nutrendo aspettative, creando visioni e sollevando questioni cui spetta comunque ai decisori domestici e locali dare risposta[54].

5. *Conclusioni*

L'analisi appena condotta e il confronto fra le iniziative di misurazione globale della pandemia dimostrano come tali progetti si situino lungo un continuum che va da raccolte di dati a finalità prevalentemente informativo-descrittiva, a indicatori con uno scopo più chiaramente valutativo-prescrittivo, fino ad arrivare a veri e propri strumenti di comparazione quantitativa (anche) giuridica.

---

[53] Vi è già ad esempio che decanta i meriti dell'Ox-CGRT proprio perché questo, "in virtù della sua natura quantitativa e aggregata, rappresenta uno strumento ideale per classificare le reazioni dei Paesi all'epidemia e per identificare le strategie migliori da adottare nelle circostanze" (B. George, B. Verschuere, E. Wayenberg, B.L. Zaki, *A Guide to Benchmarking COVID-19 Performance Data*, in *Public Administration Review*, 2020, pp. 696, 697).

[54] Fra i tanti possibili esempi degli effetti mediatici degli indicatori sui singoli Paesi, si v. la polemica fra il governo spagnolo, la JHU e il WoM nella guerra dei numeri circa la pandemia: S. McLean, L. Perez Maestro, S. Hernandez, G. Mezzofiore, K. Polglase, *The Covid-19 pandemic has catapulted one mysterious data website to prominence, sowing confusion in international rankings*, CNN, 19 maggio 2020, a https://edition.cnn.com/interactive/2020/05/world/worldometer-coronavirus-mystery/.

Mentre la produzione di statistiche, specie in ambito medico, usualmente involge esperti epidemiologici che seguono i metodi e i protocolli sviluppati da decenni di sedimentazione della conoscenza e dell'esperienza statistico-sanitaria[55], la realizzazione di misurazioni numeriche dei fenomeni sociali avviene per mano di soggetti variegati, non sempre né chiaramente esperti né espressamente legittimati al riguardo, che si muovono in un quadro metodologico ove mancano prassi e procedure accettate per la loro costruzione. Sia le statistiche che gli indicatori nascono da, e riproducono, specifiche ideologie e credenze circa le realtà cui si applicano. Nel caso degli indicatori, però, l'expertise dubbia e la legittimazione debole dei loro produttori, la soggettività e discrezionalità delle scelte su cui si fondano, la criticabilità e l'opacità dei loro mezzi, l'assenza di guide condivise di riferimento, nonché l'attitudine valutativo-prescrittiva loro propria, rendono tali strumenti pressoché privi di valore informativo e quasi del tutto inutili, se non fuorvianti, quale base per le decisioni collettive e individuali. Paradossalmente, grazie al loro formato accattivante, alla semplicità dei messaggi trasmessi e all'illusoria oggettività del metodo comparativo-quantitativo impiegato, gli indicatori aspirano – e ahinoi sovente si prestano – a essere impiegati quali strumenti di guida e orientamento delle scelte e politiche pubbliche, incluse quelle giuridiche, a livello nazionale. Il fatto che gli Stati siano esaminati e posizionati secondo un ordine digradante finisce difatti sovente per operare come incentivo per l'adozione di riforme volte a migliorare la loro collocazione nella classifica, così spingendoli a conformarsi all'ideale metro di riferimento abbracciato da chi realizza quegli strumenti – a dispetto delle numerose criticità che affliggono questi ultimi[56].

È dunque cruciale, nella pandemia come (e forse più che) in tempi ordinari, distinguere fra le varie forme di produzione di conoscenza globale. I dati e i numeri sono importanti, ma ancora più importante è saperne riconoscere il valore.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Bussani M., Mattei U., *Diapositives versus movies – the inner dynamics of the law and its comparative account*, in *Cambridge Companion to Comparative Law*, eds. M. Bussani, e U. Mattei, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

[55] Basti ricordare – oltre all'attività di costruzione di statistiche in materia sanitaria da parte dell'OMS – gli sforzi condotti fin dal 1946 per costruire un'expertise statistica globale relativamente omogenea da parte della United Nations Statistical Commission, sui quali si v., per tutti, M. Ward, *Quantifying the World. UN Ideas and Statistics*, Indiana University Press, Indianapolis, 2004, pp. 5-6, 36- 53, 140-203.

[56] Per più di un'evidenza del potere degli indicatori giuridici globali, v. Infantino, *Numera et impera*, supra nt. 46, p. 103-168.

Davis K.E., *Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law*, in *Annual Review of Law & Social Science*, vol. 10, 2014, pp. 37-52.

Davis K.E., Kingsbury B., Engle Merry S., *Introduction: Global Governance by Indicators*, in *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, eds. K.E. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S. Engle Merry, Oxford University Press, New York, 2012.

Infantino M., *Numera et impera. Il diritto comparato e gli indicatori giuridici globali*, Franco Angeli, Milano, 2019.

Krever T., *Quantifying law. Legal indicator projects and the reproduction of neoliberal common sense*, in *Third World Quarterly*, vol. 34, 2013, pp. 131-150.

Restrepo Amariles D., *Supping with the Devil? Indicators and the rise of managerial rationality in law*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 13, 2017, pp. 465-484.

Restrepo Amariles D., McLachlan J., *Legal Indicators in Transnational Law Practice: A Methodological Assessment*, in *Jurimetrics Journal,* vol. 58, 2018, pp. 163-209.

Urueña R.F., *Indicators as Political Spaces. Law, International Organizations, and the Quantitative Challenge in Global Governance*, in *International Organization Law Review*, vol. 12, 2015, pp. 1-18.

CAELUM PESTILENS. RIFLESSI DELLE PANDEMIE ANTICHE NEL DIRITTO ROMANO

MARIO FIORENTINI*

1. *Antiche teorie sull'eziologia delle epidemie*

La ricerca contemporanea sta accumulando prove convincenti del fatto che le pandemie sono legate alla sedentarizzazione neolitica, che comportò la promiscuità di vita tra animali ed esseri umani, che consentiva agli agenti infettivi di fare il "salto di specie"[1] dai primi ai secondi, un fenomeno che nel XXI sec. si è già verificato parecchie volte, non ultima proprio quella che, con tutta probabilità, ha scatenato l'attuale pandemia. Le contromisure assunte dalle società umane hanno sempre scontato l'ignoranza dell'eziologia dei processi infettivi: ricordiamo non solo che la "teoria dei germi" non entrò nel dibattito scientifico fino alla metà del XIX sec., ma che nel 1918, nell'infuriare dell'influenza "spagnola", alcuni erano ancora convinti che l'epidemia fosse causata dalla corruzione dell'aria[2]. È noto che, per questa teoria, che risale almeno ad Ippocrate, la salute è demandata all'equilibrio fra i quattro umori che compongono l'essere umano, l'atrabile, la bile gialla, il flegma e il sangue; uno squilibrio genera la malattia. E uno dei fattori più potenti di squilibrio è costituito proprio dall'aria malsana[3].

---

* Professore associato di Diritto romano e diritti dell'antichità nell'Università di Trieste.

[1] Rimando a recentissime ricerche sul tema: J. C. Scott, *Le origini della civiltà. Una controversia* (2007), tr. it., Einaudi, Torino, 2018, che definisce la sedentarizzazione tardo-neolitica "la tempesta epidemiologica perfetta"; per le malattie enteriche nel Neolitico, cfr. ad es. K. Fuchs et all., *Infectious diseases and Neolithic transformations: Evaluating biological and archaeological proxies in the German loess zone between 5500 and 2500 BCE*, in *The Holocene*, v. XXIX, 10, 2019, pp. 1545-1557.

[2] Rimando qui alla ricerca, divulgativa ma di alto livello, di L. Spinney, *1918. L'influenza spagnola. La pandemia che cambiò il mondo* (2017), Feltrinelli, Milano², 2020, pp. 84-85.

[3] J. Jouanna, *The Legacy of the Hippocratic Treatise* The Nature of Man*: the Teory of the Four Humours*, ora in Id., *Greek Medicine from Hippocrates to Galen. Selected Papers*, Brill, Leiden-Boston, 2016, pp. 335-359.

La teoria miasmatica viene accolta da Galeno, nel II sec. d.C., con un leggero slittamento: egli infatti parla non di umori ma di qualità dei corpi, caldo, freddo, secco e umido[4]. La malattia è la conseguenza di un disequilibrio che provoca un eccesso di uno di essi. Ricordo che Galeno fu testimone di una pandemia, la c.d. "peste antonina", che combatté come poté, riportando anche qualche fortunoso successo che gli valse la celebrità come terapeuta[5]. Non solo. La drammaticità della situazione nella quale Galeno si era trovato ad operare nella pratica medica, e a riflettere su malattie e terapie sul piano teorico, ebbe ricadute importanti sulla percezione che delle epidemie ne ebbe il ceto colto romano. Leggiamo queste parole di Ammiano Marcellino, contenute in un *excursus* all'interno della narrazione dello scoppio di un'epidemia nella città mesopotamica di Amida, nel 359 d.C.:

> Amm. Marc. 19.4.2: *Nimietatem frigoris aut caloris vel umoris vel siccitatis pestilentias gignere philosophi et illustres medici tradiderunt.* [...]. 5. *Aliis placet auras, ut solent, aquasque vitiatas faetore cadaverum vel similibus salubritatis violare maximam partem, vel certe aeris permutationem subitam aegritudines parere leviores.* 6. *Adfirmant etiam aliqui terrarum halitu densiore crassatum aera emittendis corporis spiraminibus resistentem necare nonnullos* […]. 7. *Et prima species luis pandemus appellatur, quae efficit in aridioribus locis agentes caloribus crebris interpellari, secunda epidemus, quae tempore ingruens acies hebetat luminum et concitat periculosos humores, tertia loemodes, quae itidem temporaria est sed volucri velocitate letabilis.*

Daniel Reff[6] ha limitato la portata del § 7 alla malaria (la tripartizione in *pandemus*, *epidemus* e *loemodes* non appare in nessun antico scritto di teoria medica). In realtà le ipotesi che lo storico esprime nel testo sono generali per tutte le epidemie. Come si vede, dopo avere affermato all'inizio del passo che la malattia è provocata da una *nimietas*, un eccesso di una delle quattro qualità galeniche sulle altre, nel § 5 Ammiano fa un esplicito riferimento al fetore dei cadaveri che corrompe l'aria e le acque; e questa è più l'immagine di un'epidemia, che lascia dietro di sé una scia di cadaveri insepolti alla putrefazione, che non quella di una malattia che colpisce singole persone.

---

[4] V. Boudon-Millot, *Galeno di Pergamo. Un medico greco a Roma* (2012), Carocci, Roma, 2016, pp. 244-245.

[5] Su Galeno come fonte della "peste antonina" sono fondamentali le considerazioni di A. Storchi Marino, *Una rilettura delle fonti storico-letterarie sulla peste di età antonina*, in *L'impatto della peste antonina*, a cura di E. Lo Cascio, Edipuglia, Bari, 2012, pp. 32-37 e già quelle di D. Gourevitch, *I giovani pazienti di Galeno. Studio per una patocenosi dell'impero romano*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

[6] D. T. Reff, *Plagues, Priests, and Demons. Sacred Narratives and the Rise of Christianity in the Old World and the New*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 50.

Ho citato il testo di Ammiano per mostrare quanto a fondo, e magari un po' rimasticate e molto semplificate, le teorie mediche allora dominanti sull'eziologia delle epidemie fossero penetrate nel ceto colto tardoromano. Ricordo che Ammiano era un militare, membro della corte di Giuliano l'Apostata: uomo istruito, proveniente da una città culturalmente vivacissima come Antiochia, ma ben lontano dalle speculazioni della "scienza" medica. Ed allora il suo *excursus* contiene molto di più di un "curioso origen", come afferma Javier Guzmán in una recente e ben condotta ricerca sullo storico antiocheno[7]: è una sorta di sintesi delle discussioni mediche in corso su un fenomeno allora tanto misterioso.

2. *Una fenomenologia della resilienza*

L'assenza di terapie efficaci lasciava le popolazioni in balia del flagello epidemico. A parte l'intervento dei medici, spesso quasi altrettanto letale dell'agente infettivo, il solo modo efficace era tentare di prevenire l'insorgenza epidemica. E su questo punto ci imbattiamo in un testo giuridico che ha tutto il diritto di trovare una collocazione adeguata nelle discussioni sulla lotta ingaggiata dalle società antiche contro le epidemie. Si tratta di una riflessione di Ulpiano, che commenta l'editto pretorio *de cloacis*, apparentemente estraneo alla materia medica[8]:

> Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.23.1.2: *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatium et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.*

Questo editto aveva introdotto un interdetto che vietava di compiere atti di turbativa all'altrui intenzione di procedere alla manutenzione o allo spurgo di una propria fognatura che, come afferma il testo dell'interdetto proibitorio, *ex aedibus eius* (cioè del proprietario della fogna, che chiede l'interdetto) *in tuas* (cioè dell'intimato) *pertinet*, ossia, come chiosa Ulpiano nel § 10, *derigitur, extenditur, pervenit*; e un altro che ordinava il ripristino di una fogna pubblica deteriorata da una costruzione o un'immissione operata da un privato.

La non cospicua letteratura sul testo ulpianeo ha letto questo § 2 come se Ulpiano avesse individuato un'intenzione "sanitaria" del pretore, cioè come se costui avesse predisposto gli interdetti *de cloacis* in funzione di tutela della *salubritas civitatium*. È questa l'interpretazione di Ulpiano, secondo cui "con questi interdetti il pretore ebbe cura che le fognature fossero tenute pulite e riparate",

---

[7] F. J. Guzmán Armario, *El mundo de la medicina antigua en Amiano Marcelino* (2001), ora in Id., *Soldado y griego. Estudios sobre Amiano Marcelino*, Libros EPCCM, Cadiz-Granada, 2015, p. 28, nt. 20.

[8] M. Fiorentini, *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, v. XLVI, 2018, pp. 321-322.

dove *purgare* indica le operazioni di rimozione delle occlusioni provocate da immondizie solide che bloccano il deflusso dell'acqua, e *reficere* rimanda alle manutenzioni ordinarie e straordinarie delle strutture murarie. La chiave sanitaria della finalità perseguita dal pretore è evidente nella lettura di Andrea Di Porto[9], ma è stata contestata da Michele Giagnorio.

Secondo lo studioso pugliese, nel II sec. a. C., in cui verosimilmente i due interdetti furono creati, un'esigenza di mettere a punto dispositivi di profilassi cittadina contro le epidemie non doveva essere particolarmente avvertita. Il pretore avrebbe avuto piuttosto un duplice obiettivo: per un verso disciplinare i rapporti di vicinato tra il *refector* e il proprietario confinante, per un altro (e più rilevante), tutelare il buon funzionamento di tutta la rete fognaria pubblica, che avrebbe potuto essere compromessa da un'ostruzione di una fogna privata[10]. La necessità di assicurare la tutela della salute pubblica sarebbe stata invece avvertita fortissima dopo la "peste antonina", la pandemia forse da vaiolo che colpì duramente in due ondate l'impero.

Qui, dati anche i ristretti spazi in cui questo contributo deve rimanere confinato, non posso entrare nel merito della discussione sulla realtà dell'"effetto catastrofico" della pandemia "antonina": Christer Bruun, qualche anno fa, l'ha contestata sulla base dell'assenza di "evidenza", in linea con una certa tendenza ipercritica secondo cui, in sostanza, l'esiguità di fonti dimostrerebbe la scarsa rilevanza del fenomeno[11]. Ma, come ebbe infelicemente a dire un uomo politico americano, "Non avere prove che qualcosa esista non significa che abbiamo le prove che non esista"[12]. In realtà lo scetticismo di Bruun è alimentato da una comparazione con il grado di letalità della "peste nera"del 1348, al cui confronto lo studioso sostiene che l'episodio del II sec. non avrebbe avuto quella carica apocalittica che le fonti le attribuiscono. Il discorso meriterebbe un approfondimento, anche di merito, molto maggiore di quanto possa fare

---

[9] A. Di Porto, Salubritas *e forme di tutela in età romana. Il ruolo del* civis, Giappichelli, Torino, 2014.

[10] M. Giagnorio, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana: gli interdetti de cloacis, Cacussi*, Bari, 2020, che ho potuto leggere in una bozza gentilmente messami a disposizione dall'autore; e già Id., *'Interdictum de cloacis privatis'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli, 2016, pp. 604 ss. con nt. 86.

[11] Ch. Bruun, *La mancanza di prove di un effetto catastrofico della "peste antonina"*, in *L'impatto della "peste antonina"*, a cura di E. Lo Cascio, Edipuglia, Bari, 2012, pp. 123-163.

[12] Come è noto, la frase fu pronunciata dal Segretario di Stato Donald Rumsfeld in una celebre conferenza stampa del 12 febbraio 2002 a proposito dei presunti programmi nucleari iracheni, che scatenarono la seconda guerra del Golfo l'anno successivo. Le dichiarazioni di Rumsfeld sono bene esaminate sul piano epistemologico in un libro molto divertente ma altrettanto profondo, A. Sgobba, *? Il paradosso dell'ignoranza da Socrate a Google*, Il Saggiatore, Milano, 2017, pp. 83-86, secondo il quale, e giustamente, la regola esposta da Rumsfeld, in astratto considerata, "appare filosoficamente inappuntabile", anche se totalmente infelice (e molto cinica) nel contesto in cui fu pronunciata.

qui; ma, pur accettando la giusta osservazione secondo cui la gravità dell'epidemia "sarebbe da dimostrare, non la si può assumere *a priori*"[13], osservo che, benché prese ciascuna singolarmente, le fonti addotte a sostegno della teoria "catastrofista" non siano abbastanza probanti[14], se lette nel complesso esse compongono un quadro almeno plausibile che induce a pensare ad una catastrofe sanitaria, anche se di proporzioni quantitativamente difficili da precisare. Del resto, se pretendiamo di dare per provato nella storia antica solo ciò che è valutabile numericamente, come pretende la "quantitative history", rischiamo di arenarci in un *non liquet* che porterebbe alla pura e semplice impossibilità di fare storia antica: l'assenza di fonti contenenti statistiche rende molto difficile l'applicazione di questa metodologia alla storia antica.

Torniamo all'ulpianeo *caelum pestilens*. La pandemia ha colpito duramente il mondo romano in due ondate successive (la seconda sotto Commodo[15]); Galeno ritiene che la causa ne sia da individuare nel disequilibrio delle qualità dei corpi: in particolare la corruzione dell'aria genera miasmi che a loro volta scatenano il morbo. Le città, con le loro alte densità di popolazione, sono i luoghi più a rischio; è naturale che, sul piano della prevenzione, uno dei settori più "attenzionati" fosse proprio l'aria. E qui si innesta l'osservazione di Ulpiano: l'assenza di ostruzioni nelle fognature è questione di salute pubblica, perché se l'acqua non defluisce correttamente genera *caelum pestilens*, oltre che *ruinae* degli edifici sotto cui sono scavate. È impossibile non collegare il rapporto qui istituito tra acque stagnanti e pestilenza con quanto si afferma da più parti sull'insalubrità delle aree paludose. Quando Vitruvio (*arch*., 1.4.1) tratta dei luoghi in cui costruire una città, suggerisce di evitare quelli vicini alle paludi[16], poiché sono resi pestilenti dai vapori che si alzano dalle acque stagnanti, a cui Vitruvio aggiunge un particolare curioso: l'alito degli animali palustri, per sua natura velenoso, penetra nei corpi umani e li fa ammalare[17]. Come si vede, la teoria mia-

---

[13] Ch. Bruun, *Mancanza di prove*, cit., p. 127.

[14] Bruun ha ragione nell'espungere dalla discussione sulla "peste antonina" i testi accolti nel Digesto contenenti norme sul *ius sepulchrorum* emanate nella seconda metà del II sec. La connessione di questi interventi imperiali con l'aumentata mortalità dovuta alla pandemia appare assai sovradimensionata.

[15] M. Silver, *The Plague under Commodus as an Unintended Consequence of Roman Grain Market Regulation*, in *The Classical World*, v. CV, 2, 2012, pp. 199-225.

[16] F. Borca, Vitabitur palustris vicinitas*: un architetto alle prese con la palude. Riflessioni su alcuni passi vitruviani*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica*, n.s., v. LV, 1, 1997, pp. 51-52.

[17] Su questa eziologia della pestilenza cfr. J. Trinquier, *La hantise de l'invasion pestilentielle: le rôle de la faune des marais dans l'étiologie des maladies épidémiques d'après les sources latines*, in *Le médecin initié par l'animal. Animaux et médecine dans l'Antiquité grecque et latine*. Actes du colloque international, Maison de l'Orient et de la Méditerranée-Jean Pouilloux, 26-27 octobre 2006, éds. I. Boehm, P. Luccioni, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean Pouilloux, Lyon, 2008, p. 149, pp. 155-157.

smatica aveva fatto ampia breccia nella cultura romana già in età augustea, e la pericolosità delle acque stagnanti era ben nota, anche se per le ragioni sbagliate.

Tutta questa serie di osservazioni sulla nocività dei ristagni d'acqua, per quanto impressionistica, può essere incrociata con l'affermazione di D. 43.23.1.2. Come ho accennato sopra, secondo Michele Giagnorio Ulpiano, attribuendo al pretore l'intenzione di proteggere la salute pubblica, che sarebbe però ultronea rispetto a quella originaria, imporrebbe all'editto *de cloacis* una curvatura inaspettata. Il pretore avrebbe avuto riguardo, invece, non tanto alle condizioni sanitarie della città, ma ai rapporti di vicinato e alla necessità di assicurare la continua circolazione d'acqua nella rete fognaria pubblica. Questa seconda esigenza darebbe ragione di due anomalie contenute nel testo del proibitorio *de cloacis privatis*.

Come è noto, nel testo sono presenti due vistose omissiomi: la *clausula vitii* (che consentiva di chiedere l'interdetto solo a colui che, nei confronti dell'avversario, avesse iniziato a possedere il bene non con violenza, clandestinamente o per concessione precaria: *vi clam precario*) e l'annualità dell'uso[18]. A mio parere questa scelta ha poco a che fare con il disciplinamento dei rapporti di vicinato e molto con le preoccupazioni sanitarie di una città in piena esplosione demografica già nella tarda Repubblica: per il solo II sec. a. C., la banca dati delle epidemie compilata da Kyle Harper[19] conta ben sei attacchi epidemici, uno dei quali, quello del 182, imperversò per tre anni (Liv., 40.36.14), scoppiando, con tragica ironia, subito dopo che la censura di M. Porcio Catone e L. Valerio Flacco del 184 aveva fornito di fognature alcune parti di Roma, ad esempio l'Aventino, che fino ad allora ne erano prive[20]. Mi muovo nel campo delle pure ipotesi, ma può darsi che, a fronte di questa situazione sanitariamente gravissima, il pretore si fosse mosso per tutelare chi, anche contro il volere del vicino, volesse procedere allo spurgo di una fogna ostruita. E, per non sbilanciare troppo il rapporto in favore del *refector*, il pretore avrebbe previsto solo una misura cautelativa a tutela dell'incolumità del fondo vicino, l'obbligo che il *refector* prestasse una *cautio damni infecti*[21]. La speculazione successiva, soprattutto con Labeone, avrebbe poi allargato sempre più i confini di esperibilità dell'interdetto, estendendolo al caso in cui la fogna non intersecasse un edificio vicino, secondo il dettato

[18] Su quest'ultimo requisito cfr. l'ottimo F. Fasolino, *Prime considerazioni in tema di tutela della* salubritas *fra III e I sec. a. C.*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 3, 2010, pp. 9-10.

[19] K. Harper, *Database of Pestilence in the Roman Empire*, https://www.kyleharper.net/uncategorized/database-of-pestilence-in-the-roman-empire/.

[20] Liv., 39.44.5: *detergendasque, qua opus esset, cloacas, in Aventino et in aliis partibus, qua nondum erant, faciendas locaverunt*. Va notato che Livio attesta un probabile "salto di specie" nel 174 a. C. Liv. 41.21.5: *pestilentia, quae priore anno in boves ingruerat, eo verterat in hominum morbos*.

[21] Sull'operatività di questa *cautio* cfr. M. Fiorentini, *Cloache e sanità urbana*, cit., p. 334.

letterale del testo interdittale, ma un'area cittadina vuota, o sboccasse in aperta campagna[22]:

> Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.23.1.8: *Hoc amplius Labeo putabat hoc interdicto locum esse et si area ab utralibet parte aedium sit et si forte, inquit, cloaca ducta sit ex urbano aedificio in proximum agrum,*

e al caso in cui la turbativa non gli fosse stata opposta dal suo immediato vicino, cioè, come afferma il § 11, non solo dal suo confinante, ma anche dai proprietari *ulteriores, per quorum aedes cloaca currit*.

Quello che mi sento di condividere totalmente con l'amico Giagnorio è l'insorgere di un rinnovato interesse per questa materia nella seconda metà del II sec., in conseguenza delle due ondate epidemiche che flagellarono l'impero sotto Marco Aurelio e Commodo. L'esigenza di frenare il dilagare della pandemia porta alla "rilettura" in un'ottica nuova, secondo Giagnorio, o, secondo me, alla riproposizione della finalità originaria di mezzi processuali sorti probabilmente nel II sec. a. C. o agli inizi del I (Cicerone li conosce, come dimostra la loro menzione in *pro Caec.* 36), e che nell'età dei Severi sono letti come importanti veicoli per una "normalizzazione" della vita cittadina, pesantemente colpita dalla pandemia, da attuarsi mediante un'accorta politica di prevenzione sanitaria, che mira in primo luogo alla conservazione della purezza dell'aria.

Però sono attestate anche pratiche private di profilassi. È ancora Ammiano Marcellino a ricordare un altro mezzo per prevenire il contagio:

> Amm. Marc. 14.6.23: *excogitatum est adminiculum sospitale, nequi amicum perferentem similia videat, additumque est cautioribus paucis remedium aliud satis validum, ut famulos percontatum missos quem ad modum valeant noti hac aegritudine colligati, non ante recipiant domum, quam lavacro purgaverint corpus.*

Si evita di andare a trovare gli amici malati, e si impone agli schiavi mandati a prendere informazioni sulla loro salute di lavarsi. Dunque, distanziamento fisico (per usare un'espressione riproposta nel lessico quotidiano in questi tempi calamitosi), in sostanza quarantena dei malati, e pulizia del corpo. Nel caso prospettato da Ammiano si trattava di misure di cautela assunte autonomamente dai privati, senza che vi fossero imposizioni dal governo centrale, che invece saranno disposte, ad esempio, nel corso della peste del 1630[23].

---

[22] Molto bene M. Giagnorio, *'Interdictum'* cit., p. 601, e già A. Di Porto, Salubritas, cit., pp. 51-81.

[23] Rinvio sul punto a C. M. Cipolla, *Cristofano e la peste*, Il Mulino, Bologna^2, 1996. Cristofano Cellini era il provveditore di Sanità dello stato fiorentino nell'anno dello scoppio dell'epidemia.

3. *Sotto Giustiniano*

Il 541 d. C. è un anno di tregenda per il mondo: scoppia la peste[24], una pandemia nuova che, con cicli ricorrenti, continuerà a flagellare il mondo fino alla metà dell'VIII sec.[25], per scomparire quasi all'improvviso, fino al funesto 1348, l'anno della Peste Nera, quando lo stesso batterio *yersinia pestis* ricomparirà per sterminare il 30-40% della sola popolazione europea; quindi, senza contare i morti nel mondo islamico: ma anche lì fu un'ecatombe, come ci ricorda il qāḍī Shams al-Dīn Abū ʿAbd Allāh Muḥammad ibn ʿAbd Allāh ibn Muḥammad ibn Ibrāhīm ibn Muḥammad ibn Ibrāhīm ibn Yūsuf al-Lawātī al-Ṭanji, più noto come Ibn Baṭṭūṭa[26].

Non mi dilungherò sui dati avvenimenziali: il libro curato da Lester Little nel 2006 è più che esauriente. Mi chiedo solo: questa catastrofe ebbe dei risvolti sulla produzione del diritto? Un accenno importante alle epidemie parrebbe contenuto nella Novella 77, di data incerta: in genere viene datata al 538, e quindi prima dello scoppio dell'epidemia. In tal caso il riferimento al λοιμός, che vedremo subito, non sarebbe collegabile alla pandemia, ma Mischa Meier[27] ha proposto una data diversa e successiva allo scoppio dell'epidemia. Egli trae un indizio dall'accenno, pur cursorio, fatto nel testo della costituzione, laddove il legislatore ingiunge a chi attui pratiche omosessuali di cessarle[28]:

> Nov. 77, cap. I pr.: *ut non per huiusmodi impios actus ab ira dei iusta inveniantur et civitates cum habitatoribus earum pereant. Docemur enim a divinis scripturis, quia ex huiusmodi impiis actibus et civitates cum hominibus pariter perierunt.*

---

[24] Sulla peste giustinianea cfr. L.K. Little, *Life and Afterlife of the First Plague Pandemic*, in *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541–750*, ed. L.K. Little, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 3-32. Iperscettici sui numeri dell'epidemia si dichiarano L. Mordechai, M. Eisenberg, *Rejecting Catastrophe: The Case of the Justinianic Plague*, in *Past & Present*, v. CCXLIV, 1, 2019, pp. 3-50. Ma le loro critiche mi sembrano viziate dallo stesso pregiudizio iperscettico notato sopra nella posizione di Bruun riguardo alla "peste antonina".

[25] Impressionante è l'elenco delle ondate epidemiche elaborato da D. Stathakopoulos, *Crime and Punishment. The Plague in the Byzantine Empire, 541–749*, in *Plague and the End of Antiquity*, a cura di L.K. Little, cit., pp. 101-105, che ne conta almeno diciotto tra il 541 ed il 750.

[26] Tentativi di calcolare le perdite sono analizzati da N. Benovitz, *The Justinianic plague: evidence from the dated Greek epitaphs of Byzantine Palestine and Arabia*, in *Journal of Roman Archeology*, v. XXVII, 2014, p. 488, nt. 9.

[27] M. Meier, *Das andere Zeitalter Justinians. Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewältigung im 6. Jahrhundert n. Chr.*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003, pp. 587 ss., la data "*auf die Zeit um 542 oder unmittelbar danach oder auf die Jahre um 558*", poiché fu in queste date che a Costantiopoli si presentarono, associate tra loro, "Hunger, Erdbeben und Pest" (p. 593).

[28] Riporto qui la versione latina dell'*Authenticum*.

Qui è fin troppo scoperta l'allusione al destino di Sodoma[29]. Ma, come si vede, l'atto *contra naturam* non scatena le epidemie. L'accenno a queste ultime è invece scoperto nel paragrafo successivo, centrato sulla blasfemia:

> ivi, 1: 1 *Et quoniam quidam ad haec quae diximus et blasphema verba et sacramenta de deo iurant deum ad iracundiam provocantes, et istis iniungimus abstinere ab huiusmodi blasphemis verbis et iurare per capillos et caput et his proxima verba.* […]. *Propter talia enim delicta et fames et terrae motus et pestilentiae fiunt. propterea admonemus abstinere ab huiusmodi praedictis illicitis, ut non suas perdant animas. Sin autem et post huiusmodi nostram admonitionem inveniantur aliqui in talibus permanentes delictis, primum quidem indignos semetipsos faciunt dei misericordia, post haec autem et legibus constitutis subiciuntur tormentis.*

Chi giura sui capelli o sulla testa di Dio assicura l'ira divina non solo su di lui ma su tutta la comunità: è a causa di gente siffatta che scoppiano λιμοὶ καὶ σεισμοὶ, "carestie, terremoti e pestilenze". Qui l'influsso ecclesiastico è esplicito: il nesso λιμοὶ καὶ σεισμοὶ è un calco diretto da Matt. 24:7, ἔσονται λιμοὶ καὶ σεισμοὶ κατὰ τόπους; ma il legislatore aggiunge i λοιμοὶ, che a questo punto potrebbe essere davvero un indiretto riferimento alla pestilenza.

Simili "criminali", per il pericolo che la loro offesa a Dio comporta per la collettività, vanno sottoposti all'"ultimo supplizio" (ταῖς ἐσχάταις ὑποοβάλλειν τιμωρίαις), sicuramente la pena capitale inferta mediante decapitazione. Prima del 541 il riferimento alle pestilenze sarebbe stato puramente letterario; se la costituzione fu emanata dopo, il riferimento acquisterebbe una drammatica attualità, per la consequenzialità tra peccato (omosessualità, blasfemia) e punizione (fame, terremoti, peste). Come si vede, la problematicità della datazione rende il rapporto tra Novella 77 e peste assolutamente indiziario. Ed è così che, secondo me, va stimata la data proposta da Meier, anche perché non tutti concordano con la sua interpretazione dell'*occasio legis*: con altrettanta plausibilità, Sebastiano Busà l'ha identificata con la singolare frequenza di terremoti particolarmente distruttivi, verificatisi nel lungo impero di Giustiniano[30].

Secondo una parte della dottrina, un riferimento indiretto alla pestilenza sarebbe contenuto nella Novella 141, esplicitamente dettata per la repressione degli omosessuali (περὶ ἀσελγαινόντων), ed esattamente datata al 559. In *Praef*., 1 il legislatore richiama nuovamente il destino esemplare di Sodoma,

---

[29] Rimando a M. Fiorentini, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Aracne, Ariccia, 2016, pp. 207-209.

[30] S. Busà, *Costantinopoli e i terremoti. 'Crolli di simboli', sussulti di paganesimo e risposte 'ufficiali' nella Bisanzio giustinianea*, in *Antesteria*, 1, 2012, pp. 421-428; Id., *"Manifestazioni dell'ira divina". Eziologie sismiche 'religiose' in età giustinianea*, in *El final de los tiempos. Perspectivas religiosas de la catástrofe en la Antigüedad*, ed. J. Ramón Carbó, Universidad de Huelva, Huelva, 2012 = *Arys*, 10, 2012, pp. 337-362.

nonché la condanna pronunciata da Paolo in Rom. 1:27 e οἱ τῆς πολιτείας διαγορεύουσι νόμοι: un'ira suscitata, dice il legislatore, μάλιστα δὲ νῦν, "soprattutto oggi", con un sibillino riferimento a qualcosa di attuale che ha scatenato la collera divina. Con una norma che Danilo Dalla, sulla scia di Giorgio Luraschi, ha letto come "una sorta di 'diritto premiale'"[31], viene pertanto concessa la possibilità di autodenunciarsi al patriarca ed evitare l'irrogazione della pena criminale che, nella sua indeterminatezza, apre a svariate letture: alla luce delle narrazioni degli storici contemporanei o poco successivi, Giovanni Malala *in primis* (*Chronogr.*, 18.167-168), a mio parere, Dalla ha bene interpretato queste πικροτέρας τιμωρίας, "pene molto severe", come la pena mutilante della castrazione.

Anche della Novella 141, però, appare difficile fondare un legame con la peste giustinianea. L'ira divina generata dal "peccato *contra naturam*" potrebbe essere identificata nella peste osservando la data di emanazione, il 559: l'anno precedente la peste aveva fatto la sua ricomparsa, dopo qualche anno di tregua, e può darsi che la repressione dell'omosessualità fosse dovuta a questo fattore. E tuttavia anche per Novella 141 Sebastiano Busà ha proposto un collegamento, altrettanto plausibile, con i terremoti che sconvolsero l'impero e provocarono danni giganteschi nella stessa Costantinopoli. Come si può vedere, le tracce che la pandemia ha lasciato nella legislazione giustinianea sono molto labili e tutt'altro che perentori.

Al di là delle problematiche sanitarie, la pandemia ebbe qualche effetto economico? Sappiamo dall'esperienza che i superstiti di un flagello epidemico sono in grado di contrattare da una posizione di forza sulle condizioni di lavoro e di salario (almeno nelle società precapitaliste: lo stesso non vediamo oggi, a metà del 2020, all'indomani del picco raggiunto dalla COVID-19). È rintracciabile un fenomeno simile nelle fonti giuridiche giustinianee?

Secondo Lester Little sì. Si tratterebbe della Novella 122, emanata nel 544. Nel proemio è indicata l'*occasio legis*: l'epidemia è appena finita (il problema affrontato dal legislatore è sorto μετὰ τὴν παίδεσιν τὴν κατὰ φιλανθρωπίαν τοῦ δεσπότου θεοῦ γενομένην: e sarà difficile vedere in questa divina παίδεσις qualcosa di diverso dalla peste), e i lavoratori, agricoltori, artigiani, marinai, διπλασίονας καὶ τριπλασίονας τιμάς τε καὶ μισθοὺς [...] ἐπιζητοῦσι[32]. Il collegamento tra fine dell'epidemia e pretese salariali rende difficile sottrarsi alla suggestione di vedere in questa sorta di "sollevazione dei salari" proprio una specie di contrattazione imposta dai ceti produttivi da una posizione di forza causata dal

[31] D. Dalla, *"Ubi Venus mutatur". Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 204, ove (nt. 26) rimandi all'opera di Luraschi.

[32] L. K. Little, *Life and Afterlife*, cit., p. 22.

drastico ridimensionamento della forza lavoro disponibile[33]: un fenomeno che si ripresenterà puntuale dopo la grande epidemia del 1348.

4. *Qualche osservazione per concludere*

Questa fin troppo breve panoramica sui risvolti normativi delle grandi pandemie che colpirono l'impero romano tra il II ed il VI sec. mi permette di trarre qualche telegrafica osservazione generale. Il mistero che circondava l'eziologia delle pandemie rendeva quasi inevitabile vedere in esse la mano vendicatrice degli dei, che imponeva azioni di contrasto che allontanassero dalla comunità gli autori di empietà che avevano scatenato l'ira divina, al contempo tentando di placarla con appropriate azioni liturgiche: nella Roma repubblicana e imperiale mediante *supplicationes*, *lectisternia* ed atti simili; e non diversamente nella Roma cristiana. L'ira divina provocata da bestemmiatori ed omosessuali va spenta col pentimento e la punizione esemplare di chi l'ha prodotta.

Anche questo affidarsi alla misericordia divina è una costante nella storia: lo attesta la straordinaria scena descritta da Ibn Baṭṭūṭa, che la vide a Damasco, flagellata dalla peste nel fatidico 1348, durante la sua seconda visita alla città siriana, afflitta da più di venticinquemila morti al giorno. L'unica speranza di salvezza è affidarsi alla misericordia divina. Dopo avere digiunato tre giorni, la mattina del venerdì il qāḍī tangerino assiste a questa scena[34]:

> Tutti gli abitanti della città, uomini e donne, piccoli e grandi, si unirono a loro: parteciparono anche gli ebrei con la loro Torah e i cristiani con il loro Vangelo [...] e ognuno piangeva, implorava e supplicava Dio in nome dei propri libri e dei propri profeti.

La ricerca del capro espiatorio è sempre stata un'altra costante nella storia della risposta delle società umane di fronte alle pandemie: fossero androgini o gemelli siamesi, da incinerire o annegare in mare[35], o omosessuali, eretici, blasfemi, ebrei, islamici. È ben noto che l'incalanamento della paura verso i marginali ha sempre costituito un veicolo di rassicurazione e di consolidamento dei vincoli comunitari, minacciati dalla pandemia (o dalle crisi economiche,

---

[33] Lo pensa anche A. Marcone, *Epidemie, conseguenze economiche e rimedi legislativi: la peste costantinopolitana del 542 a confronto con la "peste antonina"*, in *L'impatto della "peste antonina"*, cit., p. 306.

[34] Ibn Battūta, *I viaggi*, a cura e con traduzione di C.M. Tresso, Einaudi, Torino, 2006, p. 114.

[35] Ad es., Iul. Obs., 22 (142 a. C.): *Lunae androgynus natus praecepto aruspicum in mare deportatus*; 25 (136 a. C.): *Puer ex ancilla quattuor pedibus manibus oculis auribus et duplici obsceno natus* (...). *Puer aruspicum iussu crematus cinisque eius in mare deiectus*.

ambientali, alimentari e quant'altro l'umana fantasia riesce a inventare per perseguitare il prossimo)[36].

Si tratta di una sottocultura ideale difficile da sradicare, se si è puntualmente ripresentata in occasione di terremoti[37] e di pandemie come l'AIDS negli anni '80 del secolo scorso e la stessa COVID-19 che, secondo un alto prelato come Carlo Maria Viganò, sarebbe causata dalle conquiste civili che consentono un'uguaglianza sostanziale tra le persone[38]. Non a caso questi attacchi provengono da frange antiilluministe, che contano sull'ignoranza del pubblico per propagare i loro proclami tossici. Purtroppo l'analfabetismo funzionale da cui è affetta una parte non minoritaria della popolazione mondiale non lascia ben sperare per il futuro: la sola via di scampo mi pare che sia da cercare in un paziente, certosino lavoro di ricucitura della razionalità e di rieducazione alla capacità di ragionare criticamente. Un compito immane.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Benovitz N., *The Justinianic plague: evidence from the dated Greek epitaphs of Byzantine Palestine and Arabia*, in *Journal of Roman Archeology*, v. XXVII, 2014, pp. 487-498.

Borca F., Vitabitur palustris vicinitas*: un architetto alle prese con la palude. Riflessioni su alcuni passi vitruviani*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica*., n.s., v. LV, 1, 1997, pp. 49-58.

---

[36] Sui meccanismi di incanalamento delle angosce sociali resta fondamentale J. Delumeau, *La paura in Occidente. Storia della paura nell'età moderna* (1978), tr. it, Il Saggiatore, Milano, 2018 (prima tr. it., S.E.I., Torino, 1979).

[37] Cfr. l'oscena *Radio Maria: terremoti per colpa delle unioni civili. Vaticano: parole scandalose*, in Rai news, 4 novembre 2016, https://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Radio-Maria-ci-spiega-perche-i-terremoti-destano-Italia-centrale-Colpa-delle-unioni-civili-142e8f81-26b1-44ad-a6eb-5ef76967bd4a.html?refresh_ce, a seguito del terremoto che devastò l'Italia centrale nel 2016, che Giovanni Cavalcoli attribuì alla recente approvazione della Legge Cirinnà sulle unioni civili.

[38] M. Matt, *A Remnant Interview: Archbishop Viganò on COVID-19 and the Hand of God*, in *The Remnant*, 29 marzo 2020, https://remnantnewspaper.com/web/index.php/articles/item/4827-a-remnant-interview-archbishop-vigano-on-covid-19-and-the-hand-of-god: la pandemia sarebbe l'effetto dell'ira divina contro "*abortion, which is still murdering innocent children even during the pandemic; divorce, euthanasia, the abhorrence of so-called gay 'marriages', the celebration of sodomy and other terrible perversions, pornography, the corruption of children, speculation by the financial elite, the profaning of Sundays, and the list goes on*". Un'ottima rassegna delle prese di posizione della destra fondamentalista religiosa evangelica americana sulla COVID-19 è effettuata da F. Lepore, *I religiosi che accusano la comunità Lgbt di essere la causa della pandemia*, in *Linkiesta*, 6 aprile 2020, https://www.linkiesta.it/2020/04/coronavirus-religione-gay-lgbti/. Per non parlare degli onnipresenti migranti, facile bersaglio di ben congegnate campagne d'odio basate sulla disinformazione.

Boudon-Millot V., *Galeno di Pergamo. Un medico greco a Roma* (2012), Carocci, Roma, 2016.

Bruun Ch., *La mancanza di prove di un effetto catastrofico della "peste antonina"*, in *L'impatto della "peste antonina"*, a cura di E. Lo Cascio, Edipuglia, Bari, 2012, pp. 123-163.

Busà S., *Costantinopoli e i terremoti. 'Crolli di simboli', sussulti di paganesimo e risposte 'ufficiali' nella Bisanzio giustinianea*, in *Antesteria*, 1, 2012, pp. 421-428.

Busà S., *"Manifestazioni dell'ira divina". Eziologie sismiche 'religiose' in età giustinianea*, in *El final de los tiempos. Perspectivas religiosas de la catástrofe en la Antigüedad*, ed. J. Ramón Carbó, Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2012 = Arys, 10, 2012, pp. 337-362.

Cipolla C. M., *Cristofano e la peste*, Il Mulino, Bologna^{2}, 1996.

Dalla D., *"Ubi Venus mutatur". Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1987.

Di Porto A., Salubritas *e forme di tutela in età romana. Il ruolo del* civis, Giappichelli, Torino, 2014.

Fasolino F., *Prime considerazioni in tema di tutela della* salubritas *fra III e I sec. a. C.*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 3, 2010, pp. 1-31.

Fiorentini M., *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Aracne, Ariccia, 2016

Fiorentini M., *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, v. XLVI, 2018, pp. 321-343.

Giagnorio M., *'Interdictum de cloacis privatis'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli, 2016, II, pp. 575-633.

Giagnorio M., *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana: gli interdetti de cloacis*, Cacucci, Bari, 2020

Gourevitch D., *I giovani pazienti di Galeno. Studio per una patocenosi dell'impero romano*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

Guzmán Armario F. J., *El mundo de la medicina antigua en Amiano Marcelino* (2001), ora in Id., *Soldado y griego. Estudios sobre Amiano Marcelino*, Libros EPCCM, Cadiz-Granada, 2015.

Harper K., *Database of Pestilence in the Roman Empire*, https://www.kyleharper.net/uncategorized/database-of-pestilence-in-the-roman-empire/.

Ibn Battūta, *I viaggi*, a cura di C.M. Tresso, Einaudi, Torino, 2006.

Jouanna J., *The Legacy of the Hippocratic Treatise* The Nature of Man*: the Theory of the Four Humours*, in Id., *Greek Medicine from Hippocrates to Galen. Selected Papers*, Brill, Leiden-Boston, 2016, pp. 335-359.

Little L., *Life and Afterlife of the First Plague Pandemic*, in *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541–750*, ed. L.K. Little, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 3-32.

Marcone A., *Epidemie, conseguenze economiche e rimedi legislativi: la peste costantinopolitana del 542 a confronto con la "peste antonina"*, in *L'impatto della "peste antonina"*, a cura di E. Lo Cascio, Edipuglia, Bari, 2012, pp. 297-310.

Meier M., *Das andere Zeitalter Justinians. Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewältigung im 6. Jahrhundert n. Chr.*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003.

Mordechai L., Eisenberg M., *Rejecting Catastrophe: the Case of the Justinianic Plague*, in *Past & Present*, v. CCXLIV, 1, 2019, pp. 3-50.

Scott J. C., *Le origini della civiltà. Una controversia* (2007), tr. it., Einaudi, Torino, 2018.

Sgobba A., *? Il paradosso dell'ignoranza da Socrate a Google*, Il Saggiatore, Milano, 2017.

Silver M., *The Plague under Commodus as an Unintended Consequence of Roman Grain Market Regulation*, in *The Classical World*, v. CV, 2, 2012, pp. 199-225.

Spinney L., *1918. L'influenza spagnola. La pandemia che cambiò il mondo* (2017), Feltrinelli, Milano^{2}, 2020.

Storchi Marino A., *Una rilettura delle fonti storico-letterarie sulla peste di età antonina*, in *L'impatto della peste antonina*, a cura di E. Lo Cascio, Edipuglia, Bari, 2012, pp. 29-61.

Trinquier J., *La hantise de l'invasion pestilentielle : le rôle de la faune des marais dans l'étiologie des maladies épidémiques d'après les sources latines*, in *Le médecin initié par l'animal. Animaux et médecine dans l'Antiquité grecque et latine*. Actes du colloque international, Maison de l'Orient et de la Méditerranée-Jean Pouilloux, 26-27 octobre 2006, éds. I. Boehm, P. Luccioni, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean Pouilloux, Lyon, 2008, pp. 149-195.

IL MORBO E IL VELENO. PANDEMIE E VIOLENZA SOCIALE NELL'ITALIA DEL RISORGIMENTO

PIERPAOLO MARTUCCI*

1. *Introduzione*

L'attuale pandemia ci ha costretto a riprendere coscienza dell' "equilibrio instabile" che la nostra specie vive con i propri patogeni, un equilibrio periodicamente interrotto dalle grandi pestilenze. Eventi-crinale che non si esauriscono nelle manifestazioni cliniche ma segnano profonde conseguenze su aspetti quali coesione e ordine interno delle società umane, seguendo dinamiche che si ripropongono a distanza di molti secoli. Tucidide, nel libro secondo della *Guerra del Peloponneso*, trattando della peste di Atene (430 a.c.), lamentava la «violenza selvaggia del morbo», che aveva distrutto ogni freno morale negli uomini e travolto gli argini della legalità fino ad allora vigente nella vita cittadina.

Dopo oltre 1700 anni, non diversamente commentava Boccaccio nel *Proemio* al suo *Decamerone*, a proposito della Peste Nera (1348) che spopolava Firenze e l'Europa intera:

> Et in tanta afflizione e miseria della nostra città era la reverenda autorità delle leggi, così divine come umane, quasi caduta e dissoluta tutta, per li ministri et esecutori di quelle, li quali sì come gli altri animi, erano tutti o morti o infermi o sì di famigli rimasti stremi, che ufficio alcuno non potean fare: per la qual cosa era a ciascuno licito quanto a grado suo gli era d'adoperare[1].

Trascorsi altri cinque secoli, sopraggiunta la letale epidemia colerica del 1867, Edmondo de Amicis testimoniava: «Il disordine delle amministrazioni e lo sconvolgimento e la paura generale avevano spirato audacia ai malandrini e ai

* Ricercatore di Criminologia nell'Università di Trieste.

[1] G. Boccaccio, *Il Decamerone,* Istituto Editoriale Italiano, Milano, s.a., p.37.

briganti, e dato occasione che ne sorgessero dei nuovi, e gli uni e gli altri percorrevano le città e le campagne commettendo ogni maniera di furti e di violenze»[2].

In generale, i tradizionali percorsi della ricerca criminologica non hanno dedicato particolare attenzione agli effetti delle pandemie sui corpi sociali, ma è evidente che, proprio nell'ottica criminologica, essi rivestono una duplice, peculiare rilevanza: da un lato amplificano devianze e conflitti, alterando i rapporti individuali e collettivi; dall'altro, soprattutto a partire dall'età moderna, hanno fortemente contribuito alla nascita di sistemi di medicina disciplinare e di controllo sociale, secondo il modello bio-politico teorizzato da Michel Foucault[3] e rievocato nei recentissimi e controversi interventi del filosofo Giorgio Agamben[4]. In relazione al primo aspetto, il presente contributo analizza le dinamiche violente innescate dalle epidemie di colera nel XIX secolo in Italia, rievocando le cruente rivolte occorse in Calabria e evidenziando talune insospettate analogie con le tensioni sociali provocate dal contagio nella popolazione di Trieste, allora fiorente porto asburgico.

Se, parafrasando Sontag[5], la malattia è considerata *anche* metafora, le pandemie rappresentano straordinarie metafore sociali, di cui è necessario cogliere i tanti significati.

2. *"Cholera Morbus" e odio sociale nel secolo del progresso*

Nella prima metà del XIX secolo il colera uscì dalla regione indiana del Bengala, sua tradizionale area endemica, per spargersi nel resto del mondo, in ciò veicolato dalla rivoluzione dei commerci e dei trasporti (in particolare la navigazione a vapore), che moltiplicava gli scambi e accorciava i tempi degli spostamenti. L'impatto sulla società europea in tumultuoso sviluppo, che da oltre cent'anni non aveva più avuto esperienza di pestilenze, fu enorme: le ricorrenti ondate epidemiche segnarono sia l'immaginario collettivo che la vita quotidiana[6].

Le modalità del contagio (contatto orale, diretto o indiretto, con feci, acqua o alimenti contaminati dal vibrione), che ne fanno una malattia prevalentemente urbana, misero in luce le gravi carenze igieniche delle accalcate città ottocentesche e la forte vulnerabilità del proletariato, debilitati dalle dure condizioni di vita. Mentre i borghesi benestanti potevano trasferirsi in zone rurali isolate e più salubri, i meno abbienti rimanevano nei loro quartieri degradati, maggior-

[2] E. De Amicis, *La vita militare*, Casa Editrice Madella, Sesto San Giovanni, 1916, p.193.

[3] Cfr. M. Foucault, *La Volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976 .

[4] Cfr. in particolare G. Agamben, *Riflessioni sulla peste*, in *Quodlibet.it* 27 marzo 2020; Id., *La medicina come religione*, in *Quodlibet.it* 2 maggio 2020.

[5] S. Sontag, *Ilness as Metaphor*, Farrr, Straus & Giroux, New York, 1978.

[6] Sul tema v. ampiamente E. Tognotti, *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*. Laterza, Roma-Bari, 2000; P. Preto, *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1987.

mente esposti all'infezione: a Napoli, durante la prima fase dell'epidemia del 1836-37, stime approssimative indicano che le vittime fra i poveri furono *nove volte* superiori a quelle censite nelle categorie delle classi agiate[7].

Il panico e l'esperienza di questa diseguaglianza di fronte alla morte alimentarono l'odio sociale e la rivolta contro i governi, i "ricchi", i funzionari pubblici, accusati di diffondere deliberatamente il "veleno" per ridurre l'eccessivo numero dei derelitti. L'affinità di certi sintomi del colera (nausea, vomito, diarrea acquosa, colorito bluastro) con quelli dell'intossicazione causata da arsenico e derivati, contribuì a rinforzare questi sospetti.

L'ostilità investì anche la classe medica la quale - avviata nel solco del nascente positivismo - stentava a imporsi come nuovo agente di pedagogia sociale. Oltre ai tradizionali pregiudizi del popolino (si pensava che i dottori diffondessero il colera per lucrare sulla malattia), pesavano le diatribe tra contagionisti e miasmatici[8], la mancanza di un paradigma condiviso e la sostanziale impotenza verso il morbo. Soltanto l'affermazione della microbiologia - realizzatasi con Pasteur e Koch dopo il 1880 e non senza forti resistenze accademiche - avrebbe finalmente aperto prospettive terapeutiche risolutive.

In Italia la prima grave manifestazione epidemica di colera comparve nell'estate del 1835 e terminò nel 1837. Altre ondate si ebbero nel 1848-49, nel 1854-55, nel 1865-67 (la peggiore), nel 1884-85 e infine nel 1911.

Soprattutto all'inizio le strategie di contenimento, basate su quarantene e barriere sanitarie, furono applicate con molte incertezze, sia per i timori di danni economici che per la frammentazione politico-amministrativa della penisola; a ciò si aggiunse una gestione medica in gran parte inadeguata e confusiva. Allora come oggi gli "esperti" si divisero e si impegnarono in dibattiti pubblici con interventi sui giornali e in una quantità di opuscoli divulgativi, nei quali il fattore patogeno veniva ricondotto alle più svariate teorie: germe morboso o germe cholerico, atomo o elemento miasmatico, miasma mobile, principio volatile, effluvjo colerico, seminio morbifero, fomite choleroso, influsso tellurico[9]. Ciò suscitò disorientamento e scetticismo nelle fasce più colte, mentre – mancando ancora una effettiva sanità pubblica - le classi popolari accrebbero la loro diffidenza nei confronti di una categoria avvertita come distante ed elitaria; ci si affidava piuttosto a ciarlatani, amuleti, riti religiosi. Si sviluppò poi una forte resistenza al ricovero negli ospedali, percepiti come lugubri e inumani reclusori piuttosto che come luoghi di cura.

---

[7] A.L. Forti Messina, *Il colera a Napoli nel 1836-1837. Gli aspetti demografici*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Moyen-Age, Temps modernes*, v. LXXXVIII, 1, 1976, p. 337.

[8] I contagionisti ritenevano che le malattie epidemiche si trasmettessero mediante contatto fra malati e sani, per i miasmatici la causa erano l'aria inquinata, i miasmi prodotti da materiali in decomposizione.

[9] Cfr. E. Tognotti, *Il mostro asiatico*, cit., p. 32.

Rispetto a quanto si era verificato nelle pesti medioevali e della prima età moderna, la reazione sociale delle classi subalterne fu particolarmente violenta e prese a bersaglio non più presunti singoli "untori", malvagi agenti di potenze sovrannaturali[10], ma borghesi e aristocratici, funzionari e autorità, medici e farmacisti. Di fronte all'*empasse* epistemologica della scienza del tempo, il volgo seguiva le scorciatoie interpretative di una "semiotica selvaggia"[11]: si credeva a un complotto ordito dai "signori", intenzionati a liberarsi della plebe più miserabile. Ne derivarono sommosse, aggressioni, linciaggi, con centinaia di vittime, specialmente (ma non solo) nell'Italia meridionale. All'origine degli episodi più gravi vi fu sovente una vera e propria strategia criminale, deliberatamente attuata per fomentare il disordine: «Stavan così le cose, quando alcuni malvagi, "per far bottega sul pubblico spavento", colsero l'occasione di quel tremendo flagello per dar corso alle passioni e per saziare nel sangue e nei vandalismi gli odii più inveterati»[12].

Nella prima metà dell'Ottocento si distinsero in questo le fazioni più radicali, in particolare i mazziniani della Giovane Italia, i quali «utilizzarono in maniera massiccia la diffusione di false notizie di avvelenamento politico per alimentare il malcontento fra le popolazioni analfabete, ignoranti e indigenti e lo fecero in modo spregiudicato per raggiungere i propri scopi rivoluzionari»[13]. Un fatto ignorato o rimosso dalla storiografia ufficiale del Risorgimento.

Ma un esponente di primo piano della criminologia positivista quale Napoleone Colajanni (che pure era stato garibaldino) ancora nel 1911 non esitò a riconoscere che:

> I liberali per fare odiare i Borboni nel 1854 dissero che il colera lo spargeva il governo. Posso aggiungere che uguale grave responsabilità pesa su alcuni liberali di Sicilia e rimonta al 1837; fu ribadita nel 1854-55; vi si ricorse con prudenti allusioni sino al 1886 per fare odiare Depretis e Morano […] lo stoltissimo e nefando pregiudizio è diffuso nel popolo delle grandi città come Napoli e Palermo e dei piccoli villaggi; e non è scomparso del tutto nel settentrione: almeno non lo era nel 1854-55 [14].

---

[10] Cfr. A. Pastore, *Crimine e giustizia in tempo di peste nell'Europa moderna*, Laterza, Roma – Bari, 1991, p. 3 ss.

[11] A. Rizzi, *Tempeste, Manzoni e noi*, in *Pandemia 2020. La vita quotidiana in Italia con il Covid-19*, a cura di A. Guigoni, R. Ferrari, M&J Publishing House, s.l., 2020, p. 26.

[12] E. Gliozzi, *Ardore. Monografia*, Editrice Libraria della Gioventù, S. M. Capua Vetere, 1905, p. 110.

[13] G. Pelizzari, *Effetti sociali delle epidemie di colera. Il caso di studio di un capoluogo*, in *Memorie dell'Ateneo di Salò*, Nuova Serie, 2015-2018, p. 57.

[14] N. Colajanni, *Doveva e poteva l'Italia festeggiare il cinquantenario della sua unità? (A proposito di Verbicaro e del Mezzogiorno),* in *Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali*, v. XVII, 7, 1911, p. 458.

3. *Due casi emblematici. Le rivolte di Verbicaro e Ardore*

Fra le regioni in cui infierì il colera, la Calabria fu particolarmente funestata dalla violenza, anche per i conflitti che minavano il suo assetto sociale, in conseguenza dell'arretratezza e delle pessime condizioni di vita delle popolazioni rurali. Due vicende fra tutte risultano esemplari di quelle dinamiche, entrambe collocate nella realtà dei borghi delle campagne calabre: la rivolta di Verbicaro del 1855 (con la sua sconvolgente replica del 1911) e i cruenti tumulti di Ardore nel 1867.

Nell'autunno del 1855, durante la terza pandemia che devastò l'Italia, Verbicaro – centro collinare di 4000 abitanti - contò oltre 600 vittime. Gran parte dei contadini e dei pastori locali credevano che il colera non fosse un malanno naturale, ma il risultato di un "veleno" fabbricato e diffuso dai "signori". Peraltro tale radicato convincimento era stato fomentato in più occasioni con una strategia basata sull'istigazione e la diffusione di quelle che oggi chiameremmo *fake news*.

Così nella vicina Castrovillari, importante centro in provincia di Cosenza, già in occasione dell'epidemia del 1837 erano apparsi manifesti anonimi dal seguente, letterale tenore: «*Avviso*» Il 1837 venuto! Ossia Pel Cholera il Veleno! Tremate! armatevi! Uccidete! Pria di essere uccisi! Capite? o non capite?».

E nel 1854, alle prime avvisaglie della seconda ondata, ignoti affissero fogli di contenuto analogo: «Avviso. L'annunzio pel Cholera si fece Ora il coltello è: affilato Che si attende? Cittadini scuotetevi! svegliatevi! Iddio solo ci può uccidere! É veleno si sa, si sa! E nulla si fa, nulla si fa!»[15]. Nella loro rozza semplicità i messaggi erano efficaci: il morbo è causato da un veleno, è una congiura dei notabili contro il popolo, occorre armarsi, ribellarsi e uccidere per non essere uccisi.

Gli effetti non si fecero attendere. A Verbicaro si diffuse presto l'idea che la principale fonte d'acqua potabile - la "fontana vecchia", situata presso il municipio - fosse stata avvelenata, nello specifico mediante un condotto sotterraneo comunicante con la casa del farmacista. È probabile che la falda acquifera fosse contaminata dal vibrione e che la fontana costituisse effettivamente uno dei focolai epidemici. Il 17 novembre 1855 i decessi furono quasi 70 e, in assenza di soccorsi concreti, il panico dilagò fra gli abitanti.

Dopo una prima agitazione incruenta, il 18 novembre i paesani armati si riversarono di nuovo nelle strade, invadendo la farmacia e trucidando un dipendente e la sua fidanzata. Subito dopo venne aggredito il sindaco e devastata la casa del Regio Giudice. Il giorno seguente sommossa riprese, un anziano notabile fu crudelmente linciato e diverse case saccheggiate. Il tentativo di massacrare il giudice, il cancelliere e il brigadiere dei gendarmi venne respinto a fucilate e ciò finalmente disperse i facinorosi, impedendo «la strage del Clero e dei galantuomini, com'era stata di già concertata». Tornata la calma furono operati numerosi arresti e presso la Gran Corte Criminale di Cosenza iniziò un

[15] Archivio di Stato di Napoli, fondo Gabinetto di Polizia, fascicolo 1465, volume 17.

processo per «scritti e manifesti sediziosi e allarmanti» e «sommossa popolare causata dalla diffusione del colera per propinamento di veleno»[16].

I fatti di Verbicaro trovarono replica assai più grave in un altro villaggio calabro, Ardore[17], durante la grande epidemia dell'estate 1867, quando un po' in tutto il Regno furono numerosi i disordini popolari accesi dalla convinzione di un disegno criminoso, tumulti che spesso assunsero i tipici connotati anarchici delle *jacquerie* medioevali. Secondo Edmondo De Amicis, nel Meridione

> i pregiudizi volgari venivano segretamente fomentati dai borbonici e dai clericali. Eran sospetti di veneficio tutti gli agenti della forza pubblica, i carabinieri, i soldati, i precettori delle dogane, gli officiali governativi. In alcuni paesi della Sicilia era sospetto di avvelenamento qualunque italiano del continente; in qualche luogo tutti indistintamente gli stranieri erano sospetti. Si spargevano e si affiggevano per le vie proclami sediziosi, eccitanti alla vendetta ed al sangue. […] Intere famiglie, accusate di veneficio, venivano improvvisamente aggredite di notte da turbe di popolani, e vecchi, donne, bambini cadevano sgozzati gli uni ai piedi degli altri, senza aver tempo di scolparsi o di supplicare[18].

In Calabria, nel 1867 le tensioni politico-sociali si erano ulteriormente inasprite. All'annessione al Regno d'Italia erano seguiti gli anni durissimi del brigantaggio e della sua repressione, una vera guerra civile con migliaia di vittime e un lascito di odi e rancori fra liberali filo sabaudi e legittimisti borbonici. Molti avevano interesse ad alimentare vociferazioni che infiammavano una popolazione già provata dalla miseria e atterrita da un morbo contro il quale la medicina ufficiale sembrava ancora impotente. Pesavano inoltre i forti disagi dei cordoni sanitari militari, che isolavano i borghi e rendevano difficilissimo approvvigionarsi di generi essenziali come la farina e il sale, con aiuti pubblici pressoché assenti. Così la propagazione del colera venne attribuita

> a supposti untori, appositamente mandati dal governo per avvelenare la popolazione ed, ovviamente, i sospetti caddero sulle famiglie dei liberali più in vista […]. Si credette che il colera fosse effetto dello spargimento di veleni e non mancarono coloro che credettero di vedere *polveri giallastre* e *pillole bianche* sparse furtivamente presso fontane pubbliche e nelle strade da *"incaricati del governo"* [19].

---

[16] Cfr. F. Spingola, *La rivolta di Verbicaro del 1855*, Verbicaro, s.e., novembre 2011, p.10.

[17] Oggi un comune in provincia di Reggio Calabria, situato su un altopiano a sei km dalla costa jonica.

[18] E. De Amicis, *La vita militare*, cit., pp. 189.

[19] M. Spadaro, *Introduzione* in F. Racco, *I fatti di Ardore*, Edizioni Corab, Gioiosa Jonica, 2001, p. 14. I corsivi sono nel testo originale.

In realtà le testimonianze di cronisti locali confermano che, come in altri casi, ignoti provocatori realizzarono impressionanti messe in scena:

> Per le vie del paese, per le stradicciole di campagna, nelle fontane, sulle soglie delle case dei più paurosi o dei più capaci a delinquere, si vedevano spesso - con terrore e con ribrezzo - delle polveri giallastre, o delle pillole bianche, che si facevan credere veleni potentissimi, mandati dal governo e sparsi dai suoi incaricati. Nelle acque delle fontane si versavano, ad intervalli più o meno brevi, dei succhi verdi e lungo le vie più frequentate si spandevano dei liquidi colorati per impressionare viepiù la già esaltata fantasia dei nostri villici[20].

Colpisce la somiglianza sconcertante con le strisce di sostanza untuosa e giallognola che mani ignote impiastrarono su mura e porte di molti edifici di Milano nella fase iniziale della peste del 1630, fatto che ebbe testimoni diretti in storici coevi, come Giuseppe Ripamonti[21].

Ad Ardore la rivolta esplose il 4 settembre 1867. Dopo due giorni di ferocissime violenze e di saccheggi, l'arrivo (tardivo) delle truppe segnò la fine della sommossa, con un bilancio di 17 morti, fra cui 4 insorti e praticamente un'intera famiglia di notabili, i Lo Schiavo, sterminati perché accusati di essere collusi col governo nella diffusione del "veleno" colerico.

La Corte d'assise di Reggio Calabria inflisse pene esemplari: condannò 35 paesani a complessivi 262 anni di reclusione e i tre ritenuti maggiori responsabili ai lavori forzati a vita. Ma senza dubbio i primi mandanti e istigatori della rivolta rimasero ignoti e impuniti.

Dopo quasi mezzo secolo, le stesse dinamiche si ripresentarono nuovamente. Nel 1910 il colera era tornato in Italia, seppur in forma relativamente meno violenta e nell'estate del 1911 aveva raggiunto il Sud. Come nel passato, disagio economico e fermenti sociali si intrecciarono con l'emergenza sanitaria: ricorreva il cinquantenario dell'unità nazionale e si stava preparando la guerra con la Turchia per la conquista della Libia.

Nelle campagne si diffuse la solita diceria del morbo («*preteso* colera») diffuso ad arte da agenti del governo e ancora una volta fu a Verbicaro - dove il contagio, comparso improvvisamente il 21 agosto, causava decine di morti nell' «abbandono e indifferenza» delle autorità centrali - che la tensione si accumulò ed esplose nel modo più grave. La popolazione si convinse che tutto veniva da

---

[20] E. Gliozzi, *Ardore*, cit., pp. 110-115. Sui fatti di Ardore v. anche E. De Amicis, *La vita militare*, cit., pp. 225-226. Nel corso del successivo processo fu raccolta la voce popolare che indicava come mandanti di quei provocatori i G*alantuomini*, ossia i notabili ardoresi da tempo in lotta per il predominio e contrapposti in due distinte consorterie familiari.

[21] J. Ripamonti, *De peste quae fuit anno 1630. Libri V*. apud Malatestas, Mediolani, 1640, p.75: «*et nos quoque ivimus visere. Maculae erat sparsim inaequaliterque manantes, veluti si quis haustam spongia saniem adspersisset, impressissetve parieti*».

una «pulviredda» sparsa nelle fontane dal sindaco, con la complicità dei carabinieri e dell'arciprete, allo scopo di ridurre la popolazione, ritenuta eccessiva all'esito dell'ultimo censimento. Il 27 agosto una folla di oltre mille persone armate di roncole e fucili assaltò l'ufficio del telegrafo e incendiò il municipio, massacrando il sindaco, il pretore e un impiegato comunale.

A differenza che nel passato, la sommossa suscitò una vasta eco nella stampa e occupò le prime pagine dei più importanti quotidiani: nella ricorrenza dell'unità d'Italia, la si considerò un'onta per uno Stato che si avviava all'industrializzazione e all'espansione coloniale. Giovanni Giolitti dispose l'immediato invio delle truppe per «dare un esempio» e il paese rimase sotto autorità militare per tre anni. Luigi Barzini, inviato speciale del *Corriere della Sera*, giunse sul posto e firmò reportage dai titoli drammatici: *Verbicaro in pieno Medio-Evo. L'ossessione atroce di una popolazione* (1 settembre 1911), *Una terra italiana da redimere* (4 settembre 1911). Si parlò di barbarie, "selvaggerie", si adottò la categoria criminologica dell'atavismo, teorizzata dalla criminologia lombrosiana e il termine "verbicarismo" entrò nell'uso giornalistico a significare la presunta «primitività di istinti e di cultura» che avrebbe spinto i verbicaresi a ribellarsi[22].

Ma la verità era che in quel medesimo 1911 a Carrara un medico era stato ucciso perché si pensava che invece di caffeina iniettasse veleno al coleroso[23].

4. *Austria felix? Il colera nel porto dell'Impero*

Trieste nel corso del XIX secolo conobbe uno straordinario sviluppo demografico, commerciale e portuale, ma anche gravi crisi sanitarie: fra 1850 e 1886, quasi ogni 10 anni, fu attraversata da epidemie di colera e di vaiolo. Per quanto riguarda il colera, sebbene la situazione della città – all'epoca uno dei principali centri urbani dell'impero austro-ungarico – fosse ben diversa da quella del Meridione italiano e di altre zone europee arretrate, non mancarono tensioni e conflitti le cui dinamiche e manifestazioni - seppure assai meno drammatiche - non si allontanano molto da quelle descritte nelle pagine precedenti: «Un'infezione morbosa dall'elevata probabilità di trascendere in epidemia, connessa con la scarsa preparazione sanitaria delle autorità e della popolazione, e l'ignoranza generale dei vari agenti patogeni, inchiodavano Trieste entro un'atmosfera tenebrosa, di istintive paure e sospetti»[24].

---

[22] Cfr. F. Spingola, *La paura di Verbicaro. Storia di una rivolta nel sud*, Rubettino ed., Soveria Mannelli (CZ), 2011.

[23] Cfr. *Verbicaro - La questione calabrese - Tripoli,* in *Pagine Libere. Rivista del sindacalismo italiano*, v. 18, 1911, p. 253.

[24] A. Scartabellati, *Visibili nemici dei pitocchi. La lotta al vaiolo e al colera come laboratorio delle moderne forme di interventismo sociale. L'esperienza triestina, 1850-1886*, in *Igiene e Sanità pubblica*, 4, 2008, p. 522.

Il porto, approdo tradizionale per i navigli provenienti dall'Oriente, era assai vulnerabile alle ondate pandemiche di origine asiatica e africana. A questo si aggiungevano le pessime condizioni igienico-abitative e alimentari delle fasce più povere della popolazione e l'inadeguatezza della classe medica, anche qui divisa circa la genesi del colera e le strategie di contrasto da adottare, incertezze che si riflettevano nelle politiche del Comune.

In ondate coleriche come quelle del 1855-56 e del 1865 le vittime furono in maggior parte di estrazione proletaria (immigrati, manovali, facchini, giornalieri, domestiche, disoccupati) e si accrebbe l'ostilità verso le classi dirigenti, sempre sospettate di una responsabilità diretta nella diffusione del male. Come scrisse un membro della Commissione sanitaria

> L'essere i primi casi di cholera stati tutti accompagnati da morte fece, in una classe zotica della popolazione, insorgere il sospetto che il metodo di cura adoperato dai medici fosse fallace. Presso alcune donnucciole [...] era poi invalso il pregiudizio, che colle polverine di zinco si propinasse il veleno agli ammalati ed aggiungevasi anzi il piccante episodio che amalgamata una delle polverine con un cibo apprestato ad un gatto, questi periva in brevi istanti in mezzo ad atroci torture[25].

Gli indigenti contagiati o sospetti spesso resistevano all'ordine di abbandonare l'abitazione per essere ospitati per il periodo di *contumacia* negli appositi baraccamenti ospedalieri, tanto che gli incaricati sanitari dovevano ricorrere alle guardie municipali per il ricovero coatto. Nell'agosto del 1866, nella speranza di sottrarsi alla malattia ma anche allo spettro del ricovero forzato, almeno 4000 persone fra le più misere lasciarono Trieste, violando le limitazioni agli spostamenti allora in vigore[26]. La Commissione sanitaria annotava nei suoi verbali «come al suono dei continui rintocchi a morto delle campane parrocchiali – drammatico *refrain* delle vita cittadina nei giorni di epidemia – lo smarrimento ed il panico popolare sfiorassero livelli critici per lo stesso ordine pubblico»[27].

La paura del colera rendeva arduo, anche fra gli ultimi, reclutare delle guardie sanitarie; su di esse circolava la voce infondata che ottenessero un cospicuo premio in fiorini per ogni caso denunciato. Prosperavano ciarlatani e guaritori, si minacciavano sanzioni contro «il *mal vezzo* di familiari e amici di quartiere di *agglomerarsi* presso le salme per un ultimo, doloroso, saluto»[28], più volte le famiglie rifiutavano di consegnare i corpi.

---

[25] *Provvedimenti sanitari della Città di Trieste nell'anno 1865. Relazione pubblicata per incarico della Commissione Sanitaria Centrale,* s.e., Trieste, 1866, p.39.

[26] Cfr. *Relazioni e Documenti della Commissione Sanitaria Centrale di Trieste sul Cholera Morbus nel 1866,* a cura di L. Loy, Tipografia del Lloyd Austriaco, Trieste 1867, p. 21.

[27] Scartabellati, *Visibili nemici dei pitocchi*, cit., p. 530.

[28] Ivi, p. 535.

Qualche anno dopo, la falsa voce della proditoria vendita di giacigli di paglia sottratti a malati di vaiolo ricoverati presso l'Ospedale Maggiore avrebbe ulteriormente disorientato la popolazione[29].

Emerge il fondato sospetto che, come nei ben più tragici eventi calabresi, anche a Trieste interessi politici e di parte - legati alla crescente conflittualità di classe e fra le nazionalità - abbiano deliberatamente alimentato la tensione, diffondendo notizie false e allarmistiche. Infatti nel giugno 1886, all'inizio di quella che fu l'ultima grave epidemia di colera, un articolo comparso sulla prima pagina del quotidiano locale deplorava:

> Che dire di chi trae pretesto dal fatto che i materassi furono trasportati dall'abitazione della signora Jeralia venerdì alle nove e mezzo di mattina per chiedere se "Si vuol spargere *a bella posta* l'infezione in città?". Quando le cose stanno in simili condizioni e quando si cerca di alimentare nella gente la paura e la superstizione, fomite quasi ineluttabile di danni, noi non possiamo che stimmatizzare acerbamente e sdegnosamente questa mala abitudine di certuni, additandoli al publico, perché con noi li stimmatizzi e se ne sdegni[30].

Particolarmente allarmante la situazione nei villaggi del Carso a ridosso della città, dove gli umori erano assai prossimi a quelli dei borghi calabri, pur senza giungere agli stessi esiti. Il caso più eclatante fu quello di San Giuseppe della Chiusa (Rizmanje), i cui abitanti tentarono di occultare i primi casi di colera. Il paesino aveva da poco assunto un'importanza strategica perché vi passava il tracciato in costruzione della *Triest-Herpelje Bahn,* la ferrovia destinata a collegare Trieste a Erpelle, con circa 500 operai alloggiati in baraccamenti. Furono proprio alcuni di questi, alla fine di luglio, a denunciare alle autorità cittadine la comparsa del contagio. Ma quando il medico della società ferroviaria si recò a San Giuseppe

> i villici gli si fecero incontro chiedendo se era venuto per avvelenare la gente e proruppero in minacce. Sicchè il Dr. Rigo dovette ricorrere alla gendarmeria. […] Urge provvedere […] Bisogna che la Luogotenenza mandi personale sopra luogo, altrimenti sono a temersi maggiori guai. Ci vogliono gendarmi e guardie sanitarie[31].

Situazione analoga a Contovello dove

> quei villici non ne volevano sapere assolutamente né di medici, né di misure di isolamento. […] Allora, visto che nel villaggio non vi sono che 4 gendarmi, la Luogotenenza, d'accordo col Magistrato civico, inviò un di-

[29] Archivio di Stato di Trieste, Luogotenenza del Litorale Adriatico, b.326, *Rapporto del Magistrato Civico intorno alle disposizioni prese per l'isolamento dei vaiolosi (...),* 16 gennaio 1871.

[30] *Insinuazioni maligne*, in *Il Piccolo*, 20 giugno 1886, p.1.

[31] *Il Colera a San Giuseppe*, in *Il Piccolo*, 25 luglio 1886, p.1.

> staccamento di militari, coll'incarico di fungere da guardie sanitarie e di far rispettare le contumace nelle famiglie di colpiti. Quando i villici di Contovello videro che non si scherzava, si dichiararono pronti a rispettare le contumace, purché venisse mandato via il militare. Ma era troppo tardi. I soldati avevano la loro consegna[32].

Anche sul litorale istriano non mancarono problemi; a Isola il medico inviato dalla Luogotenenza preferì andarsene[33].

Per tutta l'estate il principale quotidiano cittadino polemizzò contro chi alimentava la tensione: «uno spettacolo veramente strano e nauseante! C'è chi cerca con ogni mezzo possibile, e non isdegnando le arti più grette e piccine, di porre in discredito tutto quanto viene fatto in quest'occasione dal civico Magistrato». Il giornale esortava la cittadinanza ad affidarsi ai sanitari («Ai primi sintomi dunque si ricorra al medico, e si bandiscano una volta per sempre i pregiudizi delle donnicciuole») e sosteneva la necessità di «agire senza esitazioni» contro ignoranza e superstizioni, con l'impiego di «misure di rigore, per vincere con la forza l'imbecillità di singoli che mettono a repentaglio la salute di tutti»[34].

Con l'autunno il contagio declinò e si spense. Nella strategia perseguita, accanto alle innovazioni propriamente mediche e farmacologiche, fu essenziale l'opera poliforme della Sanità Municipale (Ufficio del Protofisico), intesa come laboratorio e avanguardia delle strategie di assorbimento della piaga pauperistica. Infatti, «non sfuggiva al pensiero sanitario giuliano come le condizioni di assoluta povertà di larga parte della popolazione rischiassero di neutralizzare a valle gli ingenti sforzi a monte dall'ufficio del protomedico»[35].

Le infezioni coleriche e vaiolose del triennio 1884-86 furono le ultime, gravi manifestazioni epidemiche con elevato indice di letalità che Trieste, in tempo di pace, fu costretta a fronteggiare.

5. *Conclusioni*

Il brano con cui Michel Foucault apre il capitolo del suo impareggiabile *Sorvegliare e Punire* dedicato al *Panopticon*, il carcere ideale progettato nel 1791 da Jeremy Bentham, rievoca minuzioso un regolamento cittadino della fine del XVII secolo, sulle misure da adottare in caso di peste:

> Spazio tagliato con esattezza, immobile, coagulato. Ciascuno è stivato al suo posto. E se si muove, ne va della vita, contagio o punizione. […] Alla

[32] *A Contovello*, in *Il Piccolo*, 11 agosto 1886, p.1.

[33] *Un medico che se ne va*, in *Il Piccolo*, 21 agosto 1886, p.1.

[34] *A Contovello*, cit.

[35] A. Scartabellati, *Visibili nemici dei pitocchi*, cit., p.536.

> peste risponde l'ordine. La sua funzione è di risolvere tutte le confusioni: quella della malattia, che si trasmette quando i corpi si mescolano; quella del male che si moltiplica quando la paura e la morte cancellano gli interdetti[36].

Ma nel XIX secolo, particolarmente in Italia, al colera non rispose l'ordine ma, piuttosto, la violenza collettiva, quasi un ritorno ai tempi premoderni; soprattutto (ma non solo) nel Meridione, in più occasioni l'emergenza sanitaria si trasformò in una crisi della convivenza e delle sue regole.

I motivi di questi fallimenti furono molteplici. La difficile transizione verso lo Stato unitario si intrecciava con un generale mutamento europeo legato alla rivoluzione industriale, e in questa fase delicata le pandemie agivano come un fattore fortemente anomico, nel senso indicato da Durkheim[37]. In buona parte d'Italia il governo della salute - compito di ingegneria sociale programma e bandiera dalla medicina positivista - era un processo in lento divenire, inserito nel lungo e incerto passaggio dal modello assolutista del controllo (*primato dell'ordine*) a quello securitario della contemporaneità (*primato della sicurezza*). Nei tanti spazi grigi di questa transizione entrava in crisi il rapporto fra *establishment* e ceti popolari e si aprivano spazi per l'azione eversiva di soggetti diversi: dal radicalismo politico alla delinquenza comune. Di fronte agli insuccessi delle strategie sanitarie, troppe volte la comunicazione istituzionale e "tecnica" si espresse con le modalità del *victim blaming*[38], attribuendone tutta la colpa ai comportamenti del *volgo* ignorante e indisciplinato.

Nel caso del colera nella Trieste asburgica, l'azione delle classi dirigenti locali con la progressiva attivazione di corpi intermedi deputati all'igiene e all'assistenza pubblica, antesignani di future forme di *welfare*, riuscì in buona parte a stemperare e a contenere i conflitti, che pur si agitavano intesi come contrapposizioni di classe e di culture nazionali; ciò che mancò gravemente nelle coeve realtà del Regno d'Italia.

In conclusione si può ben affermare che le grandi pandemie - passate e presenti - costituiscono potenziali, forti catalizzatori di conflitto e devianza, un pericolo che esige primaria attenzione nei responsabili della *governance*. Attualmente, quanto meno in Europa, questo rischio pare essere scongiurato; al Covid 19 – come nella metafora di Foucault – sembra aver risposto l'ordine. Se tale risultato si manterrà, se debba essere motivo di conforto o di più sottile inquietudine, al momento è impossibile dire.

---

[36] M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it., Torino, Einaudi, Torino, 1976, pp. 213-214.

[37] Cfr. E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale* (1893), trad. it., Edizioni di Comunità, Milano, 1999.

[38] Sul concetto v. W.Ryan, *Blaming the Victim*, Vintage Press, New York, 1976.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

De Amicis E., *La vita militare*. Casa Editrice Madella, Sesto S. Giovanni, 1916.

Foucault M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it., Einaudi, Torino, 1976.

Gliozzi E., *Ardore. Monografia*, Editrice Libraria della Gioventù, S. M. Capua Vetere, 1905.

Racco F., *I fatti di Ardore*, Edizioni Corab, Gioiosa Jonica, 2001.

Scartabellati A., *Visibili nemici dei pitocchi. La lotta al vaiolo e al colera come laboratorio delle moderne forme di interventismo sociale. L'esperienza triestina,1850-1886,* in *Igiene e Sanità pubblica*, v. LXIV, 4, 2008, pp. 521-543.

Spingola F., *La paura di Verbicaro. Storia di una rivolta nel sud*, Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2011.

Tognotti E., *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*. Laterza, Roma-Bari, 2000.

Preto P., *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1987.

DALL'ECCEZIONALITÀ ALL'ORDINARIETÀ, OSSIA QUANDO LA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA SI CONSOLIDA. IL CASO DEL DOMICILIO COATTO

DAVIDE ROSSI, ALESSANDRO AGRÌ*

«La crisi non è più l'eccezione della regola
ma essa stessa regola nella nostra società»
(M. Benasayag-G. Schmit)

1. *Tra regola ed eccezione*

Poco prima di morire, Walter Benjamin, nell'opera che rappresenta una sorta di ultimo manifesto del suo pensiero – le *Tesi* sul concetto di storia[1] –, evoca e si confronta per l'ennesima volta con la nozione prettamente schmittiana di "stato di eccezione", offrendo però una chiave di lettura totalmente antitetica a quella del giurista tedesco; se quest'ultimo, infatti, la fonda su motivazioni prettamente restaurativo-catatoniche, Benjamin, invece, oppone un'interpretazione apocalittico-messianica[2]. Per Carl Schmitt il sovrano impersonifica colui che stabilisce le ipotesi in cui sussiste il caso estremo dell'emergenza, definendo di conseguenza il soggetto in grado di dirimere il conflitto e con quali modalità ristabilire l'ordine e la sicurezza, manifestando come «il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale»; di contro, per Benjamin «lo stato di eccezione è la regola, mentre il *vero* stato di eccezione consiste

* Il primo è Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Trieste, il secondo Cultore della Materia di Storia del diritto medievale e moderno presso il medesimo Ateneo e docente a contratto di History of Medieval and Modern Law presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Il saggio è stato pensato, curato, discusso ed elaborato all'unisono dai due estensori. Per mere esigenze curricolari, si segnala che il primo e il secondo paragrafo sono da attribuirsi a Rossi, mentre i restanti ad Agrì.

[1] Le diciannove *Tesi* risalgono al 1942, ma vengono pubblicate solamente nel 1950, qui in W. Benjamin, *Sul concetto di storia*, trad. it. a cura di G. Bonola, M. Ranchetti, Einaudi, Torino, 1997.

[2] Si leggano le interessanti riflessioni di Dario Gentili, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin,* Guida, Napoli, 2002, pp. 129-136.

nel distruggere l'ordine, la sicurezza, la norma, la totalità, *delegittimando catastroficamente* alla radice ogni autorità dello stato tramite una forte discontinuità»[3].

Entrambi gli studiosi, però, hanno un punto in comune e muovono da posizioni fortemente critiche nei confronti del parlamentarismo liberaldemocratico, entrato in crisi con l'ascesa delle masse alla fine dell'Ottocento e definitivamente mutilato sotto i colpi della Grande Guerra. Nella logica di Benjamin, quindi, la catastrofe rappresenta il luogo stesso della redenzione, in quanto unicamente attraverso la distruzione si può creare quella rottura connessa ad una fine traumatica del tempo storico e alla creazione di uno spazio nuovo governato da nuovi tempi. Schmitt, di contro, muove dal presupposto che sia necessario impedire al disordine di emergere, in quanto, finché è possibile trovare anche solo una forma giuridica da adottare, è necessario applicarla per contenere il disordine e salvare il sistema vigente[4].

Come già emerge da questo breve scambio concettuale, il percorso speculativo attorno allo "stato di eccezione" appare denso e stimolante, e si lega inscindibilmente – anche solo soffermando l'attenzione alla modernità *post* ottantanovista[5] – al rapporto tra l'individuo, con le sue libertà, e lo Stato, con i suoi apparati, le sue forme e le sue regole. Da una parte si sottolinea la prospettiva conservativa, per cui con l'eccezione si intende prevedere una condizione *extra legem* con cui, però, puntare a tutelare e preservare l'assetto costituzionale vigente; dall'altra si tende verso una lettura innovativa, che si basa sulla non celata idea di sfruttare l'eccezione per instaurare un ordine rigenerato, strutturato su fondamenta – giuridiche, ma anche etiche e valoriali – differenti dalle precedenti.

Si tratta, quindi, di situazioni anomale ed imprevedibili – e per ciò stesso generiche, siano naturali, come le pestilenze o le catastrofi naturali, quanto generate dall'uomo, come la guerra o le situazioni di turbativa sociale, – che necessitano di risposte giuridiche totalmente difformi da quelle usualmente applicate, tanto da poter prevedere il congelamento delle ordinarie norme e procedure, la conseguente apertura di una condizione di sospensione del nucleo fondamentale dell'Ordinamento giuridico e il ricorso a strumenti idonei a risolvere tale situazione quanto necessari per preservare l'esistenza stessa dei cittadini.

---

[3] J. Taubes-C. Schmitt, *Ai lati opposti delle barricate. Corrispondenza e scritti 1948-1987*, Adelphi, Milano, 2018, p. 49. I corsivi sono ripresi dal testo originale.

[4] C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922)*,* in *Le categorie del "politico",* a cura di G. Miglio, P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 40.

[5] Con ciò non si esclude che non siano esistite forme giuridiche assimilabili a quanto offre la nostra contemporaneità, ma tali esperienze non possono essere considerate prodromiche, né possono far presumere un'evoluzione lineare, essendo necessario evitare di «concepire i mutamenti come un'evoluzione di forme e una trasformazione degli istituti quasi biologicamente intesi», come in modo ineguagliabile insegna Riccardo Orestano, *Azione in generale,* in *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 811.

È sempre Carl Schmitt a spiegare – sciogliendo un filo concettuale già annodato nel corso dei secoli da Machiavelli, Hobbes, Locke e Rousseau – che l'evento imponderabile non può non essere gestito se non attraverso modalità straordinarie, che non devono necessariamente essere codificate, ma dipendono dal grado di eccezionalità che in concreto si sussume. Una scelta, quindi, che deve ricadere esclusivamente su colui che detiene il potere, determinata da circostanze fattuali e senza poter essere circoscritta da un delimitato tracciato normativo: ci si riferisce ad una categoria tutta politica, non delimitabile entro spazi giuridici e ben riassunta dalla celebre definizione del «sovrano come colui che decide sullo stato di eccezione»[6].

L'ingestibilità di queste situazioni attraverso le modalità ordinarie si riversa nella difficoltà concettuale con cui il tema viene concretamente risolto. In assenza di una definizione dottrinale puntuale e circoscritta, l'eccezionalità appare infatti un concetto storicamente poliforme e la sua struttura varia da Ordinamento a Ordinamento, nelle diverse fasi storiche e tra i diversi settori della normazione.

La ricostruzione di un rapporto complesso quale quello del governo dell'emergenza, tra istanze giuridiche e spinte politiche, delinea dunque un panorama concettuale all'interno del quale l'*antecedente* storico allarga l'orizzonte alla *pre-comprensione storica* e aiuta il giurista, con un notevole sforzo destrutturale, a confrontarsi con la difficile corrispondenza tra i caratteri di un istituto e la sua denominazione giuridica[7]. La differenza tra la "parola" e la "cosa" costituisce un percorso accidentato che lo storico ha ben presente, consapevole com'è dell'errore incombente di utilizzare a ritroso categorie e immagini proprie della contemporaneità[8]. La "parola", la "cosa" e il "senso" viaggiano paralleli all'interno di una società, o più in generale di un'identità comunitaria, legando inscindibilmente nell'immaginario collettivo, ad un'espressione vocale o scritta, l'idea o la percezione della *res* stessa. Si instaura una dipendenza tra espressione e contenuto, quale generale «reciproca relazione tra nome e senso, che li rende capaci di evocarsi vicendevolmente l'un l'altro»[9]. Pur tuttavia, «l'attribuzione del nome alle specie, ai corpi celesti, alle malattie finisce sempre per intrappolare la cosa denominata in una metafora radicale e per appropriarsi della cosa stessa di fronte al mondo»[10].

---

[6] C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 33; molto brillanti le riflessioni di G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 42 ss.

[7] R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet Giuridica, Torino, 1992, pp. 30-36.

[8] S. Ullmann, *Semantica. Introduzione alla scienza del significato* (1962), trad. it. a cura di A. Baccarani, L. Rosiello, Il Mulino, Bologna, 1966, pp. 90-106.

[9] Ivi, p. 96.

[10] *Ibidem.*

Nomi e concetti inesorabilmente camminano a braccetto nella tempo storico[11], alimentando un laboratorio culturale da cui traspaiono cambiamenti e innovazioni, falsificazioni e metamorfosi: «segnali che, convenientemente interpretati, rivelano delle correnti di pensiero o dei sentimenti ai quali lo storico non potrebbe restare indifferente»[12]. Ricostruzioni diverse sarebbero certamente foriere di trasposizioni rischiose, di comparazioni azzardate, in cui troppo facilmente l'assonanza di termini o di facoltà potrebbe spingere ad analogie storiche assolutamente non corrispondenti alla realtà.

La statualità moderna appare, pertanto, quale punto di arrivo di un percorso di disciplinamento sociale e di un agire politico che rivendica l'uso esclusivo del diritto e della burocrazia, in base alla condivisa fiducia nel sistema normativo da essa espresso. E la statalizzazione si dipana in un processo storico che si struttura attorno alla monopolizzazione della forza, in quanto legittimata in termini giuridici: un *iter* di ratifica dell'istituzione che Max Weber[13], meglio di tutti, aveva già disegnato agli inizi del secolo scorso.

In quest'ottica si intuisce anche il paradigma dello "stato di eccezione": esso si pone esternamente alla normalità prevista dall'Ordinamento, ma contemporaneamente ne rappresenta l'essenza prima, la fonte da cui tutto attinge. E a chi detiene il potere è, in estrema sintesi, attribuita la capacità di valutare la contingenza e la conseguente decisione, la densità e il grado della stessa e le relative modalità operative: «se, dunque, il luogo dello stato di eccezione è il luogo della decisione pura, affrancata per necessità dal rispetto della regola preordinata, ben s'intende il notissimo presupposto da cui muove lo stesso Schmitt, per cui decisione, eccezione e sovranità si implicano strettamente»[14].

L'eccezione diventa quindi il *genus* di una varietà polisemantica di *species,* simili tra loro ma non sovrapponibili, spesso erroneamente utilizzate come sinonimi, in quanto ciascuna è legata ad esperienze e caratteri propri. Si pensi all'attribuzione dei pieni poteri o al ricorso ai poteri straordinari, all'introduzione dello stato d'assedio o alla dichiarazione dello stato di guerra, con le ricadute su strumenti come il decreto legge o il decreto delegato[15].

---

[11] Dal punto di vista metodologico e in una logica di critica alle periodizzazioni come tralatiziamente proposte si legga J. Le Goff, *Il tempo continuo della storia*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

[12] M. Bloch, *Noms de personne et histoire sociale*, in *Annales d'Historie Économique et Sociale*, IV, 1932, pp. 67-69.

[13] M. Weber. *Economia e società. Vol. I. Teoria delle categorie sociologiche* (1922), Edizioni di Comunità, Torino, 1999.

[14] F. Rimoli, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Links: rivista di letteratura e cultura tedesca: Zeitschrift für deutsche Literatur - und Kulturwissenschaft*, VI, 2006, pp. 131-151.

[15] C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento,* Giuffrè, Milano, 2005.

Sono tutti istituti sostanzialmente caratterizzati dalla sospensione della vigenza dell'impianto normativo ordinario a favore dell'introduzione di una nuova legislazione atta a risolvere la situazione emergenziale. A ciò si accompagna una tendenziale concentrazione del potere nelle mani dell'esecutivo a scapito della voce del Parlamento, ridotto a spettatore o, al più, chiamato ad esprimersi solamente in un secondo momento. L'emergenza diventa così occasione per ridefinire gli equilibri tra i poteri, nel tentativo di implementare l'efficienza a scapito della dialettica d'aula, ritenuta sempre più inutile e d'intralcio alle esigenze di funzionalità e di pronta efficacia dell'esecutivo. Si pensi, ad esempio, all'enorme impatto del primo conflitto mondiale con l'introduzione del modello di Gabinetto di Guerra strutturato da Lloyd George, ma anche agli scritti di un importante uomo politico francese come Leon Blum[16], che chiaramente propone di ridefinire la posizione del Parlamento all'interno degli assetti costituzionali verso una nuova forma dell'esecutivo, dotato di assolute prerogative amministrative quanto legislative.

L'emergenza diventa, quindi, opportunità per introdurre originali soluzioni normative, per far emergere istituti nuovi e proporre soluzioni innovative, modificando il vocabolario dello stesso legislatore[17] per la novità dei principi introdotti con travolgente audacia nella compagine del nostro ordinamento giuridico.

Dal diritto processuale a quello sostanziale, l'eccezione lascia inesorabilmente scie che non si cancellano con la fine del momento di crisi, ma che sono assimilate dall'Ordinamento per diventare lentamente normalità.

La necessità di affrontare l'emergenza con un assetto eccezionale ha sempre un inizio, ma appare decisamente più sfumata la conclusione, in quanto non sempre è presente un atto formale di cessazione. Il ricorso a leggi speciali o a poteri straordinari diventa opportunità per ridisegnare il sistema e occasione per introdurre novità giuridiche che possono tendenzialmente assumere nel tempo quel carattere di stabilità capace di legittimare deroghe all'assetto, fino a quel momento ordinario, dei poteri e degli equilibri istituzionali.

Le Istituzioni ontologicamente cercano di *prevedere* sciagure, calamità, crisi, al fine di non farsi sorprendere, di non farsi trovare *impreparate*: è il naturale spirito di autoconservazione, la tendenza istintuale a preservare sé stessi e la propria integrità. Ma quando le barriere non reggono e i meccanismi dell'ordinario non funzionano, l'evento straordinario ha il sopravvento. Ne consegue la messa a punto di misure eccezionali transeunti, volte a contenere l'avvenimento e

[16] Tratteggia i due esempi G. Melis, *Il Parlamento dalla Grande Guerra al fascismo*, in *Parlamenti in guerra (1914-1945). Il caso italiano e il contesto europeo*, a cura di M. Meriggi, Federico II University Press, Napoli, 2017, pp. 11-27.

[17] G. Faggella, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle future riforme*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, X, 1918, pp. 345-396, oltre al celeberrima prolusione genovese di F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), consultabile in Id., *Studi giuridici*, vol. II, Foro Italiano, Roma, 1939, pp. 377-403.

a ripristinare quanto prima lo *status quo ante*. Eppure, questo stato d'eccezione, sorto per far fronte a un evento contingente negativo e passeggero, è talvolta foriero di nuove soluzioni e principi che oltrepassano la soglia dell'emergenza diventando stabili e diuturne.

La storia del Regno d'Italia è costellata, sin dagli albori dell'unità, da continue emergenze, affrontate tramite la dichiarazione dello stato d'assedio[18], dello stato di guerra, dei pieni poteri e dei poteri straordinari[19]. Il diritto di pace ha ceduto più volte il passo all'eccezionale e temporaneo *ius belli*, a quello *ius necessitatis*[20] per definizione caduco e passeggero. Nonostante ciò, alcuni istituti giuridici nati sotto il segno dell'eccezione, spesso *contra costitutionem*, dettati dalla logica del sospetto e in contrasto con i coevi valori giuridici, sono sopravvissuti al motivo che aveva dato loro origine. Il regime giuridico d'eccezione, provocato da una guerra, da un'epidemia o da un allarme di ordine pubblico, non sempre si esaurisce con il dissolvimento del subitaneo fattore che ha scatenato l'emergenza: in esso, infatti, possono svilupparsi i "germi"[21] di uno *ius novum*, alimentando così una vera e propria continuità tra stato d'emergenza e ritorno all'ordine. L'eccezione si trasforma fatalmente in regola e lo *ius necessitatis* valica i confini dello straordinario per arricchire il sistema delle fonti del diritto. La storia ha dimostrato come in diverse occasioni il periodo post-emergenza non sia riuscito a far a meno di quello *ius singulare* sorto *propter utilitatem* e *contra rationem iuris*.

2. *Emergenza, prevenzione, sospetto: la legge Pica*

La raggiunta unità aveva costretto il Regno d'Italia ad affrontare immediatamente diverse emergenze – come testimoniano i cinque stati d'assedio proclamati

[18] All'interno di una vasta letteratura, R. Porrini, *Lo Stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, Tipografia Angelo Ciminago, Genova, 1894; C. Badolati, *Lo stato d'assedio in Sicilia e suoi effetti: considerazioni giuridiche*, Stamperia Provinciale Commerciale di S. Montes, Girgenti, 1894; G. Arangio Ruiz, *Dello stato d'assedio politico*, Vallardi, Milano, 1899; L. Rossi, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, Mantero, Tivoli, 1936.

[19] Sulla distinzione tra le due formule (pieni poteri e poteri straordinari) e sull'uso promiscuo delle stesse da parte della dottrina si rimanda a C. Latini, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 112 ss.

[20] La necessità, fonte dello stato di eccezione, è stata configurata dalla dottrina talvolta quale fonte di diritto (Santi Romano, Mortati, Hauriou) talaltra quale elemento di fatto extragiuridico (Biscaretti, Carré de Malberg, Balladore-Pallieri). È ormai diventato un classico cui è impossibile non riferirsi, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 32-43.

[21] Con riferimento al primo dopoguerra si veda P. Cogliolo, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1916, p. 8; E. Florian, *La giustizia penale dei pieni poteri*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, I, 1918, p. 172; F. Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, XVI, 1918, pp. 685-686; S. Galgano, *La smobilitazione legislativa*, in *Il Diritto Commerciale*, XII, 1920, pp. 302-306.

tra il 1862 e il 1909[22] – durante le quali vennero adottate molteplici misure *extra legem*: i diritti civili e politici vennero fortemente compressi, la giustizia militare (energica, esemplare, rapida, in quanto carente di guarentigie) si sostituì a quella ordinaria[23] e la divisione dei poteri fu infranta[24], in nome dell'adagio *salus rei publicae suprema lex esto*[25]. Fu soprattutto il brigantaggio a mettere a repentaglio le basi dei neonato Stato: fenomeno antico, complesso ed articolato, le cui radici affondano nelle rivolte popolari divampate in seguito al plebiscito del 21 ottobre 1860 e che sfocerà in una guerra civile-coloniale[26], «sporca» e «senza onore». Sorto dunque sotto il segno dell'emergenza, il Regno d'Italia, nell'agosto del 1862, proclamò lo stato d'assedio in Sicilia (Regio decreto del 17 agosto 1862, n. 764)[27], sospese le garanzie costituzionali (con buona pace dell'art. 6 dello Statuto) e trasformò il territorio interessato in zona di operazione militare, subordinando le autorità civili a quelle militari. Separando il «giure penale» dal «magistero di polizia», prendeva forma un «duplice livello di legalità»[28], mutuato dagli Stati preunitari e dettato da esigenze di opportunità e convenienza: sconfiggere quegli

[22] Si tratta degli stati d'assedio proclamati dal Governo Rattazzi contro i briganti nel 1862, da Ricasoli a Palermo nel 1866, da Crispi in Sicilia e Lunigiana nel 1894, da di Rudinì nel 1898 nelle Province di Milano, Firenze, Livorno e Napoli, e da Giolitti nel 1908 a Messina-Reggio Calabria.

[23] Ciò in aperta violazione con l'art. 71 dello Statuto Albertino, il quale recita: «Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali». Tuttavia, il ricorso alla giustizia militare appariva un espediente necessario stante il fallimento della giustizia ordinaria e posto che il brigantaggio veniva considerato addirittura peggiore dello stato di guerra. Cfr. D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione. Il domicilio coatto nell'Italia liberale*, Carocci, Roma, 2010, p. 23.

[24] Ampi poteri straordinari furono concessi al Governo, sia sotto il profilo giurisdizionale (misure di prevenzione) sia sotto quello legislativo (pieni poteri). Questa ingerenza provocò un indebolimento delle prerogative legislative del Parlamento e una drastica riduzione delle guarentigie processuali. Per dirla con l'avvocato Vittorio Lollini, il domicilio coatto, in violazione dello Statuto, privava il cittadino di ogni garanzia, «lasciandolo alla mercé di sbirri, alti e bassi che siano, si confonde il potere esecutivo col giudiziario, anzi il primo al secondo, sostituisce», in Id., *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Fratelli Treves, Bologna, 1882, pp. 129 ss. Nello specifico, il domicilio coatto fu bollato come «la più grave violazione del principio costituzionale della divisione dei poteri», in D. Lo Presti, *Ammonizione e domicilio coatto. Studio di polizia preventiva*, Muglia, Messina, 1905, p. 83.

[25] Come scrisse Mario Sbriccoli, la legge d'eccezione «consente di stravolgere scale penali, aggravare procedure, sospendere o comprimere garanzie, varcando i limiti della legalità costituzionale», in Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, a cura di L. Violante, vol. XIV, Einaudi, Torino, 1998, p. 489.

[26] R. Martucci, *La regola è l'eccezione: la legge Pica*, in *Nuova Rivista Storica*, XCVII, 2013, II, pp. 427-428.

[27] Il Governo fece ricorso all'art. 246 del codice penale militare di guerra, in quanto lo Statuto Albertino non lo contemplava.

[28] M. Sbriccoli, *Caratteri originari*, cit., p. 594; Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 35.

«sciagurati che non hanno il diritto di chiamarsi figli d'Italia»[29], utilizzando anche strumenti *extra legem*[30]. La legge che descrive icasticamente questo scenario è la n. 1409 del 15 agosto 1863, la quale è passata alla storia con il nome del suo promotore, il deputato abruzzese Giuseppe Pica. A dispetto di una certa semplicità (di facciata), la norma è, in realtà, uno strumento assai complesso e rappresenta uno dei casi più evidenti di difficile equilibrio tra mantenimento dell'ordine sociale e tutela dei diritti garantiti costituzionalmente.

La legge Pica, «tabù storico-giuridico», finì per essere inghiottita in una sorta di «oblio storiografico»[31], fino a quando, tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, due studiosi iniziarono a far luce su di essa[32]. Snella, telegrafica e transitoria, una sorta di «riedizione»[33] del decreto borbonico 30 agosto 1821, n. 110, essa costruì un *modus operandi*[34] che, seppur destinato ufficialmente a rimanere in vigore sino al 31 dicembre del 1863, rappresenterà il modello a cui destra e sinistra storica ricorreranno puntualmente in situazioni d'emergenza. La legge Pica, infatti, per ragioni di politica prudenza[35], sarà prorogata

[29] F. Diozzi, M.A. Fusco, *La risposta del nuovo Stato*, in *Brigantaggio, lealismo, repressione nel Mezzogiorno 1860-1870*, a cura di R. Causa, G. Galasso, Macchiaroli, Napoli, 1984, p. 183.

[30] L. Lacchè, *Sulla forma giudiziaria. Dimensione costituzionale della giustizia e paradigmi del processo politico tra Otto e Novecento*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Giuffrè, Milano, 2015, p. 10.

[31] R. Martucci, *La regola è l'eccezione*, cit., p. 413.

[32] Si tratta dei lavori di Franco Molfese, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Feltrinelli, Milano, 1964, e di Aldo Albonico, *La mobilitazione legittimista contro il Regno d'Italia: la Spagna e il brigantaggio meridionale postunitario*, Giuffrè, Milano, 1979.

[33] R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale,* Il Mulino, Bologna, 1980, p. 66.

[34] Nelle Province interessate dal fenomeno del brigantaggio (ai sensi del decreto del 20 agosto 1863 ci si riferisce all'Abruzzo Citeriore, Abruzzo Ulteriore II, Basilicata, Benevento, Calabria Citeriore, Calabria Ulteriore II, Capitanata, Molise, Principato Citeriore, Principato Ulteriore e Terra di Lavoro) si investivano i tribunali militari della competenza a giudicare bande di briganti armate (inclusi i complici) protagoniste di scorribande in città e in campagna al fine di commettere crimini e delitti (art. 1). In caso di resistenza ai pubblici ufficiali, la legge prevedeva la pena della fucilazione o, in presenza di attenuanti, dei lavori forzati a vita (art. 2). La legge Pica introduceva anche la figura del collaboratore di giustizia: nell'ottica di una giustizia premiale, essa garantiva la diminuzione da uno a tre gradi di pena per coloro che si erano già costituiti o si sarebbero costituiti entro un mese dalla pubblicazione della legge stessa (art. 3). Inoltre, la legge consentiva al Governo di istituire compagnie di volontari a piedi o a cavallo e accoglieva per la prima volta l'istituto del domicilio coatto (artt. 5, 6).

[35] Infatti, già prima della sua scadenza, l'8 dicembre 1863, la Camera fu invitata a vagliare due progetti di legge volti a confermare, seppur con qualche modifica, la legge Pica fino al 30 aprile dell'anno successivo. Crispi, che già nel 1863 espresse diverse riserve in merito alla legge Pica, criticò l'utilizzo di misure eccezionali; mentre Rattazzi, pur riconoscendo evidenti profili di incostituzionalità, riconobbe *obtorto collo* la necessità di misure eccezionali

per ben quattro volte, determinando così «l'aspettativa di una stabilizzazione dell'emergenza»[36].

3. *Domicilio coatto: gli albori*

Con la legge Pica fece la sua prima comparsa l'istituto del domicilio coatto, provvisoria misura di prevenzione, avente carattere repressivo e rieducativo[37], escogitata per contrastare oziosi, vagabondi, persone sospette, nonché camorristi e manutengoli[38]. Curiosa la parabola evolutiva di questo discusso provvedimento di polizia preventiva, tanto criticato e stigmatizzato da giuristi e politici[39], quanto capace di resistere ai tempi e agli eventi, nutrendosi delle emergenze che accompagnano il cammino dell'Italia liberale, transitando per l'età fascista sino all'epoca repubblicana. Il domicilio coatto, strumento duttile,

---

sino al consolidamento dell'unità. Garibaldi, invece, si schierò apertamente contro l'estensione della legge Pica in Sicilia, dimettendosi dall'incarico di deputato. A seguito di un lungo vivace dibattito parlamentare, la legge n. 1661 del 7 febbraio 1864 (legge Peruzzi) assorbiva, infatti, la legge Pica, estendendo il termine massimo di applicazione del domicilio coatto a due anni e con Decreto reale dell'11 febbraio 1864 anche le Province di Catania, Girgenti, Messina, Trapani e Palermo ricaddero entro il territorio di applicazione del domicilio coatto. La legge Peruzzi verrà prorogata e rimarrà in vigore sino al 31 dicembre 1865. Cfr. D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., pp. 42-63; R. Martucci, *Emergenza e tutela*, cit., p. 157; E. De Cristofaro, *Introduzione*, in *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Bonanno, Acireale-Roma, 2015, p. 16.

[36] A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 91.

[37] Il principale obiettivo del domicilio coatto è l'allontanamento dell'individuo dalla società; ma, ai sensi del Regolamento del 25 agosto 1863, era prevista l'assegnazione di «particolari riguardi» ai coatti che avessero frequentato in loco le scuole e svolto attività lavorative.

[38] Il domicilio coatto veniva irrogato dal Governo (per un tempo massimo di un anno) su parere di una Giunta composta dal Prefetto, dal Presidente del Tribunale, dal Procuratore del Re e da due Consiglieri provinciali. La decisione era inappellabile, essendo vietata l'impugnazione del provvedimento stesso e la sentenza era d'immediata esecuzione. I luoghi del domicilio erano decisi con assoluta discrezionalità dal Ministero dell'Interno: i coatti venivano confinati nelle isole siciliane di Ustica, Lipari, Pantelleria, Favignana, Lampedusa, ma anche all'Elba, al Giglio, Gorgona e Capraia, a Ponza, alle Tremiti, a Ventotene, a Porto Ercole nonché in Eritrea ad Assab. Per uno sguardo in merito alle colonie coatte del Regno d'Italia si consulti D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., pp. 235-301 e Id., *Una «specialità italiana»: le colonie coatte nel Regno d'Italia*, in *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, a cura di M. Da Passano, Carocci, Roma, 2004, pp. 215-304. Presso la baia di Assab il domicilio si trasformò in una vera e propria deportazione, sanzione non prevista dall'ordinamento giuridico, in M. Lenci, *Deportati in Eritrea: il caso "Assab"*, in *Il domicilio coatto*, cit., p. 207-224.

[39] Sulle critiche e le proposte di riforma e abolizione del domicilio coatto si rimanda a E. De Cristofaro, *Le critiche del positivismo criminologico al domicilio coatto e i progetti di abolizione del domicilio coatto tra Otto e Novecento*, in *Il domicilio coatto*, cit., pp. 225-252.

rapido, efficace sarà utilizzato da ministri di polizia e primi ministri di qualsiasi orientamento politico. Posto fuori dal controllo della magistratura[40] e introdotto con una legge temporanea destinata a colpire i briganti, questo «strumento a fisarmonica»[41] verrà progressivamente esteso ad altre categorie di delinquenti a seconda delle contingenti necessità: dagli anarchici ai mafiosi, dai socialisti agli attentatori dell'unità nazionale, sino a colpire devianti e marginali[42].

Gli anni successivi alla fine dell'emergenza brigantaggio non furono meno turbolenti per la giovane Monarchia. La *belle époque* italiana fu caratterizzata dall'emergere della questione sociale, dal divampare dell'anarchismo e dalla nascita dei partiti di massa quali il Partito Operaio (1882)[43] prima e in seguito il Partito Socialista (1892)[44]. L'instabile età umbertina (1878-1900) vide succedersi diversi governi e culminò con la recessione economica (1896-1901), con i moti di Milano (6-9 maggio 1898)[45] e con i tre attentati al Re Umberto I[46] e quello (fallito) al Presidente del Consiglio Francesco Crispi (1894)[47].

---

[40] Secondo il giudizio di Domenico Lo Presti, il domicilio coatto era «un'istituzione né essenzialmente né lievemente penale […] sottratta al regime del diritto e del magistrato penale […] oltre ad essere in opposizione ai principi del giure penale e alle guarentigie processuali e probatorie», in Id., *Ammonizione e domicilio coatto*, cit., pp. 67-83.

[41] D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia. Annali*, a cura di L. Violante, vol. XII, Einaudi, Torino, 1997, p. 905.

[42] Illuminante sul punto è il contributo di Lorenzo Benedusi, *Il domicilio coatta contro oziosi, vagabondi e omosessuali*, in *Il domicilio coatto*, cit., pp. 191-206.

[43] Sul Partito Operaio italiano fondato a Milano il 17 maggio 1882 su iniziativa del locale circolo operaio e della rivista *La Plebe* di Enrico Bignami e di Osvaldo Gnocchi-Viani si rimanda a M.G. Meriggi, *Il Partito Operaio Italiano (Attività rivendicativa formazione e cultura dei militanti in Lombardia (1880-1890)*, Franco Angeli, Milano, 1985.

[44] Sulle origini del PSI nato a Genova il 14 agosto nella sala dell'associazione garibaldina *Carabinieri genovesi* e inizialmente denominato Partito dei Lavoratori Italiani si veda P. Mattera, *Storia del PSI: 1892-1994*, Carocci, Roma, 2010.

[45] Sulla "protesta dello stomaco" si consulti A. Canavero, *Milano e la crisi di fine secolo (1896-1900)*, Unicopli, Milano, 1976. Non solo Milano: in questo torno d'anni, numerose proteste furono duramente represse dal Governo nelle campagne lombarde, celebre è la rivolta mantovana denominata La Boje (dal 1882 al 1885), nonché siciliane (dal 1893 al 1894). Sul punto si rimanda a R. Salvadori, *La boje! Processo dei contadini mantovani alla Corte d'Assise di Venezia*, Edizioni Avanti!, Milano 1962.

[46] Tutti gli attentati recano la firma di anarchici, da Giovanni Passanante a Pietro Acciarito. Come noto, l'attentato del 29 luglio 1900 di Monza fu fatale a Re Umberto: Gaetano Bresci, anch'egli anarchico fu condannato alla pena dell'ergastolo (di cui i primi sette anni in segregazione cellulare continua), all'interdizione perpetua dei pubblici uffici, all'interdetto legale, nonché alla perdita della capacità di testare. Sull'attentato in parola si veda G. Galzerano, *Gaetano Bresci: la vita, l'attentato, il processo e la morte del regicida anarchico*, Galzerano, Casalvelino Scalo, 1988.

[47] Armato di due pistole, Paolo Lega (detto Marat), il 16 giugno 1894 tentò di assassinare Crispi in via Gregoriana a Roma. Il repubblicano, divenuto anarchico, mancò il bersaglio e

Varcata la soglia del nuovo secolo, in età giolittiana (1903-1914) «la normalità costituzionale fu ristabilita»[48]; tuttavia lo Stato italiano dovette nuovamente affrontare eventi straordinari e destabilizzanti di matrice sanitaria, economica e sociale. Il 15 settembre 1904[49], la Camera del Lavoro di Milano indisse il primo sciopero generale sotto la guida del sindacalista rivoluzionario Arturo Labriola e del *leader* socialista Filippo Turati e, l'11 luglio 1911, ottomila operai di Piombino e Portoferraio, in protesta contro il Consorzio Ilva, diedero vita ad uno sciopero durato ben 135 giorni[50]. Qualche anno dopo, tra il 1906 e il 1908, eventi catastrofici scossero il Paese: il 4 aprile 1906 si verificò la maggiore eruzione vesuviana del XX secolo, la quale causò scosse telluriche, colate di fango e alluvioni; il 23 ottobre del 1907 la terra tremò nella Provincia di Reggio Calabria, tragico preludio di ciò che avverrà l'anno successivo quando il 28 dicembre il terremoto calabro-siculo devastò le città di Messina e Reggio Calabria[51]. In seguito al sisma del 1908, il Governo dichiarò lo stato d'assedio: in tale contesto si svilupparono l'«amministrazione dell'emergenza»[52], nonché il «diritto della pubblica calamità»[53]. Fu un'occasione per sperimentare strumenti

---

il 19 luglio dello stesso anno fu condannato a 20 anni e 17 giorni di reclusione dalla Corte d'assise di Roma. Nella sua autodifesa, Lega dichiarò di aver compiuto l'attentato come forma di protesta, come rivendicazione sociale, schierandosi contro le classi privilegiate, alla luce degli eccidi ordinati dal governo. Sul punto si rimanda a G. Galzerano, *Paolo Lega. Vita, viaggio, processo, «complotto» e morte dell'anarchico che attentò alla vita del primo ministro Francesco Crispi*, Galzerano, Casalvelino Scalo, 2014.

[48] G. Procacci, *Osservazioni sulla continuità della legislazione sull'ordine pubblico tra fine ottocento, prima guerra mondiale e fascismo*, in *Militarizzazione e nazionalizzazione sulla storia d'Italia*, a cura di P. Del Negro, N. Labanca, A. Staderini, Unicopli, Milano, 2005, p. 86.

[49] Sullo sciopero generale, in occasione del quale il Governo non dichiarò lo stato d'assedio ma predispose un Piano di difesa, si veda G. Procacci, *Lo sciopero generale del 1904*, in *Rivista Storica del Socialismo*, XVII, settembre–dicembre 1962, pp. 401-438; Id., *La limitazione dei diritti di libertà nello Stato liberale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici, e la lotta ai nemici interni (1915-1918)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 38 (2009), t. I, 38, 2009, pp. 601-652.

[50] Per un approfondimento sul tema in parola si consulti O. Zuccarini, *Una grande e sfortunata lotta operaia: i lavoratori di Piombino e dell'isola d'Elba contro il Trust siderurgico*, s.n., Lugano, 1912; A. Pellegatta, *I figli dei serrati: una storia di affido proletario e di solidarietà di classe da Piombino a Gallarate (1911)*, Pagine marxiste, Milano, 2006.

[51] Dal punto di vista storico-giuridico si veda il contributo di Carlotta Latini, *L'emergenza e la disgrazia. Terremoto, guerra, poteri straordinari in Italia agli inizi del Novecento*, in *Historia et Ius*, XIII, 2018, pp. 1-22.

[52] G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993,* Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 249-260.

[53] G. Altobelli, *Discorso inaugurale alla Corte d'Appello di Messina per l'anno giuridico 1912-1913 con speciale riguardo al diritto della pubblica calamità, 12 dicembre 1912*, Premiata Officina Grafica La Sicilia, Messina, 1913.

legislativi e amministrativi nuovi, alcuni dei quali saranno destinati a sedimentarsi nell'ordinamento giuridico[54].

Sul versante economico-finanziario, la prosperità che caratterizzò l'età giolittiana subì un duro colpo a causa del cosiddetto "panico del 1907"[55], crollo finanziario sorto negli Stati Uniti, prima crisi "globale" del Novecento. Infine, sulla soglia della prima guerra mondiale, rivolte e disordini scoppiarono in diverse città del centro-nord in occasione delle celebrazioni della festa dello Statuto Albertino (7 giugno): da Ancona all'Emilia, socialisti, repubblicani e anarchici fecero fronte comune contro il Governo, inaugurando una settimana di violenti proteste in reazione all'eccidio di tre manifestanti[56]. E nello stesso anno, in seguito alla fondazione dei Fasci d'azione rivoluzionaria, le piazze di Roma e Milano furono teatro di vivaci manifestazioni e comizi pro-interventismo, portando all'arresto di Benito Mussolini e Filippo Tommaso Marinetti.

A fronte di questa situazione d'instabilità, è possibile comprendere come il domicilio coatto rappresentasse un istituto para-penale al servizio del potere politico, «uno strumento privilegiato nelle mani del potere esecutivo, che vi ricorrerà largamente e per lungo tempo»[57]; da misura preventiva eccezionale, esso troverà cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano, «pronto a tornare in auge sotto la spinta di emergenze criminali o politiche (spesso più presunte che reali)»[58].

4. *Domicilio coatto: la stabilizzazione*

Dopo due anni dalla sua introduzione, il domicilio coatto diverrà, attraverso la legge 20 marzo 1865, n. 2248 (legge Lanza)[59], congegno usuale e permanente per rafforzare la tutela poliziesca e implementare il controllo sociale dei perturbatori di quel codice non scritto della coeva morale borghese. Il domicilio

---

[54] V. Polacco, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo del 1908*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1909, pp. 337 ss.

[55] Sulla crisi finanziaria del 1907 si consulti P. Ciocca, *La crisi italiana del 1907*, in *Quaderni Storici*, vol. 8, 24, settembre-dicembre 1973, pp. 1057-1061.

[56] In questo caso il Governo Salandra non applicò le leggi eccezionali degli anni Novanta. Sulla "settimana rossa" si veda M. Papini, *Ancona e il mito della Settimana rossa*, Affinità Elettive Edizioni, Ancona, 2013.

[57] D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., p. 41.

[58] D. Petrini, *Il sistema di prevenzione*, cit., p. 893.

[59] Trattasi del primo Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza del Regno. In esso, il domicilio coatto, applicato dal Ministero dell'Interno, veniva accolto quale stabile istituto di polizia preventiva, ultimo "anello" di una "catena del sospetto" che della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza passa per l'ammonizione, vera e propria «anticamera del domicilio coatto», in D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., p. 76; anche L. Martone, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. Martone, Istituto universitario orientale, Napoli, 1996, p. 227.

coatto venne esteso anche a grassatori, ladri, truffatori, borsaiuoli e ricettatori in precedenza ammoniti, agli estorsori e ai contravventori degli obblighi di sorveglianza speciale. Duri furono gli strali polemici nei confronti di un istituto tacciato di sostanziarsi in una mera «apoteosi dell'arbitrio», in una «negazione di ogni giustizia», finendo per rappresentare una «sanzione dell'onnipotenza ministeriale e dei più incocussi canoni del giure costituzionale»[60].

L'imminente guerra contro l'Austria contribuì ad assegnare nuova linfa al domicilio coatto, imprimendogli un carattere squisitamente politico[61]. La legge n. 2907 del 17 maggio 1866[62], imperniata sulla logica del sospetto, allargava i confini della suddetta misura di polizia. Oltre a colpire oziosi, vagabondi, camorristi e persone sospette ai sensi del Codice Penale del 1859, il domicilio coatto venne esteso alle persone indiziate di voler restaurare l'antico ordine o di nuocere in qualsiasi modo all'unità d'Italia. Con questa legge, commenterà con amarezza l'avvocato Giovanni Rosadi, «il sistema giuridico dei sospetti sostituiti alle prove e delle intenzioni scambiate coi fatti è fondato per sempre»[63]. Crispi, pur continuando a palesare la sua perplessità alle leggi eccezionali e ai pieni poteri, affermò che in quel particolare momento storico non vi fossero alternative: nonostante l'Italia non fosse ufficialmente in guerra, il Regno viveva una incerta pace, dovendosi difendere con qualsiasi mezzo dai nemici dell'unità e da chiunque volesse attentare alla libertà del Paese[64].

Un'ulteriore estensione del domicilio coatto si ebbe grazie alla legge 6 luglio 1871, n. 294 volta al rafforzamento della pubblica sicurezza e a prevenire il "malandrinaggio"[65]. Esso fu congeniale allo scioglimento delle prime società

---

[60] Sono le celebri parole dell'avvocato Vittorio Lollini, alle quali si uniranno quelle, di pari tenore, di giuristi e politici, in Id., *L'ammonizione e il domicilio coatto*, cit., pp. 129 ss. A Milano nacque anche un apposito Comitato presso la Lega Nazionale delle Cooperative, avente l'obiettivo di abolire «questo triste privilegio dell'Italia fra gli Stati civili e bestemmia giuridica e strazio funesto dei principi su cui poggiano la civiltà e la giustizia», in *Critica sociale*, n. 15, VII, 1897, p. 226.

[61] L. Musci, *Il confino fascista di polizia. L'apparato statale di fronte al dissenso politico e sociale*, in *L'Italia al confino: le ordinanze di assegnazione emesse dalle Commissioni provinciali dal novembre 1926 al luglio 1943*, a cura di A. Dal Pont, S. Carolini, vol. I, La Pietra, Milano, 1983, p. XXVI.

[62] Al fine di proteggere l'unità nazionale, il governo La Marmora chiese al Parlamento di approvare una legge che tutelasse il Paese dai nemici dell'unità, sottoponendo così al legislativo un disegno di legge volto alla concessione dei pieni poteri.

[63] G. Rosadi, *Del domicilio coatto e dei delinquenti recidivi*, Fratelli Bocca, Firenze, 1900, p. 17.

[64] D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., pp. 79-85. Tale legge ebbe l'occasione di essere sperimentata durante i moti scoppiati a Palermo nel settembre dello stesso anno. Si legga anche De Cristofaro, *Introduzione*, in *Il domicilio coatto*, cit., p. 18.

[65] Per i recidivi, il domicilio coatto fu esteso sino ad un massimo di cinque anni e fu utilizzato per colpire camorristi, mafiosi, contrabbandieri e accoltellatori, intervenendo così nei tumulti di Ravenna e Palermo e mandando al confino circa 1300 persone tra il 1871 e il 1872.

internazionaliste pericolose per l'ordine pubblico e particolarmente attive in Romagna[66]. «Infelice espediente»[67] ormai consolidato nella prassi, il domicilio coatto diventerà stabile strumento dell'apparato poliziesco anche quando la sicurezza dello Stato non sarà minacciata: verrà infatti inserito nel nuovo Testo Unico di Pubblica Sicurezza[68] (legge 30 giugno 1889, n. 6144) tra le rigide misure di polizia preventiva (come il rimpatrio e il «vecchio arnese poliziesco»[69] dell'ammonizione) al fine di frenare e aggirare l'«imbarazzante presenza»[70] del Codice Zanardelli che, con il suo carattere marcatamente liberale, finiva per essere d'«intralcio all'azione preventiva della polizia». Si trovavano così a convivere, una legge di polizia, informata al principio del sospetto, e un codice penale «liberale ed aperto, tecnicamente innovatore e culturalmente avanzato», specchio dei «due volti e indirizzi legislativi». Al cospetto di tale scenario, vi fu chi, come il deputato molisano Enrico Fazio, invano tuonò: «non vi sono due giustizie ma una sola è la giustizia»[71].

Il domicilio coatto acquisì un ruolo strategico nella legislazione eccezionale del 19 luglio 1894 (legge Crispi)[72]. La legge n. 316, infatti, rappresenta uno dei

---

[66] F. Benigno, *La mala setta. Alle origini di mafia e camorra (1859-1878)*, Einaudi, Torino, 2015, pp. 288-291.

[67] J. White Mario, *Il sistema penitenziario e il domicilio coatto in Italia*, in *Nuova Antologia*, CXLVIII, 1896, p. 33.

[68] Per la prima volta, una legge poneva dei limiti ai diritti garantiti dall'art. 32 dello Statuto Albertino (riunione e associazione). La legge di P.S. realizzava il disegno politico di Crispi, volto al rafforzamento dell'esecutivo. Attraverso una serie di mezzi di prevenzione indipendenti dal sistema penale e adottati in assenza di una specifica emergenza, trionfava la pratica del sospetto a fronte di una notevole compressione dei diritti di libertà.

[69] L. Lucchini, *Ammonizione*, in *Il Digesto italiano*, vol. III, parte I, Torino, 1895, p. 28. Ereditata dalla legislazione piemontese, l'ammonizione verrà duramente criticata a causa del marchio d'infamia che imprimeva sull'ammonito, trasformandosi in una specie di ombra che avrebbe tormentato l'esistenza dell'individuo. Come segnalava Francesco Biagio Miraglia, «un cittadino come è stato ammonito perde la stima nel pubblico ed è sempre guardato con occhio di sospetto», Id., *L'istituto dell'ammonizione come è disciplinato dalla legge di P.S.*, in *Il Filangeri*, VII, 1982, parte I, p. 232.

[70] M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Bari, 1990, p. 194.

[71] L. Martone, *La difesa dell'ordine*, cit., pp. 185-215, con i virgolettati rispettivamente tratti a pp. 187, 204 e 214.

[72] Crispi mise da parte le riserve nei confronti delle leggi eccezionali, asserendo che per combattere «mali eccezionali» fosse indispensabile derogare allo Statuto e ai principi dello Stato liberale al fine di colpire in maniera efficace una «accolta di forsennati, che si vanta senza patria». Era urgente insomma mobilitarsi per sconfiggere un nuovo nemico: ogni remora in merito alle leggi eccezionali andava al momento accantonata, in quanto, per dirla con l'onorevole Paternostro, non si trattava «di libertà ma di civiltà», in D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., pp. 187-198.

tre "pilastri" delle leggi antianarchiche[73], un arsenale normativo eccezionale e temporaneo[74] costruito in reazione agli attentati di stampo anarchico nonché alle rivolte dei Fasci siciliani[75], alle sommosse in Lunigiana, a Ravenna e nel Mantovano, generate dalle profonde crisi economiche. La genericità e vaghezza dei capi d'accusa portò ad un atteggiamento arbitrario, congeniale per colpire tutti i nemici dell'unità e della grandezza dell'Italia, quali anarchici, repubblicani e in maniera surrettizia anche i socialisti[76]: l'art. 3 della legge n. 316 consentiva di assegnare al domicilio coatto (sino ad un massimo di tre anni) coloro che avessero «manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali», indipendentemente dall'esito del processo. Ne conseguì, l'introduzione del *crimen cogitationis* nella legislazione di polizia. Da questo momento il domicilio coatto acquisì piena cittadinanza nel «paesaggio politico italiano»[77]. Inoltre, quest'ultimo assunse, tramite la legge n. 314 (*Sui reati commessi con materie esplodenti*) pure la natura di pena accessoria[78].

---

[73] Al fine di reprimere la sovversione sociale, il Parlamento italiano approvò nel luglio del 1894 le seguenti tre leggi antianarchiche: 1) la legge n. 314 puniva il possesso di esplosivi e fu assai osteggiata da Bovio e Cavallotti i quali temevano abusi da parte della polizia; 2) la legge n. 315 inaspriva le pene per i reati di istigazione a delinquere, apologia di reato e eccitamento all'odio di classe qualora commessi a mezzo stampa; 3) la legge n. 316 prevedeva il domicilio coatto (da uno a cinque anni) per le persone sospette e condannate per reati concernenti materie esplodenti (art. 1) e vietava le adunanze e le associazioni che avessero come scopo il «sovvertimento per le vie di fatto degli ordinamenti sociali» (art. 5), disponendo il domicilio coatto fino a sei mesi ai contravventori.

[74] Le tre leggi sarebbero dovute rimanere in vigore sino al 31 dicembre dell'anno successivo ma la legislazione eccezionale tornava utile in occasione dei moti del 1898, e la sua scadenza fu procrastinata al giugno del 1899.

[75] In Sicilia, la proclamazione dello stato d'assedio nel gennaio 1894 (esteso poi anche alla Lunigiana) portò alla sospensione dell'inviolabilità del domicilio, della libertà di stampa, riunione e associazione.

[76] Tale legge eccezionale rappresentava, secondo l'onorevole Riccardo Luzzato, il fallimento dello Stato, essendo una legge di sospetto e d'arbitrio che colpiva chiunque si discostasse dal pensiero imposto dal Governo. Inoltre, specificava Nicola Badaloni, tramite gli anarchici la legge tentava di colpire i socialisti (anche se parlamentari in contrasto con il principio dell'immunità), sottraendoli alla giurisdizione dei tribunali per sottoporli a quella della polizia. Sicché, Filippo Turati tuonava contro il Governo Crispi, reo di aver colpito l'idea e la teoria socialista. Cfr. D. Fozzi, *Tra prevenzione e repressione*, cit., pp. 197-206. Infine, anche Gian Battista Impallomeni riteneva che la formula usata nella legge antianarchica fosse indirettamente volta a «reprimere la propaganda socialista: sopprimere il giornale, il libro, l'insegnamento socialista, le associazioni sociali soprattutto», in Id., *Il domicilio coatto politico*, Giacchetti, Prato, 1897, p. 1026.

[77] De Cristofaro, *Introduzione*, in *Il domicilio coatto*, cit., p. 21.

[78] Ai sensi dell'art. 7 della legge n. 314, alle pene comminate per la detenzione di ordigni e esplosivi si aggiungevano sempre due anni di domicilio coatto, allorquando il colpevole rientrasse nella categoria degli ammoniti o dei vigilati speciali.

5. *Domicilio coatto: nel segno della continuità*

Al cospetto del primo conflitto mondiale, la legge del 22 maggio 1915, n. 671[79] segnava il ripristino della delegazione legislativa, già apparsa nell'agosto del 1848[80] pochi giorni dopo la concessione dello Statuto. La legge dei pieni poteri, zona grigia tra giuridico ed extragiuridico, approvata dal Parlamento dopo – e nonostante – un dibattito assai acceso, inaugurava la temporanea "stagione" del "Governo legislatore", destinata a cessare soltanto con la fine delle ostilità. Essa troverà però stabilità nella legge del 31 gennaio 1926, n. 100, che riconoscerà la delegazione legislativa e regolerà l'istituto del decreto legge, minando le basi della divisione dei poteri[81]. Il Governo, senza proclamare lo stato d'assedio, interveniva a regolare diversi ambiti del diritto privato e commerciale[82], non tralasciando affatto la materia penale[83] e dando vita ad una ridda di decreti aventi carattere prevalentemente punitivo[84]. Prendevano forma così nuovi reati dai contorni indefiniti ("disfattismo")[85], si sospendevano le libertà costituzional-

[79] Prima dello scoppio del conflitto, la legge anti-spionaggio del 21 marzo 1915, n. 273 attribuiva al Governo il potere di emanare decreti su alcune materie (soggiorno stranieri) e limitava la libertà di stampa e comunicazione di notizie relative alla forza, preparazione e difesa militare dello Stato. Essa, a differenza della legge dei pieni poteri, non era temporanea bensì sarebbe rimasta in vigore anche in tempo di pace.

[80] Cfr. C. Latini, *Il governo legislatore. Espansione dei poteri dell'esecutivo e uso della delega legislativa in tempo di guerra*, in *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, a cura di F. Benigno, L. Scuccimarra, Viella, Roma, 2007, p. 205-209.

[81] G. Procacci, *Osservazioni sulla continuità*, cit., p. 93.

[82] Sul punto si rimanda a R. Braccia, *La legislazione della grande guerra e il diritto privato*, in *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Giappichelli, Torino, 2012.

[83] Durante la guerra, il diritto penale svelava il suo autentico carattere politico, relativo e utilitario. Infatti, proprio nei «tempi eccezionali di bufera e di lotta, gli istituti giuridici sperimentano la loro bontà e discoprono la loro natura», in E. Florian, *La giustizia penale dei pieni poteri*, cit., p. 162. Così, durante la guerra (ancor più che negli anni di Crispi), il diritto penale fu utilizzato per uno scopo eminentemente politico, sicché la collera prevalse sul diritto. Cfr. A. Amoroso, *L'art. 545 del Codice penale dell'esercito nel tempo e nel diritto*, in *Rivista Penale*, LXXXIII, 1916, p. 728. E nello specifico, la legge n. 273 rappresentò uno degli ultimi episodi di utilizzo politico del diritto penale prima del fascismo, in M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2, 1973, p. 608.

[84] Cfr. ivi, p. 161. Sul punto si veda anche V. Manzini, *La legislazione penale di guerra*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1918.

[85] Cfr. ivi, p. 164. Con decreto luogotenenziale del 20 giugno 1915, n. 885, il Governo intendeva punire la diffusione di notizie concernenti la difesa militare, l'ordine pubblico e l'economia nazionale diverse da quelle ufficiali e idonee a creare turbamento, disponendo l'arresto del presunto colpevole quantunque non fosse consapevole della falsità delle no-

mente tutelate[86], attribuendo ampi poteri a prefetti e, in continuità con la legislazione crispina, si sostituiva la giurisdizione civile con quella militare[87], la quale finiva per assorbire la quasi totalità dei giudicati. Toccherà poi al fascismo mutuare istituti e dottrine del Governo Crispi, sfruttate e implementate durante la Grande Guerra, codificando e mettendo a sistema molte esperienze normative belliche. Tra i casi più rilevanti, è d'uopo menzionare la continuità tra domicilio coatto-internamento-confino[88], nonché la relazione tra UCI e OVRA[89]. L'entrata in guerra e gli ampi poteri attribuiti all'autorità militare portavano all'esteso utilizzo della misura dell'internamento che, per dirla con Vittorio Emanuele Orlando, «ripugna alla giustizia astratta, ma è reso inevitabile dalla necessità della guerra»[90]. Atto amministrativo di polizia di competenza dei Comandi militari, l'internamento aveva effetto immediato, prescindeva dall'accertamento del reato ed era scevro di guarentigie quali la motivazione, il preavviso e il diritto di appello. In uno scenario bellico, cittadini nemici delle zone occupate, italiani

---

tizia stessa. Una sorta di "legge dei sospetti" (decreto luogotenenziale del 4 ottobre 1917 n. 1561) attribuiva ai tribunali militari la facoltà di sanzionare i civili per qualsiasi forma, anche se commessa con leggerezza, di dissenso, malcontento, disappunto e pessimismo che avrebbe potuto ledere gli interessi nazionali. Parimenti, nel dopoguerra, la legge 25 novembre 1926, n. 2008 configurerà il delitto di opinione e la diffusione di notizie false, esagerate, tendenziose sulle condizioni interne del Paese; inoltre il Codice Rocco accoglierà i delitti di opinione e nello specifico il tradimento colposo.

[86] Il decreto reale del 23 maggio 1915 n. 674 aggravava le già rigide disposizioni della legge del 1889. Esso attribuiva al Ministro dell'Interno la facoltà di affidare l'esercizio di poteri straordinari di pubblica sicurezza a comandanti militari e consentiva ai prefetti di emanare, in casi d'urgenza, qualsiasi provvedimento per la tutela dell'ordine pubblico (divieto di svolgere riunioni e scioglimento di associazioni che turbano l'ordine pubblico). Durante la guerra fu duramente ridotta la libertà d'opinione, stante la censura postale e sulla stampa. Nel dopoguerra, il regio decreto del 6 novembre 1926, n. 1848 richiamerà proprio la legge n. 674, allorquando disporrà lo scioglimento di partiti, associazioni e organizzazioni che conducono un'azione contraria al regime; e la legge 31 dicembre 1925, n. 2307 infliggerà un duro colpo alla libertà di stampa e informazione.

[87] Critico sul punto era Eugenio Florian: «A noi pare, dunque, che cotesta così vasta militarizzazione della giustizia penale manchi di ragione». L'Autore sosteneva, infatti, che la funzione dei tribunali militari non si adattasse ad una così ampia applicazione e fosse foriera di confusione e dannosa anche nei confronti dell'«ingranaggio militare»: i giudici militari, continuava, sono tecnicamente impreparati ed ignari del diritto, in Id., *La giustizia penale dei pieni poteri*, cit., p. 167.

[88] Il Codice Zanardelli disciplinava già il confino all'art. 18, e il precedente Codice penale del 1859 lo menzionava tra le pene correzionali. Il confino era però una pena avente come base un delitto commesso, mentre il domicilio coatto rimaneva una misura di prevenzione.

[89] Sulle relazioni e connessioni tra l'Ufficio centrale di investigazione (organismo di polizia civile nato nel 1916) e l'OVRA fascista si veda G. Tosatti, *La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. L'organizzazione della polizia*, in *Studi Storici*, I, 1997, pp. 232-237.

[90] Cfr. G. Procacci, *La limitazione dei diritti,* cit., p. 641.

sospetti nei territori di frontiera e italiani indesiderati (militanti socialisti e tutti i cittadini sospettati d'incerti sentimenti patriottici) vennero allontanati e messi al confino. Spettava ai prefetti la scelta del luogo d'internamento (Sardegna, Lipari, Lampedusa, Favignana, Ustica, Ponza e Ventotene). Il decreto luogotenenziale del 6 marzo 1918, n. 305 conferirà poteri più ampi ai prefetti, abilitandoli ad espellere dai territori non dichiarati zona di guerra i cittadini sospetti[91]; tale decreto riprendeva i termini del domicilio coatto (ex legge n. 316/1894), inaugurando una prassi che verrà perfezionata nel periodo fascista. Ma se i decreti e l'internamento sarebbero decaduti con la fine del conflitto, stante la loro natura transeunte, il fascismo farà riemergere e codificherà la soppressione della libertà di stampa, di opinione, di sciopero, di associazione e di riunione. Il TUPS del 6 novembre 1926 (R.D. n. 1818) istituiva il confino di polizia[92], rafforzando, come durante la guerra, le funzioni di pubblica sicurezza dei prefetti e stabilizzando così l'internamento, al fine di isolare, negli stessi luoghi che ospitarono anni prima gli internati, stranieri nemici, ribelli sloveni e antifascisti italiani. Il sospetto e il *rumor publicus* riemergevano dall'esperienza bellica, lì in nome della difesa della patria, qui a tutela dell'interesse superiore dello Stato.

I detriti della legislazione di prevenzione e del «diritto penale ostile»[93], che mirava ad anticipare atti e comportamenti tramite misure di prevenzione personale *ante* e *praeter delictum*, non spariscono neppure in età repubblicana. La legge del 27 dicembre 1956, n.1423 disponeva l'irrogazione di misure limitative della libertà (tra cui il domicilio forzato) a chi fosse sospettato di mantenersi con il provento di reati o di compiere abitualmente fattispecie criminose. Un impulso alla "penalità preventiva" e un ricorso alla "legislazione del sospetto" tornavano in auge per contrastare le organizzazioni criminali di stampo mafioso (tramite la legge 31 maggio 1965 n. 575 che istituiva il soggiorno obbligato) e per tutelare la sicurezza collettiva e l'ordine democratico durante gli "anni di piombo". Infatti, la legge 22 maggio 1975 n. 152 ripristinava il confino per gli autori di atti preparatori volti a sovvertire l'ordinamento dello Stato e, nel 1980, la legge 6 febbraio n. 15 ampliava i poteri delle forze di polizia, introducendo il nuovo reato di associazione a fini di terrorismo (270-*bis* c.p.).

---

[91] Il realtà, come segnala Giovanna Procacci, i Prefetti già prima del decreto n. 305 si erano impropriamente auto-attribuiti tale facoltà, mal interpretando il decreto n. 674, in Ead., *La limitazione dei diritti*, cit., p. 93.

[92] Successivamente, il confino venne inserito nel TUPS del 1931 (approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773) per allontanare soggetti pericolosi per la pubblica sicurezza e per l'ordine nazionale. La decisione spettava ad una Commissione provinciale, composta dal prefetto, dal procuratore del re, dal questore, dal comandante dei reali carabinieri e da un ufficiale superiore della milizia. La durata del confino variava da uno a cinque anni; nel 1956 sarà dichiarato incostituzionale.

[93] P. Troncone, *La penalità emergenziale nell'Italia repubblicana. L'eterno ritorno delle misure di prevenzione*, in *Il domicilio coatto*, cit., p. 256.

Negli ultimi vent'anni, l'emergenza del terrorismo internazionale svela l'annosa tensione tra la salvaguardia dei diritti individuali e il superiore interesse della "salute pubblica". Gli Stati Uniti, dopo l'11 settembre 2001, hanno risposto alla minaccia affrancandosi dall'"ostacolo" del diritto penale e del controllo giurisdizionale[94]. Invero, nella lotta ingaggiata contro quegli *hostes humani generi*, gli *States* hanno optato prevalentemente per misure di polizia, norme di eccezione (spesso amministrative), servendosi anche di forme *extra ordinem*, come i luoghi di detenzione extraterritoriali. Ciò in nome dell'adagio, di ciceroniana memoria, *inter arma silent leges*. L'Europa, in linea con i principi dello Stato di diritto, cerca di percorrere il più possibile l'altra via, quella della legge, utilizzando un corredo di norme penali nuove ed eccezionali come "arma" contro il terrorismo. Eppure anche questo scenario, a fronte di un affievolimento dei principi di umanità e garanzia, nasconde le insidie di una possibile deriva verso un diritto penale del nemico[95].

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Agamben G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

Benigno F., L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Viella, Roma, 2007.

De Cristofaro E. (a cura di), *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bonanno, Acireale-Roma, 2015.

Fozzi D., *Tra prevenzione e repressione. Il domicilio coatto nell'Italia liberale*, Carocci, Roma, 2010.

Latini C., *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento,* Giuffrè, Milano, 2005.

Lo Presti D., *Ammonizione e domicilio coatto. Studio di polizia preventiva*, Muglia, Messina, 1905.

Lollini V., *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Fratelli Treves, Bologna, 1882.

Martucci R., *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale,* Il Mulino, Bologna, 1980.

Procacci G., *Osservazioni sulla continuità della legislazione sull'ordine pubblico tra fine ottocento, prima guerra mondiale e fascismo*, in *Militarizzazione e nazionalizzazione sulla storia d'Italia*, a cura di P. Del Negro, N. Labanca, A. Staderini, Unicopli, Milano, 2005, pp. 83-96.

[94] Cfr. M. Donini, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, ESI, Napoli, 2009, p. 86-88.

[95] Ancora, ivi, pp. 90-91.

Rimoli F., *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Links: rivista di letteratura e cultura tedesca: Zeitschrift für deutsche Literatur - und Kulturwissenschaft*, VI, 2006, pp. 131-151.

Rosadi G., *Del domicilio coatto e dei delinquenti recidivi*, Fratelli Bocca, Firenze, 1900

LA RAPPRESENTANZA POLITICA: DALL'ACCEZIONE AUTORITARIA DELLA RAPPRESENTANZA ISTITUZIONALE FASCISTA AL VOTO REPUBBLICANO

NICOLETTA LAURENTI COLLINO*

1. *Introduzione*

Nel presente lavoro il tema della "rappresentanza politica" viene utilizzato come filtro per analizzare come muta l'assetto parlamentare, a Statuto invariato, durante il fascismo e quanto accade, dal punto di vista istituzionale e costituzionale, tra il 1943 (fine del Regime) ed il 1946 (inizio della Repubblica ed elezione della Costituente); una volta caduto Mussolini, è ormai superato il punto di rottura con il sistema e non si può "tornare allo Statuto"[1].

Negli anni della transizione costituzionale, vengono dunque elaborate due Costituzioni provvisorie che ricostruiscono gli equilibri istituzionali, dai quali il Parlamento è escluso fino alla sua elezione nello Stato repubblicano. Un Organo essenziale di bilanciamento rispetto ai poteri dell'Esecutivo è la Costituente, primo Organo rappresentativo, votato dai cittadini, dopo anni di separazione tra popolo ed Istituzioni.

La nozione di "rappresentanza politica" trova le sue radici nel procedimento elettorale; durante il Ventennio, si affermano però teorie antielezionistiche della rappresentanza, finalizzate a dimostrare la separabilità del rapporto rap-

* Dottoranda in Scienze Giuridiche presso l'Università di Trieste, sede convenzionata dell'Università di Udine.

[1] L'espressione riporta alla mente il noto articolo di Sidney Sonnino, *Torniamo allo Statuto*, pubblicato su *La Nuova Antologia* il 1° gennaio 1897, articolo in cui l'Autore, richiamando la Carta costituzionale, denuncia il malfunzionamento del sistema parlamentare italiano, denso di interessi particolari e clientelari. La sua intenzione consiste nel restituire al Re i suoi poteri, perché il Sovrano assicuri l'«alta direzione» e la tutela dell'«interesse collettivo e generale». Il suo appello rimane inascoltato, ma, alcuni decenni dopo, la stessa sfiducia verso il sistema rappresentativo porta al totalitarismo. Cfr. S. Sonnino, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, 151, 1897, in particolare p. 10.

presentativo dall'investitura dei governanti[2]. Il Parlamento è rappresentativo non perché si forma su base elettiva, bensì in quanto Organo dello Stato[3].

Se le votazioni del 1929 e del 1934 hanno carattere antidemocratico, in quanto effettuate in forma plebiscitaria e l'elettore è posto davanti ad un bivio che implica l'approvazione o il respingimento *in toto* della lista di deputati scelti dal Gran Consiglio del Fascismo, il Duce nel 1939 va oltre, sostituendo la Camera dei Deputati con la Camera dei Fasci, ossia una Camera dal carattere non elettivo[4]. Nonostante lo Statuto sembri legittimare tale scelta, in realtà l'elasticità statutaria impone un nucleo duro di principi non modificabili.

L'eccezionalità del Regime porta ad una distorsione del concetto di "rappresentanza politica": nelle poche pagine che seguono, nella consapevolezza che l'argomento necessiterebbe di ben più ampi spazi, si intende tracciare un primo esame delle idee che sorreggono tale concetto e del percorso per il recupero della nozione nella sua accezione democratica. L'*iter* verso la sovranità popolare si rivela denso di tornanti.

Nella permanenza formale della Statuto, le fonti normative del periodo 1943-1946 rappresentano la Costituzione sostanziale e strutturano gli strumenti giuridici che regolano lo svolgimento del *referendum* istituzionale e l'elezione della Costituente.

I costituenti, critici sia verso lo Stato liberale che verso lo Stato autoritario, optano per una soluzione compromissoria, nel redigere la Costituzione repubblicana: si fanno convergere le diverse ideologie ed i divergenti programmi[5].

Se il primo Risorgimento porta all'Unità d'Italia ed alla stesura dello Statuto albertino, ossia una Carta in cui vengono enunciati quei principi costituzionali e

---

[2] G.F. Ferrari, voce *Rappresentanza istituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1991, pp. 2-3.

[3] F. Cassella, voce *Rappresentanza politica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2000, p. 471.

[4] La nuova Camera determina «la fine completa del monopolio legislativo del parlamento, che fu il massimo portato della rivoluzione dell'89». Cfr. S. Panunzio, *La Camera dei fasci e delle corporazioni*, Arti grafiche Trinacria, Roma, 1939, p. 15.

[5] Come nell'Italia prefascista, la forma di governo statuita rimane quella parlamentare, ma viene razionalizzata la disciplina della fiducia e della sfiducia. Il Capo del Governo ha una posizione debole, nel timore del ripetersi di derive autoritarie; le dinamiche caratterizzanti la forma di governo sono condizionate dalla conformazione del sistema dei partiti, che si contraddistingue per un pluripartitismo estremo, legato ad una legislazione elettorale basata – per assicurare che vengano rappresentate le molteplici voci degli italiani – sul proporzionalismo.

Il principio proporzionale viene applicato nell'elezione della Costituente, ma non viene costituzionalizzato e perciò le leggi elettorali repubblicane finiscono per disattenderlo. G. de Vergottini, *L'evoluzione del sistema politico-istituzionale*, in *Federalismi.it*, 9, 2011, pp. 7-11, https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=18072&dpath=document&dfile=03052011095628.pdf&content=L%27evoluzione%2Bdel%2Bsistema%2Bpolitico%2B%2D%2Bistituzionale%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B.

liberali poi soffocati dalle mosse liberticide fasciste, dal secondo Risorgimento – ossia dagli anni della transizione costituzionale – deriva un incontro tra i più vari pensieri politici al fine di redigere una Costituzione dai valori condivisi, una Costituzione garantista, incentrata sulla ricerca degli equilibri istituzionali ed in cui il popolo è sovrano[6].

2. *La rappresentanza istituzionale*

Nella teoria della sovranità nazionale, il voto viene letto non come una forma di partecipazione politica, ma come una funzione esercitata in nome della Nazione, funzione mediante la quale non si scelgono i propri rappresentanti, ma semplicemente i "migliori", ossia coloro che sono in grado di esercitare il potere, perseguendo il bene comune. Essendovi un unico interesse nazionale e non una pluralità di interessi, è lecito che alla scelta dei rappresentanti proceda solo un numero limitato di cittadini, maschi, colti e benestanti. Portando agli estremi queste considerazioni, emerge che la rappresentanza politica non deriva necessariamente da una fase elettorale. L'elettività è un requisito essenziale della teoria liberale della "rappresentanza", ma proprio tale teoria permette la successiva degenerazione in senso monarchico-conservatore e poi dittatoriale, in quanto la designazione di soggetti capaci può, in ultima analisi, prescindere dall'elezione. Ne deriva che lo stesso concetto di "rappresentanza politica" può essere esteso agli Organi statali in generale, dal Sovrano al Governo sino al Duce[7]. Il Parlamento dunque non si differenzia dalle altre Istituzioni, bensì esprime, tanto quanto le altre, la volontà dello Stato[8].

Lo Stato è un'Istituzione necessaria che rappresenta giuridicamente tutta la Nazione, non dotata di per sé di personalità giuridica. Il rapporto rappresentativo non deriva da un contratto; ha invece carattere istituzionale, è naturale e necessario. Lo Stato esiste a prescindere dal rapporto rappresentativo; la funzione rappresentativa che esercita è accidentale ed estrinseca. La "rappresentanza" costituisce «la qualificazione della titolarità del potere statale nei confronti della Nazione»[9], è la via grazie alla quale lo Stato-persona rappresenta la Nazione.

Il fascismo identifica la Nazione con lo Stato, aggirando così il dualismo Stato-Nazione proposto dal regime liberale. In tal modo, si evita ogni possibili-

---

[6] A. Barbera, *Il governo parlamentare dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *L'unificazione istituzionale e amministrativa dell'Italia*. Atti di Convegno. *Convegni del 150° dell'Unità d'Italia* (Bologna, 6 dicembre 2010), pp. 77-78, http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1168/Pub2_dapag_033.pdf.

[7] S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze University Press, Firenze, 2004, pp. 51-52.

[8] Ivi, p. 59.

[9] F. Cassella, voce *Rappresentanza politica*, cit., pp. 470-471.

tà di conflitto, si evita che lo Stato rischi di uscire sconfitto da uno scontro con il popolo, popolo che costituisce il principale elemento sociale della Nazione[10]. Carlo Esposito afferma che «Nazione e Stato anche se idealmente possono pensarsi separati, in atto formano un tutto inscindibile»[11]. Ma quest'eguaglianza non è biunivoca: per il Regime, lo Stato non si esaurisce nella Nazione.

Tale nozione unitaria dello "Stato" trova riscontro nella concezione organica della "rappresentanza politica", in base alla quale si crea un rapporto unilaterale di connessione della società con lo Stato. «In tale rappresentanza, qualificata come politica, il rappresentante non agirebbe in nome del rappresentato, ma in nome proprio, non eserciterebbe diritti o poteri del rappresentato, ma diritti suoi propri; non vi sarebbe vincolo o rapporto giuridico tra il rappresentato ed il rappresentante, ma solo una certa omogeneità, somiglianza, aderenza del rappresentante al rappresentato»[12]. Si genera una totale compenetrazione tra i soggetti che vengono investiti della funzione di Organi e l'organizzazione statale complessiva. Lo Stato rappresentante si identifica nei suoi Organi, ciascuno e contemporaneamente tutti, strumentali all'esercizio della funzione rappresentativa. Vi è perciò un complesso articolato ma unitario di Organi, che vengono organizzati dallo Stato fascista in modo da essere tutti rappresentativi, laddove costituiscano una manifestazione della vita nazionale. Lo Stato "organizza" la Nazione, dando attuazione ad un'unica volontà, espressa per mezzo dei suoi Organi, che in definitiva sono essi stessi lo Stato. Ad essere rappresentativo è il contenuto delle funzioni delle Istituzioni e non la loro modalità di formazione[13]. È così che l'elemento gerarchico incentrato sulla nomina prende il posto di quello rappresentativo-elettivo.

La "rappresentanza istituzionale" va intesa come "rappresentanza integrale"[14]: il Parlamento è solo un Organo del sistema e la rappresentanza parlamentare costituisce l'espressione di una Nazione ordinata nelle sue Istituzioni fondamentali, che sono per loro natura rappresentative, ossia il Pnf[15] e le Corporazioni.

Santi Romano, Maestro – insieme a Donato Donati – di Esposito, nell'analizzare il tema del "rapporto tra rappresentante e rappresentato", finisce per

---

[10] Ivi, p. 471.

[11] C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, v. II, 1937, p. 410, scritto in cui l'Autore cita M. Maraviglia, *Alle basi del regime*, Libreria del Littorio, Roma, 1929, p. 14.

[12] C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1939, p. 311 ss.

[13] F. Cassella, voce *Rappresentanza politica*, cit., pp. 470-471.

[14] F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 107-108.

[15] Si veda la quadripartizione triepeliana dei rapporti tra Stato e partiti, nel cui ambito rientra l'*Inkorporation* del Partito nello Stato, cfr. H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Preußische Druckerei, Berlin, 1927. Sul ruolo del Partito, cfr. D. Nocilla, L. Ciaurro, voce *La rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, 1987, p. 571 ss.

qualificare come rappresentativa degli interessi generali della Nazione la Camera dei Fasci, nella quale i consiglieri nazionali – termine che Santi Romano utilizza in un'ottica di intolleranza verso la tradizione parlamentare – assumono la loro carica *ope legis* e *ratione muneris*, ossia in forza delle funzioni ricoperte nello Stato o nel Partito fascista (certificate con un atto dichiarativo – e non costitutivo – del Duce)[16]: «questa rappresentanza è politica nel senso più pieno della parola, giacché della nuova Camera faranno parte non esponenti di particolari interessi e di particolari forze economiche, ma soltanto elementi che, nel loro insieme costituiscono una sintesi dell'intera vita nazionale»[17]. A nulla servono ormai le elezioni, secondo Santi Romano: «vera rappresentanza non può aversi finché l'assemblea che ha il compito di attuarla non rispecchi nella sua stessa struttura, anziché casuali, effimeri e contingenti raggruppamenti di individui, una istituzionale e solida organizzazione sociale»[18].

3. *Le riforme istituzionali fasciste alla prova dell'elasticità dello Statuto albertino*

L'art. 2 dello Statuto albertino statuisce che: «Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo». Il significato generico di "rappresentanza" di cui allo Statuto serve per consentire la coesistenza della Camera elettiva con il Senato di nomina regia, ma è proprio questa vaghezza che permette successivamente una torsione del sistema da parte di Mussolini[19]. Lascia riflettere il fatto che Massimo Severo Giannini, incaricato insieme ad Arturo Carlo Jemolo di introdurre lo Statuto nell'ambito della collana promossa dal Ministero della Costituente, paragoni lo Statuto a «certe illustri facciate»[20], espressione che rende evidente l'inidoneità del testo a frenare i mutamenti ordinamentali[21]. Si deve ora comprendere sino a che punto lo Statuto concede spazio all'interpretazione e quand'è che l'atto interpretativo finisce per determinare una distorsione irreversibile del sistema.

Luigi Rossi, nel suo celebre contributo su *La «elasticità» dello Statuto italiano*, afferma che l'elasticità è una qualità che solo alcune Costituzioni hanno; tali Carte si

---

[16] G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 99-106.

[17] S. Romano, *Relazione della Commissione del Senato sull'istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, in F. Perfetti, *La Camera dei fasci e delle corporazioni*, Bonacci, Roma, 1991, p. 416.

[18] Ivi, p. 415.

[19] G.F. Ferrari, voce *Rappresentanza istituzionale*, cit., p. 3.

[20] A.C. Jemolo, M.S. Giannini, *Lo Statuto albertino*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 45.

[21] Va considerato però che, se è vero che lo Statuto albertino non è riuscito a frenare il potere eversivo, non adempiendo allo scopo primario di una Carta costituzionale, è anche vero che lo Statuto albertino non nasce per frenare il potere, bensì viene emanato nel 1848 – anno dei moti rivoluzionari – al fine di tutelare la Monarchia.

adattano alle diverse necessità che il tempo e le mutevoli circostanze comportano. Esse sono dotate di «formule, sintetiche e generiche»[22], lasciando «largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»[23]. Seguendo la tradizionale distinzione tra Costituzioni rigide e flessibili, lo Statuto albertino risulta difficilmente classificabile: sembra rigido, anche da un punto di vista sostanziale, «in quanto raccoglie norme fondamentali, diverse dalla legislazione ordinaria, e in quanto si tratta di un solenne atto scritto, emanato in un giorno determinato, voluto da un particolare potere costituente, e fonte di tutti i poteri costituiti»[24]; ma può essere considerato anche flessibile, «in quanto si ammette la competenza parlamentare a modificarlo»[25]. Il Giurista però non ritiene che la modificabilità da parte del Parlamento rappresenti l'essenza della flessibilità[26]. Infatti, Rossi sostiene che il Parlamento abbia questa competenza non per natura, ma semplicemente perché è necessario che un Organo provveda alle inevitabili modificazioni; si sarebbe potuto investire di tale potere una speciale Costituente o ricorrere al plebiscito.

Lo Statuto implicitamente distingue le Leggi costituzionali dalle ordinarie, in forza della presunzione – escluse poche eccezioni – che il suo contenuto abbia «indole costituzionale»[27], considerando anche che si tratta – come afferma il Preambolo – di una «Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile».

Nello Statuto si crea, dunque, «un felice connubio della costituzione rigidamente scritta col suo progressivo adattamento alle varie circostanze, connubio favorito appunto dal carattere dell'elasticità»[28]. Guardando alle riforme fasciste, Rossi si chiede se però alcune Leggi abbiano derogato agli articoli statutari, pur es-

---

[22] L. Rossi, *La «elasticità» dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, p. 28.

[23] *Ibid.*

[24] Ivi, p. 38.

[25] *Ibid.*

[26] Si segnala il pensiero di Alessandro Pace che considera rigida – in linea di principio – qualsiasi Costituzione scritta; a prescindere da ulteriori requisiti, le Costituzioni scritte sono rigide e, di conseguenza, immodificabili, a meno che le Costituzioni stesse non dispongano diversamente. Sul punto, cfr. A. Pace, *La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXXVIII, 7, 1993; Id., *In difesa della naturale rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XL, 2, 1995; Id., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padova, 1996; Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002. Come si coglie dal titolo stesso del saggio, diversamente si esprime Sergio Bartole nel suo contributo, *L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in Aa.Vv., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale.* Atti del Seminario di studio (Messina, 23 febbraio 1996), Cedam, Padova, 1997.

[27] L. Rossi, *La «elasticità» dello Statuto*, cit., p. 39.

[28] Ivi, p. 40.

sendo essi «larghi e duttili»[29]: egli, propendendo per la tesi che lo Statuto è intaccato da tali Leggi, implicitamente ammette un limite di elasticità e di rottura. Il punto debole del pensiero rossiano consiste nel non definire cosa sia quel nucleo rigido dello Statuto che, se modificato, porta alla "rottura" dell'ordinamento statutario[30].

Si consenta di fare un balzo indietro nel tempo al fine di riempire la lacuna del ragionamento di Rossi e, nello specifico, di riprendere quanto Cavour scrive il 10 marzo 1848 in un suo articolo su *Il Risorgimento* concernente *Critiche allo Statuto*[31]. Nel Preambolo, lo Statuto si autoqualifica «Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della Monarchia», ma Cavour sostiene che il potere di modificare le forme politiche a seconda delle esigenze sociali è insito nella comunità politica, col limite – che egli, diversamente da Luigi Rossi, individua esplicitamente – del rispetto del patto che lega «in modo indissolubile il popolo e il Re». Popolo e re, presenti insieme in Parlamento, in forza dell'art. 3 dello Statuto, detengono l'esercizio del potere legislativo collettivamente: è quindi proprio in Parlamento che possono essere modificate le clausole di quel patto, per mantenerle sempre attuali. La rigidità risiede nel fatto che popolo e Re possono modificare solo congiuntamente il patto e nell'impossibilità di rottura del patto. L'origine della simultanea rigidità ed elasticità dello Statuto ha perciò carattere prettamente politico e deriva da un necessario gioco di equilibri tra il ruolo del Re e delle Istituzioni rappresentative: viene escluso da Cavour l'elemento della flessibilità, ossia viene esclusa la riduzione della Carta fondamentale ad una fonte ordinaria liberamente modificabile[32].

È chiaro che – osserva Fulco Lanchester con lo sguardo dei posteri – superato il limite di elasticità, come avviene in un corpo solido reale, si genera

[29] Ivi, p. 33.

[30] F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico*, cit., pp. 106-107.

[31] C. Cavour, *Critiche allo Statuto*, in *Il Risorgimento*, 63, 10 marzo 1848.

[32] Per ampie considerazioni sull'elasticità statutaria, sulla natura rigida del nucleo fondamentale dello Statuto albertino e sulla progressiva demolizione della forma di governo statutaria dovuta alle riforme fasciste, si vedano le riflessioni e le citazioni dottrinarie di M. Fioravanti, *Principio di sovranità e rigidità della Costituzione: dallo Statuto alla Costituzione repubblicana*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Parole e concetti nello svolgersi del lessico istituzionale italiano*. Atti di Convegno (Villa Medicea di Castello, Firenze, 11 novembre 2011), Accademia della Crusca, Firenze, 2012, pp. 67-83. Sul tema della "natura dello Statuto albertino", si rinvia al pensiero di Romano Ferrari Zumbini, che evidenzia quei delicati equilibri creatisi tra l'osservanza di quadri normativi e la creatività di prassi evolutive; sono proprio queste dinamiche che permettono allo Statuto di adeguarsi alle diverse circostanze, seppure con numerosi "strappi". Sul punto, cfr. R. Ferrari Zumbini, *Tra idealità e ideologie. Il rinnovamento costituzionale del Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Giappichelli, Torino, 2008; Id., *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Luiss University Press, Torino, 2016; si veda anche P. Casana, *A proposito di "Tra norma e vita" di Romano Ferrari Zumbini*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, v. XCI, 1, 2018, p. 274.

una deformazione permanente, detta plastica. Per rimanere nella metafora, quando tale corpo inizia a deformarsi, passando da un comportamento elastico ad uno plastico, vuol dire che il valore della tensione a cui è sottoposto è pari al punto di snervamento. Superato tale punto, si verifica la rottura del materiale[33]. Così anche lo Statuto, nonostante la sua natura elastica, finisce per "rompersi": ciò accade quando vengono superati o negati i principi supremi indefettibili della Carta costituzionale.

Gli anni del Regime – in particolare, i mutamenti istituzionali e le leggi liberticide del Ventennio – destabilizzano il sistema tanto da rendere, dopo il 25 luglio 1943, impossibile "tornare allo Statuto", in quanto si è ormai ben oltre il limite di elasticità[34].

4. *Dopo la caduta del Regime: da un Parlamento con funzioni amministrative ad un Parlamento con funzioni amministrative e para-giurisdizionali*

Se da un lato il R.D.L. 2 agosto 1943 n. 705 statuisce lo scioglimento della Camera dei Fasci, dall'altro lato il Consiglio dei Ministri della Rsi approva la soppressione del Senato col D.Lgs. del Duce 29 settembre 1943 n. 867 (pubblicato appena nella GU d'Italia[35] n. 36 del 14 febbraio 1944). La soppressione del Senato forse intende riprendere l'iniziale programma del fascismo che include l'abolizione del Senato e l'istituzione di un Consiglio Nazionale tecnico del lavoro intellettuale e manuale, dell'industria, del commercio e dell'agricoltura[36].

Seppure il Decreto Legislativo del Duce costituisce un atto non riconosciuto dal Regno del Sud, già il Regio Decreto-Legge di scioglimento della Camera rende il Senato inoperante, dal momento che l'art. 48 dello Statuto albertino prevede la contemporaneità delle sessioni della Camera e del Senato[37]. Autorevole dottrina sostiene, infine, che il D.L.Lt. 25 giugno 1944 n. 151 (prima

---

[33] Si definisce carico di rottura il valore limite che determina lo smembramento di un oggetto.

[34] F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico*, cit., p. 112; Id., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 8-9.

[35] È questo il nome che prende la Gazzetta Ufficiale dal 19 ottobre 1943, dopo la proclamazione della Rsi che all'epoca include anche Roma. Il 18 novembre il Governo Badoglio stampa, mediante stamperie private, una nuova Gazzetta Ufficiale del Regno con numerazione speciale che ricomincia da 1.

[36] In seguito, Mussolini fa predisporre degli studi – mai giunti al piano pratico – al fine di dar vita ad un nuovo Senato. Cfr. L. Ciaurro, *La Camera dei Fasci a Venezia e il progetto di riforma del Senato*, in *Nomos*, 1, 2019, pp. 27-33, http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/05/LA-CAMERA-DEI-FASCI-A-VENEZIA-E-IL-PROGETTO-DI-RIFORMA-DEL-SENATO-1.pdf.

[37] L. Ciaurro, *L'uomo che guidò il Senato Commissariato*, in *Nuova Antologia*, v. DCXIX, 2288, 2018, pp. 20-21, http://webtv.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/Luigi_Ciaurro.pdf.

Costituzione provvisoria) comporti la cessazione dell'attività di entrambe le Camere, non essendovi riferimento alcuno al Senato ed essendo rimandata – in tale sede – l'elezione di una nuova Camera dei Deputati, che – ai sensi del R.D.L. n. 705/1943 – avrebbe dovuto essere eletta e convocata entro 4 mesi dalla cessazione dello stato di guerra[38].

Tornando alla Rsi, va segnalato che viene disposto il trasferimento della Camera dei Fasci a Venezia e viene elaborato l'istituto della gestione commissariale delle amministrazioni delle Camere[39]; tutti i dati concernenti tale esperienza repubblicana devono essere letti nella consapevolezza che l'ordinamento del Nord Italia non acquisisce mai una forma giuridica compiuta e che gli atti della Rsi sono perciò privi di fondamento giuridico[40]. È il Regno del Sud a ricostruire la Nazione italiana nei tortuosi anni della transizione costituzionale[41].

---

[38] Ivi, p. 21; C. Mortati, *La Costituente* (1945), ora in Id., *Raccolta di scritti. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972.

[39] L'ing. Elio Turola ricopre il ruolo di Commissario straordinario ed esercita quindi le attribuzioni deferite dai Regolamenti del soppresso Senato nei riguardi del personale, degli Uffici e del patrimonio, nonché attribuzioni simili in riferimento alla Camera dei Fasci.

Essendo stata la Camera a traslocare nell'Italia settentrionale e non il soppresso Senato, si verifica un'evidente indisponibilità dei senatori a cambiare sede rispetto ai deputati o camerati che dir si voglia. Inoltre, se da un lato il delegato Turola – quale ex Direttore generale (Economato e Questura) della Camera – ha maggior influsso sui camerati (che subiscono forti pressioni coercitive), dall'altro lato il Segretario generale del Senato Domenico Galante si prefigge di convincere i dipendenti del Senato a non trasferirsi. Va aggiunto che la Camera Alta è per tradizione vicina alla Monarchia e dunque i suoi membri non si riconoscono nella nuova Repubblica Sociale.

Turola – dopo un breve operato – viene sostituito l'8 marzo 1944 da un più mite Araldo di Crollalanza. Cfr. E. Lantero, *Il Senato del Regno tra luglio 1943 e giugno 1944*, in *MemoriaWeb*, 6, 2014, http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/Amministrazione%20Senato_testo.pdf, studio nel quale si legge che il Segretario generale del Senato Galante scrive, presumibilmente nel giugno del 1944, della mancanza di legittimità formale e sostanziale dei provvedimenti assunti dall'ing. Turola, in qualità di primo Commissario della Rsi. Per una trattazione vasta del tema del "commissariamento delle Camere", v. L. Ciaurro, *La Camera dei Fasci*, cit., pp. 8 e 15-16.

[40] Persino lo stesso Duce, nel discorso pubblico tenuto al teatro lirico di Milano il 16 dicembre 1944, riconosce un limite contro il quale la Rsi si è dovuta scontrare: «Mi sembrava prematuro creare un vero e proprio Stato di diritto nella pienezza di tutti i suoi istituti, quando non avevamo ancora le Forze Armate che lo sostenessero». Sulla Rsi, cfr. L. Ciaurro, *La Camera dei Fasci*, cit., pp. 4-5; M.S. Giannini, *Repubblica*, *II. Repubblica sociale italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988; L. Martone, *Guerra civile e diritto*: *una costituzione per la Repubblica di Mussolini*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 16, 2008.

[41] Sulla problematica della continuità-discontinuità, cfr. U. Allegretti, *Costituente e costituzionalismo*: *continuità e discontinuità*, in *Democrazia e Diritto*, 4, 2005; Id., *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2014; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli,

Pochi giorni dopo la Liberazione di Roma, il 7 giugno 1944 il Segretario generale del Senato Domenico Galante ritorna operativo e ordina a parte dei dipendenti della Camera Alta – seguendo l'orientamento dettato dal Comando alleato – di riprendere l'attività[42]. Dunque, il Presidente Paolo Thaon di Revel riottiene la sua carica per poi dimettersi già il 10 luglio 1944, spinto dal Capo del Governo Bonomi, che invita a nominare Pietro Tomasi della Torretta[43].

Nel luglio 1944 viene ricostituita la Camera dei Deputati ed il Governo sceglie Vittorio Emanuele Orlando come nuovo "Presidente simbolico", che resta in carica fino al giugno 1946[44]. L'Ufficio di Presidenza si impegna nella defascistizzazione dei luoghi simbolo del Palazzo della Camera e nell'epurazione e nella riforma delle procedure parlamentari; si provvede inoltre al collocamento di lapidi in memoria di parlamentari caduti vittime di persecuzione fascista[45]. Vanno infine ricordate le difficoltà legate alla restituzione di documenti, arredamenti e materiale vario di Camera e Senato da Venezia a Roma[46].

Torino, 2000; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010; Id., *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2014; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, Milano, 2000; L. Paladin, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967.

[42] Si ricorda poi un tentativo fallimentare di eliminare il Senato risalente al D.Lgs.P. 24 giugno 1946 n. 48.

L'effettiva soppressione dell'Alto Consesso avviene con la L. Cost. 3 novembre 1947 n. 3, quando il bicameralismo è ormai presente nel progetto costituzionale. I Servizi amministrativi vengono affidati, col D.P.C.M. 7 novembre 1947, al dott. Raffaele Montagna fino all'elezione del Senato repubblicano. Cfr. i documenti dell'ASSR e dell'ACS riprodotti in *La nascita del Senato repubblicano*, a cura di G. Spadolini, Senato della Repubblica, Roma, 1989; L. Ciaurro, *L'uomo che guidò*, cit., pp. 24-28 e 55-57.

[43] L. Ciaurro, *L'uomo che guidò*, cit., pp. 21-22.

[44] *Verbali del Consiglio dei Ministri (luglio 1943-maggio 1948). Governo Bonomi (18 giugno 1944-12 dicembre 1944)*, a cura di A.G. Ricci, vol. III, Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1995, in particolare il verbale della seduta del Consiglio dei Ministri del 15 luglio 1944.

[45] Al di là della parentesi veneziana, Palazzo Montecitorio costituisce la sede della Camera dei Deputati del Regno, della Camera dei Fasci, della Consulta, della Costituente e della Camera dei Deputati della Repubblica: questo dato porta a riflettere sul tema della "continuità/discontinuità istituzionale". Cfr. ASCD, Verbale n. 15 Ufficio di Presidenza della Camera, 3 luglio 1945, Transizione Costituzionale. Collocamento di lapidi in memoria di parlamentari caduti vittime di persecuzione fascista: Lo Sardo, Buozzi e Pilati, p. 70; L. Ciaurro, *La Camera dei Fasci*, cit., pp. 26-27; P. Evangelisti, *Contributo per uno studio della classe dirigente nel periodo fascista*, in *Le Carte e la Storia*, 2, 2004, pp. 111-112.

[46] ASCD, Verbale n. 14 Ufficio di Presidenza della Camera, 13 giugno 1945, Transizione Costituzionale. Recupero a Venezia dei documenti, fondi e materiali della Camera, colà trasportati dal Governo fascista repubblicano, p. 67.

Rimanendo fermo che il Parlamento negli anni della transizione costituzionale non esercita la funzione legislativa, l'Istituzione ai Servizi amministrativi affianca l'esercizio di una funzione para-giurisdizionale. Celebre rimane lo scambio epistolare tra Vittorio Emanuele Orlando – in qualità di Presidente della Camera – e gli esponenti dell'Alto Commissariato per le sanzioni contro il fascismo, confronto dal quale deriva l'applicazione del sistema dell'autodichia: la Camera, così come decide sull'assunzione dei suoi dipendenti e sulla risoluzione e regolamento patrimoniale dei rapporti con essi, ha il diritto di procedere all'epurazione (concetto applicato anche al Senato)[47].

L'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati opta per una Commissione interna per l'epurazione e la riorganizzazione della struttura, a cui in seguito si aggiunge una seconda Commissione per l'epurazione dei dipendenti tornati da Venezia, e si riserva le decisioni finali[48]; il Senato, invece, nomina una Commissione "semi-esterna" – presieduta dal consigliere di Stato Raffaele Montagna –, fermo restando che le deliberazioni vengono adottate dal Consiglio di Presidenza[49].

5. *Le due Costituzioni provvisorie e la Costituente: la riemersione del nesso tra rappresentanza politica e momento elettorale*

In considerazione della rottura irreversibile con lo Statuto, l'assetto istituzionale dev'essere ridisegnato. Nel periodo della transizione costituzionale l'Italia applica ben due Costituzioni, dette provvisorie, a conferma del fatto che si tratta di una fase di transizione: il D.L.Lt. n. 151/194 ed il D.Lgs.Lt. 16 marzo 1946 n. 98. Il tema della "forma di governo" assume un peculiare rilievo nell'ambito di tali Costituzioni, che riprendono ampiamente l'accordo di Salerno tra i partiti antifascisti e la Corona.

---

[47] ASCD, Verbale n. 13 Ufficio di Presidenza della Camera, 18 maggio 1945, Transizione Costituzionale. Rientro del personale della Camera e di altre Amministrazioni statali dal nord: tutti i casi al vaglio della Commissione per l'epurazione, p. 65; ASCD, Verbale n. 15 Ufficio di Presidenza della Camera, 3 luglio 1945, Transizione Costituzionale. Richiamo in servizio di 18 dipendenti fra i collocati a riposo nel 1944, in vista della ripresa dei servizi per il funzionamento della Consulta, p. 69; L. Ciaurro, *La Camera dei Fasci*, cit., p. 23; M. Pacelli, *Le radici di Montecitorio: uomini, pietre, miti*, Edizioni delle autonomie, Roma, 1983.

[48] ASCD, Verbale n. 2 Ufficio di Presidenza della Camera, 5 agosto 1944, Transizione Costituzionale. Compilazione dei nuovi Regolamenti. Allegato n. 1: Relazione della Commissione per l'epurazione e la riorganizzazione dei Servizi, all'Ufficio di Presidenza, p. 18; ASCD, Verbale n. 3 Ufficio di Presidenza della Camera, 8 agosto 1944, Transizione Costituzionale. Provvedimenti adottati dalla Commissione di epurazione, pp. 22-25; ASDC, Ricostruzione ed epurazione della Camera. 1944-1947, faldone 3-4, busta 1, sottofascicolo 5.

[49] Va segnalata la questione della "confisca" dei beni. Cfr. L. Ciaurro, *L'uomo che guidò*, cit., p. 33.

Vanno segnalati tre punti salienti del nuovo quadro ordinamentale: l'introduzione della Luogotenenza; le dinamiche relazionali Esecutivo-Costituente inerenti alla legislazione ordinaria; e l'indizione del *referendum* istituzionale ed elettivo della Costituente, che restituisce alla rappresentanza politica il suo intimo legame col voto popolare.

A. La figura della Luogotenenza, non prevista a livello statutario, rileva in quanto, nella sua atipicità, testimonia un primo allontanamento dalla forma monarchica, confermato dalla designazione dei membri del Governo da parte dei partiti politici, che offrono centralità al principio della rappresentanza politica: ne deriva un evidente mutamento degli equilibri costituzionali[50].

Umberto II di Savoia – Luogotenente Generale del Regno in base agli accordi della Svolta di Salerno – firma il D.L.Lt. n. 151/1944, che, ai sensi dell'art. 1, stabilisce che, dopo «la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali» avrebbero dovuto essere «scelte dal popolo italiano che a tal fine» avrebbe eletto «a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato»; col D.L.Lt. n. 98/1946 si decide che sia il voto istituzionale sia le elezioni avvengano mediante *referendum*.

Il 9 maggio 1946, a meno di un mese dal *referendum*, Re Vittorio Emanuele III abdica, confidando di scindere le sue responsabilità inerenti all'avvento del fascismo da quelle della famiglia Savoia in senso ampio. Tale abdicazione avviene sotto la vigenza del D.L.Lt. n. 98/1946 che dispone, invece, la perduranza del regime luogotenenziale sino al voto; è significativo che, nel passaggio di consegne all'erede, non vengano nemmeno seguiti i riti previsti dallo Statuto albertino, ossia il giuramento del nuovo Re e le dimissioni del Governo De Gasperi[51].

B. La gestione dei rapporti tra Esecutivo e Costituente in materia di legislazione ordinaria si caratterizza per essere soggetta a continue mutazioni[52]. L'art. 4 della prima Costituzione provvisoria attribuisce al Governo la competenza generale a deliberare atti aventi forza di legge sino all'entrata in funzione del nuovo Parlamento, a prescindere dalla presenza di condizioni di urgenza. Il solo limite posto al Governo consiste nei pareri, solitamente facoltativi, della Consulta sui problemi generali e sui provvedimenti legislativi sottoposti ad essa dal Governo[53]. L'art. 3 della seconda Costituzione provvisoria limita il potere di

[50] P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 31-127.

[51] L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 19-71.

[52] P. Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 31-127.

[53] Viene istituita, col D.Lgs.Lt. 5 aprile 1945 n. 146, una Consulta Nazionale. L'Organo si compone di ex parlamentari antifascisti, membri di categorie ed organizzazioni sindacali, culturali e da reduci, designati (dunque, non eletti) dai membri dei principali partiti politici

legislazione ordinaria del Governo, riservando alla Costituente la competenza sulla materia costituzionale, sulle Leggi elettorali e su quelle di approvazione dei trattati internazionali, potendo inoltre il Governo rivolgersi alla Costituente in riferimento ad ogni altro argomento per il quale ritenga opportuna la deliberazione di essa[54].

Il tema dei "rapporti tra Esecutivo e Costituente in materia di legislazione ordinaria" è oggetto di discussione nell'ambito della stessa Costituente, che – mediante le parole degli on. Calamandrei e Mastrojanni – rivendica di essere l'unica Istituzione eletta dal popolo, dubitando persino della validità delle due Costituzioni provvisorie, laddove non vengano ratificate dalla Costituente[55].

Dal dibattito emerge la proposta dell'on. Terracini di istituire una Commissione "degli affari politici", in seno alla Costituente, in modo che sia la Commissione a valutare quali atti, presentati dal Governo, meritino una discussione presso la Costituente[56].

Una simile proposta viene elaborata dagli on. Lussu, Bruni e Perassi ed il risultato porta all'approvazione di un articolo aggiuntivo al Regolamento della

---

(si vedano le integrazioni di cui al D.Lgs.Lt. 30 aprile 1945 n. 168, per ciò che concerne numero e modalità di scelta dei membri).

Il D.Lgs.Lt. 21 agosto 1945 n. 539 stabilisce che la Consulta si serva dei locali e servizi della Camera dei Deputati ed adotti, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel Regolamento della Camera dei Deputati in vigore prima del 28 ottobre 1922 (data della marcia su Roma) fino alla deliberazione del proprio Regolamento interno, discusso ed approvato nelle sedute del 9, 10 e 11 gennaio 1946. Il nuovo testo si distacca dal citato Regolamento della Camera solo laddove il diverso ruolo dell'Istituzione lo rende necessario: in campo legislativo, la Consulta è titolare di poteri consultivi sui provvedimenti del Governo, ma non di funzioni deliberative.

Il Governo si rivolge alla Consulta per ottenere pareri in merito a 185 schemi di provvedimenti legislativi, 2 dei quali sono oggetto di trattazione in Assemblea plenaria della Consulta, ossia la Legge elettorale per la Costituente e le Norme integrative concernenti la Costituente; per il resto, l'esame dei testi viene svolto dalle competenti Commissioni (alcune sedute si svolgono a Commissioni riunite).

Vengono eletti deputati alla Costituente 128 membri della Consulta nel *referendum* del 2 giugno. Cfr. Camera dei Deputati, *50° anniversario della Repubblica italiana. Dalla Consulta alla Costituente. Documenti del periodo di transizione costituzionale tratti dai fondi dell'Archivio storico della Camera*, Servizio informazione parlamentare e relazioni esterne – Ufficio atti e pubblicazioni, Roma, 1996, pp. IX e 1; L. Paladin, *Per una storia costituzionale*, cit., pp. 19-71; e v. il sito https://storia.camera.it/regolamenti/il-regolamento-della-consulta-nazionale.

[54] Cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

[55] Sulla questione delle "dinamiche Esecutivo-Costituente", cfr. le sedute della Costituente del 15 e 19 luglio, 11, 12, 13 e 17 settembre 1946, https://storia.camera.it/lavori/transizione/leg-transizione-costituente#nav. Sulla validità dei Decreti n. 151/1944 e n. 98/1946, cfr. O. Ranelletti, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1946.

[56] Seduta della Costituente del 15 luglio 1946, sito cit.

Camera che era in vigore prima del 28 ottobre 1922, Regolamento applicato anche nell'ambito della Costituente[57]. Contenutisticamente, si prevede l'istituzione di 4 Commissioni permanenti divise per materia, le c.d. "Commissioni in sede legislativa", con il compito di analizzare tutti i disegni di legge deliberati dal Consiglio dei Ministri, al fine di statuire se spetti al Governo emanarli come Decreti Legislativi o se, per la loro «importanza tecnica o politica», debba essere la Costituente a provvedere mediante Legge ordinaria. Se il Governo dichiara la «massima urgenza», il disegno di legge non subisce l'esame delle Commissioni; se invece si tratta di mera «urgenza», le Commissioni sono tenute a pronunciarsi entro 5 giorni anziché 15.

L'articolo introdotto nel Regolamento è frutto di un compromesso[58], che presenta il limite di non riuscire ad arginare eventuali tentativi delle parti di aggirare lo schema prefissato, a causa della vaghezza delle espressioni utilizzate[59]: le Commissioni possono rinviare i disegni di legge alla Costituente dichiarandone l'«importanza tecnica o politica»; il Governo può eludere il controllo delle Commissioni grazie alla formula della «massima urgenza»[60].

C. Infine, il terzo aspetto su cui soffermarsi in tema di "forma di governo" è la scelta del D.L.Lt. n. 98/1946 di lasciare al corpo elettorale il voto sulla forma di stato, rivedendo quanto statuito nel D.L.Lt. n. 151/1944[61].

Il *referendum* del 2 giugno rappresenta, non solo l'occasione per procedere all'elezione della Costituente, ma anche il momento di decidere tra Monarchia e Repubblica[62]. A spingere per la votazione popolare è il Luogotenente Um-

---

[57] La proposta viene accettata anche dal Presidente del Consiglio De Gasperi.

Il testo della modifica regolamentare è approvato dalla Costituente il 17 settembre 1946, sito cit. Si segnala anche la *Circolare inviata dal Presidente del consiglio a tutti i ministri in data 5 ottobre 1946 per l'illustrazione dei criteri da seguire dopo l'approvazione dell'articolo aggiuntivo relativamente alla formazione dei provvedimenti legislativi*, v. l'allegato all'*Introduzione* di Roberto Romboli, in *Il contributo della Costituente alla legislazione ordinaria. Verbali delle Commissioni legislative della Assemblea Costituente (2 settembre 1946-1 aprile 1948)*, a cura di R. Romboli, C. Fiumanò, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 32-34.

[58] Così afferma l'on. Vanoni, Verbale n. 1 della II Commissione, trascritto in *Il contributo della Costituente alla legislazione ordinaria. Verbali delle Commissioni legislative della Assemblea Costituente (2 settembre 1946-1 aprile 1948)*, a cura di R. Romboli, C. Fiumanò, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 229.

[59] Va evidenziato che è improprio l'utilizzo di un Regolamento come strumento per disciplinare i rapporti tra Governo e Costituente, statuiti con norme legislative. V. le parole di Calamandrei e di Bozzi nella seduta della Costituente del 12 settembre 1946, sito cit.; per un riferimento in dottrina, cfr. C. Mortati, *Sui poteri dell'Assemblea costituente in materia legislativa*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1, 1946, pp. 252-255.

[60] R. Romboli, *Introduzione*, cit., pp. 11-31.

[61] P. Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 31-127.

[62] Il Decreto Luogotenenziale 16 marzo 1946 n. 99 sul *referendum* istituzionale e relativo all'elezione della Costituente è frutto di accesi dibattiti in sede di CLN, in seguito in Con-

berto di Savoia, forse nella speranza che il popolo, politicamente impreparato, offra un'ultima *chance* alla Monarchia; il voto popolare è appoggiato anche dalla Democrazia Cristiana, intimorita dall'idea di assumersi una parte della responsabilità di tale decisione, e dagli Alleati. È così che il 2 giugno rappresenta un caso eccezionale di simultaneo esercizio della democrazia diretta e della democrazia rappresentativa[63]. È in questo momento che si afferma il principio della sovranità popolare, da cui deriva un generale mutamento delle dinamiche istituzionali[64].

Lo Stato democratico crea una cesura col passato fascista e con le sue speculazioni teoriche. Viene avanzato il tentativo di riconnettersi alla tradizione liberale, tentativo fallimentare considerati i cambiamenti sociali novecenteschi: le masse popolari entrano nella società politicamente attiva e viene introdotto il suffragio universale; allo Stato liberale monoclasse, fondato sulla sovranità nazionale o statale, si sostituisce lo Stato democratico pluriclasse, incentrato sul principio della sovranità popolare. I principi della rappresentanza nazionale e del divieto di vincolo di mandato vengono rivisti, tenendo conto del ruolo di mediazione politica che svolgono i partiti, quali Enti intermedi tra rappresentati e rappresentanti[65]. La rappresentanza politica, nel secondo dopoguerra, viene letta come base dell'unità statuale e come metodo di legittimazione del potere politico[66].

Non vi è continuità con l'epoca statutaria e viene reimpostato il problema della flessibilità-rigidità del sistema, in modo da offrire garanzie costituzionali a tutela dei diritti di libertà e del buon funzionamento dell'ordinamento; negli anni della transizione costituzionale si verificano dunque mutamenti che, come si intende far emergere da questo breve studio sulla questione della "rappresentanza", non sembra azzardato definire "rivoluzionari"[67].

---

siglio di Gabinetto e quindi in Consiglio dei Ministri; la Consulta lo approva con 172 voti favorevoli e 50 contrari. Cfr. Camera dei Deputati, *50° anniversario della Repubblica*, cit., p. 13.

[63] L. Paladin, *Per una storia costituzionale*, cit., pp. 19-71; B. Visentini, *Due anni di politica italiana (1943-1945). Quaderni di cultura politica*, vol. V, Edizioni del Partito d'Azione, Vicenza, 1945, pp. 21-24.

[64] P. Caretti, *Forme di governo*, cit., p. 34.

[65] S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza*, cit., p. 191.

[66] G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi*, cit., pp. 106-108.

[67] P. Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 125-127.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Caretti P., *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Il Mulino, Bologna, 1979.

Ciaurro L., *La Camera dei Fasci a Venezia e il progetto di riforma del Senato*, in *Nomos*, 1, 2019, http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/05/LA-CAMERA-DEI-FASCI-A-VENEZIA-E-IL-PROGETTO-DI-RIFORMA-DEL-SENATO-1.pdf, pp. 1-57.

Fioravanti M., *Principio di sovranità e rigidità della Costituzione: dallo Statuto alla Costituzione repubblicana*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Parole e concetti nello svolgersi del lessico istituzionale italiano*. Atti di Convegno (Villa Medicea di Castello, Firenze, 11 novembre 2011), Accademia della Crusca, Firenze, 2012.

Lanchester F., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Giuffrè, Milano, 2006.

PANDEMIA E ISTITUZIONI

LA NORMATIVA "SPECIALE" SULLA GESTIONE DELLA PANDEMIA DA COVID-19 SOTTO IL PROFILO DEI RAPPORTI TRA COMPETENZE STATALI E REGIONALI

PAOLO GIANGASPERO*

1. *Le competenze dello Stato e delle Regioni nel quadro normativo vigente allo scoppio della pandemia*

Le presenti brevi osservazioni saranno incentrate prevalentemente su quanto è accaduto in termini di rapporti tra competenze statali e regionali sulla base degli interventi normativi (e di altro genere) che a partire dagli ultimissimi giorni del gennaio 2020 sono stati messi in campo per fare fronte alla diffusione della pandemia da Covid-19.

Come si dirà, la gestione della pandemia è avvenuta in parte attraverso l'impiego di istituti normativi già esistenti. Questi tuttavia sono stati ritenuti (e probabilmente in effetti erano) per vari profili inadeguati a fronteggiare una situazione del tutto inedita per gravità ed estensione. In larga parte pertanto si è deciso di utilizzare strumenti nuovi, messi a punto sulla base di una serie di atti normativi primari, nella forma del decreto legge, susseguitisi a partire dai primi giorni del marzo 2020, e segnatamente sulla "catena" di decreti legge che comprende il primo intervento (D.L. 23 febbraio 2020, n. 6), successivamente in larga parte abrogato dal D.L. n. 25 marzo 2020, n. 19, cui hanno fatto seguito i D.D.L. 16 maggio 2020, n. 33 (che ha inaugurato la c.d. "fase due" di contrasto alla pandemia) e 30 luglio 2020, n. 83 del 2020 (immediatamente successivo alla proroga dello stato di emergenza deliberata alla fine di luglio 2020 e sostanzialmente limitato a modifiche puntuali alla precedente normativa). Si è scelto di porre al centro dell'attenzione soprattutto questi atti normativi del Governo ed il loro rapporto con la preesistente normativa in materia di poteri di emergenza perché la loro analisi costituisce a parere di chi scrive una prospettiva in certo senso privilegiata per valutare le vicende dei rapporti tra Stato e Regioni (e in genere tra autorità centrali ed autonomie territoriali) ancorandola ad un tema

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Trieste.

che – su un piano molto generale – ha costituito oggetto di riflessione scientifica con conclusioni non sempre univoche: ci si riferisce al problema del rapporto che intercorre tra la normativa "speciale" varata per far fronte alla pandemia e gli strumenti (di rango legislativo) che erano già previsti per far fronte alle emergenze e che, come si dirà, prevedevano poteri di ordinanza anche in capo alle autorità regionali e locali a fronte dell'emergere di crisi sanitarie.

A costo di ripetere cose già note, giova brevemente premettere che la Costituzione italiana, a differenza di altri testi costituzionali, non prevede alcuna disciplina generale in tema di emergenza. Come è stato da più parti rilevato, le sole disposizioni costituzionali che in qualche modo possono avere un legame con situazioni straordinarie sono infatti da un lato l'art. 78 Cost., in materia di dichiarazione dello stato di guerra; d'altro canto l'art. 77 Cost., che prevede lo strumento della decretazione d'urgenza, ed infine – con particolare riferimento alla trama dei rapporti tra Stato e Regioni – l'art. 120 Cost., che prevede, al suo secondo comma, il potere dello Stato di "sostituirsi a organi delle Regioni (...)" tra l'altro a fronte di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica".

Come è sostanzialmente pacifico, benchè non manchino le metafore belliche in tema di lotta alla pandemia, l'art. 78 Cost. non pare evocabile nelle circostanze presenti, in quanto si tratta di una disposizione specificamente dedicata alla dichiarazione parlamentare dello stato di guerra e deve ritenersi pertanto – data la sua natura assolutamente eccezionale – non suscettibile di applicazioni che vadano oltre il suo stretto tenore letterale[1], e tanto meno di applicazioni analogiche. Per altro verso, in tema di rapporti tra Stato e Regioni, nemmeno l'art. 120 appare suscettibile di fondare compiutamente l'accentramento nelle istituzioni centrali delle competenze di gestione dell'emergenza. Anche a prescindere dal fatto che tale disposizioni abbastanza di rado è stata evocata esplicitamente durante la pandemia, l'art. 120 (e le sue disposizioni legislative di attuazione *ex* art. 8 L. 131 del 2003) non paiono in grado di fondare da soli una sorta di avocazione "preventiva" e generale di tutte le competenze allo Stato in materia di contrasto alla pandemia. Tutto ciò comporta che la sola disposizione costituzionale che si presti ad essere utilizzata rimane l'art. 77 Cost., in tema di decretazione d'urgenza, cui in effetti si è fatto concretamente ricorso con l'emanazione dei decreti legge poco sopra segnalati.

Naturalmente, l'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza non comporta che nel nostro ordinamento le evenienze emergenziali non abbiano alcuna disciplina: esse sono infatti regolate da disposizioni di rango primario, che coinvolgono tanto le competenze dello Stato che quelle regionali: tra queste, a tacere del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie (che può considerarsi per vari aspetti superato dalle disposizioni che si citeranno

[1] Sull'art. in parola si v. per tutti D. Girotto, *sub art. 78* in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008 pp. 716 e ss.

subito) possono menzionarsi in particolare – con riferimento alle emergenze sanitarie – in primo luogo (e soprattutto) l'art. 32 della L. 23 dicembre 1978, n. 833, che prevede un potere di ordinanza che i commi 1 e 3 ripartiscono tra Ministro della sanità, Presidenti di Regione e Sindaci; vengono poi in rilievo, con particolare riguardo all'ambito dei poteri riconosciuti alle Regioni ed agli enti locali infraregionali, da un lato l'art. 117 del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112; d'altro lato l'art. 50 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle Autonomie locali. Accanto a questi atti normativi, peraltro, vi è la fonte normativa che per vari aspetti costituisce il "cuore" della disciplina dell'emergenza, vale a dire la normativa da ultimo raccolta nel D.lgs. 22 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), che a sua volta, nell'organizzazione della protezione civile, coinvolge sia gli apparati centrali che quelli regionali e che prevede a sua volta poteri di ordinanza esercitabili pacificamente anche a fronte di emergenze sanitarie.

2. *La normativa "speciale" dei decreti legge nei suoi rapporti con le previgenti disposizioni in materia di emergenza*

Se si guarda in concreto a come si è dipanata tra i mesi di febbraio e marzo (ossia: nelle prime, convulse, fasi della lotta al Covid-19), successivamente con il graduale superamento della fase strettamente emergenziale con il passaggio alla c.d. "fase due", e poi a seguito dell'estensione della dichiarazione di emergenza della fine di luglio 2020[2], può dirsi che nei primissimi momenti dell'allarme sanitario si è fatto ricorso alla normativa subcostituzionale di cui al T.U. in materia di protezione civile ed alle disposizioni ex. L. n. 833/1978, in tema di potere di ordinanza.

Sulla base dell'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1/2018, infatti, è stato dichiarato – anche a seguito della dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'O.M.S. - lo stato di emergenza, con deliberazione del Consiglio dei Ministri di data 31 gennaio 2020. Tale dichiarazione, sulla quale pure si sono avanzate in linea di principio alcune riserve[3] – ha legittimato la possibilità di esercitare, da parte del Capo della protezione civile di un potere di ordinanza che nel corso di tutto il periodo ha conosciuto un impiego piuttosto ampio con l'emanazione di un numero considerevole di ordinanze, tutte assunte, sulla base dell'art. 25, comma 2, lett. a) e b). del d.lgs. 1/2018, d'intesa con le Regioni.

Nei medesimi giorni, alcuni provvedimenti conseguenti al progressivo aggravarsi della situazione sanitaria sono stati prodotti, tanto dallo Stato che dalle Regioni, sulla base della normativa di cui alla L. n. 833/1978: ci si riferisce in particolare alle ordinanze del Ministero della Salute, adottate d'intesa con le Re-

[2] Si v. la delibera del Consiglio dei Ministri 29 luglio 2020.

[3] Sul punto si v. G.P. Dolso, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario* in *Ambientediritto.it*, 2020.

gioni interessate[4], con le quali si prevedeva la chiusura di scuole ed Università in Regioni che presentavano alcuni casi di contagi o erano considerate a rischio. Al contempo anche alcune Regioni hanno emesso ordinanze sulla base dell'art. 32 della L. n. 833/1978[5].

Questi primissimi interventi hanno avuto luogo immediatamente prima (o quasi contestualmente) all'emanazione del primo dei decreti legge poco sopra citati, i quali hanno fortemente alterato il quadro degli strumenti (e delle competenze) in materia di provvedimenti sanitari.

Quanto ai rapporti tra queste fonti normative e le preesistenti disposizioni in materia di emergenza, su un piano molto generale, non pare di poter aderire alle tesi di quanti vedono nel susseguirsi degli atti normativi citati una sorta di instaurazione di fatto di uno stato di eccezione, ossia di un sistema imposto per così dire dalla "forza degli eventi" ma sostanzialmente estraneo all'ordine costituzionale. Si tratta all'opposto, nell'opinione di chi scrive, di una serie di interventi che possono inquadrarsi nella fattispecie dell'art. 77 Cost.[6], e che vanno valutati, nei rapporti con la legislazione preesistente, in termini di relazioni tra fonti di pari rango e, nei rapporti con la Costituzione, non come una rottura *tout court* (sia pure provvisoria) del sistema dei diritti e delle garanzie costituzionali, anche in rapporto ai rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali, alla luce dei parametri costituzionali e della giurisprudenza della Corte in materia di decreti legge. Quanto appena affermato, ovviamente, non significa affatto che tutte le scelte tradotte nei decreti legge citati siano per definizione legittime (ed anzi, profili di illegittimità costituzionale sono certamente ravvisabili – e sono stati puntualmente messi in luce – soprattutto con riferimento al primo dei decreti legge citati e sono argomentabili con riguardo a diversi altri profili, che qui non si possono trattare), ma che non paiono condivisibili giudizi per così dire "liquidatori" rispetto alla decretazione sull'emergenza, sia che essi portino ad un giudizio di incostituzionalità complessiva degli interventi, fino all'evocazione del diritto di resistenza[7], sia che portino all'esito opposto in nome della preminenza incondizionata dalla *salus rei publicae*. Più in generale non pare di poter aderire, nella prospettiva qui adottata, alle tesi di chi vede nel quadro normativo

[4] Su questi atti rinvia a qualche ulteriore considerazione *infra* nel testo.

[5] Per l'indicazione di ordinanze regionali adottate precedentemente alla entrata in vigore del D.L. n. 6 del 2020 si v. M. Cosulich, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020.

[6] Su questo punto appaiono del tutto persuasive le considerazioni di S. Staiano, *Nè modello nè sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, in part. pp. 532 e ss.

[7] In questo senso si v. Ad es. L'intervento di G. Cerrina Feroni al Convegno tenuto a Roma il 27 luglio del 2020, ascoltabile sul sito di Radio Radicale (https://www.radioradicale.it/scheda/612093/covid-19-in-italia-tra-informazione-scienza-e-diritti?i=4163865).

disegnato dai decreti legge citati – ed in genere negli strumenti impiegati nella lotta contro la pandemia – un'affermazione dell'emergenza come fonte del diritto *extra ordinem*, valutabile esclusivamente sotto il profilo della effettività[8] .

Muovendo da questa premessa, e riportando il discorso al tema dell'incidenza sui rapporti tra Stato e Regioni della normativa "speciale" in tema di contrasto al Covid 19 possono farsi le seguenti, sintetiche osservazioni:

a) pur senza sottovalutare le differenze, anche rilevanti, nei loro contenuti, può affermarsi in linea di principio che i quattro decreti-legge, con riguardo ai rapporti tra competenze statali e regionali, siano sostanzialmente ispirati dalla medesima linea di tendenza, che può essere ravvisata in una spinta verso l'accentramento delle competenze di contrasto alla pandemia attraverso il riconoscimento di vastissime competenze in capo alle autorità centrali, esercitabili nella forma del D.P.C.M.[9].

b) questa tendenza all'accentramento[10] trova – a parere di larga parte della dottrina – la sua giustificazione nelle caratteristiche peculiari della pandemia, che legittimano l'evocazione di varie competenze statali "trasversali" (si pensi tra gli altri alla profilassi internazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. q) Cost..; all'ordine ed alla sicurezza pubblica ex art. 117, comma 2, lett. h) ; alla competenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti civili e sociali ex art. 117, comma 2, lett. m); alle competenze in materia di immigrazione ex art. 117, comma 2, lett. b) alla competenza a fissare i principi fondamentali in materia di tutela della salute ex art. 117, comma 3) utilizzabili per attrarre in sussidiarietà competenze per l'innanzi di spettanza regionale;

c) sul piano dei rapporti tra fonti del diritto, ciò si traduce nella circostanza che i decreti legge in parola sostanzialmente incidano in senso molto limitativo sulle competenze previste dalla previgente disciplina in materia di emergenze sanitarie,

---

[8] Si v. a questo proposito l'intervento, peraltro molto ben argomentato, di E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che «nulla potrà più essere come prima»?*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2020.

[9] Lo strumento viene dapprima introdotto dal D.L. 6 /2020. Con riguardo a questa disciplina sono state avanzate – ed a ragione – pesanti riserve in tema di legittimità costituzionale, attesa la forte indeterminatezza, sul piano del rispetto della legalità, degli strumenti ivi previsti, ed in particolare per i D.P.C.M. l'assenza di limiti sia temporali che di contenuto. Lo strumento è stato in qualche modo limitato dal successivo D.L. n. 19 del 2020. Se per un verso tale decreto ha fatto salvi gli effetti di alcuni atti adottati in precedenza (art. 2, comma 3), per altro verso ha introdotto una tipizzazione più stringente quanto ai possibili contenuti dei D.P.C.M. e – prevedendone la natura temporanea ed il vincolo alla adeguatezza ed alla proporzionalità rispetto alla situazione di fatto – ha in qualche modo ristretto i margini di indeterminatezza che caratterizzavano la disciplina precedente.

[10] Considerazioni critiche in merito alla tendenza "massificante" di questa tendenza centralistica in M. Betzu, P. Ciarlo, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Dirittiregionali.it*, 2020, pp. 1 e ss.

ed in particolare sui poteri di ordinanza regionali e locali previsti dalla legge n. 833 del 1978, conformandone l'esercizio e limitandone l'ambito di applicazione[11];

d) a questo riguardo non si può non osservare che i poteri di ordinanza regionale – nell'architettura del "sistema sulla produzione del diritto" delineato dai quattro decreti legge – sono non soltanto limitati (per quanto variamente) nei loro possibili contenuti, ma sono qualificati come adottabili soltanto "nelle more dell'adozione dei D.P.C.M. e con effetti limitati fino a quel momento"[12]: questo meccanismo, stante il tenore testuale delle disposizioni, parrebbe richiedere la necessità di una sostanziale "copertura" da parte dei D.P.C.M. degli interventi regionali, che in difetto di tale copertura – a partire dal consolidarsi del regime normativo speciale con il D.L. n. 19 del 2020 – perdono i loro effetti[13]. Questo meccanismo, introdotto nella versione attualmente vigente con il D.L. n. 19 del 2020 (che consentiva soltanto interventi regionali più restrittivi rispetto a quelli dei D.P.C.M.) è stato in sostanza mantenuto D.L. n. 33 del 2020: se infatti questo riconosce alle Regioni anche il potere di introdurre misure meno restrittive, le consente comunque soltanto "nelle more" dell'emanazione dei D.P.C.M., rinviando alla disciplina del D.L. n. 19 del 2020.

e) da quanto detto esce un quadro di sostanziale forte alterazione – almeno sul piano del tenore testuale delle disposizioni qui richiamate – delle precedenti competenze in materia di ordinanze relative ad emergenze sanitarie. Su questo punto, per la verità, la dottrina – pur riconoscendo unanimemente una qualche incidenza della disciplina dei decreti legge sul "sistema" della L. n. 833 del 1978 – non è univoca nella valutazione: taluni infatti sostengono che in sostanza i riflessi sull'applicabilità del potere di ordinanza regionale sarebbero minimi, in quanto le limitazioni introdotte nei decreti sarebbero nella loro sostanza ricognitive di limiti già gravanti sui poteri di ordinanza[14]; altri sostengono che

---

[11] Con riguardo ai poteri di ordinanza sindacale, anzi, la "chiusura" è molto più rigida, se si considera che – con una disposizione molto discutibile sul piano della applicabilità – se ne è disposta (con l'art. 2 del D.L. n. 19 del 2020 la "inefficacia" ove questi siano in contrasto con atti statali (o regionali). La disposizione è stata successivamente abrogata dal D.L. n. 76 del 2020.

[12] Questo meccanismo, introdotto già dal D.L. n. 6 del 2020, è successivamente riconfermato – e precisato in senso anche più limitativo per le Regioni – dal D.L. n. 19.

[13] Ai sensi dell'art. 2 del D.L. 19 del 2020 è infatti sancito che i provvedimenti regionali, adottabili esclusivamente a fronte di specifiche situazione sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario e solo nell'ambito delle attività di loro competenza e "senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale", siano adottabili solo nelle more dei D.P.C.M. e "con efficacia limitata fino a tale momento". Sul punto si v. anche C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, pp. 1 ss.

[14] In questo senso A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2020.

comunque vi sarebbero ampi spazi per l'esercizio di un potere di ordinanza *ex lege* 833 del 1978, che gli atti in parola non potrebbero comprimere[15]; altri ancora escludono in radice la possibilità che ordinanze regionali possano intervenire nelle materie assegnate alle competenze del D.P.C.M.[16], limitandoli a quanto fuoriesca da tali competenze; vi è infine chi, più radicalmente, ragiona di una vera e propria "sospensione", sotto questo profilo, della legislazione sull'emergenza anteriore ai decreti legge disposta da parte di questi ultimi[17].

f) A parere di chi scrive, che si possa ragionare o meno di "sospensione" della vecchia disciplina emergenziale, sta di fatto che – rimanendo al tenore testuale delle disposizioni richiamate e prendendo atto della latitudine dei poteri riconosciuti ai D.P.C.M. - pare di poter affermare che gli spazi residui in favore di un potere di ordinanza regionale al di fuori del meccanismo che li consente soltanto "nelle more" dell'adozione dei D.P.C.M. sia veramente molto ridotto. Pertanto, che si voglia o meno ragionare di un compiuto "sistema" normativo alternativo a quello previgente, di certo la tendenza dei decreti legge sull'emergenza è quella di ridurre sensibilmente le aree di possibile intervento dei poteri di ordinanza locali, subordinandoli nella sostanza ad un "controllo" affidato alle autorità centrali.

3. *La normativa "speciale" alla prova della sua concreta applicazione: lo scarto tra le soluzioni normative e la realtà concreta*

Nel precedente paragrafo ci si è intrattenuti soprattutto sui rapporti tra normativa "speciale" anti coronavirus e preesistente quadro normativo in tema di emergenze sanitarie, con particolare riguardo ai poteri regionali di ordinanza. Tale approccio, che si basa soprattutto sui testi della normativa speciale, potrà sembrare per molti aspetti "astratto" e forse in parte formalistico sulla base di quanto subito si dirà, e tuttavia non è inutile, in primo luogo perché ha consentito di analizzare la "tenuta" della vecchia disciplina a fronte della nuova emergenza; in secondo luogo perchè consente di valutare, sia pure dall'ottica particolare qui adottata, le tesi di quanti hanno ravvisato una "rottura" del quadro

---

[15] L. Mazzarolli, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus - Parte II - La «guerra delle ordinanze»*, in *Quaderni Amministrativi*, n. 2, 2020.

[16] M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.leggibile in *Giurcost.org.* (http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/luciani_scrittiCostanzo.pdf), in part. pp. 17 ss.

[17] In questo senso, già in sede di commento del D.L. n. 6 del 2020, M. Cavino, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020.; una posizione analoga è fatta propria anche da V. Baldini, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, pp. 877 e ss.

costituzionale; in terzo luogo perché – anche in funzione di eventuali ulteriori interventi "a regime" sulla normativa in materia di emergenza – consentono, misurandoli con i problemi della loro concreta applicazione, di valutare la loro idoneità a governare un sistema che si presenta comunque come policentrico e caratterizzato da intrecci di competenze non agevolmente districabili, specie a fronte di un'evenienza così "pervasiva" come quella della pandemia in atto.

Se si passa comunque dall'analisi del dato testuale dei decreti legge alla valutazione di quanto effettivamente accaduto, si può peraltro osservare che il ridimensionamento dei poteri regionali (e locali) di ordinanza che pare essere tra i principi ispiratori della normativa citata non ha prodotto risultati di rilievo sul piano concreto. Le ordinanze regionali, che richiamano tutte nel preambolo l'art. 32 della L. 833 del 1978, sono state infatti innumerevoli e senza dubbio si sono sovrapposte agli ambiti che i decreti legge riconoscono alla competenza dei D.P.C.M.. Al contempo, la richiamata clausola di necessaria "copertura" da parte dei decreti presidenziali ha trovato nella sostanza un'applicazione assolutamente ridotta rispetto al tenore letterale della disposizione.

Questa situazione di "decentramento disordinato"[18] è probabilmente stata imposta dai caratteri peculiari della situazione pandemica tanto sul piano per così dire "fattuale" che su quello delle competenze costituzionali coinvolte. Dal primo punto di vista, appare fuor di dubbio che la pandemia per un verso costituisce un'emergenza di livello nazionale, ma per altro verso ha dato luogo a situazioni anche marcatamente differenziate territorialmente in termini di estensione del contagio e gravità degli impatti sui sistemi sanitari. Dal secondo punto di vista, se è vero, come si è accennato, che varie competenze esclusive statali sono astrattamente evocabili a sostegno di una attrazione di competenze amministrative al centro, è anche vero che numerosissime sono le competenze regionali coinvolte dalla situazione sanitaria creatasi e dalle sue implicazioni (si pensi, a titolo esemplificativo, alla competenza concorrente regionale in materia di tutela della salute, ma anche alla competenza concorrente in tema di protezione civile, ed alle competenze in materia di sviluppo economico). È tuttavia facilmente riscontrabile come questo intreccio di competenze abbia prodotto nella attuazione dei decreti legge citati una situazione piuttosto caotica sul piano della normativa e certamente non priva di aree di sovrapposizione tra le competenze statali e quelle regionali.

Tra gli altri, l'esempio forse più paradigmatico di sovrapposizione ed incertezza in termini di competenza (e di responsabilità) è la questione relativa alla istituzione di "zone rosse" nei periodi di massima estensione della pandemia. Che la possibilità di istituire zone rosse (ossia sottoporre porzioni del territorio ad un regime più restrittivo anche rispetto ai provvedimenti di *lockdown*) è

[18] In questo senso G. Boggero, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID 19,* in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2020.

certamente rientrante nelle competenze dei D.P.C.M., poteva non apparire così pacifico che potesse essere esercitato dalle Regioni. A questo riguardo è nota la questione, oggetto di un'inchiesta giudiziaria, della mancata istituzione da parte della Regione Lombardia della zona rossa nei comuni di Nembro e Alzano nei primissimi giorni del marzo 2020: se è fuori di dubbio che l'istituzione di "zone rosse" rientri nella competenza dei D.P.C.M., meno pacifica appare (o poteva apparire sulla base delle disposizioni allora vigenti) che esse potessero essere introdotte con provvedimenti regionali, tanto più a fronte di un confronto che all'epoca pareva costante tra autorità centrali e regionali. È peraltro da osservare come in tempi successivi vi siano stati provvedimenti regionali istitutivi di tali zone in diverse aree regionali[19].

Ad ogni modo, in termini generali, si può concludere che la fase di concreta gestione sanitaria della pandemia è certamente passata prevalentemente attraverso lo strumento dei D.P.C.M., ma che ad esso si sono affiancate e spesso sovrapposte una miriade di ordinanze regionali (e locali), che sono a tutt'oggi in piena fioritura e di cui è allo stato quasi impossibile avere un quadro completo. Molti di questi interventi paiono ben difficilmente, anche quando hanno riguardato poteri che i decreti legge riservano alla competenza dei D.P.C.M., riconducibili allo schema normativo poco sopra citato (possibilità di interventi regionali soltanto nelle more dell'adozione dei D.P.C.M. e loro efficacia condizionata al fatto di essere in qualche misura "recepiti" o comunque "coperti" da un successivo atto del Presidente del Consiglio, la cui emanazione segna anche il limite temporale della loro efficacia).

Se si volesse ricondurre ad uno schema di rapporto tra regole, la situazione che si è venuta a creare, si può forse parlare (piuttosto che di una "gerarchia" in qualche modo formalizzabile tra atti centrali e poteri locali di ordinanza, come pure è stato sostenuto[20]) o di un riparto di competenze tra poteri centrali e poteri locali, di un quadro connotato da una relazione di sovrapposizione di attribuzioni tra livello centrale e competenze delle autonomie territoriali, esercitabili con atti caratterizzati da una reciproca cedevolezza[21] e, per così dire, da un certo grado di fungibilità, sia pure in un quadro generale che vede

[19] Questo è accaduto nelle Regioni Emilia Romagna (Ord. PGR 15 marzo 2020, n. 36) Abruzzo (Ord. PGR n. 10 del 18 marzo 2020; Ord. PGR n. 15 del 25 marzo 2020), Campania (Ord. PGR 31 marzo 2020, n. 26, successivamente prorogata con Ord. PGR 13 aprile 2020, n. 33), tutte riferite nel preambolo al potere di ordinanza di cui all'art. 32 della L. n. 833 del 1978.

[20] Si v. S. De Gotzen, *I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: le ordinanze di necessità ed urgenza*, in questo volume, p. 133 e ss.

[21] In questo senso R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, n. 1, 2020, pp. 648 e ss.: la constatazione, nel pensiero degli AA., è peraltro vista in maniera critica poiché gli essi avrebbero preferito un sistema imperniato fondamentalmente su atti nazionali ed ordinanze sindacali (si v. in part.

comunque la prevalenza, in caso di conflitto esplicitamente evocato in giudizio, degli atti centrali.

Probabilmente, date le richiamate caratteristiche della pandemia, uno sbocco di questo genere era inevitabile, e tuttavia esso ha causato (particolarmente nella fase più acuta e drammatica della diffusione della malattia) non pochi elementi di incertezza dal punto di vista dei cittadini sotto il profilo del rispetto del principio di legalità quanto alla prevedibilità (e talora alla stessa possibilità di conoscere) le regole cui erano sottoposti.

A riprova di questo carattere "fluido" e per molti aspetti incerto del quadro delle reciproche competenze tra Stato e Regioni può essere addotta la circostanza che molto rare (e mai specifiche) siano nei D.P.C.M. le clausole di "copertura" rispondenti al meccanismo poco sopra citato[22]; in molti altri casi l'impressione è che il Governo abbia semplicemente consentito che le ordinanze regionali trovassero applicazione nei relativi territori. Per altro verso, rarissimi sono i casi di contenzioso tra Stato e Regioni a questo riguardo: la sola rimarchevole eccezione è quella che ha riguardato l'impugnazione da parte del Governo dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria con la quale si allentavano, in aperto contrasto con il D.L. 19/2020, le misure di contenimento, con riguardo in particolare alle attività di ristorazione[23] .

Quanto appena osservato, quindi, dà l'impressione che i meccanismi di centralizzazione previsti dalla normativa emergenziale abbiano trovato una scarsa applicazione, attestando, accanto alla già rilevata fluidità e reciproca cedevolezza dei rapporti tra competenze regionali e statali, anche dei margini di "disponibilità" da parte dello Stato delle competenze ad esso riconosciute dalla normativa dei decreti legge.

4. *La collaborazione e il conflitto (talvolta reale, spesso proclamato)*

La circostanza, già messa in rilievo, che il carattere particolare della pandemia abbia finito per coinvolgere molte (se non tutte) le competenze dello Stato e delle Regioni, e che si siano determinati casi di sovrapposizione di compe-

---

p. 677); si v. anche sul punto F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020* in *Federalismi*.it, 2020, *passim.*

[22] A quanto consta uno dei pochissimi (se non il solo) richiamo alla "copertura" di atti regionali presente in un D.P.C.M. è contenuto nell'art. 8 del D.P.C.M. 8 aprile 2020, che al comma 3 dispone che "si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni (...)".

[23] Come è noto, l'ordinanza del Presidente della Calabria (n. 37 del 29 aprile 2020) è stata impugnata dal Governo ed annullata dal TAR Calabria in data 9 maggio 2020. Sulla vicenda si v. E. Longo, *Episodi e momenti, cit. del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19,* in *Osservatorio sulle Fonti*, numero speciale 2020.

tenze nei termini poco sopra descritti porta ad interrogarsi sul se (e sul come) abbia funzionato il principio di collaborazione tra Stato e Regioni. Come è ampiamente noto, tale principio dovrebbe governare le relazioni tra Stato e Regioni nelle ipotesi di possibili sovrapposizioni o intrecci di competenze amministrative, il cui esercizio dovrebbe essere guidato da strumenti di confronto e di reciproco accordo. Questo vale in modo particolarmente intenso per i casi (e i decreti legge citati paiono rientrare in questa categoria) di attrazione in sussidiarietà di competenze da parte dello Stato[24], che individuano nella esistenza di spazi di collaborazione una condizione per la legittimità dell'attrazione. Il medesimo principio è stato peraltro affermato dalla Corte costituzionale anche con specifico riguardo alla disciplina dell'emergenza[25]

Se si guarda alle primissime fasi della risposta alla pandemia (ancora precedenti o quasi contestuali all'emanazione del primo D.L.) si può vedere come il principio di collaborazione abbia in effetti trovato applicazione nella sua versione "procedimentale" dell'intesa con riguardo ai primissimi provvedimenti di contrasto alla malattia riguardanti la chiusura di scuole ed Università. In varie Regioni del nord, negli ultimi giorni del febbraio 2020, è stata disposta la chiusura attraverso atti del Ministro della Salute assunti tuttavia con procedure collaborative, attraverso lo strumento dell'intesa, con le Regioni interessate[26]. Che anzi l'attivazione di strumenti collaborativi condizionasse la possibilità per le Regioni di intervenire è confermato dalla vicenda dell'ordinanza, dello stesso giorno, adottata dal Presidente della Regione Marche senza l'intesa, e sospesa con un decreto del TAR Marche[27] sulla base di un'impugnazione del Governo.

---

[24] A questo riguardo non si può che rimandare alla sent. n. 303 del 2003 della Corte costituzionale, che ha sostanzialmente forgiato l'istituto della attrazione in sussidiarietà e alle molte successive decisioni della Corte che hanno riconfermato questo indirizzo. Sul punto si v. esemplificativamente per tutti A. Morelli, *Le relazioni istituzionali* (relazione tenuta al XXXIII Convengo AIC) in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, p. 114 e ss.

[25] Si v. a questo riguardo, ad es. sent. n. 127 del 1995, e le più recenti 222 del 2006 e 196 del 2009 sulle quale si v. ad es. A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza,* Giappichelli, Torino, 2011, pp. 318 e ss.; Nella giurisprudenza più recente si v. ad es. la sent. n. 246 del 2019, nonché le sentt. da questa richiamate (tra le quali la n. 22 del 2012 e la 32 del 2006) e la sent. n. 8 del 2016. Sul punto si v. anche M. Luciani, *Il sistema,* cit. .

[26] Ci si riferisce alle ordinanze, tutte emanate sulla base dell'art. 32 della L. n. 833 del 1978, tutte datate 23 febbraio 2020 (lo stesso giorno dell'entrata in vigore del D.L. 6 del 2020), emanate dal Ministro della Salute d'intesa con i Presidenti di Veneto, Lombardia, Piemonte, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia. Nella sostanza analoga è la vicenda legata alla Regione Liguria, che ha dapprima imposto la chiusura con un'ordinanza regionale, successivamente tuttavia sostituita (un giorno dopo) con un'ordinanza "d'intesa" con il Ministro della Salute.

[27] Si v. In proposito il decreto del TAR Marche di data 27 febbraio 2020.

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza ha trovato altresì applicazione il meccanismo dell'intesa, normativamente previsto dall'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 1 del 2018, con riguardo alle ordinanze di protezione civile. Vi è anzi da dire come, negli ambiti (per lo più organizzativi) "coperti" dalla disciplina della normativa di protezione civile il coinvolgimento delle Regioni sia stato garantito, anche in sede di monitoraggio degli interventi, attraverso raccordi informativi con le autorità centrali.

Un discorso diverso va invece fatto per quanto riguarda la disciplina introdotta dai decreti legge citati, istitutivi della figura del D.P.C.M., che come si è visto sono il vero "cuore" degli interventi contro la pandemia. È ben vero che qualche cenno alla collaborazione è presente con riguardo all'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio (con la necessità di "sentire" il Presidente o i Presidenti coinvolti e, a partire dal D.L. n. 19 del 2020, con la possibilità di proposta regionale per l'adozione). E tuttavia, nelle prime fasi di contrasto alla pandemia, i momenti collaborativi previsti in disposizioni appaiono piuttosto labili, limitandosi alla necessità di "sentire" i presidenti e poi nel potere degli stessi di proporre misure governative (art. 2 del D.L. n. 19 del 2020). Come è stato osservato non senza buone ragioni, ciò segna un sostanziale indebolimento della posizione delle Regioni[28]. Una qualche ripresa, in proposito, vi è stata contestualmente all'emanazione del D.L. n. 33 del 2020: ciò risulta in particolare nella inclusione, in allegato al D.P.C.M. 17 maggio 2020 (di un solo giorno successivo al D.L. n. 33 del 2020) di un protocollo "condiviso" in materia di linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Che tuttavia momenti di collaborazione manchino, o siano insufficienti, nella disciplina dei decreti legge non significa di per sé che siano mancate occasioni di scambio e di interazione tra Stato e autonomie regionali: ciò che risulta è che essi non hanno seguito canali normativamente previsti e procedimentalizzati, e sono pertanto non facili da ricostruire in modo puntuale[29].

Con riguardo agli strumenti di collaborazione è poi possibile formulare un'ulteriore osservazione, che riguarda i soggetti coinvolti nei momenti col-

[28] Che la collaborazione sia declinata in senso piuttosto debole nel D.L. cit. nel testo è un dato rilevato da molte parti in dottrina. Solo esemplificativamente si v. E. Longo, *Episodi e momenti, cit. del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19,* in *Osservatorio sulle Fonti*, numero speciale 2020; G. Di Cosimo, G. Menegus, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2020, pp. 183 ss; M. Cosulich, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020; R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, 2020; E. Catelani, *Centralità della conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, p. 501 e ss.

[29] Spunti in tal senso in Catelani, *Centralità*, cit.

laborativi, quanto meno nelle fasi più intense della pandemia. Come è noto, dal punto di vista degli snodi istituzionali cui sono attribuite competenze nelle procedure di collaborazione, una funzione centrale va attribuita al c.d. "sistema delle conferenze". Questa istituzione, tuttavia, nella gestione della crisi sanitaria ha giocato un ruolo tutto sommato molto marginale, quanto meno nella fase più acuta dell'emergenza. A quanto risulta sono stati effettivamente resi taluni pareri, richiesti ai sensi del d.lgs. n. 281 del 1997, sui disegni di legge di conversione del D.L. n. 6 e n. 19 del 2020[30]. Soltanto più recentemente, viceversa, si può riscontrare una "ripresa" dell'attività del sistema delle conferenze con riguardo alle modalità di graduale ritorno alla normalità[31].

In ogni modo, i momenti collaborativi hanno trovato il loro baricentro (tanto nelle procedure previste dal d.lgs. 1/2018 che più in genere nei passaggi collaborativi previsti dai decreti legge citati) nei rapporti tra il Governo e la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome. Che queste procedure siano previste (o quanto meno non siano escluse) dalla normativa in tema di protezione civile è un fatto, così come è un fatto che il sistema delle conferenze è certamente più complesso da attivare in situazioni di emergenza (per quanto risulti aver tenuto diverse riunioni nei mesi scorsi, senza peraltro occuparsi, se non molto raramente, dei temi legati alla pandemia). E tuttavia, questa conformazione dei momenti collaborativi ha fatto sì che essa si snodasse tra organi politicamente esposti (e talora in predicato di sottoporsi ad un nuovo giudizio degli elettori), e questa circostanza non è priva di peso nell'aver destato l'impressione di un rapporto piuttosto conflittuale tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, specie in forza di qualche tendenza al protagonismo di alcuni Presidenti di Regione.

A riprova di questa tendenza alla "politicizzazione" può essere addotta tra le altre la recente vicenda riguardante l'ordinanza del Presidente della Regione Sicilia n. 33 del 22 agosto 2020, con la quale si disponeva l'immediato sgombero degli hotspot e dei Centri di accoglienza dei migranti nell'isola e il divieto di transito e sosta nel territorio siciliano di ogni migrante. Questo atto, per la verità, desta l'impressione di un'ordinanza "manifesto", più che di un provvedimento che potesse aspirare ad essere effettivamente applicato. In un certo senso l'impressione è confermata dalla circostanza che, a fronte della impugnazione go-

[30] Sul punto si v. ancora Catelani, *op. ult. cit*.., che osserva come le riserve espresse dalla Conferenza unificata non abbiano inciso in modo particolare sul seguito delle relative vicende.

[31] Si v. si v. ad es. il parere sul documento di indirizzo e orientamento per la ripresa delle attività in presenza dei servizi educativi e delle scuole dell'infanzia nella seduta del 31 luglio 2020 della Conferenza unificata e, successivamente, i pareri dd. Rispettivamente 8 agosto 2020 e 31 agosto 2020 sulle indicazioni operative per la gestione dei casi e dei focolai di Covid-19 nelle scuole e nei servizi educativi per l'infanzia e sulle linee guida per il contenimento della diffusione del Covid in materia di trasporti pubblici (seduta 31 agosto 2020).

vernativa dell'atto, tradottasi in un decreto di sospensione dell'ordinanza (TAR Sicilia, sez. III, decreto 27 agosto 2020) la Regione non si è costituita in giudizio.

Non sono tuttavia tanto i casi (abbastanza rari) di conflitto tra Stato e Regioni confluiti di fronte ad organi giurisdizionali a rendere ragione delle conseguenze della "politicizzazione" dei momenti collaborativi, quanto piuttosto un clima di turbolenza e di scontri spesso soltanto verbali e "mediatici" tra Presidenti delle Regioni e Governo, che certamente non restituisce l'immagine di un uso efficiente degli strumenti collaborativi[32].

Guardando complessivamente alle modalità che il principio collaborativo ha assunto nella gestione della situazione d'emergenza non si può che ricavarne l'impressione (peraltro comune in dottrina) secondo la quale la pandemia ha in qualche misura toccato un nervo scoperto e messo in luce una carenza del sistema autonomistico italiano che preesisteva ampiamente allo scoppio dell'emergenza, vale a dire la mancanza di strumenti veramente efficienti di collaborazione e forse, prima ancora, di una attitudine degli attori istituzionali ad agire in modo coordinato, attraverso un confronto e non attraverso scontri o contrapposizioni spesso dannose. Probabilmente non occorreva il Covid-19 a mettere in rilievo questo problema, ma di certo le esigenze di contrasto alla pandemia hanno reso ancora più evidente una questione che si può definire storica, e che non ha trovato un approdo istituzionale (e prima ancora si starebbe per dire "culturale") soddisfacente neppure all'indomani della riforma del regionalismo approvata nel 2001.

5. *Qualche (provvisoria) conclusione*

Le indicazioni che si possono ricavare da questa sommaria analisi possono rifluire su qualche conclusione (provvisoria) che si indirizzi alle prospettive, tanto in termini di eventuali futuri interventi normativi relativi alla disciplina dell'emergenza, quanto in termini di ulteriori sviluppi della gestione delle conseguenze della pandemia una volta che si sia superata l'emergenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto, come è noto, non sono mancate indicazioni verso una costituzionalizzazione della disciplina dell'emergenza. Il tema è ovviamente delicato e si presta a opinioni anche profondamente divergenti (e spesso correlate a giudizi differenti circa la conformità a Costituzione di quanto accaduto nei mesi scorsi). È comunque un fatto che – anche negli ordinamenti che conoscono specifiche discipline dello stato di emergenza a livello di

[32] Su questi punti si v. le osservazioni di F. Cortese, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1, 2020, pp. 3 e ss. In senso conforme si v. anche le osservazioni di M. Malo, Le Regioni e la pandemia. Variazioni sul tema, in *Le Regioni*, n. 2, 2020, p. 231 e ss.

Costituzione rigida – il carattere del tutto nuovo della pandemia ha comunque imposto interventi (legislativi) *ad hoc*[33].

Se dal piano della revisione costituzionale si scende a quello dei possibili interventi a livello di normazione primaria per modificare o integrare la legislazione sull'emergenza, ciò che appare discendere dall'analisi fino a qui condotta (sia pure con riguardo ad una situazione inedita e per molti aspetti "estrema" come quella presente) è che il rapporto tra poteri centrali e poteri locali non può prescindere dalla presenza, e dal buon funzionamento, di spazi e strumenti efficienti di collaborazione, che non pare proprio abbiano trovato compiuta espressione nella situazione presente. Vale in altri termini per le situazioni emergenziali ciò che vale anche per la amministrazione per così dire "ordinaria", ossia che riparti di competenza rigidi (così come una pretesa di rigido accentramento dei poteri decisionali quale quella perseguita dalla normativa emergenziale) non soltanto può destare perplessità alla luce del riparto di competenze costituzionalmente previsto tra Stato e Regioni, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, ma – in assenza di snodi collaborativi efficienti e di un'attitudine a collaborare degli attori sia politici che amministrativi dei diversi livelli di governo – siano destinati a funzionare in modo non adeguato.

Come si è visto, gli strumenti della gestione della pandemia hanno segnato una fase per molti aspetti "anomala" nella gestione dell'emergenza, con ampie deroghe ai meccanismi di contrasto alle crisi sanitarie precedentemente previsti. Se tuttavia un auspicio si può formulare per il futuro, una volta che la fase più acuta della crisi si sia risolta (nel senso, augurabile, di una scomparsa della malattia, o in quello, certamente più probabile, di una forzata convivenza con il virus) sarebbe opportuno che anche gli strumenti di raccordo tra livelli di governo ed i reciproci riparti di competenza tornino ad essere governati da meccanismi normativi e da atteggiamenti istituzionali meno "convulsi" e confusi rispetto a quelli che hanno caratterizzato gli ultimi mesi.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Baldini V., *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, pp. 877-894.

Betzu M., Ciarlo P., *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Dirittiregionali.it*, 2020, pp. 1-17.

[33] Sul punto 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 *Osservatorio sulle fonti, 2020, numero speciale*, cit., pp. 409 e ss.

Boggero G., *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID 19,* in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 84, 2020, pp. 1-8.

Cardone A., *La "normalizzazione" dell'emergenza,* Giappichelli, Torino, 2011.

Catelani E., *Centralità della conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, pp. 501-516.

Cavino M., *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 1-9.

Cerrina Feroni G., *Relazione al Convegno tenuto a Roma il 27 luglio del 2020*, ascoltabile sul sito di Radio Radicale (https://www.radioradicale.it/scheda/612093/covid-19-in-italia-tra-informazione-scienza-e-diritti?i=4163865).

Cherchi R., Deffenu A., *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1, 2020, 648-678.

Cintioli F., *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020* in *Federalismi.*it, 2020, pp. 1-16.

Cortese F., *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1, 2020, pp. 3-10.

Cosulich M., *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, pp. 1-5.

De Gotzen S., *I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: le ordinanze di necessità ed urgenza,* in questo volume, pp. 133 e ss..

Di Cosimo G., Menegus G., *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2020, *special issue*, *Un diritto per la pandemia*, pp. 183-200.

Dolso G.P., *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario* in *Ambientediritto.it*, 2020, pp. 1-18.

Girotto D., *sub art. 78* in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008 pp. 716-725.

Grosso E., *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*, n. 16, 2020, I-XV.

Longo E., *Episodi e momenti, cit. del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19,* in *Osservatorio sulle Fonti*, numero speciale 2020, pp. 377-408.

Luciani M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Giurcost.org.*, 2020, pp. 1-27.

Malo M., *Le Regioni e la pandemia. Variazioni sul tema*, in *Le Regioni* n. 2, 2020, p. 231-234.

Mazzarolli L., *Sulle fonti del diritto in tempi di virus - Parte II - La «guerra delle ordinanze»*, in *Quaderni amministrativi*, n. 2, 2020, pp. 5-22.

Milazzo P., *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti, 2020, numero speciale, cit.*, pp. 409-436.

Morelli A., *Le relazioni istituzionali* (relazione tenuta al XXXIII Convengo AIC) in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, p. 114 -159.

Pinelli C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritticomparati.it*, 2020, 1-11.

Romano A., *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 1-21.

Staiano S., *Nè modello nè sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 531-557.

I POTERI AMMINISTRATIVI AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: ORDINANZE DI NECESSITA' ED URGENZA

SANDRO DE GOTZEN*

1. *Premessa*

La pandemia da coronavirus è stata estremamente violenta e rapida nel diffondersi, prima in porzioni limitate del territorio nazionale, poi estendendosi a macchia d'olio, con numeri importanti di contagi e di vittime. L'istituto delle ordinanze di necessità, contingibili e urgenti, a contenuto non predeterminato dalla legge, è stato richiamato in primo piano, nella regolazione della vita quotidiana di cittadini ed imprese, imprimendo un sigillo a questo periodo.

Si è scritto che "la forza della necessità … ha portato ad interventi senza precedenti"[1], ricordando la chiusura di scuole ed università, il veto alla prosecuzione di attività artigianali commerciali e produttive, limitazioni stringenti alla libertà di circolazione delle persone, alla libertà personale, alla libertà di culto, alla libertà di riunione ed al diritto al giusto processo.

Altri, a fronte di previsioni di tale portata, hanno rilevato "la difficoltà di conciliare il mantenimento delle libertà costituzionali con quanto richiesto dalla situazione"[2] ed hanno messo in evidenza che "nonostante il carattere strettamente sanitario degli eventi, la dimensione della crisi ha imposto la dichiarazione dell'emergenza nazionale ai sensi della legislazione…in materia di protezione civile", e che, successivamente, "l'entità delle restrizioni alle libertà fondamentali da imporre si è rivelata tale da richiederne una qualche previa tipizzazione con atti con forza di legge".

A monte di tutti i provvedimenti che si sono succeduti per gestire l'emergenza sta una delibera del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 7, comma 1,

* Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Trieste.

[1] S. Licciardello*, I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 1.

[2] G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione, 2020.

lett. c), del D. Lgs. 1 del 2018 che dichiara lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario: si tratta del tipo di evento più grave tra quelli previsti dalla normativa sulla protezione civile; la lett. c) si riferisce alle "emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante i limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24". L'art. 24 dispone che con la dichiarazione dello stato di emergenza siano autorizzate ordinanze di protezione civile ai sensi dell'art. 25, con D.P.C.M. in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme comunitarie. Tali ordinanze sono emanate previa intesa con le Regioni, con indicazione espressa delle norme derogate.

La nostra Costituzione non prevede uno "stato d'emergenza", in cui si adottino provvedimenti eccezionali con ordinanze atipiche, ma prevede solamente lo "stato di guerra", che va deliberato dalle Camere che "conferiscono al Governo i poteri necessari" (art. 78 Cost.)[3]. Inoltre è previsto che nei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" il Governo adotti decreti legge, con forza di legge, che debbono essere convertiti in legge. La dichiarazione dello stato d'emergenza, fonte di poteri amministrativi eccezionali, è fondata, dunque, sulla disciplina legislativa adottata in materia di protezione civile.

2. *Il decreto legge n. 19/2020. Atti normativi con forza di legge ed individuazione di fondamento ai poteri di ordinanze di necessità e di urgenza*

2.1. Lo stato di emergenza del 2020 presenta caratteri di specialità, rispetto alle esperienze precedenti di impiego di ordinanze libere nel nostro ordinamento. Si sono individuati - e non si può non convenire con le osservazioni di questa dottrina[4] – elementi di diversità rispetto ad eventi precedenti di situazioni di emergenza: a) vi è una lunga durata dello stato di emergenza, previsto dal 31 gennaio al 31 luglio, che fa sì che le misure eccezionali, restrittive , di tanti diritti abbiano una stabilità che non è consueta; b) lo stato di emergenza interessa l'intero territorio nazionale, e, solo, si prevede che alcuni territori possano inasprire le restrizioni in considerazione della situazione dell'epidemia (art. 3 del D.L.); c) vi è la soppressione assoluta di tanti diritti da quello al lavoro per molte categorie alla libertà di esercitare attività economiche alla libertà di culto alla libertà di circolazione e alla libertà personale.

[3] D. Girotto, *Commento all'art. 78 Cost.*, in *Commentario breve alla costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, p. 716 ss.

[4] F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, p. 8.

L'entità degli interventi d'urgenza ha reso necessario impiegare, a monte delle ordinanze, fonti di livello legislativo, per legittimare la potestà di ordinanza. È intervenuto, dopo il decreto legge n. 6/2020, il decreto legge n. 19/2020; tale normativa ha previsto, in via generale, allo scopo di prevenire il diffondersi dell'epidemia da COVID-19, un potere di ordinanza a contenuto atipico attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri; esso inoltre dà un fondamento legislativo puntuale a tale potere di ordinanza, individua generalmente la tipologia delle restrizioni suscettibili da essere prese con tali atti, e individua il procedimento di adozione delle misure, che viene ad essere partecipato da vari ministri e dalle Regioni[5].

L'uso dei decreti legge ha la funzione, dal punto di vista istituzionale, di far partecipare, almeno ex post, il Parlamento alle decisioni sull'emergenza altrimenti assunte in toto dal Governo, e, consentendo il controllo della Corte costituzionale, evitando una compromissione troppo forte delle normali relazioni istituzionali[6].

2.2. L'art. 1, co. 1, decreto legge n. 19/2020 prevede che possano essere adottate una o più misure tra quelle elencate al comma 2, "per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte, fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020"; di tali misure è possibile modulare l'applicazione in aumento o in diminuzione secondo l'andamento dell'epidemia.

Si individua una ampia tipologia delle misure restrittive, imperniate sul concetto di distanziamento sociale (o distanza di sicurezza interpersonale – art. 1, comma 2, lett. z), prima fra tutte 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 o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni" (art. 1, comma 2,

[5] Si legittimano dando un fondamento legale, le ordinanze già emanate. Il procedimento di adozione prevede la partecipazione di altri ministri e delle Regioni. Le misure sono adottate con D.P.C.M.su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia: nel caso che le misure riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni intervengono unicamente i Presidenti delle Regioni interessate; se riguardino, invece, tutto il territorio nazionale il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome.

[6] F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 8 «se la distanza tra lo scenario dell'art. 78 Cost. e l'esperienza tradizionale delle ordinanze libere in Italia ci sembra piuttosto netta, non è affatto detto che la stessa distanza corra tra lo stato di guerra e l'attuale scenario di emergenza» e, «come nello stato di guerra, pone interrogativi delicatissimi sull'urgenza economica della ripresa e del superamento delle misure restrittive» (op. cit. p. 9).

lett. a). Le altre misure elencate non sono meno gravose per il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti[7].

Oltre ad individuare la tipologia delle possibili misure restrittive si prevede il procedimento per l'attuazione delle misure di contenimento: le misure indicate sono adottate con D.P.C.M.[8] su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e gli altri Ministri competenti per materia e i Presidenti delle Regioni specificamente coinvolte o, se riguardino tutto il territorio nazionale il Presidente della conferenza delle regioni e province autonome. I decreti possono essere adottati anche su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate.

Per i profili tecnico-scientifici si sente preventivamente il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630[9].

---

[7] Altre limitazioni compongono una ampio catalogo di misure restrittive art. 1, comma 2, decreto legge n. 19/2020: b) chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici; c): limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale; d) applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano; e) divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena perché risultate positive al virus; f) limitazione o divieto di riunioni o assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico; g) limitazione o sospensione di manifestazioni e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato; h) sospensione di cerimonie civili e religiose, limitazione di ingresso a luoghi destinati al culto; i) chiusura di cinema teatri e analoghi luoghi di aggregazione; l)sospensione di attività convegnistica o congressuale; m)limitazione o sospensione di eventi e competizioni sportive; n) limitazione di attività ludiche sportive e motorie svolte all'aperto; o) sospensione o soppressione di servizi di trasporto; p) sospensione di servizi educativi, scuole di ogni ordine grado e università e attività formative o prove d'esame, salva la possibilità di uno svolgimento a distanza; q) sospensione dei viaggi di istruzione programmati da istituzioni scolastiche; r) limitazione o sospensione dei servizi di apertura al pubblico di musei e altri luoghi della cultura; s) limitazione della presenza in sede dei dipendenti di amministrazioni pubbliche; t) limitazione o sospensione di procedure concorsuali e selettive presso datori di lavoro pubblici e privati; u) limitazione o sospensione di attività commerciali di vendita al dettaglio, ad eccezione di quelle necessarie alla reperibilità di generi di prima necessità, attività da svolgersi in condizioni di rispetto delle distanze di sicurezza; v) limitazione o sospensione di attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti; z)limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche di lavoro autonomo; sono previste inoltre altre limitazioni o misure di sorveglianza sanitaria.

[8] Queste misure possono essere assunte con provvedimento del Ministro della salute, nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., e con efficacia limitata fino a tale momento (art. 2, comma 2, D.L. n. 19/2020).

[9] Il Comitato tecnico scientifico è istituito con provvedimento del Capo del Dipartimento della protezione civile, ed è composto dal Segretario Generale del Ministero della salute,

L'iniziativa delle misure limitative può essere anche delle Regioni, che, a fronte di un aggravamento del rischio sanitario, possono introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle elencate all'art. 1 ma solamente "nell'ambito delle attività di loro competenza" e "senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale" (art. 3, comma 1, decreto legge n. 19/2020)

L'art. 3, comma 2, del medesimo decreto legge dispone che i Sindaci non possano adottare ordinanze dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e nel caso, osservando i limiti previsti dall' art. 3, comma 1, per le Regioni.

3. *Il principio di legalità, la tipicità del potere amministrativo e le ordinanze di necessità e d'urgenza*

Il principio di legalità impone che i poteri amministrativi, in circostanze ordinarie, siano tipici, e ciò costituisce un livello di garanzia normale per i cittadini. Di regola la legge deve dunque descrivere il potere amministrativo, indicando l'amministrazione competente, il contenuto dell'atto di esercizio del potere, gli effetti giuridici che esso esplica, i presupposti di fatto e di diritto che implicano le conseguenze giuridiche[10].

Si è detto però che "l'osservanza rigorosa del principio di legalità e delle molte norme che vincolano il provvedimento renderebbero l'amministrazione pubblica disarmata quando si avverano eventi nei quali il pubblico interesse esigerebbe un suo intervento, ma il legislatore non abbia previsto un provvedimento adatto alla circostanza"

Vi sono numerose norme, in vari ambiti di attività, in materia di pubblica sicurezza, in materia sanitaria, in materia di protezione civile, che attribuiscono poteri non tipizzati, per far fronte ad evenienze che non possono essere previste a priori[11].

---

dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designata dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, che ha funzione di coordinatore del Comitato. Il Comitato può essere integrato in relazione di specifiche esigenze.

[10] G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 2020.

[11] Si vedano, più risalenti nel tempo, l'art. 2 R.D. n. 773/1931, relativo a poteri del Prefetto in caso di urgenza o per grave necessità pubblica adotta i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza Pubblica; l'art. 50, D. Lgs. n. 267/2000, che prevede ordinanze contingibili e urgenti per emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carat-

Le ordinanze di necessità e di urgenza, [12] [13] sono provvedimenti atipici [14], nominati ma non completamente tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore[15]: la legge in questo caso individua una autorità amministrativa che, per provvedere a una situazione di necessità, eserciterà poteri per porre in essere qualunque tipo di atto, che portano qualunque tipo di effetto in ordine a situazioni soggettive indeterminate; infine, la materia di intervento può essere più o meno determinata o del tutto generica .

Il contenuto delle misure da prendere resta del tutto indefinito: potrà consistere in misure generali ed astratte, destinate a valere per lo spazio di tempo in cui l'evento contingibile permane, o viceversa, in misure concrete[16].

---

tere esclusivamente locale, di competenza del Sindaco; altre ordinanze, contingibili e urgenti previste dall'art. 50, D. Lgs. n. 267/2000 sono adottate dal Sindaco per la necessità ed urgenza di superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenza di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti; i provvedimenti contingibili e urgenti, di competenza del Sindaco, in qualità di ufficiale del Governo, per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la incolumità pubblica e la sicurezza urbana: art 54 D. Lgs. n. 267/2000 di cui la sentenza Corte Cost. n. 115/2019 ha dichiarato la illegittimità del comma 4; l'art. 32, L. n. 833/1978, che prevede ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria; art. 5 legge n. 225/1992 che prevede le ordinanze di protezione civile "in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza".

[12] M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, vol. II, 1993, p. 267.

[13] La Corte costituzionale si esprime negli anni per la natura di atto amministrativo delle ordinanze di necessità e d urgenza (sent. 61 del 1961; sent. 8 del 1956; sent. 4 del 1977). In dottrina vi è chi individua nell'ordinanza di necessità e d'urgenza un atto normativo: da ultimo E.C. Raffiotta*, Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*. Si v. per tutti A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, Napoli 1989, p. che ritiene la natura amministrativa o normativa di fonte secondaria da stabilire caso per caso. Per la natura di atti amministrativi dei D.P.C.M. L.A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 1, 2020, p. 16, e che esclude, inoltre, che siano sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 7 del Codice del processo amministrativo, dato che non sono atti emanati dal Governo, ma dal presidente del consiglio, che non esercita il potere politico nella forma di governo parlamentare.

[14] Vi sono anche poteri d'urgenza tipici, provvedimenti amministrativi necessitati. Si rileva che essi a differenza delle ordinanze di necessità e d'urgenza sono dei provvedimenti amministrativi rispondenti al principio di legalità, aventi come presupposto l'urgente necessità e pertanto assunti con dei procedimenti abbreviati: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 268.

[15] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017[2], p. 41.

[16] Per il concetto di ordinanza di necessità e d urgenza si vedano, per tutti. G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 43 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 308 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 41 ss.

I poteri contingibili e urgenti sono individuati dallo scopo che essi perseguono, indicato in maniera più o meno generica, ma non hanno, dunque, un contenuto tipizzato dalla legge e per ciò sono indicati anche come ordinanze libere o innominate[17].

A fronte del contenuto indeterminato si individuano tutta una serie di canoni cui l'ordinanza atipica deve rispondere: già nella sent. n. 8 del 1956 della Corte costituzionale sono individuati i canoni cui debbono attenersi le ordinanze di necessità ed urgenza: "efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico". La sent. n. 127/1995 della Corte Costituzionale statuisce, poi, che "il potere di ordinanza viene considerato legittimo se è adeguatamente circoscritto nell'oggetto e tale da derogare a settori di normazione che non siano richiamati in termini assolutamente generici".

4. *I limiti ai poteri d'ordinanza di necessità e d'urgenza*

La giurisprudenza costituzionale e la legislazione recente, compresa quella sull'emergenza COVID, hanno previsto per tali ordinanze tutta un serie di canoni o controlimiti che le riconducono entro il principio di legalità. La giurisprudenza costituzionale, come ha osservato la dottrina, prevede che le ordinanze di necessità e d'urgenza non possano menomare diritti costituzionalmente garantiti e che quindi lo spazio per tali ordinanze sia limitato agli spazi liberi non coperti da riserve di legge, assolute o relative[18].

La lotta alla pandemia ha, però, imposto il superamento nei fatti del limite costituito dall'impedimento alla menomazione dei diritti costituzionalmente garantiti.

In precedenza, sulla scorta dell'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, anche la dottrina più diffusa escludeva che le ordinanze di necessità e d'urgenza potessero menomare diritti costituzionalmente garantiti, ritenendo che le ordinanze fossero ammissibili solo negli "spazi liberi da riserve di legge, sia assolute che relative[19]".

---

[17] G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2016, p. 41 ss.

[18] F. Migliarese, *Voce Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990, p. 3; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 313: " È stato chiarito … dalla giurisprudenza costituzionale che il carattere derogatorio dei poteri di ordinanza rispetto ai principi di legalità dell'azione amministrativa non può tuttavia consentire la derogabilità di tutta la normazione positiva e addirittura dei principi costituzionali" e che "il potere di ordinanza non possa giammai essere usato per adottare provvedimenti lesivi della libertà personale".

[19] F. Migliarese, *Voce Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990, p. 3; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 42.

L'evenienza COVID ha portato all'effettiva limitazione, nei fatti, di varie libertà costituzionalmente garantite e le molte prescrizioni limitative introdotte sono state effettivamente rispettate; la dottrina, in genere, ne ha ammesso la legittimità, ma si sono levate autorevoli voci contrarie, che trovano i loro precedenti nella giurisprudenza costituzionale antecedente.

Restano i limiti della proporzionalità, della necessità e della limitazione nel tempo delle misure d'urgenza, ma vien meno il limite del rispetto delle libertà costituzionali, come dimostra la congerie di misure limitative delle libertà individuali che le ordinanze impongono o "raccomandano" e che si sono effettivamente imposte, accettate dalla generalità della popolazione (anche quando solo raccomandate).

Muta, in tal senso, la teoria dei limiti effettivamente osservati, rispetto alla delineazione dettata dalla Corte costituzionale e sostanzialmente in precedenza condivisa dalla più diffusa dottrina. La dottrina che tratta dell'emergenza COVID riscontra l'effettiva limitazione all'esercizio delle libertà costituzionalmente garantite, e ne riconosce la legittimità, individuando nel solo rispetto della dignità umana un limite invalicabile[20].

4.1. *La proporzionalità e ragionevolezza degli interventi d'urgenza*

Resta per i poteri di ordinanza di necessità ed urgenza il rispetto del limite della proporzionalità, che già la dottrina precedente predica per le ordinanze libere e che viene ribadito: il decreto legge n. 19/2020 all'art. 1, comma 2, prevede che le misure in esso sommariamente tipizzate siano adottate "secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio" "presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso".

La dottrina[21] si è interrogata sulla sussistenza della proporzionalità degli interventi nel caso della presente pandemia: vi è consenso sul fatto che il parametro, alla cui stregua decidere sulla proporzionalità delle misure, è costituito dalle norme poste dall'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto della persona e come interesse della collettività e dall'art. 2 Cost. , che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

L'art. 32 Cost. tutela la salute, come diritto individuale ed interesse collettivo, ed espressamente consente la limitazione di altre libertà costituzionalmente riconosciute, fatto salvo solamente il rispetto della dignità della persona umana[22].

---

[20] S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p.20.

[21] Si v. per tutti S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p 9 s.

[22] La Costituzione stessa esplicita casi di limitazione di diritti fondamentali; così l'art. 14 Cost. stabilisce che il domicilio sia inviolabile, ma che ammetta accertamenti e ispezioni per motivi di sanità; l'art. 16 Cost. sancisce che il cittadino possa circolare liberamente in ogni

Sacrificare diritti e libertà, tutelati dalla Costituzione, nel caso della pandemia, è il risultato di un bilanciamento con il bene essenziale della vita e della salute individuale e collettiva: in tal senso il sacrificio può sicuramente, a nostro avviso, essere valutato come proporzionato[23].

Il diritto alla salute, secondo le indicazioni della Corte costituzionale, nella sentenza "Ilva", tuttavia, non è assolutamente prevalente ma "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".

Ciò, si è rilevato, porta[24] alla conseguenza che la scelta sul prolungamento o meno dello stato di "segregazione" non è imposta di necessità dal diritto alla salute, ma "dalla valutazione della situazione nel suo complesso…per quel che vuol dire il protrarsi della sospensione delle attività economiche per la società".

Si è messo in luce, tuttavia, che i primi interventi del Giudice amministrativo sono stati per la prevalenza del diritto alla salute: Il Consiglio di Stato[25] ha statuito che la compressione pressoché totale di diritti fondamentali della persona di circolazione, del lavoro, della privacy, di cui si è detto, "è avvenuto in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo".

4.2. *Temporaneità della vigenza delle regole adottate con ordinanze di necessità e di urgenza*

L' ordinanza di necessità e di urgenza ha la caratteristica della vigenza del provvedimento per un tempo limitato all'emergenza da affrontare. Le ordinan-

---

parte del territorio nazionale, ma possono essere imposte limitazioni in via generale per motivi sanitari; l'art. 17 Cost. prevede il diritto dei cittadini di riunirsi, salvo limitazioni per motivi di incolumità pubblica; l'art. 41 Cost. dispone che l'iniziativa economica è libera, ma incontra il limite della dignità e sicurezza dei lavoratori.

[23] Per la ricostruzione del meccanismo, tra gli altri, Blando G., *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020.

[24] L. Panzani, *Covid-19. Un'esperienza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, in *Federalismi.it*, 26 maggio2020.

[25] Cons. di Stato III Sez., decreto 31 marzo 2020, n. 1611, citato da S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 9 ss.. Si riportano le decisioni del giudice amministrativo di prima istanza, citati da S. Licciardello, *op. cit.*, p. 10, che respinge le richieste di misure cautelari contro provvedimenti limitativi delle libertà: Tar Sicilia, Sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459; Tar Sardegna, Sez I decreto 20 aprile 2020, n. 141; Tar Campania, Sez. V, 18 marzo 2020, n. 416; Tar Lazio, Sez. I, 28 aprile 2020, n. 3322.

ze devono essere emesse a fronte di un fatto improvviso e transeunte, collegate all'urgenza di adottare le misure per affrontarle[26].

Questo limite fa sì che esse non producano modificazioni stabili della realtà: ciò che contribuisce ad attenuare l'effetto della mancanza del carattere della tipicità delle misure da prendersi: la temporaneità dell'effetto delle ordinanze d'urgenza garantisce ai cittadini che la compressione dei loro diritti e situazioni giuridiche non vada oltre il tempo dell'emergenza.

Si è detto, in modo condivisibile, che a segnare la compatibilità con l'ordine costituzionale complessivo delle misure di emergenza più che il loro contenuto è la temporaneità[27], agganciata e giustificata da dati concreti e misurabili in base ai quali sia possibile dimostrare che quelle misure sono oggi razionali rispetto allo scopo, mentre in seguito, quando i dati saranno diversi, la stesse misure non si giustificheranno più.

Il decreto legge n. 19/2020 all'art. 1, comma 1, stabilisce che le misure sommariamente tipizzate al comma 2 vengano stabilite per "periodi determinati", "ciascuno di durata non superiore a trenta giorni" "reiterabili e modificabili anche più volte" sino al 31 luglio 2020.

Una particolarità della situazione della lotta all' epidemia da COVID 19, si è già detto, consiste nella lunga durata dello stato di emergenza, che, come è stato notato, non si esaurisce come nel caso della calamità naturale: lo stato di emergenza proclamato il 31 gennaio sino al 31 luglio, potrebbe estendersi oltre, per l'eventuale maggior durata della pandemia, ciò che da una diversa misura della durata e della continuità delle misure conseguenti[28].

4. 3. *La relatività del connotato della imprevedibilità dei fatti*

La dottrina amministrativistica ha indicato come canone delle ordinanza di necessità e d'urgenza oltre che la necessità anche la imprevedibilità dei fatti[29]. Questo requisito va assunto con cautela: non vi è nulla di imprevedibile, nel lungo periodo, nel verificarsi di una epidemia a grande diffusione anche nel mondo sviluppato.

Di imprevedibilità si può parlare in merito alle circostanze dell'evento e relativamente al momento in cui esso si manifesta.

Una indiretta conferma si ha, per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, ad esempio, proprio nel settore della salute: nel 2002 il Ministro della sanità adot-

---

[26] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p 312.

[27] E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it,* 27 maggio 2020, pp. 8.

[28] F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 8.

[29] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 312.

tava un "Piano italiano multifase d'emergenza per una pandemia influenzale"[30] di cui si è parlato molto e che è stato aggiornato successivamente da provvedimento del Ministro della sanità 9 febbraio 2006, n. 2479 (accordo ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs. 28 agosto 1997, n. 281 per un piano nazionale di preparazione e risposta per una pandemia influenzale).

L'obiettivo di tale Piano è la preparazione alla pandemia, per ridurne l'impatto. Ma questa precauzione progettata non è mai divenuta realtà e la pandemia ha colpito a fronte di una impreparazione delle istituzioni pubbliche.

Il disordine istituzionale, la sensazione che nel caso si stesse (e si stia) progettando di giorno in giorno la risposta all'emergenza senza una visione d'insieme, derivano proprio dalla circostanza che a simili programmazioni non si sia dato seguito. Le strutture sanitarie ed in genere amministrative non erano pronte, tanto che si sono dovute creare strutture contro la pandemia in assoluta urgenza (come posti in rianimazione sotto tende da campo).

Dal punto di vista della risposta istituzionale vi sarebbe stata meno incertezza della regia della crisi, e le ordinanze di necessità ed urgenza avrebbero avuto un altro sfondo su cui proiettare le regolamentazione provvisoria e di eccezione, e probabilmente non vi sarebbero state le incertezza nel coordinamento delle diverse azioni incidenti in diverse materie e provenienti da autorità diverse.

5. *Le relazioni reciproche tra poteri di ordinanza di necessità ed urgenza statali, regionali e locali*

La regolamentazione dell'emergenza COVID ha visto l'intervento di più fonti di disciplina, ai diversi livelli territoriali, dalle ordinanze statali a quelle regionali a quelle comunali. La vastità e complessità dell'emergenza, in modo nuovo ed inedito rispetto alla precedente esperienza nell'ordinamento, ha portato al cumulo di ordinanze diverse di provenienza da autorità dotate di poteri diversi e paralleli. Si è posto di conseguenza il problema interpretativo, acuito dalla diversità di fonti, ed il problema, connesso, dell'individuazione della regola da applicare, nella varietà di regolamentazioni compresenti.

La soluzione data dal decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020 alla coesistenza tra diverse tipologie e livelli di ordinanze di necessità[31] è stata quella di ordinarle secondo il principio gerarchico.

---

[30] In G.U. 26 marzo 2002, n. 72: Si v. sul punto S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 11 ss.

[31] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p 270: l'A. osserva che prevale oggi la tesi che le ordinanze di necessità ed urgenza vadano identificate come provvedimenti amministrativi. Contro la tesi che esse siano atti normativi sta "l'obiezione insuperabile che negli ordinamenti contemporanei gli atti normativi sono tutti nominati e definiti dalle norme sulla normazione e che fra essi non si includono le ordinanze d'urgenza".

È stato, tuttavia, affermato, condivisibilmente, che il potere di ordinanza non è per sua natura, suscettibile di essere ordinato in tal modo, predicando il principio gerarchico a favore dello Stato e, di seguito, a favore della Regione rispetto ai sindaci[32]. Si può argomentare dalla natura dei poteri di ordinanza, che nascono solo per fronteggiare l'emergenza: se fosse possibile che un potere, quando vien esercitato dallo Stato, non spetta più a Regione e Comuni si negherebbe la ragione stessa della sua previsione. Sembra doversi considerare normale la sovrapponibilità dei poteri d'ordinanza diversi, dato l'intreccio di competenze.

L'art. 3, comma 1, del decreto legge n. 19 del 2020 pone regole di convivenza tra ordinanze di diverso livello statuendo che l'intervento delle Regioni può esservi "in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio o in una parte di esso" e solo con "misure ulteriormente restrittive" e solamente "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale"; queste misure regionali possono aversi solamente nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 2, comma 1, e "con efficacia limitata sino a tale momento". Il funzionamento di tale clausola di cedevolezza non risulta chiaro, dato che la serie dei D.P.C.M. è stata continua[33].

Il comma 2 dell'art 3 cit. stabilisce, d'altra parte, la inefficacia delle ordinanze sindacali dirette a fronteggiare l'emergenza e che siano "in contrasto con le misure statali" e sancisce l'impossibilità di eccedere "i limiti di oggetto di cui al comma 1". Pare dunque che i Sindaci possano adottare le loro ordinanze nelle more dell'adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, comma1, e con efficacia limitata a quel momento e con le limitazioni di oggetto previste per le Regioni[34].

Si può, dunque, essere d'accordo con quella dottrina che rileva che il coordinamento tra i diversi poteri di ordinanza, a livello statale e a livello territoria-

[32] Si v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 13 ss.; A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, pp. 1-21.

[33] Si v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., p. 13 ss.

[34] Il precedente decreto legge n. 9 del 2 marzo all'art. 35 aveva previsto che "A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali". Si v. F. Cintioli, *op.cit.*, p. 14 propone che per ovviare ai casi di gravi incertezze derivanti da iniziative isolate di vari Sindaci, si potrebbe suggerire La previsione "di un potere di annullamento d'ufficio degli atti sindacali da parte del Prefetto competente, eventualmente sentito il Presidente della Regione", se del caso sulla falsariga dell'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento previsto dagli articoli, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 e 138 del D. Lgs. n. 267 del 200 (T.U. Enti locali).

le, debba necessariamente avvenire nell'ambito della leale collaborazione (viste anche le funzioni consultive rese al Governo dalle Regioni)[35].

6. *Le modalità di gestione dell'emergenza COVID: il ruolo del Parlamento e l'eclissi della politica*

Sono state espresse, in forma e con accenti diversi, preoccupazioni per le modalità della regolamentazione dell'emergenza[36]: la emanazione delle misure restrittive dei diritti dei cittadini con D.P.C.M. è stata criticata, perché l'adozione di decreti legge avrebbe viceversa consentito un ruolo attivo, anche se *ex post*, del Parlamento e avrebbe consentito l'intervento del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Al momento il Parlamento ha solamente dovuto ratificare il decreto legge che assegnava al D.P.C.M. la competenza a regolamentare l'emergenza. Se si deve dirsi d'accordo con queste preoccupazioni, deve certo ammettersi che i tempi di risposta del Parlamento non sembrano compatibili con i tempi dell'emergenza.

Il decreto legge n. 19/2020 ha indicato alcune modalità di coinvolgimento del Parlamento: l'art. 3, comma 1, prevede che i provvedimenti d'urgenza emanati per la lotta alla pandemia vengano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione (in G.U.). Altro collegamento consiste nell'obbligo che il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato riferisca ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate.

Il Parlamento sia rispetto ai decreti legge sia in relazione ai D.P.C.M., per le ragioni dell'urgenza interviene *ex post*, ed è oggettivamente escluso rispetto alla fase della decisione sulle misure di emergenza.

Si è parlato di eclissi della politica, anche con riguardo al fatto che un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza è necessariamente svolto dai tecnici, che possono disporre della cultura scientifica necessaria per l'attuazione concreta delle misure restrittive. Se è vero che le decisioni debbono esser prese dalla politica (che può decidere o meno misure restrittive, sulla base della maggiore o minore considerazione della salute dei singoli cittadini e puntando sulla c.d. immunità di gregge), è vero anche che esse sono predeterminate dalle indicazioni tecnico – scientifiche degli esperti.

---

[35] F. Cintioli, *Sul regime del lockdown*, cit., p. 14.

[36] Per tutti, con accenti diversi, L.A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, cit., passim; S. Licciardiello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, cit., p. 8: "L'iper- regolamentazione dei momenti più personali della vita quotidiana sta avvenendo con un coinvolgimento minimo – se non meramente formale e sostanzialmente nullo - dei presidi di partecipazione democratica". L'A. ricorda anche il dibattito politico sul punto.

7. *Qualche osservazione conclusiva*

Le dimensioni della crisi pandemica hanno travolto la teorizzazione dei limiti alle ordinanze di necessità ed urgenza: viene a cadere, nei fatti, il limite dalla giurisprudenza costituzionale previsto in relazione a tali ordinanze, costituito dalla non derogabilità ai principi costituzionali.

Il requisito della imprevedibilità, evidenziato da diffusa manualistica, trova anch' esso una precisazione: nel breve periodo la imprevedibilità può aversi; sul lungo periodo di fronte alle esigenze di una società organizzata gli eventi che danno luogo ad una situazione di eccezionale pericolo sono prevedibili (si veda il piano per le pandemie).

Restano i limiti della proporzionalità e della tassativa temporaneità della vigenza di queste "ordinanze libere".

Per quanto limitativi dei diritti costituzionali, si tratta, tuttavia, di poteri amministrativi che sono necessari, e che non possono essere espunti dall'ordinamento giuridico, in quanto la situazione di necessità ed urgenza è strettamente connessa alla realtà concreta, per fatti naturali o umani e sociali che per la loro imprevedibilità non consentono l'utilizzo di poteri tipici.

La via più sostenibile, economicamente e socialmente, sarebbe quella di programmare la difesa sociale contro avvenimenti eccezionali sì, ma non imprevedibili: una pandemia, si è detto, non è evento imprevedibile nel lungo periodo, mentre può esserlo nel breve periodo.

Il fatto che si adotti un metodo programmatorio di difesa contro avvenimenti eccezionali, e solo per ciò imprevedibili nel momento del loro attuarsi, potrebbe consentire l'adozione in misura maggiore di ordinanze di urgenza, che prevedono provvedimenti tipici, da adottarsi in casi di eventi eccezionali, e assunte con fonti di legge ordinaria.

L'ambito delle ordinanze di necessità ed urgenza che prevedono provvedimenti atipici si restringerebbe, con un vantaggio per la condivisione democratica della gestione dell'emergenza.

La scelta relativa alla riapertura delle aziende e alla cessazione dello stato di "segregazione" dovrebbe avvenire in un momento in cui il rischio del contagio è ancora presente: alla politica (Governo e Parlamento) la scelta assai difficile se non drammatica tra esigenze di tutela della salute e necessità di conservare le imprese ed i livelli di reddito per la popolazione.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Blando G., *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020, pp. 1-10.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019.

Cintioli F., *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, pp. 1-16.

Falcon G., *Lezioni di diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione, 2020.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, vol. II, 1993.

Girotto D., *Commento all'art. 78 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008.

Grosso E., *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. 1-14.

Licciardello S., *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 1-13.

Mazzarolli L.A., *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, pp. 1-20.

Migliarese F., Voce *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1990.

Morbidelli G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2016, pp. 33-70.

Panzani F., *Covid-19. Un'esperienza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, in *Federalismi.it*, 26 maggio 2020, pp. 1-15.

Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019.

Romano A., *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, pp. 1-21.

Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, Napoli 1989.

Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli.

TRA FLESSIBILITÀ E ORTODOSSIA ECONOMICA: LA VALUTAZIONE DI INCOMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI DI STATO AL TEMPO DELL'EMERGENZA COVID-19

MARTINA PREVIATELLO*

1. *Introduzione*

La pandemia di Covid-19, originatasi in Cina e rapidamente diffusasi a livello globale, ha provocato una crisi sanitaria che ha colpito duramente l'Europa a partire dal primo trimestre del 2020. Le misure adottate per contrastare gli effetti dell'emergenza sanitaria hanno fin dall'inizio avuto un notevole impatto negativo sull'economia europea. In particolare, la crisi economica è stata ricondotta da un lato allo shock sul versante dell'offerta derivante dall'interruzione delle catene di approvvigionamento e, dall'altro, allo shock dal lato della domanda, dovuto alla minore richiesta di beni e servizi da parte dei consumatori. Ciò ha determinato per un verso un impatto negativo sui mercati finanziari e, per l'altro, seri problemi di liquidità per le imprese[1].

Al fine di affrontare le conseguenze socio-economiche del Covid – attraverso un approccio coordinato diretto al contempo a garantire l'unicità del mercato interno e ad evitare abusi nella gestione delle sovvenzioni – la Commissione adotta una serie di Comunicazioni[2] volte ad orientare le pubbliche

* Dottoranda in Scienze Giuridiche presso l'Università di Trieste, sede convenzionata dell'Università di Udine.

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, 13 marzo 2020, COM (2020) 112 final, punti 1 e 2.

[2] Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, in *GU* C 91 I del 20.3.20, p. 1; Comunicazione della Commissione, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, in *GU* C 112 I del 4.4.20, p. 1; Comunicazione della Commissione, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19*, in *GU* C 164 del 13.3.20, p. 3; Comunicazione

amministrazioni nazionali nell'applicazione delle regole europee sia sostanziali che procedurali in materia di aiuti di Stato nel contesto dell'emergenza da Covid-19. Ciò si rende necessario poiché, essendo le risorse dell'Unione di entità relativamente limitata, il sostegno pubblico all'economia deve provenire, per la maggior parte, dai fondi nazionali degli Stati membri[3].

A questo proposito, i Trattati sanciscono in generale il c.d. principio di incompatibilità con il mercato interno degli aiuti pubblici alle imprese, salvo poi prevedere specifici casi in cui tale principio non si applica o può non trovare applicazione[4].

La Commissione – Istituzione competente in via esclusiva a valutare la compatibilità con il mercato interno delle misure di aiuto approntate dagli Stati membri[5]– si è mostrata in passato particolarmente rigorosa nell'applicare il divieto di aiuti pubblici alle imprese[6].

Tuttavia, la crisi che a partire dal 2008 ha colpito duramente il settore economico-finanziario europeo ha indotto l'Istituzione a rivedere parzialmente tale orientamento restrittivo, consentendo agli Stati membri di adottare – in situazioni eccezionali – interventi di sostegno economico alle imprese[7]. Lo strumento giuridico allora utilizzato per garantire maggiore flessibilità nella valutazione degli aiuti di Stato consisteva in una serie di Comunicazioni della Commissione, volte a rendere pubblici i criteri in base ai quali essa avrebbe statuito sulla compatibilità degli aiuti anticrisi con il mercato interno[8].

---

della Commissione, *Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19*, in *GU* C 218 del 2.7.20, p. 3.

[3] QT, cit., par. 9.

[4] Art. 107 TFUE. Per un esame della disposizione cfr. A. Pisapia, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Cedam, Padova, 2013, pp. 4-31.

[5] Per contro, i giudici nazionali dispongono di poteri più limitati: cionondimeno, in virtù dell'efficacia diretta dell'art. 108 par. 3 TFUE, ad essi è riconosciuto un ruolo importante rispetto agli aiuti illegali, potendo garantire tutela ai singoli pregiudicati da aiuti nuovi che siano stati attuati senza previa notifica alla Commissione o in violazione del c.d. obbligo di *standstill*.

[6] Cfr. per tutti A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

[7] V. Giglio, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2009, pp. 23-36.

[8] Per le misure adottate nel settore finanziario cfr. Comunicazione della Commissione, *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*, in *GU* C 270 del 25.10.08, p. 8; per le misure adottate nel settore dell'economia reale cfr. Comunicazione della Commissione, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, in *GU* C 16 del 11.1.09, p. 1 e successive modifiche. Si noti che i riferimenti del presente contributo al QT del 2008 attengono unicamente alle misure adottate per contrastare gli effetti della crisi finanziaria nell'economia reale.

Mutatis mutandis, lo stesso approccio è stato adottato dalla Commissione per far fronte alle conseguenze economiche negative provocate dall'emergenza Covid-19: in un momento storico in cui è necessario il massimo grado di chiarezza circa i requisiti che i progetti di aiuto devono soddisfare per poter essere autorizzati nel minor tempo possibile dalla Commissione, quest'ultima fornisce agli Stati membri una sorta di *vademecum* affinché le autorità nazionali siano poste in condizione di valutare autonomamente *ex ante* la conformità delle loro scelte di politica economica rispetto agli indirizzi della Commissione.

In quest'ottica, la Corte di giustizia ha chiarito che tali strumenti di *soft law* non producono effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri: la Commissione se ne serve in funzione "autolimitativa" dell'ampio potere discrezionale di cui gode ai sensi dell'art. 107 par. 3 TFUE[9]. Tuttavia, ciò non esclude che gli Stati membri – invocando direttamente la norma richiamata – possano notificare progetti di aiuto che non soddisfano i criteri previsti dalle Comunicazioni, e che la Commissione possa autorizzarli in circostanze eccezionali[10]. Detto altrimenti, le Comunicazioni non limitano le facoltà di cui gli Stati membri godono in virtù delle norme del Trattato.

Del resto, anche nel Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19 (in seguito anche: QT) – come già nel Quadro temporaneo adottato dalla Commissione nel 2008 – si afferma che esso fornisce un'interpretazione circoscritta e non definitiva delle norme dell'UE esistenti in materia di aiuti di Stato, integrando, senza sostituirvisi, le possibilità già in esse previste per fornire sostegno statale alle attività economiche[11] [12].

Peraltro, con tale precisazione in merito al carattere temporaneo della disciplina, la Commissione tende anche verosimilmente ad evitare, ora come allora,

---

[9] Si noti che – pur non producendo effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri – tali atti, se comunicati agli Stati membri e da questi accettati, vincolano la Commissione, che non può discostarsene in relazione a casi specifici «pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento»: cfr. da ultimo, CGUE, *Kotnik*, 19.7.16, C-526/14, par. 40 e CGUE, *Grecia c. Commissione*, 8.3.16, C431/14 P, parr. 69-70.

[10] CGUE, *Kotnik*, cit., parr. 35-45 e CGUE, *Grecia c. Commissione*, cit., parr. 69-76, entrambe relative alla concessione da parte degli Stati membri di misure di aiuto per fronteggiare la crisi finanziaria del 2008. Cfr. anche L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffré, Milano, 2019[4], pp. 379-380.

[11] COM(2020)C 91, cit., parr. 14 e 15; COM(2020)C 218/03, cit., par. 4.

[12] Stando all'elenco delle misure autorizzate dalla Commissione, al 24 luglio 2020 gli aiuti adottati sulla base dell'art. 107 parr. 2 lett. b) e 3 lett. b) e c) TFUE ammontano a 32, cui se ne aggiungono altri 193 adottati dalla totalità degli Stati membri (e dal Regno Unito) in base al Quadro temporaneo: cfr. documento della Commissione, *Coronavirus Outbreak List of Member State Measures approved under Articles 107(2)b, 107(3)b and 107(3)c TFEU and under the State Aid Temporary Framework*, disponibile *online*.

che il Quadro temporaneo venga prorogato fino a diventare di applicazione definitiva «a scapito di altri interventi pubblici nell'economia non legati ad esigenze contingenti e transitorie»[13].

2. *La disciplina europea degli aiuti di Stato al tempo dell'emergenza Covid-19*

Il Quadro temporaneo con l'indicazione delle tipologie di aiuti che possono essere ritenuti dalla Commissione compatibili con il diritto UE è contenuto nella Comunicazione del 19 marzo 2020, come modificata rispettivamente il 3 aprile, l'8 maggio e, da ultimo, il 29 giugno 2020[14]. Tuttavia, i primi orientamenti in materia sono già indicati nella precedente Comunicazione del 13 marzo.

In quest'ultima, la Commissione enumera, tra gli obiettivi prioritari dell'Unione, la tutela della salute, la protezione sia delle imprese che dei lavoratori europei dipendenti e autonomi contro le perdite di reddito e la necessità che l'Unione predisponga un quadro flessibile che consenta agli Stati membri di adottare misure di contrasto alla crisi, nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato.

È interessante notare come le considerazioni attinenti alla tutela della salute e dell'occupazione, di norma di limitato interesse nella valutazione di compatibilità delle misure statali di aiuto, nella presente situazione d'emergenza sanitaria assumono rilevanza centrale e costituiscono "obiettivi guida" o "principi ispiratori" per l'interpretazione dell'art. 107 TFUE e del diritto derivato.

Al fine di perseguire gli obiettivi suesposti, l'ordinamento europeo assoggetta, come noto, l'attuazione delle misure pubbliche di aiuto alle imprese a un sistema di accertamento provvisto di esclusioni e di deroghe.

Innanzitutto, non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 par. 1 TFUE, e non sono pertanto soggette a notifica preventiva, le misure prive del carattere della selettività[15], quali ad esempio quelle applicabili a tutte le imprese

---

[13] F. Ferraro, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2010, pp. 335-356, spec. p. 355.

[14] Per un commento al QT si vedano A. Rosanò, *Adapting to change: Covid-19 as a factor shaping EU State Aid Law*, in *European Papers*, v. V, 1, 2020, pp. 621-631 e C. Massa, *Aiuti di Stato nella pandemia. Il regime temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, a cura di S. Staiano, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 393-416.

[15] Sulla nozione di selettività cfr. P. Nebbia, *Il concetto di aiuto di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. Pace, Jovene, Napoli, 2013, pp. 502-509; J.J. Piernas López, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 103-150. Sulla giurisprudenza della CGUE in tema di selettività cfr. L. Calzolari, *La selettività degli aiuti di Stato e il principio della parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, v. XXIX, 2, 2015, pp. 481-507.

(integrazioni salariali o sospensione dei pagamenti delle imposte) o a sostegno dei consumatori (rimborsi per i servizi annullati dagli operatori).

Gli Stati membri dispongono inoltre di un ampio ventaglio di "misure supplementari", che possono essere varate senza obbligo di previa notifica alla Commissione: esse sono da un lato le sovvenzioni di minore entità, previste dal reg. c.d. "de minimis"[16] [17] e, dall'altro, gli aiuti di cui al reg. (UE) n 651/2014[18], che dichiara le categorie di aiuti in esso contenute compatibili *ex ante* con il mercato interno.

Accanto a questi strumenti si situano quelli che rientrano a pieno titolo nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato e che possono essere concessi dagli Stati membri solo previa notifica alla Commissione e previa autorizzazione individuale da parte di questa, secondo il regime di cui all'art. 107, parr. 2 e 3, per i profili sostanziali, e dell'art. 108 par. 3 TFUE, per la dimensione procedurale.

Nel primo caso gli aiuti sono autorizzati dalla Commissione sulla base delle c.d. deroghe automatiche al principio generale d'incompatibilità in quanto trattasi di situazioni che, risultando compatibili con il mercato interno direttamente in forza del TFUE, richiedono un intervento meramente asseverativo della Commissione; nel secondo caso, invece, quest'ultima esercita un controllo di merito, verificando se ed in che misura i progetti di aiuto producono effetti distorsivi sulla concorrenza e sul commercio fra Stati membri. Essendo detta valutazione caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità, ben si comprende perché essa sia rimessa in via esclusiva ad un organo accentrato qual è la Commissione.

All'interno di queste misure di aiuto, il QT non si occupa specificamente né delle misure autorizzabili sulla base dell'art. 107 par. 2 lett. b) TFUE né degli aiuti concessi alle imprese in situazione di grave fabbisogno di liquidità e/o a rischio di fallimento ai sensi dell'art. 107 par. 3 lett. c) TFUE. Ciò non toglie che le misure fondate su dette basi giuridiche possano comunque essere adottate, a fianco a quelle previste dal QT, per contrastare gli effetti economici negativi dell'emergenza, tanto da essere espressamente prese in considerazione nella Comunicazione del 13 marzo.

Per quanto attiene alle misure adottate a norma dell'art. 107 par. 2 lett. b) TFUE, la Commissione – verificata la sussistenza dei requisiti previsti – autorizza gli aiuti di Stato destinati ad ovviare ai danni arrecati direttamente da

---

[16] Reg. (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, *relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore (de minimis)*, in *GU* L 352 del 24.12.13, p. 1.

[17] L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., p. 375.

[18] Reg. (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato*, in *GU* L 187 del 26.6.14, p.1.

disastri naturali o da altri eventi eccezionali, caratterizzati da imprevedibilità, notevole impatto economico e natura straordinaria; condizioni ritenute sussistenti nel caso di specie[19].

Inoltre, tutte le misure fondate sull'art. 107 par. 2 lett. b) TFUE devono essere conformi ai seguenti requisiti: deve esistere, per ciascun beneficiario, un nesso causale diretto tra l'aiuto concesso e il danno arrecato dall'evento eccezionale e il *quantum* dell'aiuto dev'essere proporzionato, ossia corrispondente (e dunque non superiore) a quanto necessario per compensare il danno[20]. Tuttavia, essendo l'emergenza non ancora terminata, profili problematici si pongono con riferimento alla determinazione dell'esatto ammontare del danno: in casi simili, esso dovrà necessariamente essere calcolato *ex post* sulla base del bilancio annuale dell'impresa e l'eventuale differenza tra l'importo dell'aiuto percepito e il danno subito dovrà essere restituito per mezzo di un meccanismo di recupero[21].

Il Quadro temporaneo ha poi chiarito che la Commissione può autorizzare tali aiuti anche a favore di imprese che abbiano già percepito aiuti sulla base degli Orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione[22], in deroga al c.d. principio *una tantum*[23].

Gli aiuti fondati su detta base giuridica – utilizzata in passato per autorizzare misure volte a compensare le perdite subite dalle compagnie aeree per le limitazioni al traffico aereo in occasione ad es. dell'attentato dell'11 settembre 2001 o dell'eruzione vulcanica islandese del 2010 – possono essere concessi sotto forma di regimi di aiuti o come aiuti individuali sia a imprese di settori colpiti in modo particolarmente grave (come aviazione, turismo e servizi alberghieri) sia a organizzatori di manifestazioni ed eventi nel caso in cui il loro annullamento sia conseguenza diretta della pandemia[24].

Quanto agli aiuti alle imprese in situazione di grave fabbisogno di liquidità e/o a rischio di fallimento a causa dell'emergenza Covid-19, essi possono

---

[19] Come chiarito dall'allegato alla Comunicazione del 13 marzo 2020.

[20] All. 3 alla Comunicazione della Commissione, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID19*, cit.

[21] In tal senso cfr. ad es. il comunicato stampa della Commissione del 24.4.20, *State aid: Commission approves Swedish public guarantee of up to €137 million to compensate airline SAS for damage caused by coronavirus outbreak*, disponibile *online*.

[22] QT, cit., par. 15.

[23] Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà*, in *GU* C 249 del 31.7.14, p. 1, spec. parr. 70 ss.

[24] Cfr. Allegato 3, cit. Per quest'ultimo caso cfr. la decisione con cui la Commissione ha approvato un progetto di aiuti pari a 12 milioni di euro notificato dalla Danimarca per compensare i danni causati dalla cancellazione di eventi con più di 1000 partecipanti: SA.56685 del 12 marzo 2020, in *GU* C 125 del 17 aprile 2020, p. 8. Tale decisione costituisce la prima misura di aiuto approvata dalla Commissione il giorno prima dell'adozione della Comunicazione del 13 marzo 2020, cit.

essere autorizzati dalla Commissione sulla base della deroga discrezionale di cui all'art. 107 par. 3 lett. c) TFUE, in linea con gli Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione del 2014 e, anche in questo caso, in deroga al principio dell'aiuto *una tantum*.

Qualora simili regimi di sostegno fossero già in vigore in alcuni Stati membri, essi potrebbero essere riorientati per far fronte alle conseguenze negative della pandemia[25], addirittura senza obbligo di previa notifica alla Commissione nel caso di aumenti delle dotazioni inferiori al 20%[26].

Venendo poi all'ambito d'applicazione soggettivo del Quadro temporaneo, le potenziali beneficiarie degli aiuti in base ad esso concessi risultavano in un primo momento soltanto le imprese non in difficoltà al 31 dicembre 2019.

Successivamente, l'ultima modifica del QT[27] ha ampliato la platea dei beneficiari, al fine di ricomprendervi anche le piccole e microimprese, anche se in difficoltà finanziarie[28] al 31 dicembre 2019, a condizione però che non siano soggette a procedura concorsuale per insolvenza e che non abbiano ricevuto aiuti per il salvataggio o aiuti per la ristrutturazione.

Tale modifica consegue alle doglianze sollevate nei confronti della precedente formulazione del QT, che comportava l'impossibilità per molte *start-up* di ottenere gli aiuti ivi previsti: avendo infatti la maggior parte di tali imprese un rapporto debito/patrimonio ben superiore al limite previsto nel reg. (UE) n. 651/2014, esse erano considerate in difficoltà ai sensi del reg. cit. e, conseguentemente, escluse dall'ambito di applicazione del QT[29].

Se l'estensione dei beneficiari si giustifica in ragione del fatto che, da un lato, gli aiuti di Stato alle micro e piccole imprese sono meno idonei a falsare la concorrenza e, dall'altro, il sostegno alle *start-up* innovative si dimostra essenziale per garantire la ripresa economica dell'Unione, la Commissione sottolinea che le misure previste dal QT integrano, senza sostituirvisi, le possibilità di cui gli Stati membri già dispongono in base alle norme europee esistenti in materia di aiuti di Stato per fornire sostegno alle imprese[30].

---

[25] Questa è stata l'opzione scelta, ad es., dalle autorità irlandesi, che hanno riorientato un regime di sostegno pari 400 milioni di euro approvato nel 2019 dalla Commissione per sostenere le PMI irlandesi in previsione della Brexit.

[26] Cfr. Allegato 3, cit.

[27] Introdotta con la Comunicazione 29 giugno 2020.

[28] La nozione di "imprese in difficoltà" contenuta nel QT corrisponde a quella fornita dall'art. 2 p. 18 del reg. 651/2014.

[29] P. Nicolaides, *Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines*, in *State Aid Blogs*, disponibile *online*.

[30] Il riferimento è da un lato agli Orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione per quanto riguarda le imprese che si trovavano già in difficoltà finanziarie prima della pandemia e, dall'altro, agli aiuti alle PMI (all'interno delle quali rientrano anche le *start-up*) di cui al reg. (UE) n. 651/2014.

Le diverse tipologie di aiuti erogabili alle imprese in forza del QT si fondano principalmente sull'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE, mentre invece quelle specificamente destinate al sostegno di ricerca e sviluppo in materia di Covid-19 sono basate sull'art. 107 par. 3 lett. c) TFUE.

L'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE dispone che «possono considerarsi compatibili con il mercato interno […] gli aiuti destinati a [...] porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», per tale intendendosi – in linea con l'interpretazione restrittiva di disposizioni derogatorie quali quelle contenute ai parr. 2 e 3 dell'art. 107 TFUE[31] – un turbamento che colpisce la totalità o quantomeno una parte importante dell'economia di uno Stato membro e non solo quella di una sua regione o parte del territorio[32]. Inoltre, per essere ritenute compatibili con il diritto europeo, le misure devono essere «necessarie, adeguate e proporzionate»[33].

Il QT[34]individua quindi sette tipologie di misure che possono essere ritenute dalla Commissione compatibili, a certe condizioni, ai sensi dell'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE.

Dette misure sono: *(i)* aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali il cui ammontare non superi 800 mila euro per impresa; *(ii)* aiuti sotto forma di garanzie limitate ad un massimo di sei anni sui prestiti; *(iii)* aiuti sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti; *(iv)* aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; *(v)* ricorso all'assicurazione pubblica del credito all'esportazione a breve termine verso tutti i Paesi – compresi quelli contenuti nell'elenco della Comunicazione del 2012[35] – in relazione ai quali il rischio di credito per scambi commerciali si presume assicurabile sul mercato[36]; *(vi)* misure selettive sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali a favore

---

[31] Cfr. Tribunale dell'UE, *Freistaat Sachsen e Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, 15.12.99, T-132/96 e T-143/96, par. 167; CGUE, *Germania c. Commissione*, 30.9.03, C-301/96, par. 66.

[32] L. Wagner, *Aides d'État: la Commission européenne confrontée au risque systémique*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 1, 2009, pp. 5-9. Dunque, *a fortiori*, la norma è applicabile anche nel caso di turbamento che coinvolga più Stati membri o la totalità del territorio dell'Unione.

[33] QT, cit., par. 19.

[34] Come modificato per mezzo della Comunicazione del 3 aprile 2020, con la quale sono state aggiunte le tipologie *(vi) e (vii)* ed è stata modificata la tipologia *(v)*.

[35] Comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, in *GU* C 392 del 19.12.12, p.1. Al punto 13 della Com. cit. si afferma che, in linea di principio, solo gli assicuratori privati e non gli assicuratori statali sono ammessi ad assicurare rischi assicurabili sul mercato.

[36] Comunicazione della Commissione che modifica l'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, in *GU* C 101 I del 28.3.20, p. 1.

di imprese e lavoratori autonomi particolarmente colpiti dalla pandemia; *(vii)* misure selettive sotto forma di sovvenzioni – il cui importo mensile non superi l'80% della retribuzione mensile lorda per un periodo non superiore a 12 mesi – per il pagamento dei salari dei dipendenti altrimenti destinati al licenziamento.

A queste si aggiunge la possibilità per gli Stati membri di erogare – sempre ai sensi dell'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE – aiuti sotto forma di ricapitalizzazioni a imprese che si trovano in difficoltà a causa della pandemia[37]: la Commissione riconosce che tali interventi sono suscettibili di alterare notevolmente la concorrenza, motivo per cui la loro adozione dev'essere soggetta a condizioni rigorose. Pertanto, l'aiuto deve essere proporzionato, ossia le ricapitalizzazioni Covid-19 non devono «superare il minimo necessario per garantire la redditività del beneficiario», né «andare oltre il ripristino della struttura patrimoniale» anteriore alla pandemia[38]. Inoltre, l'erogazione di strumenti di capitale o di strumenti ibridi è prospettata quale *extrema ratio* cui ricorrere solo in assenza di alternative adeguate.

Le condizioni di accesso alle misure di ricapitalizzazione Covid-19 sono dunque le seguenti: *(a)* senza l'intervento dello Stato il beneficiario fallirebbe o avrebbe gravi difficoltà a mantenere l'attività; *(b)* è nell'interesse comune intervenire (ad es. per evitare difficoltà di ordine sociale o per scongiurare l'uscita dal mercato di un'impresa innovativa); *(c)* il beneficiario non è in grado di reperire finanziamenti sui mercati a condizioni accessibili e le misure orizzontali esistenti nello Stato membro interessato per coprire il fabbisogno di liquidità sono insufficienti per garantirne la redditività; *(d)* il beneficiario non è un'impresa già in difficoltà al 31 dicembre 2019 (salvo nel caso di piccole e micro imprese).

Tali misure devono essere subordinate sia a condizioni chiare per quanto riguarda l'entrata, la remunerazione e l'uscita dello Stato dal capitale delle imprese beneficiarie, sia a disposizioni specifiche in materia di *governance* e a misure atte a limitare le distorsioni della concorrenza[39].

Per quanto concerne le misure di aiuto fondate sull'art. 107 par. 3 lett. c) TFUE, il QT[40] mira ad agevolare le attività di ricerca e sviluppo in materia di Covid-19, nelle quali risultano incluse la produzione sia di infrastrutture di *testing* e *upscaling* per prodotti connessi al Covid-19 sia di prodotti necessari per contrastare la pandemia. Conseguentemente, gli aiuti erogati a questi fini sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili e agevolazioni fiscali sono ritenuti compatibili con il mercato interno in quanto destinati ad «agevolare lo

[37] Tale ulteriore strumento è stato introdotto dalla seconda modifica al QT ad opera della Comunicazione dell'8 maggio 2020.

[38] COM(2020)C 91, cit., parr. 6 e 54. Si noti che la valutazione della proporzionalità dell'aiuto tiene conto degli aiuti di Stato ricevuti o previsti nell'ambito della pandemia di Covid-19.

[39] *Ibid*., parr. 55-85.

[40] Come modificato per mezzo della Comunicazione del 3 aprile 2020, COM(2020) C112 I/01, cit.

sviluppo di talune attività [...] sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»[41].

Dal punto di vista procedurale, il Quadro temporaneo offre delle agevolazioni atte a consentire una rapida approvazione dei progetti di aiuto notificati dagli Stati membri. In particolare, la Commissione instaura con le amministrazioni nazionali contatti di pre-notifica nella fase di predisposizione dei progetti di aiuto e si impegna ad adottare le relative decisioni nel più breve tempo possibile.

Sono però previsti degli obblighi procedurali a carico degli Stati membri, destinati ad agevolare il monitoraggio *ex post* delle misure adottate in ottemperanza al QT da parte della Commissione e dei terzi controinteressati: le autorità nazionali sono tenute a pubblicare le informazioni relative agli aiuti concessi sul proprio apposito sito web e a fornire alla Commissione entro il 31 dicembre 2020 un elenco delle misure poste in essere sulla base dei regimi approvati, oltre a presentare alla Commissione una relazione annuale sull'attuazione del Quadro stesso.

Quanto all'ambito d'applicazione temporale, il QT troverà applicazione fino al 31 dicembre 2020, ad eccezione della disciplina relativa alle ricapitalizzazioni, che si applicherà fino al 1° luglio 2021. Ad ogni modo, la Commissione si riserva di modificare ulteriormente il QT prima del 31 dicembre 2020 sulla base di importanti considerazioni di politica della concorrenza o economiche, nonché di fornire ulteriori chiarimenti su particolari aspetti.

Sebbene il Quadro temporaneo sia lo strumento più rilevante adottato dalle Istituzioni in questo contesto, esso non è – a dire il vero – l'unico: alcune modifiche ad atti di diritto secondario sono apportate dal reg. (UE) 2020/972 della Commissione[42]. Esso innanzitutto dispone una proroga di tre anni del periodo di applicazione dei regolamenti (UE) n. 1407/2013 e 651/2014, in scadenza a fine 2020. Inoltre – e per quanto più rileva in questa sede – il reg. (UE) n. 2020/972 estende l'ambito soggettivo del reg. (UE) n. 651/2014, rendendolo applicabile anche «alle imprese che al 31 dicembre 2019 non erano in difficoltà ma lo sono diventate nel periodo dal 1° gennaio 2020 al 30 giugno 2021»[43].

Parallelamente, una recente Comunicazione della Commissione[44] proroga fino al 31 dicembre 2021 le Comunicazioni adottate nell'ambito dell'iniziativa del 2012 per la "modernizzazione" degli aiuti di Stato, altrimenti in scadenza a fine

[41] Art. 107 par. 3 lett. c) TFUE.

[42] Reg. (UE) 2020/972 della Commissione, del 2.20, *che modifica il regolamento (UE) n. 1407/2013 per quanto riguarda la sua proroga e il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda la sua proroga e gli adeguamenti pertinenti*, in *GU* L 225 del 7.7.20, p. 3.

[43] Art. 2 par. 1 reg. 2020/972, cit. L'art. 1 par. 4 lett. c) reg. 651/2014 escludeva la propria applicazione "*agli aiuti alle imprese in difficoltà, ad eccezione dei regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali*".

[44] COM(2020)C224/02.

2020[45]. Inoltre, derogando alla disciplina generale, essa prevede che gli Orientamenti si applichino fino al 30 giugno 2021 anche alle imprese che al 31 dicembre 2019 non erano in difficoltà, ma lo siano diventate a causa della pandemia.

3. *(segue) I profili giuridici problematici sollevati dal Quadro temporaneo*

La disciplina prevista dal Quadro temporaneo fa emergere una serie di questioni giuridiche problematiche dal punto di vista sia sostanziale che procedurale[46].

Un primo profilo problematico si pone con riferimento all'interpretazione del requisito relativo all'ambito di applicazione soggettiva delle misure di sostegno, laddove la disciplina prescrive che gli aiuti non possono essere concessi a imprese che erano già in difficoltà al 31 dicembre 2019, salvo si tratti di micro o di piccole imprese. In particolare, ci si potrebbe interrogare circa la modalità di applicazione di tale criterio ai gruppi di imprese, nel caso in cui la società controllante – a differenza delle società da essa controllate – non versi in condizioni di difficoltà al 31 dicembre 2019, e viceversa.

Una risposta a questo interrogativo sembrerebbe provenire dalla decisione con cui la Commissione ha approvato una misura concessa dalla Francia per un prestito di 71 milioni di euro a favore del Gruppo Novares ai sensi della sezione 3.2 del QT[47]. Il beneficiario diretto dell'aiuto è Novares Group s.a.s., società capogruppo presso la quale sono accentrate le risorse finanziarie del gruppo. Ebbene, mentre Novares Group s.a.s. risulta in possesso del requisito per ottenere l'aiuto in quanto non in difficoltà al 31 dicembre 2019, lo stesso non si può dire per Novares France, società interamente partecipata dalla prima.

Nell'opinione della Commissione, tuttavia, l'impresa pertinente ai sensi della definizione di "impresa in difficoltà" è la sola controllante, in quanto beneficiaria del prestito versato nella tesoreria centrale e successivamente ripartito tra le varie filiali, a seconda della situazione economica di ciascuna. Con la precisazione che il requisito per cui la filiale non dev'essere in difficoltà al 31 dicembre 2019 non costituisce tanto presupposto in mancanza del quale l'aiuto non può essere autorizzato dalla Commissione, quanto piuttosto condizione necessaria per l'effettivo esborso del prestito, una volta autorizzata la misura di sostegno.

Se quindi l'impresa del gruppo a cui far riferimento è la controllante, ne consegue che nel caso – opposto rispetto a quello appena esaminato – in cui ad essere in difficoltà al 31 dicembre 2019 sia la capogruppo e non le filiali, le misure di aiuto non potranno essere autorizzate.

---

[45] Quanto poi agli Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione, la Comunicazione ne proroga l'applicazione fino al 31 dicembre 2023.

[46] Per un esame completo dei profili giuridici problematici sollevati dal Quadro temporaneo si rinvia a *European State Aid Law Quaterly*, v. XIX, 2, 2020, pp. 111-164.

[47] COM(2020) 3542 final, del 26.5.20, in *GU* C 236 del 17.7.20, p. 2 (SA.57405).

In secondo luogo, il QT introduce regole dettagliate relative al cumulo delle varie misure ivi contenute sia tra loro[48] sia con gli aiuti di cui ai regolamenti (UE) n. 1407/2013 e 651/2014[49], la cui applicazione alle fattispecie concrete ed il relativo monitoraggio possono risultare non sempre agevoli.

In particolare, mentre alcuni Stati membri sono dotati di un apposito Registro nazionale degli aiuti di Stato, in altri il rispetto delle norme relative al cumulo è perseguito tramite autodichiarazione rilasciata dalle stesse imprese beneficiarie. Tra le due soluzioni, la prima garantisce maggiormente dal rischio di indebite sovracompensazioni, evitando conseguentemente onerose procedure di recupero. Infatti, non sempre è agevole per le imprese condurre complesse valutazioni al fine di stabilire se l'ammontare delle varie misure di aiuto da esse percepite superi o meno i limiti consentiti[50].

La soluzione italiana appare combinare le due alternative, in quanto, mentre da un lato si stabiliscono specifici adempimenti relativi alla registrazione di ciascuna misura, dall'altro si prevede che gli enti pubblici che concedono gli aiuti autorizzati sulla base del QT verifichino «anche mediante autocertificazione, che il beneficiario non riceva aiuti di importo complessivamente superiore alle soglie massime consentite»[51].

In aggiunta, la rapidità della procedura per mezzo della quale gli aiuti previsti dal QT sono autorizzati dalla Commissione[52] potrebbe far sorgere gli stessi interrogativi postisi più di un decennio fa in relazione al QT del 2008[53]. Non potendo le tempistiche del procedimento di autorizzazione garantire sempre una valutazione approfondita delle misure di aiuto, il carattere sommario della procedura rischia di riflettersi negativamente sulla disciplina sostanziale degli aiuti di Stato, incidendo altresì sulla posizione dei terzi, concorrenti non beneficiari, i quali vedrebbero peraltro sacrificato il loro ordinario livello di tutela, a causa dell'eccessiva rapidità della procedura.

---

[48] Si prevede, ad es., che gli aiuti di cui alla sez. 3.2 non siano cumulabili con quelli concessi per lo stesso prestito a norma della sez. 3.3. Inoltre, in certi casi il cumulo è permesso soltanto se l'importo complessivo dell'aiuto non supera determinati massimali (cfr. ad es. QT, parr. 24*bis* e 26*bis*).

[49] QT, par. 20.

[50] M. Honoré, *State Aid and COVID-19 – Hot Topics*, in *EStAL*, cit., p. 114.

[51] D.L. 19 maggio 2020 n. 34, art. 61, co. 7 e artt. 63-64, convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77.

[52] I progetti di aiuto notificati dagli Stati membri sono approvati dalla Commissione in 24/48 ore a partire dalla notifica completa dei progetti stessi.

[53] F. Ferraro, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato*, cit., p. 346; P. Werner, M. Maier, *Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *EStAL*, v. VIII, 2, 2009, pp. 177-186.

Da ultimo, il regime previsto dal Quadro temporaneo ha dato adito a critiche in relazione al fatto che in esso la Commissione non stabilisce qual è il massimale di aiuti erogabili da ciascuno Stato membro[54].

In realtà, a ben guardare, questa considerazione mette sullo stesso piano questioni che, invece, si situano su due piani distinti: da un lato, infatti, v'è il dato empirico, consistente nella diversa capacità finanziaria degli Stati membri, che determina necessariamente il diverso grado di sostegno da essi prestato in concreto alle attività economiche. Dall'altro vi sono le possibilità di sostegno giuridicamente ammissibili: la disuguaglianza esistente tra i bilanci degli Stati membri non è un dato da inserire all'interno della valutazione sulla compatibilità o meno degli aiuti di Stato con il mercato interno, esulando la gestione delle variabili macroeconomiche dalla disciplina europea in materia di aiuti di Stato.

Pur non negando quindi che le misure adottate sulla base del QT sono suscettibili di alterare significativamente il libero gioco della concorrenza tra gli Stati membri e che, in una prospettiva di lungo periodo, l'acuirsi delle disuguaglianze comporterà che «some undertakings will, depending on their nationality, receive much more public assistance than their competitors»[55], la soluzione a tale problema prescinde dalla fissazione di un importo massimo di aiuti erogabili, dovendo piuttosto essere ricercata in strumenti compensativi estranei alla disciplina europea degli aiuti di Stato, quali ad esempio il recentemente approvato Piano di ripresa per l'Europa[56].

4. *Considerazioni conclusive*

La disciplina europea in materia di aiuti di Stato prevista dal Trattato è, per sua natura, elastica e flessibile, circostanza questa che consente di adattarne l'applicazione alle diverse contingenze economiche. Essa fornisce alle Istituzioni gli strumenti necessari a bilanciare due contrapposti interessi pubblici: quello alla stabilità economico-finanziaria, da un lato, e quello alla salvaguardia dell'integrità del mercato unico, dall'altro[57].

---

[54] Per il dibattito italiano cfr. A. D'Argenio, *Ue divisa sugli aiuti di Stato. La Germania spaventa il Sud*, in *La Repubblica*, 27.4.20. Per una visione europea cfr. anche B. Groendahl, *EU Urged to Turn Blind Eye to State Aid as Economic Crisis Looms*, in *Bloomberg*, 20.4.20; E. Macron, *'We are at a moment of truth'*, in *Financial Times*, 17.4.20.

[55] J. Buendia Sierra, *State Aid in Time of Cholera*, in *EStAL*, v. XIX, 1,2020, p. 2.

[56] Conclusioni del Consiglio europeo, 17-21 luglio 2020, *sul piano per la ripresa e sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027*, disponibili *online*.

[57] S. Bariatti, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*, in *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, a cura di S. Bariatti, Cedam, Padova, 1998, p. 3.

Durante i periodi di crisi, le deroghe automatiche e discrezionali al principio generale di incompatibilità permettono un'applicazione più blanda della disciplina sugli aiuti di Stato. Il Quadro temporaneo e le altre misure adottate dalle Istituzioni a partire dall'inizio dell'emergenza vanno senz'altro in questa direzione.

Tale maggiore flessibilità è perseguita, come detto, per mezzo di Comunicazioni, strumenti interpretativi delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, di natura non vincolante, cui la Commissione fa ricorso al fine di superare le difficoltà di questo particolare momento storico. L'utilizzo di strumenti di *soft law* ha dunque consentito all'ordinamento europeo, in special modo in situazioni limite come quella originata dall'emergenza Covid-19, di reagire con efficacia e tempestività alla situazione di crisi.

Cionondimeno, è opportuno tenere a mente che la disciplina temporanea si aggiunge agli strumenti di cui gli Stati membri già dispongono in condizioni non emergenziali, senza sostituirvisi, operando quindi non tanto una deroga aperta e generale alla disciplina ordinaria, quanto piuttosto modificandone temporaneamente singoli specifici aspetti.

In questo senso, il riferimento è, ad esempio, alla deroga operata dal QT al principio dell'aiuto *una tantum* – previsto dagli Orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione – per quanto riguarda le misure concesse sulla base dello stesso *ex* art. 107 par. 3 lett. b) e c) TFUE.

Per quanto attiene poi alla disciplina delle ricapitalizzazioni Covid-19, esse possono essere concesse a condizioni meno rigorose rispetto a quelle che si applicano normalmente agli aiuti sotto forma di ricapitalizzazioni di imprese in difficoltà in tempi non di crisi. In particolare, nel QT non si richiede la presentazione di un piano di ristrutturazione come prerequisito per ottenere l'autorizzazione della Commissione, il che costituisce una differenza sostanziale sia rispetto alla prassi pre-Covid che rispetto alla prassi seguita dalla Commissione nel corso della crisi finanziaria del 2008[58].

Ancora, la Comunicazione del 3 aprile 2020 ha, come detto, modificato temporaneamente l'allegato alla Comunicazione del 2012 sull'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, escludendo fino al 31 dicembre 2020 tutti i Paesi dall'elenco dei Paesi "con rischi assicurabili sul mercato", una volta constatata l'insufficiente capacità di assicurazione privata per le esportazioni verso tutti i Paesi, causata dal notevole aumento della domanda di assicurazione riconducibile all'attuale crisi. In virtù di questa modifica gli assicuratori statali possono fornire un'assicurazione per il rischio di credito all'esportazione a breve termine per tutti i Paesi, senza che lo Stato membro interessato debba

[58] C. Rizza *et al.*, *La Commissione europea allenta le regole sugli aiuti di Stato per le ricapitalizzazioni legate al COVID-19*, 12.5.2020, disponibile *online*.

dimostrare che il Paese in questione è temporaneamente "non assicurabile sul mercato"[59] [60].

Sebbene la finalità perseguita dalla Commissione sia quella di arginare l'impatto economico della crisi sanitaria – ripristinando le condizioni concorrenziali esistenti – e la maggior flessibilità garantita dal QT sia in linea con tale obiettivo, le Comunicazioni non mancano di tener conto della "ortodossia tecnicistica" propria della disciplina europea degli aiuti di Stato. Quest'ultima è, infatti, volta ad evitare un uso distorto, quando non abusivo, della flessibilità prevista dal QT, ragion per cui, *inter alia*, la disciplina si autodefinisce temporanea e le imprese già in difficoltà al 31 dicembre 2019 restano escluse dal suo ambito di applicazione.

Se è indubbio che l'intento della Commissione è quello di evitare per quanto possibile gli abusi, non appare tuttavia possibile affermare con pari convinzione che essa miri al contempo ad escludere l'erogazione degli aiuti da parte degli Stati membri.

Dall'analisi finora condotta emerge infatti come il sostegno statale alle attività economiche non sia tanto volto ad avvantaggiare un settore a scapito di altri, quanto piuttosto a rimediare alle conseguenze – di portata europea – di un comune problema di natura sanitaria, ripristinando il *level playing field* economico gravemente compromesso in tutti gli Stati membri.

Conseguentemente, la logica d'eccezionalità sanitaria sottesa al QT non sembra perfettamente sovrapponibile a quella del TFUE essendo quest'ultima volta, come noto, ad un severo controllo delle misure di sostegno pubblico a settori economici altrimenti destinati a soccombere, a salvaguardia dell'integrità del mercato unico.

Difettando le misure concesse in base al QT del carattere selettivo e discriminatorio che di norma contraddistingue gli aiuti pubblici alle imprese, ci si potrebbe a questo punto interrogare sull'effettiva assimilabilità dal punto di vista sostanziale – e non soltanto formale – delle misure concesse in forza del QT agli aiuti di Stato come definiti dal Trattato.

A conferma del fatto che l'esigenza, che traspare dal TFUE, di operare un severo controllo sull'erogazione degli aiuti pubblici alle attività economiche

---

[59] Cfr. Comunicato stampa della Commissione, *Aiuti di Stato: la Commissione modifica la comunicazione sull'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine alla luce dell'impatto economico della pandemia di coronavirus*, 27.3.20, disponibile *online*.

[60] Ulteriori deroghe alla disciplina generale degli aiuti di Stato sono state introdotte dalle legislazioni nazionali: ad es., l'art. 53 del decr. "Rilancio", cit. prevede – in deroga al c.d. principio "Deggendorf"– che il divieto di concessione di aiuti di Stato a imprese beneficiarie di aiuti di Stato illegali non rimborsati non si applichi agli aiuti concessi sulla base del QT. Per un commento a tale previsione cfr. A. Ciprandi, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, in *I Post di AISDUE*, 2, 2020, disponibile *online*.

non si rinviene con la medesima intensità nel QT, è opportuno soffermarsi brevemente sull'esame condotto dalla Commissione al fine di autorizzare i progetti notificati dagli Stati membri in forza del QT stesso.

Nonostante la base giuridica su cui le misure adottate in virtù del Quadro si fondano sia la deroga discrezionale di cui all'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE, la Commissione anticipa, con strumenti "quasi normativi", un giudizio di compatibilità che dovrebbe significativamente ridurre l'intensità dei controlli e il carico di lavoro della Commissione. Presumibilmente infatti la Commissione si limiterà a verificare la sussistenza delle condizioni previste dalle Comunicazioni e ad autorizzare le misure di aiuto, salvo casi speciali, quali a esempio quelli relativi alle misure a favore di gruppi di imprese e salvo che i progetti notificati si discostino in larga parte dalle previsioni del QT.

In definitiva, quindi, la valutazione dell'Istituzione appare più simile a quella che di norma conduce all'approvazione di misure fondate sulla deroga automatica di cui all'art. 107 par. 2 lett. b) TFUE o sul reg. (UE) n. 651/2014.

Per quanto riguarda poi, in generale, la risposta delle Istituzioni, essa è simile a quella adottata nel 2008 per far fronte alla crisi finanziaria quanto agli strumenti utilizzati e alla loro flessibilità, nonché alle loro modalità applicative, caratterizzandosi però per una ancor maggiore rapidità[61].

Tuttavia, è opportuno tener presente che, sebbene la crisi economica del 2008 e l'emergenza Covid-19 siano accomunate dal carattere imprevedibile degli eventi eccezionali, l'origine di questi ultimi è diversa, nel primo caso trattandosi di una crisi finanziaria con riflessi sull'economia reale e, nel secondo, di un'emergenza sanitaria con pesanti ripercussioni economiche. Da ciò segue anche una parziale diversità di rimedi adottati, nella misura in cui la crisi del 2008 ha richiesto significativi interventi a sostegno degli enti creditizi, oltre che dell'economia reale.

Quanto alla situazione attuale invece la Commissione – rammentata la centralità del ruolo svolto dalle banche e dagli altri intermediari finanziari nel far fronte agli effetti della pandemia – precisa da un lato che gli aiuti concessi alle imprese in virtù dell'art. 107 par. 3 lett. b) TFUE ed erogati per il tramite delle banche «non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità delle banche» in quanto diretti alle imprese; dall'altro, che neanche gli aiuti concessi alle banche *ex* art. 107 par. 2 lett. b) TFUE sono volti a preservarne o ripristinarne la liquidità, costituendo piuttosto misure tese ad eliminare l'impatto avverso dell'evento eccezionale[62].

Ad ogni modo, il portato più rilevante del QT del 2008 è stato probabilmente quello di aver innescato una successiva riforma dell'intera disciplina

[61] M. Debroux, *State aid & COVID-19: A swift response to a massive challenge*, 16.4.20, *e-Competitions State aid & Covid-19*, disponibile *online*.

[62] QT, cit., parr. 5-6 e parr. 28-31.

europea in materia di aiuti di Stato, culminata nella c.d. "modernizzazione", che ha portato, oltre alla revisione e all'aggiornamento degli Orientamenti della Commissione negli specifici settori, anche all'adozione del reg. (UE) n. 651/2014, sancendo così una preferenza per il controllo *ex ante* esercitato dagli Stati membri sulle misure di aiuto che essi intendono adottare rispetto al controllo *ex post* sugli aiuti concessi in violazione del TFUE[63].

Dal canto suo, anche la risposta all'emergenza Covid-19 si pone sulla scia da ultimo richiamata: l'esercizio della discrezionalità da parte della Commissione è infatti anticipato, mediante la pubblicizzazione di criteri generali di valutazione, ad un momento cronologicamente precedente a quello della decisione individuale sulla compatibilità degli aiuti, la quale si presume favorevole in presenza delle condizioni delineate dal Quadro temporaneo.

Alla luce di queste premesse è auspicabile che la flessibilità – raggiunta per mezzo della valorizzazione di obiettivi quali la tutela della salute e dell'occupazione – sviluppata dalle Istituzioni nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato costituisca un precedente di cui la Commissione potrà servirsi in una prospettiva futura di riforma a lungo termine, a partire da iniziative quali la nuova strategia industriale per un'Europa competitiva a livello mondiale, verde e digitale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Aa.Vv., *Focus: Covid-19 and State Aid*, in *European State Aid Law Quaterly*, v. XIX, 2, 2020, pp. 111-164.

Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffré, Milano, 2019[4].

Ferraro F., *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2010, pp. 335-356.

Pisapia A., *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Cedam, Padova, 2013.

[63] L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., p. 360.

IL D.P.C.M. COME INEDITO STRUMENTO DI GESTIONE STATALE DELL'EMERGENZA DA COVID-19

ANTONIO MITROTTI*

1. *Note sul basilare principio di legalità dell'azione amministrativa*

«*Il principio di legalità evoca l'araba fenice, la quale, secondo il famoso verso di Metastasio, che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*»[1]. Né si potrebbe mai, d'altro canto, escludere l'esistenza teorica di un "principio di legalità" nell'esercizio del potere.

Atteso che la Carta repubblicana costituisce, in sé, proprio la solenne fonte di 'razionalizzazione' della sovranità popolare: determinando quel fondamentale passaggio istituzionale da un potere (politico) fattuale ad un potere (politico) costituzionale[2].

Per dirla con Enzo Cheli, la Costituzione rappresenta per le forze politiche «*lo strumento giuridico fondamentale attraverso cui risulta possibile perseguire gli innumerevoli, concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema*»[3] politico italiano.

Il che vuol dire, tradotto in altri termini, che il potere sotteso ai così detti "atti politici" è, sì, libero nel fine, ma, nella misura in cui «*la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti*»[4]. In questo senso può serenamente dirsi che in tanto un atto politico è 'insindacabile'

---

* Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università di Teramo.

[1] G. Morbidelli, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2017, p. 263.

[2] Sul punto si rimanda a quanto diffusamente ricostruito in P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951; T. E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997.

[3] E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 108.

[4] E. Cheli, *Atto politico*, cit., p. 108.

in quanto il potere politico che ne è concretamente alla base si eserciti, sempre, nel rispetto e nei limiti fissati dalla Costituzione.

Diversamente non ci si troverebbe dinanzi ad un potere politico 'costituito', bensì di fronte ad un potere pericolosamente posto in essere al di fuori delle fondamentali regole costituzionali: in quanto, cioè, espressione di un atto viziato da eccesso costituzionale di potere e/o da violazione di legge costituzionale, perciò meritevole di essere 'annullato' dalla Corte costituzionale. In tal senso, appare piuttosto evidente come dalla solenne Carta repubblicana del 1948 discenda fermamente l'esistenza di un fondamentale "principio di legalità costituzionale" per l'esercizio del potere politico[5]. Tant'è che se il potere politico fosse illegittimamente posto in essere in un determinato atto, quest'ultimo non potrebbe che esporsi sotto la scure di un 'annullamento' giurisdizionale dinanzi alla Corte costituzionale. Il che nelle forme di cui all'articolo 134 Cost.: ossia tanto *sub specie* di giudizio di legittimità delle leggi (ossia gli "atti politici per antonomasia") e degli atti aventi forza di legge, quanto (per gli atti politici non legislativi) attraverso lo strumento, di *extrema ratio*, del conflitto di attribuzione tra poteri.

Ebbene, quanto fin qui sommariamente esposto attiene al "al principio di legalità costituzionale" dell'azione politica: ma il principio di legalità *tout court*, oltre tutto, non si impone solo al "potere politico" (su di un piano che è quello di "legalità costituzionale"), bensì (e per conseguenza, diretta, del 'principio di legalità' dell'azione politica) anche al "potere pubblico" esercitato quotidianamente dalle Amministrazioni, statali e non statali.

«*Secondo il principio di legalità, l'attività amministrativa deve trovare una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati dalla legge e solo nei modi da essa prescritti. La funzione principale del principio di legalità è di tutela dei cittadini: il Parlamento, attraverso la legge, garantisce questi ultimi, difendendoli* [da ogni arbitrio adottabile] *dalla pubblica amministrazione.* […] *Il principio così affermato ha le sue radici nella regola di origine romanistica e poi canonica "quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*»[6].

Il che va letto nell'ottica del funzionamento del «*circuito democratico: a) elezione popolare del Parlamento; b) approvazione parlamentare delle leggi; c)* [attuazione ed] *esecuzione amministrativa delle stesse*»[7] leggi. Calati in questa prospettiva il principio

[5] Sul concetto di una rottura della legalità costituzionale in relazione ad ogni atto politico posto in essere in elusione dell'art. 139 Cost. si legga L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1998, p. 159.

[6] S. Cassese, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. Cassese (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10.

[7] A. Mitrotti, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, in P. Caretti - M. Morisi (*a cura di*), *La valutazione delle politiche pubbliche in prospettiva comparata*, Ufficio delle informazioni parlamentari, dell'archivio e delle pubblicazioni del Senato, Roma, 2018, p. 408.

di legalità assume sia una funzione di garanzia del cittadino rispetto a possibili arbitri delle P.A., che nondimeno una funzione «*di indirizzo dell'amministrazione*»[8].

A tutto ciò va ad aggiungersi l'ulteriore tassello scaturente dal fatto che la Consulta accanto al principio di legalità (inteso in un senso) "formale" «*riconosce anche un principio di legalità detto sostanziale*»[9].

La «*Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*»[10].

In estrema sintesi dalla Carta repubblicana promana energicamente l'esistenza del necessario rispetto da parte degli attori politici del 'principio di legalità costituzionale' (*ex art.* 1, 134 e 139 Cost.). Tanto più nelle situazioni di emergenza per la Repubblica italiana.

Laddove l'assenza di una generale disciplina costituzionale sullo "stato d'emergenza" andrebbe sempre combinatamente letta insieme al "sacro dovere" di difesa della Patria, all'obbligo di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la "Costituzione e le leggi" ed al, pregnante, dovere delle cariche elettive di adempiere "con disciplina ed onore" alle funzioni pubbliche: così da realizzare (al netto di ogni umana, e pur comprensibile, difficoltà emotiva e tecnica) il migliore e virtuoso utilizzo (possibile) degli istituti appositamente disciplinati in Costituzione per poter affrontare le 'emergenze repubblicane'.

Per queste vie si dirama la strada su cui si assicurerebbe la garanzia che il perseguimento delle finalità politiche proprie delle maggioranze di Governo si realizzi sempre - ed a maggior ragione nei contesti di emergenza - all'interno di quello «*schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti*»[11].

---

[8] S. Cassese, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. Cassese (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10.

[9] S. Cassese, *Dal principio di legalità*, cit., p. 11.

[10] C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, par. 4 del Considerato in diritto.

[11] E. Cheli, *Atto politico*, cit., p. 108.

2. *Sulla gestione dell'emergenza epidemiologica e sull'inedito utilizzo statale dei D.P.C.M.*

In relazione al rispetto del principio di legalità nell'ordinamento repubblicano non si può affatto evitare di osservare come la gestione dell'emergenza epidemiologica si sia caratterizzata per due palesi elusioni della legalità a base dell'ordinamento costituzionale.

Da un lato è da segnalare la mancata scelta del Governo statale di ricorrere all'istituto della «clausola» dei 'poteri sostitutivi' *ex art.* 120 Cost. Dall'altro lato non si può sottacere l'utilizzo del Governo piuttosto 'leggero' nel ricorso ai provvedimenti con forza di legge (*ex articolo* 77 Cost.)[12].

Una 'leggerezza' palpabile nella misura in cui si è trattato di Decreti Legge menomati dall'evidenza (si veda, in particolare, l'art. 2 del D.L. 6/2020) di essere stati posti «oggettivamente» in essere più per conferire una copertura squisitamente formale della legalità a monte dei provvedimenti amministrativi adottati (a valle) per la concreta gestione dell'emergenza: piuttosto che in ragione del congiunto ed affatto inscindibile rispetto della legalità in senso sostanziale dell'azione amministrativa.

Senza preoccuparsi, dunque, della basilare garanzia del principio di "legalità sostanziale".

Eppure se rileggessimo tanto l'art. 1 del Decreto Legge del 23 febbraio 2020, quanto l'art. 2 dello stesso Decreto Legge (che recitava che «*Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*») non sarebbe malizioso dubitare della loro legittimità costituzionale sotto il profilo del mancato rispetto del principio di legalità sostanziale.

«*Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi), l'art. 2 del d.l. n. 6* [2020] *dovrebbe considerarsi incostituzionale e* [anche] *illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti*»[13].

Per altro, non è escluso che i Decreti Legge emanati per la gestione dell'emergenza da Covid abbiano sotteso pure una violazione dell'essenziale "principio di legalità costituzionale" dell'azione politica.

Atteso che il presupposto costituzionale di emanazione dei provvedimenti governativi con forza di legge - ossia la concreta disciplina di un caso 'straordinario' di "necessità ed urgenza" - non ha costituito «*la proiezione normativa*

[12] Per la gestione dell'emergenza da Covid-19 sono tre i Decreti Legge da segnalare quali «*fonti sulla produzione normativa*»: il primo è stato il D. L. 23 febbraio 2020, n. 6; il secondo è quello del 25 marzo 2020, n. 19; il terzo Decreto Legge è quello del 16 maggio 2020, n. 33.

[13] M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 3.

della fattuale eccezionalità del momento»[14], nella misura in cui la vera ed effettiva regolazione del caso straordinario di necessità ed urgenza prodotto dall'emergenza del Covid è stata dai provvedimenti del Governo con valore di legge 'demandata' a misure ripetutamente adottate con Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (si legga l'art. 3 del, primo, Decreto Legge del 23 febbraio 2020).

«*Non è certo questa la sede più idonea per ripetere ciò che insegniamo agli studenti del primo o del secondo anno, ma il decreto legge nasce per operare al posto di una legge formale del Parlamento, perché i tempi dettati da "casi straordinari di necessità ed urgenza" non si accordano con i tempi delle Camere, alle quali, collettivamente, spetta l'esercizio della funzione legislativa ex art. 70 Cost.*»[15].

E se si leggesse ciò alla luce della circostanza che «*per un verso il d. l. che delega l'attribuzione di poteri dal Governo a soggetti terzi (e lo è anche il Presidente del Consiglio!) perde la parte più importante della sua natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che intende ottenere, essendo quelli differiti all'adozione di questo o quel d.P.C.M.* […] *Per altro verso, e sul fronte opposto, i numerosi dd.PP.CC.MM. non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di portata tanto generale, quanto astratta* [sotto il richiamato profilo della legalità sostanziale]»[16] allora sembrerebbe pressoché palese una "surrettizia" ed inquietante distorsione del "principio di legalità costituzionale" da parte dell'azione politica del Governo.

Un meccanismo (costituzionalmente perverso) per cui le effettive misure della gestione dell'emergenza sanitaria, ossia i ripetuti D.P.C.M., hanno finito per fuoriuscire tanto dal circuito democratico di un 'controllo politico' (inverabile nella sede parlamentare di conversione dei Decreti Legge) quanto, nondimeno, da quel solenne luogo in cui viene costituzionalmente giudicata la legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, corrispondente al sindacato della Corte costituzionale (*ex art.* 134 Cost.); senza, oltre tutto, trascurare che ai sensi dell'art. 87 della Costituzione i D.P.C.M. "sfuggono" pure alla emanazione ed al controllo del Presidente della Repubblica.

«*L'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini*»[17].

---

[14] M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 10.

[15] L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

[16] L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge», cit., pp. 15-16.

[17] G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 369.

Molto difficile non scorgere un *vulnus* al "principio di legalità costituzionale" dell'azione politica: il Governo infatti in casi straordinari di necessità ed urgenza adotta sotto la propria responsabilità politica "provvedimenti provvisori con forza di legge" (corredati delle garanzie costituzionalmente previste) e non, certamente, provvedimenti di 'delega' (specie se "in bianco") conferenti a soggetti terzi (oltretutto ad un organo monocratico, come il Presidente del Consiglio) poteri, imprecisati, d'emanazione di atti funzionalmente 'surroganti' la *ratio* ed il ruolo degli stessi Decreti Legge.

«*L'impressione, infatti, è che la decretazione d'urgenza fin qui adottata abbia dato vita ad un vero e proprio "microsistema delle fonti", rispondente a dinamiche e logiche proprie, in cui i decreti-legge non si limitano ad essere le fonti di produzione contenenti misure per affrontare l'emergenza, ma vere e proprie fonti sulla produzione di altri atti giuridici di varia* [ed assai incerta] *natura attraverso cui affrontare l'emergenza*»[18].

Il tutto non può non leggersi nell'ottica di una innaturale torsione dell'istituto del Decreto Legge. Una torsione aggravata dal fatto di non arrestarsi sul mero piano 'formale' delle fonti dell'ordinamento ma, anzi, capace di produrre una significativa incidenza, 'sostanziale', sotto il profilo delle limitazioni ai diritti fondamentali.

Fra l'altro, il massiccio utilizzo dei D.P.C.M. nella gestione della emergenza epidemiologica da Covid segnerebbe addirittura un'ulteriore anomalia nel "sistema delle fonti".

Un'anomalia, questa volta, ad un livello di normazione primaria se si considera che con «*l'approvazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e poi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 si è venuto a creare un sistema di disciplina dell'emergenza inedito* [e 'sovrapposto'] *rispetto a quello originariamente configurato dal D. Lgs. 1/2018 e derogatorio di quest'ultimo*»[19].

In tal senso è manifesto che se ci si fosse attenuti al regime del 'Codice della Protezione Civile' il Presidente del Consiglio - in base ad una combinata lettura degli articoli del D. Lgs. 1/2018 - avrebbe potuto (*rectius* dovuto) emanare (*ratione materiae*) delle ordinanze - per il coordinamento, la gestione ed il superamento della "situazione emergenziale" - e giammai dei D.P.C.M.

Né può dirsi del tutto convincente la pur autorevole opinione di chi ha ricondotto la natura dei D.P.C.M. a quella delle ordinanze[20].

---

[18] G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 356-357.

[19] A. Conzutti - S. Faggionato - I. Malaroda, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 1-2-3/2020, p. 20. Sulla mancata aderenza rispetto al modello di cui al D. Lgs. 1/2018 si rinvia altresì a G. P. Dolso, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbientteDiritto.it*, 1, 2020.

[20] M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 10 ss.; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 537 ss.

Interpretazione non persuasiva, se non altro, sulla base di una - oggettiva - esegesi ermeneutica di natura letterale e sistematica del testo del D. Lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1[21].

L'art. 5, comma 1, del D. Lgs. 1/2018 prescrive, infatti, che:« *Il Presidente del Consiglio dei ministri* [...] *detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24* [ossia con deliberazione di dichiarazione dello stato di emergenza]*, per il tramite del Capo del Dipartimento dalla protezione civile* […]».

Ebbene, nel caso di specie la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ha disposto al punto 2 che:«*Per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile* […]».

Appare piuttosto difficile forzare il senso della 'chiara lettera' del combinato disposto tra l'art. 5, c. 1, del D. Lgs. 1/2018 ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020: sicché se il Presidente del Consiglio avesse voluto emanare delle ordinanze[22] avrebbe potuto (e dovuto) farlo per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile e non nella 'forma' di D.P.C.M. Salvo esporsi a vizi di legittimità (*ex art.* 21 *septies* della L. 241/1990) per violazione di legge (di cui all'art. 5 del D. Lgs. 1/2018), incompetenza e - in ogni caso - per "eccesso di potere" promanante dall'elusione del "principio di affidamento" nei cittadini, collegato a palesi condotte incoerenti della P.A. nel sensibile esercizio di poteri ablatori fortemente incidenti sulle situazioni giuridiche dei consociati.

«*Il Codice* [di protezione civile] *insomma, per quanto "nuovo", alla prova dell'emergenza Coronavirus è stato di fatto accantonato*»[23]: con una gestione dell'emergenza basata su tre Decreti Legge[24] «*sulla produzione normativa*»[25] (connotati da un elevato tasso di dubbia determinatezza del potere 'conferito' alle "Autorità competenti") e molti D.P.C.M. estrinsecamente marcati per un'oggettiva natura giuridica incerta e comunque assai difficilmente riconducibile a quella delle "ordinanze di protezione civile".

---

[21] Nel senso della netta esclusione circa la riconducibilità dei D.P.C.M. al *genus* delle ordinanze si rimanda alle ricostruzioni in S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, p. 190 ss.

[22] Ad escludere che i decreti monocratici adottati nella gestione emergenziale siano qualificabili come delle "ordinanze *extra ordinem*" si legga L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 497 ss.

[23] G. Razzano, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020, p. 8.

[24] Il riferimento è ai Decreti Legge nn. 6, 19 e 33 del 2020.

[25] U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

Il punto è che se da un'interpretazione letterale, logica e sistematica tra l'art. 5, c. 1, del D. Lgs. 1/2018, da un lato, ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, dall'altro lato, sarebbe azzardato considerare l'equivalenza tra D.P.C.M. ed 'ordinanze di protezione civile' occorrerebbe, allora, iniziare ad interrogarsi piuttosto seriamente sulla 'precisa natura' di questi (inediti) strumenti di gestione dell'emergenza.

Il che lungi dal porsi come esercizio accademico. Tant'è che inquadrare la natura giuridica dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione dell'emergenza epidemiologica è utile in relazione al profilo della loro sindacabilità giurisdizionale. Ponendosi nell'ottica di un'indispensabile verifica dell'effettiva garanzia costituzionale della tutela delle posizioni giuridiche soggettive oggetto d'incisione da parte del potere pubblico esercitato nella gestione della sopravvenuta emergenza epidemiologica.

Un barlume orientativo nell'alveo dell'incerta natura giuridica dei D.P.C.M. è, senz'altro, rinvenibile tra le pieghe argomentative della sentenza del T.A.R. Calabria del 9 maggio 2020, n. 841. Si tratta di una pronuncia in cui il Giudice Amministrativo ha puntualizzato che il D.P.C.M. del 26 aprile 2020 «*non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale*»[26].

Del resto, ad un'attenta analisi, sarebbe difficile sostenere che i D.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza da Covid siano riconducibili a dei 'decreti regolamentari'.

Il che può argomentarsi risalendo dall'insegnamento della giurisprudenza amministrativa sui 'criteri' d'identificazione della "natura normativa" (*rectius* regolamentare) di un decreto.

La giurisprudenza amministrativa prende congiuntamente in considerazione due criteri per la verifica inerente alla natura regolamentare di un decreto ministeriale, ossia: a) il criterio formale; b) il criterio sostanziale.

In generale:« *il criterio formale consiste nella qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa. La qualificazione può avvenire secondo una duplice modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso. La prima modalità è imposta per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400*»[27].

Sicché il criterio formale attiene all'*iter* di formazione del decreto, considerato rispetto alla disciplina fissata dall'articolo 17, comma 3 e 4, della Legge del 23 agosto 1988, n. 400.

Laddove, pertanto, assume rilievo l'elemento secondo cui i decreti possono dirsi regolamentari nella misura in cui essi:« *devono recare la denominazione di "regolamento",* [e] *sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed*

[26] T.A.R. Calabria, Sez. I, sen. 9 maggio 2020, n. 841, par. 19 del Fatto e Diritto.

[27] Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

alla registrazione della Corte dei Conti e sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale»[28]. In tal senso è incontrovertibile che i D.P.C.M. emanati per la gestione dell'emergenza da Covid «*non sono stati adottati nelle forme dell'art. 17, l. n. 400 del 1988, solo genericamente richiamata nell'incipit del preambolo:* [tutti i D.P.C.M. infatti] *non recano la denominazione di regolamento e non sono stati adottati previo parere del Consiglio di Stato*»[29].

Eppure nonostante la palese assenza del richiamato criterio formale non si può (e non si deve) ignorare il fatto che le «*prescrizioni formali e procedimentali, essendo poste con una legge ordinaria, possono essere modificate da una legge successiva che potrebbe, pertanto, prevedere anche atti normativi "atipici" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che sembra richiedere che la legge debba indicare espressamente la deroga eventuale al modello procedimentale disciplinato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988). L'"atipicità", è bene puntualizzare, va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti*»[30].

Né pare che i D.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza epidemiologica siano riconducibili alla residuale categoria degli atti normativi "atipici", nel senso sopra delineato. Ma pure a voler ritenere comunque soddisfatto il "criterio formale" della, improbabile, natura regolamentare dei D.P.C.M. (per via di una potenziale "atipicità formale") non si può, invero, mai prescindere dal valutare la sussistenza del "criterio sostanziale" degli atti normativi, quale criterio non affatto alternativo, bensì - si badi - di carattere cumulativo rispetto al requisito formale.

Ebbene, sempre la consolidata giurisprudenza amministrativa riconosce che «*il criterio sostanziale valorizza la natura intrinseca dell'atto che, per essere normativo, deve avere i seguenti caratteri: i) generalità, intesa quale indeterminabilità a priori ed a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza; ii) astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; iii) innovatività, intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento*»[31].

Dal che non viene difficile dubitare che i D.P.C.M. fin qui adottati si connotino per una carenza del carattere dell'astrattezza: intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità dell'atto normativo rispetto ad ogni potenziale fattispecie sottendibile al suo regime.

Appare evidente come la ripetibilità ed applicabilità di molti dei D.P.C.M. intervenuti sul *Coronavirus* si siano esauriti dopo, solo, pochi giorni dalla loro adozione. Senza fra l'altro considerare che accanto ad una lacuna dell'elemento dell'"astrattezza" in diversi casi i D.P.C.M. (si pensi a quello sul 'lavoro agile' od a quello relativo alle 'competizioni sportive') si sono caratterizzati per una 'generalità

[28] Art. 17, comma 4, della Legge 23 agosto 1988, n. 400.

[29] L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge*, cit., p. 496.

[30] Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

[31] Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

parziale', in quanto cioè limitata sotto il profilo di un'indeterminabilità a priori (*ex ante*) ma non anche (*ex post*) a posteriori: attesa la loro oggettiva 'funzionalizzazione' alla cura di un interesse pubblico inverabile nella realizzazione di un 'obiettivo concreto e determinato', ossia di un obiettivo strutturalmente esauribile.

Tutto ciò non può non essere combinatamente letto alla luce della fondamentale considerazione per cui secondo la giurisprudenza amministrativa «*nella definizione della relazione tra i due criteri esposti* [formale e sostanziale]*, deve rilevarsi come quello sostanziale rivesta una posizione di preminenza, in quanto se si assegnasse al criterio formale valenza autosufficiente ai fini della qualificazione giuridica dell'atto, il rischio* […] *sarebbe quello di una possibile elusione delle modalità e competenze, anche costituzionali, che devono essere rispettate nell'adozione dei singoli atti. Nondimeno, il criterio formale assume rilevanza ai fini di interpretazione dei provvedimenti da qualificare e, in particolare, di quelli che presentano un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto*»[32].

Il che si impone soprattutto nella (non semplice) demarcazione del confine tra atti normativi, da un lato, ed atti amministrativi non regolamentari (ossia privi del carattere di normatività), dall'altro: e specialmente allorché si tratti degli 'atti amministrativi generali'.

«*L'atto amministrativo generale, rispetto a quello normativo, si caratterizza* [infatti] *per la* [duplice] *circostanza che* [da un lato] *i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma certamente determinabili a posteriori (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9)*»[33] e, dall'altro lato, per l'intima natura di rinvenire la propria *ratio existendi* (più che nella disciplina di fattispecie astratte ed indefinite nella loro ripetibilità) nella puntuale funzione (amministrativa) di «*regolare specifici procedimenti amministrativi. Ulteriore considerazione che non può essere trascurata è che nei casi in cui l'Amministrazione esercita il pubblico potere conferitole dalla legge mediante l'utilizzo di atti amministrativi generali, questi si inseriscono in (anzi di norma avviano) una sequenza procedimentale che si conclude con dei provvedimenti amministrativi espressi. Si pensi alla relazione esistente tra bando di gara ed aggiudicazione all'operatore economico od a quella tra bando di concorso e graduatoria finale dei candidati vincitori*»[34].

Non si ignora che il *discrimen* tra decreto regolamentare ed atto amministrativo generale possa risultare, talvolta, incerto. Tuttavia all'interprete soccorre una regola di massima fondata sull'apprezzamento sostanziale dei caratteri di generalità, innovatività ed astrattezza, quali dati qualificanti l'atto normativo, laddove, in particolare, nell'ambito del, talora, sottile 'confine' tra 'atto normativo' ed 'atto amministrativo generale' viene utilizzato il dirimente criterio della indeterminabilità dei destinatari dell'atto, finendo cioè per assumere rilevanza 'cruciale' il punto che: «*è atto normativo quello i cui destinatari sono*

[32] Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

[33] Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

[34] TAR Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 20 luglio 2020, n. 8389.

indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità ed astrattezza); mentre è atto amministrativo generale quello i cui destinatari sono indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori, atteso che l'atto in questione è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, una caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»[35].

Pertanto, in estrema sintesi, la tesi di una 'natura regolamentare' dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione statale dell'emergenza epidemiologica rischia di non reggere affatto: sia sotto il profilo del "criterio formale" di un atto normativo che, soprattutto, sul dirimente piano del "criterio sostanziale" della natura normativa (*rectius* regolamentare) di un decreto.

D'altronde non può sottacersi un'autorevole e calzante osservazione maturata in dottrina in relazione agli "atti amministrativi generali".

«*Tra il regolare e il provvedere esiste una tensione, determinata dalla differente disciplina che risulta appropriata per l'uno e per l'altro genere di prescrizioni. L'atto generale è un contenitore in cui possono coesistere, anche simultaneamente, contenuti strutturalmente assai diversi tra loro*»[36].

Sicché l'atto amministrativo generale assume la peculiarità di porsi in una posizione 'intermedia' tra l'atto normativo ed il (classico) provvedimento amministrativo: nella misura in cui l'atto amministrativo generale assume rispetto all'"atto normativo" un carattere 'concreto', mentre a differenza del 'tipico' provvedimento amministrativo non regola una singolare situazione, bensì la contestualità di situazioni molteplici, sulle quali l'atto generale è 'legalmente' finalizzato ad incidere per la cura di un interesse pubblico inverabile nella realizzazione di un obiettivo amministrativo ad 'ampio respiro', per quanto, in ogni caso, 'strutturalmente' (e temporalmente) esauribile.

«*Nello specifico, infatti, a differenza dei regolamenti amministrativi, che si caratterizzano per il concorso dei caratteri dell'astrattezza, della generalità e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, gli atti amministrativi generali, pur considerabili quali lex specialis in riferimento ad un determinato evento giuridico, sono destinati a produrre il loro effetto solo con riferimento a tale evento e per il periodo della sua durata. Da ciò ne deriva, quindi, che gli atti amministrativi generali possano collocarsi in una posizione intermedia tra il provvedimento amministrativo e il regolamento e debbano distinguersi dagli atti plurimi e collettivi che, pur essendo plurisoggettivi, si rivolgono in realtà singolarmente a ciascun destinatario dell'atto*»[37].

Il che sembra non solo atteggiarsi come la via teorica per fugare ogni incertezza normativa inverata sull'adozione degli inediti D.P.C.M. nella gestione dell'emergenza ma (quale sensata spiegazione delle scelte di 'politica legislativa'

[35] Cons. St., Sez. Terza, ord. 11 dicembre 2019, n. 8435, punto 27.4.

[36] M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2013, p. 84.

[37] A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 570.

del Governo) consentirebbe, senz'altro, di allineare i D.P.C.M. nel quadro dei 'consolidati' studi del diritto pubblico italiano. Infatti, l'inquadramento dogmatico dei D.P.C.M. sul Covid come atti amministrativi generali[38] ben si inserirebbe teoricamente, senza strappi, nel contesto dei pregressi studi pubblicistici sia sotto il profilo del celebre fenomeno della "fuga dal regolamento", che, oltre tutto, sul piano di una 'parallela' fuga (del Governo) dalle accese critiche mosse avverso l'utilizzo di ordinanze *extra ordinem*.

In tal senso verrebbe a spiegarsi il perché il Governo abbia "privilegiato" gestire l'emergenza attraverso lo strumento del D.P.C.M.: attesa la sua - senz'altro migliore - 'agilità' (di regolazione) tanto rispetto al modello disciplinato *ex articolo* 17 della Legge 400/1988 che rispetto alle più solenni forme di disciplina contemplate dall'art. 77 Cost.

La qual cosa se letta in luce delle coordinate di garanzia per le posizioni soggettive incise dall'esercizio del potere rischia di 'svelarsi' come 'perversa'.

Il che se solo ci si fermasse a considerare attentamente lo specifico regime d'impugnabilità dei più volte citati D.P.C.M. di gestione dell'emergenza.

È senz'altro noto a tutti che «*l'impugnabilità rileva sotto il profilo dell'interesse a ricorrere ed allora è impugnabile il provvedimento amministrativo che decide in ordine all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è attributaria e produce effetti nei confronti dei destinatari dell'atto e dei terzi, per cui il provvedimento deve essere efficace, non potendo il ricorrente chiedere l'annullamento di un atto inefficace (perché, per esempio, non è ancora intervenuto il controllo o l'evento cui è subordinata l'efficacia)* [e] *che non lede in maniera attuale l'interesse sostanziale.* [Al contempo è] *consentita l'impugnativa anche di atti non aventi natura provvedimentale poiché il principio è l'ammissibilità di domande di annullamento di atti che, comunque, rechino al ricorrente una lesione personale, diretta ed attuale dell'interesse sostanziale*»[39].

Da ciò consegue che gli atti amministrativi generali in ragione della loro generalità (seppur solo *ex ante*) non sono, di solito, immediatamente impugnabili, giacché l'impugnazione viene differita unitamente a quella dei loro atti applicativi, che rendono attuale, diretta e concreta la lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente rispetto alla 'regolazione' dell'"atto amministrativo generale". Unica eccezione alla regola dell'impugnabilità differita degli "atti amministrativi generali" si rinviene qualora l'atto generale dovesse disciplinare compiutamente le posizioni dei destinatari, con prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi sostanziali dei destinatari.

Ovviamente sarebbe in questa sede sbagliato pensare di operare una valutazione 'globale' del grado di lesività più o meno diretta delle singole prescrizioni

[38] Già in passato il D.P.C.M. è stato qualificato dalla giurisprudenza amministrativa come un «atto amministrativo generale»: si confrontino - *ex multis* - Cons. St., Sez. Quarta, sent. 12 aprile 2018, nn. 2201 e 2203.

[39] E. Follieri, *Gli atti impugnabili*, in F. G. Scoca (*a cura di*), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 288.

contemplate dai D.P.C.M. Ciò che si può sostenere è che per i D.P.C.M. sul Covid si impone il regime d'impugnabilità degli atti "amministrativi generali".

Eppure al di là di quanto fin qui ricostruito (per taluno, forse, banale) ciò che si vorrebbe evidenziare è che per i D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale non solo vale la regola dell'"impugnabilità differita" (salvo il caso di prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi dei destinatari) ma (oltre tutto) per essi il regime che è tipico degli "atti amministrativi generali" verrebbe pure ad 'incrociarsi' con quello degli atti di "alta amministrazione"[40].

A ben riflettere, infatti, i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri posti in essere per la gestione dell'emergenza epidemiologica si atteggiano come un 'classico' caso in cui (*ex art.* 95, comma 1, Cost.) il Presidente del Consiglio "dirige la politica generale del Governo" e - soprattutto - "mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo" del Governo. Un'unità di indirizzo politico/amministrativo assolutamente necessaria per affrontare un'emergenza di livello nazionale come quella del *Coronavirus*.

E se si leggesse ciò alla luce del fatto che un atto di "alta amministrazione" è per definizione l'atto «*di suprema direzione della pubblica amministrazione, di raccordo della funzione di indirizzo politico con quella amministrativa*»[41] allora apparirebbe in modo chiaro come gli intervenuti D.P.C.M. quali "atti amministrativi generali" abbiano assurto, in emergenza, ad un ruolo (indiscutibile) di 'raccordo'.

Un 'raccordo' realizzato tra la funzione d'indirizzo politico estrinsecata nei Decreti Legge «*sulla produzione normativa*»[42] e le, discendenti, funzioni di "amministrazione attiva", esercitate, 'a valle', proprio sulla scorta delle 'misure' di "regolazione generale" contemplate dai D.P.C.M. sul Covid.

La nota dolente è che l'"atto di alta amministrazione" si contraddistingue rispetto a qualsiasi altro atto amministrativo per un peculiare regime d'impugnabilità, esistente in ragione dell'ampia discrezionalità sottesa al raccordo tra l'indirizzo politico, da un lato, e le funzioni amministrative, dall'altro lato.

L'attività di 'alta amministrazione' si realizza, infatti, nell'ordinamento italiano come quel genere di attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico, atteggiandosi cioè come il primo momento attuativo - seppur per linee generali - dell'indirizzo politico.

---

[40] Sugli atti di alta amministrazione si rinvia *ex multis* a G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Cedam, Padova, 1973; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 101-134; G. Pepe, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in *Giustizia Amministrativa*, 2, 2010, pp. 33-48; G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 22, 2017.

[41] B. G. Mattarella, *Provvedimenti amministrativi e altri atti di pubblici poteri*, in S. Cassese (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 324.

[42] U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 303.

Dal che - e dall'ampia discrezionalità sottesa alla loro adozione - discende la gravida conseguenza per cui gli "atti di alta amministrazione" sono sottoponibili ad un peculiare sindacato. Un sindacato che il Giudice Amministrativo definirebbe come esterno od estrinseco od "*ab externo*": in quanto limitato rigorosamente ad un astratto controllo giurisdizionale imperniato sulla mera coerenza e 'ragionevolezza' delle valutazioni compiute dall'Amministrazione per l'emanazione dell'atto, nonché sull'eventuale manifesta insussistenza dei presupposti per l'adozione della decisione.

Detto in modo estremamente sintetico un atto di alta amministrazione «*è censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*»[43]. Tant'è che il Consiglio di Stato ha finito per dichiarare senza mezze misure che nell'impugnazione di «*atti di alta amministrazione, il sindacato di questo Plesso giurisdizionale è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità* »[44]. E se si leggesse codesto orientamento sull'atto di alta amministrazione alla luce delle preziose conferme giurisprudenziali circa la natura "altamente discrezionale" condivisa dai D.P.C.M. adottati per la gestione del Covid (si vedano i decreti con cui il G. A. ha respinto le istanze di sospensione cautelare degli effetti prodotti dagli impugnati D.P.C.M.[45]) allora sembrerebbe davvero breve il passo nell'accostare i caratteri tipici dell'"atto amministrativo generale" insiti nei D.P.C.M. alla loro parallela funzione di porsi «*come anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa*»[46] vera e propria.

Del resto proprio il D.P.C.M. è, di per sé, lo strumento amministrativo "per antonomasia" a disposizione del Presidente del Consiglio per assolvere al suo ruolo costituzionale di mantenimento dell'"unità di indirizzo politico e amministrativo": ossia, in altri termini, per assicurare quel sensibile raccordo tra la funzione d'indirizzo e di programmazione politica e l'esercizio delle (unitarie) funzioni amministrative. Tanto più che come ricostruito dal T.A.R. Calabria[47] si può (anzi si deve) riconoscere che i Decreti Legge intervenuti «*sulla produzione normativa*»[48] del Covid-19 abbiano posto in essere l'istituto della, così detta, "chiamata in sussidiarietà legislativa": con l'avocazione al livello di governo statale sia di delle funzioni amministrative repubblicane inerenti all'esercizio unitario della gestione dell'emergenza epidemiologica, quanto, nondimeno, delle

[43] Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

[44] Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.

[45] Cons. St., Sez. Terza, decreti del 30 marzo 2020, n. 1553 e del 17 aprile 2020, n. 2028; T.A.R. Lazio, Sez. I, decreti 20 aprile 2020, n. 2915, 28 aprile 2020, n. 3322, 29 aprile 2020, n. 3453, 23 luglio 2020, n. 5002.

[46] Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

[47] TAR Calabria, Sez. Prima, sent. 9 gennaio 2020, n. 841, par. 18.4 del Fatto e Diritto.

[48] U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 303.

'parallele' competenze legislative regionali costituzionalmente preordinate alla disciplina delle funzioni 'attratte' dal Governo statale.

Chiaro come i D.P.C.M. si siano 'prestati' a fungere come prezioso strumento di 'raccordo' tra, da un lato, le funzioni amministrative attratte dal Governo e, dall'altro lato, l'esercizio della potestà legislativa posta in essere mediante i Decreti Legge (estrinsecazione sia delle competenze legislative statali che di quelle regionali, considerata la peculiare 'attrazione' in sussidiarietà legislativa).

Il punto è che se è vero che gli intervenuti D.P.C.M. non hanno la natura di "ordinanze di protezione civile", né quella di "decreti regolamentari" e se è, parimenti, vero che si tratti, piuttosto, di atti amministrativi generali, funzionalmente 'inquadrabili' come dei tipici 'atti di alta amministrazione' (nel raccordo tra indirizzo e programmazione politica della gestione emergenziale, da una parte, ed esercizio delle funzioni di 'amministrazione attiva', dall'altra parte), allora la diretta conseguenza sarebbe che il regime d'impugnazione dei D.P.C.M. in esame venga oggettivamente a dover configurarsi (*ex parte civis*) *sub specie* di un sindacato particolarmente 'debole' del Giudice Amministrativo. Per lo meno, rispetto al generale regime di sindacabilità cui sono sottoposti tutti i provvedimenti amministrativi.

Non soltanto, infatti, i D.P.C.M. sul *Coronavirus* (quali "atti amministrativi generali") sono destinati ad essere 'sottoposti' alla 'tendenziale' regola dell'"impugnabilità differita" (in quanto rimandata, cioè, rispetto al momento della congiunta impugnazione dei provvedimenti applicativi dell'"atto generale") ma - soprattutto - essi sono parallelamente sottratti a quello che solitamente è il classico e 'generale regime' di impugnazione e di 'sindacabilità' dei provvedimenti amministrativi: atteso che come per qualsiasi altro tipo di "atto di alta amministrazione" anche il D.P.C.M. sul Covid non potrebbe che essere «*censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*»[49].

Lo dimostra il fatto che finora a fronte delle numerose impugnazioni dinanzi al Giudice Amministrativo nessun D.P.C.M. sia stato mai annullato.

Ma pur a non voler considerare codesto dato come adeguatamente 'probante', lo dimostrano soprattutto le, pur stringate, 'argomentazioni' esposte nei molteplici decreti con cui il Giudice Amministrativo continua a respingere il profluvio di istanze cautelari di sospensione degli effetti prodotti dai D.P.C.M. e dai, conseguenti, provvedimenti applicativi impugnati.

Si pensi soltanto a come il T.A.R. Lazio abbia respinto un'istanza cautelare connessa all'impugnazione del D.P.C.M. del 26 aprile 2020 predicando la prevalenza della «*tutela della salute pubblica, per come prevista nell'impugnato provvedimento, di natura latamente discrezionale*»[50].

Oppure si rifletta su come (più esplicitamente) sempre il T.A.R. Lazio abbia, con incisività, deciso che dinanzi all'impugnazione del D.P.C.M. del 10 aprile

[49] Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

[50] T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 29 aprile 2020, n. 3453.

2020 non sussistessero le condizioni per accogliere l'istanza cautelare «*anche alla luce della natura di atto di alta amministrazione che riveste l'impugnato provvedimento*»[51].

Tali pur concise ricostruzioni possono trovare ulteriori e gravide conferme nelle argomentazioni di una recente sentenza del Giudice Amministrativo, depositata lo scorso 22 luglio 2020. Si tratta di una sentenza del T.A.R. Lazio, con cui viene tentato dal Giudice di sintetizzare gli elementi strutturalmente riconducibili alla *ratio existendi* degli intervenuti D.P.C.M. sul Covid-19 partendo dalla considerazione che la «*peculiare rilevanza sociale, il rilevante impatto sulla collettività e sui territori - dapprima localizzati, e quindi sull'intero territorio nazionale - e, soprattutto, la necessità di contemperare la tutela dell'interesse pubblico e del diritto alla salute con altri delicati interessi pubblici e privati in gioco,* [...] *ha determinato la necessità - una volta dichiarato dal Governo lo stato di emergenza igienico-sanitaria con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31/01/2020 - di attribuire il peculiare potere di emanazione di tali "atipici" atti di* ['regolazione' della] *necessità ed urgenza, su proposta del Ministro della salute, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale l'art. 95, comma 1, Cost. attribuisce il compito, oltre che di dirigere la politica generale del Governo, di mantenere* [quel]*l'unità di indirizzo politico ed amministrativo*»[52] corrispondente, *ex se*, alla funzione "naturale" che oggi nell'ordinamento italiano viene, ordinariamente, rivestita dagli "atti di alta amministrazione".

Ne discende un'immediata e logica conseguenza in relazione al profilo dell'effettiva tutela giurisdizione dei diritti ed interessi legittimi materialmente incisi dagli atti e provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza del *Coronavirus*. Difatti il cittadino che dinanzi all'esercizio del potere pubblico nella gestione dell'emergenza epidemiologica volesse reagire con un'azione giurisdizionale a garanzia delle proprie posizioni soggettive vedrebbe limitata l'"effettività" delle proprie tutele costituzionalmente garantite: specie in relazione al diritto di difesa dei propri diritti ed interessi legittimi contro tutti gli atti della P. A.

Il che va ben al di là del legittimo elemento per cui il cittadino non potrebbe, in linea generale, impugnare direttamente i D.P.C.M., dovendo solitamente differirne l'azione rispetto all'impugnazione dei provvedimenti applicativi dei D.P.C.M. stessi. Il punto è che tanto per l'ipotesi di impugnazione diretta delle prescrizioni dei D.P.C.M. immediatamente precettive e direttamente lesive delle posizioni giuridiche dei relativi destinatari, quanto (nondimeno) nel caso di un'"impugnazione differita" - in entrambe le situazioni - i D.P.C.M. quali atti di "alta amministrazione" verrebbero, comunque, ad essere preclusi dal generale sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo.

Giacché in un caso o nell'altro si tratterebbe, pur sempre, di un atto posto in peculiare «*congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestio-*

[51] T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 20 aprile 2020, n. 2915.

[52] T.A.R. Lazio, Sez. Prima Quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8615, par. 4 del Fatto e Diritto.

ne amministrativa»[53] dell'emergenza ed in quanto tale il D.P.C.M. non potrebbe che essere sottoposto ad un sindacato «*giurisdizionale* [che] *è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità*»[54]. Sicché i D.P.C.M. sul Covid per la loro intima natura di atti amministrativi generali preposti alla funzione di rendere 'immediatamente esecutivo' l'indirizzo politico espresso nei Decreti Legge (atteggiandosi come il primo momento attuativo dell'indirizzo politico) verrebbero, di per sé, a poter essere censurabili «*unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*»[55].

Tanto che dissipate le iniziali incertezze sulla natura giuridica dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale del Covid rimangono sullo sfondo delle, ineliminabili, criticità sul piano costituzionale. È evidente l'elusione del principio di pienezza, generalità ed effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti ed i provvedimenti della P. A.

Ed il riferimento alla denuncia di «un'elusione» dell'art. 113 della Carta repubblicana non è casuale.

Tant'è che non si vuole mettere, per nulla, in dubbio la legittimità di una categoria tanto conosciuta nel diritto amministrativo come quella degli "atti di alta amministrazione". Più semplicemente si vuole evidenziare che se il sistema delle fonti sull'emergenza fosse stato rigorosamente rispettato 'a monte' (per il tramite di Decreti Legge che effettivamente disciplinassero, "in prima persona", le misure di emergenza epidemiologica e che in ogni caso fossero adeguatamente determinati nel conferimento dei poteri amministrativi) non ci si sarebbe senz'altro trovati dinanzi a (discutibili) strumenti che eludessero gli articoli 24 e 113 della Carta costituzionale.

Sicché nell'ambito dell'inesauribile 'dialettica' tra "Autorità e Libertà", tra "Governanti e Governati", tra il "potere pubblico" ed i "soggetti privati" destinatari dei provvedimenti dalle "Autorità competenti" viene francamente davvero difficile riuscire a rinvenire degli effettivi strumenti di tutela giurisdizionale per le posizioni giuridiche soggettive 'illegalmente' ed 'illegittimamente' incise dall'esercizio del potere pubblico dispiegatosi nella gestione dell'emergenza epidemiologica.

Ecco una delle ragioni per cui nella gestione di un'emergenza per la Repubblica italiana non si potrebbe mai, nemmeno parzialmente, esulare dal puntuale rispetto degli istituti *ad hoc* fissati in Costituzione.

Tant'è che "distorto" il ricorso all'utilizzo del Decreto Legge, violato il principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa e materialmente bypassata la stessa disciplina organica del pur nuovo "Codice di protezione civile" (D. Lgs. 1/2018) il serio rischio è stato (ed è) che per 'salvare' la Repubblica dai pericoli incombenti sul fondamentale diritto alla salute e sulle ricollegabili minacce

[53] Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

[54] Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.

[55] Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

per i principi dell'incolumità e della sicurezza pubblica si pervenisse, paradossalmente, a ciò che si sarebbe voluto proprio evitare: ossia ad una *Mors Rei Publicae*. Il che sebbene sotto il, distinto, profilo di uno 'svuotamento' del principio di legalità nonché di quei limiti, di quelle forme e delle, stesse, modalità di esercizio del potere sovrano su cui solennemente la Repubblica italiana si fonda.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Cheli E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961.

Cerulli Irelli V., *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 101-134.

Cassese S. (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

Scoca F. G. (*a cura di*), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013.

Mazzarolli L. A., «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020.

Dolso G. P., *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbientteDiritto.it*, 1, 2020.

LE UDIENZE CIVILI IN VIDEOCONFERENZA: UN MODELLO PERMANENTE?

LOTARIO DITTRICH*

1. *Premessa*

La necessità di limitare quanto più possibile, a causa della nota emergenza sanitaria, l'accesso ai locali ove si svolge l'attività d'udienza ha indotto il legislatore a introdurre con l'art. 83 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 al comma 7, lettera f), la possibilità di svolgere le udienze in videoconferenza, e dunque con collegamento da remoto.

Questa modalità di svolgimento dell'udienza non ha, sotto il profilo tecnico, in sé nulla di rivoluzionario: ormai le tecnologie per le riunioni in videoconferenza sono ampiamente sperimentate e sufficientemente fluide per consentirne un utilizzo sicuro e generalizzato, come infatti è avvenuto nei mesi di *lockdown* per una miriade di attività, a cominciare da quelle didattiche che, per il numero di partecipanti, sono di regola tecnicamente molto più complesse di una udienza civile.

Ciò nonostante, come subito vedremo, l'istinto burocratico e conservatore del nostro legislatore ha per ora di fatto limitato molto l'utilizzazione di questo strumento, che pure ha importanti potenzialità.

La scarsa fortuna di questo sistema di celebrazione delle udienze ha anche radici strutturali. È noto che, a dispetto della solenne enunciazione del codice di rito (art. 180 c.p.c.: «La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo orale»), il processo civile ordinario è prevalentemente scritto; le udienze sono spesso di modesto o modestissimo contenuto, ciò che si traduce in tempi di celebrazione assai contratti. La celebrazione di udienze telematiche richiede per contro un impegno, anche in termini di tempo e risorse, che si giustifica solo in presenza di udienze complesse e, soprattutto, che richiedono una effettiva celebrazione, quali tipicamente le udienze cautelari: ed

* Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Trieste.

anche in tali casi, sempre che parti, giudici e difensori non trovino più agevole procedere in presenza.

Ovvio dunque che nella maggior parte dei casi la prassi abbia preferito lo strumento più «rozzo» (se ci si passa l'espressione) dello scambio e del deposito telematico di note scritte, previsto dal medesimo articolo 83 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 al comma 7, lettera h).

Ciò detto, è però vero che il ghiaccio è stato rotto e che oggi la maggior parte degli operatori sono consapevoli che tale strumento, che sino a poco tempo fa sarebbe sembrato improponibile nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, è invece utilizzabile senza soverchie difficoltà risultando addirittura, talvolta, più efficace delle udienze in persona.

2. *La normativa di riferimento*

Il D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria) all'art. 2, lettera f), ha introdotto la possibilità di svolgere le udienze civili, alla sola presenza dei difensori e delle parti, con collegamenti da remoto in videoconferenza[1].

Tale paragrafo dispone: «la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia».

Il D.L. 17 marzo 2020, n. 18 ha successivamente disciplinato la materia prevedendo che per talune materie, previste dall'art. 83, comma 3, lett. a) non si desse luogo a sospensione e prevedendo altresì che, sino al 31 luglio 2020, fosse possibile procedere, sulla base di una determinazione dei capi degli uffici giudiziari, anche allo svolgimento delle udienze civili da remoto, che non richiedessero la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzati all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, tramite collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

[1] I contributi ad oggi reperibili a commento di questa normativa sono ovviamente pochi, di carattere eminentemente pratico e rinvenibili su Internet. Tra questi segnaliamo: F. Donini, *Le udienze civili in videoconferenza: un futuro ancora da scrivere*, in *Diritto.it*; F.M. Storelli, *Processo telematico e da remoto: l'udienza è smart*, in *Iusinitinere.it*. L'analisi più completa della normativa in oggetto si rinviene peraltro nella delibera del CSM – *Pratica num. 186/VV/2020 - Linee guida agli Uffici giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte,* in CSM.it.

Il D.L. n. 18/2020 è stato dapprima convertito con modifiche con la L. 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30 aprile 2020). Esso è stato, poi, ulteriormente modificato con D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dall'1 maggio 2020), che ha stabilito come lo svolgimento dell'udienza da remoto debba in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti.

Torneremo subito sul requisito imposto *ex novo* dal D.L. n. 28/2020 che impone in ogni caso «*la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario*»: ci limitiamo per ora ad attirare l'attenzione del lettore su quella che, già a prima vista, appare una disposizione a dir poco sorprendente.

Il termine di vigore della disposizione è stato quindi ulteriormente prorogato sino al 31 ottobre 2020 dal D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla L. 17 luglio 2020, n. 77. Appare però probabile una ulteriore proroga oltre tale termine, se non una sua definitiva introduzione nel rito civile.

Gli applicativi utilizzabili sono poi stati definiti da una nota del Ministero della Giustizia e sono stati identificati in Skype for Bussines e Microsoft Teams.

3. *Il Protocollo CNF-CSM e gli altri Protocolli territoriali*

A seguito dell'emanazione delle norme in oggetto si è poi avuta l'adozione di prassi applicative ai più diversi livelli del nostro sistema giudiziario.

Merita qui, per ovvi motivi, particolare menzione la «Proposta di protocollo per udienze civili tramite collegamento da remoto» approvato dal CNF e quindi trasmesso, e a sua volta approvato, dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 26 marzo 2020[2].

Anche i principali uffici giudiziari hanno adottato Protocolli condivisi, che per lo più introducono solo modeste modifiche rispetto allo schema del Protocollo CNF-CSM[3].

Il Protocollo CNF-CSM detta dunque le norme di attuazione della normativa *de qua*, con disposizioni di dettaglio. Tra queste meritano menzione:

– che della celebrazione dell'udienza viene dato avviso con un termine «preferibilmente non inferiore a 7 giorno salvo improrogabili ragioni d'urgenza» ai procuratori delle parti e al pubblico ministero;

[2] L'atto è rubricato come «Pratica n. 186/VV/2020 – *Linee guida agli Uffici giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutiva delle precedenti assunte*) ed è rinvenibile in CSM.it, unitamente alla proposta del CNF.

[3] Si vedano, ad esempio, il *Protocollo per le udienze civili* in tribunale.milano.it nonché l'analogo *Protocollo fra il Tribunale Ordinario di Roma - Sezioni Lavoro e l'Ordine degli Avvocati di Roma per lo svolgimento delle udienze tramite collegamento da remoto e tramite trattazione scritta*, in www.tribunale.roma.giustizia.it.

- che i procuratori delle parti devono comunicare il proprio recapito telefonico e il relativo indirizzo mail;
- che di tutte le operazioni relative allo svolgimento dell'udienza in remoto il cancelliere dovrà dare nel processo verbale;
- che «ove possibile, la gestione dell'avvio e dello svolgimento dell'udienza verrà effettuata dal cancelliere collegato da remoto con il medesimo applicativo; eventualmente il medesimo cancelliere, utilizzando la "consolle d'udienza" potrà curare la verbalizzazione»;
- che i documenti «esibiti» (*rectius* mostrati) nel corso dell'udienza dovranno poi essere acquisiti al fascicolo informatico;
- che in linea di principio, e salva specifica autorizzazione, è vietata la registrazione dell'udienza.

4. *Il (ristretto) ambito applicativo della normativa in oggetto*

1. Le udienze «in remoto» possono essere celebrate davanti al Giudice di Pace, mentre maggiori dubbi vi sono in ordine alla applicabilità dell'istituto, per mere ragioni tecniche, avanti alla Corte di Cassazione, nulla ostando in linea di principio all'utilizzo di tale istituto anche avanti al giudice di legittimità[4].

L'istinto burocratico del nostro legislatore non è stato piegato, a quanto sembra, neanche dall'emergenza globale cagionata dal Covid 19. Essa è stata sì sufficiente a far adottare uno strumento «rivoluzionario», quale l'udienza da remoto; peraltro il legislatore, preso da subitaneo terrore per tale ardire, ha subito ritratto la mano, circondando l'istituto di tali limiti e cautele, da renderne presumibilmente residuale l'utilizzo.

Cominciamo con il limite più assurdo, perché non solo ingiustificato, ma addirittura contrario alla generale *ratio* delle norme in oggetto, che è quella di limitare le possibilità di contagio.

Come abbiamo ricordato in apertura, il D.L. n. 28/2020 ha imposto, modificando l'originaria disposizione, in ogni caso «la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario».

La norma, apparsa *out of the blue*, non sembra rispondere ad alcuna logica[5].

---

[4] Sulla possibilità di utilizzare le udienze da remoto anche avanti alla Corte di Cassazione si rinvia a P. Gori, *Covid-19: la Cassazione apre alle udienze da remoto,* in *Questionegiustizia.it.*

[5] Nessun lume si ricava dalla Relazione illustrativa al D.L. n. 28/2020, che interviene a modificare la legge di conversione n. 27/2020 del D.L. n. 18/2020, che cosi spiega le ragioni di necessità e d'urgenza che ne hanno giustificato la sua introduzione: «Viene poi integrata la disciplina prevista dal comma 7, lettera f), dell'articolo 83 sullo svolgimento delle udienze civili da remoto, specificando che, dove questa modalità sia consentita, deve essere comunque garantita la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario (comma 1, lettera c))». Nella Relazione Tecnica si legge, quanto alla modifica che introduce l'art. 3 alla lettera

In primo luogo, non è dato capire quale vantaggio sarebbe assicurato dalla presenza fisica del magistrato «nell'ufficio giudiziario»», visto che, a tacer d'altro, tale presenza fisica non è prevista per il cancelliere e il PM.

Certamente poi non vi sarebbe una maggior sicurezza dei dati, visto che si collegano soggetti esterni alla rete del singolo ufficio giudiziario; altrettanto ovviamente poi aumenta il rischio del contagio, visto che un maggior numero di magistrati sarebbe costretto a recarsi «nell'ufficio giudiziario»; aumentano infine i costi, dati dalla presenza fisica del magistrato e dalle relative esigenze di sanificazione.

Si tratta di osservazioni talmente evidenti, che a chi scrive sarebbe venuto il dubbio di non aver compreso qualche fondamentale profilo, se non fosse che al coro di chi non si capacita della norma si è aggiunto non solo il CSM[6] e tutti i commentatori, ma anche, in ultimo, il Tribunale di Mantova, che con ordinanza del 19 maggio 2020, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, 7° comma, lettera f), del D.L. n. 18/2020, per la sua manifesta irragionevolezza: ed è difficile negare che la rimessione sia fondata.

In primo luogo, correttamente il giudice remittente ha rilevato la violazione dell'art. 3 della Costituzione, osservando che «l'obbligo di essere presenti in

---

F del comma 7 dell'art. 83, che la modifica si giustifica per garantire la presenza del giudice nell'ufficio giudiziari. Come si vede, si tratta di motivazioni inesistenti.

Si vedano le giuste perplessità espresse dal Tribunale di Brescia, in una nota al decreto di linee guida e misure organizzative del 06.05.2020: «Bisogna realisticamente prendere atto che il collegamento da remoto – contrariamente alla precedente decretazione di urgenza – nel decreto-legge n. 28/2020 non sembra rientrare tra le opzioni privilegiate. Infatti, la previsione che "lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario" si pone in contrasto insanabile con quella, decisamente prioritaria, della salvaguardia della salute *tout court*, se è vero che i Capi degli Uffici "adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute…». La nota si chiude con l'auspicio, rimasto inevaso, che «il Legislatore della conversione non mancherà, auspicabilmente, di porre rimedio a questa evidente quanto insanabile contraddizione». Il CSM nel parere del 14.05.2020 ha altresì argomentato e concluso che: «appare auspicabile un intervento di revisione dell'obbligo di presenza del giudice presso l'ufficio per la celebrazione dell'udienza da remoto che, oltre a restituire maggiore funzionalità all'attività dei giudici di merito che operano da remoto, consentirebbe anche di superare i dubbi interpretativi prontamente sollevati dalla modifica della citata lettera f) con riguardo al giudizio di legittimità. In assenza della modifica auspicata, apparirebbe comunque necessario assicurare efficaci misure di sicurezza igienico – sanitarie al fine di contenere il rischio di contagio da COVID19 per i giudici e per tutti coloro che devono essere presenti negli uffici giudiziari per la celebrazione delle udienze». Ambedue i documenti sono citati e commentati da F. Donini, *Le udienze civili da remoto*, cit.

[6] Parere Consiglio Superiore della Magistratura n. 18/PP/2020 sul Decreto Legge del 30 aprile 2020 n. 28, in CSM.it

ufficio per il magistrato per poter utilizzare la connessione da remoto con Microsoft Teams, previsto dalla lettera F del comma 7 dell'art. 83, D.L. n. 18/2020 così come modificato dall'art. 3 comma 1 lett. C del D.L. n. 28/2020, è un obbligo attualmente sancito esclusivamente per le udienze che deve celebrare il 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».

Il giudice mantovano ha poi gioco facile nel sottolineare l'assoluta incongruità della norma con riferimento al buon andamento della PA e all'assurdità di imporre la presenza fisica del giudice nell'ufficio giudiziario in una situazione di contagio, con violazione dell'art. 97 secondo comma Cost, che impone il buon andamento della P.A.

L'effetto della innovazione è stato, a quanto consta, del tutto automatico: non si sono avute più udienze in remoto, che si erano invece celebrate, sia pure in numero non esorbitante, nel periodo anteriore al 30 aprile 2020.

2. Altro limite previsto dalle norme in vigore è che l'udienza in remoto è ammissibile solo per le cause «che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione» (art. 83 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18).

Il riferimento al peculiarissimo (e di non frequentissima applicazione) istituto della «richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione», disciplinato dall'art. 213 c.p.c.[7], è a dir poco oscuro. Tale richiesta viene sempre fatta (anche d'ufficio) dal giudice con una ordinanza istruttoria, destinata ad essere comunicata alla P.A. che procederà rendendo «informazioni scritte». Che cosa c'entra l'udienza svolta in modalità telematica con tale istituto non è veramente dato comprendere.

Tolte le udienze alle quali partecipano solo i giudici, i difensori, le parti e gli ausiliari del giudice, quali sono quelle escluse dalla modalità telematica? Mi sembra che solo la necessaria presenza di terzi impedisca l'utilizzo del sistema remoto di celebrazione dell'udienza.

Saranno dunque impossibili le udienze in remoto di assunzione della prova testimoniale. Si noti però che, incongruamente, potranno essere sentite le parti, e dunque che sarà possibile celebrare in remoto l'udienza per l'assunzione dell'interrogatorio libero, di quello formale e (se del caso) del giuramento.

Anche in questo caso, la *ratio* della norma ci sfugge.

---

[7] Sul tema si veda, se si vuole, anche per ulteriori riferimenti, L. Dittrich, *L'esibizione delle prove*, in *Diritto Processuale Civile – Trattato Omnia*, diretto da L. Dittrich, Utet Wolters Kluwerm Milano, 2019, p. 1841 e ss., spec. p. 1860 e ss. nonché F.P. Luiso, *Richiesta di informazioni alla PA,* in *Enciclopedia del Diritto,* vol. XL, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 1989, p. 483 e ss.

Se si pensa che il nostro ordinamento aveva già aperto, sia pure con prudenza, alla testimonianza scritta (cfr. art. 257 bis c.p.c.), non è dato comprendere quale *vulnus* apporterebbe alla gestione della giustizia l'audizione del teste in remoto, se non forse per il timore che questi possa essere «imbeccato» dalle parti: un rischio questo che peraltro è connaturato, per così dire, alla prova per testimoni.

In più, l'assunzione della prova testimoniale potrebbe qui essere registrata, ciò che (finalmente!) potrebbe condurre ad una analisi della relativa deposizione molto più accurata rispetto alla sterile verbalizzazione ad opera del cancelliere (o di chi per lui)[8].

L'utilizzabilità di tale modalità di assunzione della prova porterebbe poi alla scomparsa della prova delegata per l'assunzione dei testimoni, il cui regime, che già appariva vetusto, appare ormai francamente antidiluviano. Si tratterebbe di una novità da salutare con entusiasmo, atteso che l'espletamento delle prove delegate è sempre causa di vistosi rallentamenti nella celebrazione dei processi.

3. I vari Protocolli, a cominciare dal Protocollo CNF – CSM, dopo aver previsto che il giudice deve accertare che «all'udienza telematica partecipino solamente i soggetti legittimati», prevedono che «è vietata la registrazione dell'udienza».

Si tratta di una imposizione la cui gravità non sembra essere stata percepita dai redattori della disposizione, che sono – a ben pensarci – i rappresentanti di quei giudici e di quegli avvocati, le cui gesta potrebbero essere riprese.

Il carattere illiberale di questo divieto deve essere sottolineato.

Per cominciare: di ciò che avviene in udienza deve redigersi processo verbale; si dovrebbe dire che più il verbale è completo e si avvicina a ciò che è effettivamente avvenuto in udienza, meglio è.

La registrazione video ha *esattamente* tale caratteristica: e perché allora dovrebbe essere vietata? E perché tale registrazione è invece lecita nel processo penale e nel processo del lavoro (cfr. art. 422 c.p.c.)?

Si dirà: perché la registrazione potrebbe essere divulgata, e le udienze di trattazione "non sono pubbliche" (art. 84 disp. att. c.p.c.). Sarebbe però una risposta errata: una cosa è la formazione della registrazione (o, se è per questo, della verbalizzazione cartacea); altra è la sua divulgazione. Ben potrebbe essere autorizzata la registrazione, salvo il divieto di sua divulgazione. Ma anche tale divieto apparirebbe ben singolare, dato che il verbale è, per definizione, un atto pubblico, e che non mi consta esistente un divieto di divulgazione dei verbali d'udienza.

---

[8] Mi permetto qui di richiamare le mei osservazioni fortemente critiche alle modalità di assunzione della prova testimoniale e della relativa verbalizzazione: cfr. L. Dittrich, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio,* in *Rivista di Diritto processuale*, 2011, p. 108 e ss.

Per vero, sarebbe anche ora di chiedersi se l'art. 84 disp. att. c.p.c., testé citato, sia ancora compatibile con il nostro assetto costituzionale e con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: ma si tratta di un argomento che eccede questo scritto.

5. *Ma come funziona?*

Sino a quando vi sono state udienze in remoto (e cioè prima del 30 aprile 2020, data in cui il DL 28/2020 ha imposto la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario) la risposta, sulla base dell'esperienza di chi scrive, è: bene.

La modalità «remota» della discussione ha come effetto che il giudice può gestire più facilmente l'udienza, regolando in maniera più efficace i tempi della discussione, che risulta complessivamente più ordinata. D'altro canto, nessun irruento difensore può superare il limite di un *muting* inflitto da chi gestisce la videoconferenza.

Dopo un po' di pratica, è anche facile esibire documenti o farli pervenire all'ufficio.

Si pensi poi alla possibilità di illustrare la discussione con presentazioni o addirittura con filmati o animazioni multimediali, come già accade nell'ambito dei più sofisticati giudizi arbitrali internazionali.

Ma il vantaggio maggiore è la possibilità di poter partecipare in maniera attiva ed efficace ad udienze lontane senza doversi fisicamente muovere: un vantaggio per tutti, a cominciare dagli utenti finali della giustizia, che si trovano ad affrontare spese infinitamente inferiori per le trasferte dei propri difensori di fiducia.

In realtà poi proprio la maggior formalizzazione imposta dal mezzo telematico rende l'udienza (se ben diretta) più ordinata ed efficace rispetto alla partecipazione di persona, dove spesso l'animosità dei litiganti fa premio sull'efficacia delle difese.

6. *Il futuro*

In dottrina[9] vi è chi ha confrontato la disciplina in oggetto con quella vigente nei paesi anglosassoni, ed in particolare in Inghilterra e Galles, rimarcando come ivi tutta la procedura sia assai più elastica e rimessa alla discrezionalità del giudice, che opera in accordo con le parti, senza quelle restrizioni, che il sospettoso legislatore italiano ha sparso sulla via dell'informatizzazione delle udienze[10].

[9] F. Donini, *Le udienze civili in videoconferenza*, cit.

[10] Il riferimento è a *Civil Court guidance on how to conduct remote hearings,* rinvenibile in *www.judiciary.uk*.

Ciò nonostante, un primo e decisivo passo è stato fatto e, come già abbiamo detto, il ghiaccio è rotto.

Si può confidare che in futuro questa modalità di svolgimento delle udienze sia non solo confermata e resa permanente, ma anche incentivata e semplificata, prendendo spunto, *inter alia*, dalla citata normativa anglosassone.

La disciplina attuale andrebbe però riformata prevedendo:

- in primo luogo (e ovviamente!) che sia possibile per i giudici svolgere l'udienza anche fuori dall'ufficio giudiziario;
- che sia lasciata alla discrezionalità del giudice la valutazione in ordine alla celebrazione dell'udienza in remoto o in presenza abolendo gli attuali limiti;
- che si imponga, in linea di principio, la celebrazione dell'udienza in remoto qualora una delle parti o dei difensori sia domiciliato in altro luogo e ne faccia istanza, salva l'esistenza di gravi ragioni in contrario;
- che la parte che adduce l'impossibilità di collegarsi all'udienza in remoto debba fornire la prova che ciò sia accaduto per causa a sé non imputabile e che, in assenza di tale prova, l'udienza tenuta in assenza della parte che non ha provveduto al collegamento costituisca mancata comparizione;
- che l'udienza venga registrata, salva diversa disposizione del giudice qualora ciò sia reso necessario «se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume» (cfr. art. 128 c.p.c.) e che la relativa registrazione costituisca parte integrante del verbale di causa.

Qualora almeno parte di queste condizioni vengano attuate, questa innovativa modalità di celebrazione delle udienze darà un importante contributo per rendere più efficace e meno costosa la giustizia civile, con una riforma che, alla fine, sarebbe per una volta effettivamente "a costo zero".

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Dittrich L.*, La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio,* in *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, p. 108-125

Dittrich L., *L'esibizione delle prove*, in *Diritto processuale civile – Trattato Omnia*, diretto da Dittrich L., Utet Wolters Kluwer, Milano 2019.

Donini F., *Le udienze civili in videoconferenza: un futuro ancora da scrivere*, in *Diritto.it*;

Gori P., *Covid-19: la Cassazione apre alle udienze da remoto,* in *Questionegiustizia.it*.

Luiso F.P., *Richiesta di informazioni alla PA,* in *Enciclopedia del Diritto,* vol. XL, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 1989.

Storelli F.M., *Processo telematico e da remoto: l'udienza è smart*, in *Iusinitinere.it*.

LE UDIENZE A TRATTAZIONE SCRITTA AI TEMPI DELL'EMERGENZA SANITARIA

ALESSANDRA FRASSINETTI*

1. *L'udienza cartolare: casi in cui può essere utilizzata e contenuto del provvedimento che la dispone*

Per affrontare il problema dell'emergenza covid19 anche nell'ambito dell'esercizio dell'attività giurisdizionale, il Governo, a tutela della salute pubblica, ha varato una serie di misure volte a garantire il c.d. "distanziamento sociale", consistenti nel "primo periodo", disciplinato dal D.L. 8 marzo 2020, n. 11[1], nel differimento *ex lege* delle udienze dal 9 marzo al 15 aprile, termine poi prorogato nel "secondo periodo" fino al 30 giugno[2], dall'art. 83 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18[3], e nella sospensione dei termini, tranne che per i procedimenti c.d. urgenti per legge[4]. Si tratta dei procedimenti che, per la natura degli interessi coinvolti[5], o l'esigenza di tutela immediata che mirano a soddisfare, non tollerano un differimento della loro trattazione e decisione. Il legislatore ha però previsto

* Ricercatrice di Diritto processuale civile nell'Università di Trieste.

[1] *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 60 dell'8 marzo 2020.

[2] Dapprima prorogato al 31 luglio, dall'art. 3, lettera i), D.L. 30 aprile 2020 n. 28, e poi nuovamente individuato nel 30 giugno dalla L. 25 giugno 2020, n. 70, di conversione, con modificazioni, del D.L. n. 28/2020.

[3] C.d. "Cura Italia", convertito, con modificazioni, nella L. 24 aprile 2020 n. 27, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 110.

[4] Si tratta dei procedimenti elencati nell'art. 83, c. 3, D.L. n. 18/2020, relativi ai diritti della persona, di famiglia, diritti politici, elettorato passivo e attivo.

[5] Interessi implicati nella dichiarazione giudiziale di adottabilità, sottesi alla domanda di alimenti, collegati alla cura della persona in varia misura incapace di provvedere alla cura di sé, nonché ai trattamenti sanitari obbligatori, alla richiesta di interruzione della gravidanza, alla protezione contro gli abusi familiari, alle espulsioni di cittadini stranieri ecc.

che la dichiarazione d'urgenza possa essere resa, su istanza di parte, anche *ope iudicis*[6], dopo che questi abbia verificato, caso per caso, che si tratti di procedimenti «la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti».

Il legislatore ha, inoltre, consentito ai capi degli uffici giudiziari di adottare alcune misure idonee a svolgere l'attività giudiziaria nel rispetto del distanziamento sociale imposto a tutela della salute pubblica[7]. Rientra tra queste, oltre all'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze[8] e la celebrazione a porte chiuse delle udienze civili pubbliche *ex* art. 128 c.p.c., la possibilità di svolgere le udienze da remoto o attraverso la trattazione scritta. L'art. 83, del D.L. 18/2020, al co. 7, lett. f), consente infatti lo svolgimento mediante collegamento da remoto[9] delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti e, ancora, la lett. h) prevede che le udienze, in cui non si richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, possano svolgersi anche «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».

La scelta tra le diverse modalità di svolgimento delle udienze, tra le quali il legislatore non ha istituito una gerarchia, è rimessa ai capi degli uffici, a cui spetta definire le linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze. Un limite nella scelta tra l'utilizzo di queste diverse opzioni organizzative è già stato individuato dal legislatore, nel prevedere che l'udienza da remoto possa essere disposta solo quando non devono essere sentiti soggetti diversi

[6] In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile.

[7] Misure adottate dai capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale e il consiglio dell'ordine degli avvocati, al fine di evitare assembramenti negli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone e dare attuazione alle indicazioni provenienti dalle autorità statati e regionali in materia igienico-sanitaria.

[8] Nelle quali si prevede, ad esempio, che le udienze siano scaglionate nel tempo e, quindi, chiamate ad orari prestabiliti o, comunque, a fasce orarie: non più, quindi, le ore nove e seguenti. Detta regola operativa dovrebbe diventare strutturale, così da consentire ad avvocati e giudici di organizzare al meglio i tempi della giornata lavorativa, evitando interminabili attese, con conseguenti frettolose trattazioni, oltre ad inutili assembramenti.

[9] Individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. «Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti ed al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale».

dalle parti e dai difensori, mentre la c.d. udienza a trattazione scritta è consentita solo se nell'udienza non debbono comparire soggetti diversi dai difensori, con esclusione quindi dei casi in cui le parti siano chiamate a comparire personalmente o sia necessaria la partecipazione di altri soggetti[10].

L'udienza a trattazione scritta, di cui ci occupiamo, rientra tra le misure organizzative confermate come utilizzabili fino al 31 ottobre 2020, dalla L. 17 luglio 2020 n. 77, di conversione del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, così da evitare il mero rinvio delle udienze altrimenti necessario per limitare al massimo assembramenti e contatti diretti tra le persone.

É quindi importante chiarire se sia legittimo l'utilizzo di detta modalità di svolgimento delle udienze ed in caso affermativo individuare a quale tipo di udienza si possa applicare, per poi riempire di contenuto giuridico l'espressione "udienza a trattazione scritta" [11].

Sul primo punto vi è chi sostiene che sia incostituzionale l'utilizzo dell'udienza cartolare, come di quella da remoto, perché in questo modo viene violato il principio costituzionale dell'udienza pubblica[12]. Un argomento questo che non pare condivisibile, se si considera che il controllo sulla corretta amministrazione della giustizia, esercitabile dal pubblico assistendo alle udienze civili, è comunque fortemente limitato, posto che la sola udienza pubblica prevista a pena di nullità nel processo ordinario di cognizione è quella di discussione, *ex* art. 128 c.p.c. [13], udienza peraltro facoltativa e subordinata all'istanza di una delle parti[14], salvo che sia disposta dal giudice, *ex* art. 281 *sexies* c.p.c. Inoltre, anche in detta ipotesi, il giudice "che dirige" l'udienza può disporre che si proceda a porte chiuse se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume, nonché per tutelare la vita privata delle parti[15], secondo quanto previsto dall'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dall'art. 14, co. 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

Si ricorda che nel nostro ordinamento il controllo pubblico sulla corretta amministrazione della giustizia è comunque assicurato dalla pubblicità della sen-

---

[10] Vedi sul punto A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *Judicium.it*, 29 maggio 2000.

[11] Vedi in questo senso M. G. Civinini, *La giustizia in quarantena*, in *Questione Giustizia,* 31 marzo 2020.

[12] Così G. Scarselli, *Contro le udienze a remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium. it,* 13 maggio 2020.

[13] Invece non sono pubbliche le udienze del giudice istruttore, *ex* art. 84, c. 1, disp. att. c.p.c.

[14] Ai sensi dell'art. 275 c.p.c., come sostituito dalla L. 26 novembre 1990 n. 353, o *ex* art. 281 *quinquies* c.p.c.

[15] Su queste problematiche vedi, se vuoi, A. Frassinetti, *Pubblicità dei giudizi e tutela della riservatezza,* in *Rivista di Diritto Civile,* v. XLVIII, 5, 2002, pp. 665.

tenza, la cui motivazione, rendendo esplicite le ragioni della decisione, consente alla collettività di verificare che questa non sia frutto di arbitrio, una verifica coerente con quanto afferma l'art. 101, co. 1, Cost., «la giustizia è amministrata in nome del popolo»[16]. La motivazione, prevista come obbligatoria per tutti i provvedimenti giurisdizionali, *ex* art. 111, co. 6, Cost., svolge infatti, non solo una funzione endoprocessuale[17], tesa a persuadere le parti, in particolare quella soccombente, della giustizia della decisione, ma anche una funzione extraprocessuale di garanzia di controllabilità democratica sull'amministrazione della giustizia[18]: destinatari della motivazione non sono soltanto le parti, i loro avvocati ed il giudice dell'impugnazione, ma anche l'opinione pubblica intesa nel suo complesso.

Circa le modalità di svolgimento delle udienze, il vero rischio che l'avvocato deve scongiurare consiste nel fatto che si possa svolgere un'udienza in cui venga presa una decisione sulla quale egli non sia potuto intervenire in alcun modo[19]. Per valutare quindi se alcune delle udienze previste nel nostro processo civile possano essere svolte mediante semplice trattazione scritta, occorre verificare che attraverso l'eliminazione dell'udienza "orale" – quale luogo di contatto diretto fra giudice e parti – non vengano violati principi fondamentali del giusto processo, quali quello del contraddittorio e della parità delle parti, *ex* artt. 111 e 24 Cost.

Se infatti alcune udienze civili possono essere svolte anche senza "udienza orale" e quindi tramite semplice trattazione scritta, senza che vi sia una violazione dei principi di cui sopra, altre necessitano invece di essere trattate attraverso il confronto diretto e contemporaneo tra il giudice e le parti. Si ritiene che rientrino in quest'ultima categoria le udienze in cui vengono assunte le prove costituende, quelle in cui il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, ritenga necessario procedere alla discussione orale di eccezioni pregiudiziali o preliminari idonee a definire il giudizio, le udienze nei procedimenti camerali, sommari e cautelari[20], in cui il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, ritenga necessaria

---

[16] Sulla motivazione della sentenza vedi da ultimo C. Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bononia University Press, Bologna, 2016 e A. Frassinetti, *Il contenuto "minimo" per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. LXXII, 3, 2017, p. 668.

[17] Sulla funzione endoprocessuale della motivazione v. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 370 ss.; Id., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecniche e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, 10-12 ottobre 1985)*, Cedam, Padova, 1988, p. 187 ss.; Id., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enciclopedia del Diritto (Agg)*, vol. III, Treccani, Milano, 1999, p. 775.

[18] Sulla funzione extraprocessuale della motivazione vedi M. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 405 e I. Andolina, G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile, Il modello costituzionale del processo civile italiano,* Giappichelli, Torino, 1997[2], p. 191.

[19] F. Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in *Judicium.it*, 29 aprile 2020.

[20] Trib. Lecce, 27 marzo 2020, ha trattato in forma scritta un procedimento per sequestro preventivo, ravvisando ragioni di urgenza.

la comparizione delle parti per sentirle liberamente o disponga la discussione orale dei difensori.

Non sembra opportuno trattare in forma scritta neanche l'udienza di trattazione, *ex* art. 183 c.p.c., nella quale, essendo previste attività difensive delle parti che dipendono dal comportamento processuale della controparte, deve essere garantita ad entrambe l'immediato esercizio del diritto di difesa [21]. Così, se in detta udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dal convenuto, e chiedere altresì di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, qualora l'esigenza sia sorta dalle difese del convenuto, quest'ultimo, a sua volta, deve poter replicare proponendo, nella stessa udienza, sia nuove eccezioni in senso stretto, sia nuove domande e/o chiamare in giudizio terzi.

Si tratta di attività processuali che non possono essere svolte nel caso dell'udienza di trattazione in forma scritta, a meno che non vengano concessi alle parti almeno due termini a scalare, con identica scadenza per entrambe, al fine del deposito telematico di note scritte prima dell'udienza. Così, per non pregiudicare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti al processo, principi da salvaguardare anche nei casi di svolgimento delle udienze da remoto o in via cartolare, alcuni giudici nel fissare l'udienza di trattazione scritta, hanno disposto un duplice scambio di note scritte, assegnando a tal fine a ciascuna parte, oltre ad un termine di dieci giorni prima dell'udienza, un successivo termine di cinque giorni prima dell'udienza, per il deposito telematico di eventuali deduzioni di replica alle istanze e conclusioni depositate dalle controparti[22]. Ancora, le parti sono invitate a trasmettere dette note agli altri procuratori costituiti, mediante posta elettronica certificata, contestualmente al deposito telematico delle stesse.

Potrebbe poi essere necessario svolgere in forma orale anche la prima udienza nei procedimenti sommari di cognizione *ex* art 702 *bis* c.p.c.[23], l'udienza in cui si decide sulle istanze di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto[24] o circa l'emanazione delle ordinanze *ex* artt. 186 *bis* e *ter* c.p.c., nonché quelle relative alle procedure esecutive immobiliari, in

[21] U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria,* in *Judicium.it,* 4 giugno 2020, evidenzia come non sia opportuna la trattazione scritta soprattutto nei casi in cui il convenuto non si sia costituito tempestivamente, situazione che rende impossibile alla controparte poter esercitare il suo diritto di difesa, svolgendo le attività di cui all'art. 183, co. 5, c.p.c.

[22] Vedi in questo senso il decreto del Trib. Lecce, 10 giugno 2020.

[23] Così D. Cerri, *Emergenza e provvedimenti dei capi degli uffici: il caso pisano*, in *Judicium.it,* 8 aprile 2020, che rileva come in detta udienza il giudice possa fare attività istruttoria e definire *hic et inde* la causa.

[24] Trib. Livorno, 27 marzo 2020, ha trattato in forma scritta una prima udienza di decisione sulla provvisione esecuzione di un decreto opposto, relativamente ad una causa iscritta da poco a ruolo (2019).

quanto si tratta di udienze in cui può essere necessario un confronto dialettico tra le parti prima dell'emanazione del provvedimento del giudice.

Anche l'udienza di discussione orale, quando voluta dalla legge, ai sensi degli artt. 420 e 429 c.p.c., o chiesta dalla parte, *ex* art. 281 *quinquies* c.p.c., non si presta ad essere trattata in forma scritta, perché viene precluso alle parti il potere di discutere oralmente la causa[25]. Tenuto conto, però, che, già nella prassi, la discussione orale si svolge, il più delle volte, mediante richiamo dei difensori alle rispettive memorie scritte depositate in atti, si potrebbe ipotizzare che il giudice fissi un'udienza di trattazione scritta in sostituzione di quella di discussione, assegnando però alle parti un termine di cinque giorni prima dell'udienza, in cui esse dichiarino se intendono richiamarsi alle memorie scritte, già depositate, o effettuare la discussione orale, con avvertimento che, in questo secondo caso, all'esito dell'udienza di trattazione scritta, il giudice dovrà fissare una nuova udienza appositamente finalizzata alla discussione orale, da svolgersi da remoto o, se possibile, in presenza.

Possono, invece, svolgersi mediante lo scambio ed il deposito telematico di note scritte, senza che si verifichi alcuna compressione del diritto di difesa delle parti e del contraddittorio: l'udienza sulle decisioni istruttorie *ex* art. 183, co. 7, c.p.c.[26], e l'udienza di precisazione delle conclusioni[27], sia in primo grado che in appello, purché la causa debba essere trattata in forma scritta e non debba essere decisa *ex* art. 281 *sexies* c.p.c. In quest'ultima ipotesi, infatti, il giudice deve pronunciare sentenza nella stessa udienza, al termine della discussione, alla presenza dei difensori delle parti, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, non potendosi riservare di provvedere fuori udienza[28].

Nei casi in cui può aversi la trattazione scritta, per il corretto svolgimento della stessa appare comunque opportuno che vengano definite a priori ed in

---

[25] Secondo A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit., in questo modo le parti non possono neanche articolare compiutamente le proprie difese finali illustrative e riepilogative delle domande e delle eccezioni proposte; U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria,* cit., rileva come l'udienza di discussione sia pubblica a pena di nullità e tale disposizione non possa essere derogata dalla legislazione emergenziale.

[26] Che può essere fissata dal giudice alla scadenza dei termini *ex* art. 183, c.p.c., a meno che il giudice, all'atto della concessione di detti termini, riservi la pronuncia sulle istanze istruttorie fuori udienza, entro trenta giorni dall'ultima scadenza.

[27] Così M. G. Civinini, *La giustizia in quarantena*, cit., secondo cui possono svolgersi in forma scritta anche le udienze prefallimentari (collegiali in camera di Consiglio relative alle procedure di concordato preventivo, di verifica dello stato passivo e di approvazione dei conti della gestione ex art. 116 L.F).

[28] Cfr. A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit.

maniera dettagliata le sue modalità di svolgimento, in base a protocolli che siano possibilmente uniformi per tutto il territorio nazionale, così da evitare eventuali prassi difformi, o provvedimenti confusi[29].

Alcune chiare indicazioni al riguardo si rinvengono nella proposta di protocollo contenuta nelle linee guida del Consiglio superiore della magistratura[30], ove emerge in primo luogo la necessità che la scelta del giudice di svolgere l'udienza mediante trattazione scritta sia previamente comunicata dalla cancelleria alle parti[31].

Nel proprio provvedimento il magistrato dovrà poi indicare la data dell'udienza, o mantenendo quella già calendarizzata, o fissandone una nuova, anticipata o differita rispetto a quella originaria, assegnando alle parti un congruo termine entro il quale queste dovranno depositare telematicamente, prima dell'udienza, le proprie "note di trattazione scritta", contenenti istanze o conclusioni, redatte nel rispetto dei principi di sinteticità e chiarezza, con iniziale indicazione in sintesi dell'oggetto e della tipologia delle istanze (Es. inibitoria, istanza *ex* art. 348 *bis* c.p.c. ecc.). La data dell'udienza costituirà il momento a partire dal quale dovranno essere adottati dal giudice "fuori udienza" i provvedimenti conseguenti alle istanze proposte, quali l'indicazione della data dell'udienza per l'assunzione delle prove costituende, l'assegnazione dei termini per

---

[29] A. Briguglio, *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana*, in *Judicium.it*, 2 luglio 2020, riporta il seguente esempio di provvedimento confuso sulla c.d. nota unica congiunta: «*A modifica della data già stabilita, fissa, per la trattazione della causa, il …; dispone che la causa sia trattata con le modalità disciplinate dall'art. 83, co. 7, lett. h), D.L. 18/2020; assegna, a tal fine, alle parti termine fino alle ore 9.00 del giorno come sopra fissato per il deposito di una nota congiunta da denominarsi "nota di trattazione scritta" contenente le proprie istanze, conclusioni, deduzioni e repliche (la nota da depositare telematicamente, all'esito dello scambio tra le parti, dovrà essere firmata da tutti i difensori delle parti costituite). Invita le parti: al rispetto del principio di leale collaborazione sia tra loro che nei confronti del giudice; a redigere la nota congiunta in forma chiara e sintetica, ricordando che essa sostituisce le dichiarazioni da rendersi in udienza e non può, pertanto, sconfinare in inammissibili memorie difensive; ad attenersi alle seguenti misure prudenziali nella fase dello scambio: la parte più diligente assumerà l'iniziativa trasmettendo alla controparte – sollecitamente e, comunque, in termine congruo per consentirne l'esame e il completamento da parte di quest'ultima – la nota provvisoria contenente le proprie istanze e conclusioni e l'altra parte completerà la nota in tempo utile al suo esame e all'eventuale scambio ulteriore al fine delle reciproche repliche e sottoscrizioni finali in via telematica; le parti si accorderanno su chi di loro provvederà al deposito telematico nel fascicolo entro le ore 9.00 della data sopra indicata ….».*

[30] *Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti,* del 26 marzo 2020, in CSM.it.

[31] In tre provvedimenti resi dalla Corte d'Appello di Venezia, con ordinanze dell'8 e 14 aprile e dal Tribunale di Firenze, il 16 aprile 2020, i giudici hanno scelto di tenere l'udienza di precisazione delle conclusioni in forma scritta, pur non trattandosi di cause civili rientranti tra quelle eccezionali, ritenendo che la ritardata trattazione del procedimento, in seguito al differimento dell'udienza, potesse arrecare grave pregiudizio alle parti, stante il superamento del termine biennale di ragionevole durata del processo.

il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, la fissazione dell'udienza di discussione orale della causa ecc.

Spesso nei provvedimenti dei capi degli uffici viene inoltre precisato che, in caso di mancato deposito da tutte le parti delle note scritte, al termine dell'udienza si applicherà il disposto degli artt. 181 e 309 c.p.c.[32]: la causa verrà quindi rinviata ad altra udienza per l'eventuale successiva cancellazione dal ruolo ed estinzione del processo. Alcuni contestano detta ricostruzione, non soltanto per non essere stata espressamente prevista dall'art. 83, D.L. 18/2020, ma anche per l'impossibilità di equiparare l'omesso deposito delle note scritte alla mancata presenza delle parti ad un'udienza che, nel caso, non ci sarebbe[33].

Si tratta di rilievi che non ci paiono condivisibili. Così, quanto alla mancata previsione legislativa, occorre segnalare che, in via generale, il codice di rito prevede che l'estinzione del processo possa conseguire anche al mancato compimento di atti: dato che la partecipazione ad un'udienza di trattazione scritta non può avere altra forma se non quella del deposito telematico di note scritte, l'assenza di tale deposito da entrambe le parti equivale alla mancata partecipazione all'udienza. Ancora, occorre rilevare che il mancato deposito manifesta il sopravvenuto mancato interesse delle parti a far proseguire il processo e, non dare rilievo a questo fatto, obbligherebbe il giudice a decidere una causa per la quale le parti hanno manifestato con il proprio comportamento concludente di non avere più interesse[34].

2. *Le udienze a trattazione scritta in materia di separazione e divorzio*

Sempre al fine di contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, in questo periodo emergenziale l'udienza a trattazione scritta è stata utilizzata quale modello di gestione anche dell'udienza di prima comparizione delle parti nei procedimenti in materia di famiglia di natura consensuale. Al riguardo sono state

[32] In base all'art. 181, richiamato dall'art. 309 c.p.c., il giudice fissa un'udienza successiva (comunicata dalla cancelleria alle parti) e «se nessuna delle parti compare alla nuova udienza, il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo».

[33] Secondo A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit., non è pertanto possibile predeterminare una volta per tutte gli effetti dell'omesso deposito delle note scritte facendo diretta applicazione del combinato disposto degli artt. 309 e 181, co. 1, c.p.c., in quanto gli effetti dell'omissione dovrebbero variare al variare del contenuto delle "istanze e conclusioni" inserite nelle note non depositate dalle parti (in previsione della successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice).

[34] L'estinzione può verificarsi in caso di accordo esplicito delle parti (rinuncia e relativa accettazione), *ex* art. 306 c.p.c.

emanate le linee guida del Consiglio Nazionale Forense[35] ed adottati diversi protocolli volti a consentire lo svolgimento anche mediante trattazione scritta di giudizi iniziati con ricorso per separazione consensuale, ricorso per divorzio congiunto, nonché nelle ipotesi di consensualizzazione in corso di causa di separazione e divorzi iniziati come giudiziali.

In tutti questi casi, per procedere a trattazione scritta si richiede che i difensori delle parti, prima dell'udienza, depositino nel fascicolo telematico una dichiarazione, sottoscritta dalle parti, in cui queste rinunciano liberamente e coscientemente a comparire, ribadendo la volontà di non volersi riconciliare, con conferma integrale delle condizioni dell'accordo raggiunto, che deve essere allegato. A questo punto il giudice redige un verbale di udienza figurata, nel quale dà atto, in assenza delle parti, dell'avvenuto deposito delle note di trattazione scritta, a cui fa seguito il deposito del decreto di omologa della separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto, previa trasmissione telematica al PM, per il suo parere.

L'impiego della trattazione scritta, con rinuncia delle parti a comparire, accompagnata dalla dichiarazione espressa di non volersi riconciliare, è possibile nei procedimenti di separazione e divorzio di natura consensuale, sia in quanto la giurisprudenza ritiene che l'esperimento del tentativo di conciliazione non è condizione di procedibilità della domanda[36] e non è indispensabile, laddove non se ne ravvisi la necessità[37], sia poiché con il D.L. 12 settembre 2014 n. 132[38], il legislatore ha accentuato il carattere privatistico del rapporto coniugale, introducendo la possibilità per i coniugi di separarsi o sciogliere il loro matrimonio anche soltanto con gli strumenti negoziali, in particolare con l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita o stipulato davanti all'ufficiale dello stato civile[39].

Più delicata è invece la questione circa il possibile utilizzo dell'udienza a trattazione scritta nell'ambito dei procedimenti familiari contenziosi, rispetto ai quali la modificazione o l'estinzione dello *status* coniugale è sempre sottratto all'autonomia privata dei coniugi e richiede necessariamente un provvedimento giudiziale. In detti procedimenti non può essere utilizzata la trattazione scritta nelle udienze in cui è necessario consentire un'attività dialettica tra le parti e il

[35] Approvate in data 20 aprile 2020, volte a regolare lo svolgimento dei procedimenti in materia di diritto di famiglia limitatamente al periodo di emergenza Covid-19 e comunque non oltre la data del 30 giugno 2020.

[36] Vedi in questo senso, con riferimento ai giudizi di divorzio: Cass. 23 luglio 2010 n. 17336, in *Giustizia Civile,* 2011, 9, I, 2115 e Cass. 10 agosto 2001 n. 11059, *ivi*, 2002, I, 3178.

[37] Così Cass. 7 gennaio 2008 n. 34.

[38] Misure urgenti per la degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia civile, convertito nella L. 10 novembre 2014 n. 162.

[39] Purché la coppia non abbia figli minori, o maggiorenni disabili o non economicamente autosufficienti.

loro diretto contatto con il giudice o debbano comparire soggetti diversi dai difensori, limite legislativo che nei procedimenti contenziosi ritengo non possa essere mai derogato. Si pensi all'udienza presidenziale ove l'audizione delle parti è importante, non tanto per l'espletamento del tentativo di conciliazione, quanto piuttosto perché consente al giudice di interrogare liberamente le parti e di ricavare dal loro ascolto informazioni utili per dare opportuni contenuti all'ordinanza presidenziale[40], destinata a regolamentare in modo durevole i rapporti tra i coniugi. Detta ordinanza, infatti, sebbene sia provvisoria, produce effetti fino a quando non venga sostituita dalla sentenza che definisce il giudizio[41], salva l'eventuale protrazione della sua efficacia nell'ipotesi di estinzione del processo[42].

Altra causa impeditiva allo svolgimento dell'udienza mediante trattazione scritta si rinviene rispetto ai procedimenti in cui è parte un minore, ove è necessario che questi venga ascoltato, trattandosi di un adempimento che, se non osservato, viene sanzionato con la nullità[43].

Ecco quindi che nell'udienza presidenziale, come in tutte le altre udienze in cui sia necessario per le parti farsi ascoltare, l'unica modalità che può eventualmente sostituire l'udienza in presenza è quella che si svolge con collegamento da remoto, che garantisce il confronto dialettico tra le parti e di conseguenza l'attuazione del contraddittorio tra le stesse, salvo che il giudice ritenga opportuna la comparizione personale delle parti, soprattutto ove si tratti di coppie con figli minori e siano dedotti aspetti di pregiudizio. Secondo le linee guida, resta comunque salva la facoltà del giudice di disporre la trattazione scritta, laddove i difensori vi consentano e si applichino le precise modalità previste nel protocollo generale CSM/CNF, mentre la modalità della trattazione scritta sarà quella preferenziale per tutte le udienze successive, sempre laddove vi sia il consenso dei difensori.

---

[40] Sulla funzione latamente istruttoria assunta dal tentativo di conciliazione, vedi F. Tommaseo, *sub.* art. 4, L. 898/1970, in *Lo scioglimento del matrimonio, Il Codice Civile Commentario*, a cura di G. Bonilini, F. Tommaseo, Giuffrè, Milano, 2010[3], p. 365.

[41] Sentenza che sostituirà al regime provvisorio, un regime definitivo o idoneo a diventare tale. Prima della pronuncia della sentenza, l'ordinanza è revocabile e modificabile dal giudice istruttore, anche senza mutamenti delle circostanze*, ex* art. 709, co. 4, c.p.c., e reclamabile con ricorso alla Corte d'appello, *ex* art. 708, co. 4, c.p.c.

[42] Finché non sia sostituita «con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi», *ex* art. 189 disp. att. c.p.c.

[43] La giurisprudenza, nel recepire le indicazioni provenienti dalle Convenzioni internazionali, ha stabilito, non soltanto che l'ascolto del minore è necessario in ogni procedimento giurisdizionale che lo riguarda, ma che il mancato adempimento a tale obbligo determina la nullità del provvedimento adottato, se non adeguatamente motivato: Cass. 17 aprile 2019 n. 10774, in *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 609; Cass. 24 maggio 2018 n. 12957, in *Foro italiano*, 2018, 1, 2364; Cass. 29 settembre 2015 n. 19327; Cass. 24 dicembre 2013 n. 28645.

3. *Conclusioni*

Da quanto sopra appare evidente come l'emergenza covid, pur paralizzando ingiustamente per mesi l'attività giudiziaria, abbia introdotto nuove modalità di svolgimento delle udienze, da utilizzare peraltro solo durante il periodo, temporalmente limitato, dell'emergenza sanitaria, come statuito nei vari decreti che si sono succeduti.

L'utilizzo di queste nuove modalità ha però dimostrato, da un lato, che ci sono certi snodi processuali su cui la collaborazione tra i vari soggetti del processo (anche dopo l'emergenza) potrebbe aiutare a rendere di più agevole gestione alcune udienze per tutti i protagonisti del processo[44]. Dall'altro, ha messo in evidenza come applicare al meglio le nuove tecnologie, anche nello svolgimento del processo civile, non solo permetta di far fronte alle difficoltà che può incontrare l'esercizio della giurisdizione in tempi di emergenza, ma consenta di migliorare in modo durevole l'efficienza del sistema giustizia, riducendone anche i costi sociali.

Così, senza bisogno di modificare il codice di procedura civile, in forza dei poteri di direzione dell'udienza che spettano al giudice *ex* artt. 127 e 128 c.p.c. e del principio di libertà delle forme di cui all'art. 121 c.p.c., il giudice, anche oltre l'emergenza sanitaria, può proporre alle parti lo svolgimento di alcune udienze mediante trattazione scritta, con assegnazione alle stesse di un unico termine per il deposito di note, nel caso di udienza di precisazione delle conclusioni, o di due termini successivi, se si tratta di udienza di trattazione, per il deposito di eventuali repliche.

Il giudice può fissare l'udienza a trattazione scritta solo laddove non ravvisi la necessità di un confronto dialettico tra le parti e sempre che non vi sia il dissenso anche solo di una di esse. La mancata previsione normativa di uno strumento per la parte di opposizione alla scelta del giudice[45], neppure in relazione a quella tra udienza da remoto rispetto all'udienza scritta, è stata infatti tacciata di violazione del diritto ad un equo processo, di cui all'art. 6 Cedu, dal Consiglio di Stato, a proposito dell'attigua norma di cui all'art. 84, D.L. 18/2020[46]. Va

[44] F. Valerini*, La giustizia al tempo del coronavirus,* in *Diritto e Giustizia,* 26 febbraio 2020.

[45] Diversamente dal sistema francese, dove le parti hanno facoltà di opporsi entro 15 giorni ed il giudice può rinviare l'udienza a data successiva o fissare un'udienza con le modalità *a publicité restreinte* o pronunciare in composizione monocratica (*juge unique*). Vedi sul punto L. Cadiet, *Un etat d'exception pur la procedure civile francaise a l'epreuve du coronavirus*, in *Judicium.it*, 20 aprile 2020; sulle diverse misure adottate dai paesi europei vedi G. Chiapponi, *Judicial cooperation and coronavirus: the law must go on*, *ivi,* 23 maggio 2020.

[46] Cons. Stato 21 aprile 2020 n. 2539, secondo cui, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 84, co. 5, consente sempre alle parti di chiedere il differimento dell'udienza cartolare per poter discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento non derivi alcun pregiudizio alle parti.

quindi preferita un'interpretazione, rispettosa dei principi costituzionali e convenzionali, che obblighi il giudice, a fronte di un'espressa richiesta in tal senso, a fissare l'udienza da remoto, se non è possibile quella in presenza[47].

Solo se sussistono i presupposti sopra indicati, l'udienza a trattazione scritta può quindi rappresentare una misura utilizzabile per contrastare l'annoso problema dell'eccessiva durata dei processi, contribuendo al rispetto del principio costituzionalmente garantito della ragionevole durata del processo, *ex* art. 111 Cost., senza violare però i principi, di pari rilievo costituzionale, del contraddittorio e della parità delle parti.

Qualora, invece, l'udienza a trattazione scritta venga impropriamente proposta dal giudice nelle ipotesi ove determina una lesione dei principi del giusto processo, come nell'udienza presidenziale nei giudizi di separazione o divorzio giudiziale, o si svolga con detta modalità nonostante l'opposizione di una delle parti, ciò dà luogo ad una nullità processuale, che può essere eccepita dalle parti che non abbiano espressamente aderito al modello di udienza scelto dal giudice. Si tratta infatti di una nullità relativa che, ai sensi dell'art. 157, può essere eccepita nella prima istanza o difesa successiva all'atto nullo, dalla parte che non abbia dato causa alla nullità o vi abbia rinunciato[48].

Se la parte vuole, invece, far valere tale nullità in sede impugnazione, *ex* art. 101, co. 2, c.p.c., dovrà dimostrare la sussistenza di un interesse ad impugnare e cioè un'effettiva compressione del suo diritto di difesa, che le è derivato dal mancato svolgimento dell'udienza in forma orale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Andolina I., Vignera G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile, Il modello costituzionale del processo civile italiano,* Giappichelli, Torino, 1997[2].

Briguglio A., *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana*, in *Judicium.it,* 2 luglio 2020.

Cadiet L., *Un etat d'exception pur la procedure civile francaise a l'epreueve du coronavirus*, in *Judicium.it*, 20 aprile 2020.

Cerri D., *Emergenza e provvedimenti dei capi degli uffici: il caso pisano*, in *Judicium.it,* 8 aprile 2020.

Chiapponi G., *Judicial cooperation and coronavirus: the law must go on*, in *Judicium.it,* 23 maggio 2020.

[47] Così U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria,* cit.

[48] Cfr. A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit., secondo cui l'eccezione di nullità relativa *ex* art. 157, c. 2, c.p.c., deve essere eccepita tempestivamente dalle parti dopo aver ricevuto l'avviso di trattazione cartolare della causa.

Civinini M.G., *La giustizia in quarantena*, in *Questione giustizia*, 31 marzo 2020.

Corea U., *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria,* in *Judicium.it,* 4 giugno 2020.

Frassinetti A., *Pubblicità dei giudizi e tutela della riservatezza,* in *Rivista di Diritto Civile,* v. XLVIII, 5, 2002, pp. 665-706.

Id., *Il contenuto "minimo" per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. LXXII, 3, 2017, pp. 668-694.

Panzarola A., M. Farina, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *Judicium.it*, 29 maggio 2020.

Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

Scarselli G., *Contro le udienze a remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium.it,* 13 maggio 2020.

Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.

Id., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecniche e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, 10-12 ottobre 1985)*, Cedam, Padova, 1988.

Id., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enciclopedia del Diritto (Agg).*, vol. III, Treccani, Milano, 1999, pp. 775.

Tommaseo F., *Lo scioglimento del matrimonio, Il Codice Civile Commentario*, a cura di G. Bonilini, F. Tommaseo, Giuffrè, Milano, 2010[3].

Valerini F., *In difesa dell'udienza da remoto*, in *Judicium.it*, 29 aprile 2020.

Id., *La giustizia al tempo del coronavirus*, in *Diritto e Giustizia*, 26 febbraio 2020.

IL PROCESSO DEL LAVORO ALLA PROVA DELL'EMERGENZA

LUCA IERO*

1. *Il quadro normativo: l'assenza di norme specifiche per il processo del lavoro e previdenziale*

La grave emergenza provocata dall'epidemia di Covid-19 ha avuto un pesante impatto anche sull'amministrazione della giustizia.

La fulminea evoluzione della crisi sanitaria ha difatti imposto al legislatore l'adozione di una serie d'interventi normativi d'urgenza, che hanno condotto, in un rapido crescendo, sino al blocco pressoché totale degli uffici giudiziari e quindi anche dei processi, in tutto il territorio nazionale.

I primi interventi in materia di giustizia civile avevano in realtà riguardato i soli territori rientranti nella c.d. zona rossa[1]: l'art. 10, comma 1, D.L. 2 marzo 2020, n. 9, il "Decreto Emergenza", aveva disposto per prima cosa il rinvio d'ufficio, fatte salve alcune espresse eccezioni[2], di tutte le udienze dei procedimenti pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari interessati, sino a data successiva al 31 marzo 2020.

Veniva inoltre stabilita, per i medesimi procedimenti, la sospensione, dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto e sino al 31 marzo 2020, dei termini «per il compimento di qualsiasi atto processuale, comunicazione e notificazione» (art. 10, comma 2); tale misura era estesa a tutti i processi con parti o difensori residenti o aventi sede nei comuni della zona rossa (art. 10, comma 3).

---

* Avvocato INPS e Dottore di ricerca in diritto del lavoro. Si segnala che le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione.

[1] V. D.P.C.M. del 1° marzo 2020.

[2] Si trattava, con formula poi ripresa nei successivi decreti, dei procedimenti specificamente elencati e ritenuti di per sé urgenti e, in generale, di tutti i procedimenti nei quali «la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti».

Infine, per tutti i soggetti che alla data di entrata in vigore del decreto fossero residenti o avessero sede operativa o esercitassero la propria attività lavorativa, produttiva o funzione entro la zona rossa, si disponeva la sospensione dal 22 febbraio al 31 marzo 2020 di tutti i «termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione» (art. 10, comma 4).

La disciplina prevista per la zona rossa fu poi allargata ad altri comuni e quindi, con il repentino peggiorare dell'epidemia, a tutto il territorio nazionale[3].

Nel frattempo, però, era intervenuto anche il D.L. 8 marzo 2020, n. 11, "Decreto Giustizia", che all'art. 1 aveva disposto, a decorrere dal 9 marzo 2020 e sino al 22 marzo 2020, il differimento delle udienze «dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari» e la sospensione dei termini «per il compimento di qualsiasi atto».

L'art. 2 dello stesso decreto demandava ai capi degli uffici giudiziari il compito di adottare le misure organizzative necessarie allo svolgimento delle attività consentite nella fase successiva, allora individuata nel periodo dal 23 marzo al 31 maggio 2020.

Il Decreto *Emergenza* (D.L. n. 9/2020) e il Decreto *Giustizia* (D.L. n. 11/2020), in una convulsa sovrapposizione di norme dettata dall'acuirsi della crisi epidemica, non furono poi convertiti in legge[4], in quanto abrogati dall'art. 1, comma 2, L. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del successivo D.L. 17 marzo 2020, n. 18, il *Cura Italia*[5].

L'art. 83 del nuovo Decreto *Cura Italia* interveniva in materia di giustizia, limitandosi a riproporre, sia pure con alcuni opportuni e rilevanti aggiustamenti, le abrogate disposizioni del Decreto *Giustizia*, tanto da apparire come una sorta d'interpretazione autentica delle norme precedenti[6].

Erano anzitutto confermate le disposizioni in tema di sospensione dei termini e rinvio obbligatorio delle udienze, con prolungamento della scadenza dapprima al 15 aprile e poi all'11 maggio 2020[7].

Al fine di contrastare la repentina diffusione del contagio, veniva pertanto confermato un periodo cuscinetto di completa interruzione dell'attività giurisdizionale, fatta eccezione per i procedimenti analiticamente elencati al comma

---

[3] Il primo allargamento con D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 e il successivo con D.P.C.M. del 9 marzo 2020.

[4] V. comunicato di mancata conversione pubblicato sulla G.U. n.112 del 2 maggio 2020.

[5] Lo stesso art. 1, comma 2, peraltro, chiariva che «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».

[6] Così E. Dalmotto, *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del Covid-19*, in *www.blog.ilcaso.it*.

[7] La proroga all'11 maggio 2020 venne disposta con il successivo art. 36, comma 1, D.L. 8 aprile 2020, n. 23.

3 del citato art. 83 e, più in generale, per quelli la cui ritardata trattazione avrebbe potuto causare un grave pregiudizio alle parti.

Si prevedeva poi un ulteriore periodo (c.d. fase 2) tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020[8], in cui, seguendo lo schema già adottato nel Decreto *Giustizia*, veniva attribuita ai capi degli uffici giudiziari un'ampia gamma di strumenti di gestione delle udienze nella fase di emergenza (art. 83, commi 6 e 7, D.L. n. 18/2020).

Da ultimo, è intervenuto l'art. 221 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, Decreto *Rilancio*, che, a seguito delle modifiche introdotte, in sede di conversione, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, ha prorogato il regime emergenziale fino al 31 ottobre 2020, riproponendo, con qualche adattamento, le misure alternative di gestione delle udienze già previste dal citato art. 83 del Decreto *Cura Italia*.

Si tratta di un quadro normativo complesso e stratificato, che verrà esaminato nel dettaglio e in cui – vale la pena metterlo subito in evidenza - neppure una disposizione è specificamente riferita alle controversie del lavoro e previdenziali.

L'omissione del legislatore ha posto di per sé svariate questioni interpretative, a cominciare dagli eventuali limiti all'applicabilità della disciplina emergenziale ai procedimenti lavoristici.

L'interpretazione delle norme in esame non può peraltro prescindere dall'indiscusso impatto che l'emergenza Covid ha avuto anche sulle controversie di lavoro e dalla conseguente esigenza di attutirne, per quanto consentito, gli effetti.

Di qui la necessità di favorire la più ampia applicazione della normativa prevista per i processi civili, ferma restando la possibilità di valutare, caso per caso, eventuali spazi di adattamento della normativa emergenziale ai tratti peculiari del rito lavoro.

2. *Il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini nel rito lavoro*

L'art. 83 del D.L. n. 18/2020, *Cura Italia*, reca «Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare».

Già dall'intitolazione si può dedurre la duplice finalità della norma: da un lato, contrastare l'epidemia riducendo ogni contatto sociale anche nel settore della giustizia e, dall'altro, contenere, per quanto possibile, gli effetti negativi che il blocco dell'attività giurisdizionale può produrre sul piano della tutela dei diritti[9].

[8] L'art. 3, lettera i), del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, il «Decreto Intercettazioni», aveva spostato al 31 luglio 2020 la scadenza di questa seconda fase. In sede di conversione del decreto, avvenuta con L. 25 giugno 2020, n. 70, la citata lett. i) dell'art. 3 veniva tuttavia soppressa, il che comportava il risorgere dell'originario termine del 30 giugno 2020.

[9] In tal senso si esprime anche la Relazione illustrativa del decreto, quanto all'art. 83; *cfr.* anche S. Casciaro, *Brevi note sull'udienza c.d. a trattazione scritta nel rito del lavoro (art. 83, co. 7 lett. h), D.L. 18-2020)*, in *www.magistraturaindipendente.it*.

In un'ottica, soprattutto, di prevenzione del contagio, il primo comma dell'art. 83 disponeva il rinvio d'ufficio, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (termine poi prorogato all'11 maggio 2020), delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari.

La norma non ha posto particolari problemi interpretativi, applicandosi senza alcun dubbio anche ai giudizi in materia di lavoro e previdenza, quale *species* del più ampio *genus* "procedimenti civili".

Il secondo comma dell'art. 83 dispone invece la sospensione, per il medesimo periodo, del «decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali».

Lo stesso secondo comma disciplina anche le modalità della sospensione, recependo quanto già stabilito nei primi due articoli del Decreto *Giustizia*, ma con alcune opportune integrazioni e precisazioni.

In primo luogo, nel Decreto *Giustizia* la sospensione dei termini era regolata dal secondo comma dell'art. 1, per i "procedimenti indicati al comma 1", ovvero per i giudizi "pendenti" nell'intervallo di tempo allora individuato come periodo cuscinetto (dal 9 al 22 marzo 2020) e con udienza obbligatoriamente rinviata. Ciò aveva lasciato spazio a qualche dubbio, potendosi intendere, secondo alcuni interpreti, la sospensione dei termini come riferita ai soli procedimenti con udienza già fissata nel periodo di sospensione e conseguente esclusione, ad esempio, dei termini per l'iscrizione a ruolo o per l'opposizione a decreto ingiuntivo[10].

In realtà, il richiamo ai "procedimenti indicati al comma 1" poteva forse essere interpretato, tenuto conto anche della *ratio* della norma, semplicemente come rapportato ai procedimenti "pendenti" e quindi ai giudizi con atto di citazione già notificato o ricorso depositato.

In ogni modo, il nuovo testo sgombra il campo dalle incertezze, chiarendo che la sospensione riguarda tutti i procedimenti ed investe i termini «per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali»[11].

Viene poi confermato, come già previsto dal Decreto *Giustizia*, che qualora «il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo».

---

[10] Così A. Ciavola, *La giustizia ai tempi del Coronavirus. Giudizi civili e penali. La giustizia amministrativa. Ipotesi di soluzione*, in *www.altalex.com*, che però propende per un'interpretazione estensiva della norma, tale da ricomprendere tutti i procedimenti; più dubitativo sul punto G. Scarselli, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *www.judicium.it*.

[11] La sospensione dei termini per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio potrebbe avere carattere innovativo rispetto alla disciplina del Decreto *Giustizia*; così G. Cavallini, *Emergenza COVID ed effetti sulle controversie di lavoro*, in *www.comma2.it*.

Molto rilevante, nella prospettiva delle controversie di lavoro, l'ulteriore precisazione concernente i termini a ritroso: la nuova disposizione dell'art. 83, comma 2, chiarisce che «Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto».

L'art. 1 del Decreto *Giustizia* non aveva regolato in modo specifico i termini da computarsi a ritroso, il che aveva suscitato forti perplessità fra i primi commentatori, considerato anche l'orientamento giurisprudenziale secondo cui si tratterebbe di termini che richiedono una disciplina differente rispetto a quella dei c.d. termini finali[12].

Il rischio più grande era che la sospensione non operasse per questi termini o che conducesse a risultati aberranti, come far retroagire la scadenza ad una data precedente all'inizio del periodo di sospensione[13].

Ma il problema si poneva soprattutto per i termini a ritroso che iniziassero a decorrere da una data successiva al periodo cuscinetto, ma con scadenza collocata all'interno di detto periodo: si pensi, ad esempio, al caso di una prima udienza di discussione con rito lavoro fissata al 24 marzo 2020 e con termine, quindi, per la costituzione del convenuto al 14 marzo. In questo caso, vi era il rischio che il termine a ritroso non fosse soggetto a sospensione.

Nelle controversie del lavoro la medesima questione si presenta anche con riferimento ai termini per note conclusive concessi ai sensi dell'art. 429, secondo comma, c.p.c. Si tratta, infatti, di termini elargiti quasi *de plano* nella prassi delle sezioni lavoro, ancorché in deroga al principio di oralità che dovrebbe permeare questo tipo di giudizi.

In ogni modo, in tutti i casi menzionati, la norma dell'art. 83, secondo comma, offre una soluzione soddisfacente mediante il rinvio obbligatorio dell'udienza (o dell'attività) da cui decorre il termine a ritroso, in maniera tale da assicurarne il rispetto.

Il rinvio opera anche nell'ipotesi in cui il computo del termine sia solo in parte compreso nel periodo di sospensione, di talché il diritto di difesa delle parti viene ad essere pienamente salvaguardato.

---

[12] Cfr. G. Scarselli, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11*, cit., che richiama Cass.14 settembre 2017 n. 21335; nello stesso senso D. Gramaglia, *Chiusura uffici giudiziari e sospensione dei termini nel processo civile. Primo commento sulla disposizione che riguarda i termini "a ritroso"*, in *www.judicium.it*.

[13] Cfr. F.M. Giorgi, *Emergenza Covid-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020, p. 1 ss.

2.1. *La sospensione dei termini sostanziali*

Le norme finora esaminate si riferiscono alla sospensione dei termini processuali.

Ancor più delicata, specie – come si vedrà - nel campo delle controversie del lavoro e previdenziali, è però la sorte di quei termini sostanziali di decadenza e prescrizione che, pur restando formalmente estranei al processo, condizionano in ogni modo la proposizione della domanda giudiziale[14].

Il citato art. 83, secondo comma, D.L. n. 18/2020, in apparenza non se ne occupa, facendo, come detto, espresso riferimento ai soli termini "dei procedimenti civili".

Per contro, come già osservato, il D.L. n. 9/2020, Decreto *Emergenza*, limitatamente ai territori della c.d. zona rossa, aveva sospeso anche il «decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali».

La mancata conferma di questa previsione[15], insieme al dato letterale dell'art. 83, secondo comma, indurrebbe in prima battuta ad escludere i termini di decadenza e prescrizione dal novero dei termini sospesi.

Va tuttavia segnalata la singolare disposizione dell'art. 83, comma 8, secondo cui «Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma 7 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi».

La norma si riferisce ai provvedimenti organizzativi demandati ai capi degli uffici giudiziari nel periodo di emergenza, al fine di consentire la gestione delle attività nel rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie.

In verità, non è ben chiaro in quali casi le menzionate misure organizzative abbiano potuto impedire la presentazione di domande giudiziali, giacché, da un lato, lo stesso art. 83, al comma 11, stabiliva l'obbligo di deposito telematico dei ricorsi e, dall'altro, negli uffici sprovvisti di tale servizio (Giudice di Pace e Corte di Cassazione) non poteva essere precluso l'accesso per lo svolgimento di attività urgenti (art. 83, comma 7, lett. a) [16].

Ma a prescindere dal suo incerto campo di applicazione, la disposizione citata solleva un ulteriore e ben più rilevante dubbio: non si comprende, in-

---

[14] In campo strettamente civilistico, si pensi, ad esempio, al termine di decadenza per l'impugnazione delle delibere condominiali previsto dall'art. 1137, comma 2, c.c. o al termine di prescrizione per la proposizione dell'azione revocatoria.

[15] La norma non era stata riproposta neppure dal D.L. n. 11/2020, Decreto *Giustizia*.

[16] In base alla norma citata, i capi degli uffici giudiziari, per assicurare le finalità di prevenzione del contagio, possono, fra l'altro, limitare l'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, ma «garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti».

fatti, la ragione per cui i termini di prescrizione e decadenza siano suscettibili di sospensione, sia pure a determinate condizioni, nella c.d. fase 2 e possano invece decorrere, senza alcuna eccezione, nel periodo di più stringente emergenza sanitaria.

L'irrazionalità di una tale soluzione pare alquanto evidente.

Sembrerebbe quindi più logico propendere per un'interpretazione estensiva del richiamo normativo ai termini "procedurali" e in special modo di quelli stabiliti «per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio», tale da comprendervi anche i termini di decadenza e prescrizione di cui si sta discutendo[17].

Si tratterebbe, del resto, di un'impostazione perfettamente coerente con la *ratio legis* ricavabile dalla Relazione illustrativa al citato art. 83, in cui si enuncia l'obiettivo di «neutralizzare ogni effetto negativo che il massivo differimento delle attività processuali avrebbe potuto dispiegare sulla tutela dei diritti per effetto del sostanziale decorso dei termini processuali».

L'obiettivo perseguito dalla disposizione in esame è quindi quello di scongiurare ogni possibile danno, in termini di tutela dei diritti, derivante dal protratto blocco dell'attività giudiziaria: tale obiettivo verrebbe in buona parte frustrato da un'interpretazione troppo rigida della norma che disciplina la sospensione dei termini.

2.2. *La decadenza dall'impugnazione del licenziamento*

Va segnalato che il tema della sospensione dei termini di decadenza e prescrizione assume particolare rilevanza nel campo delle controversie del lavoro e, forse ancor di più, nello specifico settore delle controversie previdenziali.

Per quanto riguarda le cause di lavoro in senso stretto, viene in rilievo, soprattutto, il termine per l'impugnazione dei licenziamenti individuali previsto dall'art. 6, L. 15 luglio 1966, n. 604.

Il licenziamento deve essere impugnato, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta o da quella dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore e anche tramite l'intervento autonomo dell'organizzazione sindacale.

L'impugnazione, inoltre, è inefficace se non è seguita, entro i successivi centottanta giorni, dal deposito del ricorso giudiziale o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato; qualora la conciliazione o l'arbitrato non abbiano esito positivo, il ricorso al giudice deve essere depositato, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

---

[17] Così F. Santagada, *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale Covid-19*, in *www.judicium.it*.

Si configura, pertanto, una fattispecie a formazione progressiva con due termini di decadenza sostanziale, l'uno stragiudiziale di sessanta giorni e l'altro giudiziale di centottanta[18].

La problematica della sospensione si pone per tutti i termini di decadenza indicati e presenta profili di indubbia complessità; peraltro, la rilevanza della questione è stata almeno in parte stemperata dal blocco dei licenziamenti individuali e collettivi, della durata di cinque mesi, disposto dall'art. 46 del D.L. n. 18/2020[19].

Nei primi commenti all'art. 83 sono emerse pressoché tutte le soluzioni interpretative possibili[20]: l'unico punto fermo è costituito dalla sicura applicabilità della sospensione, nel periodo dal 22 febbraio al 31 marzo 2020, in favore di chi fosse residente o avesse sede operativa o esercitasse la propria attività lavorativa, produttiva o funzione nei comuni della originaria zona rossa[21]. Ciò in forza del più volte richiamato art. 10, comma 4, D.L. n. 9/2020.

Per tutti gli altri soggetti, la generalizzata sospensione dei termini per l'impugnazione del licenziamento potrebbe operare solo qualora si volesse accedere all'interpretazione più estensiva dell'art. 83, che, valorizzando argomentazioni sistematiche e la stessa *ratio legis*, giunge, come già illustrato, a ritenere sospeso ogni termine sostanziale idoneo a condizionare dall'esterno la proposizione della domanda giudiziale.

L'ambivalente e peculiare natura dei termini per l'impugnazione del licenziamento lascia spazio, tuttavia, anche a soluzioni più articolate, che differenzino tra termini stragiudiziali e giudiziali.

In questa prospettiva, l'interpretazione estensiva dell'art. 83 potrebbe giustificarsi per il solo termine "giudiziale" di centottanta giorni e non anche per il termine "stragiudiziale" di sessanta, che dovrebbe quindi regolarmente decorrere anche nel periodo emergenziale[22].

---

[18] I termini possono essere anche tre, nel caso, già citato, in cui i tentativi di conciliazione o arbitrato non abbiano esito positivo e debba, quindi, scattare l'ulteriore termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

[19] Il blocco dei licenziamenti era in origine di sessanta giorni ed è stato poi prorogato a cinque mesi dall'art. 80, comma 1, lettera a), D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77; l'art. 80 ha in tal senso modificato il primo comma del citato art. 46, D.L. n. 18/2020.

[20] Per un approfondita analisi delle varie opzioni interpretative, cfr. F.M. Putaturo Donati, *Covid-19 e decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 591-599.

[21] Ivi, p. 597.

[22] Così M. Miscione, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, 4, p. 324.

2.3. *Sospensione dei termini in materia di previdenza e assistenza*

Nel campo delle controversie previdenziali la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza è questione di notevole rilevanza.

Vi sono, infatti, svariati casi in cui la legge condiziona la domanda giudiziale per il conseguimento del diritto ad una determinata prestazione previdenziale o assistenziale a stringenti termini di decadenza.

L'esempio più importante è il termine di decadenza disciplinato dall'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970, n. 639: nelle controversie in materia di trattamenti pensionistici, l'azione giudiziaria deve essere proposta, a pena di decadenza, entro tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso amministrativo o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo.

Nelle controversie aventi ad oggetto prestazioni non pensionistiche, quali trattamento di disoccupazione, cassa integrazione, mobilità, assegni familiari, solo per fare qualche esempio, il termine di decadenza è invece di appena un anno.

Si tratta, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza[23], di una decadenza sostanziale "di ordine pubblico", in quanto annoverabile tra quelle dettate a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti l'erogazione di spese gravanti su conti pubblici e, pertanto, essa è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato; inoltre, riguardando "materia sottratta alla disponibilità delle parti", la decadenza in questione non può essere oggetto di rinuncia da parte dell'ente previdenziale.

Risulta quindi evidente la rilevanza dell'istituto nelle controversie previdenziali, specie nel settore delle prestazioni non pensionistiche, data la brevità del termine annuale applicabile in questo caso.

Con riferimento alle prestazioni assistenziali, si può citare, fra i molti, il termine di decadenza previsto, in materia di invalidità civile, dall'art. 42, comma 3, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326: in questo caso la domanda giudiziale deve essere proposta, sempre a pena di decadenza, «entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa».

Non si possono trascurare, poi, anche i termini di prescrizione stabiliti per l'esercizio di determinati diritti previdenziali, che, in taluni casi, in ragione della loro particolare brevità, possono risolversi in insidiosi ostacoli al conseguimento della tutela giudiziale.

Si può ricordare, ad esempio, il termine di prescrizione previsto dall'art. 2, comma 5, D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, in materia di Fondo di garanzia per i crediti di lavoro diversi dal T.F.R.

---

[23] Cfr., fra le tante, Cass., 9 novembre 2018, n. 28639.

I lavoratori dipendenti possono ottenere dal Fondo di garanzia istituito presso l'INPS il pagamento delle ultime tre mensilità di retribuzione, in caso di insolvenza del datore di lavoro, ma il diritto alla prestazione si prescrive in un anno.

Ebbene, il legislatore dell'emergenza, che, come si è visto, non ha previsto in modo esplicito la sospensione dei termini sostanziali nei procedimenti civili (e del lavoro in senso stretto), ha invece espressamente "prorogato" i termini decadenziali in materia previdenziale e assistenziale.

L'art. 34 del D.L. n. 18/2020 stabilisce al primo comma che «In considerazione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020 il decorso dei termini di decadenza relativi alle prestazioni previdenziali, assistenziali e assicurative erogate dall'INPS e dall'INAIL è sospeso di diritto».

Al secondo comma, si precisa che sono inoltre sospesi, per il medesimo periodo e per le medesime materie, anche i termini di prescrizione.

Si tratta di norme piuttosto lineari e che perciò non prestano il fianco ad incertezze interpretative[24].

Va peraltro segnalato anche l'art. 42 dello stesso D.L. n. 18/2020, riguardante specificamente l'INAIL.

Il primo comma dell'art. 42, con disposizione alquanto singolare, ripete che «a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020, il decorso dei termini di decadenza relativi alle richieste di prestazioni erogate dall'INAIL è sospeso di diritto e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Sono altresì sospesi, per il medesimo periodo e per le stesse prestazioni di cui al primo periodo del presente comma, i termini di prescrizione».

Non è facile comprendere il significato di questa norma, che si limita a ribadire, per le sole prestazioni INAIL, la sospensione dei termini di decadenza e prescrizione già disposta dall'art. 34.

Ancor più ridondante e superfluo, se possibile, il successivo periodo dello stesso art. 42 primo comma, in cui si aggiunge che «Sono, infine, sospesi i termini di revisione della rendita su domanda del titolare, nonché su disposizione dell'Inail, previsti dall'articolo 83 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, che scadano nel periodo indicato al primo periodo del presente comma»[25].

---

[24] Sull'applicazione di queste disposizioni, cfr. la circolare INPS n. 50 del 4 aprile 2020 e la circolare INAIL n. 13 del 3 aprile 2020.

[25] La disciplina e i termini di revisione delle rendite sono stabiliti, per l'infortunio, dall'art. 83 e, per le malattie professionali, dall'articolo 137 del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124.

Alla scadenza del termine rispettivamente di dieci anni per gli infortuni e di quindici anni per le malattie professionali, l'INAIL e l'assicurato possono chiedere la revisione della rendita, a pena di decadenza, entro un anno dalla scadenza del decennio o del quindicennio.

La norma in questione, infatti, sospende uno specifico termine di decadenza, quello previsto per la revisione della rendita, dopo che "tutti" i termini di decadenza stabiliti per le prestazioni erogate dall'INAIL erano già stati sospesi, per ben due volte, dagli artt. 34 e 42, comma 1, primo periodo.

Il primo comma dell'art. 42 si chiude con la precisazione che i termini sospesi «riprendono a decorrere dalla fine del periodo di sospensione».

Si tratta di precisazione valida anche per i termini di decadenza e di prescrizione concernenti prestazioni INPS, di talché si deve concludere che tutti i termini non interamente decorsi alla data del 23 febbraio 2020 restino sospesi fino al 1° giugno, per poi riprendere il loro corso una volta terminato il periodo di sospensione.

3. *I procedimenti "urgenti"*

Il terzo comma dell'art. 83, D.L. n. 18/2020, stabilisce che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, ovvero le norme sul rinvio obbligatorio delle udienze e sulla sospensione dei termini, non operano in una serie di procedimenti puntualmente elencati e ritenuti indifferibili.

Nessuno dei casi contemplati riguarda controversie del lavoro e previdenziali.

L'omissione ha suscitato qualche perplessità, considerata la rilevanza, non solo numerica, delle cause di lavoro e, soprattutto, di quelle previdenziali e assistenziali, in buona parte degli uffici giudiziari italiani[26].

In ogni modo, la norma in esame, oltre ad individuare alcune fattispecie specifiche, nessuna delle quali, come detto, riconducibile alla materia lavoristica, menziona anche due ipotesi di portata generale: i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona» e i «procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti».

Alcuni procedimenti in materia di lavoro e previdenza possono rientrare in queste due ipotesi.

Il diritto al lavoro e, ancor di più, il diritto alla salute sul posto di lavoro costituiscono indubbiamente "diritti fondamentali della persona", perciò i procedimenti cautelari che abbiano ad oggetto tali diritti dovrebbero essere ricompresi fra quelli urgenti.

Si pensi, ad esempio, a ricorsi ex art. 700 c.p.c. volti ad ottenere misure di protezione per lavoratori particolarmente esposti al rischio contagio[27] o a procedimenti modellati sulla falsariga di quelli cautelari, quali l'azione per la

---

[26] Cfr. sul punto L. Pazienza, *L'impatto del decreto legge "Cura Italia" sulle controversie individuali di lavoro e previdenziali: in particolare la "trattazione scritta"*, in *www.ridare.it*.

[27] Così M. Leone, *Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 281, che cita l'ormai celebre decreto del Tribunale di Bologna del 14 aprile 2020,

repressione della condotta antisindacale, ove connessa a diritti fondamentali della persona, come nel caso dell'impugnazione di una procedura in materia di licenziamento collettivo[28].

Quanto all'urgenza derivante dal "grave pregiudizio" alle parti, si deve ritenere che vi rientrino anche le controversie di natura economica, specie nella fase di grave crisi che stiamo vivendo: si pensi al caso di un lavoratore in stato di bisogno che rivendichi prestazioni previdenziali o assistenziali o a quello di un'azienda che chieda la sospensione di un avviso di addebito, in ragione del pericolo di grave danno alla propria capacità imprenditoriale[29].

Tali indicazioni sono state confermate e persino ampliate dalle "linee guida" adottate da alcuni importanti uffici giudiziari, ai sensi dell'art. 83, comma 7, D.L. n. 18/2020, su cui a breve si tornerà.

Così, le linee guida adottate dalla Corte d'Appello di Milano il 10 aprile 2020 indicavano espressamente fra i procedimenti urgenti «le impugnazioni di licenziamento, collettivo o individuale, con domanda di tutela reale».

Ancor più stringenti quelle adottate dal Tribunale di Genova il 16 aprile 2020, che includevano nell'elenco dei procedimenti urgenti, fra l'altro, la «sospensione dell'esecutorietà di decreti ingiuntivi, precetti, avvisi di addebito, atti esecutivi e ordinanze ingiunzione» e i procedimenti ex art. 445 *bis* c.p.c., lasciando alla discrezionalità del singolo giudice la possibilità di aggiungere anche le «- cause per l'erogazione di trattamenti legati allo stato di sospensione lavorativa (cigs), - disoccupazione (NaSpi) o disagio economico (assegno sociale)»[30].

4. *Le udienze "da remoto" e "a trattazione scritta" nel rito lavoro*

Le disposizioni dell'art. 83, commi 5 e 6, D.L. n. 18/2020[31] attribuivano ai capi degli uffici giudiziari il potere di adottare misure speciali per la gestione delle udienze non rinviate durante il periodo di sospensione dei termini (art. 83,

---

concernente le misure di protezione da applicarsi ai "riders" impegnati nella consegna di merci durante l'epidemia.

[28] Il caso è incluso fra le ipotesi di procedimenti urgenti da G. Cavallini, *Emergenza COVID ed effetti sulle controversie di lavoro*, cit.; nello stesso senso anche L. Pazienza, *L'impatto del decreto legge "Cura Italia" sulle controversie individuali di lavoro e previdenziali*, cit.

[29] Cfr. ancora L. Pazienza, *ibid.*

[30] La scelta di estendere il campo dei procedimenti ritenuti urgenti è motivata dal Tribunale genovese, in ragione del fatto che le «cause in materia di lavoro e previdenza non sono soggette alla sospensione ordinaria dei termini e delle udienze per il periodo feriale. Ciò denota l'urgenza che il legislatore ha. ascritto in generale al contenzioso di questo settore in considerazione dei particolari interessi tutelati».

[31] Le disposizioni richiamate, come già rilevato, riprendono l'abrogato art. 2, D.L. n. 11/2020.

comma 5) e nel successivo periodo intercorrente tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020 (art. 83, comma 6).

Il comma 7 dell'art. 83 specifica il possibile contenuto di dette misure, fra le quali spiccano quelle disciplinate alle lettere f) ed h).

Alla lett. f) si prevede la possibilità di svolgimento da remoto delle udienze civili «che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice»[32].

I collegamenti da remoto devono avvenire sulla base di criteri definiti con apposito provvedimento del Ministero della Giustizia e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti.

Si tratta di una misura innovativa e formalmente rispettosa dei principi di oralità e celerità, di talché essa può applicarsi – ed è infatti stata applicata durante l'emergenza - senza particolari difficoltà anche alle controversie di lavoro.

Più complessa la valutazione dell'altra importante previsione contenuta nella lett. h) dell'art. 83, settimo comma, secondo cui le udienze civili, che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, possono svolgersi «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».

Si è dubitato, all'inizio, della compatibilità di questa norma con i procedimenti lavoristici per un duplice ordine di ragioni.

Anzitutto, la trattazione scritta della causa sembrava porsi in conflitto con il principio di oralità, tradizionalmente ritenuto uno dei capisaldi del rito lavoro.

Per altro verso, l'udienza cartolare tratteggiata dalla citata lett. h) non pare conciliarsi con l'udienza di discussione delineata dall'art. 420 c.p.c., ove mai è esclusa la partecipazione personale delle parti[33].

Quanto al primo punto, non si può dimenticare che il principio di oralità, in quanto privo di rango costituzionale[34], è inevitabilmente destinato a cedere il passo, in via temporanea, a beni di rilievo prevalente, quali la tutela della salute

---

[32] Il riferimento agli "ausiliari del giudice" è stato opportunamente inserito dall'articolo 1, comma 1, L. 24 aprile 2020, n. 27, in sede di conversione del D.L. n. 18/2020; la legge di conversione ha anche aggiunto all'art. 83, comma 7, la lett. h *bis*), consentendo «lo svolgimento dell'attività degli ausiliari del giudice con collegamenti da remoto tali da salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti». In tal modo si è estesa la possibilità di impiegare il collegamento da remoto, ad esempio, anche nelle udienze di conferimento dell'incarico al Ctu e a quelle in cui lo stesso è comunque tenuto ad intervenire. Sul tema cfr. F. Caroleo, *L'ausiliare giudiziale nel processo dell'emergenza (a prima lettura della legge n. 27/2020 di conversione con modificazioni del d.l. n. 18/2020)*, in *www.blog.ilcaso.it*.

[33] Così T. Orrù, *Mezzi alternativi di svolgimento delle udienze del rito lavoro*, in *www.questionegiustizia.it*.

[34] Sul punto, cfr. L. Pazienza, *L'impatto del decreto legge "Cura Italia" sulle controversie individuali di lavoro e previdenziali*, cit.

nella situazione di emergenza provocata dalla pandemia[35] e alle stesse esigenze di celerità, anch'esse di fondamentale importanza nel rito lavoro.

Ed infatti, nel periodo dell'emergenza le udienze previste dalla lett. h) sono state ampiamente utilizzate anche nelle cause di lavoro e di previdenza.

Analogamente, il tema della compatibilità dell'udienza cartolare con la norma dell'art. 420 c.p.c. deve essere affrontato senza eccessive rigidità legate all'astratta previsione normativa, che muove da una visione unitaria dell'udienza di discussione nel processo del lavoro.

In questa prospettiva, non vi sono ostacoli al ricorso alla trattazione scritta, ad esempio, ogniqualvolta, essendo già stata espletata l'attività istruttoria, la causa risulti pronta per la decisione.

E ciò è precisamente quanto accaduto nella prassi degli uffici giudiziari: si è fatto largo ricorso alle udienze di trattazione scritta per tutte le cause di lavoro e previdenziali prossime alla definizione.

Né ha costituito un valido impedimento alla trattazione scritta, la previsione, pure contenuta nella citata lett. h), secondo cui il giudice, dopo lo scambio delle note scritte, deve adottare il provvedimento fuori udienza, violando così la regola, propria del processo del lavoro, che impone la lettura del dispositivo all'udienza[36].

Anche in questo caso, la possibile deroga alle regole processuali del rito lavoro si giustifica in ragione del suo carattere temporaneo e per il fatto di non implicare alcuna lesione di principi costituzionali.

5. *Il Decreto Rilancio e la proroga dei mezzi alternativi di svolgimento delle udienze: osservazioni conclusive*

La fase dell'emergenza nel settore della giustizia sembrava doversi chiudere al 30 giugno 2020, addirittura in anticipo rispetto all'originaria scadenza del 31 luglio[37].

Tuttavia, un po' a sorpresa è poi intervenuto l'art. 221 del D.L. n. 34/2020, Decreto *Rilancio*, che ha, fra l'altro, protratto sino al 31 ottobre 2020 la possibilità di fare ricorso agli strumenti dell'udienza da remoto e dell'udienza a trattazione scritta.

---

[35] In tal senso ancora Orrù, *Mezzi alternativi di svolgimento delle udienze del rito lavoro*, cit.

[36] Peraltro, ad avviso di S. Casciaro, *Brevi note sull'udienza c.d. a trattazione scritta nel rito del lavoro*, cit., p. 4, «la formula adoperata dal legislatore ("*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*"), e l'utilizzo della virgola per separare l'ultima locuzione, consentono di ritenere che l'adozione fuori udienza del provvedimento non sia presupposto di applicazione della misura di cui alla lett. h), ma solo modalità di adozione del provvedimento (istruttorio o decisorio)».

[37] V. *supra* nota 8.

In realtà, la nuova norma non si limita a prorogare le disposizioni, già esaminate, dell'art. 83, D.L. n. 18/2020, ma introduce alcune novità.

Il quarto comma del citato art. 221 stabilisce che il giudice «può disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni».

La decisione deve essere comunicata almeno trenta giorni prima dell'udienza, con assegnazione di un termine per il deposito delle note fino a cinque giorni prima dell'udienza stessa; le parti, entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento, possono presentare istanza di trattazione orale, sulla quale il giudice si pronuncia nei successivi cinque giorni.

Se nessuna delle parti effettua il deposito delle note, viene fissata una nuova udienza con applicazione del primo comma dell'art. 181 c.p.c.

Il giudice, quindi, decide caso per caso l'eventuale ricorso all'udienza di trattazione scritta: non sono peraltro previste specifiche condizioni, salva la non necessaria presenza di soggetti diversi dai difensori, il che lascia ampi margini di discrezionalità al giudicante.

La novità è che ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale, indicando – si deve presumere – motivi ostativi alla trattazione scritta della causa.

I commi 6 e 7 dello stesso art. 221, D.L. n. 34/2020, prorogano al 31 ottobre 2020 anche la possibilità di svolgimento delle udienze civili da remoto.

Il comma 6 prevede che «su istanza dell'interessato» la partecipazione alle udienze civili di una o più parti o di uno o più difensori possa avvenire mediante collegamenti audiovisivi a distanza[38].

Il comma 7 dà al giudice la facoltà di disporre, «con il consenso preventivo delle parti», che si svolga da remoto «l'udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice».

Neanche con il Decreto *Rilancio* il legislatore ha ritenuto di dettare norme specifiche per il processo del lavoro, eppure la proroga dei mezzi alternativi di svolgimento delle udienze e soprattutto della c.d. udienza di trattazione scritta, applicabile anche al rito lavoro per le ragioni già illustrate in sede di commento all'art. 83, D.L. n. 18/2020, suscita non poche perplessità.

Si è già osservato come la convulsa produzione normativa dell'era Covid, non riservando disposizioni specifiche al processo del lavoro, abbia talvolta reso necessaria un'operazione di adattamento delle norme civilistiche agli speciali dettami del rito lavoro.

[38] L'istanza va «depositata almeno quindici giorni prima della data fissata per lo svolgimento dell'udienza. Il giudice dispone la comunicazione alle parti dell'istanza, dell'ora e delle modalità del collegamento almeno cinque giorni prima dell'udienza».

Per taluni istituti, tuttavia, tale adattamento si è dimostrato quanto mai problematico: troppo evidente la rigidità della disciplina civilistica e soprattutto troppo forte la divaricazione tra esigenze dettate dall'emergenza e rispetto dei canoni tipici del processo del lavoro.

A farne le spese, fra questi ultimi, è stato soprattutto il principio dell'oralità, proprio in virtù dell'ampio ricorso, nella c.d. fase 2, alle udienze di trattazione scritta, previste dalla lett. h) dell'art. 83, D.L. n. 18/2020.

Com'è stato giustamente osservato, il considerevole sacrificio di uno dei tradizionali cardini del processo del lavoro ha determinato una sorta di mutamento implicito del rito, ad opera della legislazione emergenziale[39].

Tale mutamento si giustificava, nelle fasi più critiche dell'epidemia, in ragione della temporaneità e del difficile bilanciamento fra i diversi valori in gioco, che imponeva di privilegiare beni primari, quali la salute, rispetto a principi giuridici consolidati ma privi di base costituzionale.

L'art. 221 del Decreto Rilancio può mettere in discussione questo delicato equilibrio, incentivando il ricorso alle udienze da remoto e alla trattazione scritta, quest'ultima, fra l'altro, rimessa di fatto alla totale discrezionalità del giudice.

Se l'impiego di tali strumenti dovesse perdere i caratteri della "straordinarietà" si correrebbe il rischio di far smarrire al processo del lavoro una parte della sua identità.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Caroleo F., *L'ausiliare giudiziale nel processo dell'emergenza (a prima lettura della legge n. 27/2020 di conversione con modificazioni del d.l. n. 18/2020)*, in *www.blog.ilcaso.it.*

Casciaro S., *Brevi note sull'udienza c.d. a trattazione scritta nel rito del lavoro (art. 83, co. 7 lett. h), D.L. 18-2020)*, in *www.magistraturaindipendente.it.*

Cavallini G., *Emergenza COVID ed effetti sulle controversie di lavoro*, in *www.comma2.it*

Ciavola A., *La giustizia ai tempi del Coronavirus. Giudizi civili e penali. La giustizia amministrativa. Ipotesi di soluzione*, in *www.*altalex*.com.*

Dalmotto E., *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del Covid-19*, in *www.blog.ilcaso.it.*

Giorgi F.M., *Emergenza Covid-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020, pp. 1-14.

Gramaglia D., *Chiusura uffici giudiziari e sospensione dei termini nel processo civile. Primo commento sulla disposizione che riguarda i termini "a ritroso"*, in *www.judicium.it*

Leone M., *Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 279-289.

[39] Ivi, p. 7.

Miscione M., *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, 4, pp. 321-331.

Orrù T., *Mezzi alternativi di svolgimento delle udienze del rito lavoro*, in *www.questionegiustizia.it*.

Pazienza L., *L'impatto del decreto legge "Cura Italia" sulle controversie individuali di lavoro e previdenziali: in particolare la "trattazione scritta"*, in *www.ridare.it*.

Putaturo Donati F.M., *Covid-19 e decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 591-599.

Santagada F., *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale Covid-19*, in *www.judicium.it*.

Scarselli G., *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *www.judicium.it*.

IL DIRITTO DELL'IMPRESA E LA SFIDA DEL COVID-19

MASSIMO BIANCA, GIULIA SERAFIN[*]

1. *Introduzione: un metodo per una legislazione emergenziale?*

Il diritto commerciale è solito occuparsi della "crisi dell'impresa", ancora disciplinata dal R.D. n. 267/1942, dato che l'entrata in vigore del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14) è stata differita al 2021 propria a causa della pandemia[1].

Ma quella scatenata dal COVID-19 è ben altra cosa, che va molto al di là della "crisi", essenzialmente individuale, perché finanziaria e non pandemica, cui quei provvedimenti si rivolgono.

Le differenze sono così tante che è appena il caso di indicarne alcune.

Perché nel tentativo di contrastare la diffusione del virus il governo ha dovuto imporre una lunga e non preventivabile sospensione della gran parte delle attività produttive, a prescindere dal loro stato salute finanziaria; perché tale sospensione ed il drastico calo dei consumi indotto dalle limitazioni alla libertà di circolazione hanno comportato un vertiginoso calo dei fatturati, appena compensato dall'allargamento dell'accesso alla cassa integrazione guadagni ad un livello già in pochi mesi superiore al precedente record segnato nell'intero 2009[2]; perché i bassi redditi erogati dalla CIG non possono certo giovare ai

---

[*] Il primo è Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Trieste; la seconda è Dottoranda di ricerca nell'Università "Ca' Foscari" di Venezia. Il saggio è stato pensato, curato, discusso e studiato all'unisono dai due estensori. Per mere esigenze curricolari, si segnala che i primi tre paragrafi vanno esclusivamente attribuiti a Massimo Bianca; il quarto paragrafo a Giulia Serafin.

[1] Scelta caldeggiata dalla dottrina. Tra i tanti, M. Fabiani, *Il codice della crisi al tempo del Coronavirus*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 27.03.2020; M. Irrera, *Le procedure concorsuali al tempo del Coronavirus: alcune proposte*, in *Ildirittobancario.it*.

[2] Si veda C. Carchio, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, 5, p. 454.

consumi; perché la sospensione ope legis dell'attività ha posto la questione della sorte dei contratti in corso (mancanza di causa in concreto, forza maggiore o impossibilità sopravvenuta) che genereranno un contenzioso già di per sé pernicioso per le imprese.

Ma, soprattutto, perché l'impreparazione e l'incertezza sono dominanti, visto che nessuno sapeva e nessuno sa quanto questa pandemia potrà durare e se, quando, dove e come potrà ripresentarsi. Merita solo aggiungere che se è vero che questa incertezza è ora planetaria, l'Italia è stata il primo Paese occidentale a doversene urgentemente occupare.

Al cospetto di un simile scenario è doveroso chiedersi se e come i *policymakers*, qui intesi nel senso più lato del termine e prescindendo dalle fonti e dai processi normativi utilizzabili, possano intervenire[3].

È possibile immaginare un metodo e se sì, quale? Come è facile intuire, nessuno – tanto meno chi scrive – possiede una ricetta testata e valida per tutti; ma ciò non esime dal provare a tracciare qualche coordinata atta ad orientare le scelte riguardanti il diritto dell'impresa.

Che si debba intervenire sembra pressoché scontato. Anche a voler credere nelle virtù autoregolatrici del mercato, questo non è preparato ad affrontare da sé una simile emergenza, né si può pretendere che lo faccia; con il rischio, per di più, che questa venga sfruttata da taluni a detrimento di altri, dell'intero comparto e, persino, dell'economia nazionale. Tanto meno, sono preparate le imprese, i cui manager mai avrebbero pensato di dover fronteggiare un simile grado di incertezza.

Tuttavia, ciò non vuol dire che si debba intervenire a tutti i costi, solo in omaggio, magari, ad un'attesa e quindi per ciò solo ineluttabile reazione.

Come ben illustra uno studio ancora in corso di pubblicazione[4], al rischio di politiche asservite alla mera ricerca del consenso, che a volte potrebbero spingere verso scelte meno impopolari di quelle indicate dalla scienza – si pensi alla istituzione delle c.d. "zone rosse"- , si aggiunge quello di un pericoloso effetto trascinamento; questo potrebbe essere indotto, ad esempio, tanto dall'avvertita necessità di emulare le scelte altrui – anche di altri legislatori -, quanto da una sorta di competizione tra le autorità dello stesso paese, com'è quella che può crearsi tra i *policymakers* e le autorità di vigilanza.

---

[3] Il Governo italiano è intervenuto attraverso la decretazione d'urgenza, il D.L. 02.03.2020 n. 9, il D.L. 17.03.2020 n. 18, il D.L. 08.04.2020 n. 23 e, al momento della redazione di questo scritto, il D.L. 05.06.2020 n. 40. Sul punto M. Irrera, *Introduzione,* in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di Irrera, Centro studi RES, Torino, 2020, p. 1.

[4] Ci riferisce al saggio di L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, destinato alla pubblicazione in *European Company and Financial Law Review*, gentilmente messo a disposizione dall'Autore con l'autorizzazione alla citazione.

Ad ogni modo, una volta assodato che si debba intervenire, si possono presentare due alternative, peraltro non sempre equivalenti, dato che per le materie oggetto di disciplina europea si dovrà tenere conto degli spazi di manovra da questa concessi.

La prima è la più semplice: si possono sospendere alcune delle più rigorose regole in vigore, soluzione cui il nostro Governo è ampiamente ricorso per il diritto societario[5], applicare regole meno rigorose a fattispecie sin lì rette da norme più severe o, all'opposto, regole più severe a fattispecie sin lì esentate.

La seconda è più complessa, visto che si tratta di varare nuove regole; con il rischio, però, di non valutarne adeguatamente l'impatto o di cedere, com'è facile in situazioni contingenti, alla tentazione di un malcelato protezionismo. Da almeno tre secoli la storia del diritto commerciale è segnata da scelte errate e conservatrici, frettolosamente assunte sull'onda di eventi eccezionali[6].

Pertanto, qualunque sia la soluzione, è bene che questa preveda una *sunset clause*, che stabilisca a priori la durata della misura, salva la possibilità di prorogarla espressamente nel persistere dell'iniziale esigenza[7].

Fermo restando che la misura dovrà comunque essere proporzionata alla necessità che si intende così soddisfare, selezionata in guisa da evitare interventi più ampi del necessario, un'altra alternativa che si presenta, tipica del diritto societario, è se imporla per legge o rimetterne l'applicazione all'autonomia privata. Soluzione, quest'ultima, che potrebbe anche affascinare chi postula che soci e manager assumono sempre le scelte migliori per la loro società e che pone, però, almeno altre due questioni: in primo luogo, se sia meglio ricorrere allo "opt -in" o allo "opt-out", consapevoli che nel primo caso il rischio di scelte inefficienti è maggiore, e, in secondo luogo, a quale organo sociale de-

---

[5] Per una breve, ma efficace, sintesi, si veda G. Presti, M. Rescigno, *Le novità del diritto commerciale nella legislazione d'emergenza sanitaria (aggiornata al 11.05.2020), Addendum a Manuale di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2019[9]. Tra le tante disposizioni di cui è stata temporaneamente sospesa l'efficacia non rientra, però, l'art. 2486, terzo comma, c.c., appena stemperato dalla sospensione emergenziale della disciplina della perdita del capitale sociale. In merito ad un'attenuazione emergenziale anche delle regole sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali si veda, ancorché non con specifico riferimento alla disposizione ricordata, L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, cit.

[6] È emblematico il *Bubble Act* precipitosamente varato dal parlamento britannico sull'onda della crisi del mercato finanziario innescata nel 1720 dal crollo dei titoli della South Sea Company. Si rinvia a M. Bianca, *La rappresentanza assembleare nelle società a capitale diffuso*, Cedam, Padova, 2003, p. 20.

[7] Si veda nuovamente L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, cit.*;* I. Pollastro*, La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, cit., p. 80.

mandare la relativa decisione (al CdA o all'assemblea) e quale voto prevedere per la sua adozione (maggioranze rafforzate o minoranze ostative)[8].

Infine, si deve tener conto del fatto che ci si trova in presenza di un sistema, si pensi al diritto societario e al diritto dei mercati finanziari, di cui i singoli interventi dovranno comunque salvaguardare i principi ordinanti ed il complessivo equilibrio. I geni della legislazione emergenziale non possono stravolgerlo, né rimanere nel tessuto del diritto dell'impresa più del necessario.

Alla luce di queste brevi premesse, questo saggio intende indagare come si sia mosso il nostro legislatore. Dati i limiti imposti dai Curatori del volume, ci si tratterrà soltanto su alcuni temi, scelti tra i tanti ricavabili soprattutto dalla decretazione d'urgenza. Nella prima parte ci si occuperà della Golden Power e delle sue possibili alternative; nella seconda parte dei provvedimenti assunti, soprattutto da parte della CONSOB, nel tentativo di contrastare l'eccessiva fluttuazione dei titoli azionari sul mercato finanziario.

2. *Golden Power e legislazione emergenziale*

Com'è noto, allo scopo di salvaguardare gli assetti proprietari delle società operanti in settori strategici e di interesse nazionale, sin dalla metà degli anni '90 anche il nostro ordinamento[9] attribuisce al Governo il potere di vietare o imporre cautele per alcune loro operazioni straordinarie, quali il trasferimento del controllo. Tuttavia, l'iniziale disciplina, recata dall'art. 2 del D.L. n. 332 del 1994 e dall'art. 4 della legge finanziaria 2004 ed operante solo ove lo Stato detenesse una partecipazione azionaria (c.d. *Golden Share*), era presto fatta oggetto di censure da parte delle istituzioni europee[10].

---

[8] L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, cit.

[9] La disciplina si ricollega agli istituti della *goldenshare* e dell'*action spécifique*, rispettivamente previsti nell'ordinamento inglese e francese.

[10] La Commissione censurava i poteri speciali risultanti dalla previgente normativa, ritenuti incompatibili con gli artt. 63 e 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (Tfue). Per definire i criteri di compatibilità comunitaria, la Commissione europea aveva adottato nel 1997 una apposita Comunicazione, chiarendo che il loro esercizio deve comunque avvenire senza discriminazioni e fondarsi su criteri obiettivi e stabili, resi pubblici, e giustificato da motivi di interesse generale. A seguito dell'introduzione del D.L. n. 21/2012, la procedura di infrazione promossa dalla Commissione si è chiusa nel febbraio del 2017. Sul punto si vedano, *ex multis*, anche per la ricostruzione delle vicende che portarono alla riforma della previgente disciplina: F. Ghezzi, M. Botta, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Rivista delle Società*, 2018, 4, p. 1047; M. Lamandini, *Golden Share e libera circolazione dei capitali in Italia e in Europa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, vol. I, p. 271; A. Triscornia, *Golden Power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019, 4, p. 733.

Anche per questo, l'intera normativa veniva ridisegnata dal vigente D.L. 15 marzo 2012 n. 21[11], che ne estende l'operatività anche alle società non partecipate, da cui la locuzione *Golden Power*, e meglio definisce l'ambito oggettivo e soggettivo, la tipologia, le condizioni e le procedure di esercizio dei poteri esperibili nei settori di rilevanza strategica.

In breve, il D.L. n. 21/2012 prevede che i soggetti extra UE che intendano acquisire partecipazioni nelle predette imprese debbano preventivamente fornire alla Presidenza del Consiglio dei Ministri una completa informativa sull'operazione[12] e che, in esito al suo esame, il governo possa assumere varie iniziative, tra le quali: vietare l'acquisto, condizionarlo al rispetto di prescrizioni o vietare l'assunzione di decisioni e delibere societarie che dispongano operazioni straordinarie, quali la scissione o la fusione, o altre operazioni, come la cessione dell'azienda o del cambiamento dell'oggetto sociale. Sul piano sanzionatorio, è prevista la comminazione di sanzioni pecuniarie e, soprattutto, di rimedi reali, qual è la declaratoria di nullità degli atti posti in essere da soggetti che non abbiano adempiuto agli obblighi informativi e di notifica.

Il tema, già in auge negli ultimi mesi del 2019 per la necessità di adeguare il decreto attuativo al Regolamento UE 2019/452, saliva alla ribalta in conseguenza della pandemia che, trascinando al ribasso i listini dei mercati regolamentati, diffondeva il timore[13] di acquisizioni predatorie di imprese strategiche per l'interesse nazionale, ad iniziare da quelle farmaceutiche impegnate nella ricerca di un vaccino[14].

Fatte proprie tali preoccupazioni, il Governo, anche sulla scorta delle indicazioni elaborate dalla Commissione UE, ridisegnava in via d'urgenza parte dell'impianto normativo tramite gli artt. 15, 16 e 17 del D.L. n. 23/2020, convertito dalla L. 05.06.2020 n. 40[15].

---

[11] Convertito dalla L. n. 56/2012, ed in seguito più volte modificato, da ultimo, prima degli interventi suggeriti dalla pandemia, dal D.L. n. 105/2019.

[12] Per una breve ma efficace descrizione si veda I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* cit., p. 81.

[13] Preoccupazione ben percepibile, ad esempio, nelle Linee Guida sull'applicazione del Regolamento UE 2019/452 varate dalla Commissione UE il 09.04.2020, dove si legge "*The COVID-19 related emergency is having pervasive effects on the economy of EU (…) Among the possible consequences of current economy schock is an icreased potential risk to strategig industries, in particular but by non means limited to healtcare related industries (..). The resilience of these industries...should be at the forefront of the combined effotrs both at the EU and at Memer State Level. However, today more than ever, the EU openness to foreign investment needs to be balanced by appropriate sceening tools*".

[14] Sempre a livello europeo, merita ricordare l'accordo concluso dalla Commissione EU, con il partenariato di Italia, Olanda, Francia e Germania, con le principali case farmaceutiche, per l'ordine preventivo di vaccino per un importo di 2,4 miliardi di euro. Si veda ANSA, *Covid-19, patto Commissione UE, produttori per vaccino*, ultimo accesso 17.06.2020.

[15] Sul punto si consulti E. Bonelli, Erede with Pappalardo, *Task Force Golden Power*, 10.06.2020.

Non potendo dare analitico conto di tutte le novità introdotte dalla legislazione emergenziale, ci si limita ad alcuni cenni[16].

Si segnala anzitutto che, in attesa del già ricordato decreto attuativo del Regolamento UE 2019/452, i settori strategici vengono fortemente estesi. In primo luogo, chiarendo che le infrastrutture finanziarie, già rientranti tra quelle "critiche", comprendono anche il settore creditizio e assicurativo; poi, precisando che il settore sanitario comprende la produzione, l'importazione e la distribuzione all'ingrosso di dispositivi medicali, medicochirurgici e di protezione individuale; infine, aggiungendo tre categorie di attività, riguardanti la sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, l'accesso alle informazioni sensibili e la pluralità dei mezzi di informazione.

Un'altra importante novità attiene all'ambito di operatività della disciplina, estesa anche ai soggetti infra-UE che, tramite l'operazione oggetto di notifica, assumano il controllo societario[17].

Il decreto amplia, inoltre, il novero delle operazioni che necessitano di un'autorizzazione, comprendendovi anche le delibere che comportino modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di asset nei settori strategici.

Infine, il Golden Power è ora esercitabile anche d'ufficio e non solo a seguito della notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri; si tratta di una novità di rilievo, soprattutto alla luce delle ulteriori modifiche apportate dall'art. 17 D.L. n. 23/2020 all'art. 120 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Tuf)[18].

3. *Il potenziamento del Golden Power: considerazioni di metodo e di merito*

L'operato del legislatore si presta ad alcune brevissime considerazioni di metodo e di merito.

Sul primo versante il giudizio è sostanzialmente positivo, visto che l'azione del Governo appare conforme alla metodologia individuata nel primo paragrafo.

---

[16] Si veda I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* cit., p. 82.

[17] L'estensione infracomunitaria rientra tra le eccezionali limitazioni alla libertà di circolazione dei capitali per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza consentite dall'art. 65 Tfue. Il punto è sottolineato nella Comunicazione della Commissione Ue dd. 25.03.2020, annessa alle Linee Guida dd. 09.04.2020.

[18] L'art. 17 del D.L. n. 23/2020 modifica l'art. 120, comma 4-bis, del Tuf, che consente alla Consob di ridurre al 5% la soglia di acquisto di capitale che deve essere fatto oggetto di comunicazione, eliminando l'inciso che ne disponeva l'applicazione alle sole società a capitale diffuso "a*d elevato valore corrente di mercato*". L'espunzione del secondo presupposto dovrebbe aprirne l'applicazione anche alle PMI emittenti titoli negoziati nei mercati regolamentati. Si veda I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* cit., p. 82.

Anzitutto perché un intervento ed il ricorso alla decretazione d'urgenza erano quantomai opportuni, viste le pericolose fluttuazioni dei mercati e l'improvvisa consapevolezza del moltiplicarsi dei settori divenuti strategici a causa della pandemia[19].

In secondo luogo, è apprezzabile che il legislatore, anziché varare delle norme del tutto nuove, si sia per lo più limitato ad ampliare la portata di quelle già vigenti, estese, secondo la metodologia sopra ricordata, anche a fattispecie e soggetti diversi da quelli precedentemente contemplati.

Infine, è bene che si sia da subito previsto che le novità di maggiore impatto trovino applicazione solo fino al 31.12.2020. La *sunset clause* riguarda l'obbligo di informare le autorità delle delibere societarie concernenti asset strategici[20], l'obbligo di tenere conto, nei settori agroalimentare e siderurgico, anche del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nazionale, l'obbligo di comunicare le maggiori soglie di capitale raggiunte dagli investitori extra-UE che già lo detengano in misura pari ad almeno il 10%.

I giudizi di merito sono, invece, più articolati e si dubita che il potenziamento del *Golden Power*, ritenuto comunque ancora troppo lento e macchinoso[21], possa davvero scongiurare le iniziative predatorie che, si obietta, potrebbero invece essere meglio arginate ricorrendo ad alcuni istituti tipici del diritto societario, che qui ci si permette di dare per noti.

Una prima alternativa viene individuata nella maggiore diffusione del voto maggiorato che, elevando il quoziente necessario al raggiungimento del controllo, rende più costoso il lancio di scalate ostili[22]. In particolare, si è proposto di far salvo il meccanismo dell'opt-in, che richiede l'assunzione di una conforme delibera da parte dell'assemblea, ma di facilitare l'introduzione della clausola tramite una riduzione del quorum deliberativo; a scanso di una corrispondente penalizzazione dei soci di minoranza e del mercato, si è proposto

---

[19] Va altresì considerato che, viste la Comunicazione e le Linee guida della Commissione EU, molti Stati Membri metteranno mano alla rispettiva disciplina interna e che i conseguenti maggiori livelli di protezione delle imprese possano finire per esporre ad un maggior rischio quelle altrove non altrettanto tutelate.

[20] L'art. 15, comma 3-bis, ha ad oggetto "*le delibere, gli atti o le operazioni, adottati da un'impresa che detiene beni e rapporti nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e) del regolamento (UE) 2019/452* (…) *che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di detti attivi o il cambiamento della loro destinazione*".

[21] Si vedano le perplessità sollevate da I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* cit., p. 83.

[22] Nell'impossibilità di dar conto dei tanti studi a commento del d.l. 91/2014, che sopprimendo il divieto di azioni a voto multiplo consente di inserire nello statuto delle società quotate una clausola che attribuisce una doppio voto agli azionisti che detengano i titoli per almeno 24 mesi (Loyalty Share), si veda: P. Marchetti, *Note sparse sulle "Loyalty Shares"*, in *Rivista delle società*, 2018, 5, p. 1549.

di limitare la durata delle clausole così inserite alla cessazione della pandemia.

Una seconda soluzione, cui da inizio anno stanno in effetti ricorrendo molte corporation statunitensi[23], potrebbe risiedere nell'introduzione delle c.d. *poison pills* avverso le scalate ostili[24]; com'è noto, però, si tratta di strumenti generalmente estranei al contesto europeo[25]. Un'alternativa potrebbe allora essere quella di inserire delle clausole di gradimento, che rimettano all'organo amministrativo l'autorizzazione al trasferimento di azioni per percentuali superiori a determinate soglie di capitale[26].

Le anzidette perplessità convincono, però, solo in parte.

Non potendosi operare un attento confronto tra le diverse soluzioni[27], ci si limita anzitutto ad osservare che il loro rapporto non andrebbe posto in termini alternativi, ma, eventualmente, concorrenti e che al potenziamento del *Golden Power* potrebbero semmai aggiungersi, ma non sostituirsi, le ulteriori difese introducibili ad opera dell'autonomia statutaria

D'altronde, sono strumenti tutt'altro che fungibili: mentre d'un lato si tratta di un ampliamento delle prerogative del Governo, nell'altro si discute di cautele e deterrenti pur sempre rimessi, tanto per l'introduzione, quanto nell'effettivo esercizio, all'autonomia ed all'iniziativa privata, ambedue troppo incerte per assicurare la tutela delle imprese strategiche eccezionalmente richiesta dalla pandemia.

In secondo luogo, si deve considerare che mentre il *Golden Power* si applica solo in presenza di eventi straordinari, gli altri strumenti, operando a prescindere da siffatti eventi, avrebbero comunque delle dirette e non preventivabili conseguenze sulla governance delle imprese e sul corso delle loro partecipazioni, non del tutto mitigabili anche nel caso in cui se ne rimettesse l'introduzione alla scelta statutaria (opt-in).

È infine evidente che il più caldeggiato di questi strumenti, il voto maggiorato, presenta dei problemi applicativi, come la decorrenza, che ne potrebbero troppo differire gli effetti attesi.

---

[23] Così L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, cit.

[24] Si veda la sempre efficace descrizione fattane da: G. Ferrarini, G. Miller, *A Simple Theory of Take Over Regulation in United States and Europe*, in *Rivista delle società*, 2010, 4, p. 680.

[25] L. Enriques, *Né con gli scalatori né con i gruppi di comando: per una disciplina neutrale sull'opa nell'Unione Europea*, in *Rivista delle Società*, 2010, 6, p. 657.

[26] Così, seppur in termini assolutamente generali e non con specifico riferimento all'Italia, L. Enriques, *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with / Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, cit.

[27] Offerta da I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato),* cit., p. 84.

4. *La tutela dei mercati tra pandemia e speculazioni al ribasso*

Nella seconda parte di questo scritto verranno brevemente esaminati i provvedimenti assunti dalla Consob nel tentativo di contrastare l'eccessiva fluttuazione dei titoli quotati sui mercati regolamentati; indagine condotta soprattutto allo scopo di verificare i limiti e le possibilità di azione delle singole Autorità nazionali nel contesto europeo.

Al fine di dare debito conto della situazione fronteggiata, si rammenta che, come accennato in apertura, non solo le imprese strategiche, ma anche i mercati finanziari sono stati coinvolti dalla pandemia. Già alle sue prime avvisaglie, i prezzi dei titoli quotati nelle borse europee subivano un forte calo ed i principali indici finanziari registravano una tendenza negativa. In Italia, ad esempio, il FTSE MIB segna tra il 6 e il 12 marzo 2020 un calo di ben 28,39 punti percentuali.

Un simile scenario genera delle forti spinte emozionali e da più parti si insiste affinché la Consob sospenda del tutto le contrattazioni di borsa. Si tratta, però, di pressioni che non tengono conto dalla disciplina di settore. A tal proposito merita ricordare che la Consob non ha il potere di sospendere le contrattazioni per un generale andamento negativo dei mercati. Invero, ai sensi dell'art. 66-*quater* del Tuf, l'Autorità può adottare un provvedimento di sospensione o esclusione di uno strumento finanziario dalle negoziazioni limitatamente alle finalità dei poteri di vigilanza che le sono concessi; vigilanza tesa a garantire la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori e che, dunque, non può essere piegata ad un'interpretazione che giustifichi un intervento volto a prevenire fisiologici andamenti negativi del mercato, ancorché dovuti a cause esogene della portata di una pandemia[28].

[28] L'art. 62 del Tuf stabilisce che la Consob vigila sulle sedi di negoziazione e sui relativi gestori, al fine di assicurare la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori. Ulteriormente, l'Autorità può adottare i provvedimenti che ritiene necessari in circostanze di necessità e di urgenza ma, in ogni caso, limitatamente alle finalità precedentemente indicate. La scelta, del resto, è logicamente conseguente a quella della privatizzazione della gestione dei mercati finanziari, «la relazione strumentale con gli obiettivi che giustificano il controllo è […] necessaria, stante la possibilità conferita all'autorità di esperire interventi su soggetti, le società di gestione, cui sono stati riconosciuti ampi poteri di regolamentazione diretta dei mercati»: R. Brizzi, M. Doria, *La vigilanza dei mercati*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Giuffrè, Milano, 1998, p. 490 ss. Sulle competenze della Consob si rinvia a: L. Enriques, M. Gargantini, *La Consob: natura, organizzazione e funzioni*, in *Il testo unico finanziario*, Zanichelli, Bologna, 2020, vol. I, pp. 279 ss. Sull'evoluzione storica della disciplina dei mercati borsistici, si vedano: F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2020[10], pp. 10 ss.; R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2018[11], pp. 17 ss.; N. Banchelli, M. C. Sciarra, *La disciplina dei mercati*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza e Gabrielli, Cedam, Padova, 2008, vol. V, pp. 1065 ss.

D'altronde, anche a voler ipotizzare un simile potere, non è detto che questo potesse essere concretamente esercitato e che la misura non andasse a creare più problemi di quanti avrebbe voluti risolverne. La decisione di chiudere del tutto le contrattazioni borsistiche dovrebbe fare i conti con il fatto che i mercati finanziari conoscono un elevato tasso di interconnessione globale, che gli strumenti finanziari sono spesso quotati in diverse sedi di negoziazione e che gli strumenti finanziari derivati ne utilizzano altri come base. Ai giorni nostri un intervento del genere non sarebbe praticabile da una singola autorità di vigilanza e richiederebbe necessariamente un coordinamento ad un livello ben più elevato di quello nazionale[29]; tanto più alla luce del fatto che la disciplina del settore è ormai costituita quasi interamente da direttive e regolamenti europei piuttosto stringenti, che non consentono spazi di manovra molto ampi.

Ciò spiega la posizione assunta dalla Consob, costretta a replicare che «la sospensione di tutte le contrattazioni di Borsa […] sarebbe una decisione che spegnerebbe l'indicatore di prezzo senza rimuovere le cause, generando problemi di mercato di non facile soluzione nell'immediato futuro»[30].

Ma se è fisiologico che in una simile situazione i mercati azionari registrino un andamento negativo, altri sono i dati che preoccupano l'Autorità di vigilanza.

Di fatto, diventa sempre più concreta la possibilità che attacchi speculativi possano minare la stabilità dei mercati finanziari, innescando una spirale in discesa dei prezzi delle azioni.

Il timore è generato dal constatare che, a fronte del già ricordato andamento al ribasso, si rileva un'alta percentuale dei volumi di negoziazione, accompagnata da una forte volatilità dei prezzi dei titoli azionari quotati[31]. A fianco di questi indicatori, già di per sé esplicativi, preoccupa il dato che vede in netta crescita le posizioni nette scoperte notificate alla Consob ai sensi dell'art. 5 del Regolamento UE n. 236/2012[32].

---

[29] In merito al tema relativo all'opportunità di sospendere le contrattazioni di borsa durante l'emergenza da Covid-19, si veda: L. Enriques, M. Pagano, *Emergency Measures for Equity Trading: The Case Against Short-Selling Bans and Stock Exchange Shutdowns*, in *Ecgi, Law Working Paper,* n. 513/2020, disponibile all'indirizzo https://ecgi.global/working-paper/emergency-measures-equity-trading-case-against-short-selling-bans-and-stock-exchange.

[30] Consob, Comunicato stampa del 9 marzo 2020, consultabile all'indirizzo http://www.consob.it/web/area-pubblica/comunicati-stampa.

[31] Si veda il documento di sintesi relativo al mese di marzo 2020 di Borsa italiana, disponibile all'indirizzo: https://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/statistiche/sintesi-mensili/2020/sintesimensili202003.pdf.

[32] Secondo i dati pervenuti all'ESMA, la Consob segnala un incremento del 22,35% delle posizioni nette scoperte nei titoli azionari ricompresi nell'indice FTSE MIB. Dato che non tutte le posizioni nette scoperte sono soggette agli obblighi di notifica previsti dal Regolamento UE, è ragionevole ritenere che l'incremento sia molto più alto, visto anche il contemporaneo aumento del volume delle negoziazioni registrato negli stessi giorni. Va

Fermi i limiti di questo scritto, il punto merita una breve illustrazione.

La vendita allo scoperto (o *short selling*) è una tecnica di negoziazione che si basa su un concetto relativamente semplice: vendere qualcosa che non si possiede al fine di acquistarlo in un momento successivo, ma antecedente a quello di esecuzione del contratto, sperando di lucrare sulla differenza tra prezzo di vendita e prezzo di acquisto[33]. Evidentemente, quando i mercati sono in una fase di ribasso, gli operatori che mettono in pratica questo schema "scommettono" proprio sul fatto che i prezzi dei titoli continueranno a scendere, cavalcando l'onda di quel generale andamento ribassista.

Lo *short selling*, di per sé, è una tecnica che si presta a valutazioni non necessariamente negative: in condizioni normali di mercato essa contribuisce a fornire liquidità e alla formazione efficiente dei prezzi. La tecnica consente poi di implementare strategie di copertura e di gestione del rischio a fronte della diminuzione del valore delle posizioni lunghe detenute. Tuttavia, in frangenti di forte instabilità finanziaria, le vendite allo scoperto possono aggravare il corso negativo dei prezzi dei titoli, minacciando la stabilità finanziaria e potendo innescare rischi di natura sistemica.

Per questi motivi, le operazioni di vendita allo scoperto non sono vietate in assoluto, ma disciplinate onde scongiurarne i possibili risvolti negativi[34]. A livello europeo la normativa è contenuta nel Regolamento UE n. 236/2012 del 14 marzo 2012 relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*), che pone alcune restrizioni e degli obblighi di notifica e di comunicazione al pubblico. La medesima disciplina prevede poi una serie di

altresì considerato che l'indice FTSE-MIB include le azioni di molti dei principali istituti finanziari italiani e che, di conseguenza, le forti pressioni di vendita potrebbero comportare rischi di natura sistemica. Si veda: ESMA, *Opinion on a proposed emergency measure by the Commissione Nazionale per le Società e per la Borsa under Section I of Chapter V of Regulation (EU) N. 236/2012*, 17 marzo 2020, p. 3.

[33] L'art. 2, par. 1, lett. b) del Regolamento UE n. 236/2012 prevede che per vendita allo scoperto si intende una vendita di un titolo azionario o di uno strumento di debito «che il venditore non possiede al momento della conclusione del contratto di vendita, incluso il caso in cui al momento della conclusione del contratto di vendita il venditore ha preso a prestito il titolo o si è accordato per prendere a prestito il titolo azionario o lo strumento di debito per consegnarlo al momento del regolamento […]». Sulla definizione di *short selling* si veda: Iosco, *Regulation of short selling – Final report*, giugno 2009, p. 23.

[34] Sull'opportunità di regolare o meno le operazioni di *short selling*, si vedano: J. Armour, D. Awrey, P. Davies, L. Enriques, J. N. Gordon, C. Mayer, J. Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 194 ss.; A. M. Fleckner, *Regulating trading Practices*, in *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, a cura di Moloney, Ferran e Payne, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 194 ss.; E. R. Sirri, *Regulatory politics and short selling*, in *University of Pittsburg Law Review*, 2010, 71, pp. 517 ss.

poteri di intervento di cui le Autorità di vigilanza nazionali, nonché l'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), possono avvalersi al fine di limitarne l'impatto negativo in momenti di particolare stress dei mercati[35].

In questo quadro, i poteri di intervento delle Autorità nazionali previsti dal Regolamento Ue non sono illimitati; ad esempio, non è possibile agire prima di una diminuzione del valore del titolo azionario pari o superiore al 10%.

La cronaca di quei giorni annota la solerte, ma pur sempre giocoforza limitata, azione dell'Autorità di vigilanza.

Allorché le condizioni si avverano una prima volta durante la seduta di negoziazione del 12 marzo, la Consob vieta temporaneamente le vendite allo scoperto su alcuni titoli azionari quotati nell'MTA per la giornata successiva. Altrettanto accade allorché le condizioni si ripresentano durante la giornata del 16 marzo, quando la decisione viene applicata al giorno di negoziazione successivo[36]. Si tratta, tuttavia, di misure che subiscono forti limitazioni derivanti dal Regolamento, sia in ordine ai titoli azionari rispetto ai quali è possibile limitare le vendite allo scoperto, sia in ordine alla loro efficacia temporale[37].

Nei giorni successivi rispetto a quelli in cui i provvedimenti hanno efficacia, continua a registrarsi un incremento del tasso di volatilità dei prezzi e del numero di posizioni nette scoperte detenute rispetto ai titoli azionari quotati nell'MTA.

Quando diventa chiaro che gli effetti della pandemia sono difficilmente controllabili e che provvedimenti limitati nel tempo non sono più sufficienti, la Consob decide di notificare all'ESMA l'intenzione di adottare misure restrittive più ampie nei confronti delle vendite allo scoperto ai sensi dell'art. 20 del Regolamento UE in materia di *short selling*[38]. Secondo quanto previsto da

---

[35] Sulla normativa europea in tema di *short selling* si vedano: N. Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2014[3], pp. 538 ss.; J. Payne, *The regulation of short selling and its reform in Europe*, in *European Business Organization Law Review*, 2012, 13, p. 413; O. Juurikkala, *Credit Default Swaps and the EU Short Selling regulation: a critical analysis*, in *European Company and Financial Law Review*, 2012, 9, p. 307.

[36] Delibera n. 21301 del 12 marzo 2020 e Delibera n. 21302 del 16 marzo 2020, entrambe consultabili sul sito istituzionale della Consob.

[37] Ulteriormente, va rilevato che in entrambi i casi non si verificano i presupposti necessari per prorogare le misure adottate secondo quanto previsto dall'art. 23 del Regolamento UE n. 236/2012. Questo, infatti, la consente solo ove, durante il giorno in cui è vigente la misura di sospensione, si registri una ulteriore significativa diminuzione del valore dello strumento finanziario, pari almeno alla metà rispetto alla soglia stabilita per adottare il provvedimento di restrizione temporanea delle vendite allo scoperto.

[38] La decisione viene adottata il 17 marzo, con Delibera n. 21303, a seguito del parere favorevole rilasciato dall'ESMA con Opinione del 16 marzo 2020, per un periodo di tre mesi a partire dalla giornata del 18 marzo 2020. La delibera è consultabile nel sito istituzionale della Consob. Va infine rilevato che, con Delibera n. 21367 del 15 maggio 2020, la Consob ne ha stabilito la cessazione degli effetti a far data dal 18 maggio 2020.

questa disposizione, infatti, la misura da adottarsi non è vincolata al limite della diminuzione rilevante del prezzo delle azioni, né tanto meno subisce un limite temporale ristretto alle 24 ore del giorno di negoziazione successivo. La misura in questione può essere adottata in relazione allo sviluppo di eventi sfavorevoli che costituiscano una grave minaccia alla stabilità finanziaria o alla fiducia sul mercato e può avere un'efficacia temporale pari, al massimo, a tre mesi. L'adozione del provvedimento richiede un previo parere, peraltro non vincolante, da parte dell'ESMA[39].

È dello stesso giorno (il 16 marzo 2020) la decisione dell'ESMA di ridurre la soglia relativa all'obbligo di notifica delle posizioni nette scoperte, giustificata dalla necessità di fornire alle Autorità di vigilanza un maggior numero di dati per rendere più efficace il monitoraggio sugli sviluppi del mercato e quale preludio per l'adozione di misure ulteriori[40].

Per concludere questo rapido esame delle decisioni adottate per contrastare il pericolo rappresentato dalle operazioni di vendita allo scoperto, si può riflettere su che cosa, invece, è mancato.

Come noto, pochissimi e dibattuti sono i poteri diretti che l'ESMA può esercitare sui soggetti operanti nei mercati finanziari[41] e la possibilità di adottare misure restrittive sulle vendite allo scoperto è uno tra essi.

Fa riflettere il dato che l'ESMA, pur avendone i poteri, non sia intervenuta con una simile misura. Misura che, a fronte delle risposte unilaterali adottate durante la fase più acuta della crisi dalle varie Autorità nazionali, avrebbe avuto il pregio di evitare soluzioni prive di coordinamento, che è uno dei principali obiettivi del Regolamento[42]. I presupposti, del resto, sussistevano tutti: una crisi

---

[39] L'Autorità nazionale che decidesse di discostarsi dal parere rilasciato dall'ESMA ha l'obbligo di indicare il motivo per il quale non intende conformarvisi. In tal caso, l'ESMA può decidere se fare uso dei propri poteri di intervento.

[40] ESMA, *Decision of 16 March 2020 to require natural or legal person who have net short position to temporarily lower the notification thresholds of net short positions in relation to the issued shares capital of companies whose shares are admitted to trading on a regulated market above a certain threshold to notify the competent authorties in accordance with point (a) of Article 28(1) of Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council*, ESMA70-155-9646, consultabile all'indirizzo https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-requires-net-short-position-holders-report-positions-01-and-above.

[41] M. Ventoruzzo, S. Alvaro, *Le funzioni di vigilanza diretta dell'ESMA*, in *Il testo unico finanziario*, cit., vol. II, pp. 2109 ss.; F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., pp. 33 ss.; M. Lamandini, *La vigilanza diretta dell'ESMA. Un modello per il fututo?,* in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, I, pp. 448 ss.; N. Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, cit., pp. 973 ss.

[42] Molti sono i riferimenti, all'interno dello stesso Regolamento, che militano in tal senso e, innanzi tutto, la stessa scelta della tipologia di strumento normativo utilizzato e l'attribuzione all'ESMA di poteri di intervento diretti.

pandemica è un fattore sicuramente in grado di minare la stabilità dell'intero sistema finanziario e, anche ricordando le interconnessioni che sussistono in tale settore, una risposta unitaria sarebbe stata probabilmente più adeguata alla situazione e avrebbe potuto costituire un segnale positivo per i mercati.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Fleckner A. M., *Regulating trading Practices*, in *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, a cura di Moloney, Ferran e Payne, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Enriques L., *Pandemic Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainity During the Covid-19 Crisis*, destinato alla pubblicazione in *European Company and Financial Law Review*.

Enriques L., Pagano M., *Emergency Measures for Equity Trading: The Case Against Short-Selling Bans and Stock Exchange Shutdowns*, in *Ecgi Law Working Paper*, n. 513/2020, p. 1-15.

Irrera M. (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Centro studi RES, Torino, 2020.

Moloney N., *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2014[3].

INTERVENTI A FAVORE DELLE IMPRESE PER AFFRONTARE LA CRISI CAUSATA DALLA PANDEMIA DA COVID-19

GIUSEPPE CAPURSO, MARCO TRONTI*

1. *Reshoring*

La tendenza verso il *reshoring* non è nata con la crisi creata dal diffondersi del virus Covid-19, ma nel quadro economico post pandemia, e la tenuta dello Stato Italiano dipende anche al successo di un'attenta politica che concretamente favorisca un *reshoring* molto veloce e diffuso.

> *Reshoring has become something of a buzzword over the last few years. The American media flgged up that some large American MNEs, such as General Electrics and Caterpillar, as well as the largest US retailer Walmart, were bringing manufacturing operations or stocking back home to be able to seal production as being 'Made in USA'. Examples of reshoring have multiplied both in the US and in Europe, and in parallel a large academic and policy debate has expanded* [1].

Le zone più produttive del Paese sono anche quelle che prima hanno sentito la necessità di riportare sul territorio le produzioni:

> *There is evidence that previously offshored activities are being reshored back to Veneto. A few studies have started to look at the reshoring phenomenon in Italy at the national level (Kinkel et al., 2017), within industrial districts (Bettiol et al., 2017) and as a marketing strategy (Grappi et al., 2015). These studies agree the Veneto region has the highest percentage of firms that have adopted a reshoring strategy. This section aims to shed further light on the specifics of the reshoring phenomenon in the Veneto region. By combining several sources such as local newspapers, microdata from the Union Chamber*

---

* Il primo è Avvocato e Professore a contratto di Diritto Societario nell'Università di Trieste; il secondo è Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Trieste.

[1] *Industry 4.0 and Regional Transformations, Edited by Lisa De Propris and David Bailey, Routledge 2020, 9.5.3*

of Veneto and analysis of financial reports, we have compiled a list of 311 companies that have adopted reshoring strategies[2].

La crisi da Covid-19 può e deve accelerare la tendenza. Sul piano del diritto, e del diritto commerciale più in particolare, si possano elaborare strumenti che in qualche maniera aiutino lo sviluppo di una piccola e media imprenditoria capace di cogliere la grande e forse ultima occasione che per l'Italia nasce dalla tragedia provocata dal Covid-19.

2. *Interventi legislativi che possono favorire la costituzione e la crescita delle piccole medie imprese italiane*

Le caratteristiche delle imprese italiane, i loro pregi e i loro limiti, sono a tutti ben noti, e la gravissima situazione economica venutasi a creare a seguito dell'epidemia da Covid-19 sta interessando l'intero tessuto economico del Paese, mettendolo a dura prova e rischiando di indebolirlo ulteriormente in un momento che già lo vedeva in affanno.

Da qui l'importanza di adottare una serie di misure finalizzate a cercare di aiutare le imprese a superare questo momento di grave difficoltà: questo sintetico elaborato si propone il fine di individuare alcuni strumenti che senza costi, o quasi, potrebbero essere utili per la modernizzazione, in particolare, delle PMI, che costituiscono la maggioranza delle imprese italiane, rappresentando un punto di forza del sistema-Paese, ma che per lo più sono sottocapitalizzate.

Il legislatore, negli anni recenti, forse spinto anche dall'esigenza di rincorrere la normativa di altri Stati europei, non ha contribuito a modificare la situazione, anzi. Norme che dovevano favorire l'utilizzazione della società a responsabilità limitata da parte dei giovani (unitamente alla s.r.l. semplificata, almeno nella versione originaria, che oggi costituisce un inutile doppione della brechtiana s.r.l. "da tre soldi"), hanno contribuito ad acuire ulteriormente la debolezza della struttura finanziaria nelle s.r.l. Basti pensare alla s.r.l. con un capitale sociale simbolico di un euro (art. 2463, co. 4, cod. civ.)[3].

Meglio avrebbe fatto il legislatore se avesse: a) soppresso la (inutile) società a responsabilità limitata semplificata (art. 2463-*bis* cod. civ.), imponendo alle s.r.l.s. già esistenti di "trasformarsi" entro un breve lasso di tempo in s.r.l. "normali"; b) abrogato la norma (art. 2463, co. 4, cod. civ.) che prevede la costituzione di s.r.l. con capitale sociale inferiore a 10.000 euro (in fondo, dato che, *ex*

[2] *Industry 4.0 and Regional Transformations, Edited by Lisa De Propris and David Bailey, Routledge 2020, 10.3.2*

[3] Sul tema del capitale sociale nelle s.r.l., cfr. lo studio di G. Racugno, *Il capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 5, 2019, p. 801 ss. e l'amplia bibliografia riportata alle pp. 812-813.

art. 2464, co. 4, cod. civ. deve essere versato almeno il 25% dei conferimenti in denaro, tale importo non copre nemmeno le spese di costituzione!), disponendo anche in questo caso un termine breve per l'adeguamento al minimo anche del capitale di queste società; c) vietato la costituzione di s.r.l. unipersonali costituite, a loro volta, da s.r.l. unipersonali.

Un rilancio dell'economia può avere luogo solo se si punta a un'effettiva ricapitalizzazione delle imprese, e gli esempi sopra citati (s.r.l.s., s.r.l. "da un euro", s.r.l. unipersonali, costituite da un'altra s.r.l. unipersonale), non trovano (né mai hanno trovato) giustificazione nella concorrenza tra ordinamenti giuridici, che opera a ben altri livelli e si basa principalmente sulla normativa fiscale. Esse si sono prestate e si prestano, molto spesso, a consentire a pseudoimprenditori di mettere al riparo, sotto il comodo schermo della personalità giuridica, il proprio patrimonio, dando vita a società che, all'insorgere dei primi problemi, vengono lasciate fallire, con grave danno degli eventuali dipendenti e dei fornitori.

È però possibile riscontrare qualche elemento positivo. Pensiamo alla possibilità di costituire s.r.l.-PMI (art. 57 d. l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella l. 21 giugno 2017, n. 96, e modifiche agli artt. 1, co. 5-*novies*, 50-*quinquies* e 100-*ter*, co. 2-*bis,* T.U.F.), che raccolgano capitali di rischio mediante l'immissione sul mercato, attraverso appositi portali, di parte delle proprie quote (*Crowdfunding*)[4].

Molto si è discusso in dottrina in ordine alle deroghe apportate alla vigente normativa codicistica per consentire alle s.r.l.-PMI di immettere le proprie quote sul mercato: infatti l'art. 2468, co. 1, cod. civ. dispone che "le partecipazioni dei soci (di s.r.l.) non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari". Ma non va scordato come tale possibilità sia prevista anche per le s.p.a. e per le cooperative che siano PMI, nonché per le imprese sociali, per gli OICR e per le altre società di capitali che investano prevalentemente in piccole e medie imprese (v. art. 100-*ter,* co. 1, T.U.F.) e concerna non solo quote o azioni, ma anche, con le limitazioni indicate nel co. 1-*ter* del sopra citato articolo del T.U.F., la sottoscrizione di obbligazioni o di titoli di debito.

Sempre restando in tema di s.r.l., che non possono emettere obbligazioni, ma titoli di debito (art. 2483 cod. civ.)[5], sembrerebbe opportuno, al fine di una

[4] Sulle s.r.l.-PMI, cfr. S. Corso, *S.R.L.-PMI aperte al mercato: scelte statutarie e diritti dei soci investitori*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito,* I, 6, 2019, p. 877 ss.; E. Cusa, *Le quote di s.r.l. possono essere valori mobiliari*, in *Rivista delle Società*, 5, 2019, p. 675 ss.; Consiglio Nazionale Notariato, *La nuova disciplina delle (PMI) società a responsabilità limitata.* Studio n. 101/2018 del 19/4/2018, a cura di M. Maltoni, A. Ruotolo, D. Boggiali, www.notariato.it*;* M. Cian, *S.r.l., PMI, s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Rivista delle Società*, 4, 2018, p. 818 ss.; P. Benazzo, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della "nuovissima" s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l.-PMI aperta?*, in *Rivista delle Società*, 5-6, 2018, p. 1441 ss.

[5] Cfr. M. Campobasso, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 1*,* 2019, p. 142.

maggiore utilizzazione di tale strumento, ridurre il taglio minimo degli stessi, come pure delle cambiali finanziarie, portandolo al di sotto dei 50.000 euro oggi previsti.

Per le cooperative l'art. 2526 cod. civ. già prevede, in modo peraltro non chiarissimo, la possibilità che la cooperativa cui si applicano le norme sulla s.p.a., emetta strumenti finanziari. Salvo diversa disposizione dello statuto, non sussisterebbe un limite al numero dei soci finanziatori, né al capitale da essi sottoscritto. Ai possessori di strumenti finanziari (cioè ai soci finanziatori) non può essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale (art. 2542, co. 2, cod. civ.) e la maggioranza degli amministratori viene scelta tra i soci cooperatori. Anche nelle cooperative a mutualità prevalente, il limite alla remunerazione degli strumenti finanziari (e quindi anche delle azioni) vale solo per i soci cooperatori, così come il divieto di distribuzione delle riserve [art. 2514, co. 1, lettere b) e c) cod. civ.]. La disciplina andrebbe rivista in un'ottica di minor rigidità.

Anche elevando il numero dei voti attribuibili ai soci finanziatori[6], ma lasciando comunque che la maggioranza spetti ai soci cooperatori, l'essenza della società cooperativa, per definirla con Oppo, non verrebbe diluita né, tanto meno, snaturata. A ciò si aggiunga che agevolando il ricorso delle cooperative al *crowdfunding*, i progetti di recupero e di sviluppo avrebbero maggiori probabilità di essere appetibili per gli investitori privati.

3. *Intervento pubblico, aggregazione d'imprese, passaggio generazionale*

Se una capitalizzazione da parte di soggetti privati è in genere preferibile, non sempre la situazione o le dimensioni dell'impresa lo consentono. L'intervento pubblico dovrebbe essere riservato a quelle situazioni in cui vi è la concreta possibilità che l'impresa riesca, entro un ragionevole lasso di tempo, a vivere contando esclusivamente sulle proprie risorse. I precedenti (Alitalia, Ilva, ecc.), non sono di buon auspicio.

In una prospettiva di operatività economicamente sensata e non politica, potrebbero essere soppressi o almeno ridotti i limiti di intervento nel capitale delle imprese da parte delle Finanziarie Regionali (nella Regione Friuli Venezia Giulia, della Friulia). Per le imprese di maggiori dimensioni è ipotizzabile anche

[6] Sui soci finanziatori, e, più in generale sull'art. 2526 c.c., cfr. M. Lamandini, *Società cooperative*, a cura di G. Presti, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *sub* art. 2526, Giuffré, Milano, 2006, p. 203 ss., in particolare a p. 211 ss.; Consiglio Nazionale Notariato, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*. Studio n. 5307/I/2004, a cura di G. Petrelli, www.notariato.it, p. 15 ss. Sul tema v. anche l'ampia monografia di E. Cusa, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Giuffrè, Milano, 2006.

un intervento dello Stato, attraverso strumenti già esistenti (per esempio Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.) o creati *ad hoc*.

Società consortili[7], consorzi e contratto di rete sono altri strumenti interessanti che, in questa fase di ricostruzione e, speriamo, di *reshoring* , potrebbero risultare utili.

La disciplina applicabile alle società consortili soffre ancora di rilevanti incertezze. Nel silenzio del legislatore, le decisioni della Suprema Corte non si pronunciano in modo chiaro e univoco sull'applicabilità della disciplina del tipo societario prescelto, mentre i giudici di merito sovente affermano l'applicabilità di una disciplina mista, e cioè quella societaria e quella dettata in tema di consorzi. Sarebbe opportuno un intervento legislativo chiarificatore, dal momento che la mancanza di certezza costituisce un freno all'utilizzo di questo strumento di cooperazione interaziendale.

Il contratto di rete[8] (introdotto dall'art. 3, co. 4-*ter*, del d. l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito nella l. 9 aprile 2009, n. 33, oggetto di svariate modifiche negli anni successivi), sta riscuotendo un discreto successo nella realtà imprenditoriale, ma anche la disciplina di questo istituto presenta lacune e suscita dubbi che richiederebbero un intervento chiarificatore.

Il passaggio generazionale è uno dei momenti più delicati nella vita di un'impresa, soprattutto se di dimensioni medio—piccole. Numerosi sono gli strumenti che possono essere utilizzati, dai più elementari (trasferimento d'azienda, conferimento d'azienda in una società, trasferimento delle partecipazioni sociali, anche a titolo gratuito, ecc.) ai più sofisticati (patto di famiglia, *trust*, etc.). Sarebbe il momento di uniformare la tassazione di questo tipo di operazioni, che attualmente ne agevola alcune a scapito di altre.

Necessario anche un intervento sul patto di famiglia[9], di cui all'art. 768-*bis* ss. cod. civ. Introdotto dall'art. 2 della l. 14 febbraio 2006, n. 55, ha subito suscitato l'interesse degli studiosi, che si sono divisi in ordine all'interpretazione di alcune disposizioni fondamentali, che sarebbe opportuno modificare ai fini di un'interpretazione univoca. In particolare è controversa l'interpretazione dell'art. 768-*bis* cod. civ., nella parte in cui prevede che *"il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti"*. Il termine "quote", proprio tecnicamente solo delle s.r.l., viene interpretato nel senso

---

[7] Sui consorzi e sulle società consortili cfr., per tutti, G.D. Mosco, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Commentario del Codice Civile*, già diretto da A. Scialoja e G. Branca, e continuato da F. Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 2017.

[8] Sul contratto di rete cfr. L. Bullo, *Profili del contratto di rete: autonomia privata e destinazione patrimoniale,* Cedam, Padova, 2019.

[9] Sul patto di famiglia cfr. A. Busani, *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2019; F. Volpe, *Patto di famiglia*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

di "partecipazioni sociali" e se non vi sono particolari divergenze interpretative in ordine alle partecipazioni nelle società di persone, per le altre tipologie societarie si discute se il trasferimento debba riguardare una partecipazione di controllo della società, o possa concernere ogni trasferimento di partecipazioni sociali, o escluda le partecipazioni di mero investimento, o quelle in società di comodo. Sarebbe opportuno che la norma venisse modificata nel senso di eliminare questo elemento di incertezza, che certo non agevola la diffusione dell'istituto, la cui utilità pare invece indubbia. Un ultimo accenno ad un istituto che potrebbe favorire la piccola impresa. Come è noto, l'ordinamento giuridico francese conosce, già da alcuni anni, l'EIRL (*L'entrepreneur à responsabilité limitée)*[10], cioè la figura dell'imprenditore individuale la cui responsabilità è limitata ad alcuni beni, che costituiscono un patrimonio separato e che sono specificatamente individuati e iscritti in un pubblico registro. Se tale istituto favorisce l'iniziativa imprenditoriale, in particolare quella dei giovani imprenditori, esso potrebbe risultare utile anche ai creditori dell'imprenditore in relazione ai crediti originati dall'attività imprenditoriale, che non potranno essere confusi con quelli nati dalle attività personali. I creditori che vantano crediti sorti dalle attività imprenditoriali, infatti, saranno i soli a potersi soddisfare sui beni che costituiscono un patrimonio separato destinato all'attività di impresa.

4. *Provvedimenti assunti dopo l'inizio della pandemia*

Oltre le ottime disposizioni emanate per agevolare lo svolgimento delle assemblee per l'approvazione del bilancio 2019 (art. 106 d. l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 22), ricordiamo, in estrema sintesi, i provvedimenti assunti a favore delle imprese, contenuti, in primo luogo, nel d. l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40 (art. 6 ss.).

L'art. 6 dispone che, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2020, per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro tale data, non si applichino gli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, co. 4, 5 e 6 e 2482-*ter* cod. civ Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale prevista dagli artt. 2484, co. 1, n.4, e 2545-*duodecies* cod. civ. La norma è modellata sull'art. 182-*sexies* l. f. e la *ratio* è assai simile: fronteggiare una situazione di crisi, nel caso concreto, di carattere generale e dovuta alla pandemia. I primi commentatori[11]

[10] Sul tema cfr. R. Benvenuto, *L'entrepreneur à responsabilité limitée*, in G. Capurso, R. Benvenuto, *La società a responsabilità limitata in Francia, in Spagna e in Italia: un confronto, con una postilla sulla struttura finanziaria della società a responsabilità limitata in Italia. L'entrepreneur à responsabilité limitée,* Trieste, Goliardica Editrice, 2020.

[11] Cfr. G. D'Attorre, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale sociale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 5, 2020, pp. 598-599.

hanno osservato che la sospensione, pur operando dal 9 aprile 2020, copre "le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data", e quindi, retroattivamente, anche situazioni verificatesi prima dell'entrata in vigore della norma, purché nell'esercizio chiuso entro il 9 aprile 2020 (per esempio, nell'esercizio 2019), e anche se le perdite non erano in alcun modo causate dagli effetti economici della pandemia. Una "sanatoria", o meglio un rinvio, per la copertura di perdite che non sono assolutamente determinate dalla pandemia. Per quanto concerne il termine finale, poi, fissato al 31 dicembre 2020, ma sempre con riferimento alle fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data, resterebbero escluse le società che chiudono il bilancio in data successiva al 31 dicembre 2020, come, a titolo esemplificativo, molte attività stagionali invernali, che potrebbero, per esempio, chiudere il bilancio al 31 marzo 2021. L'art. 8 dispone inoltre che, ai finanziamenti effettuati a favore della società dalla data di entrata in vigore del decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020, non si applicano gli artt. 2467 e 2497- *quinquies* cod. civ.

Se la *ratio* della disposizione è chiara, il contenuto non lo è altrettanto, anche se sembra esonerare dalla postergazione[12], secondo la dottrina perenne, nel senso che permane oltre il termine del 31 dicembre 2020, tutti i debiti verso soci nati dal giorno dell'entrata in vigore del decreto alla fine del 2020, indipendentemente dal momento del rimborso, che potrà anche avvenire in un momento successivo a tale termine. Come dire, vi è la possibilità di finanziare in questo lasso di tempo, senza eccessivi rischi, la società, con un possibile danno per i creditori e un indubbio vantaggio per i soci. Va evidenziato che anche questa norma è ispirata alla legge fallimentare, e, in particolare, all'art. 182-*quater* della stessa. L'art. 7 del decreto prevede disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio, mentre gli artt. 9 e 10, dettano disposizioni, rispettivamente, in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti, e di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza.

Con il d. l. 19 maggio 2020, n. 34 (c. d. "Decreto Rilancio"), convertito con modifiche nella l. 17 luglio 2020, n. 77, sono state assunte ulteriori misure a favore delle imprese. Innanzitutto l'art. 26, co. 1, dispone che per gli aumenti di capitale a pagamento di s.p.a, s.a.p.a., s.r.l., s.r.l.s. e cooperative, deliberati, (sottoscritti) e versati integralmente dopo l'entrata in vigore del decreto, ed entro il 31 dicembre 2020, ai soggetti che effettuano conferimenti in denaro spetti un credito d'imposta pari al 20%, calcolato su un conferimento massimo non eccedente i 2.000.000 di euro, a condizione che l'ammontare dei ricavi della società sia superiore a 5.000.000 di euro e fino a 50.000.000 di euro, e che, a causa dell'emergenza da Covid-19, nei mesi di marzo e aprile 2020 la riduzione dei ricavi, rispetto ai corrispondenti mesi dell'anno precedente, non sia inferiore al

[12] In proposito cfr. M. Ventoruzzo, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Società*, 5, 2020, p. 535.

33%. Vi sono tutta una serie di ulteriori condizioni, indicate ai co. 2, 3 e 5 [per esempio, che "la partecipazione riveniente (?) dal conferimento sia posseduta sino al 31 dicembre 2023 e che, prima di tale data, vi sia il divieto di distribuzione di riserve da parte della società "oggetto del conferimento" (?)], ma l'osservazione principale è costituita dal limite dell'agevolazione alle sole imprese che abbiano subito una riduzione dei ricavi nella misura sopra indicata e che l'intervento abbia come destinatarie unicamente imprese di medie dimensioni.

Per ottenere i benefici previsti dal co. 12 (sui quali v. i*nfra*), il numero di occupati deve essere inferiore a 250 unità, l'aumento di capitale non deve essere inferiore a 250.000 euro e l'ammontare dei ricavi deve essere compreso fra 10.000.000 e 50.000.000 di euro [(art. 26, co. 2, lett. g) e 1, lettere a) e c)]. Il co. 12 dell'art. 26 istituisce il Fondo Patrimonio PMI, finalizzato a sottoscrivere, entro il 31 dicembre 2020, obbligazioni o titoli di debito di nuova emissione, emessi dalle società di cui al co. 1, che soddisfino le condizioni di cui al co. 2, per un ammontare massimo pari al minore importo tra tre volte l'ammontare dell'aumento del capitale di cui al co. 1, lett. c), e il 12.5% dei ricavi di cui al co. 1, lett. a). La gestione di tale fondo è affidata alla Invitalia-s.p.a. Gli strumenti finanziari sono rimborsati decorsi sei anni dalla sottoscrizione, ma è ammesso anche il rimborso anticipato, decorsi tre anni dalla sottoscrizione.

5. *Conclusioni*

Purtroppo nel complesso sugli interventi attuati e in corso di attuazione – a parte i finanziamenti e i contributi a fondo perduto disposti a pioggia, ma di cui solo *a posteriori* conosceremo gli effettivi beneficiari – il giudizio non può essere certo positivo. L'impressione generale che si ricava è quella che lo Stato, di fronte agli alti lai levatisi dal ceto imprenditoriale, abbia disposto interventi di cui solo pochi attovagliati, in genere imprese di dimensioni medio-grandi, potranno approfittare. L'intervento alla ricapitalizzazione rimane circoscritto e senza una strategia. Si corre il rischio che gli imprenditori utilizzino tutti gli incentivi e poi lascino fallire le società, accentuando un fenomeno già in corso da anni, danneggiando lavoratori e creditori e mantenendo al sicuro, dietro allo schermo della personalità giuridica, i propri e ben solidi patrimoni personali; oppure che essi "costringano" lo Stato ad assumere partecipazioni cospicue o anche totali nelle loro società, scaricando le perdite sullo Stato stesso, e cioè sui contribuenti. Non lasciano ben sperare situazioni in cui grandi società quotate distribuiscono lauti dividendi pur in presenza di una trimestrale 2020 non lusinghiera, o richiedono prestiti con garanzia dello Stato per svariati miliardi, e nel contempo distribuiscono dividendi di importo simile agli azionisti. La preoccupazione aumenta se si parla di controllata e controllante.

Nel frattempo (più o meno nei tempi degli "*Stati Generali*") la Germania, sempre più centro pensante ed operante dell'Europa, ha già elaborato una stra-

tegia politica ed economica post-Covid [13] che inizia a delineare i possibili scenari macroeconomici post Covid:

> dazu wird sich die Bundesregierung dafür einsetzen, dass die EU ihre ehrgeizige bilaterale Handelsagenda weiter ausbaut – um durch Diversifiierung ihre Abhängigkeit von einzelnen Lieferländern zu vermindern, (Agrar-)Lieferketten aufrecht zu erhalten und zugleich die Integration von Partnerländern in den Welthandel zu befördern. Eine undifferenzierte Politik über „Reshoring und „Relocation" hätte weltweit nachteilige Auswirkungen und würde gerade Entwicklungsländern am unteren Ende der Wertschöpfungskette schaden.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Benazzo P., *Categorie di quote, diritti di voto e governance della "nuovissima" s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l. aperta?*, in *Rivista delle Società*, 5-6, 2018, pp. 1441-1481.

Benvenuto R., *L'entrepreneur à responsabilité limitée*, in G. Capurso, R. Benvenuto, *La società a responsabilità limitata in Francia, in Spagna, in Italia: un confronto, con una postilla sulla struttura finanziaria della società a responsabilità limitata in Italia. L'entrepreneur à responsabilté limitée*, Trieste, Goliardica Editrice, 2020.

Bullo L., *Profili del contratto di rete: autonomia privata e destinazione patrimoniale*, Cedam, Padova, 2019.

Busani A., *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2019.

Campobasso M.*, Il futuro delle società di capitali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 1, 2019, pp. 138-152.

Cian M., *S.r.l., PMI, s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Rivista delle Società*, 4, 2018, pp. 818-857.

Consiglio Nazionale del Notariato, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*. Studio n. 5307/I/2004, a cura di G. Petrelli, www.notariato.it.

Consiglio Nazionale del Notariato, *La nuova disciplina delle (PMI) società a responsabilità limitata*. Studio n. 101/2018 del 19/4/2018, a cura di M. Maltoni, A Ruotolo, D. Boggiali, www.notariato.it.

Corso S., *S.R.L.-PMI aperte al mercato: scelte statutarie e diritti dei soci investitori*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 6, 2019, pp. 877-912.

Cusa E., *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Giuffrè, Milano, 2006.

Id., *Le quote di s.r.l. possono essere valori mobiliari*, in *Rivista delle Società*, 5, 2019, pp. 675-694.

[13] *Für eine wirksame internationale Antwort Deutschlands auf COVID-19*, in *Die Bundesregierung. Strategiepapier*, giugno 2020, www.auswaertiges-amt.de, p. 6.

D'Attorre G., *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale sociale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 5, 2020, pp. 597-602.

Lamandini M., *Società cooperative*, a cura di G. Presti, in *Commentario alla riforma delle società,* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari*, sub* art. 2526, Giuffrè, Milano, 2006.

Mosco G.D., *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Commentario del Codice Civile*, già diretto da A. Scialoja e G. Branca. e continuato da F. Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 2017.

Racugno G., *Il capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, v. I, 5, pp. 801-813.

Ventoruzzo M.*, Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Società*, 5, 2020, pp. 525-537.

Volpe F., *Patto di famiglia*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

TUTELA DELLA SALUTE PUBBLICA E CONTROLLO SOCIALE: PROVE DI LEGALITÀ NEL PERIODO DELL'EMERGENZA SANITARIA

MARIA CRISTINA BARBIERI*

1. *Premessa*

La pandemia che sta interessando il mondo, e che ha visto il nostro paese all'attenzione globale per essere stato il primo paese dopo la Cina ad aver riconosciuto, dichiarato e gestito lo stato di emergenza sanitaria, se ha da un lato bloccato l'attività giudiziaria (i tribunali insieme alle scuole e alle Università sono stati le prime istituzioni ad essere chiuse il 23 febbraio 2020) ha, dall'altro lato, provocato, com'è naturale, una intensa quanto convulsa attività normativa volta a normare la vita quotidiana delle persone rimodellandola per impellenti esigenze di controllo sanitario attuando un difficile equilibrio tra diritti fondamentali.

La funzione del diritto che più si è 'spesa' in questo mutato contesto storico sociale è quella *lato sensu* punitiva intendendo con questa espressione sia l'illecito penale sia l'illecito amministrativo[1].

Una serie di prescrizioni penali e amministrative si sono rincorse tra fonti del diritto primarie e secondarie, tra Governo, Parlamento, Regioni e Comuni, spesso non in perfetto coordinamento più per divergenze di appartenenza politica che per normale *lapsus* nell'avvicendamento normativo.

Ora che il periodo più cupo dello stato di emergenza, che comunque perdura, è alle spalle, è possibile condurre una riflessione più distaccata sulle modalità di intervento regolativo della vita delle persone.

---

* Ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Trieste.

[1] Illecito penale e illecito amministrativo condividono dai tempi della riforma di cui alla L. 24 novembre 1981 n. 689 la stessa funzione di tutela dei beni giuridici, attribuendo alla sanzione amministrativa la funzione preventiva tipica della sanzione penale. Cfr. per tutti G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale,* IX edizione, Giuffré, Milano, 2020, p. 205.

Una riflessione sull'uso della sanzione per come si è manifestato nel periodo dell'emergenza, o più in generale sul ruolo che il diritto sanzionatorio ha avuto, può essere condotta da prospettive diverse.

Da un lato viene in considerazione la funzione del diritto penale (o del diritto punitivo *lato sensu*), sia nella sua dimensione più classica di tutela dei beni giuridici, sia nella sua dimensione di sistema di controllo sociale, e per entrambe le funzioni non può essere trascurata la valutazione dell'effettività dello strumento sanzionatorio, perché in una situazione di emergenza come quella che stiamo vivendo l'efficacia deterrente della sanzione, qualunque essa sia, gioca tutta la sua partita sull'effettività della sua applicazione [2].

Sullo sfondo, ma non di minore rilievo, rimane la valutazione sulla correttezza dell'uso delle fonti che hanno 'gestito' lo strumento sanzionatorio.

Il principio di legalità infatti, pur in una situazione di emergenza, permea comunque, con la sua insostituibile funzione di garanzia, l'illecito penale così come l'illecito amministrativo, nonché il contenuto dei divieti incidenti sui diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e mai comprimibili in una situazione di 'normalità': il diritto di libera circolazione e il diritto di libertà economica *in primis*.

2. *Nuovi divieti, vecchi delitti*

È bene premettere che il diritto penale comprende all'interno del suo catalogo una serie di delitti che in astratto potrebbero essere contestabili, qualora se ne dessero le circostanze di fatto, a chi tenesse un comportamento corrispondente a una delle violazioni previste nella normativa 'anti COVID' degli ultimi mesi, in particolare alla violazione della quarantena da parte di chi risultasse positivo al virus trasmettendo la malattia ad altri soggetti. I decreti legge che si sono susseguiti prevedono la clausola di sussidiarietà "salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452" – epidemia colposa – "o comunque più grave reato" – lesioni dolose o colpose, omicidio doloso o colposo - (in questo senso sia l'art. 4 c. 6 del D.L. 25 marzo 2020 n. 19 sia l'art. 2 del D.L. 16 maggio 2020 n.33)[3].

Non è però su questi classici e gravi delitti che si deve misurare la qualità e la legittimità della legislazione dell'emergenza sanitaria, quantomeno dal punto di vista del rispetto delle fonti costituzionalmente deputate alla previsione, piuttosto invece sulle previsioni normative limitative della libertà personale emanate nella prima e nella seconda fase dell'emergenza sanitaria, previsioni

[2] Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1990, p.430 ss.

[3] Sebbene si sia menzionata spesso sui media la imputazione per epidemia colposa, va precisato che si tratta di una fattispecie non certo di facile accertamento principalmente per la difficoltà legata alla prova del nesso di causalità da cui non si può prescindere.

estremamente importanti, perché volte ad evitare proprio il verificarsi dei presupposti di situazioni più gravi.

3. *La decretazione d'urgenza come fonte normativa dell'emergenza sanitaria*

Il decreto legge, come atto avente valore e forza di legge, è entrato attraverso la prassi come fonte di nuove incriminazioni ed è comunemente accettato dalla maggioranza della dottrina penalistica come fonte di norme penali[4] e, nel contesto emergenziale, non sembrano esserci dubbi sul fatto che si siano concretizzati quei presupposti di gravi casi di necessità e urgenza che legittimano il ricorso a questo strumento normativo.

Il tempo dell'emergenza sanitaria è stato dunque scandito dall'emanazione di alcuni decreti legge volti a stabilire le nuove regole di vita quotidiana e di relazione che ci accompagneranno ancora per molto tempo.

Si dovrà dunque fare una breve ricognizione dei provvedimenti al fine di valutarne la compatibilità con i principi generali, ripercorrendo le tappe di questa emergenza sanitaria che ha cambiato la vita di tutti noi.

3.1 *Il primo intervento del governo: l'opzione penale*

Il D.L. 23 febbraio 2020 n. 6 «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» è il primo intervento normativo con cui il governo ha inaugurato il nuovo sistema di vita del Paese.

Il testo consta di quattro articoli e, in sintesi, la sua struttura può essere così riassunta: individuazione degli ambiti in cui adottare le misure urgenti di contenimento da parte delle autorità competenti (limitazioni di circolazione, di riunione, chiusura di scuole e istituti di istruzione, musei etc.) e attuazione delle misure di contenimento (previsione della risposta sanzionatoria).

La norma di riferimento è l'art. 3, comma 4 che recita «Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

Il richiamo a quest'ultimo articolo, che apre il libro III del codice e diventa improvvisamente protagonista fuori dai manuali di diritto penale, è in questo contesto, l'unico elemento di chiarezza nella ricostruzione della fattispecie. Ci indica infatti la sanzione e da essa si trae la natura contravvenzionale dell'illecito. E tuttavia l'art. 650 c.p., che presenta lo schema della sanzione all'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, non sembra propriamente corrispondere

[4] Isolata ma condivisibile la posizione di G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 45 che non ritengono il decreto legge una valida fonte per la previsione di nuove incriminazioni per la necessità di una adeguata ponderazione incompatibile con i presupposti per la decretazione d'urgenza.

allo schema individuato dal decreto n. 6/2020. La norma richiamata riguarda infatti la sanzionabilità di violazioni di provvedimenti individuali e concreti della pubblica autorità, mentre il decreto n. 6 intende sanzionare la violazione di misure contenute in disposizioni generali e astratte rimandate a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, fonti non primarie e su cui tuttavia si baserà la maggioranza delle disposizioni successive. In definitiva, sembra che il richiamo all'art. 650 c.p. sia da ritenersi unicamente *quoad poenam*.

È, in altri termini, il decreto stesso a contenere il precetto, rinviando per la sola sanzione all'art. 650 c.p., ma a presentare, al contempo, diversi dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della mancanza di sufficiente base legale, e questo sia per la compressione di diritti fondamentali sia per la stessa conformazione della fattispecie penale.

L'ambito delle misure da adottare riguarda infatti diritti fondamentali – libertà di circolazione e libertà di impresa di cui agli artt. 16 e 41 della Costituzione - la cui limitazione è consentita attraverso lo strumento normativo della legge alla quale non sono equiparabili i vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che avrebbero dato successivamente attuazione al D.L. n.6/2020 e che a questo si richiameranno. Inoltre, mentre questo primo decreto legge riferiva le limitazioni a precisi contesti territoriali, i decreti presidenziali in attuazione si sarebbero riferiti anche all'intero territorio nazionale, lasciando quindi la compressione dei diritti fondamentali di cui sopra doppiamente priva di base legale[5].

Anche sotto il profilo del rispetto della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, c. 2 della Costituzione il primo decreto sull'emergenza sanitaria si espone a censure: pur essendo prevista la sanzione, come sopra si è evidenziato, alle fonti secondarie (i D.P.C.M.) è lasciata in attuazione una scelta molto ampia dei comportamenti da vietare, individuata dal decreto legge per tipologie solo nel caso dell'art. 1 e totalmente indeterminata nell'art. 2 («ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1»).

In definitiva, non è il decreto legge a individuare i comportamenti sanzionabili, ma le fonti secondarie con un'ampia scelta che va oltre il limite della sola specificazione di tipo tecnico, unica integrazione compatibile con la riserva assoluta di legge. Le fonti secondarie, che vanno dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri alle ordinanze del Sindaco, possono infatti, come si è visto, arrivare anche a scegliere un tipo ulteriore di misura di contenimento non indicata nel decreto legge. Probabilmente sarebbe stata accettabile anche

[5] Questo *modus operandi* del Governo è stato da più parti censurato: cfr. G. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, www.sistemapenale.it, 16 marzo 2020; G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, www.osservatoriosullefonti.it, n.2/2020.

una modalità integrativa più flessibile di quella normalmente richiesta per il rispetto della riserva di legge, in un'ottica di collaborazione tra le istituzioni per poter meglio individuare a livello locale le attività da vietare, a condizione però che la fonte primaria del decreto legge fosse più precisa nell'individuazione del tipo di attività[6].

Anche la scelta di puntare sulla tutela penalistica, e in più sulla blanda versione dell'illecito contravvenzionale, non è stata una scelta felice sul piano dell'efficacia deterrente della sanzione che avrebbe richiesto come condizione una applicazione rapida.

Pur comprendendo la difficoltà del momento in cui il paese si è trovato nel febbraio scorso, non si può negare che il primo intervento sull'emergenza sanitaria sia stato un passo falso.

3.2 *Il secondo intervento del governo: l'opzione dell'illecito amministrativo*

Con il decreto legge del 25 marzo 2020 n. 19 (convertito in legge 22 maggio 2020 n. 35) il Governo è intervenuto a riorganizzare l'assetto normativo che, dopo il decreto legge n. 6, aveva visto il susseguirsi di diversi decreti della Presidenza del Consiglio, nonché di ordinanze dei Presidenti di Regione, legittimati questi ultimi dall'art. 3 del D.L. n. 6 a intervenire per l'attuazione delle misure di contenimento in caso di necessità e urgenza nelle more dell'intervento del governo centrale.

Il governo sembra prendere coscienza, dopo lo 'smarrimento normativo' iniziale, del fatto che la chiarezza delle disposizioni è essenziale perché possa essere svolta pienamente, da parte del diritto, la funzione regolativa del comportamento dei cittadini, tanto più in un momento di emergenza in cui è assolutamente necessario che le norme preventive vengano rispettate[7].

Sintetizzando, gli elementi di novità sono i seguenti: le misure di contenimento vengono riferite a tutto il territorio nazionale (mentre prima erano riferite ad alcune zone, con la conseguenza che i provvedimenti restrittivi adottati dai decreti presidenziali e dalle ordinanze regionali per le zone non comprese mancavano di una base legale); le misure di contenimento sono inserite in un elenco tassativo; vengono introdotti i criteri di adeguatezza e proporzione a regolare le misure restrittive previste dai provvedimenti, centrali o regionali, che saranno inoltre limitati a un periodo prestabilito di trenta giorni, se pur prorogabili, e fino alla fine dello stato di emergenza, al tempo fissato al 31 luglio 2020; la preminenza dei provvedimenti centrali rispetto alle ordinanze

[6] Sul punto cfr. anche C. Ruga Riva, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, www.sistemapenale.it, n.3/2020, p. 239 in particolare.

[7] M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* www.consultaonline.it, 11 aprile 2020, p. 3.

regionali; e, infine, ciò che più interessa in questa sede, il riassetto delle sanzioni in risposta alle violazioni.

La scelta infatti va nel senso di utilizzare l'illecito amministrativo come fulcro della reazione sanzionatoria alla violazione delle misure di contenimento, limitando l'intervento penalistico alla sola violazione della quarantena[8].

Conscio evidentemente della ineffettività [9] della contravvenzione prevista all'art. 3, co. 4, D.L. n. 6/2020, il nuovo decreto legge abroga quella norma, e la sostituisce con un illecito amministrativo all'art. 4, c.1 che commina la sanzione pecuniaria (da 400 a 3.000 euro, poi abbassata nel massimo a 1.000 euro in sede di conversione con L. 22 maggio 2020, n. 25) per «il mancato rispetto delle misure di contenimento», al contempo escludendo esplicitamente l'applicazione «delle sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità».

Inoltre viene prevista la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni per la violazione di alcune misure, relative ad attività commerciali, professionali e d'impresa[10].

La scelta della sanzione amministrativa si rivela sensata e sarebbe stata auspicabile fin dall'inizio, perché la sanzione amministrativa, soggetta ai principi e al sistema di cui alla L. n. 689/1981 permette un rapido accertamento e una applicazione immediata da parte dell'autorità competente, diversamente dalla sanzione contravvenzionale che, pur eventualmente oblazionabile, dati i tempi del processo penale, sarebbe caduta presto in prescrizione.

L'illecito amministrativo in questione cede solo, per espressa previsione del decreto, se la condotta sanzionata costituirà reato, applicandosi solo quest'ultimo, in deroga al principio di specialità come criterio regolatore del concorso tra sanzione penale e sanzione amministrativa stabilito all'art. 9 della L. n. 689/1981. Così è per la violazione della quarantena, contravvenzione prevista dall'art. 4, co. 6 del decreto-legge, per l'inosservanza dell'obbligo di isolamento da parte di chi sia risultato positivo al virus.

---

[8] La violazione della quarantena viene punita con la sanzione di cui all'art. 260, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 T.U. delle leggi sanitarie modificato quanto alla sanzione dall'art. 4, c.7 del decreto stesso.

[9] Se pure le denunce per il reato in questione nelle settimane di marzo precedenti l'emanazione del nuovo decreto siano state circa 100.000, va da sé che, nei pochi ipotetici casi in cui si fosse arrivati rapidamente a giudizio, a seguito dell'applicazione dell'oblazione il reato si sarebbe estinto con il pagamento di una somma irrisoria (103 euro) e nelle altre ipotesi sarebbe stato destinato alla prescrizione.

[10] Ad aumentare la deterrenza della comminatoria viene creata anche una sorta di recidiva, comportante il raddoppio della sanzione e la chiusura dell'esercizio commerciale per trenta giorni.

3.3 *La violazione della misura della quarantena*

Isolare la violazione di questa misura di contenimento, classificandola come reato, si comprende perché questo tipo di condotta presenta quelle caratteristiche di maggiore pericolosità rispetto ad altri comportamenti vietati, decisamente più neutri in proporzione.

Assegnare la violazione alla categoria contravvenzionale è, tra l'altro, una 'tradizione' che si lega alla caratteristica intrinseca dell'illecito contravvenzionale che, quasi sempre, corrisponde a una condotta preventivo - cautelare[11].

Si tratta di un reato di pericolo astratto che il decreto punisce con la sanzione prevista all'art. 260 R.D. n. 1265/1934, (come modificato dall'art. 4, co. 7 del D.L. n. 19/2020, rinvio *quoad poenam* dunque): l'arresto da 3 a 18 mesi e l'ammenda da 500 a 5000 euro. La comminatoria congiunta di sanzione pecuniaria e sanzione detentiva impedisce così che la contravvenzione sia oblazionabile, anche se rimangono tutte le difficoltà legate alla lentezza dell'accertamento giudiziale.

Se la scelta sul piano politico criminale è condivisibile, nuoce al giudizio complessivo il deficit di legalità che ha accompagnato, in questa prima fase, la previsione della quarantena. Questa misura consiste infatti pur sempre in una privazione della libertà personale, per ragioni sanitarie e di tutela della salute pubblica, per la quale, al pari del Trattamento Sanitario Obbligatorio, si sarebbe reso necessario fin da subito prevedere una autorità competente a stabilirla e una procedura applicativa specifica rispettando anche la riserva di giurisdizione che l'art. 13 della Costituzione prevede[12].

La mera previsione della misura all'art. 2, c.1, lettera e) del D.L. n. 19/2020 non costituiva infatti una base legale sufficientemente precisa, essendo muta riguardo all'autorità, ai modi, ai tempi e al controllo della permanenza della situazione di pericolo sanitario.

Per una revisione della misura in oggetto si dovrà aspettare sia la legge di conversione 22 maggio n. 35 che all'art. 1, co. 2, lett. e) attribuirà al sindaco, quale autorità sanitaria locale, la competenza a disporre la quarantena, sia il di poco precedente nuovo decreto legge 16 maggio 2020, n. 33

---

[11] L' esempio più attuale, e non estraneo al tema che stiamo trattando, si trae oggi dalla legislazione sulla sicurezza sul lavoro (D.LGS. 8 aprile 2008 n.81), dove le violazioni delle norme cautelari che vietano o impongono determinati comportamenti costituiscono contravvenzioni o illeciti amministrativi.

[12] G. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, www.sistemapenale.it; di diverso avviso invece M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* cit., p.14 ss. che non ascrive la misura della quarantena a una limitazione della libertà personale ex art. 13 e che ritiene comunque sufficientemente garantita la reazione del cittadino alla misura in questione.

che all'art. 1, co. 6 disciplinerà la misura individuando come competente ad applicarla l'autorità sanitaria con un provvedimento individuale e concreto finalizzato alla tutela della salute pubblica, prevedendo un termine non predeterminato, ma legato all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura simile[13].

Le criticità legate alla misura della quarantena, per quanto di per sé rappresentasse una misura di contenimento necessaria, non possono non essere rimarcate perché all'assenza di una base legale che ne predeterminasse i limiti si sarebbe legata inevitabilmente la illegittimità del provvedimento che la dispone («provvedimento legalmente dato dall'autorità» alla violazione del quale si legano le sanzioni penali residue) rendendo così meno solida la previsione della fattispecie penale.

4. *Il decreto legge 16 maggio 2020 n. 33: un ponte verso la normalità*

Il decreto legge di metà maggio è il primo provvedimento normativo che segna la strada verso l'uscita definitiva dalla c.d. fase 1. Il D.L. 16 maggio 2020, n.33 recita infatti che «cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19»; mutano i contenuti delle misure di contenimento declinando le fattispecie 'al negativo' segnalando cosa *non* potrà essere fatto prima della fatidica data del 3 giugno, data oltre la quale la regolazione dei comportamenti quotidiani sarà orientata a una graduale ripresa verso la normalità, e dando alcune indicazioni sui principali divieti, di «assembramento» in primo luogo. Sostanzialmente però lo schema sanzionatorio rimane quello inaugurato dal D.L. n. 19/2020 con quella struttura piramidale che vede al vertice il provvedimento governativo, al livello inferiore i decreti presidenziali, e a scendere le ordinanze regionali e sindacali.

La specificazione dei comportamenti consentiti e dei comportamenti vietati continuerà infatti ad essere individuata soprattutto dalle fonti normative locali che, nei mesi che abbiamo appena trascorso, hanno regolato la vita di relazione almeno fino alla fine prevista, ma poi prorogata, dello stato di emergenza al 31 luglio, riservando discrezionalmente all'autorità emanante di vietare agli anziani di ballare o di giocare a carte nei luoghi a loro dedicati, ai bambini di giocare all'aperto nei parchi pubblici, ai giovani di sedersi sulle scale delle chiese e di assembrarsi nelle piazze o altrove.

---

[13] G. Gatta, *Emergenza COVID-19 e fase 2" misure limitative e sanzioni nel D.L. 16.5.2020, n.33 (nuova disciplina della quarantena),* www.sistemapenale.it. La L. 14 luglio 2020 n. 74 di conversione del successivo D.L. 16 maggio 2020 n.33 introdurrà poi una nuova quarantena precauzionale per i soggetti che siano entrati in contatto con una persona risultata positiva al virus demandando però ancora una volta a fonti secondarie la definizione dei contenuti.

Se è fuor di dubbio che l'integrazione del precetto può essere affidata alle fonti secondarie in virtù della specificità dei territori sui quali sono competenti a normare, carente è stata la predeterminazione legale, lasciando una discrezionalità molto ampia agli enti locali, che i criteri di «adeguatezza» e «proporzione» come regolatori dei contenuti non sono bastati a indirizzare.

Ed è forse in questa seconda fase che si è maggiormente sentita la limitazione della propria esistenza, come se la restituita libertà di spostamento avesse fatto sorgere la domanda spontanea «ma dove andiamo se non possiamo riappropriarci dello spazio pubblico?».

Ad ogni modo, la nuova normalità in cui siamo entrati è una quotidianità fatta di regole cautelari da rispettare e la cui osservanza è condizione per poter essere accettati nei diversi contesti sociali.

Lo studio della conformazione del comportamento umano a questa nuova realtà è competenza della sociologia e non propriamente del giurista. Tuttavia, prima di concludere questo breve contributo, occorre riprendere la prospettiva iniziale riguardo alla duplice funzione del diritto *lato sensu* punitivo - la protezione dei beni giuridici e il controllo sociale – per fare qualche osservazione conclusiva.

L'adozione di nuove fattispecie di illecito penale e di illecito amministrativo si è fondata sulla inderogabile necessità di proteggere il bene fondamentale della salute pubblica da un'aggressione proveniente non dalla persona umana ma da una fonte naturale di pericolo tanto più insidiosa perché del corpo e del comportamento umano si avvale. I precetti, d'altra parte, richiedono sanzioni.

La compressione di beni fondamentali quali la libertà personale, di circolazione, di riunione, di attività economica, pur bilanciata dall'importanza dell'obiettivo di tutela, ha messo alla prova la capacità del singolo di conformarsi a richieste di comportamento così fortemente limitative della propria esistenza. Forse per la prima volta il singolo si è trovato a riflettere quotidianamente davvero sulle conseguenze della propria condotta: «che cosa posso fare? Posso andare a camminare intorno a casa? Mi possono arrestare? Quali sono le situazioni di necessità che mi consentono di essere giustificato?» Queste come altre domande si sono posti i cittadini, per la prima volta veramente a confronto con la propria libertà individuale, ma nella ferma intenzione di voler tenere un comportamento conforme alle norme, pur essendo queste ultime spesso non chiarissime. Se è stata la scelta della sanzione a motivare i cittadini, è però la dimensione c.d. positiva della prevenzione generale[14] che ha funzionato spostando l'attenzione sull'importanza del bene tutelato e favorendo la conformazione della condotta a divieti pur così stringenti e inusuali: «La situazione d'e-

[14] Come è noto, con questa espressione si intende la scelta politico – criminale dell'incriminazione, specie se accompagnata da pena elevata, non in chiave meramente deterrente ma come volta a orientare il comportamento dei consociati nella consapevolezza dell'importanza del bene giuridico da proteggere.

mergenza ha mostrato la preminente importanza della dimensione precettiva e dell'osservanza»[15].

Nella fase più dura della pandemia il diritto punitivo è riuscito così nell'intento di assolvere con successo alla funzione di tutela del bene della salute pubblica così come della funzione di controllo sociale, ma grazie anche a un senso di responsabilità e di solidarietà sociale che quasi tutti i cittadini hanno riscoperto.

Nel momento attuale ci si sta adattando alla nuova normalità, la fonte di pericolo è sotto controllo, se pur non neutralizzata, ma entra nella vita sociale come un nuovo fattore di rischio. Il rischio pandemico è un rischio trasversale, che deve essere valutato in tutti gli ambienti di lavoro e nella vita di relazione, forse il più insidioso e imprevedibile mai presentatosi prima nella *Risikogesellschaft* di Ulrich Beck[16].

È dunque proprio adesso che si dovrà testare la capacità delle persone di continuare a regolare il proprio comportamento sulle norme preventive essenziali. Il legislatore dal canto suo, forte dell'esperienza appena trascorsa, potrà venire in aiuto dei cittadini assolvendo con maggiore chiarezza la propria funzione regolatrice con un quadro normativo rispettose delle garanzie fondamentali di legalità.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Di Cosimo G., *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, www.osservatoriosullefonti.it, n.2/2020.

Gatta G., *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, www.sistemapenale.it.

Gatta G., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena,* www.sistemapenale.it.

Gatta G., *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n.33 (nuova disciplina della quarantena),* www.sistemapenale.it.

Luciani M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* in www.consultaonline.it.

Marinucci g., Dolcini e., Gatta g., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale,* IX edizione, Giuffré, Milano, 2020.

Paliero C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1990, pp .430-544.

[15] Così D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale,* www.sistemapenale.it, p. 6.

[16] Il riferimento è ovviamente a U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986 edito in Italia come *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Carocci Editore, Roma, 2000.

PULITANÒ D., *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale,* www.sistemapenale.it.

RUGA RIVA C., *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, www.sistemapenale.it, n.3/2020.

EMERGENZA E DIRITTI

EMERGENZA SANITARIA E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE

GIAN PAOLO DOLSO*

1. *La nozione di libertà di circolazione*

La libertà di circolazione è stata oggetto di studio, soprattutto in tempi risalenti, da parte della dottrina giuridica, che si è cimentata con le difficoltà che la definizione e la portata di tale libertà comportano. La stessa nozione di essa appare sfuggente, soprattutto quando letta in controluce con la libertà personale. Incerta pure è la natura della riserva prevista dall'art. 16, da alcuni declinata come assoluta, da altri come relativa. Anche in relazione alle limitazioni a tale libertà previste in Costituzione - motivi di «sanità e sicurezza» - si registrano posizioni divergenti, così come sulla natura *generale* delle leggi limitative di tale libertà, da raccordare con l'assoluto divieto di introdurre restrizioni in base a *ragioni politiche*. La recente situazione di emergenza fornisce l'occasione per fare il punto su questa libertà, nell'ambito della quale si sono registrate le più penetranti limitazioni conosciute in epoca repubblicana. La ricostruzione muoverà dall'esame della giurisprudenza costituzionale.

2. *La giurisprudenza costituzionale*

Sin dalle sue primissime sentenze, la Corte ha dispensato indicazioni, che sono state per lo più oggetto di conferma da parte della giurisprudenza successiva. Già nella sentenza n. 2/1956, in relazione a disposizioni del testo unico delle leggi di p.s., la Corte dichiara illegittima la misura di rimpatrio per traduzione, in ragione della mancata previsione di un intervento del giudice, mentre

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Trieste.

considera legittimo l'ordine di rimpatrio obbligatorio[1]. I provvedimenti che prevedono la possibilità di poteri *coercitivi* rientrano nell'area dell'art. 13 Cost., laddove invece quelli di natura *obbligatoria* rientrano nell'orbita dell'art. 16[2].

Premesso che le limitazioni della libertà di circolazione devono essere contenute nella legge, la Corte fa i conti con il problema della discrezionalità dell'amministrazione all'atto di emanare i provvedimenti concreti[3]. Quando si introducono limitazioni di diritti, tale discrezionalità non deve trasmodare in *arbitrio*[4]. Al fine di evitare tale rischio la Corte, preso atto del fatto che né la legge né la Costituzione «possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti», individua l'antitodo nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti[5]. Si tratta di uno schema di giudizio ricorrente nel panorama giurisprudenziale[6].

Non si possono trarre dalla sentenza elementi decisivi in ordine alla natura della riserva, limitandosi la Corte al rilievo secondo cui vi è un piano in cui opera la legge, ed uno in cui opera l'atto amministrativo[7]. Che la legga debba intervenire a completamento e integrazione della norma costituzionale è pacifico quanto il fatto che la legge debba necessariamente limitarsi a prescrizioni generali, che spetterà appunto all'amministrazione tradurre in atti concreti.

L'interesse della pronuncia sta anche nel tentativo di dare una spiegazione alle varie espressioni della disposizione costituzionale. In relazione alla locuzione «in via generale», la Corte precisa che la norma in realtà non si riferisce solamente a «situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili». La legge deve risultare «applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie»[8].

---

[1] La Corte ha nell'occasione dichiarato illegittimo il rimpatrio per traduzione previsto dall'art. 157 del citato T. U. delle leggi di p.s. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773).

[2] In dottrina si era osservato che «il diritto, quando comanda non coercisce, quando coercisce non comanda»: così C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Camerino*, col. IV, 1930, 61. Con riguardo alla libertà personale, se il riferimento alla coercizione sembra accogliere una nozione di libertà eminentemente "fisica", in altri casi la Corte ha ragionato di "degradazione" giuridica: così la sent. n. 11 del 1956.

[3] In altre decisioni la Corte si è limitata a rimarcare la necessità di un intervento legislativo in materia, senza per vero fornire ulteriori elementi in relazione alla natura della riserva. In assenza di elementi in questo senso, è lecito concludere nel senso che ogni riserva di legge va interpretata come assoluta. Cfr. sul punto la sent. n. 20 del 1962

[4] Cfr. la storica sentenza 1 del 1956.

[5] Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 2 del 1956.

[6] Significativa la sent. 12 del 1965.

[7] «L'errata applicazione dei una norma di legge è questione del tutto diversa dalla sua legittimità». Analogmanete cfr. anche la sent. n. 12 del 1965.

[8] Ancora Corte. cost., sent. n. 2 del 1956, che riecheggia l'impostazione di C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*,

Qualche sforzo maggiore esige l'interpretazione dei *motivi di sanità o sicurezza*. Sulla sicurezza vengono svolte una serie di considerazioni secondo cui tale locuzione non va letta solo alla stregua della necessaria tutela della «incolumità fisica» dei cittadini, ma alla stregua di un baluardo per «l'ordinato vivere civile», che è «indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»[9]. La Corte conclude nel senso della conformità a Costituzione del riferimento legislativo non solo alle persone «pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblica», ma anche a quelle pericolose per la «pubblica moralità».

Nella motivazione si cerca di temperare l'assunto negando ogni rilievo alle «convinzioni intime del cittadino, di per sé stesse incoercibili», «ma –si soggiunge- i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell'art. 16 della Cost., o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune». Si tratta della prima torsione interpretativa che la norma registra. Ritenere che nel perimetro della sicurezza pubblica possano trovare spazio anche i rischi per la pubblica moralità appare invero fuoriuscire dal perimetro della norma costituzionale[10].

Con riguardo alla sicurezza pubblica, traslata in *ordine pubblico*, la Corte spiega che la sua messa in pericolo non può risolversi «in semplici manifestazioni di natura sociale e politica», ma deve tralignare in «manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini dell'Autorità»[11].

C'è anche da ricordare una decisione in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi su altra norma del T.U.L.P.S. secondo cui «i condannati per delitto a pena detentiva […] hanno l'obbligo, appena dimessi dal carcere […] di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza locale, che li provvede del foglio di via obbligatorio, se necessario». La Corte asporta la previsione del foglio di via obbligatorio, che viola l'art. 13 Cost., mantenendo in vita la prima parte della norma, che ritiene non contrastante con l'art. 16 Cost: «trattasi, infatti, di un obbligo imposto dalla legge per motivi di sicurezza, a persone precisamente determi-

---

Cedam, Padova, 1954, p. 37 ss.: «non vi è in Italia principe o suddito sciolto dalle leggi, e non ci sono più sottoposti a potestà legislativa diversa da quella degli altri cittadini, e non vi è più personalità della legge, né pluralità degli ordinamenti in corrispondenza alle varie categorie di soggetti».

[9] Corte cost., sent. n. 2 del 1956.

[10] Con riguardo alle misure di prevenzione, L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 23 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 946, 947.

[11] Sent. n. 2 del 1956, secondo cui le manifestazioni in parola devono avere attitudine a dare luogo a «stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la "sicurezza" della generalità dei cittadini, i quali finirebbero con vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione». Sul punto A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, vol. CLXI, 1963, pp. 111 ss.

nate dalla legge stessa con criteri generali e su basi assolutamente obbiettive»[12]. Non trapela alcun elemento che deponga per la natura relativa della riserva: è la legge che dispone l'obbligo ed è la legge stessa che indicata i destinatari di tale obbligo, individuati sulla base di *criteri generali*.

Le pronunce del 1964, che riguardano i primi articoli della legge n. 1423 del 1956, forniscono elementi di interpretazione dell'art. 16 Cost.[13]. La prima ha ad oggetto l'art. 1 della legge citata, che elenca le categorie dei destinatari delle misure di prevenzione, censurato per indeterminatezza. La Corte, dichiarando la questione infondata, non fa altro che insistere sulla centralità e sulla sufficiente precisione dell'intervento legislativo. Se è vero che la descrizione delle fattispecie risponde a criteri diversi rispetto a quelli con cui il legislatore procede nella descrizione delle fattispecie di reato, ciò «non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione» rispetto appunto «alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene»[14]. Riguardo alla legge, la Corte non solo constata che è la «disposizione legislativa» a identificare ogni categoria di persona «in base ad elementi da essa stessa determinati», ma che è il legislatore a fornire elementi non equivoci per individuare concretamente le categorie di persone cui la norma si riferisce[15]. Che poi il momento attuativo di queste previsioni implichi «un margine di discrezionalità nelle valutazioni dei singoli casi concreti», non è ragione di incostituzionalità della norma[16]. Non si registra, nella motivazione, alcuna indicazione che induca a ritenere che la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. possa essere considerata non assoluta.

Nella sentenza n. 68/1964 la Corte è sollecitata a pronunciarsi sulla necessità di estendere ad alcune misure di prevenzione la riserva di giurisdizione. Per quanto attiene alla libertà di circolazione, la Corte non fa che confermare il fatto che, quando la misura non è suscettibile di coercizione, non rientra dal perimetro dell'art. 13 Cost.[17]. Non convince il fatto che il rimpatrio obbligatorio non sia assimilabile ad altre misure –quali l'ammonizione- che comportano una «degradazione giuridica», intesa come una situazione che determina una

[12] Così Corte cost., sent. n. 72 del 1963.

[13] Sulla coppia di pronunce del 1964, la n. 23 e la n. 68, L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., pp. 938 ss.

[14] Così Corte cost., sent. n. 23 del 1964. La Corte dà per scontato che la disciplina delle misure deve essere rigorosamente contenuta in atti legislativi. Anche di recente la Corte è intervenuta in relazione al rispetto del principio di legalità di alcune fattispecie di misure di prevenzione: cfr. sent. n. 24 del 2019, su cui cfr. G.P. Dolso, *Le misure di prevenzione prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 1867 ss.

[15] Ancora Corte cost., sent. n. 23 del 1964.

[16] Corte cost., sent. n. 23 del 1964. Cfr. anche Corte cost., ord. n. 384 del 1987.

[17] Si tratta per vero di una prospettiva che la Corte terrà ferma anche in futuro: ad esempio, cfr. Corte cost., ord. n. 384 del 1987.

violazione della libertà personale[18]. Vi è quindi un discrimine tra provvedimento coercitivo e obbligatorio; vi è un altro discrimine tra misura che configura una degradazione giudica e misura che non la implica. Il primo criterio è agevolmente applicabile, il secondo più nebuloso[19].

Con riguardo al ruolo della legge, la Corte muove della constatazione secondo cui «*nessuna limitazione, quale che essa sia, dei diritti di libertà può essere disposta fuori dei casi previsti dalla legge*»[20]. L'affermazione appare perentoria e generalizzata, non compatibile con una declinazione della riserva di legge come *relativa*. E ciò al netto delle differenze che sussistono tra le fattispecie di cui all'art. 13 e all'art. 16 Cost., «di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione»[21].

La pronuncia, sovente richiamata per corroborare la tesi della natura relativa della riserva di legge, è in realtà quella che sembra offrire lo spunto più consistente a favore della natura assoluta della riserva precisando, riguardo al ruolo della legge, che non solo l'art. 16 è assimilabile all'art. 13, ma che tutte le norme costituzionali che disciplinano i diritti di libertà sono connotate dal denominatore comune della necessaria previsione di legge[22].

In altra decisione la Corte, chiamata a pronunciarsi sul potere di ordinanza spettante al prefetto in tema di circolazione stradale, dopo aver ribadito che piano della legge e quello dell'attuazione di essa vanno tenuti distinti, aggiunge un tassello di novità[23]. Stando all'art. 3 del Codice della Strada, il Prefetto «può sospendere temporaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulle strade» anche in base a «motivi di pubblico interesse», quindi al di fuori delle previsioni di cui all'art. 16 Cost. Se è vero che la Corte muove dall'assunto in base al quale «l'art. 16 attiene ai diritti della persona umana, la cui libertà di movimento non può essere limitata se non nei casi e con le garanzie assicurate dalla detta norma», poi precisa che «l'uso delle strade […] può essere regolato anche sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare », concludendo

[18] Ancora L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., pp. 938 ss.

[19] L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., p. 944.

[20] Corte cost., sent. n. 68 del 1964 (mio il corsivo).

[21] Corte cost., sent. n. 68 del 1964.

[22] Molti anni dopo la Corte adotterà analoga prospettiva: Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

[23] Corte cost., sent. n. 12 del 1965. Sul punto V. Crisafulli, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 113 ss.: «tutte le disposizioni di legge che autorizzano interventi autoritativi della pubblica amministrazione su diritti di libertà devono leggersi come recanti l'obbligo di motivazione».

nel senso che le limitazioni della circolazione per la realizzazione del «*buon uso della strada*» non contrastano con l'art. 16 Cost., «*anche se la limitazione sia imposta per ragioni non attinenti alla sicurezza e alla sanità*»[24]. Si dà per scontato che la libertà di circolazione possa subire limitazioni ulteriori rispetto a quelle descritte dall'art. 16 Cost. Il problema è complicato dalla scissione tra la libertà di movimento e/o di circolazione e il diritto di usare le strade pubbliche, anche alla luce della constatazione secondo cui «ove non fosse saldamente garantita l'utilizzazione delle strade, a ben poca cosa si ridurrebbe l'affermazione dell'art. 16»[25]. Potendo quindi la disciplina dell'uso delle strade impingere sulla libertà in parola, la legge che tali limiti dispone dovrebbe essere sottoposta a vaglio al fine di «controllare che la discrezionalità amministrativa, in materia di diritti di libertà, sia rigorosamente "puntualizzata" in modo da non sconfinare in arbitrio»[26]. Pure ad ammettere che la riserva sia relativa, il margine di discrezionalità in capo all'amministrazione dovrebbe risultare *puntualizzato dalla legge*, legge che non può ridursi a mera attribuzione di potere ma deve precisare competenze, tipologia di funzioni, modalità di esercizio di esse. Anche nel caso –sembra superfluo rimarcarlo- non si può trarre dalla decisione alcun argomento a favore della natura relativa della riserva.

Dalla giurisprudenza successiva non si ricava molto. Così è per una pronuncia degli anni '70, avente ad oggetto ancora una norma del Testo Unico delle leggi di p. s. che consente ai prefetti delle province di confine di emettere un foglio di via obbligatorio nei confronti di cittadini stranieri[27]. La Corte non fa altro che ribadire che i motivi di sanità e sicurezza possono nascere anche da situazioni particolari oltre che generali, fermo restando la necessaria motivazione dell'atto amministrativo[28].

Una più recente pronuncia della fine degli anni '90 si segnala per alcune precisazioni relative alle limitazioni dell'uso delle strade pubbliche[29]. La Corte si intrattiene sui criteri di valutazione della legge, introducendo circostanziati parametri di giudizio. Il punto di partenza da cui muove è che le limitazioni di cui all'art. 16 Cost. «possono essere stabilite solo dalla legge». Dovendo fare i conti con limiti ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 16, vengono som-

[24] Ancora da Corte cost., sent. n. 12 del 1965 (miei i corsivi).

[25] Così V. Crisafulli, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo?*, cit., 121.

[26] V. Crisafulli, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo?*, cit., 123. In questo contesto l'Autore ragiona di un «principio di legalità sostanziale»

[27] La disposizione, cui si riferisce la sent. n. 244 del 1974, è l'art. 150 del Testo Unico delle leggi di p. s.u (r. d. 18 giugno 1931, n. 773).

[28] Corte cost., sent. n. 244 del 1974.

[29] Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 264 del 1996.

ministrati alcuni criteri per valutare le «ragioni di pubblico interesse» che tali misure possono legittimare, proprio perché i limiti in parola trascendono «il campo della sicurezza e della sanità» e «attengono al buon regime della cosa pubblica»[30]. Tali limitazioni devono rispondere a criteri di «ragionevolezza», «temporaneità», «tutela delle esigenze pubbliche»[31].

3. *La natura assoluta della riserva di legge che presidia l'art. 16 Cost.*

Sulla base della giurisprudenza esaminata, non moltissime sono le indicazioni che si ricavano. In taluni casi la Corte ha dato l'impressione di rimarcare l'importanza della libertà di circolazione, tanto da sottoporre le limitazioni ad essa ad un rigoroso test di giudizio, calibrato sull'aderenza ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità[32].

Mai la Corte si è soffermata *ex professo* sulla natura della riserva di legge. Spesso compaiono riferimenti alla legge, alla stregua dell'atto idoneo (l'unico idoneo) ad introdurre limitazioni alla libertà di circolazione. Ma tale riserva, in difetto di specifiche indicazioni in senso contrario, ha da intendersi come assoluta e non certo come relativa[33]. Di certo assolute sono le riserve che presidiano i diritti fondamentali della persona[34]. Nel caso che ci occupa dalla giurisprudenza non emergono indicazioni sulla natura relativa della riserva: ritenere che, dal mero fatto della possibile e/o necessaria interposizione di provvedimenti amministrativi, di esecuzione rispetto alle disposizioni di legge, possa inferirsi la natura relativa della riserva sembra frutto di un salto logico[35]. Ogni libertà può essere limitata con atti dell'amministrazione, che trovano appunto fondamento e paradigma di legittimità nella legge.

È consigliabile integrare tale giurisprudenza "settoriale" con pronunce di portata più generale. Vi sono casi in cui la Corte fa riferimento ai diritti di libertà unitariamente ricondotti ad un regime giuridico omogeneo. Così avviene

---

[30] Corte cost., sent. n. 264 del 1996.

[31] Ancora Corte cost., sent. n. 264 del 1996. Un utilizzo del parametro della ragionevolezza per sindacare le leggi limitative della libertà di circolazione era stato evocato da G. Amato, *Commento all'art. 16*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, 1977, p. 119.

[32] In questo senso l'importante sent. n. 51 del 1991.

[33] L. Paladin, *La potestà legislativa regionale*, Cedam, Padova, 1958, pp. 79 ss.

[34] Per tutti, M. Cartabia, E. Lamarque, *I diritti dei cittadini*, in V. Onida, M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2014, pp. 116 ss. Analogamente la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., sent. n. 111 del 2015.

[35] Per una ricognizione delle varie opinioni sul punto, cfr. G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale/2020, 566 ss.. Ma cfr. anche A. Candido, Necessitas non habet legem*? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2020, pp. 376 ss.

per gli articoli 13 ss. della Costituzione, dalla Corte sovente considerati in modo unitario nella prospettiva della loro sottoposizione a riserva assoluta di legge. Prendendo le mosse da una legge che intestava in capo ai Sindaci un potere di ordinanza, la Corte ha avuto modo di constatare che tali atti avevano attitudine ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, imponendo prestazioni di varia natura, per lo più rientranti nel novero delle prestazioni di cui ragiona l'art. 23 Cost. La Corte ha constatato che la riserva di legge prevista dall'art. 23 «*ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione*»[36]. Alla luce del passaggio appena citato, non pare nemmeno ipotizzabile che la Corte abbia inteso escludere l'art. 16 dal novero delle libertà non presidiate da riserva assoluta di legge.

Anche a prescindere dalla natura della riserva, rimarrebbe comunque necessaria la predeterminazione, da parte della legge, «dei contenuti e modi di azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini», avendo la Corte nell'occasione chiaramente optato per una nozione «sostanziale» del principio di legalità. Non è sufficiente, quindi, «che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore», essendo al contrario «indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»[37].

Vale la pena di ricordare una convincente ricostruzione dottrinale la quale, muovendo dalla considerazione secondo cui «il Costituente ha individuato nel solo legislatore (statale) l'organo competente a stabilire in via generale, delle limitazioni, la competenza che residua al Governo e alla p.a. non potrà che essere di natura puramente esecutiva, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello provvedimentale»[38]. Quanto alla difficoltà derivante dalla riconosciuta possibilità di adottare provvedimenti specifici, nei confronti di determinati gruppi persone, è sufficiente por mente al diaframma che tiene distinti il disporre in generale da parte della legge e il provvedere sulla base di essa e/o in applicazione di essa[39]. Non è «necessario sostenere l'esistenza, nell'art. 16 com-

[36] Così sent. n. 115 del 2011.

[37] Ancora Corte cost., sent. n. 115 del 2011; «questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello stato di diritto». Al riguardo non si può non ricordare V. Crisafulli, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità dell'atto applicativo?*, cit., 123

[38] Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 283.

[39] Ancora A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 283, ma con un evidente utilizzo delle categorie utilizzate da V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 26 ss.

ma 1 Cost., di una riserva relativa di legge […] per ritenere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un potere provvedimentale d'ordinanza idoneo a fronteggiare situazioni generali di pericolo»; «l'esistenza di una riserva assoluta implica però che tale potere di ordinanza, là dove esplicitamente attribuito dalla legge alla p.a., non possa innovare l'ordinamento vigente»[40].

In riferimento alle misure adottate nella situazione attuale, si è osservato che «qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti –anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri- deve trarre il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo, legge formale o atto con forza di legge»[41].

4. *Libertà di circolazione ed emergenza Covid-19*

La libertà in parola è stata quella maggiormente colpita dalle misure adottate per fronteggiare la pandemia. Dal punto di vista delle fonti, bisogna muovere dal decreto-legge 22 febbraio n. 6 del 2020. In relazione a ben individuate aree territoriali, si prevede che le «autorità competenti» possano adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», tra cui il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area», il «divieto di accesso al comune o all'area interessata»[42]. Si tratta di prescrizioni oggetto di specificazione con un contestuale D.P.C.M., e di poi in sostanza confermate dal successivo D.P.C.M. dd. 1/03/2020.

Il D.P.C.M. dd. 8/03/2020 e quello dd. 9/03/2020 sembrano porsi in vistosa discontinuità, con riguardo alla libertà di circolazione, fuoriuscendo indubbiamente dai confini delimitati dal decreto-legge. Con riguardo a certe aree geografiche viene adottata un'ampia gamma di misure, tra cui quella che vieta «ogni spostamento delle persone fisiche in entrata o in uscita dai territori di cui al presente articolo nonché *all'interno dei medesimi territori*, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»[43]. Se il decreto-legge ragionava di accesso o allontanamento dal territorio comunale, non metteva certo in discussione la libertà di movimento all'interno del Comune, di modo che tale limita-

[40] A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 285. Altra dottrina ha optato per la natura assoluta della riserva: ad es., G. Demuro, *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 377 ss. Tra quelli che hanno affermato la natura relativa della riserva, M. Mazziotti, *Circolazione soggiorno (libertà di)* in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, Vol. VII, 19670, pp. 17 ss.

[41] Così G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10/04/2020.

[42] Art. 2, Decreto legge n. 6 del 2020.

[43] Così l'art. 1 del D.P.C.M. 8 marzo 2020 (mio il corsivo nel testo).

zione non è affatto coperta da una fonte di grado legislativo[44]. Ciò se si esclude la (troppo) vaga formula contenuta nell'art. 2 del decreto legge, secondo cui «le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestioni dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1»[45].

Va pure soggiunto che è da dubitare che la stessa norma del decreto-legge possa fornire base idonea ad ampliare il novero delle situazioni che possono legittimare ulteriori misure. La riserva di legge non tollera una previsione che rimandi all'amministrazione la decisione su limitazioni di diritti ulteriori e diverse da quelle indicate e descritte nella fonte legislativa. Un tale *modus procedendi* si traduce in una situazione di incostituzionalità[46].

Ancora più plateale la violazione della riserva di legge ad opera dell'ordinanza del Ministro della Salute dd. 20/03/2020, che fa divieto di «svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto», rimanendo consentito «svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione»[47]. Non si ragiona di accesso o allontanamento dal Comune, ma di libertà di movimento in senso stretto, con un ambiguo riferimento ad un'area posta in *prossimità* della propria abitazione. Il quadro è poi completato dal D.P.C.M. dd. 22/03/2020 che sancisce il divieto di rientro «presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»[48].

---

[44] Il punto è colto da G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, cit., 568 ss.

[45] Come ha osservato M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10/04/2020, 112, «se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi) l'art. 2 del d.l. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotto». Sul punto, G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27/03/2020.

[46] Che l'assetto delle fonti manifesti criticità è sostenuto da L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata1 e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23/03/2020, p. 19, il quale per vero dà per scontato che la riserva di cui all'art. 16 Cost. sia assoluta. Pacifica la natura assoluta della riserva di legge in parola anche per A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 11/06/2020, spec. p. 572, secondo cui «la riserva di legge assoluta che, a determinate condizioni, legittima la limitazione di diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione, si trasforma in una riserva di atto amministrativo (dpcm) con un evidente vulnus al principio di legalità sostanziale».

[47] Così l'Ordinanza del Ministro della Salute dd. 20/03/2020.

[48] Art. 1 del D.P.C.M. dd. 22/03/2020. Le misure contenute nei vari D.P.C.M. che si sono nel testo menzionati avrebbero dovuto essere adottate con lo strumento del decreto-

A fronte delle incertezze applicative, viene emanata una circolare dal Ministero dell'Interno, la quale finisce per fornire una lettura delle disposizioni contenute in precedenti D.P.C.M. che comporta ulteriori limitazioni alla libertà di circolazione, tali da comprometterne il *nucleo essenziale*[49]. Per quanto attiene agli «spostamenti di persone fisiche», si precisa: «nel rammentare che resta non consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto […] si evidenzia che l'attività motoria generalmente consentita non va intesa come equivalente all'attività sportiva (*jogging*), tenuto anche conto che l'attuale disposizione di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 marzo scorso tiene distinte le due ipotesi, potendosi far ricomprendere nella prima […] il camminare in prossimità della propria abitazione»[50]. Si tratta di una circolare che ha un contenuto innovativo e che determina la lesione più stringente della libertà di circolazione[51]. Si configura quindi una compressione così rilevante da finire con l'interferire con la libertà personale[52].

Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19 contempla una vasta gamma di misure limitative di vari diritti, ma continua a rinviare a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri la concreta attuazione di esse, replicando un sistema eccentrico rispetto al T. U. sulla Protezione civile (D. Lgs. n. 1 del 2018). È rimasto sostanzialmente inalterato il *micro-sistema normativo* dal primo D.L. disegnato[53]. Tale

---

legge: sul punto, M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 143/03/2020, spec. pp. 8,9.

[49] Sulle varie fonti interpretative che hanno, talora inopinatamente, tentato di dirimere i dubbi derivati dallo stratificarsi di atti, si veda G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, cit., p. 569.

[50] Circolare del Ministro dell'Interno dd. 31/03/2020. La distinzione tra attività motoria e attività sportiva, oltre a non trovare alcun riscontro nei D.P.C.M., non pare di fatto sia stata adottata, con tale rigore, in altri Paesi pure colpiti dalla epidemia.

[51] Sul punto M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* cit., p. 125: «le fonti emergenziali secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque nel rispetto dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata».

[52] «In definitiva norme generali di contenimento del contagio (che operano sul piano della libertà di circolazione) conducono a risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare (che opera sul terreno della libertà personale)»: così A. Cerri, *Spunti e riflessioni minime a partire all'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2020, pp. 1, 2. In senso del tutto analogo, M.G. Civinini, G. Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *www.questionegiustizia.it*, 14/04/2020.

[53] Si è qualificato il decreto legge n. 6 alla stregua del decreto "più importante", in quanto lo schema in esso adottato «non è stato alterato dai numerosi decreti legge che da allora si sono susseguiti»: così C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, in *www.dirittocomparati.it*, pp.1 ss.

modus agendi trascura il fatto che i decreti legge per definizione possono/devono introdurre "provvedimenti" di necessità e urgenza, più che attribuire ad altre autorità il potere di emanare atti che incidano su diritti costituzionali. Si tratta di un assetto in cui il decreto-legge finisce per istituire fonti ad esso pari ordinate, almeno nella sostanza, se non altro in quanto incidenti su materie riservate a fonti di rango legislativo[54]. Le incisive limitazioni della libertà di circolazione, a partire dalle assai laconiche previsioni del D.L. 6/2020, sono state via via completate da disposizioni sempre più restrittive, unicamente ad opera di D.P.C.M.

Nel momento dell'adozione del primo decreto-legge la situazione era del tutto localizzata. Il Governo, in conseguenza dell'evoluzione registrata, ha finito via via per adottare, con Decreti del Presidente del Consiglio, delle misure uniformi per tutto il territorio nazionale. Sembra legittimo chiedersi perché il D.L. 19 abbia rimesso a D.P.C.M. il compito di *adottare* provvedimenti che erano già in essere *per tutto il territorio nazionale*. Il decreto-legge ha, per natura, attitudine a *provvedere* proprio a situazioni del genere, in cui l'intervento è da attuarsi da parte del vertice dell'esecutivo con un atto di rango primario, in quanto votato a restringere in modo rilevante diritti costituzionali. Su un fascio comune di misure, puntualmente dettagliate, avrebbero poi potuto trovare spazio altre fonti, anche i D.P.C.M., se del caso confezionati secondo moduli collaborativi[55]. Ma tutto ciò non si è fatto, e si è procrastinato il microsistema delle fonti inaugurato dal precedente decreto legge salvaguardando, con il secondo decreto, la riserva di legge, formalmente ma non sostanzialmente, essendo rimesso in definitiva a un atto di natura secondaria la decisione sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* delle restrizioni di diritti[56].

Su un piano sostanziale è stata introdotta, nel corso del marzo 2020, una serie cospicua di limitazioni della libertà di circolazione che confina con una vera e propria *sospensione* di tale libertà[57]. L'art. 16 ragiona di *limitazioni* della libertà di circolazione, mentre sembra evidente che ne è stato intaccato il *nucleo essenziale*.

---

[54] Si tratta di un «regola aurea»: così A. Ruggeri, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2020, 02/05/2020, p. 256.

[55] In questo quadro avrebbero potuto trovare adeguato spazio le autonomie locali. Sul ruolo del principio collaborativo, P. Giangaspero, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19 tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quaderni Amministrativi*, 3, 2020, pp. 6 ss.

[56]Distingue tra piano *formale* e *sostanziale,* quanto al rispetto del «paradigma costituzionale» nella gestione dello stato di emergenza, R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020, pp. 507 ss.

[57] Esclude ogni ipotesi di *sospensione* di norme costituzionali G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, cit. Di una vera e propria sospensione, quasi totale, di libertà costituzionalmente garantite ragiona, non a caso, A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 14/03/2020, p. 3.

Un'acuta voce dottrinale profeticamente osservava, in tempi ormai lontani, in riferimento ai limiti alla libertà di circolazione, che «un confine sicuramente invalicabile è rappresentato dalla necessità che [essi] non giungano ad essere tanto pervasivi da investire qualunque spostamento sul territorio nazionale e da cancellare così il *fisiologico rapporto tra la libertà e il suo limite*»[58].

È certamente vero che mediamente si tratta di provvedimenti rispettati, e quindi caratterizzati da una tendenziale *effettività*[59]. Tale constatazione non può tuttavia certo esaurire l'interesse del giurista, a cui spetta anche verificare se la situazione emergenziale sia stata affrontata in modo conforme al sistema giuridico/costituzionale[60].

Non può essere eluso un interrogativo sulla possibilità di attivare diversi e alternativi percorsi, non tanto per stigmatizzare quanto fatto, che, a fronte di una situazione del tutto inedita, in fin dei conti ha sortito gli effetti desiderati, ma semmai per fornire elementi di riflessione in relazione al governo di simili situazioni in un futuro, probabilmente anche prossimo. La via maestra sarebbe quella di un utilizzo del *decreto legge* più rispondente a quella che è la ragion d'essere di esso, che si traduce anche in una (ri)scoperta del suo carattere *provvedimentale*[61]. L'emergenza in atto si sarebbe di certo prestata, soprattutto a seguito

[58] Così G. Amato, *Commento all'art. 16*, cit., 119 (mio il corsivo). «Supererebbe quel confine ad es., l'istituzione di un passaporto interno da esibirsi all'ingresso di ogni città, anche se lo giustificassero motivi di sanità e sicurezza»; «il limite rispetterebbe, infatti, tanto la generalità, quanto i fini previsti dalla garanzia costituzionale; ma l'effetto sarebbe di rendere la circolazione un'attività interamente controllata e quindi […] completamente limitata (anche se non vietata)». È interessante osservare che nel nostro caso si è oltrepassata l'ipotesi formulata dalla dottrina in parola, essendosi succedute una serie di autocertificazioni, che mutavano anche distanza di pochi giorni, le quali non erano richieste per uscire da uno specifico territorio ma erano necessarie per poter lasciare il *proprio domicilio* anche necessità elementari della vita quotidiana.

[59] Questa è la prospettiva assunta da E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020.

[60] Cfr. A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 560, secondo cui «il perimetro di azione, anche in presenza di fatti emergenziali, può svolgersi nell'ambito del sistema delle fonti, nel rispetto del principio gerarchico, ovvero *secundum ordinem*»; si tratta di un «perimetro ampio», «in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia, quale fondamento giuridico puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di natura secondaria». Sul punto cfr. A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione di ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 1/2020, 04/04/2020, p. 523.

[61] Cfr. C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 844 ss. Altri in dottrina hanno sostenuto che la natura provvedimentale è certamente compatibile con il decreto-legge, anche se non ne costituisce condizione di legittimità: così L. Paladin, *In tema di decreti-legge,* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, p. 574.

alla decisione di adottare misure uniformi, ad una regolamentazione specifica, puntuale, immediatamente applicativa, senza la necessità di rinviare ad ulteriori atti subordinati[62].

Una lettura dell'emergenza come fenomeno che sbaraglia ogni fonte del diritto, deroga al sistema delle fonti, elude le riserve di legge, limita fino a vanificare diritti costituzionalmente garantiti, è certamente densa di pericoli, soprattutto se la fisionomia delle situazioni emergenziali divenisse incerta o nebulosa[63]. L'emergenza attuale era indiscutibile, certificata dai *fatti*. In un assetto ordinamentale in cui il la centralità delle fonti primarie viene erosa dal dilagare di fonti secondarie di incerta sistemazione, si finisce, nella sostanza, per limitare in modo intollerabile il ruolo del Parlamento, affidando al giudice amministrativo il sindacato sulla ragionevolezza e di proporzionalità di misure adottate per far fronte all'emergenza. Centrale deve rimanere la fonte primaria, che può essere sottoposta al giudizio della Corte costituzionale, organo di certo più attrezzato per compiere valutazioni che ruotano attorno alla ragionevolezza degli atti adottati e alla loro rispondenza al criterio di proporzionalità nella prospettiva del bilanciamento tra diritti[64]. Una risalente dottrina osservava, con riguardo agli «equilibri fra la libertà di movimento ed i suoi limiti», che «il punto di massima tolleranza è inevitabilmente affidato a criteri di ragionevolezza, operanti soprattutto nei confronti della connessione ai motivi di sanità e sicurezza»[65].

---

[62] Il D.L. n. 19 elenca una serie di misure, per lo più recepite e fatte proprie da D.P.C.M., di modo che il decreto-legge ben avrebbe potuto disporne l'immediata entrata in vigore. Si può concordare con l'idea secondo cui decreti-legge potrebbero dare luogo a «provvedimenti in quanto costituiscono lo strumento attraverso il quali il Governo provvede ad una situazione necessitata, dove la necessità può anche postulare l'introduzione di norme giuridiche, ma tale introduzione, proprio perché fatta in relazione all'esigenza di provvedere, costituisce, appunto, un provvedimento»: così F. Sorrentino, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e Società*, 1974, p. 520. Sul decreto legge come strumento costituzionalmente predisposto per la gestione delle situazioni di emergenza, per tutti, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 104.

[63] Su queste tematiche, V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, pp. 163 ss. Sul punto cfr. anche A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

[64] In questi termini A. Ruggeri, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, cit., p. 256, il quale auspica un uso dei decreti legge «conforme a ragionevolezza». Sulla centralità del decreto legge in casi consimili, G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, p. 39; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 561, il quale rimarca come tale fonte sia dotata di «copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento) in grado di esser *bussola* e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso anche restrittivi delle libertà fondamentali».

[65] Così G. Amato, *Commento all'art. 16*, cit., 119. A un sindacato di ragionevolezza fanno riferimento A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus,* cit., pp. 532, 533; E. De

Infine poi la temporaneità. Anche chi ha posto l'accento sulla effettività del diritto dell'emergenza nella situazione che ci occupa, ha messo in guardia sulla necessità che una dilatazione di essa sia ancorata a basi certe, scientificamente dimostrate, rese conoscibili attraverso meccanismi ineludibili di trasparenza, di modo da realizzare un reale «controllo pubblico sulle giustificazioni»[66]. Se tutto ciò è vero in relazione ad un fenomeno che è *scientificamente* esaminabile, *quid iuris* quando si trattasse di altra tipologia di emergenza non misurabile con criteri scientifici? La limitazione temporale delle situazioni di emergenza è un fattore decisivo nell'ottica della tollerabilità della compressione dei diritti della persona: «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche *essenzialmente temporanea*», di modo che essa «legittima sì, misure insolite», ma «queste perdono legittimità, se ingiustamente protratte nel tempo»[67].

Nella fase attuale è evidente che la temporaneità rischia di conoscere un certo offuscamento, a seguito della procrastinazione dello stato di emergenza che non pare essere stato canalizzato da un procedimento del tutto trasparente, verificabile, scientificamente fondato, e nel cui contesto la compressione di diritti fondamentali, quanto giustificata è difficile dire, rimane una opzione sempre (troppo) disponibile[68].

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Amato G., *Commento all'art. 16*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, 1977, 114-133.

Angiolini V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986.

Cardone A., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

Marco, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensione di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da Coronavirus*, in *Consulta On Line*, 2/2020, 06/07/2020, pp. 377 ss. Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 1996 e sent. n. 66 del 2005.

[66] E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, cit., pp. xiii ss., il quale, nella fase successiva a quella dominata dall'emergenza, reclama la necessità di una assoluta trasparenza dei processi decisionali. Sul punto G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *www.giustiziainsieme.it*, 24/03/2020. Sul profilo della temporaneità cfr. diffusamente V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., spec. pp. 130 ss.

[67] Corte costituzionale, sent. n. 15 del 1982 (mio il corsivo).

[68] Cfr. Delibera del Consiglio dei ministri dd. 29/07/2020, di proroga dello stato di emergenza. In dottrina si era paventato uno «stato di eccezione permanente»: così G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, cit.

Cavino M., *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 143/03/2020, pp. 1-9.

Cerri A., *Spunti e riflessioni minime a partire all'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2020, pp. 1-2.

Crisafulli V., *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 113-123 .

Demuro G., *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 372-382.

Di Cosimo G., *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale/2020, pp. 565-576

Elia L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 23 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 938-953.

Giangaspero P., *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19 tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quaderni Amministrativi*, 3, 2020, pp. 6-21.

Grosso E., *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. iv-xvi.

Lucarelli A., *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 11/06/2020, pp. 558-583.

Luciani M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10/04/2020, pp. 110-141.

Mazzarolli L.A., «Riserva di legge» e «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, pp. 1-20.

Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992.

Pinelli C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, in *www.dirittocomparati.it*, pp. 1-11.

Ruggeri A., *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2020, 02/05/2020, pp. 254-260.

Silvestri G., *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10/04/2020.

VIOLENZA CONTRO DONNE E MINORI AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: PRIME RIFLESSIONI E PRIMO BILANCIO (PROVVISORIO)

NATALINA FOLLA*

1. *Forte la preoccupazione in Italia, in Europa e nel mondo*

Numerosi sono stati i gruppi femministi, le associazioni di donne ma anche i rappresentanti di istituzioni e organizzazioni sovranazionali[1], nazionali[2] e

* Ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Trieste.

[1] Si segnalano, tra le molteplici iniziative, la *Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic*, in *https://rm.coe.int/declaration-committee-of-the-parties-to-ic-covid-/16809e33c6*. In argomento, cfr. anche le informazioni in *https://unire.unimib.it/2020/05/02/il-consiglio-deuropa-sulla-pandemia-covid-19-e-la-violenza-contro-le-donne/*.

Utile l'analisi ad ampio spettro del Segretario Generale dell'Onu, contenuta in *Policy brief: The impact of COVID-19 on women*, 9 aprile 2020, in *https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406*; per un *focus* sui profili della violenza di genere affrontati dal segretario generale, si rinvia a F. Staiano, *L'impatto della pandemia da COVID-19 sulle donne: considerazioni sul Policy Brief del Segretario Generale dell'ONU del 9 aprile 2020*, in *http://www.sidiblog.org/2020/05/03/limpatto-della-pandemia-da-covid-19-sulle-donne-considerazioni-sul-policy-brief-del-segretario-generale-dellonu-del-9-aprile-2020/*. Si veda anche il comunicato della *special rapporteur* per la violenza contro le donne delle Nazioni Unite, Dubravka Simonovic**,** che a fine marzo affermava: «*È altamente probabile che il livello della già diffusa violenza domestica aumenti, come già suggerito da indicazioni preliminari di polizia e operatori*», in *https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/03/28/coronavirus-lonu-in-isolamento-aumenta-la-violenza-domestica-lamorgese-unapp-per-chiedere-aiuto-istituzioni-vicine-alle-donne/5752656/*. L'Organizzazione mondiale della Sanità, il 7 aprile 2020, ha elaborato una serie di raccomandazioni contenute nel documento *COVID-19 and violence against women What the health sector/system can do*, in *https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331699/WHO-SRH-20.04-eng.pdf*.

[2] Nella pluralità di voci, v. l'appello del 12 marzo di A. Veltri, Presidente di D.i.Re, la rete nazionale che raccoglie 80 organizzazioni che gestiscono centri antiviolenza, per il quale si rinvia a *https://www.dire.it/12-03-2020/432907-coronavirus-violenza-donne-veltri-d-i-*

locali[3], finanche il Vaticano[4], che, in Italia, in Europa e nel mondo, nel periodo dell'emergenza sanitaria per l'epidemia da Covid-19, hanno denunciato l'elevatissimo rischio che il confinamento avrebbe potuto comportare per l'incolumità di donne e bambini/e a causa della loro convivenza forzata con i soggetti maltrattanti e violenti.

È ben noto come solo in tempi recenti in Italia e nel mondo il fenomeno della violenza contro le donne, con le conseguenze negative che essa comporta sulla vita delle vittime e sulla società intera[5], sia emerso faticosamente da quel silenzio assordante[6], che l'aveva caratterizzato per lunghi decenni, grazie allo sforzo delle istituzioni e degli attori sociali e anche per le sollecitazioni contenute in vari atti comunitari e internazionali, i quali hanno trovato, potremmo dire, un loro compendio nella «*Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*», meglio conosciuta come Convenzione di Istanbul, che costituisce «*il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante volto a creare un quadro normativo completo a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza*»[7]. Nel nostro Paese, la battaglia culturale e giuridica per un pieno riconoscimento della violenza esercitata dagli uomini contro le donne e contro i/le loro bambini/e, soprattutto in ambito

---

re-chiamateci-noi-ci-siamo/; quello del 13 marzo della ONG Differenza Donna. Donne e ragazze contro la violenza, in *https://www.differenzadonna.org/emergenza-coronavirus-i-centri-anti-violenza-sono-aperti-telefonaci-ce-sempre-un-operatrice-pronta-ad-accoglierti/* e quello del 7 aprile della Associazione Telefono Rosa, in *https://www.telefonorosa.it/covid-19-crisis-management-persistent-gender-inequality/*.

[3] Numerose sono state anche le iniziative delle associazioni a livello locale, che, spesso, si sono poi coordinate con le varie organizzazioni nazionali; tra esse, la campagna "*Non sei sola*" promossa dal Goap – Gruppo Operatrici Antiviolenza e Progetti (Centro antiviolenza) di Trieste *https://www.goap.it/non-sei-sola/,* con il supporto del Comune di Trieste e dell'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Trieste, con la quale sono state distribuite locandine informative sulle attività del centro e sulle modalità per contattarlo.

[4] V. l'esortazione di Papa Francesco in *vatican news*, 12 aprile 2020.

[5] L'impatto negativo della violenza sulla salute delle vittime è esaminato da P. Romito, M. G. Apollonio, V*iolenza e salute delle donne*, in *La violenza sulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, a cura di P. Romito, N. Folla, M. Melato, Nuova edizione, Carocci Faber, Roma, 2017, p. 163 e ss.

[6] Per una chiara e incisiva analisi dei meccanismi di occultamento delle violenze maschili su donne e minori, si veda P. Romito, *Un silenzio assordante. La violenza occultata su donne e minori*, Franco Angeli, Milano, 2005*, passim;* sul tema più in generale, si rinvia a P. Romito*, La violenza di genere su donne e minori, Un'introduzione*, Nuova edizione ampliata, Franco Angeli, Milano, 2011. Per un'analisi trasversale del fenomeno, a più voci, v. P. Romito, N. Folla, M. Melato (a cura di), *op. cit*.

[7] Cfr. *http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00750635.pdf*. Ratificata dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 7, la Convenzione è entrata in vigore il 1 agosto del 2014 ed è pubblicata in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/07/01/13G00122/sg*.

domestico e affettivo, come forma di lesione alla civiltà e ai diritti umani e come espressione di una strutturale disparità dei rapporti di forza storicamente diseguali tra donne e uomini, ha indotto il legislatore ad approntare strumenti di repressione, di tutela e di prevenzione finalizzati a contrastare le varie manifestazioni della violenza, sia fisica che psicologica.

Ripercorrendo sinteticamente i passaggi che hanno scandito questa evoluzione[8], è interessante osservare come dalla predisposizione di specifiche disposizioni legislative destinate a reprimere comportamenti violenti di varia natura e, quindi, a dare riconoscimento e visibilità a un sommerso che si tendeva a mantenere ben sigillato nel perimetro delle mura domestiche e delle relazioni affettive, l'attenzione del legislatore si sia successivamente incentrata prevalentemente su aspetti, altrettanto indicativi e qualificanti di una cultura sociale e giudiziaria in progressivo cambiamento, come l'adozione di misure e buone pratiche destinate a fornire servizi di protezione fisica, psicologica, medica, legale ed economica alle vittime, tutelandole, quindi, sia nella dimensione interna al procedimento penale, funzionale ad evitare le conseguenze traumatiche della vittimizzazione secondaria, sia nella dimensione esterna, con lo scopo di metterle al riparo dalla reiterazione delle violenze da parte dell'autore del fatto[9]. Interventi significativi, poi, sono stati realizzati sul fronte della prevenzione primaria e secondaria, anche in forza della spinta generata dai provvedimenti e dai documenti sovranazionali[10] recepiti nella normativa interna. Di particolare rilievo, per cogliere la visione olistica che abbraccia questa complessità, il «*Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere*» 2015-2017[11], approvato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, d'intesa con il Dipartimento delle Pari Opportunità, con l'assenso delle Regioni e degli Enti locali e in sinergia con la Programmazione dell'Unione Europea per il periodo 2014-2020, e il successivo «*Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne*» 2017-2020[12].

---

[8] Per una sintetica rassegna di questa evoluzione normativa, ci sia consentito rinviare a N. Folla, *Le leggi per il contrasto della violenza su donne e minori: in teoria e in pratica*, in *La violenza sulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, cit., pp. 19-30.

[9] Cfr. R. Benedetti e I. Boiano, *Gli strumenti di protezione dalla violenza*, in *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice Rosso"*, a cura di T. Manente, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 79 ss.

[10] Per una sintetica ricognizione delle fonti sovranazionali e dell'Unione europea in materia, si veda I. Boiano, *La violenza nei confronti delle donne nell'ordinamento multilivello*, in *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice Rosso"*, cit., p. 1 ss. e F. Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 72-84.

[11] La sua introduzione era stata prevista dall'art. 5, comma 1, del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito nella L. 15 ottobre 2013, n. 119 (nota come «Legge sul femminicidio»).

[12] I documenti sono pubblicati in *http://www.pariopportunita.gov.it/contro-la-violenza-sessuale-e-di-genere/*.

2. *Dagli appelli alle proposte. Dalle proposte alle risposte*

Ebbene, questo assetto normativo ha rischiato di essere travolto dalla pandemia.

Com'è noto, le misure restrittive e di contenimento introdotte con il D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020 e i successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri emessi fra l'8 e il 22 marzo, seguiti dal D.L. n. 19 del 25 marzo 2020, cui è stata sottoposta la generalità dei cittadini, hanno introdotto un regime che ha fortemente condizionato la libertà personale e ha imposto un obbligo di permanenza domiciliare, che prevedeva delle deroghe solo per soddisfare necessità primarie o per ragioni obiettivamente gravi.

Ma chiusura, controllo, oppressione, isolamento, confinamento obbligato tra le mura domestiche sono esattamente i tratti distintivi delle relazioni abusanti e della violenza intrafamiliare e di genere, che si può manifestare in forma di aggressione fisica, psicologica, morale, economica, sessuale o di persecuzione[13]. Il *controllo dello scontrino della spesa*, ad esempio, cui poteva essere sottoposto il cittadino da parte dell'autorità di pubblica sicurezza per verificare che egli si fosse servito presso un negozio alimentare vicino alla propria abitazione, è uno degli svariati comportamenti assillanti che caratterizzano la vita quotidiana della donna vittima di maltrattamenti, la cui libertà di movimento, si sa, è fortemente compromessa, anche attraverso simili condotte poste in essere dal *partner* violento.

Queste difficoltà sono state rappresentate con vigore principalmente dalle organizzazioni di donne, impegnate nel contrasto alla violenza maschile contro le donne, che si sono mobilitate in tutto il mondo e si sono rese portavoci presso le Istituzioni nazionali e sovranazionali del rischio che si stava prospettando, anche sulla scorta di quanto era già accaduto in Cina, dove l'epidemia da Coronavirus è iniziata alcuni mesi in anticipo rispetto alla sua esplosione nel mondo occidentale e dove, nonostante la scarsità di dati, i rapporti dimostravano che nel mese di febbraio del 2020, ad esempio, in una città della provincia di Hubei, Jingzhou, il numero di casi di violenza domestica era triplicato se comparato al medesimo arco temporale dell'anno precedente[14].

Per quanto riguarda l'Italia, le istanze provenienti dalle operatrici dei Centri antiviolenza del territorio e dalle associazioni femminili sono state accolte, *in*

[13] Sulla vasta gamma delle forme di violenza, v. N. Folla, *Le leggi per il contrasto della violenza su donne e minori: in teoria e in pratica*, cit., pp.19-30; in ordine alle tipiche modalità di realizzazione dei cosiddetti delitti «manifesto» della violenza di genere, che si identificano soprattutto nelle fattispecie di Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), Atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) e Violenza sessuale (art. 609 *bis* e ss. c.p.), cfr. F. Roia, *op. cit.*, pp. 30-31 e 56-72.

[14] Riporta questo dato M. Penasso (a cura di), *Quando la cura può suscitare nuovo male. La violenza di genere in tempi di pandemia*, in *https://www.dors.it/page.php?idarticolo=3411*. Lo conferma anche C. Torrisi, *Emergenza coronavirus: l'isolamento in casa e il rischio della violenza domestica*, in *https://www.valigiablu.it/emergenza-coronavirus-violenza-domestica/*, 27 marzo 2020.

primis, dalla «*Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*», che se ne è fatta carico, predisponendo un documento, approvato all'unanimità: «*Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratta nella situazione di emergenza epidemiologica da Covid - 19* », volto ad affrontare la situazione nelle sue variegate sfaccettature[15]. Nella Relazione si mette in evidenza lo sforzo fatto, sin dal 9 marzo, dai Centri antiviolenza, dalle Case rifugio, dagli sportelli antiviolenza e dalle strutture antitratta, i quali, per garantire continuità di servizio e di accesso, compatibilmente con le disposizioni previste dalla legislazione per contenere l'emergenza epidemiologica, hanno assicurato i colloqui e l'attività di accoglienza e sostegno attraverso modalità alternative, come i contatti telefonici o telematici, riservando alla modalità in presenza solo i casi strettamente necessari[16].

È stato inoltre posto in risalto come la limitazione dei contatti esterni, che implica una riduzione delle relazioni con la famiglia d'origine e l'indebolimento della rete amicale, e la quotidiana condivisione dello spazio abitativo con il *partner* maltrattante, che comporta un controllo pervasivo di tutti gli strumenti di comunicazione, come telefono o computer, compromettano in modo significativo la sicurezza delle donne, che si trovano nella impossibilità di accedere ai servizi e di chiedere aiuto, atteso che una loro azione in tal senso scatena reazioni ritorsive, esacerbando e inasprendo sensibilmente le violenze già presenti in famiglia nella fase precedente l'epidemia e rendendone ancor più difficile l'emersione.

A queste difficoltà si aggiungono ulteriori nodi critici, uno dei quali è sicuramente il ridotto accesso al pronto soccorso, se non addirittura il suo venir meno, per eccessiva congestione o chiusura dovuta all'epidemia. Merita qui ricordare il ruolo strategico che hanno per le vittime di violenza le strutture sanitarie, e tra esse, appunto, i pronto soccorso, non solo per far emergere il fenomeno (ad esempio, con le comunicazioni alle Procure da parte dei sanitari delle notizie di reati perseguibili d'ufficio), ma anche, e specialmente, nell'aiutare le donne ad affrontare la violenza nel modo più appropriato, assicurando loro assistenza, accompagnamento e orientamento, protezione e messa in sicu-

[15] La Relazione, della quale è stata relatrice la Presidente della Commissione stessa, la senatrice Valeria Valente, è contenuta nel *Doc. XXII*-bis*, n.1*, approvato dalla Commissione nella seduta del 26 marzo 2020 e si può leggere in *http://senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/350725.pdf*.

[16] Tra le varie fonti, v., in *https://www.dire.it/12-03-2020/432907-coronavirus-violenza-donne-veltri-d-i-re-chiamateci-noi-ci-siamo/*, l'appello accorato, lanciato il 12 marzo 2020 da Antonella Veltri, Presidente di D.i. Re, Donne in rete contro la violenza, cit., volto a rassicurare le donne che subiscono violenza: « … *noi dei centri antiviolenza ci siamo: da casa, dal nostro telefono di emergenza, anche via skype laddove possibile, dalle nostre sedi che sono temporaneamente in sospensione*».

rezza, secondo quanto stabilito dalle Linee guida nazionali emanate nel 2017[17], che prevedono un protocollo operativo specifico per gli operatori sanitari, in raccordo con gli altri servizi della rete presenti sul territorio di riferimento.

L'altro presidio cruciale, quello della giustizia, anch'esso si è fermato o è stato fortemente ridimensionato nel suo funzionamento, sulla base dell'art. 83 del D. L. n. 18 del 17 marzo 2020[18], «*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*». Tra le molteplici questioni problematiche e controversie interpretative che sono affiorate in sede di applicazione della suddetta disposizione, annoveriamo, in relazione al tema che qui ci occupa, la generale sospensione di tutti i termini procedimentali e processuali in essa statuiti, fra i quali i termini delle indagini preliminari, che ha frenato (anche) l'applicazione di quegli istituti, potenziati di recente con la L. 19 luglio 2019, n. 69[19], il c. d. «Codice Rosso», che sono volti proprio ad assicurare una trattazione urgente e prioritaria alle vicende di violenza di genere in modo da rendere effettiva ed efficace la protezione predisposta dall'ordinamento[20].

Numerose le altre criticità affiorate in diversi ambiti. Ci limitiamo a segnalarne alcune: quelle riguardanti la acquisizione delle notizie di reato, l'applicazione delle misure cautelari personali in relazione alle esigenze di protezione delle vittime, le modalità di controllo degli autori di violenza, nonché le problematiche concernenti la regolamentazione degli incontri genitori-figli in spazi neutri e con modalità protette o gli incontri tra i/le minori e i genitori non collocatari prevalenti.

Tutti aspetti, questi, messi ampiamente in luce anche nella Relazione della Commissione contro il femminicidio[21].

---

[17] Le «*Linee guida nazionali per le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza*» sono state introdotte con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 novembre 2017 e sono pubblicate in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/01/30/18A00520/SG*.

[18] Il D. L 17 marzo 2020, n. 18 reca: «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

[19] La L. 19 luglio 2019, n. 69, è rubricata «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*».

[20] Per un primo commento della legge, v. A. Marandola, G. Pavich (a cura di), *Codice Rosso: L. n. 69/2019*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

[21] Nella Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta contro il femminicidio, *Doc. XXII*-bis*, n. 1*, cit., p. 3, è rinvenibile anche il riferimento al calo delle denunce per i reati di Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), denunciati a tutte le Forze dell'Ordine, passati dai 1.157 dei primi 22 giorni di marzo 2019 ai «soli» 652 dello stesso periodo del 2020. La tendenza a non denunciare condotte di violenza domestica e di genere, rappresentata anche da diversi Centri Antiviolenza, è, altresì, confermata dal Sondaggio

Per far fronte a quella che la Commissione ha definito «*un'emergenza nell'emergenza*»[22], Parlamento, Governo e Istituzioni sono stati sollecitati dalla Commissione medesima a predisporre misure e risorse economiche aggiuntive e procedure più snelle per garantire protezione, sostegno e accoglienza alle donne e ai minori coinvolti, assicurando, in particolare, l'operatività, in piena sicurezza, delle strutture antiviolenza[23]. Si è, pertanto, posto l'accento sulla necessità di dare piena attuazione, da parte dell'autorità giudiziaria, a tutti gli istituti giuridici finalizzati a proteggere in modo tempestivo le donne e i/le loro figli/e minori. Evidenti ragioni impediscono di dilatare la nostra indagine a tutti questi strumenti normativi, tuttavia, alcuni di essi meritano un breve cenno. Innanzitutto, la misura precautelare dell'ordine di «*Allontanamento d'urgenza dalla casa familiare*» (art. 384 *bis* c.p.p.)[24]. Anche su impulso delle operatrici dei Centri antiviolenza che, avendo prossimità sul territorio con le vittime, ne conoscono a fondo bisogni e rischi, la Commissione parlamentare ha rivolto al Parlamento l'invito a modificare, in sede di conversione, la disciplina del D.L. 18/2020, nella parte in cui, all'art. 83, c. 3, lett. b), aveva escluso espressamente dalla sospensione solo i procedimenti di convalida dell'arresto e del fermo, nulla prevedendo circa il procedimento di convalida della misura precautelare

---

effettuato presso gli Uffici di Procura dalla Settima Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura: v. Delibera Plenaria del 4 giugno 2020 del Consiglio Superiore della Magistratura, in *https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/dettaglio/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/emergenza-covid-19?redirect=/web/csm-internet/norme-e-documenti/atti-consiliari/circolari/settima-commissione*, «*Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle "Linee Guida in tema di trattazione dei procedimento relativi a reati di violenza di genere e domestica" negli uffici di merito nel periodo d'emergenza sanitaria*».

[22] La natura strutturale della violenza di genere dovrebbe sconsigliare di trattare questo fenomeno come un'emergenza. In tal senso si è espressa anche A. Veltri, Presidente del network D.i.Re, secondo la quale «*non bisogna far passare l'idea che quella della violenza domestica sia un'emergenza nell'emergenza. Non è così. La violenza è un fenomeno purtroppo normale, quotidiano e diffuso*», in *https://www.valigiablu.it/emergenza-coronavirus-violenza-domestica/*, 27 marzo 2020.

[23] Cfr. *Doc. XXII*-bis*, n. 1*, cit., p. 3 e ss.

[24] Per un approfondimento dell'istituto e dei nodi critici che lo contraddistinguono, si veda F. Roia, *op. cit*., pp. 144 – 146; in ordine alla sua portata funzionale, si rinvia a T. Manente, *La violenza nei confronti delle donne durante l'emergenza sanitaria*, in *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/981-la-violenza-nei-confronti-delle-donne-durante-l-emergenza-sanitaria*. Vale la pena aggiungere che quanto auspicato nella Relazione finale al Senato della *Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere* tenuta dalla (ex) Presidente, sen. F. Puglisi, il 6 febbraio 2018, in *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1066658.pdf*, p. 384, circa l'opportunità che l'inosservanza del provvedimento adottato in via di urgenza sia supportata da mirate scelte sanzionatorie, è stata accolta dal Legislatore con la L. 69/2019, che ha introdotto nel codice penale, all'art. 387 *bis*, la fattispecie di «*Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*».

in oggetto[25]. La disposizione è stata, poi, riscritta nel senso richiesto, in sede di conversione, con la Legge 24 aprile 2020, n. 27[26], che ha inserito la convalida della misura pre-cautelare in oggetto tra le udienze non rinviabili. In ogni caso, sul piano giurisprudenziale, si è riscontrato un netto calo della sua applicazione, anche in ragione del fatto che, prima della menzionata conversione del D. L. 18/ 2020, la misura, lo ribadiamo, non era fra quelle escluse dalla sospensione e per essa non era prevista la partecipazione da remoto all'udienza di convalida[27]. Uno sguardo va dedicato anche gli ordini di protezione in sede civile[28]. Ricordiamo che il loro presupposto applicativo risiede nella sussistenza di un *abuso familiare* definito dall'art. 342 *bis* c.c. come quella «*condotta del coniuge o di altro convivente»,* che «è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente». In presenza di tale requisito, il giudice civile ordina la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole, prescrivendogli, se necessario, di non avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla vittima.

Pur essendo stati inclusi tra le materie la cui trattazione non era stata sospesa dal D. L. 18/2020 e nonostante la loro applicazione fosse una delle richieste prioritarie della rete dei Centri antiviolenza[29], occorre prendere atto che pure nella fase di confinamento la legge è stata ampiamente disattesa[30], a quanto pare

---

[25] Sul punto, critico anche F. Filice, *La parità di genere alla prova del Covid 19*, in *https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/la-parita-di-genere-alla-prova-del-covid-19/*, p. 7, per il quale sarebbe stato utile e opportuno prevedere un'eccezione al fermo delle attività giudiziarie in rapporto a tutti i reati di «genere».

[26] «*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.*» (20G00045) (GU Serie generale n. 110 del 29-04-2020 – Suppl. Ordinario n. 16), in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/29/20G00045/sg.*

[27] Cfr. Delibera Plenaria del 4 giugno 2020 del Consiglio Superiore della Magistratura, cit.

[28] Introdotti con la L. 4 aprile 2001, n. 154 - «*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*». Per un disamina della disciplina degli ordini di protezione, contenuta negli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., e nell'art. 736 *bis* c.p.c., si rinvia a M. Betti, *Gli ordini di protezione civili*, in *La violenza sulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, cit., pp. 213-214 e a R. Benedetti, *Gli ordini di protezione in sede civile*, in *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice Rosso"*, cit., pp. 95-98.

[29] C. Torrisi, *op. cit.*, riporta la posizione delle varie associazioni e organizzazioni femminili sul punto; in particolare, quella del network D.i. Re. Dello stesso avviso anche Differenza Donna, *Problematiche dei centri antiviolenza, delle case rifugio e sportelli antiviolenza e antitratta*, 18 marzo 2020, in *https://www.differenzadonna.org/wp-content/uploads/2020/03/Proposte_EmergenzaCovid19.pdf.*

[30] Sullo scarso ricorso a tale rimedio nell'esperienza giudiziaria, cfr. F. Roia, *op. cit.*, p. 136, per il quale le cause di questa limitata applicazione sono: «*la equivoca matrice giuridica dell'istituto; la genericità delle istanze presentate non sempre corredate dagli elementi necessari per l'assunzione di*

anche per il problema della verifica dell'effettiva disponibilità di un domicilio alternativo per il violento allontanato[31]. Una delle questioni nodali, comunque, alla quale, peraltro, ha destinato attenzione anche la senatrice Valente[32], inerisce alla opportunità prevista dall'art. 736 *bis*, 3° c., c.p.c., di poter adottare l'ordine, nei casi di urgenza, «*immediatamente*», «*assunte ove occorra sommarie informazioni*», prima di instaurare il contraddittorio. Nella situazione di emergenza, contrassegnata da forti limiti alla libertà di movimento delle persone, la notifica al *partner* del ricorso con la richiesta dell'ordine e del decreto di fissazione dell'udienza avrebbe potuto, infatti, scatenare nel destinatario reazioni ancor più aspre e violente, rendendo maggiormente vulnerabile la donna[33].

Anche sul versante delle misure cautelari di natura penale, poi, sono state espresse preoccupazioni: quanto a quelle non detentive, come l'«*Allontanamento dalla casa familiare*» (art. 282 *bis* c.p.p.) o il «*Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*» (art. 282 *ter* c.p.p.), l'intensità del controllo è diminuita[34], essendo le Forze dell'Ordine impegnate quasi esclusivamente nella vigilanza dei presidi di contenimento dell'epidemia e quindi impossibilitate a controllare le migliaia in esecuzione. Con riferimento a quelle detentive, come la custodia cautelare in carcere, gli Uffici giudiziari, esprimendo un indirizzo praticamente unanime, hanno operato una valutazione caso per caso[35].

Nell'«*Esame della relazione sulle possibili soluzioni per prevenire e contrastare la violenza domestica nel periodo di applicazione delle misure di contenimento del Covid-19*»[36], in seno

---

una decisione inaudita altera parte …» ma anche la caratteristica dell'organo giudicante «*che è un giudice civile, spesso non specializzato, legato per formazione al principio del contraddittorio e dotato di poco coraggio nell'emanare un provvedimento che ha tutti gli effetti di una misura cautelare*».

[31] La questione è stata messa in evidenza nella Delibera Plenaria del 4 giugno 2020 del Consiglio Superiore della Magistratura, cit.

[32] La posizione sul punto, espressa dalla Presidente della Commissione contro il femminicidio, è contenuta in *Doc. XXII* – bis*, n. 1* , cit. p. 5.

[33] V. B. Benzi, *Violenza di genere e tutela dei soggetti vulnerabili nelle misure organizzative della Procura di Brescia per il Covid-19*, in *http://www.giudicedonna.it/*, n. 1/2020, pp. 4-5. Riferisce T. Manente, 3 aprile 2020, in *https://www.differenzadonna.org/3-aprile-2020-articolo-su-left-dellavvocata-teresa-manente-responsabile-ufficio-legale-di-differenza-donna/* il caso di una donna che l'11 marzo 2020, proprio in attesa dell'udienza di trattazione a seguito della sua richiesta di ordine di allontanamento, è stata aggredita dal convivente con un coltello e che, solo grazie all'intervento immediato delle forze dell'ordine, allertate dal figlio e dal centro antiviolenza, l'uomo è stato arrestato.

[34] F. Filice, *op. cit.*, p. 8.

[35] Come riferisce il Gruppo di lavoro del CSM nella *Delibera Plenaria del 4 giugno 2020*, cit.; da essa evinciamo, peraltro, che, anche in questo caso, come in quello della misura pre cautelare dell'«*Allontanamento urgente dalla casa familiare*» di cui si è riferito sopra, lo sforzo dell'Autorità giudiziaria è stato teso a contemperare la tutela delle vittime con le cautele sanitarie, ma anche con la disponibilità di un domicilio per il violento allontanato dall'abitazione.

[36] Per un approfondimento dei lavori parlamentari, v. *https://www.senato.it/4732?seduta=98701*.

alla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, sono state delineate anche strategie e prassi di natura operativa, volte a favorire la conoscenza da parte delle vittime dei servizi e dei centri antiviolenza e le modalità di accesso.

Atteso che i canali tradizionali, come il numero nazionale antiviolenza e *stalking* 1522 e il numero verde antitratta 800 290 290, pur attivi 24 ore su 24 e 7 giorni su 7, non erano più sufficienti, causa il controllo costante del *partner*, secondo una linea politica unanime, si è ritenuto necessario incrementarne la pubblicizzazione attraverso comunicazioni istituzionali sui media[37] e con l'esposizione, presso tutti i supermercati, i negozi di generi di prima necessità, le farmacie[38] e le parafarmacie, nonché presso i servizi bancari e postali, di cartelli recanti l'indicazione di questi numeri, con l'obiettivo di rassicurare le donne circa la permanente attività della rete antiviolenza e la continuità del supporto offerto dalla stessa[39]. E proprio con riguardo alla Rete territoriale, l'onorevole Valente comunicava alla Commissione di avere scritto una lettera al Capo della Polizia, prefetto Franco Gabrielli, dopo l'allerta dei Centri antiviolenza, per sollecitare un maggiore raccordo tra le Forze di polizia e i centri medesimi. La risposta, peraltro, è intervenuta tempestivamente con una Circolare del Ministero dell'Interno del 27 marzo 2020, n. MI-123-U-C-3-2-2020-25, «*Violenza di genere e violenza domestica. Azioni di sensibilizzazione*», a firma del Capo della Polizia, Franco Gabrielli, indirizzata a tutte le Questure e alle varie Articolazioni territoriali della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri, destinata a dare massima rilevanza al problema anche nella situazione di straordinarietà dell'epidemia e in cui si ribadiva l'impegno del Ministero dell'Interno, Dipartimento di pubblica sicurezza, ad assicurare tutti gli interventi necessari a tutelare le donne vittime di

[37] Sulla Rai è andato in programmazione lo spot "*Libera puoi*", realizzata dal Dipartimento per le Pari Opportunità e la Famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per incoraggiare le donne a chiamare il 1522, anche utilizzando canali alternativi come l'*app*.

[38] Il 1 aprile 2020 è stato sottoscritto con i presidenti della Federazione Ordini dei Farmacisti, di Federfarma e di Assofarm un Protocollo d'Intesa per l'esposizione del cartello che visualizza il numero verde antiviolenza 1522 ed è stato messo a disposizione anche un opuscolo contenente le principali informazioni utili alle donne per la fuoriuscita dalla situazione di violenza o di *stalking*. Una delle prime campagne in tal senso era stata lanciata dal governo regionale delle Canarie; ne dà conto A. Oppes, *Nome in codice Mascarilla19, per sfuggire alla violenza machista*, in *la Repubblica*, 22 marzo 2020, p.18, che illustra l'iniziativa, dove Mascarilla19 è il nome in codice che la vittima deve pronunciare se, con una scusa, riesce a liberarsi per un attimo del controllo del suo aggressore dicendo che deve andare in farmacia; qui basta chiedere un "mascarilla 19" e il farmacista sa di dover attivare il protocollo di emergenza. I timori di una esplosione della violenza tra le mura domestiche aveva, peraltro, già indotto il governo spagnolo guidato da Pedro Sanchez a varare un piano di emergenza.

[39] La rapida riconversione dei Centri di aiuto alle donne è avvenuto anche in altri Paesi, secondo quanto riportato da M. Penasso, *op. cit.*; si veda anche M. Catucci, *A New York una rete virtuale contro gli abusi in famiglia*, in *il manifesto*, 27 maggio 2020, p. 9.

violenza, con l'auspicio di «*una azione sinergica e di un impegno corale, condivisi con tutti gli attori del pubblico e del privato sociale*»[40].

La Presidente rimarcava anche la necessità chiedere al Governo risorse aggiuntive per fronteggiare la carenza di strutture abitative, in appoggio alla circolare del 21 marzo 2020[41], n. 15350/117(2), «*Polmonite da nuovo coronavirus (COVID-19). Accoglienza donne vittime di violenza*», adottata dal Ministero dell'Interno e frutto della proficua interlocuzione tra la ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia, Elena Bonetti, e la ministra dell'Interno, Luciana Lamorgese, con la quale si invitavano i Prefetti e gli altri attori istituzionali a ciò deputati a reperire sistemazioni alloggiative ulteriori, anche temporanee, rispetto a quelle già presenti sul territorio, a fronte delle gravissime ricadute provocate dall'emergenza epidemiologica sull'operatività dei Centri antiviolenza e delle Case rifugio[42], volte a offrire accoglienza, tutela e sostegno alle vittime nei percorsi di uscita dalla violenza[43] e fulcro della rete territoriale per la presa in carico delle vittime.

---

[40] La circolare è reperibile in: *https://www.1522.eu/wp-content/uploads/2020/03/Circolare-violenza-di-genere-e-domestica-2020-03-27.pdf* .

Per rendere più efficace e tempestivo l'intervento delle Forze dell'Ordine, il Governo ha reso disponibile gratuitamente anche l'*app YouPol* per segnalare con il proprio smartphone i reati di violenza domestica e trasmettere in tempo reale messaggi e immagini agli operatori della Polizia di Stato, con possibilità di geo-localizzare automaticamente le segnalazioni; v. *https://www.poliziadistato.it/articolo/135e74a0112e9af858848025*.

[41] V. *https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-generali/atti-generali/atti-amministrativi-generali/circolari/circolare-21-marzo-2020-polmonite-nuovo-coronavirus-covid-19-accoglienza-donne-vittime-violenza*.

[42] Si pensi, tra gli altri, all'obbligo di distanziamento sociale o a quello di quarantena, finalizzati a contenere il contagio, che, inevitabilmente, rappresentano un ostacolo all'accoglienza delle vittime nelle Case rifugio o nei Centri Antiviolenza, non attrezzate *ad hoc* e prive dei fondi per superare tale improvvisa necessità, anche con riferimento alla disponibilità di adeguati presidi medico-sanitari o di mezzi per la sanificazione degli ambienti.

[43] La Commissione aveva anche opportunamente auspicato che, proprio per contrastare il rallentamento dei percorsi di rafforzamento delle donne vittime, dovuto alla sospensione della maggior parte dei servizi sociali territoriali, tra le misure di protezione sociale fossero inclusi un prolungamento del congedo straordinario di lavoro per motivi di violenza, *ex* art. 24 D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80; un intervento sulle modalità di fruizione dei congedi parentali previsti, con riferimento alla situazione di emergenza dal D. L. 17 marzo 2020, n. 18, per assicurare che le limitazioni all'accesso a tali benefici intervengano solo nei casi in cui si tratti di coniugi conviventi, nonché la introduzione di un fondo dedicato a un contributo economico per le donne poste in protezione e prive di autonomia economica; cfr. *Doc. XXII*-bis*, n.1*, cit., p.7. Un richiamo, infine, nel solco delle sollecitazioni internazionali, è stato fatto anche alle problematiche che affliggono le donne migranti, le richiedenti asilo, le rifugiate e le vittime di tratta, con la raccomandazione di incrementare l'informazione istituzionale per la fruibilità dei servizi antiviolenza e antitratta; per le questioni concernenti le condizioni di trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) o i permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare, si rinvia a *Doc. XXII*-bis*, n.1*, cit., pp.8 e 9.

Risposte concrete, quanto meno sul piano programmatico, sono state messe in campo dal Governo: in ordine alle risorse, si è deciso di utilizzare, di concerto con le scelte politiche delle Regioni[44], quelle destinate al «*Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità*» anno 2019[45] e, con un intervento normativo successivo, si è stabilito che: «*1. In considerazione delle esigenze straordinarie ed urgenti derivanti dalla diffusione del COVID-19 e delle norme di contenimento ad essa collegate, è autorizzata per l'anno 2020 l'ulteriore spesa di 3 milioni di euro in favore delle case rifugio pubbliche e private esistenti su tutto il territorio nazionale al fine di sostenere l'emersione del fenomeno della violenza domestica e di garantire un'adeguata protezione alle vittime*»[46].

---

[44] Dando seguito alla richiesta della Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio riguardo alle criticità connesse all'emergenza COVID-19 nei Centri antiviolenza e nelle Case rifugio, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha formulato delle proposte, contenute nel «*Documento per la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, in merito alle misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratta nella situazione di emergenza epidemiologica da COVID-19*», del 23 aprile 2020, che si può leggere in *http://www.regioni.it/newsletter/n-3830/del-28-04-2020/femminicidio-ed-emergenza-covid-19-21128/*. Esse abbracciano tutti gli ambiti, da quello della presa in carico delle vittime, prospettando, ad esempio, di «agevolare» l'accesso alle donne alla misura del reddito di cittadinanza senza necessità di allegare l'ISEE, oppure di estendere gli ammortizzatori sociali per le donne inserite in percorsi di fuoriuscita dalla violenza che abbiano dovuto sospendere tirocini e borse lavoro, al piano della prevenzione sanitaria, al percorso giudiziario *post* denuncia e per finire con uno stimolo alla collaborazione interistituzionale e alla adozione di strategie comuni, per evitare una parcellizzazione delle programmazione, degli interventi e delle relative risorse.

[45] V. art. 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 aprile 2020, «*Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 dicembre 2019 di ripartizione delle risorse del «Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità» anno 2019*». (20A02544) (GU Serie Generale n.120 del 11-05-2020), in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/11/20A02544/sg,* nel quale è statuito che: «*All'art. 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 4 dicembre 2019 è aggiunto il seguente comma:* "*3* -bis. *Le risorse di cui al comma 1 sono utilizzate, nel rispetto delle scelte programmatiche di ciascuna regione, prioritariamente per far fronte alle esigenze sociosanitarie e alle difficoltà operative causate alle strutture deputate alla protezione e al sostegno delle donne vittime di violenza dall'epidemia da Covid-19"*». La procedura, voluta d'urgenza dalla ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia, Elena Bonetti, ha consentito di sbloccare risorse, pari a 30 milioni, già ripartite alle Regioni (DPCM del 4.12.2019) per il 2019, pur in assenza della programmazione da parte delle Regioni, normalmente richiesta nell'*iter* ordinario; v. *http://www.pariopportunita.gov.it/news/violenza-sulle-donne-ministra-bonetti-sblocca-30-milioni/*. In ordine a questo intervento, v. l'intervista realizzata da A. Spena, *Coronavirus, Governo dov'è il fondo straordinario richiesto per i centri antiviolenza?*, in *http://www.vita.it/it/interview/2020/04/07/coronavirus-governo-dove-il-fondo-straordinario-richiesto-per-i-centri/325/*, 7 aprile 2020, ad A. Veltri, Presidente della Associazione D.i.Re, secondo la quale i fondi sbloccati sono risorse ordinarie già destinate nel 2019 al Piano nazionale antiviolenza, che i Centri antiviolenza aspettano dall'anno scorso; non si tratterebbe, quindi, di un fondo straordinario richiesto e destinato ai Centri per l'emergenza Covid-19.

[46] È il testo dell'art. 18*bis* - *Finanziamento delle case rifugio* - della Legge 24 aprile 2020, n. 27, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di*

Allo scopo di garantire la messa in sicurezza delle vittime, poi, sempre in accordo con la ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia, la ministra dell'Interno Lamorgese ha emanato una circolare[47] che invita i prefetti ad individuare presso le Prefetture un «*punto di contatto*», ovvero un referente, al quale i responsabili delle strutture dedicate ad offrire ospitalità alle vittime di violenza (come le Case rifugio) possono rivolgersi direttamente sia per segnalare eventuali criticità riscontrate nell'accoglienza, sia per agevolare la concreta fruibilità di nuove sistemazioni alloggiative in costante raccordo con le amministrazioni comunali. Infine, nella stessa prospettiva sinergica, i due dicasteri hanno condiviso anche le linee operative[48] per orientare le Case rifugio e i Centri antiviolenza nella applicazione delle circolari in materia e agevolare in tal modo il contatto con le Prefetture.

3. *Note conclusive: contro l'urto prodotto dal* lockdown *sulla violenza domestica e di genere hanno retto, sebbene tra difficoltà vecchie e nuove, i Centri antiviolenza*

I rapporti ad oggi disponibili non consentono di trarre conclusioni sulle esperienze vissute da donne e minori nel periodo di confinamento, anche perché i dati appaiono talvolta contraddittori e disomogenei[49]. Tuttavia, da essi traspaiono alcuni risultati comuni.

---

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». (20G00045) (GU n.110 del 29-4-2020 - Suppl. Ordinario n. 16).

[47] Per la circolare n. 15350/117(2) del 17 aprile 2020, «*Polmonite da nuovo coronavirus (COVID – 19). Accoglienza donne vittime di violenza*», vedi *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/covid_ii_circolare_vittime_violenza.pdf*.

[48] Le «*Indicazioni per le strutture ed i servizi di prevenzione e di contrasto alla violenza (Case Rifugio)*» del 27 aprile 2010 sono pubblicate in *http://www.pariopportunita.gov.it/news/indicazioni-operative-per-orientare-le-case-rifugio-e-i-centri-antiviolenza-nellinterlocuzione-con-le-prefetture/*.

[49] Si vedano i lavori parlamentari della Commissione parlamentare d'inchiesta contro il femminicidio, contenuti nella «*Relazione sui dati riguardanti la violenza di genere e domestica nel periodo di applicazione delle misure di contenimento per l'emergenza da Covid -19*», approvata il 1 luglio 2020, *Doc. XXII*-bis*, n. 2*, *in http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/352661.pdf*.

I dati illustrati fanno riferimento a vari Rapporti e Indagini, in particolare a *Emergenza epidemiologica da covid-19. Report sulla violenza di genere e domestica. Gennaio-maggio 2020*, del Servizio Analisi Criminale del Dipartimento della Pubblica Amministrazione del Ministero dell'Interno, reperibile in *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-07/2020-07-03_elaborato_delittuosita_scenario_covid_gennaio_maggio.pdf*; alla ricerca dell'Istat, per la quale si rinvia a *https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/speciale-covid-19* e a *https://www.istat.it/it/files//2020/05/Stat-today_*; nonché a quella della Associazione Telefono Rosa.

Si può leggere che, in relazione alla forma più estrema della violenza di genere, il «femminicidio», a fronte di una progressiva diminuzione del numero complessivo di omicidi volontari e di una diminuzione rilevante delle vittime di sesso maschile, si osserva un calo

Per un verso, come era stato ipotizzato, durante il *lockdown* si è verificata una drastica riduzione delle denunce dei reati che appartengono alla sfera della violenza domestica e di genere, con la difficoltà/impossibilità, quindi, di mettere in campo gli strumenti più efficaci presenti nell'ordinamento per contrastarli; inizialmente, poi, si è registrato anche un netto calo delle richieste di aiuto ai Centri antiviolenza. La rapida rimodulazione della attività dei Centri, però, unitamente alla pronta e immediata campagna di informazione *social* "Libera puoi", alla divulgazione del numero verde 1522 e all'implementazione della *app* della Polizia di Stato *Yuo-Pol*, hanno successivamente dato i risultati auspicati, favorendo telefonate e contatti, che, infatti, gradualmente hanno avuto un sensibile aumento. Quanto alle denunce, risulta una diminuzione delle notizie di reato nella materia della violenza di genere e domestica pari, nella media, al 50% circa, per quanto vi sia una disomogeneità del dato sul territorio nazionale, con Uffici che hanno rilevato una contrazione significativa e altri che hanno segnalato un crollo totale, superiore al 70%[50].

Per l'altro verso, queste prime esplorazioni pongono ancora più in risalto ostacoli pregressi, che il contesto emergenziale ha contribuito ad esasperare, e che attengono, sul piano organizzativo, alla scarsa operatività di tutta la Rete

---

meno significativo di quelle di sesso femminile (45 nel 2019, 44 nel 2020), per cui, nel 2019 le vittime donne costituivano il 32% degli omicidi totali, nel 2020 il dato si attesta al 48%; si registra un incremento della percentuale degli omicidi commessi in ambito familiare (dal 45% del 2019 al 58% del 2020) e di quelli commessi da *partner* o *ex partner* (le donne uccise da *partner* o da *ex partner* nel 2019 erano il 43%, nel 2020 salgono al 51%). Con riguardo ai reati c.d. «sentinella» o «spia», vale a dire i Maltrattamenti contro familiari e conviventi, gli Atti persecutori (*stalking*) e la Violenza sessuale, i dati dei mesi di confinamento mostrano un complessivo calo, ma con alcune specificità: in un raffronto con il periodo marzo-aprile 2019, nello stesso arco temporale del 2010, la diminuzione è stata più importante per i delitti di Violenza sessuale e di Atti persecutori; più contenuta, invece, per i Maltrattamenti. Secondo le indagini di alcuni Centri antiviolenza questa diminuzione è da attribuirsi non tanto ad un calo oggettivo dei reati commessi, quanto al decremento delle denunce, riscontrato soprattutto nel primo periodo di *lockdown*. Tale andamento sembra caratterizzare anche la cosiddetta «fase 2» del mese di maggio. Comunque, in questo periodo, aumentano le denunce per Maltrattamenti, che, forse, sono riferite anche alle violenze avvenute nel periodo di chiusura totale precedente. Vi è una ripresa delle condotte di *stalking* e di Violenza sessuale, diminuite più sensibilmente nel periodo precedente in forza delle limitazione della socialità; si tratta, infatti, di reati legati alla vita di relazione delle vittime e posti in essere per lo più da persone che non convivono con la vittima stessa, in aumento con la riapertura del mese di maggio e con una ulteriore recrudescenza nel mese di giugno. Sembra confermare questa tendenza anche la recentissima indagine, contenuta nel Rapporto elaborato dal Servizio analisi criminale del Ministero dell'Interno, *Violenza di genere e omicidi volontari con vittime donne. Gennaio-giugno 2020*, *in https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-07/violenza_genere_omicidi_gennaio_giugno_17072020.pdf*.

[50] Cfr. il Sondaggio effettuato presso gli Uffici di Procura dalla Settima Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura in tutte le sedi del Paese, cit.

territoriale antiviolenza e, sul piano economico, alla carenza di risorse nonché al pessimo sistema di erogazione delle medesime.

Chi sembra avere retto sostanzialmente bene, continuando a offrire servizi, con modalità calibrate sull'emergenza, sono stati i Centri antiviolenza. Essi, tuttavia, hanno avuto una reale difficoltà a relazionarsi con la Rete e con gli altri servizi del territorio, come le Procure e i Tribunali, sia ordinari che minorili, ma anche gli ospedali e le strutture sanitarie. Probabilmente, per il collasso di queste ultime e per la paralisi delle prime. Per contro, hanno avuto una forte tenuta i rapporti dei Centri e delle Case rifugio con i servizi sociali comunali, le Forze dell'Ordine e le Questure, che, o sono rimasti invariati o sono stati addirittura intensificati.

Queste rinnovate modalità di intervento, però, sono state notevolmente gravose ed onerose[51] in forza di ragioni che sono da ricondurre (anche) a sofferenze preesistenti; quelle di sempre, più volte denunciate anche di recente[52]: tra esse, in particolare, il supporto ancora insufficiente da parte delle Istituzioni a formulare una risposta di sistema coordinata, strutturata e *multi-agency* alla violenza maschile contro le donne[53] e il ritardo con cui vengono erogati i fondi finalizzati ad implementare i piani nazionali strategici contro la violenza di genere, quelli destinati, appunto, alle ONG che gestiscono i Centri antiviolenza e le Case rifugio. L'impatto negativo di questi fattori è sotto gli occhi di tutti da tempo e impedisce di conseguire gli obiettivi programmatici del Piano antiviolenza, con ripercussioni negative sulla continuità e sulla qualità dei servizi e dei programmi di sostegno e protezione dalla violenza delle donne e dei/delle loro bambini/e[54].

Ancora una volta occorre prendere atto che a una normativa complessivamente soddisfacente non corrisponde una sua applicazione altrettanto soddi-

---

[51] A oggi i Centri antiviolenza non hanno ricevuto i finanziamenti annunciati; hanno dovuto provvedere autonomamente alla strumentazione necessaria per far fronte all'emergenza, a partire dalle mascherine, nonché alla individuazione delle residenze di emergenza per accogliere le vittime, anche in quarantena, e, soprattutto, al netto delle promesse, hanno dovuto prendere atto con amarezza dell'abbandono (quasi) totale da parte delle Istituzioni. In argomento, utile anche il rapporto della ricerca «*I centri antiviolenza ai tempi del coronavirus*», a cura di Progetto ViVa, in collaborazione con il CNR, in *https://viva.cnr.it/covid19/*.

[52] Si veda *Grevio – Rapporto di valutazione di Base. Italia*. Il Grevio è il «Gruppo di esperti/e sulla violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica donne», un organismo indipendente del Consiglio d'Europa che monitora l'applicazione della Convenzione di Istanbul in tutti i Paesi che l'hanno ratificata. La procedura è stata avviata nel 2018 e il Rapporto è stato presentato il 13 gennaio 2020. Il testo si può leggere, in inglese, sul sito *https://www.direcontrolaviolenza.it/wp-content/uploads/2018/11/GREVIO.Report-inglese-finale.pdf*; in italiano, in *http://www.pariopportunita.gov.it/news/e-on-line-la-versione-in-italiano-del-primo-rapporto-del-grevio-sullattuazione-della-convenzione-di-istanbul-da-parte-dellitalia/*.

[53] Cfr. le sollecitazioni in tal senso del *Rapporto Grevio*, cit., p. 47.

[54] Sulle ricadute negative del sistema di finanziamento del nostro Paese, v. le osservazioni critiche del *Rapporto Grevio*, cit., p. 23.

sfacente, causa anche una cultura in materia che nel nostro Paese resta carente[55]. L'auspicio è che le buone pratiche sviluppate e i percorsi virtuosi intrapresi durante l'epidemia per fronteggiare gli effetti negativi vengano valorizzati e abbiano ad avere continuità nel tempo.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Folla N., *Violenza domestica e di genere: la Corte Edu, per la prima volta, condanna l'Italia*, in *Famiglia e Diritto*, n. 7, 2017, pp. 626-635.

Manente T. (a cura di), *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice Rosso"*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019.

Marandola A., Pavich G. (a cura di), *Codice Rosso: L. n. 69/2019*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

Roia F., *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Franco Angeli, Milano, 2017.

Romito P., *Un silenzio assordante. La violenza occultata su donne e minori*, Franco Angeli, Milano, 2005.

Romito P*., La violenza di genere su donne e minori, Un'introduzione*, Nuova edizione ampliata, Franco Angeli, Milano, 2013.

Romito P., Folla N., Melato M. (a cura di), *La violenza sulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, Nuova edizione, Carocci Faber, Roma, 2017.

[55] Per colmare questa lacuna e superare questo ritardo culturale, è utile, soprattutto in questa cornice, ricordare che tra le varie azioni proposte nel Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2010, p. 14, si afferma: «*Per prevenire la violenza è fondamentale il riconoscimento del ruolo dell'università e della scuola ripartendo dai principi contenuti nell'art. 14 della Convenzione di Istanbul […]* » nonché «*da formazione professionale, corretta, continua e capillare*» di operatori e operatrici che si occupino a vario titolo delle vittime e degli autori degli atti di violenza rientranti nel campo di applicazione della Convenzione medesima. In argomento, si veda anche il giudizio espresso nei confronti delle Autorità del nostro Paese dalla Corte EDU nella sentenza del sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 2 marzo 2017, n. 41237/14, ric. Talpis c. Italia, relativa ad una vicenda di violenza familiare, sfociata in un omicidio, avvenuta in un paese del Friuli Venezia Giulia, Remanzacco; per una analisi della pronuncia, v. N. Folla, *Violenza domestica e di genere: la Corte Edu, per la prima volta, condanna l'Italia*, in *Famiglia e Diritto*, n. 7, 2017, pp. 626-635.

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA ECONOMICA POST COVID-19 SUI SISTEMI FISCALI

DARIO STEVANATO, ALESSIA SBROIAVACCA*

1. *Premessa*

L'emergenza sanitaria conseguente alla diffusione del coronavirus ha avuto un notevole impatto sulle attività economico-produttive, determinando effetti economici e finanziari non solo negativi (come si potrebbe di primo acchito pensare) ma di vario segno, a volte anche diametralmente opposti in base all'ambito di operatività dei soggetti considerati. L'adozione delle misure di contenimento della diffusione del virus Covid-19, infatti, ha influito negativamente per quelle imprese e lavoratori autonomi esercenti attività economiche ad elevato rischio di contagio, che hanno dovuto limitare notevolmente – se non sospendere o cessare del tutto – la propria operatività; allo stesso tempo, il garantire l'erogazione dei servizi considerati essenziali anche durante l'emergenza epidemiologica (si pensi, a titolo esemplificativo, alle attività economiche rimaste aperte durante il *lockdown*, quali i supermercati, le farmacie, ecc.), ha contribuito ad incrementare in maniera eccezionale i ricavi di tali imprese, registrando aumenti a doppia cifra rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Tale effetto è stato rilevato anche per le imprese operative principalmente online – il riferimento è, ad esempio, ai colossi digitali, quali Amazon ed altri operatori che fanno uso di piattaforme informatiche, che hanno continuato a prestare i propri servizi e riscontrato incrementi nelle vendite a causa della temporanea chiusura delle attività rese in forma "tradizionale".

Il sostanziale blocco della maggior parte delle attività economico-produttive per un arco temporale protrattosi per diversi mesi si è riflesso in un immediato squilibrio finanziario per imprese e lavoratori autonomi operativi nei settori economici che hanno dovuto ridurre ovvero chiudere temporaneamente la

* Il primo è Professore ordinario di Diritto tributario nell'Università di Trieste; la seconda è Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche e Dottore Commercialista.

propria attività. L'attenzione della classe politica è stata polarizzata da tale circostanza ed in particolare dal fatto che per tali attività economico-produttive la carenza di liquidità avrebbe impedito di ottemperare ai consueti adempimenti e versamenti tributari e contributivi, facendo sì che venissero adottare specifiche misure a sostegno della temporanea crisi di liquidità di tali contribuenti.

Tale linea d'azione è stata un fattore comune ai diversi Paesi dell'Eurozona; infatti, la maggior parte delle misure fiscali promosse dal Governo italiano e dagli organi politici degli altri Paesi europei è stata indirizzata a disporre proroghe dei termini dei versamenti tributari e contributivi in scadenza nel periodo emergenziale, stabilendo congiuntamente la non applicazione di interessi e sanzioni, a sospendere le attività di accertamento e riscossione dell'Amministrazione Finanziaria ed in alcuni casi anche ad intervenire direttamente sulle modalità di determinazione della base imponibile dell'imposta sul reddito delle società, sì da tenere immediatamente conto delle perdite in corso di maturazione nel primo semestre del 2020 (cfr. *infra*, par. 2).

Ciascun Paese ha adottato, tuttavia, strategie diversificate, sia per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione delle proroghe (che talvolta è stato limitato ad alcune imposte), sia in relazione ai soggetti beneficiari (talvolta legando la possibilità di posticipare le scadenze tributarie alla decurtazione percentuale di reddito o di fatturato subita rispetto ad un prefissato arco temporale, altre volte legandola alla tipologia di attività esercitata, ecc.).

Il pregevole intento di cercare di non assorbire la residua liquidità di società e imprese colpite dalla crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria si è tuttavia tradotto in un affastellarsi di disposizioni di rinvio di scadenze ed adempimenti spesso tra loro non coordinate, assunte in totale assenza di una visione prospettica delle conseguenze economiche del quadro emergenziale per la totalità degli agenti economici. Il *focus* politico sull'adozione di misure di rinvio dei termini relativi ad adempimenti e versamenti fiscali e contributivi appare infatti una risposta debole alla crisi economica conseguente all'epidemia del coronavirus[1]. La progettazione del posticipo delle principali scadenze tributarie risulta invero di portata limitata rispetto agli sfaccettati effetti dell'emergenza sanitaria sugli operatori economici; temi, questi, in relazione ai quali il dibattito politico è rimasto sostanzialmente silente, fatti salvi alcuni isolati casi in cui sono circolate proposte di intervento proattive, sia in termini di riduzione definitiva dei debiti fiscali e contributivi sia nel senso di aggravare l'imposizione per quei soggetti operativi nei settori che hanno tratto maggior vantaggio economico durante la crisi sanitaria.

[1] Basti riflettere sul fatto che, secondo i più recenti dati messi a disposizione dalla Commissione Europea, a seguito del *lockdown* l'economia della zona euro subirà una contrazione dell'8,7% nel 2020 (cfr. European Commission, *European Economic Forecast*, Institutional Papers n. 132, 2020).

Le politiche fiscali adottate dagli Stati durante l'emergenza epidemiologica, per altro verso, hanno innescato ulteriori temi di dibattito, rendendo necessario interrogarsi anche sul futuro dei sistemi impositivi ed in particolare sulla corretta individuazione ovvero ri-definizione delle fonti del gettito erariale. Invero, il rinvio delle principali scadenze tributarie e contributive e la contestuale erogazione di contributi a fondo perduto ed indennità a favore di cittadini ed imprese negativamente colpiti dall'emergenza sanitaria, oltre che la concessione di bonus fiscali di varia natura nella forma di detrazioni e crediti d'imposta, hanno determinato un significativo deterioramento dei bilanci pubblici e delle finanze degli Stati. L'incremento della spesa pubblica rispetto alla sostanziale riduzione delle entrate fiscali conseguente alle misure di rinvio, postergazione o cancellazione dei tributi e contributi dovuti, adottate durante l'emergenza epidemiologica[2], ha infatti accelerato, a livello internazionale, le discussioni circa l'opportunità di individuare nuovi cespiti imponibili (ad esempio, il patrimonio) e di introdurre imposte settoriali da far gravare sulle imprese e i settori industriali che hanno visto incrementare i propri ricavi durante l'emergenza sanitaria, al fine di reintegrare almeno in parte il gettito eroso dalla crisi e di raccogliere nuove risorse da destinare ai soggetti maggiormente colpiti dalla crisi in un'ottica solidaristica e di redistribuzione delle ricchezze. Anche in questo caso, si tratta di temi delicati su cui sono necessarie alcune riflessioni (cfr. *infra*, par. 3 e 4). Come segue.

2. *Quali misure da adottare per fronteggiare la temporanea crisi di liquidità dei contribuenti?*

Come anticipato, durante le prime fasi dell'emergenza sanitaria Covid-19 le principali politiche fiscali adottate dai Paesi dell'Unione Europea sono consistite nel disporre il rinvio dei termini in scadenza di adempimenti e versamenti tributari e contributivi periodici a carico di contribuenti persone fisiche ed imprese. Il minimo comune denominatore di tali misure fiscali si rinviene nella necessità di fronteggiare la temporanea crisi di liquidità dei contribuenti, come ad esempio dichiarato nella Relazione illustrativa al D.L. 17.03.2020, n. 18 (Decreto "Cura Italia", conv. L. 24.02.2020, n. 27), il cui Titolo IV è efficacemente rubricato "Misure a sostegno della liquidità delle famiglie e delle imprese":

> Nel fronteggiare una crisi epidemiologica senza precedenti, l'Esecutivo si è dato tre obiettivi prioritari: proteggere la salute dei cittadini, sostenere il sistema produttivo e salvaguardare la forza lavoro. È infatti unanime l'avviso che la risposta dei Governi debba essere indirizzata a frenare la crescita

[2] Senza contare, ovviamente, che il calo del Pil e l'andamento negativo del ciclo economico sta determinando e determinerà fatalmente, nei prossimi mesi, un calo delle entrate tributarie a causa della generalizzata contrazione dei redditi e del valore aggiunto prodotto.

esponenziale del contagio e a evitare che la caduta temporanea del prodotto abbia effetti permanenti, travolgendo le attività produttive e disperdendo il capitale umano.

In tale solco programmatico si inseriscono, a titolo esemplificativo, le azioni promosse dal Governo italiano volte a sospendere e prorogare i termini per i versamenti relativi alle ritenute alla fonte ex artt. 23 e 24 D.P.R. n. 600/73, all'imposta sul valore aggiunto ed ai contributi previdenziali in scadenza a partire dall'8 marzo 2020, senza l'applicazione di sanzioni ed interessi[3]. Originariamente il termine di pagamento – o versamento della prima rata, qualora il contribuente intenda rateizzare il debito – era stato individuato nel 30 giugno 2020, successivamente rinviato al 16 settembre 2020 a causa del protrarsi dell'emergenza sanitaria e della connessa necessità di continuare a mantenere chiuse determinate attività economiche[4].

Si tratta di misure di carattere non strutturale, il cui ambito oggettivo e soggettivo di applicazione è andato via via ampliandosi man mano che si aggravava la situazione emergenziale. Non a caso il c.d. "Decreto Cura Italia" ha disposto, a titolo esemplificativo, la sospensione dei termini dei citati adempimenti e dei versamenti fiscali e contributivi per quei soggetti esercenti attività di impresa, arte o professione fiscalmente residenti nel territorio dello Stato i cui ricavi o compensi conseguiti nel periodo d'imposta precedente erano inferiori ad euro 2 milioni, mentre il successivo "Decreto Liquidità" ha innalzato la predetta soglia quantitativa ad euro 50 milioni, tuttavia inserendo al contempo un ulteriore requisito relativo alla percentuale di decremento nel fatturato registrata dal contribuente nel mese di marzo 2020 rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.

L'individuazione dei soggetti beneficiari della misura in commento tramite un requisito di tipo quantitativo (livello dei componenti positivi) congiuntamente ad uno a carattere differenziale (riduzione dei componenti positivi di

[3] Mette conto rilevare come l'Italia sia uno dei pochi Stati a non aver disposto una significativa proroga dei termini dei versamenti scadenti nel periodo emergenziale relativi all'imposta sul reddito delle persone fisiche ed all'imposta sul reddito delle società. Tali pagamenti, infatti, dovranno essere effettuati nel termine del 20.07.2020 – ovvero entro il 20.08.2020, con l'applicazione di una leggera maggiorazione. Come sarà dato conto *infra*, invece, altri Paesi hanno scelto di posticipare i termini connessi a tali adempimenti per periodi mediamente superiori ai tre mesi dall'ordinaria scadenza, talvolta anche concedendo l'ulteriore beneficio finanziario di ridurre gli acconti da versare per il periodo d'imposta 2020 tenendo conto delle perdite già registrate ovvero in corso di maturazione. Sul punto, l'Italia risulta aver previsto il solo stralcio del versamento del saldo Irap dovuto per l'anno 2019 (cfr. art. 24, D.L. n. 34/2020).

[4] Cfr. artt. 61, 62 e 68, D.L. 17.03.2020, n. 18; artt. 18, 19, 20, D.L. 8.04.2020, n. 23; Titolo VI, D.L. 19.05.2020, n. 34.

reddito rispetto ad un arco temporale predeterminato) sconta tuttavia una serie di criticità, in quanto rischia di includere contribuenti che non hanno sofferto di crisi di liquidità e, parimenti, di escludere soggetti che invece sono stati colpiti dalla crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria, in tal modo mancando di raggiungere l'obiettivo prefissato. In tale prospettiva mette conto rilevare come altri Paesi, tra cui la Germania[5] e l'Olanda[6], abbiano scelto di posticipare i termini dei versamenti relativi all'imposta sulle persone fisiche e sulle società, nonché quelli relativi all'Iva in scadenza nel periodo emergenziale, senza limitare l'ambito soggettivo di applicazione del rinvio, bensì imponendo quale unico requisito per beneficiare del differimento la dimostrazione di aver subito, in concreto, una effettiva contrazione dell'attività economico-produttiva[7].

Tornando al panorama italiano, il c.d. "Decreto Rilancio", 19 maggio 2020, n. 34, ha altresì previsto ulteriori cause di sospensione degli adempimenti e dei versamenti fiscali, includendo i pagamenti dovuti a seguito di atti di accertamento con adesione, di conciliazione giudiziale e di rettifica, liquidazione e recupero di crediti d'imposta. A ben vedere, tuttavia, la doverosa estensione della sospensione ai versamenti delle somme dovute a seguito del perfezionamento dei predetti istituti deflattivi ha avuto un ristretto ambito di applicazione, tale da rendere, in molti casi, inefficace la normativa in questione. In primo luogo, infatti, si rileva che la sospensione in commento concerne le sole rate in scadenza tra il 9.03.2020 ed il 31.05.2020; inoltre, solo i contribuenti che hanno sottoscritto atti di adesione e/o conciliazione entro l'11.05.2020 – quindi, precedentemente alla pubblicazione del Decreto ed alla conoscenza dell'effettivo rinvio dei termini di pagamento – hanno potuto beneficiare della sospensione dei termini di versamento. Tale circostanza ha determinato l'esclusione dal beneficio della sospensione per un'ampia platea di contribuenti, ossia tutti quelli che hanno sottoscritto accordi di adesione e/o atti di conciliazione nel periodo emergenziale il cui termine per il pagamento scadeva, tuttavia, successivamente al 31.05.2020. Considerata la finalità deflattiva degli istituti in commento ed

[5] European Commission, *Policy measures taken against the spread and impact of the coronavirus*, 14.05.2020.

[6] *Ibid.*

[7] A titolo esemplificativo, per le imprese fiscalmente residenti in Olanda che desiderano verificare la possibilità di accedere alla proroga dei termini di versamento delle imposte è stato messo a disposizione un tool online, la cui valutazione positiva permette di presentare la richiesta di differimento all'amministrazione finanziaria. Successivamente alla presentazione della richiesta, l'amministrazione valuta le motivazioni addotte dall'impresa, che dovranno essere accompagnate da una relazione di un professionista che illustri i motivi alla base dell'impossibilità di far fronte ai pagamenti in scadenza ed in particolare la situazione temporanea di difficoltà economica ed il legame con l'emergenza sanitaria. Le disposizioni sono in linea con le raccomandazioni dell'IMF secondo cui "*possible measures … include… extending payment arrangements for taxpayers able to show they are experiencing cash flow problems*" (IMF, 2020).

i positivi riflessi sia per i contribuenti sia per l'Amministrazione Finanziaria, sarebbe stato maggiormente opportuno e coerente agganciare il termine per la sospensione dei versamenti al momento della sottoscrizione dell'accordo.

Come anticipato tali misure "contenitive" della crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria sono state adottate nell'unico intento di lasciare, in capo ai contribuenti, quella liquidità che altrimenti sarebbe stata assorbita dal pagamento di imposte e contributi, determinando, in quell'eventualità, il rischio di insolvenza ovvero una situazione di sovraindebitamento che avrebbe riguardato una moltitudine di attività economiche. Il rinvio dei termini di pagamento, congiuntamente alla possibilità di rateizzare i debiti fiscali e contributivi a scadenza della sospensione, rimane tuttavia un'azione probabilmente inefficace a lungo termine, posto che è possibile ritenere che l'impatto dell'emergenza sanitaria abbraccerà un arco temporale che si estenderà più a lungo del termine fissato per la riscossione delle imposte[8].

In tale ottica, appaiono quindi decisamente interessanti alcune misure adottate da certi Paesi europei ed extraeuropei, suscettibili di impattare in maniera diretta sull'ammontare degli acconti dovuti a titolo di imposta personale e societaria in scadenza nel periodo emergenziale e sulla determinazione della base imponibile ai fini del tributo sulle società.

Quanto al primo profilo, vale la pena di rilevare che i contribuenti danesi, olandesi e svedesi[9] hanno la possibilità di richiedere all'amministrazione finanziaria la revisione degli acconti dovuti per il periodo d'imposta 2020, sì da includere nella determinazione dell'ammontare da corrispondere i prospettati effetti negativi della pandemia Covid-19. In tal modo, l'acconto da versare – di norma basato sui dati reddituali del periodo d'imposta precedente – è automaticamente adeguato alla situazione economica del periodo d'imposta in corso, evitando un maggiore esborso attuale da parte dei contribuenti da richiedere in seguito in tutto o in parte a rimborso, con pregiudizievoli effetti finanziari[10].

Nella stessa ottica si inserisce il secondo profilo di intervento citato, ossia l'adozione di misure specifiche dirette a derogare alle ordinarie regole di determinazione della base imponibile dell'imposta sulla società.

In tal senso, Germania, Olanda, Stati Uniti e Cina hanno esteso l'ambito di applicazione della disciplina del riporto delle perdite d'esercizio, ad esem-

---

[8] European Commission, *European Economic Forecast*, Institutional Papers n. 132, 2020; IMF, *World economic outlook, the great lockdown*, IMF, 2020.

[9] L'ambito soggettivo di applicazione della misura svedese riguarda le sole piccole e medie imprese.

[10] Analogo risultato potrebbe essere ottenuto dai contribuenti italiani calcolando gli acconti da versare con il metodo "previsionale", anziché quello "storico", ma con il rischio, ove le previsioni si rivelassero a consuntivo sbagliate, di incorrere nelle sanzioni tributarie per ritardato versamento delle imposte dovute.

pio mediante la riportabilità "all'indietro" (*carry-back*) delle perdite del periodo d'imposta in corso nel 2020 così da ridurre il reddito imponibile del periodo d'imposta 2019[11], ovvero incrementando il limite massimo dell'importo riportabile in diminuzione del reddito del periodo d'imposta precedente[12], oppure ancora ampliando i limiti temporali di riporto delle perdite di periodo a valere sui redditi dei periodi d'imposta antecedenti quello in corso durante il periodo emergenziale[13]. Le misure fiscali in parola, nella maggior parte dei casi derogatorie rispetto al genere divieto di riporto delle perdite di periodo sugli imponibili pregressi, consentiranno ad una moltitudine di imprese di rideterminare le imposte dovute per i periodi d'imposta precedenti e, per l'effetto, gli acconti da versare nel corso del 2020.

Sempre nella stessa ottica, il governo statunitense[14] ha altresì previsto di incrementare temporaneamente l'ammontare degli interessi passivi deducibili dalla base imponibile dell'imposta sul reddito delle società – segnatamente, dal 30% al 50% del reddito imponibile – per i periodi d'imposta 2019 e 2020; l'Australia ha invece innalzato le percentuali di ammortamento fiscale da applicare a determinati cespiti per le piccole e medie imprese.

Le misure ora in commento devono essere valutate positivamente in quanto l'attenzione delle classi politiche dovrebbe considerare non solo le scadenze tributarie periodiche impellenti nel corso del periodo emergenziale, posticipandone i termini, bensì anche agire direttamente su quelle norme che regolano la determinazione dei redditi imponibili d'impresa e che, in una situazione di crisi economica quale quella in corso, indubbiamente danneggiano gli esercenti attività economiche, generando importanti distorsioni. Adottare nell'ordinamento italiano, a titolo esemplificativo, disposizioni analoghe all'azione statunitense *testè* citata consentirebbe di slegare la deducibilità degli interessi passivi dalla redditività ordinaria dell'impresa, con indubbi benefici finanziari per quelle imprese, altamente indebitate, che non possono dedurre dal reddito imponibili

[11] Così è stato stabilito da Germania, Olanda, Norvegia e Repubblica Ceca.

[12] Questo il caso della Germania, che a mezzo del Coronavirus Tax Assistance Act del 29.06.2020 ha incrementato il limite massimo dell'importo delle perdite compensabili con i redditi del periodo d'imposta precedente ad euro 5 milioni per gli anni 2020 e 2021.

[13] Gli Stati Uniti hanno deciso di introdurre la possibilità di riportare le perdite di periodo all'indietro. In particolare, è stato previsto che le perdite dei periodi d'imposta 2018, 2019 e 2020 siano riportabili all'indietro per un massimo di cinque periodi d'imposta senza alcun limite quantitativo, ossia anche a valere sull'intero reddito imponibile (cfr. Coronavirus Aid, Relief, And Economic Security, "CARES" Act). Vale appena il caso di ricordare che, con il riporto all'indietro delle perdite, ha sostanzialmente luogo una riliquidazione delle dichiarazioni dei periodi di imposta precedenti a quelli interessati dalle perdite, con conseguente rimborso delle imposte a suo tempo pagate.

[14] Coronavirus Aid, Relief, And Economic Security, "CARES" Act.

gli interessi passivi a causa del calo della redditività caratteristica conseguente all'emergenza sanitaria[15].

Le misure di carattere non strutturale espressamente dedicate ai contribuenti persone fisiche presentano invece dei tratti differenti rispetto alle politiche sinora commentate. Infatti, gli Stati sono intervenuti a sostegno di tali soggetti prevedendo non tanto interventi sul fronte delle modalità di determinazione e quantificazione dei redditi posseduti ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, bensì optando per l'erogazione di contributi a fondo perduto[16], indennità non imponibili[17] e bonus[18] ovvero prevedendo la fruibilità di detrazioni e crediti d'imposta qualora i contribuenti sostengano determinate spese qualificate per presidi sanitari, servizi di mobilità, attività di ristrutturazione edilizia, e via dicendo[19]. Lo stanziamento dei citati sussidi di spesa presuppone, tuttavia, che vi sia una certa disponibilità reddituale a monte da impiegare nelle attività normativamente individuate che consentono l'accesso alle *tax expenditures* – circostanza, questa, che in molteplici casi potrebbe non verificarsi, dando luogo al noto problema degli "incapienti". Inoltre, l'adozione di tali politiche fiscali non fa che aggravare la frammentazione e la perdita di coerenza dell'imposta personale, rendendo oltremodo difficoltoso l'obiettivo di riformare l'imposta sui redditi delle persone fisiche.

Infine, si evidenzia come dovrebbe in ogni caso essere attentamente valutata la possibilità di prevedere la compensazione tra debiti e crediti vantati dai contribuenti verso la pubblica amministrazione, anche qualora di natura diversa da quella tributaria. Il tema della compensabilità di tali poste risulta altamente sensibile nel panorama italiano, essendo la stessa soggetta a molteplici vincoli inerenti sia alla tipologia di debiti e crediti reciprocamente vantati sia al *quantum* compensabile. Non mancano, tuttavia, esperienze positive a cui attingere,

---

[15] Anche in Italia, è appena il caso di rammentare, opera da tempo una regola di indeducibilità degli interessi passivi analoga a quella recentemente introdotta negli Usa (indeducibilità degli interessi che eccedono il 30 per cento del reddito operativo lordo).

[16] Per l'Italia, cfr. art. 25, D.L. n. 34/2020.

[17] L'Australia ha previsto l'erogazione di un'indennità di circa 1.000 dollari al mese per sei mesi ("coronavirus supplement"); il Canada ha disposto l'erogazione di circa 2.000 dollari al mese a favore dei lavoratori che hanno perso il posto di lavoro a causa dell'emergenza sanitaria (Canada Emergency Response Benefit - CERB); i lavoratori autonomi danesi danneggiati dalla diffusione dell'epidemia possono chiedere un contributo ammontante al 75% delle perdite previste; la Grecia concede un'indennità di euro 800 per dipendenti e lavoratori autonomi.

[18] La Germania ha previsto l'erogazione di un "bonus famiglia" pari a 300 euro per ogni figlio. Simile la misura polacca, in base alla quale nel caso in cui asili e scuole siano chiuse, le famiglie possono accedere ad un bonus speciale ed aggiuntivo rispetto all'indennità reddituale pari all'80% del reddito minimo (cfr. art. 15, lett. g, Atto del 31.3.2020).

[19] Cfr. a titolo esemplificativo gli artt. 119, 120 e 176, D.L. n. 34/2020.

tra le quali quelle ungherese[20], australiana[21], greca[22] e cinese[23], avendo tali Paesi invitato le rispettive amministrazioni finanziarie ad accelerare le procedure di rimborso dei debiti vantati dai contribuenti, seguendo le direttive indicate dall'IMF (IMF, 2020).

3. *Crisi dei bilanci pubblici e ricerca di nuovi modelli impositivi a livello interno ed europeo*

Come visto, al fine di fronteggiare la crisi di liquidità di imprese e professionisti colpiti dagli effetti pregiudizievoli dell'emergenza sanitaria Covid-19, le politiche fiscali degli Stati sono state, almeno fino ad oggi, principalmente focalizzate nel disporre rinvii dei termini relativi ad adempimenti e versamenti tributari in scadenza nel periodo emergenziale, così determinando una significativa contrazione delle entrate erariali periodiche, talvolta ridotte anche in modo definitivo.

Allo stesso tempo, l'arresto della maggior parte delle attività economico-produttive ha reso necessari ulteriori interventi statali a sostegno di quei soggetti che si sono trovati inaspettatamente ed improvvisamente con redditi ridotti se non azzerati, attraverso l'erogazione di contributi a fondo perduto ed indennità, la concessione di bonus fiscali, ecc.

Gli interventi in parola hanno avuto ed avranno un peso notevole sul bilancio pubblico, che si trova a dover finanziarie programmi di sostenimento di imprese e cittadini colpiti dalle conseguenze dell'epidemia ed al contempo a vedere significativamente ridotte le entrate statali ordinarie; per far fronte a tali crescenti esigenze finanziarie, gli Stati dovranno verosimilmente ricorrere all'indebitamento, aggravando il rapporto debito/Pil, in molti casi (ad esempio in Italia) già decisamente elevato.

È quindi comprensibile come nel dibattito internazionale sia già in atto una discussione sulla ricerca di nuovi modelli impositivi, in una duplice ottica: da un lato, è venuta in rilievo la necessità di vagliare l'imponibilità di ulteriori elementi reddituali ovvero patrimoniali dei cittadini, al fine di reintegrare le

---

[20] In occasione della diffusione del virus Covid-19 e delle difficoltà finanziarie fronteggiate dalle imprese, l'Ungheria ha disposto l'accelerazione delle procedure di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto, riducendo le tempistiche a tal fine necessarie da 75 a 30 giorni dalla presentazione della richiesta di rimborso. Inoltre, i contribuenti qualificati quali *reliable* sulla base della normativa ungherese, potranno ricevere il rimborso entro 20 giorni.

[21] L'Australia ha stabilito che la maggior parte dei crediti fiscali dei contribuenti saranno rimborsati automaticamente entro 6 giorni.

[22] La Grecia ha previsto il rimborso automatizzato dei crediti vantati dai contribuenti fino ad euro 30.000.

[23] La Cina ha previsto di accelerare i rimborsi per le imprese che operano nel settore export, semplificando le modalità di richiesta del rimborso ed i documenti da presentare.

casse statali delle mancate entrate conseguenti alle misure fiscali adottate durante la pandemia e del verosimile trend discendente del gettito fiscale atteso nel prossimo futuro a causa del rallentamento ovvero della chiusura di molte attività produttive; dall'altro lato, si contano diversi contributi dottrinali possibilisti nei confronti dell'idea di gestire le entrate tributarie in chiave solidaristica e redistributiva, destinando quote del gettito ricavato (o del maggior gettito relativo a specifici inasprimenti impositivi) a programmi di sostenimento dei cittadini colpiti dalla crisi economica conseguente all'epidemia Covid-19 (cfr. *infra*, par. 4).

Quanto al primo profilo citato, mette conto rilevare come da più parti siano state avanzate istanze favorevoli alla tassazione dei patrimoni, suggerendo l'istituzione ovvero l'inasprimento, ove già presenti nel sistema impositivo, di imposte patrimoniali finalizzate appunto a colpire il lo stock di ricchezza degli individui benestanti, ovvero ad inasprire il prelievo sui redditi di fonte patrimoniale (anche attraverso imposte sul patrimonio, in applicazione del noto principio dell'equivalenza, secondo cui un prelievo sul patrimonio equivale in realtà a un prelievo sui redditi derivanti presuntivamente da quel patrimonio). In proposito, alcuni economisti hanno persino suggerito di progettare una imposta patrimoniale ad aliquote progressive, così giustificando[24]:

> The most vulnerable have been hit disproportionately by the lockdown, as most high-income earners can still work from home and the wealthy can use their wealth to weather the shock better. Therefore, making the wealth tax progressive makes sense as well. Given that wealth is very concentrated — more than income and consumption — it is the most progressive fiscal tool.

La concreta probabilità che simili proposte vengano accolte non appare però particolarmente elevata, per una serie di ragioni, non da ultimo per la difficoltà di valutazione delle attività finanziarie e per il problema di liquidità che un prelievo sul patrimonio comporta. Il rischio, quindi, è che un prelievo "generale" sul patrimonio finisca in realtà per concentrarsi soltanto sulla sua componente immobiliare. Deve però a tal riguardo rilevarsi che il settore immobiliare sta soffrendo da anni di una grave crisi, ora inasprita dalle conseguenze negative dell'emergenza epidemiologica Covid-19 che ha ulteriormente depresso il mercato delle compravendite; istituire, in questo momento storico, un'imposta che colpisca il patrimonio del ceto asseritamente "abbiente" potrebbe in realtà verosimilmente finire per colpire tutti i proprietari di seconde case, e non avrebbe altro effetto che deprimere ancora di più un'economia in crisi, la cui ripartenza non può che sostenersi sull'investimento dei privati.

[24] Saez E., Zucman G., *The triumph of injustice: how the rich dodge taxes and how to make them pay*, W. W. Norton & Company, 2019; Landais C., Saez E., Zucman G., *A progressive European wealth tax to fund the European covid response*, VOX CEPR Policy Portal, 2020.

Ed infatti, non a caso, la Norvegia ha annunciato già a marzo 2020 di sospendere il pagamento della *wealth tax* dovuta per il periodo d'imposta in corso dai contribuenti che esercitano attività economico-produttive tramite un'impresa e che prevedono di registrare risultati economici negativi a seguito della pandemia, qualora il debito d'imposta superi le 30.000 NOK (i.e. poco meno di euro 3.000). Uno dei benefici della misura in parola consiste nell'evitare che le imprese distribuiscano dividendi ai propri soci al solo fine di permettere, a questi ultimi, di adempiere all'obbligo tributario, e nel trattenere entro le casse delle imprese liquidità impiegabile nell'attuazione dei processi produttivi, sostenendo il tessuto imprenditoriale e l'occupazione. Sulla stessa linea, anche il Lussemburgo ha disposto che imprese e lavoratori autonomi che riscontrino problemi di liquidità possano richiedere la sospensione del pagamento della *net wealth tax*.

Tra le altre proposte attualmente in discussione finalizzate all'incremento del gettito erariale, alcune sono orientate ad istituire (o inasprire) forme speciali di imposizione aggiuntiva sui redditi conseguiti da quei soggetti che hanno continuato ad operare durante il periodo emergenziale, rilevando incrementi reddituali anche a doppia cifra, quali Amazon, Zoom, Gilead (impresa del settore farmaceutico), ecc. In tal senso, a titolo esemplificativo, ha già agito l'Ungheria[25], prevendendo un aggravio di imposizione a carico delle imprese operative nei settori retail e finanziario, a valere rispettivamente sul fatturato netto inciso da aliquote progressive e sul reddito eccedente una certa soglia con l'applicazione di un'aliquota proporzionale; negli Stati Uniti, invece, si discute in merito all'introduzione di una specifica *excess profit tax* a gravare sugli extraprofitti, rispetto ai redditi medi degli ultimi anni, conseguiti dalle c.d. "Big Tech" durante l'emergenza coronavirus ovvero un generalizzato inasprimento dell'imposizione tramite l'impiego di aliquote progressive sui redditi societari[26].

La finalità sottesa a tali interventi risiede nel tentativo di colpire i c.d. *windfall gains*, ossia quei redditi il cui conseguimento non dipende da particolari abilità imprenditoriali o manageriali di conduzione dell'impresa, bensì esclusivamente da circostanze esterne e contingenti. Una sovraimposizione di tale genere ripropone, in capo ai soggetti passivi societari, le ben note questioni concernenti il carattere "guadagnato" ovvero "non guadagnato" dei redditi sviluppate con riferimento alle persone fisiche dalla teoria della discriminazione qualitativa dei redditi[27], suggerendo l'avocabilità, nelle mani pubbliche, di quella quota di redditi eccedenti l'ordinario, considerati espressione di una maggiore capacità contributiva da assoggettare a tassazione in quanto "immeritati" poiché conse-

[25] Decreto n. 108/2020 del 14.04.2020 ed efficace dal 1°.5.2020.

[26] Avi-Yonah R., *COVID-19 and US Tax Policy: What Needs to Change?*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 790-793.

[27] Seligman E.R.A., *The income tax*, New York, 1914, pp. 23 e ss; Maffezzoni F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Utet, 1970, pp. 99 e ss.

guiti in circostanze economiche e di mercato peculiari (rendite monopolistiche, favorevole andamento dei prezzi di materie prime, etc.).

L'imposizione aggiuntiva sui c.d. profitti di congiuntura non rappresenta, in realtà, una novità, in quanto in passato è già stata ampiamente adottata per colpire *stupendous income*[28], di cui si sosteneva il carattere "immeritato", conseguiti da talune imprese durante la prima e la seconda guerra mondiale; allo stesso modo, più di recente è tornato in auge il tentativo di differenziare l'imposizione sugli extraprofitti realizzati da imprese operative in settori particolari, quali quello minerario-estrattivo, petrolifero, bancario, assicurativo e digitale, tramite diverse strategie, quali l'incremento dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società a valere sull'intero reddito d'impresa, ovvero la sovrapposizione, all'imposta societaria, di specifici tributi sulle rendite di posizione ovvero di tributi correlati all'output produttivo. In tale ottica, la sovraimposizione, rispetto all'imposta sul reddito delle società, di un'ulteriore forma di prelievo, può essere interpretata quale strumento di controllo del mercato al fine di evitare concentrazioni reddituali ritenute indebite.

Oggigiorno, la situazione di crisi economica conseguente all'emergenza epidemiologica Covid-19 presenta molteplici tratti in comune con i periodi bellici del primo Novecento, potendosi contare diverse imprese che hanno effettivamente tratto ingenti guadagni proprio a causa del protrarsi del periodo emergenziale. È quindi comprensibile che gli Stati si interroghino sull'opportunità di differenziare l'onere tributario, aggravandolo, su tali redditi "di congiuntura" ed è possibile immaginare che una qualche forma di sovraimposizione sarà adottata nel prossimo futuro.

Nondimeno, se tale scelta dovesse essere implementata, molteplici saranno le sfide circa l'individuazione del perimetro soggettivo ed oggettivo di applicazione, oltre che della quantificazione della misura impositiva. L'aggravio impositivo, infatti, dovrà necessariamente essere selettivo nel definire i soggetti passivi e dovrà tener conto del fatto che alcuni soggetti potrebbero, allo stesso tempo, aver beneficiato ovvero subito perdite rilevanti a causa della crisi economica post Covid-19 (si pensi, a titolo esemplificativo, ad Uber, che ha registrato un notevole incremento di ricavi per i servizi di Uber Eats e contemporaneamente rilevanti perdite nel settore dei trasporti; ovvero a Zara, le cui vendite online sono aumentate notevolmente a scapito dei negozi, molti dei quali sono stati chiusi definitivamente). Inoltre, al fine di non incorrere in declaratorie di illegittimità costituzionale come già accaduto in passato[29], la misura in commento dovrebbe colpire non già l'intero profitto d'impresa, bensì solo quota parte del profitto "straordinario", con le già note difficoltà tecniche circa la

[28] Friday D., Holmes G., Anderson A. et al., *The excess profit tax*, in *The American Economic Review*, vol. 1, 1920, pp. 30 e ss.

[29] Corte Cost., pronuncia n. 10/2015 in tema di Robin Hood Tax.

definizione del perimetro oggettivo, suscettibile di variazioni in base al settore economico-produttivo, al mercato di riferimento, ecc., e la quantificazione del prelievo da applicare.

Occorre inoltre rilevare come, qualora si intendesse recuperare parte del gettito erariale attraverso uno dei modelli commentati, sarà imprescindibile un serio confronto a livello internazionale circa le politiche fiscali da adottare. È evidente che è più che mai necessario un coordinamento almeno a livello almeno europeo su queste tematiche, in modo da non incrementare ancor di più il divario esistente tra i diversi sistemi tributari. Allo stato attuale, l'Unione Europea sembra essere maggiormente focalizzata su tematiche leggermente diverse da quelle oggetto di dibattito, seppure ispirate da finalità analoghe; il riferimento è ai molteplici tentativi dell'Oecd e della Commissione Europea di fornire un quadro comune per la tassazione delle grandi imprese digitali e per l'adozione di tributi quali la c.d. carbon tax e l'imposta sulle transazioni finanziari, sinora sfociati in una serie di raccomandazioni ovvero atti di proclamazione di intenti. È possibile prevedere che la crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria Covid-19 accelererà tale processo, considerata anche la crescente necessità di riorganizzare le fonti delle risorse proprie dell'Unione Europea, per ora limitate ai dazi doganali, ad una quota dell'Iva nazionale ed ai contributi dei singoli Stati, al fine di poter gestire in maniera più efficace ed efficiente situazioni emergenziali quali quella in corso, che richiedono l'impiego di ingenti risorse per fronteggiare, almeno nell'immediato, i danni della pandemia[30].

4. *Politiche fiscali orientate al perseguimento di fini solidaristici e redistributivi*

Infine, come anticipato *supra*, la crisi economica in corso conseguente all'epidemia Covid-19 ha sollevato un ulteriore dibattito, concernente l'opportunità di attuare politiche fiscali marcatamente improntate al principio di solidarietà ed in un'ottica di redistribuzione delle ricchezze. Tali proposte possono essere intese secondo due diverse sfaccettature: da un lato, si rileva una certa propensione a voler destinare quota parte del gettito erariale a specifici programmi di sostenimento dei cittadini maggiormente colpiti dalla crisi economica, derogando – attraverso imposte con vincoli di destinazione del gettito ricavato - al principio di unità del bilancio statale; dall'altro lato, viene proposto di raccogliere tali risorse non solo attraverso l'adozione di nuovi modelli impositivi (cfr. *supra*), bensì facendo leva su forme di contribuzione volontaria dei cittadini più abbienti i quali, secondo le teorie sinora proposte, dovrebbero essere indotti a

[30] Per una recente indicazione in tal senso vedi Traversa E., Bizioli G., *Solidarity in the Time of COVID-19: Paving the Way for a Genuine EU Tax?*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 743-753.

privarsi di quota parte del proprio reddito spinti da un sentimento di solidarietà nei confronti dei ceti meno abbienti[31].

L'idea di fondo consisterebbe quindi nel concepire imposte a carattere solidaristico in termini di neutralità finanziaria complessiva, sì da raccogliere delle risorse da taluni settori particolarmente profittevoli ovvero presso soggetti benestanti, le quali verrebbero poi destinate a sussidiare i soggetti più gravemente colpiti dalla crisi. Secondo alcuni, tale redistribuzione potrebbe effettuarsi a partire dall'istituzione di un'addizionale dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a carico di ogni persona che dichiari per gli anni 2020 e 2021 un reddito pari o superiore alla media dei due anni precedenti, dimostrando quindi, così, di riuscire a mantenere o incrementare i livelli di reddito precedenti all'emergenza sanitaria[32]; secondo altri, la migliore strada percorribile sarebbe adottare un'imposta patrimoniale, contemporaneamente innalzando l'imposta sulle successioni e donazioni ovvero sui beni di lusso[33]; infine, come anticipato, altri autori sostengono la buona riuscita di una contribuzione solidaristica di carattere volontario.

Ad opinione di chi scrive, ognuna di queste proposte presenta delle criticità.

Invero, prevedere un'imposizione aggiuntiva parametrata al livello reddituale attuale rispetto a quello conseguito nei periodi precedenti conduce ad una distorta applicazione del principio di discriminazione qualitativa di redditi, il quale ipotizza una maggiore capacità contributiva dei redditi c.d. "non guadagnati" o "immeritati" ed è quindi collegato alla natura del reddito posseduto, non invece alle variazioni reddituali tra più periodi d'imposta. Come osservato in un altro contributo[34], un'imposizione di tale stampo potrebbe prestarsi a censure di illegittimità costituzionale sotto il profilo dell'uguaglianza tributaria, considerato che

> Un contribuente che nel 2019 ha conseguito un reddito di 50, e nel 2020 un reddito di 100, pagherebbe l'addizionale; un diverso contribuente con reddito nel 2019 pari a 200, e un reddito nel 2020 pari a 100, non pagherebbe invece l'addizionale e riceverebbe anzi un sussidio a fronte della contrazione subita anno su anno (pur avendo un reddito cumulato nei due anni doppio rispetto all'altro soggetto).

---

[31] Contrino A., Farri F., *Emergenza coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, v. 1, 2020, pp. 11-16.

[32] Boldrin M., *Addizionale straordinaria e credito d'imposta, redditi salvi fino al 2021*, in *Econopoly*, 9.04.2020; Mankiw G., *A proposal for social insurance during the pandemic*, in *gregmankiw.blogspot.com*, 23.3.2020.

[33] Bizioli G., Beretta G., *Italy's Tax and fiscal policy measures at the time of the COVID-19 crisis: "tax peanuts" without a new deal*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 761-768.

[34] Stevanato D., *Imposte solidaristiche, un percorso ad ostacoli*, in *Il Sole 24 Ore*, 23.04.2020.

Sarebbe perciò problematica la fattibilità giuridica ed economica di un'addizionale di tale sorta, che potrebbe risultare incompatibile con il principio costituzionale di uguaglianza tributaria e capacità contributiva; parimenti, come già rilevato, appaiono molto stretti gli estremi per l'adozione, in Italia, di un'imposta patrimoniale, anche considerata la sostanziale impossibilità di coordinare un simile tributo con l'imposizione personale a causa del carattere ormai residuale e frammentario dell'Irpef. Meglio forse sarebbe, allora, dedicarsi a una riforma complessiva ed organica dell'Irpef, recuperando a tassazione cespiti che ne sono stati esentati o che scontano miti aliquote sostitutive.

Quanto invece alla proposta di adottare delle "imposte volontarie", deve rilevarsi innanzitutto che chi sostiene l'efficacia di tale misura dimostra di fare affidamento sulla generosità del popolo italiano; tuttavia, siffatta idea difficilmente potrebbe riscuotere successo considerato che il sentimento prevalente è di avversione al prelievo fiscale (se non di vera e propria "oppressione"), dato che appare generalizzata tra i contribuenti la convinzione di contribuire in maniera già elevata agli oneri tributari (ovviamente, per chi le imposte le paga, essendo difficile immaginare contribuzioni volontarie da chi già oggi evade le imposte). Oltretutto, anche se il tema andrebbe approfondito, potrebbero rilevarsi dei profili di incompatibilità di un'imposta volontaria con la formula con l'art. 23 della Cost.. Per certi aspetti, una "imposta" volontaria cesserebbe di essere tale, fuoriuscendo dall'ambito della fiscalità (per quanto in un lontano passato i tributi avevano a volte natura "volontaria", ma si trovavano inseriti in contesti sociali molto diversi da quelli odierni).

In conclusione, è ben possibile che vengano esplorate nuove politiche tributarie per reintegrare il gettito eroso dalle misure fiscali adottate per salvaguardare, nell'immediato, la liquidità e l'operatività dei soggetti colpiti dall'emergenza sanitaria. In tale prospettiva, si rileva che l'istituzione di forme di sovraimposizione (imposte sugli extraprofitti o anche sui ricavi lordi) a carico dei redditi delle imprese che hanno realizzato ingenti profitti durante il *lockdown* e nei periodi immediatamente successivi costituisca la via forse più plausibile rispetto alle altre alternative attualmente oggetto del dibattito internazionale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Avi-Yonah R., *COVID-19 and US Tax Policy: What Needs to Change?*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 790-793.

Bizioli G., Beretta G., *Italy's Tax and fiscal policy measures at the time of the COVID-19 crisis: "tax peanuts" without a new deal*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 761-768.

Boldrin M., *Addizionale straordinaria e credito d'imposta, redditi salvi fino al 2021*, in *Econopoly*, 9.04.2020.

European Commission, *European Economic Forecast*, Institutional Papers n. 132, 2020.

European Commission, *Policy measures taken against the spread and impact of the coronavirus*, 14.05.2020.

CIAT/IOTA/OECD, *Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers,* OECD, Paris, 2020.

Contrino A., Farri F., *Emergenza coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, v. 1, 2020, pp. 11-16.

Fedele A., *Uscire dal vicolo cieco: quali gli strumenti fiscali?*, in *Rass. Trib.*, v. 2, 2020, pp. 303-313.

Friday D., Holmes G., Anderson A. et al., *The excess profit tax*, in *The American Economic Review*, vol. 1, 1920.

IMF, *Tax issues: an overview*, IMF Fiscal Affairs, 06.04.2020.

Ingrao G., *Crisi di liquidità da coronavirus e omesso versamento di tributi: quali conseguenze sanzionatorie amministrative e penali?*, in *Riv. Dir. Trib.*, v. 1, 2020, pp. 17-21.

Landais C., Saez E., Zucman G., *A progressive European wealth tax to fund the European covid response*, VOX CEPR Policy Portal, 2020.

Maffezzoni F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Utet, 1970.

Mankiw G., *A proposal for social insurance during the pandemic*, in *gregmankiw.blogspot.com*, 23.3.2020.

OECD, *Tax and fiscal policy in response to the coronavirus crisis*, 2020.

O'Reilly P., Perret S., Van Dender K., *Tax and fiscal policy in response to the coronavirus crisis: strengthening confidence and resilience*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 736-742.

Pepe F., *L'emergenza Covid-19 nell'Unione europea: verso una solidarietà tributaria "strategica"?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, v. 1, 2020, pp. 22-28.

Rogers-Glabush J., Morales T., *Emergency Tax Measures in Response to the COVID-19 Pandemic*, in *European Taxation*, v. 7, 2020, pp. 1-57.

Saez E., Zucman G., *The triumph of injustice: how the rich dodge taxes and how to make them pay*, W. W. Norton & Company, 2019.

Seligman E.R.A., *The income tax*, New York, 1914.

Stevanato D., *Imposte solidaristiche, un percorso ad ostacoli*, in *Il Sole 24 Ore*, 23.04.2020.

Stevanato D., *Forme del tributo nell'area industriale*, Giappichelli, 2020, in corso di pubblicazione.

Traversa E., Bizioli G., *Solidarity in the Time of COVID-19: Paving the Way for a Genuine EU Tax?*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 743-753.

Van Weeghel S., *COVID-19 and Beyond*, in *Intertax*, v. 48, 8/9, 2020, pp. 733-735.

OLTRE L'EMERGENZA: LAVORO, CONCILIAZIONE E AGILITÀ IN CONDIZIONI DI FRAGILITÀ

MARIA DOLORES FERRARA*

1. *L'epidemia e il diritto del lavoro*

Una riflessione sistematica sul diritto pandemico e le norme giuslavoristiche può apparire un'impresa ardua, considerato che al momento in cui si scrive continuano a sussistere incertezze sul contenuto dei provvedimenti in fase di approvazione e a susseguirsi l'istituzione di (tanti) tavoli tecnici per progettare il futuro quadro regolativo.

Sul piano normativo, poi, alla tempesta epidemica è seguita una vera e propria tempesta normativa, complessa e disorganica che si fa fatica a razionalizzare nella sua interezza. L'eccezionalità deriva anche dai riflessi potenzialmente durevoli sugli archetipi normativi tanto da far temere i rischi di uno stato d'eccezione[1] in cui la soluzione del problema coincide con un nuovo posizionamento assiologico dell'ordine normativo. Oppure, preferibilmente, la pandemia può funzionare da vettore di mutamento[2], in grado di offrire soluzioni credibili per affrontare la nuova questione sociale post emergenza[3].

In questo contributo la riflessione si concentrerà sulla diversa possibile cartografia dei diritti dei lavoratori e dei poteri datoriali in relazione alle esigenze di cura e alla tutela delle situazioni di fragilità come effetto delle norme emergenziali.

* Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste.

[1] Cfr. G. Agamben, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

[2] Cfr. A. Lassandari, *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 160.

[3] Cfr. O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, *Introduzione. Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 13.

2. *I diritti dei lavoratori e delle lavoratrici: opportunità e reversibilità dei modelli a sostegno delle esigenze di cura e delle condizioni di vulnerabilità*

In tempi di emergenza sanitaria parlare di diritti sembra una sfida difficile, rischiando piuttosto di trasformarsi in un elenco di necessarie restrizioni per la salvaguardia di finalità superiori. La panoplia di strumenti di diritto del lavoro ha provato a rafforzare, per taluni limitati profili, i lavoratori e le lavoratrici nel rapporto di lavoro e a sostenerne il reddito in caso di riduzione/cessazione dell'attività lavorativa[4].

In relazione allo specifico oggetto di questo contributo, dunque, la scoperta del virus ha imposto la necessità di un supporto maggiore a seguito dei provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche adottati dal Governo nelle prime fasi della pandemia.

I rimedi sono di varia natura: il congedo straordinario Covid-19 (art. 23, per i lavoratori del settore privato, e art. 25, per i lavoratori pubblici, D.L. n. 18/2020); il diritto di astensione dal lavoro, per il settore privato, in caso di figli minori di sedici anni ma senza indennità (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020); il *bonus* per servizi di *babysitter* e centri estivi/servizi educativi (art. 23, co. 8, D.L. 18/2020; art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020 per il personale sanitario); i permessi retribuiti *ex lege* 5 febbraio 1992, n. 104 (max 24 gg) per genitori con figli con disabilità grave (art. 24, D.L. n. 18/2020); il diritto al lavoro agile in caso di figli minori di quattordici anni anche in assenza di accordi individuali (art. 90, D.L. 19 maggio 2020, n. 34).

Va detto che sono, ad oggi, intervenuti numerosi messaggi e circolari dell'Inps e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contenenti non solo indicazioni operative ma anche chiarimenti importanti su diversi profili tra cui i soggetti titolati, i requisiti, le incompatibilità.

Sul piano del funzionamento, infatti, il congedo straordinario Covid-19 è stato esteso sia in relazione alla durata (da 15 a 30 gg) sia in relazione all'arco temporale di fruibilità (dal 5 marzo 2020 al 31 agosto 2020) (art. 23, co. 1, D.L. n. 18/2020, prima modificato dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020, n. 27 in sede di conversione, e poi sostituito dall'art. 72, co. 1, lett. a), D.L. n. 34/2020, convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77).

Sin dai primi commenti è stato detto che il congedo è transitorio in quanto collegato alla sospensione dei servizi educativi/scolastici pubblici e privati[5] e

[4] Al momento in cui si scrive, le disposizioni inerenti al lavoro si rinvengono prevalentemente nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Cura Italia*, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27; nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. *Liquidità*, conv. in L. 5 giugno 2020, n. 40; nel D.L. 19 maggio 2020 n. 34, c.d. *Rilancio*, conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77; nel D.L. 16 giugno 2020, n. 52 e nel recente D.L. 30 luglio 2020, n. 83 che ha prorogato alcune norme collegate allo stato di emergenza.

[5] Cfr. M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giusiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

che si ispira al modello del congedo parentale ma che da esso differisce per alcuni aspetti[6]. Da un lato, è identica l'età massima dei figli (12 anni)[7], la possibilità di utilizzazione continuata o frazionata e la sua fruibilità in forma giornaliera od oraria[8]. Dall'altro, il congedo Covid differisce perché l'uso è alternativo da parte di entrambi genitori lavoratori conviventi e non cumulativo, sempre che nel nucleo familiare non vi sia altra persona beneficiaria di ammortizzatori a sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore. È diverso, inoltre, perché viene erogata un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione, anche se per il relativo calcolo si rinvia alle modalità sancite per i congedi parentali dall'art. 23, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

L'alternatività, inoltre, si desume da altri fattori, come l'automatica conversione dei congedi parentali regolati dal d.lgs. n. 151/2001 (art. 32 e 33) in congedo straordinario Covid se fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione previsto per la misura emergenziale (art. 23, co. 2, D.L. n. 18/2020).

Tuttavia, non può trascurarsi che, anche nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, lo strumento straordinario varato per fronteggiare la chiusura dei servizi scolastici/educativi è stato prolungato fino al 31 agosto 2020, ossia per un periodo che va oltre la normale chiusura dell'anno scolastico in tempi non pandemici.

Questo dato indirizza la riflessione su altri piani. Il congedo Covid, infatti, pare, soprattutto dopo le proroghe, assomigliare ad un sottotipo del congedo parentale[9], affievolendosi la finalità di supplire alla chiusura delle scuole e confermandosi come misura di conciliazione vita/lavoro in un periodo in cui normalmente, anche in tempi non di crisi sanitaria, i genitori sono alle prese con la gestione della prole per effetto della pausa estiva. Si caratterizza, in particolare, per la spiccata natura assistenziale, data la sua temporaneità e il suo finanziamento, al pari dei *bonus* per *babysitter*/centri estivi. Quanto detto è confermato anche da altre considerazioni. Posto che il congedo Covid è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione del congedo parentale per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e che nei giorni in cui non si usufruisce del permesso straordinario è possibile fruire

[6] Cfr. L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 160.

[7] Tale limite di età non si applica in riferimento ai figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, L. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni assistenziali (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020).

[8] La frazionabilità oraria è stata espressamente sancita dalla legge di conversione, n. 77/2020, del decreto *Rilancio*.

[9] In senso contrario, rimarcano la differenza rispetto al congedo parentale L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, cit., 160 ss.; A. Donini, *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 395.

dei giorni di congedo parentale[10], come anche chiarito dall'Inps[11], le domande di congedo parentale o di prolungamento del medesimo, presentate a partire dal 29 marzo 2020 per periodi ricadenti nell'arco temporale ricompreso dal 5 marzo 2020 al 31 luglio 2020 (termine oggi spostato al 31 agosto 2020), non sono oggetto di conversione/trasformazione d'ufficio in domanda di congedo Covid-19, sia in quanto da quella data è possibile esercitare l'opzione di fruire dell'uno o dell'altra tipologia di congedo sia alla luce dell'estensione del periodo di fruizione del congedo Covid e del possibile accesso al *bonus* alternativo per i servizi di *babysitter*/centri estivi.

La stessa alternatività tra i vari strumenti è stata oggetto di interpretazioni più elastiche in considerazione dell'allungamento del periodo di fruizione del congedo straordinario sì da rendere l'uso delle misure in continuità[12], ammettendosi, ad esempio, che in presenza di una o più domande di *bonus* per un importo pari o inferiore a 600 euro (o 1000 nel caso del *bonus* per il personale del settore sanitario, art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020) è possibile fruire di un massimo di 15 giorni di congedo Covid[13]. Dalla lettura dei chiarimenti dell'Inps in tema di compatibilità del congedo straordinario con gli ammortizzatori a sostegno del reddito, la malattia, il lavoro agile, le ferie, l'aspettativa non retribuita, il *part-time* e il lavoro intermittente[14], si desume che il congedo straordinario pare una misura a sostegno del nucleo familiare nel tentativo di offrire soluzioni per conciliare il lavoro di cura con l'attività lavorativa in un momento in cui lo spazio e il tempo del lavoro sono stati fortemente destrutturati a causa dell'emergenza.

Lo sforzo di allargare il fine (e la natura) di questo rimedio sembra un utile esercizio interpretativo non solo per colmare i vuoti normativi presenti nella disciplina del congedo Covid ma anche per provare a inquadrarlo nell'ambito del modello di regolazione ordinaria al fine di mettere in risalto talune fragilità di questo ultimo.

---

[10] Messaggio Inps del 15 aprile 2020, n. 1621.

[11] Circolare 8 luglio 2020, n. 81.

[12] Come è noto, l'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020, consente, in alternativa al congedo Covid, la possibilità di scegliere la corresponsione di uno o più *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* nel limite massimo complessivo di 1200 euro, da utilizzare per prestazioni effettuate nel periodo di cui al comma 1, ossia 5 marzo-31 agosto 2020. Per le modalità operative si veda il messaggio Inps 5 giugno 2020 n. 2350 e la circolare Inps 17 giugno 2020, n. 73. Per i lavoratori del settore sanitario pubblico e privato accreditato (nonché per il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) il *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* per l'assistenza e la sorveglianza dei figli minori fino a 12 anni di età è riconosciuto nel limite massimo complessivo di 2000 euro (art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020).

[13] Circolare Inps 8 luglio 2020, n. 81.

[14] Messaggio Inps 15 aprile 2020, 1621 e circolare INPS 17 giugno 2020, n. 73.

Se configurato in tal modo, l'applicazione analogica della disciplina ordinaria risulta un'operazione più agevole e consente, quindi, di rinviare ad essa nel caso di lacune, come, ad esempio, in relazione alla questione della fruizione da parte dei genitori adottivi (non espressamente menzionati assieme ai genitori affidatari nell'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020)[15] e, soprattutto, con riferimento al regime del licenziamento causato dalla domanda o dall'utilizzo del congedo Covid. Non potendosi applicare l'art. 46 del D.L. n. 18/2020, in quanto il blocco si riferisce ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo[16], si ritiene applicabile, in via analogica, la disciplina generale di cui all'art. 54, co. 6, D.Lgs. n. 151/2001, e il conseguente regime di nullità. In relazione all'astensione senza retribuzione in favore dei figli minori di sedici anni, la previsione del divieto di licenziamento, sancita espressamente dalla norma emergenziale, è stata invece giudicata pleonastica[17], poiché l'esercizio di un diritto del lavoratore non può essere causa del licenziamento: in questo caso, il licenziamento sarebbe per giustificato motivo oggettivo a causa della prolungata assenza dal lavoro. Tuttavia, se si riferisce detto divieto alla richiesta di fruizione da parte del genitore del periodo di astensione e non alla mera assenza prolungata dal lavoro, la tutela di cui all'art. 24, co. 6, D.L. n. 18/2020, pare più assimilabile, per analogia, alla disciplina dei divieti contenuti nel decreto n. 151/2001 (art. 54), condividendone la medesima finalità e natura, con conseguente possibile qualificazione del licenziamento intimato in violazione del divieto stabilito dalla disposizione emergenziale come nullo in quanto discriminatorio e non per motivo oggettivo[18]. Questa interpretazione permette di superare, nel caso in esame, i problemi interpretativi sorti in merito al regime di tutela applicabile, nell'ambito di un contratto a tutele crescenti, per quanto concerne gli esiti della violazione del divieto di licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 46, D.L. n. 18/2020. Nel caso di inosservanza del blocco dei licenziamenti, infatti, la nullità dell'atto non è espressamente contemplata dalla legge e, quindi, non potrebbe comportare l'applicazione della disciplina dei licenziamenti nulli *ex* art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, ma si configurerebbe come una nullità di diritto comune con effetto,

[15] Il riconoscimento è avvenuto con la circolare Inps del 25 marzo 2020, n. 45 che estende la misura ai genitori adottivi e ai genitori che hanno in collocamento temporaneo i minori.

[16] M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, cit., p. 10.

[17] P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 588.

[18] Si tratta pur sempre di licenziamenti soggettivi; cfr. U. Gargiulo, V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 218.

ad esempio, di non poter accedere all'indennità minima di cinque mensilità e all'indennità sostitutiva di quindici mensilità di retribuzione[19].

La conferma di quanto detto con riferimento all'inquadramento del congedo Covid nello schema ordinario si ricava dalla parte della disposizione che innova rispetto al congedo parentale, ossia dal riconoscimento del diritto all'astensione dal lavoro in favore dei genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di sedici anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia altro genitore non lavoratore, misura che vale per l'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità e riconoscimento di contribuzione figurativa (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020). In tale ipotesi, infatti, si stabilisce esplicitamente il divieto di licenziamento e il diritto alla conservazione del posto di lavoro a volere rimarcare che si tratta di una misura altra rispetto al congedo parentale.

Il congedo Covid, inoltre, ha evidenziato, come se ce ne fosse bisogno, l'insufficienza del valore dell'indennizzo del congedo parentale, imponendo la deviazione dal modello ordinario di indennità al 30% e fissando il superiore importo pari al 50% della retribuzione.

Secondariamente, ha mostrato la debolezza del regime generale anche in relazione alla regolamentazione della misura in favore dei lavoratori non subordinati. La misura emergenziale, infatti, comporta l'erogazione di un'indennità più elevata, ossia pari al 50% di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità (per i lavoratori iscritti alla gestione separata Inps di cui alla L. 8 agosto 1995, n. 335) oppure pari al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita dalla legge (per gli autonomi iscritti all'Inps); tale emolumento, inoltre, viene erogato per i figli fino a dodici anni. Il congedo parentale, invece, a beneficio dei genitori iscritti alla gestione separata è pari a sei mesi per figli fino a tre anni (art. 8, co. 4, L. 22 maggio 2017, n. 81), mentre in favore delle lavoratrici autonome iscritte all'Inps è pari a tre mesi per minori fino ad un anno di età (art. 69, D.Lgs. n. 151/2001). Tra l'altro, nel caso dei lavoratori autonomi iscritti all'Inps, la medesima tutela emergenziale si applica anche al padre lavoratore e non solo alla madre lavoratrice autonoma.

La crisi sanitaria, invece, ha accentuato la dicotomia tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché il congedo straordinario nel lavoro pubblico (art. 25, D.L. n. 18/2020) è stato considerato come rimedio residuale rispetto all'attivazione del lavoro agile per far fronte alla sospensione dei servizi scolastici ed educativi; allo stesso tempo, la platea dei destinatari dei vari *bonus* è stata ristretta al per-

[19] P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 585.

sonale sanitario e del comparto sicurezza, difesa, soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica.

In definitiva, il modello emergenziale ha prodotto un sistema, seppure criticabile per molti profili, tra cui l'esiguità dei giorni effettivi di congedo se parametrati al periodo dell'emergenza, pare, per altri aspetti, un possibile schema che dovrebbe/potrebbe essere integrato nella regolamentazione generale a partire dalle finalità (ossia il bisogno di tutela rafforzata per le esigenze di cura in situazioni di emergenza anche individuali), dall'uniformità di tutela a prescindere dalla tipologia contrattuale, dal maggiore sostegno economico. Tuttavia, finché dura lo stato di emergenza, prorogato al momento in cui si scrive al 15 ottobre 2020 con Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, sarebbe del tutto auspicabile che questi dispostivi emergenziali di conciliazione siano mantenuti. Seppure non ci sarà la sospensione totale dei servizi educativi e scolastici, la riapertura degli stessi a settembre presenta numerose incognite (orari modulati, doppi turni), oltre che possibili e imprevedibili maggiori impegni nel lavoro di cura, poiché basterà un raffreddore per legittimare l'istituto scolastico a richiedere l'allontanamento dell'alunno/a. Dall'allegato al D.L. 30 luglio 2020, n. 83, con cui è stata prolungata l'efficacia di alcune disposizioni, non risultano prorogate queste misure di conciliazione, ad eccezione del diritto al lavoro agile per i lavoratori del settore privato con figli minori di quattordici anni (art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020), diritto prorogato al 14 settembre 2020, ossia all'atteso inizio dell'anno scolastico (art. 1, co. 3, D.L. 30 luglio 2020, n. 83).

2.1. *Tutela e cura dei soggetti fragili*

Se, da un lato, il virus ha funzionato come *marker* rivelatore di fragilità, dall'altro, esso ha svolto anche il ruolo di attivatore di rimedi (seppure temporanei) per attutirne l'impatto sui lavoratori più vulnerabili, tra cui le persone con disabilità e i malati cronici. Dalla mappatura delle norme adottate per fronteggiare la crisi sanitaria emergono due tipologie di intervento a sostegno dei lavoratori fragili: gli strumenti a garanzia delle esigenze di cura e le misure adottate nel rapporto di lavoro.

Per quanto concerne il primo profilo, sono state assicurate azioni *ad hoc* a garanzia delle esigenze di cura in favore dei soggetti che prestano assistenza a persone particolarmente fragili perché affette da grave disabilità o da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa o immunodepresse. Oltre al sostegno della genitorialità, la legislazione emergenziale ha provato ad adattare gli strumenti ordinari alle necessità dei *caregiver*, innovando per taluni aspetti: il congedo Covid, di cui si è detto sopra, a prescindere dai limiti di età in caso di figli con disabilità grave accertata (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020); l'estensione dei permessi retribuiti coperti da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, co. 3, L. n. 104/1992, pari a dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile

2020 e di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di maggio e giugno 2020 (art. 24, D.L. n. 18/2020); lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile per i familiari conviventi di soggetti che presentano disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020); l'esclusione della giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c. in caso di assenza dal posto di lavoro del genitore convivente con una persona con disabilità, previa comunicazione dell'impossibilità di accudire la persona a seguito della sospensione delle attività dei centri assistenziali fino alla data di sospensione di questi servizi (30 aprile) (art. 47, co. 2, D.L. n. 18/2020).

Anche per queste misure si pone il problema di stabilirne l'impatto rispetto al regime ordinario, considerata la non sempre lineare formulazione in relazione alle possibilità di cumulo dei benefici.

Nei numerosi provvedimenti emanati l'Inps[20] ha precisato il regime delle compatibilità tra i diversi rimedi in favore dei *caregiver*. Risulta possibile, per il genitore lavoratore dipendente, cumulare, nell'arco dello stesso mese, il congedo Covid con i permessi di cui all'art. 33, commi 3 e 6, L. n. 104/1992 (inclusi i relativi prolungamenti fissati dalle norme emergenziali), anche se fruiti per lo stesso figlio. Parimenti, è possibile utilizzare, nell'arco dello stesso mese, sia il congedo Covid sia i periodi di prolungamento del congedo parentale, fruiti anche dagli altri prestatori di assistenza, in presenza di una persona con disabilità grave accertata (art. 33 e art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001). La cumulabilità può aversi anche nelle stesse giornate in relazione alla possibilità che a fruirne siano entrambi i genitori (es. è possibile servirsi del congedo Covid nelle stesse giornate in cui l'altro genitore presente nel nucleo familiare stia godendo, anche per lo stesso figlio, delle misure ordinarie di cura)[21]. Già nella circolare del 23 marzo 2020, n. 45, l'Inps ha ampliato la portata applicativa, in particolare, del regime emergenziale dei permessi *ex lege* n. 104/1992, ritenendolo esteso anche agli altri meccanismi a sostegno delle esigenze di cura delle persone con disabilità grave che rinviano, appunto, ai permessi dell'art. 33, co. 3, della legge del 1992, come, ad esempio, i permessi di cui può fruire personalmente il lavoratore gravemente disabile in alternativa alle ore di permesso giornaliero previste dal comma 2 dell'art. 33, L. n. 104/1992 (art. 33, co. 6, L. 104/1992)[22].

Da questa ultima interpretazione data dall'Inps si ricava anche la fusione delle due prospettive di tutela sopra evidenziate, sicché la norma emergenziale, applicata estensivamente, non solo rafforza, seppure temporaneamente, le esi-

[20] Circolare Inps 25 marzo 2020, n. 45; messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621; circolare 8 luglio 2020, n. 81.

[21] Messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

[22] Cfr. A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

genze di assistenza al lavoratore vulnerabile ma serve come misura per tutelare direttamente la sua persona.

Per quanto concerne questo secondo profilo, infatti, il D.L. n. 18/2020, come modificato dal D.L. n. 34/2020, contempla diversi strumenti: lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile in caso di disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020; art. 90, D.L. n. 34/2020); l'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza da lavoro dei soggetti con disabilità grave e dei prestatori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020).

Non mancano, rispetto ad entrambi profili, rilievi critici di cui si darà conto in prosieguo, rinviando al successivo paragrafo le considerazioni in tema di lavoro agile.

Anche rispetto al sistema giuslavoristico emergenziale in favore dei soggetti vulnerabili si assiste ad un ulteriore distanziamento tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché i commi 2 e 2*bis* dell'art. 24, D.L. n. 18/2020, hanno sancito che i permessi aggiuntivi di cui all'art. 33, L. n.104/1992, possono essere concessi al personale sanitario a condizione che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa sia compatibile con le esigenze organizzative delle aziende sanitarie e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale e del comparto. Parimenti accade per il personale delle Forze di polizia, delle Forze amate, della Polizia penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del Polizia locale, i quali possono fruire dei permessi aggiuntivi solo compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente e con le esigenze di interesse pubblico da tutelare. Pur se può tradursi in un bilanciamento impossibile[23], invero, la discrezionalità di giudizio riservata all'ente pare essere, in questo caso, direttamente collegata alle funzioni espletate dal personale ivi addetto e ai conseguenti obblighi derivanti dal rapporto organico sotteso alla relazione lavorativa volti a tutelare interessi non di singoli ma della collettiva e non già connessa alla necessità di bilanciare diritti individuali costituzionalmente tutelati. A conclusioni diverse, invece, si può giungere se si considera la discrezionalità della medesima valutazione fatta dall'amministrazione in relazione ai permessi aggiuntivi fruiti personalmente dal lavoratore gravemente disabile (art. 33, co. 6, L. n. 104/1992), considerato che in questo caso le preminenti esigenze individuali di tutela della salute del lavoratore (le cui condizioni possono aggravarsi per effetto di un eventuale contagio) rispondono anche agli interessi della collettività di non compromettere l'organizzazione futura della

[23] A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, cit., p. 9.

funzione/servizio per effetto di un eventuale aggravamento della patologia a causa della possibile contrazione del virus.

La normativa emergenziale a sostegno dei soggetti fragili sembra, in definitiva, caratterizzarsi, ad avviso di chi scrive, per la sua dimensione conservativa della capacità lavorativa del soggetto e per la tendenza ad uniformare il trattamento riservato alla disabilità e alle patologie croniche che possono compromettere la capacità lavorativa. Ciò trova conferma nel riconosciuto diritto al lavoro agile in favore del lavoratore con disabilità grave e nella priorità di accesso a tale modalità per i lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (art. 39, D.L. n. 18/2020), ma anche nell'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza dei lavoratori con disabilità grave e dei prestatori per i quali è certificata una condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020)[24].

Questo rimedio, del resto, si configura come *extrema ratio*, esperibile quando non è stato possibile attivare la modalità agile per ragioni inerenti alle mansioni a cui è addetto il lavoratore gravemente disabile o in situazioni particolarmente a rischio (immunodepressione, patologie oncologiche, svolgimento di terapie salvavita) che comportano un aggravamento del rischio per le condizioni di salute del lavoratore. Più chiaramente di quanto detto nel comma 2 del citato articolo 26, la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2020, n. 2, ha precisato che si tratta di una generica possibilità di astenersi riconosciuta ai lavoratori pubblici e privati che presentano una disabilità grave, immunodepressione, patologie oncologiche o che siano costretti a sottoporsi a terapie salvavita. Va detto, tuttavia, che il sistema sopra delineato non è stato prorogato, ad eccezione del diritto al lavoro agile di cui si dirà tra breve, palesandosi questa scelta incoerente con la *ratio* di cui al D.L. n. 83/2020, emanato sul presupposto che il virus circola ancora ed è quindi indispensabile mantenere alcune regole e precauzioni.

3. *Il lavoro agile in situazioni di fragilità*

A conclusione di questa analisi su alcuni risvolti della legislazione emergenziale in tema di cura e tutela delle condizioni di fragilità, va fatta qualche riflessione sull'uso del lavoro agile durante e dopo la pandemia[25]. Si è sottolineato l'ampliamento degli scopi del lavoro agile per Covid-19, utilizzato non

[24] Cfr. G. Ludovico, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 69.

[25] Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 215 ss.

solo come strumento di tutela della salute e sicurezza ma anche a sostegno della continuità dell'attività lavorativa per far fronte alle rigide regole di distanziamento sociale e di restrizione della libertà di circolazione[26]. È stato altresì evidenziata l'eccezionalità della sua regolazione e diversità rispetto al lavoro agile di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81[27].

Tuttavia, considerata la prospettiva di questo studio che intende esaminare l'impatto delle norme emergenziali sui modelli regolativi ordinari e la rispettiva reversibilità superata la fase della crisi sanitaria, la considerazione del lavoro agile per Covid come esperimento eccezionale e derogatorio può riservare qualche rischio.

A partire dal D.P.C.M. del 23 febbraio 2020, art. 3[28], e fino ai D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (art. 1, lett. gg) e art. 2) e del 17 maggio 2020 (art. 1, lett. ll), il lavoro agile è stato considerato una modalità preferenziale/consigliata, fermo restando, ad avviso di chi scrive, il quadro regolativo ordinario. I D.P.C.M., infatti, pur nelle vesti tanto dibattuti di provvedimenti emergenziali, restano atti normativi secondari[29] che non possono derogare alla legge n. 81/2017. Del resto, nei diversi D.P.C.M. si fanno salvi, richiamandoli, taluni obblighi della legge n. 81/2017, tra cui gli obblighi informativi che possono essere resi anche in via telematica. La presunta unilateralità[30] riguarderebbe la scelta del *se* attivare il lavoro agile, mentre permarrebbe l'accordo per gli altri elementi (orario di lavoro, modalità, disconnessione, esercizio del potere direttivo e di controllo, ai sensi dell'art. 19, l. n. 81/2017), considerato che lo scopo della regolazione di emergenza è quello di velocizzare l'*iter* di accesso al lavoro agile[31]. Solo con

[26] Cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 132 ss.; M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 560 ss.; I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2020, p 1.

[27] I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, cit..

[28] Ma anche D.P.C.M. del 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); del 8 marzo 2020, art. 2, lett.r); del 11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a); del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg) e art. 2, co. 2; del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg), e art. 2; del 17 maggio 2020, art. 1, lett. ll).

[29] Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109.

[30] La legislazione emergenziale avrebbe, secondo altri, reso il lavoro agile sostanzialmente frutto del potere unilaterale del datore di lavoro; S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziavile.com*, 3, 2020, 1 ss.; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

[31] Il lavoro agile "a ogni rapporto di lavoro" anche "in assenza di accordi individuali" è servito a rendere inefficaci le clausole dei contratti collettivi che, ad esempio, limitano o stabiliscono l'accesso a questa modalità in base alla qualifica, all'anzianità di servizio o alla tipologia contrattuale; così I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decreta-*

il decreto *Rilancio*, quindi nel maggio 2020, per il settore privato, l'art. 90, co. 4, ha trascritto nella fonte legislativa il principio più volte espresso nei D.P.C.M., ribadendo il rispetto delle disposizioni della legge n. 81/2017 e la possibilità di applicare questa modalità anche in assenza di accordi individuali, possibilità prorogata fino al 15 ottobre 2020 dal D.L. n. 83/2020 (art. 1, co. 3); nel precedente Decreto *Cura Italia* la modalità agile è stata individuata come diritto/priorità in relazione a particolari categorie fragili (art. 39, D.L. n. 18/2020) o come prassi preferenziale nel lavoro pubblico (art. 87, D.L. n. 18/2020).

Una tale ricostruzione serve appunto a ricondurre nel quadro della legge n. 81/2017 il massiccio uso al lavoro agile per Covid, soprattutto in prospettiva che ad esso le aziende continueranno a ricorrervi in modo preponderante ancora per diversi mesi, allo scopo di evitare che l'emergenza possa trasformarsi in una non auspicata deregolazione dell'istituto per effetto della possibile verticalizzazione del potere datoriale in merito ai diritti dei lavoratori coinvolti. Tale rischio è tutt'altro che remoto se si considera che, ad esempio, in una recente ordinanza si è negato il diritto ai lavoratori in *smart working* di usufruire dei buoni pasto valorizzando, tra l'altro, proprio la specialità/eccezionalità del lavoro agile per Covid rispetto al modello ordinario[32].

Discorso a parte merita, invece, la riflessione sul lavoro agile nel lavoro pubblico[33] e a sostegno dei lavoratori fragili.

Nel primo caso, infatti, dopo la Direttiva della Funzione della Pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 (punto 3), in cui si è formulato l'invito alle pubbliche amministrazioni di potenziare il ricorso al lavoro agile senza distinzione di categoria, inquadramento e di tipologia, il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 18, co. 5), ha trasformato tale modalità da sperimentale in ordinaria, eliminando dall'art. 14, co. 1, L. 7 agosto 2015, n. 124, le parole per "sperimentazione". A ben vedere, in questo modo si è sanata un'anomalia rispetto al lavoro privato più che enfatizzato l'eccezionalità del lavoro agile in periodo pandemico. A differenza del lavoro privato, nelle pubbliche amministrazioni questa modalità non è stata solo suggerita/consigliata ma è diventata modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle attività strettamente funzionali a gestire l'emergenza e di quelle da rendere

---

zione emergenziale, in *Gisutiziacivile.com*, 24 marzo 2020, p. 8. Sulla necessità dell'accordo in relazione al contenuto degli altri profili regolativi cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 141.

[32] Trib. Venezia, sez. lav., 8 luglio 2020, secondo cui poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working* ex art. 20 L. n. 81 del 2017.

[33] Cfr. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 421/2020.

indifferibilmente in presenza, ciò dapprima con D.P.C.M. 11 marzo 2020 (art. 1, punto 6), anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi, e poi nel D.L. *Cura Italia* (art. 87), stabilendo procedure semplificate per l'acquisto dei mezzi informatici (art. 87*bis*). Per le pubbliche amministrazioni manca un richiamo generale alle disposizioni della legge n. 81/2017 e in aggiunta vi sono più deroghe, sia all'accordo, sia all'obbligo informativo, sia all'uso di dispositivi informatici personali. Il fatto poi che la stessa norma consideri il lavoro agile come prima scelta da compiere[34], poiché solo in caso di impossibilità le amministrazioni ricorrono agli altri istituti menzionati (ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e, in ultima istanza, esenzione dal servizio, art. 87, co. 3), rafforza l'intuizione che nel pubblico impiego il lavoro agile si palesa come uno strumento organizzativo oltre che una modalità di lavoro[35] e, come tale, dotato di un'indubbia natura unilaterale liberamente disponibile da parte degli enti.

Questa conclusione ha un impatto sull'istituto di notevole importanza, visto che il perdurare di talune condizioni organizzative fisiologiche anche dopo l'emergenza può legittimare la scelta (anche unilaterale) di continuare in questa modalità con possibili criticità per quanto concerne l'applicazione delle disposizioni legali riferite allo svolgimento della prestazione, come, ad esempio, i sistemi di controllo ma anche la misurazione e la valutazione della prestazione e degli obiettivi di *performance*. A riprova di ciò, lo stesso legislatore dell'emergenza, nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, ha chiarito la modalità di ripresa delle attività in presenza degli uffici, imponendo alle pubbliche amministrazioni, fino al 31 dicembre 2020, di vagliare il ricorso al lavoro agile compatibilmente con le esigenze di flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata (anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza) al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti (art. 263, D.L. n. 34/2020). Dal 19 luglio, quindi, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'articolo 87, comma 1, lettera a), del D.L. n. 18/2020. La disposizione in esame consente, quindi, alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili ed urgenti, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al cinquanta per cento del personale impiegato nelle suddette attività[36].

Il dibattito sullo *smart working* è destinato ad essere alimentato anche dopo l'emergenza soprattutto in relazione all'auspicata normalizzazione di tale strumento. Ma è indubbio che, passata l'emergenza, possano restare le tracce di una

[34] Sul lavoro agile come prima scelta si veda Trib. Grossetto, sez. lav., 23 aprile 2020.

[35] C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 147 ss.

[36] Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri del 24 luglio 2020, n. 3.

regolamentazione del lavoro agile pubblico sensibilmente diversa da quella del settore privato.

L'essenza di misura organizzativa esclude anche, ad avviso di chi scrive, l'esistenza di un diritto del lavoratore pubblico al lavoro agile a meno che non ci si trovi nelle condizioni di fragilità che la regolazione dell'emergenza ha ritenuto di elevare a rango di vero e proprio diritto.

La pandemia, come già più volte detto, ha disvelato le fragilità sistemiche degli istituti e costretto a tamponarne gli effetti; tuttavia, nel caso dei soggetti più vulnerabili, molte delle misure, tra cui il lavoro agile, potrebbero diventare veri e propri modelli non reversibili.

L'emergenza, nell'ampliare le funzioni del lavoro agile, ha creato un'ipotesi di lavoro agile per lavoratori fragili in cui l'uso di questa modalità è un diritto.

Si usa qui il concetto di atecnico di fragilità per includere diverse condizioni, dalla disabilità, all'immunodepressione, alla malattia oncologica, all'età, alla comorbilità, alla necessità di svolgere terapie salvavita o, infine, alle esigenze di cura in condizioni di emergenza.

Prima con il decreto *Cura Italia* e poi con il decreto *Rilancio*, infatti, si è delineato un sistema di accesso prioritario a questa modalità in talune condizioni[37].

Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVlD-19, i lavoratori del settore pubblico e privato con disabilità grave (ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/1992) o i relativi prestatori di assistenza presenti nel proprio nucleo familiare hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, ferme restando le disposizioni della legge n. 81/2017 e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione (art. 39, co. 1, D.L. n. 18/2020). Degrada a priorità la possibilità per i lavoratori (del settore privato) di accedere al lavoro agile se affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, il che significa che il diritto sorge solo se il datore di lavoro attiva questa opzione. In sede di conversione del decreto è stato ulteriormente rafforzato questo profilo, estendendo il diritto/priorità (si richiama sia il comma 1 sia il comma 2 dell'art. 39) anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse (art. 39, co. 2*bis*, D.L. n. 18/2020).

Dal decreto *Cura* Italia al decreto *Rilancio* il riconoscimento del lavoro agile come diritto si estende alle finalità di assistenza ai figli (art. 90, co. 1, D.L. n. 34/2020) al fine di rispondere ai bisogni di cura in condizioni di emergenza che rendono appunto il soggetto fragile, misura, questa, rimasta, al momento in cui si scrive, l'unico strumento di conciliazione dopo il D.L. n. 83/2020. Come già anticipato, con questo ultimo provvedimento, l'Esecutivo ha sancito

[37] La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; cfr. le ordinanze ex art. 700 c.p.c. del Trib. Bologna, 23 aprile 2020, e del Trib. Grosseto, 23 aprile 2020; nel primo caso, la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie.

la proroga dell'art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020, ossia del diritto, fino al 14 settembre 2020, dei lavoratori del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge n. 81/2017 (a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia un genitore non lavoratore).

Ampliando la portata protettiva fissata dall'art. 39, D.L. n. 18/2020, il decreto *Rilancio*, sempre all'art. 90, co. 1, ha stabilito il diritto (e non solo la priorità) di accesso allo *smart working* in favore dei lavoratori e delle lavoratrici, del settore pubblico e privato, maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età, della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente. In tal caso, il diritto è subordinato alla valutazione del medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria eccezionale che i datori di lavoro pubblici e privati devono garantire ai sensi dell'art. 83, D.L. n. 34/2020 e sempre se tale modo di lavorare sia adattabile alle caratteristiche della prestazione lavorativa. In tal caso, il diritto al lavoro agile delle persone vulnerabili risponde strettamente ad una logica di prevenzione e tutela della loro salute, subordinato appunto a tale valutazione, con un margine ampio di discrezionalità dovuto non solo alle incertezze della previsione legislativa in merito alle nozioni di età e comorbilità, ma soprattutto in relazione ai riflessi procedurali e all'impatto sulla riservatezza collegati al sistema di sorveglianza speciale[38].

Si ritiene, tuttavia, che una volta constatato il rischio di aggravamento da parte del medico competente, anche in presenza di molteplici rimedi esperibili per fronteggiare tale rischio, la persona interessata ha il diritto di richiedere il lavoro agile a preferenza di altre soluzioni considerate idonee (sempre se sussiste la compatibilità con le caratteristiche della prestazione lavorativa). Diversamente opinando, si vanificherebbe l'effetto utile voluto dalla previsione normativa, ossia quello di considerare lo *smart working* un diritto.

La protezione di questi soggetti è stata ritenuta una finalità rilevante tanto da spingere il Governo a prorogare, fino al 15 ottobre 2020, sia l'art. 39, D.L. n. 18/2020, sia l'art. 90, D.L. n. 34/2020 (art. 1, co. 3, D.L. n. 83/2020).

Seppure i profili critici non mancano, l'esperienza di questi mesi può servire a riflettere sulla necessità di configurare il lavoro agile come diritto prioritario

[38] Cfr. C. Lazzari, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, p. 11 ss.

in condizioni di particolare fragilità[39], se non proprio come accomodamento ragionevole nel caso delle persone con disabilità[40], considerato che gli obiettivi di conciliazione sono risultati, talvolta, sotto *stress* per effetto delle regole collettive in tema di *smart working* varate prima della pandemia, regolazione che spesso ha mostrato un approccio formalmente *care-neutral* per rivelarsi, invece, in taluni casi *care-blind*.

Più in generale, la finalità conservativa della capacità lavorativa e non solo di tutela della salute dei lavoratori e delle lavoratrici vulnerabili spinge, in chiusura di questa analisi, a meditare sull'eredità che può sopravvivere alla fase di emergenza.

È importante chiedersi, infatti, se sia possibile conservare gli strumenti adoperati per fronteggiare la crisi sanitaria anche nella fase post emergenza in quanto misure strategiche per implementare l'inclusione dei lavoratori con disabilità, con patologie croniche o invalidanti, e sostenere le esigenze di cura dei *caregiver*. Molte di questi interventi, infatti, potrebbero/dovrebbero essere mantenuti per favorire la realizzazione di politiche in grado di promuovere la salute e sicurezza dei lavoratori e il benessere dei lavoratori (declinato anche in termine di promozione della conciliazione vita/lavoro grazie ai congedi di cura), configurandosi come obblighi di prevenzione e protezione della salute, sicurezza e del benessere organizzativo di cui all'art. 2087 c.c.

Da questa prospettiva occorre monitorare l'applicazione di questi rimedi per provare a superare gli svantaggi e i disagi causati dalla crisi sanitaria nei confronti delle donne[41] e delle persone più vulnerabili su cui sono gravati maggiormente i costi della chiusura e della forte limitazione dei servizi pubblici (da quelli scolastici a quelli socio/sanitari/assistenziali).

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Alessi C., M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 131-152.

Alvino I., *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2020, pp. 1-7.

Brollo M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 553-570.

Calafà L., *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 153-166.

[39] Cfr. le priorità sancite dall'art. 18, co. 3*bis*, L. 22 maggio 2020, n. 81.

[40] Cfr. le prime ordinanze dei Tribunali in tema di diritto al lavoro agile citate precedentemente.

[41] M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 567 ss.

Caruso B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, pp. 215-249.

Donini A., *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 393-407.

Lassandari A., *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 159-173.

Ludovico G., *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 69-82.

Senatori I., *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Gisutiziacivile.com*, 24 marzo 2020, pp. 1-9.

Vitaletti M., *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giusiziacivile.com*, 3, 2020, 1, pp. 1-11.

Zoppoli L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 421/2020, pp. 1-28.

BREVI NOTE IN TEMA DI TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19

ROBERTA NUNIN*

1. *Premessa*

Tra gli impatti più evidenti della pandemia da coronavirus vi è sicuramente la fortissima pressione esercitata sui sistemi aziendali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. L'obbligo di prevedere adeguati strumenti di prevenzione per un rischio biologico del tutto inedito ed inatteso in molti contesti lavorativi ha infatti imposto alla maggior parte dei datori di lavoro di rivedere, in tempi assai rapidi, l'assetto prevenzionistico, a partire dalle stesse modalità di organizzazione del lavoro, per adeguare quest'ultimo alla necessità di contrastare la diffusione del contagio. Come peraltro sin dall'inizio rilevato dalla dottrina, la gestione dell'emergenza da Covid-19, «proprio perché intimamente connessa alla tutela della salute delle persone, rischia di creare veri e propri corto circuiti con la disciplina di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, sottoposta, come mai prima d'ora, ad una tensione che rischia di incrinarne alcuni principi essenziali»[1].

Alla chiarezza del quadro normativo di riferimento, inoltre, non ha certo giovato – nella concitazione legata in particolare alla prima fase di diffusione del virus, con le misure adottate a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 – il proliferare di molteplici interventi regolativi, promananti da fonti di rilievo e grado diversi, la cui progressiva e rapida stratificazione ha sollevato e ancora suscita non poche perplessità e dubbi per l'interprete, chiamato a non pochi sforzi di coordinamento non solo con l'assetto prevenzionistico previgente, ma anche,

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste.

[1] Così P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, I, 2019, p. 98.

in prospettiva più ampia, con lo stesso tessuto delle disposizioni livello costituzionale; come è stato a ragione sottolineato, la confusione e l'incertezza su obblighi e divieti – in particolare nelle prime settimane dell'emergenza – «non è scaturita solo dal mosaico determinato dall'interferenza tra poteri normativi decentrati e centrale, ma anche dalla pessima tecnica adottata per scrivere i D.P.C.M., e cioè l'asse centrale del diritto emergenziale»[2], provvedimenti ricchi di una congerie di rinvii ad altre disposizioni ed indubbiamente, proprio per questo, non sempre di agevole lettura.

Peraltro, a fronte di un contesto nel quale sono venuti ad intrecciarsi complessi profili medici, tecnici e normativi, non priva di ragioni – a fronte di critiche che potrebbero sembrare eccessivamente ingenerose – appare la notazione di chi comunque, pur nelle indubbie difficoltà, ha voluto sottolineare «[la] *reattività* del sistema giuridico che ha fatto quanto poteva e doveva, specialmente se si considera che tutto è avvenuto sotto l'incalzare della pandemia quotidianamente scandita dai dati tragici ed impressionanti delle perdite di vite umane».[3]

Ciò detto, non si può tuttavia ignorare la circostanza che le disposizioni adottate, oltre a limitare per mesi in modo drastico non solo le attività economiche, ma anche le libertà personali (con l'emergere dunque, fin dall'inizio, di questioni assai delicate sul piano costituzionale, laddove nel conflitto fra tutela del diritto alla salute ed altri diritti fondamentali – quali quello di circolazione o di riunione – i secondi sono stati indubbiamente sacrificati[4]), sono andate ad intrecciarsi inevitabilmente con le previsioni in materia tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al Testo unico d. lgs. n. 81/2008, complicando ulteriormente un quadro già complesso.

Proprio la «promiscuità»[5] del 'nuovo' rischio da contagio da Covid-19, con la necessità di adottare misure – al contempo – di carattere generale, rivolte

---

[2] A. Bellavista, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L., Ediesse, Roma, 2020, pp. 44-45.

[3] Così A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29*-bis *della l. n. 40/2020)*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, I, 2020, p. 2.

[4] V. sul punto F. Pallante, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L., Ediesse, Roma, 2020, pp. 19 ss.; A. Bellavista, *Normativa emergenziale*, cit. Deve ricordarsi che diverse decisioni dei Tribunali amministrativi regionali si sono pronunciate sulla legittimità delle misure, sicuramente fortemente restrittive della libertà di circolazione, imposte da varie ordinanze regionali, in nome di una preminenza assoluta del diritto alla salute come (anche) interesse pubblico: v., ad esempio, tra le ultime, TAR Campania, sez. III, 17 aprile 2020, n. 783; TAR Sicilia, sez. I, 17 aprile 2020, n. 458.

[5] Così G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L., Ediesse, Roma, 2020, p. 49.

dunque a tutta la popolazione, e di carattere specifico, riservate ai lavoratori (ed ai differenti luoghi di lavoro), costituisce la caratteristica peculiare dell'attuale situazione ed ha segnato anche l'elemento distintivo nel processo di progressiva emersione e stratificazione delle regole di quello che è stato da alcuni chiamato, con un'efficace espressione, il «Covid-diritto»[6] che, pur andando ad incidere su questioni anche ulteriori rispetto all'adozione delle misure relative alla tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro (si pensi, per limitarci solo ad alcuni esempi, alle previsioni in tema di ammortizzatori sociali o al blocco temporaneo dei licenziamenti), è andato inevitabilmente a sovrapporsi e ad interferire in misura significativa con il consolidato assetto del sistema di prevenzione disegnato dal d. lgs. n. 81/2008.

Sebbene quindi siano molti i profili di interesse, a partire già dal piano della sistematica e del coordinamento delle fonti, per i limiti posti al presente contributo ci concentreremo qui solo su alcuni aspetti ben circostritti, evidenziando alcune questioni che ci sembrano di particolare interesse e cercando altresì di verificare se gli elementi di novità introdotti siano suscettibili di continuare a dispiegare i propri effetti anche quando la presente situazione di emergenza verrà, sperabilmente, a cessare.

2. *Il d. lgs. n. 81/2008 alla prova del Covid-19: la questione della valutazione dei rischi*

Come è noto, la normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro impone al datore di lavoro di valutare tutti i rischi e di adottare tutte le misure che risultino le più idonee allo svolgimento dell'attività lavorativa, minimizzando la possibilità che si verifichino pregiudizi per l'integrità psico-fisica dei lavoratori. Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. *q)*, del d. lgs. n. 81/2008 la valutazione dei rischi – la cui responsabilità incombe sul solo datore di lavoro, senza possibilità di delegare tale attività ad altri soggetti (v. art. 17, lett. *a)*, d. lgs. n. 81/2008) – consiste nella «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza».

Nel ragionare dunque sulle modalità di gestione dell'emergenza e sulle particolari 'tensioni' alle quali la presente situazione ha sottoposto l'assetto normativo consolidato in materia di prevenzione dei rischi lavorativi un primo problema è sorto proprio in relazione alla qualificazione del rischio da Covid-19, e cioè in relazione al dubbio se esso debba considerarsi un rischio "generico", esterno all'attività aziendale, ovvero "specifico", e dunque interno all'azienda: la qualificazione nell'uno o nell'altro senso ha infatti conseguenze di non poco

[6] G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 55.

rilievo, dal momento che essa incide sugli obblighi datoriali in materia di valutazione dei rischi, di cui si è detto sopra, con inevitabili riflessi anche sull'eventuale responsabilità del datore di lavoro a fronte di carenze od omissioni sul punto.

La questione è stata oggetto di un certo dibattito in dottrina, proprio per il suo rilievo in relazione agli obblighi datoriali di redazione del Documento di valutazione dei rischi (D.V.R.) ed alle relative possibili sanzioni in caso di violazioni. Sul tema sono emersi due diversi filoni interpretativi: quello di chi, alla luce di una asserita natura "generica" del rischio da Covid-19 (fatta salva, naturalmente, la peculiare situazione di rischio degli operatori sanitari), propende per la non necessità di un aggiornamento del D.V.R.[7], e la posizione di chi, invece, ritiene che un tale aggiornamento sia comunque doveroso[8]; anche i provvedimenti adottati a livello regionale testimoniano persistenti incertezze: mentre, ad esempio, nelle *Indicazioni operative* emanate dalla Regione Veneto il 26 marzo 2020 non si riteneva necessario tale aggiornamento del D.V.R., la Regione Emilia Romagna (con le due ordinanze n. 44/2020 e 47/2020) dava un'indicazione di segno opposto. Peraltro, il Protocollo delle parti sociali del 24 aprile 2020 sposa la tesi della natura "generica" del rischio da Covid-19 e non richiama interventi di aggiornamento del D.V.R., che invece sembrano suggeriti dalle indicazioni emergenti dal Documento tecnico emanato dall'Inail nell'aprile 2020 ("*Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*") e dalla Circolare del Ministero della Salute del 29 aprile, n. 14915 ("*Indicazioni operative relative alle attività del medico competente nel contesto delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Sars-CoV-2 negli ambienti di lavoro e nella collettività*"). Se la questione, dunque, appare al momento ancora aperta[9], ci sembra tuttavia di poter aderire alla posizione di chi – sulla base

[7] V. in questo senso P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit.; Id., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello* ius superveniens *del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, I, 2020, p. 129 ss.

[8] V. S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", IT –417/2020*, 2020; R. Guariniello, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Milano, WKI, 2020, ebook, pp. 10 ss.; R. Dubini, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in *Punto sicuro*, 2 marzo 2020.

[9] Sotto questo profilo ci sembra pienamente condivisibile l'auspico formulato da un'A. per una futura revisione da parte del legislatore del Titolo X del d. lgs. 81/2008, dedicato all'esposizione ad agenti biologici, proprio muovendo dagli insegnamenti ricavabili dall'emergenza: «proprio il concetto di rischio che, nella dimensione lavorativa, può accrescersi rispetto a quello, ubiquitario, gravante indistintamente sulla popolazione esterna potrebbe costituire il fulcro di un Titolo X più moderno e appagante, in quanto capace di tenere in debito conto il fatto che le interazioni con un eventuale agente biologico possono potenzialmente riguardare ogni tipo di attività. […] L'idea tradizionale che, a fronte di un agente biologico esogeno rispetto all'organizzazione produttiva, l'attività lavorativa costituisca

di una lettura sistematica delle disposizioni del d. lgs. n. 81/2008 in tema di valutazione dei rischi, ed in particolare alla luce del disposto del terzo comma dell'art. 28, relativo agli obblighi di aggiornamento del D.V.R. – osserva come la necessità di adottare le misure di cautela individuate dalle disposizioni governative e dall'autonomia collettiva (anche attraverso la sostanziale "legificazione" del contenuto dei Protocolli condivisi di cui si dirà tra breve) impone «scelte anche organizzative (selezione dei reparti da chiudere rispetto a quelli da mantenere attivi, modalità di ingresso ed uscita, distribuzione zone e posti di lavoro, zone comuni, ecc.) che certamente richiedono di essere valutate e, per così dire, "rendicontate" nel Dvr»[10]. Un aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, sia pure essenziale, sembra dunque opportuno, e ciò a maggior ragione – ed in una logica pragmatica – laddove si consideri anche che, con riferimento ad un'eventuale responsabilità amministrativa della persona giuridica ex d. lgs. n. 231/2001, potrebbe essere necessario per l'impresa essere in grado di provare di aver adeguato il proprio modello organizzativo alla prevenzione del "nuovo" rischio da Covid-19[11].

3. I Protocolli condivisi per la regolamentazione delle misure di contrasto alla pandemia

Nella fase concitata di adozione delle prime misure per la gestione dell'emergenza, un ruolo importante è stato giocato dalle parti sociali, che il 14 marzo 2020 hanno sottoscritto con il Governo il "*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*"[12], in attuazione anche della disposizione del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 (v. art. 1, c. 1, n. 9) che raccomandava il raggiungimento sul punto

---

null'altro che un'occasione non qualificata per la produzione dell'evento lesivo in questi casi dovrebbe essere, infatti, superata in via legislativa alla luce della considerazione che la condivisione di spazi in ambienti confinati, il contatto con il pubblico, laddove necessario, l'uso promiscuo di superfici che possono così contaminarsi, in quanto modalità esecutive della prestazione lavorativa, intensificano la probabilità del contagio, determinando un incremento del rischio, che, in tal modo, diventa un rischio anche dell'organizzazione»: così C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, I,2020, pp.136-149.

[10] Così G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 60.

[11] In senso analogo v. anche G. Natullo, *op. ult. cit.*, p. 62.

[12] Ricordiamo le parti firmatarie: Confindustria, Rete Imprese Italia, Confapi, Alleanza cooperative, Confservizi e Cgil, Cisl, Uil, unitamente al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Ministri direttamente coinvolti nell'emergenza per competenza. Sul Protocollo v. M. Lai, *Coronavirus e ambienti di lavoro: il protocollo condiviso tra governo e parti sociali*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 13, 2020, pp. 809-811; G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, cit.; P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, I, 2019, pp. 98 ss.

di intese tra parti sindacali e datoriali; tale Protocollo è stato poi aggiornato dalle parti il 24 aprile 2020, in vista del superamento della prima fase di emergenza e dell'avvio della c.d. "fase due", confermandone peraltro l'impianto, ma aggiungendo nuove previsioni, tra cui quella relativa alla sospensione dell'attività in carenza delle necessarie misure di sicurezza anti-contagio. Indubbiamente, il fatto che si tratti di un documento "condiviso" dalle parti sociali e non di un semplice codice di autoregolamentazione (verso il quale all'inizio sembravano maggiormente orientate le parti datoriali) deve salutarsi con favore ed è un indubbio segnale di responsabilità di fronte alla gravità dell'emergenza che il Paese si è trovato a dover fronteggiare; si tratta inoltre di un documento che ha fatto da modello anche per protocolli successivi (si pensi, ad esempio, a quello condiviso il 17 marzo 2020, nel settore bancario, tra Abi e le organizzazioni sindacali di categoria), che ne hanno sostanzialmente ricalcato i contenuti[13].

Il testo del Protocollo si articola affrontando quattro profili specifici: il tema della chiusura o della temporanea sospensione dell'attività aziendale; il ricorso a forme di lavoro a distanza (il c.d. lavoro "agile" o "*smart working*", sia pure inteso, nel contesto emergenziale, con caratteristiche del tutto eccezionali rispetto all'istituto introdotto nel nostro ordinamento nel 2017); la necessità di ammortizzatori sociali idonei ad affrontare le inevitabili ricadute occupazionali dell'emergenza; e, infine, l'adozione delle misure di sicurezza adeguate per poter proseguire le attività, sulle quali in particolare concentreremo qui la nostra attenzione. Vero è che il Protocollo di per sé, come specificato dallo stesso in premessa, non deve considerarsi automaticamente come un protocollo anti-contagio *tout court* (che invece andrà adottato a livello aziendale); purtuttavia nel testo sono numerose le indicazioni precise e stringenti (ad esempio in tema di rispetto della distanza minima, di divieto di assembramenti, di sanificazione e ventilazione dei locali, di controllo sugli accessi in presenza di sintomi), riconducibili ad obblighi ben definiti la cui violazione espone indubbiamente a sanzioni il datore inadempiente.

Venendo concretamente alle misure per la prevenzione ed il contenimento del rischio di diffusione del contagio, e premessa la riduzione al minimo possibile, nel periodo di emergenza, della presenza dei lavoratori in azienda (con l'eventuale rimodulazione dei livelli produttivi ed il ricorso ai diversi possibili istituti contemplati sia dalla legge che dai contratti collettivi: lavoro agile, turnazioni, banche ore, ferie maturate e non ancora godute[14], ecc.), il Protocollo sot-

[13] Per un elenco dettagliato dei successivi protocolli settoriali si rinvia al sito dell'*Osservatorio Olympus*: v. https://olympus.uniurb.it.

[14] Con riguardo al tema delicato e non poco controverso dell'utilizzo dei periodi di ferie arretrati e non ancora fruiti, alla luce della valenza (anche costituzionale) del diritto alle ferie in termini di recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore, difficilmente ipotizzabili in una situazione di "confinamento" domestico come è per molti avvenuto durante il periodo

tolinea il rilievo delle attività di informazione e di quelle di controllo e *screening* in sede di accesso, l'indispensabile utilizzo di idonei dispositivi di protezione individuale (D.P.I.) e l'importanza dell'adozione di buone partiche per l'emergenza. Con riguardo in primo luogo all'informazione, si prevede che l'azienda informi – «attraverso le modalità più idonee ed efficaci» – tutti i lavoratori e chiunque entri in azienda sulle disposizioni adottate dalle Autorità, tramite consegna od affissione all'ingresso e nei luoghi maggiormente visibili dei locali aziendali di appositi *dépliants* informativi. Rispetto agli ordinari obblighi informativi di cui all'art. 36 del d. lgs. 81/2008 si potrebbe dire che viene estesa la "latitudine" dell'obbligo, individuandosi come destinatari delle informazioni non solo i lavoratori, ma chiunque entri in azienda.

Oltre ad informare i lavoratori sui rischi derivanti dal coronavisrus e sulle misure di carattere igienico-sanitario consigliate ed applicate nel luogo di lavoro, si prevede poi che debbano essere adottate misure specifiche con riguardo agli ingressi ed alle uscite dall'azienda, che assicurino il necessario distanziamento, e ciò tanto per i lavoratori che per altri soggetti (clienti, fornitori, ecc.)[15]. Si prevede inoltre l'(eventuale) misurazione della temperatura e l'adozione delle conseguenti misure nel caso sia superato il limite di attenzione (37,5°), ostativo all'accesso al luogo di lavoro; tale disposizione merita particolare attenzione in quanto è diretta a consentire al datore una (possibile) attività di controllo che indubbiamente valica i limiti ben noti e previsti dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300)[16], che dispone che siano vietati accertamenti da parte del datore di lavoro «sulla infermità per malattia» del lavoratore dipendente. Quanto poi alla gestione di un lavoratore sintomatico in azienda, si prevede che le persone che si trovino in una tale condizione siano momentaneamente isolate, fornite di mascherina e che debbano contattare nel più breve tempo possibile il medico curante e seguirne le indicazioni.

---

di *lockdown*, ci sembra discutibile il ricorso – che pure in tali circostanze talora si è fatto – alle "ferie forzate", laddove il datore non avesse (almeno) verificato preliminarmente l'impossibilità di ricorrere ad altri istituti (legali o contrattuali).

[15] Con riguardo al profilo dell'accesso nei luoghi di lavoro di soggetti terzi, regolato nel paragrafo del Protocollo dedicato alle "Modalità di accesso dei fornitori esterni" (ma riferibile anche a visitatori esterni, trasportatori, addetti a consegne ecc.), si è sottolineato in dottrina come le previsioni ivi contemplate (in relazione ai percorsi di ingresso, transito e uscita, alla riduzione dei contatti con i dipendenti, alla previsione di servii igienici dedicati, ecc.) possano costituire un'utile eredità anche quando l'emergenza sarà superata, dal momento che, prima del verificarsi dell'emergenza da Covid-19, i documenti di valutazione dei rischi risultavano non di rado ancora carenti sul punto: v. R. Codebò, *Protocollo Coronavirus, tra emergenza e lungimiranza*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, 4, 2020, p. 191.

[16] V. sul punto F. Bacchini F., *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020; cfr. anche A. Sitzia, *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 5, 2020, pp. 495-510.

Il Protocollo prevede poi disposizioni in materia di pulizia e sanificazione degli ambienti di lavoro (con cadenza periodica e comunque ove necessario); la fornitura dei mezzi detergenti ed igienizzati per assicurare l'indispensabile igiene personale (*in primis*, delle mani); la necessità di far rispettare una distanza interpersonale minima (individuata in un metro) e di contingentare l'accesso agli spazi aziendali comuni (mense, spogliatoi ecc.); la previsione, laddove non sia possibili il rispetto della distanza minima, dell'obbligo di fornitura da parte del datore di lavoro di idonei D.P.I., quali mascherine, guanti, occhiali, tute, ecc., in conformità alle indicazioni delle Autorità.

Si deve infine sottolineare l'attenzione dedicata al profilo della sorveglianza sanitaria e al ruolo del medico competente nella gestione dell'emergenza, in relazione al quale importanti indicazioni sono state fornite anche dalla Circolare del Ministero della Salute del 29 aprile 2020. Incidentalmente, si segnala che, nella legge di conversione del recente Decreto *Rilancio* (D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modifiche con legge 17 luglio 2020, n. 77) si prevede all'art. 83 che, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza, i datori di lavoro pubblici e privati siano tenuti ad assicurare una sorveglianza sanitaria "eccezionale" «dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia COVID-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità». Laddove il datore non sia obbligato alla nomina del medico competente ai sensi del d. lgs. n. 81/2008, ferma la possibilità di nominarne uno per la sorveglianza sanitaria eccezionale nel periodo di emergenza, quest'ultima può essere richiesta ai servizi territoriali dell'INAIL, che vi provvedono con propri medici del lavoro, su richiesta del datore di lavoro interessato.

Tornando ai contenuti del Protocollo, ovvia risulta l'indicazione che la sorveglianza sanitaria non debba allentarsi ed opportuno il richiamo, anche qui, alla particolare attenzione da riservare ai lavoratori "fragili", particolarmente esposti al rischio contagio da Convid-19; quanto allo svolgimento di tale attività nel quadro dell'emergenza, si individuano quali momenti da privilegiare le visite preventive, quelle a richiesta e quelle al rientro da malattia, mentre passano (momentaneamente) in secondo piano le visite periodiche e quelle legate al cambio mansioni. Come si è già detto, specifica attenzione è riservata dal Protocollo all'adozione dei necessari provvedimenti in caso di persone che manifestino sintomi sul lavoro, secondo indicazioni che contemperano la necessaria attuazione delle misure di prevenzione con il rispetto della *privacy* del lavoratore.

Si segnala infine l'espressa previsione della costituzione di un Comitato (aziendale o territoriale) chiamato a verificare l'applicazione e le regole del Protocollo, con la partecipazione tanto delle rappresentanze sindacali aziendali quanto dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (R.L.S.), soggetti la cui valorizzazione appare di particolare importanza nel momento della ripresa

generale delle attività produttive, alla luce del loro ruolo di interlocutori privilegiati del datore di lavoro in sede di costruzione e verifica della tenuta del sistema prevenzionistico.

Resta da dire sulla valenza del Protocollo[17], su cui pure si è concentrato, in un primo momento, il dibattito tra i giuslavoristi: il legislatore ha fatto infine chiarezza sulla questione laddove nell'art. 1, c. 14, del D.L. 16 maggio 2020, n. 33, convertito con L. 14 luglio 2020, n. 74, ha precisato che le attività economiche, produttive e sociali debbano svolgersi «nel rispetto dei contenuti di protocolli e linee guida idonei a prevenire o ridurre il contagio»; la norma è ulteriormente rafforzata dal comma 15 della medesima disposizione, ove al mancato rispetto del contenuto dei protocolli – regionali o, in assenza, nazionali – che non assicuri adeguati livelli di protezione è associata la previsione della sospensione dell'attività «fino al ripristino delle condizioni di sicurezza». Si segnala che, prima ancora della conversione in legge del sopracitato decreto, il legislatore è intervenuto con l'art. 29-*bis* del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con L. 5 giugno 2020, n. 40, per precisare che i datori di lavoro adempiono all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. «mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste». Successivamente anche il D.P.C.M. 11 giugno 2020 (che reca misure attuative del D.L. n. 33/2020) ha ribadito all'art. 2 l'obbligo del rispetto dei Protocolli condivisi (richiamando, oltre a quello "generale" di cui sopra, anche quello sottoscritto il 24 aprile 2020 per i cantieri e quello del 20 marzo 2020 per i trasporti e la logistica).

Alla luce dei dati normativi sopra riportati, appare dunque indubbio che il vincolo che il legislatore pone al rispetto da parte dei datori di lavoro dei Protocolli condivisi ha sostanzialmente attribuito agli stessi forza di legge, rendendone obbligatoria l'applicazione[18]; peraltro, già in precedenza la dottrina aveva rilevato come le disposizioni dei Protocolli si potessero comunque ricondurre, sul piano della precettività, all'obbligo di sicurezza datoriale[19], valorizzando l'

[17] Per la sussistenza di una condotta antisindacale in caso di mancato rispetto delle previsioni dei Protocolli condivisi v. di recente Trib. Treviso, 2 luglio 2020, n. 2571, con nota di M. Lai, *Contrasto al Covid-19: è condotta antisindacale violare i protocolli stipulati in materia di salute e sicurezza*, in *Bollettino Adapt*, 2020, n. 28.

[18] V. sul punto A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19*, cit., p. 3

[19] In tal senso, prima dell'intervento di "legificazione" dei Protocolli, poteva legittimamente ritenersi che il datore di lavoro non aderente alle associazioni datoriali firmatarie che non potesse dimostrare di aver adottato misure almeno equivalenti a quelle del Protocollo

«ampia portata operativa dell'art. 2087 c.c.», il principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" e l'individuazione di "buone prassi" e "linee guida" come fonti integrative degli obblighi, operata dallo stesso d. lgs. n. 81/2008[20]. In conclusione, il chiaro richiamo oggi operato dal legislatore ai Protocolli condivisi funge da tipizzazione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., e consente di conseguenza anche di circoscrivere la responsabilità del datore entro un perimetro maggiormente certo e verificabile: non a caso, si è parlato anche di uno "scudo" introdotto dalla L. n. 40/2020 per le imprese rispetto ai rischi, che in precedenza da più parti si erano paventati, di un'eccessiva dilatazione delle responsabilità datoriali in assenza di un chiaro riferimento legislativo riguardo alla valenza del rispetto delle regole dei Protocolli condivisi.

Potrà la prassi del/dei Protocollo/i ispirare – quando la fase di emergenza verrà meno –una migliore implementazione anche delle norme preesistenti in tema di prevenzione dei rischi lavorativi? Auspichiamo di sì, dal momento che non poche disposizioni sono funzionali a suscitare un'aumentata attenzione su diversi profili della gestione della sicurezza sul lavoro non sempre in passato adeguatamente valutati (si pensi solo al tema dell'accesso in azienda di soggetti terzi), che dunque è sperabile resti alta anche una volta cessata la situazione emergenziale. Inoltre, il positivo confronto tra le parti sociali in sede di ricerca di soluzioni applicative funzionali e condivise e la valorizzazione dei profili partecipativi[21], indiscutibile eredità positiva dei Protocolli, devono salutarsi con favore, confidando che possano anche contribuire, in molti contesti, a migliorare il clima del confronto aziendale sull'assetto prevenzionistico, che vedeva, prima dell'emergenza, il persistere di un approccio non di rado "conflittuale" più che "collaborativo" nelle relazioni tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

4. *Infortunio da Covid-19, tutela INAIL e responsabilità datoriali*

Una ulteriore questione che è stata dibattuta in dottrina attiene alla qualificazione dell'infortunio sul lavoro da contagio da Covid-19 ed alle relative responsabilità datoriali.

---

incorresse in una violazione del suo generale obbligo di sicurezza già sulla base del disposto di cui all'art. 2087 c.c.: v. in questo senso M. Lai, *Coronavirus e ambienti di lavoro*, cit., p. 4.

[20] V. G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 55; S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* IT-417/2020.

[21] Con riguardo all'impatto dell'emergenza sul quadro delle relazioni industriali v. le osservazioni di M. Tiraboschi, *Salute e lavoro: buone relazioni industriali per superare pericolose contrapposizioni*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 5, 2020, pp. 4 ss.; Id., *Le relazioni industriali ai tempi del Coronavirus*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 7, 2020, pp.4 ss.

A tale proposito, però, l'indicazione recente del legislatore è intervenuta per risolvere dubbi ed incertezze che da più parti erano stati sollevati nella prima fase dell'emergenza: infatti, dopo che l'art. 42 del D.L. *Cura Italia* (n. 18/2020) aveva equiparato il contagio da coronavirus ad un infortunio sul lavoro[22], consentendo così al lavoratore contagiato di fruire della tutela assicurativa INAIL[23],[24] con l'art. 29-*bis* introdotto dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, di conversione del Decreto *Liquidità* (D.L. 8 aprile 2020, n. 23)[25], si è previsto – come già ricordato – che i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di tutela della salute e sicurezza del lavoro ex art. 2087 c.c. mediante l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni e delle misure contenute nel già più volte richiamato Protocollo condiviso (e successive modifiche e integrazioni) e degli altri protocolli e linee guida richiamati all'art. 1, c. 4, del D.L. n. 33/2020. La disposizione precisa altresì che, qualora non trovino applicazione le prescrizioni predette, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

L'art. 29-*bis* ha dunque di fatto accolto quelle che erano le indicazioni della dottrina maggioritaria[26], "tipizzando" gli obblighi di cui all'art. 2087 e sciogliendo in senso negativo il dubbio sul possibile concorso di quest'ultima

---

[22] La qualificazione in termini di "infortunio" e non di "malattia" è supportata anche da un risalente e consistente orientamento giurisprudenziale, che riconosce come "causa violenta" (e, di conseguenza, riconducibile all'infortunio) anche l'azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinino l'alterazione dell'equilibrio anatomo-fisiologico, sempreché tale azione, anche laddove i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa: v., tra molte, Cass. 28 ottobre 2004, n. 20941; Cass. 1 giugno 2000, n. 7306.

[23] In argomento v. G. Ludovico, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, pp. 353 ss.; M. Marinelli, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 7, 2020, pp. 677 ss.; R. Riverso, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali,* in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020. Si ricorda che la disposizione dell'art. 42 ha previsto che i predetti eventi infortunistici gravino sulla gestione assicurative e non siano computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico.

[24] Si è da alcuni osservato che tale «previsione normativa si iscrive a pieno titolo nell'ambito di quella penetrante operazione di socializzazione delle conseguenze economiche della pandemia realizzata, in proporzioni che non hanno precedenti nella storia delle crisi in epoca repubblicana, dal legislatore dell'emergenza, costituendo, anzi, […] una delle espressioni più significative di questa ritrovata funzione protettiva dello "Stato salvatore"»: così S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., p. 14.

[25] Treu T., Pandolfo A., *Salute e responsabilità nei luoghi di lavoro, le modifiche nel decreto liquidità*, in *Guida al Lavoro*, 26, 2020, pp. 12-16.

[26] V. sul punto S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza*, cit.

disposizione con le prescrizioni di cui ai Protocolli: di conseguenza, si esclude che vi possano essere misure "innominate" cui ancorare una pretesa responsabilità del datore di lavoro[27], il quale dovrà quindi preoccuparsi di trasporre efficacemente nel proprio contesto produttivo quanto elaborato da Governo e parti sociali per non incorrere in responsabilità penali o civili a fronte del verificarsi di un caso di contagio da Covid-19. Si potrebbe obiettare che, però, sulla base di una tale lettura, potrebbe risultare depotenziata quella necessità di adeguamento continuo dei sistemi di prevenzione che è sottesa al carattere di norma di chiusura del sistema dell'art. 2087 c.c.; si è tuttavia osservato che si tratta di prendere atto che, «in considerazione delle peculiari caratteristiche del rischio da COVID-19, tali adeguamenti operano con modalità diverse da quelle dell'art. 2087 c.c. e più appropriate rispetto al rischio epidemiologico che deve essere presidiato», essendo affidati «ad un sistema specializzato di prevenzione costruito su misura per tale rischio che si fonda non già su un protocollo monolitico, ma si articola in protocolli nazionali, regionali, di categoria o aziendali, al cui interno è prevista la costituzione di comitati di monitoraggio»[28].

In caso del verificarsi di un contagio in azienda, il datore di lavoro dovrà dunque provare di aver adeguatamente e puntualmente adempiuto alle prescrizioni dei Protocolli e, laddove ciò non sia avvenuto o risultino mancanti e/o carenti la supervisione o il controllo nella corretta attuazione delle diverse misure, si troverà a risponderne, senza poter invocare alcuno "scudo" rispetto alla propria responsabilità, tanto in sede civile quanto in sede penale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Bacchini F., *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020.

Benedetti G., *L'infortunio sul lavoro da COVID-19 e la relativa valutazione del rischio*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, 6, 2020, pp. 323-327.

Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020.

Codebò R., *Protocollo Coronavirus, tra emergenza e lungimiranza*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, 4, 2020, pp. 189-192.

Dubini R., *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in *Punto sicuro*, 2 marzo 2020.

[27] Così di recente E. Erario Boccafurni, *L'art. 2087 c.c. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, II, 2020, p. 65.

[28] Così A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19*, cit., p. 8.

Erario Boccafurni E., *L'art. 2087 c.c. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, II, 2020, pp. 62-70.

Giubboni S., *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", IT –417/2020*, 2020.

Guariniello R., *La sicurezza sul lavoro al tempo del Coronavirus*, Milano, 2020, Wolters Kluwer (e-book).

Lai M., *Coronavirus e ambienti di lavoro: il protocollo condiviso tra governo e parti sociali*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 13, 2020, pp. 809-811.

Lai M., *Contrasto al Covid-19: è condotta antisindacale violare i protocolli stipulati in materia di salute e sicurezza*, in *Bollettino Adapt*, 2020, n. 28.

Lazzari C., *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, I, 2020, pp.136-149.

Ludovico G., *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, pp. 353-364.

Maresca A., *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29*-bis *della l. n. 40/2020)*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, I, 2020, pp.1-10.

Marinelli M., *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 7, 2020, pp. 677-686.

Natullo G., *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L., Ediesse, Roma, 2020.

Pascucci P., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello* ius superveniens *del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, I, 2020, pp.117-135.

Pascucci P., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, I, 2019, pp. 98-121.

Riverso R., *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali,* in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020.

Sitzia A., *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2020, pp. 495-510.

Tiraboschi M., *Salute e lavoro: buone relazioni industriali per superare pericolose contrapposizioni*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 5, 2020, pp. 4-5.

Tiraboschi M., *Le relazioni industriali ai tempi del Coronavirus*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 7, 2020, pp. 4-5

Treu T., Pandolfo A., *Salute e responsabilità nei luoghi di lavoro, le modifiche nel decreto liquidità*, in *Guida al Lavoro*, 26, 2020, pp. 12-16.

BISOGNI COMUNI E SOSTEGNO UNIVERSALE AL REDDITO DA LAVORO

ANDREA ZUBIN*

1. *Premessa*

La sospensione di attività commerciali, servizi alla persona e di ristorazione, oltre alle limitazioni alle attività produttive e professionali di cui al D.P.C.M. 11 marzo 2020 ha prepotentemente riproposto il tema del sostegno al reddito in Italia. Non solo: lo ha connotato di una urgenza senza precedenti ma soprattutto di una portata sostanzialmente universale.

Secondo la Banca d'Italia[1], infatti, tra aprile e maggio 2020 l'80% delle famiglie italiane dichiara di aver subito una riduzione nel reddito e si aspetta che la stessa si protragga anche nei prossimi 12 mesi. Il dato è ancor più preoccupante tenendo conto che la riduzione dei redditi include gli eventuali strumenti di sostegno ricevuti dagli intervistati e che il reddito perduto supera il 50% per almeno il 15% degli stessi. Lo studio di via Nazionale evidenzia inoltre la trasversalità della riduzione dei redditi, che ha interessato, ed anzi, ha pesato molto di più, sui lavoratori autonomi e sui lavoratori a termine, tra i quali la perdita di reddito ha avuto un'incidenza sostanzialmente doppia rispetto ai lavoratori dipendenti a tempo indeterminato.

Ebbene, queste drammatiche ed universali necessità hanno imposto, ed invero impongono, la necessità di ripensare lo strumento del sostegno al reddito, il quale, pure, è stato oggetto di continui interventi e riforme nell'ultimo decennio[2].

---

* Dottorando in Scienze Giuridiche presso l'Università di Trieste, sede convenzionata dell'Università di Udine.

[1] A. Neri, F. Zanichelli, *Principali risultati dell'indagine straordinaria sulle famiglie italiane nel 2020*, www.bancaditalia.it, ultimo accesso 7 luglio 2020.

[2] Si pensi anche solamente alle riforme Fornero, con la L. 28 giugno 2012 n. 92, oppure al c.d. *Jobs Act*, D.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, in tema di sostegno al reddito in costanza

Il ripensamento è richiesto in particolar modo in termini di effettività della tutela al reddito: come ampiamente noto, l'erogazione delle prestazioni *con causale Covid-19*, hanno tardato e tardano ad entrare nella disponibilità dei beneficiari. Le ragioni dell'inefficienza sono oltretutto ragioni di equità essendo fortemente radicate – più che nell'illiquidità degli istituti previdenziali – nella sovrapposizione di molteplici strumenti ciascuno diversificato per condizioni riferibili al singolo lavoratore, cittadino, impresa o datore di lavoro[3].

Per quanto qui interessa, l'inefficienza degli strumenti di sostegno al reddito messi in campo dal Governo con le decretazioni d'urgenza è da ricercarsi (anche) nell'utilizzo distorto degli stessi. Gli ammortizzatori sociali "classici", riformati più volte con l'intento di renderli strumento di sostegno ma anche di riqualificazione professionale dei lavoratori sospesi, sono stati utilizzati come mero veicolo di liquidità a imprese e lavoratori.

Ciò non solo ha comportato appesantimenti nelle procedure degli ammortizzatori sociali Covid-19; ha anche determinato disfunzioni nei rapporti tra i soggetti ordinariamente coinvolti nella gestione delle crisi d'impresa ed un impatto sugli *status* dei beneficiari.

2. *Reddito e lavoratori*

Limitandoci alla sola trattazione delle misure di sostegno al reddito in senso stretto – sostegno al reddito da lavoro, e non invece prestazioni assistenziali – i decreti *Cura Italia*[4] e *Rilancio*[5] hanno previsto due principali meccanismi: l'integrazione guadagni[6] e l'indennizzo *una tantum*.

Detti meccanismi corrispondono, in linea di massima all'esigenza di sostegno a due diverse tipologie di reddito, rispettivamente quello del lavoratore dipendente e quella del lavoratore autonomo.

Il meccanismo dell'integrazione guadagni, inteso come corresponsione al lavoratore di una quota del reddito perduto a carico della previdenza sociale, è intrinsecamente connesso all'esistenza di un orario di lavoro ed alla presenza

di rapporto di lavoro. Oppure si vedano gli interventi quali il Reddito di inclusione (D.lgs. 15 settembre 2017 n. 147) ed il Reddito di cittadinanza di cui al D.L 28 gennaio 2019 n. 4.

[3] In tal senso T. Boeri, R. Perotti, *La cura d'Aprile che non cura*, la Repubblica, 22 aprile 2020.

[4] D.L. 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni in L. 24 aprile 2020 n. 27.

[5] D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni in L. 17 luglio 2020 n. 77.

[6] L'integrazione guadagni come noto assume diverse sottospecie a seconda dell'impresa interessata, in estrema sintesi si tratta di Cassa integrazione guadagni per le imprese industriali, Fondo d'integrazione salariale per le imprese del terziario con almeno cinque dipendenti in media nel semestre antecedente, Fondo di solidarietà bilaterale per l'artigianato e, in via residuale, Cassa integrazione guadagni in deroga.

di un datore di lavoro che, se previsto, si faccia carico di anticipare l'indennità. Ciò è già compreso nella prima formulazione dell'istituto, la *Cassa integrazione dei guadagni degli operai dell'industria*, istituita con il D.lgs.lgt. del 9 novembre 1945 n. 788[7]. In sostanza, il reddito del lavoratore dipendente, in quanto determinato sulle ore di lavoro effettivamente prestate, dev'essere sostenuto con una indennità commisurata all'orario di lavoro perduto e liquidata dallo stesso soggetto che corrisponde lo stipendio o il salario.

L'indennizzo *una tantum*, al contrario, è rivolto al lavoratore autonomo, il cui compenso è liberamente determinato dalle parti, eventualmente anche con riguardo al tempo di lavoro, ma senza che vi sia orario di lavoro[8], sicché l'integrazione salariale non sarebbe ipotizzabile.

Il tipo di sostegno al reddito, di conseguenza, è intimamente connesso alla natura della prestazione lavorativa svolta. La questione non è certo nuova e si è posta in particolar modo in relazione ai c.d. lavoratori parasubordinati, autonomi nell'essenza ma accomunati al lavoratore dipendente da un certo margine di debolezza contrattuale[9]. In questi casi, infatti, è predeterminabile se non l'orario almeno un compenso, per lo più erogato da un unico committente, tanto da essere assimilato[10] fiscalmente al reddito da lavoro dipendente - persino sotto il profilo della ritenuta a titolo d'imposta.

Dalla debolezza contrattuale e sociale del lavoratore parasubordinato è scaturito il tema del suo sostegno al reddito. I profili affrontati sono molteplici, in particolare con riguardo alle assicurazioni pensionistiche[11], infortunistiche ed anche in relazione all'indennizzo degli eventi di maternità, disoccupazione e malattia. Quest'ultimo caso, ad esempio, è stato risolto mediante la previsione non già di una "cassa malattia", ma con l'istituzione di due tipi d'indennità a carattere prettamente assicurativo, essendo proporzionate alla contribuzione versata più che al reddito perduto[12].

Si è quindi in presenza di un fenomeno in cui (anche) la disciplina del sostegno al reddito contribuisce ad avvicinare lo *status* di alcuni lavoratori autonomi a quello dei lavoratori subordinati. Ciò impone di verificare quale effetto possa aver avuto il sostegno al reddito per Covid-19 sugli *status* dei lavoratori coinvolti.

---

[7] Art. 1, D.lgs.lgt. 788/1945: "*Agli operai dipendenti da imprese industriali, i quali effettuino un orario di lavoro inferiore a 40 ore settimanali con conseguente riduzione della retribuzione, è dovuta una integrazione pari ai due terzi della retribuzione globale che sarebbe ad essi spettata per le ore di lavoro non prestate comprese tra le 24 e le 40 ore settimanali.*"

[8] *Ex multis* Cass. 14 giugno 2018 n.15631, in *Diritto & Giustizia*, 3, 2018, p. 11.

[9] M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019[4], p. 156.

[10] Art. 50, D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 971.

[11] Ci si riferisce in particolare all'istituzione della Gestione Separata dell'Inps con L. 8 agosto 1985 n. 335.

[12] Art. 51, L. 23 dicembre 1999 n. 488.

Lo schema sostegno al reddito mediante integrazione del guadagno per i dipendenti e indennizzo per autonomi e subordinati, in effetti, è presentissimo nel primo intervento a carattere nazionale, il Decreto *Cura Italia* (D.L. 18/2020). Ai datori di lavoro infatti è consentito accedere alle casse integrazioni ordinarie o assegni ordinari del fondo di integrazione salariale, per un massimo di 9 settimane, a beneficio di tutti i propri dipendenti in forza al 23.02.2020[13]. L'integrazione in parola, è, tuttavia, fortemente derogatoria rispetto agli istituti di cui al D.lgs. 14 settembre 2015 n. 148. In estrema sintesi non sono previsti requisiti di giustificatezza per l'accesso all'integrazione, sono ampliati i termini di presentazione delle domande, non sono soggetti ai limiti massimi di durata complessiva, non determinano l'obbligo di versamento del contributo addizionale ed ai lavoratori beneficiari non è richiesta l'anzianità aziendale minima pari a 90 giorni[14].

Ai lavoratori autonomi parasubordinati al contempo, è consentito richiedere all'Inps un indennizzo *una tantum* pari a 600 euro per il solo mese di marzo[15]. Invero detta simmetria è rotta, per così dire, dai soli indennizzi dedicati a rapporti di lavoro connotati da specialità già nel diritto del lavoro tradizionale: i lavoratori stagionali, lavoratori agricoli e dello spettacolo[16].

L'art. 44 del D.L. *Cura Italia*, tuttavia, a sostanziale chiusura dei sistemi di sostegno al reddito inclusi nel Capo II, intorbidisce il quadro delle prestazioni – e quindi degli *status* – affermando:

> *Al fine di garantire misure di sostegno al reddito per i lavoratori dipendenti e autonomi che in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID 19 hanno cessato, ridotto o sospeso la loro attività o il loro rapporto di lavoro è istituito, nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un Fondo denominato "Fondo per il reddito di ultima istanza"* [...]

Siamo dunque in presenza della prima misura di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro a carattere indifferenziato, il cui contenuto è rimesso a decreti interministeriali attuativi.

Il primo di questi, il D.I. 28 marzo 2020 ha disciplinato l'indennizzo *una tantum* con 600 euro per il mese di marzo, per i lavoratori autonomi iscritti alle casse di previdenza di diritto privato. In sostanza, il decreto in argomento introduce una differenziazione sotto il profilo del sostegno al reddito tra professionisti iscritti alla Gestione Separata dell'Inps e professioni ordinistiche[17].

---

[13] Art. 19, D.L. 18/2020.

[14] M. Marrucci *Covid e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020, p. 1 ss.

[15] Art. 27 D.L. 18/2020.

[16] Artt. 29, 30, 38 D.L. 18/2020.

[17] Distinzione, invero già evidente prima dell'emergenza epidemiologica, sul punto si veda F.Scarpelli, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in

Questi ultimi, a differenza dei primi[18], a fronte della medesima e universale necessità di sostegno al reddito, devono fornir prova di un calo dello stesso[19]. Si osserva quindi una prima frammentazione interna allo *status* del lavoratore autonomo.

Il secondo decreto, D.I. 4 maggio 2020, successivo al rifinanziamento del Fondo da parte del D.L. *Rilancio,* compie un passo ancor più audace in questo senso. Dispone infatti una indennità, del tutto pari a quella *una tantum* già prevista per gli autonomi, in favore di una molteplicità di lavoratori, senza alcun comune denominatore in termini di *status*[20]. Li accomuna, in effetti, solo l'esser stati esclusi dalla effettiva percezione del sostegno al reddito prevista per il mese di marzo dal D.L. *Cura Italia.*

Paradigmatico, se non paradossale, è il caso del lavoratore intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata. Questo, pur essendo un lavoratore dipendente, sulle cui retribuzioni sono dovute le contribuzioni per il finanziamento del trattamento ordinario di integrazione salariale o dell'assegno ordinario, infatti, non ha comunque potuto percepirne la relativa indennità. Manca infatti il presupposto per determinare il *quantum* dell'indennità dovuta: ossia, l'orario di lavoro non prestato. Da qui la necessità dell'indennizzo, per di più tardivo, con il medesimo sistema del lavoratore autonomo.

L'art. 44 del Decreto *Cura Italia* rivela, in fondo, il sostanziale cortocircuito delle prestazioni a sostegno del reddito tradizionali, fondate sugli *status*, di fronte all'improvvisa universalizzazione dell'emergenza reddituale.

3. *Stato e Regioni*

Tra gli interventi di integrazione salariale, la Cassa integrazione guadagni in deroga ("Cig in deroga" o "Cigd") con causale Covid-19, sembra aver mutato il rapporto Stato-Regioni con riguardo alla gestione degli ammortizzatori sociali.

Come noto, fino agli anni delle crisi finanziare del 2008 e del 2011, il sistema degli ammortizzatori sociali era disegnato per sostenere l'occupazione solamente in determinati settori e solo in presenza di determinati requisiti occupazionali. La Cassa integrazione guadagni straordinaria ("Cigs") e la Cassa integrazione guadagni ordinaria ("Cigo"), infatti, non hanno applicazione ge-

---

Covid-19 e diritti dei lavoratori, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Essediesse, Roma, 2020, p. 229 ss.

[18] Ma anche degli imprenditori iscritti alla Gestione Artigiani e Commercianti dell'Inps.

[19] L'art. 2, D.I. 28 marzo 2020, richiede la riduzione del reddito in misura pari ad almeno il 33% del reddito conseguito nel primo trimestre del 2019.

[20] Si tratta di dipendenti stagionali non previsti dall'art. 29, D.L. 18/2020, lavoratori subordinati intermittenti, ma anche autonomi occasionali senza partita Iva e autonomi incaricati delle vendite a domicilio.

neralizzata[21]. Le crisi, tuttavia, hanno già all'epoca evidenziato la necessità di universalizzare lo strumento di sostegno al reddito.

A tal fine il legislatore si è servito di due strumenti: l'istituzione di fondi di solidarietà bilaterali in seno alle parti sociali di ciascuna categoria, e, per quanto qui interessa, lo strumento della Cig in deroga. Il meccanismo della Cassa integrazione in deroga è tipicamente il seguente: il Ministero del Lavoro ottiene, reiteratamente, di anno in anno, dalla legge, l'autorizzazione a disporre, attraverso accordi governativi che coinvolgono le Regioni, la concessione di trattamenti integrativi in deroga alla disciplina vigente, per periodi di tempo delimitati ed entro la capienza dei fondi di volta in volta stanziati. Il contenuto della deroga è quindi stabilito dal provvedimento del Ministero e non dalla legge[22]. La carenza strutturale di strumenti di sostegno al reddito generalizzati è stata quindi affrontata mediante reiterazione di rimedi estemporanei[23]. Autorevole dottrina ha quindi parlato di «*non disciplina dell'oggetto della deroga*»[24].

Prima dell'emergenza epidemiologica Covid-19, dunque, gli interventi di Cig in deroga erano non solo estremamente frammentati sotto il profilo del quadro normativo, ma anche sotto il profilo amministrativo. La decretazione della cassa in deroga, infatti, era rimessa all'amministrazione di ciascuna Regione in cui si trova l'unità produttiva interessata dalla sospensione del lavoro, mentre l'erogazione era demandata all'Inps.

Il meccanismo, diametralmente opposto all'accentrato sistema della Cassa integrazione ordinaria o straordinaria[25], non risponde peraltro a ragioni ispirate al principio di prossimità di cui all'art. 118 della Costituzione, né al riparto delle competenze di cui all'art. 117. In effetti, l'art. 117, in tema di lavoro riserva alle Regioni un ruolo concorrente per lo più in materia di «*miglioramento qualitativo/quantitativo dell'occupazione*»[26], di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro.

Il ruolo delle Regioni nel procedimento autorizzativo degli ammortizzatori sociali in deroga sarebbe piuttosto da ricercarsi nella necessità di ridestinare risorse pubbliche a fronte della crisi economica. Nel dettaglio si è in presenza di uno storno di fondi dalle politiche attive del lavoro a quelle passive. In sostan-

---

[21] In tema di Cigs, ad esempio, si veda l'abrogato art. 1, L. 23 luglio 1991 n. 223 ma anche il vigente D.lgs. 148/2015.

[22] M. V. Ballestrero, G. De Simone, *Diritto del lavoro*, cit., p. 258.

[23] L. Nogler, M. Marinelli, *La riforma del mercato del lavoro: Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 2012, p. 443.

[24] M. Barbieri, *Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia*, in *Ammortizzatori sociali: regole, deroghe, prospettive,* a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2009, p. 84.

[25] In detti casi il procedimento di autorizzazione era, ed è, interamente svolto presso l'Inps, ovvero, nel caso della Cigs, la decretazione spetta al Ministero del Lavoro e l'autorizzazione all'Inps.

[26] F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del* lavoro, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2003, p. 274.

za, a partire dall'Accordo Governo-Regioni del 12 febbraio 2009, si è deciso di finanziare gli ammortizzatori sociali in deroga con parte del Fondo Sociale Europeo messo a disposizione delle Regioni dall'Unione Europea per ragioni di politiche attive[27]. L'operazione aveva peraltro già all'epoca sollevato dubbi di compatibilità tra Accordo e regolamenti in materia di utilizzo del Fse[28].

In estrema sintesi l'*iter* della Cig in deroga prevedeva: la presentazione dell'istanza alla Regione in cui si trova l'unità produttiva, l'approvazione con decreto della Regione stessa, la trasmissione del decreto alla sede territoriale dell'Inps, l'autorizzazione da parte dell'Inps sulla base del decreto regionale, la richiesta di pagamento dell'indennità autorizzata da parte del datore di lavoro all'Inps (mod. Sr41), il rendiconto dell'utilizzo delle ore di sospensione alla Regione. La Cig ordinaria, al contrario, richiede unicamente la domanda alla sede territoriale dell'Inps, che provvede all'autorizzazione. Segue la sola richiesta di pagamento dell'indennità mensilmente spettante ai lavoratori mediante mod. Sr41.

Il riparto del procedimento della Cig in deroga tra Inps e Regione aveva comportato già nel 2009 notevolissimi rallentamenti nella percezione dell'indennità da parte dei lavoratori beneficiari. Addirittura l'Inps, con circolare del 10 dicembre 2009 n. 122 aveva tentato di arginare il fenomeno disponendo:

> [...] *i responsabili di tutte le Strutture interessate, sulla base di elenchi che saranno loro inviati dalla Direzione Centrale Sistemi Informativi e Tecnologici, solleciteranno le Aziende o i loro intermediari a trasmettere i modelli SR41* indipendentemente *dall'emissione del provvedimento regionale di autorizzazione.*

Nonostante ciò, nel primo intervento in occasione dell'emergenza Covid-19 (D.L. 18/2020), il Governo ha deciso di replicare il suddetto procedimento per la Cig in deroga. Nei fatti si è quindi riproposta la moltiplicazione degli adempimenti – indipendenti quindi dall'efficienza della singola amministrazione regionale o sede dell'Inps – e si sono nuovamente dilatate le tempistiche per la percezione delle Cig in deroga da parte dei beneficiari[29]. Il procedimento applicabile nelle c.d. aziende multi-localizzate, ha poi avuto risultati estremamente inefficienti, costringendo i datori di lavoro delle catene di grande distribuzione ad iniziare una procedura di Cig in deroga in ciascuna Regione in cui avessero una unità produttiva[30].

---

[27] L. Nogler, M. Marinelli, *La riforma del mercato del lavoro: Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, cit., p. 362.

[28] M. Pallini, *Sono compatibili gli ammortizzatori sociali "in deroga" con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato?*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2009, p. 359.

[29] M. Tucci, *Cig in deroga, migliaia di lavoratori ancora in attesa. È scontro Inps-Regioni*, Il Sole 24 Ore, 6 maggio 2020.

[30] M. Brisciani, *CIG in deroga Covid: le aziende plurilocalizzate sono (di nuovo) nel caos*, Ipsoa Quotidiano, 21 luglio 2020.

Proprio per ovviare a quanto sopra, il Governo, con il Decreto *Rilancio* (D.L. 34/2020), ha previsto che i nuovi periodi di Cig in deroga con causale Covid-19 (5 e 4 settimane), successivi alla fruizione delle prime 9 settimane autorizzate dalle Regioni *ex* D.L. 18/2020, siano semplicemente «*concessi dall'Inps a domanda del datore di lavoro*»[31].

Dopo più di dieci anni, quindi, si estromettono le Regioni dalla gestione degli ammortizzatori sociali, con l'intento di snellire i procedimenti autorizzativi ed assicurare una pronta percezione dell'indennità da parte dei lavoratori interessati.

Se il mutamento del rapporto tra Stato e Regione in questo ambito sia destinato a protrarsi in futuro dipende esclusivamente dal successo dell'operazione messa in campo dal Governo: nel caso in cui le indennità di Cig in deroga saranno efficientemente liquidate dall'Inps è probabile che le Regioni saranno definitivamente estromesse dalla gestione degli ammortizzatori sociali.

Si deve comunque osservare che il D.L. 34/2020 ha spossessato sì le Regioni del ruolo nelle Cig in deroga, ma ha anche previsto che la pronta liquidazione delle indennità sia imperniata sul c.d. "anticipo del 40%" e sull'introduzione di rigidi termini decadenziali per gli adempimenti. In sostanza la Cig in deroga di cui al D.L. 34/2020 consente di domandare all'Inps la liquidazione "immediata"[32] ai lavoratori del 40% delle ore di sospensione richieste, salvo conguagli successivi sulla base dell'utilizzo delle ore effettivamente fruite.

Nei fatti, l'istituto volontario dell'anticipazione del 40% rischia di essere un alibi per i nuovi ritardi nella percezione delle indennità di Cig in deroga, anche in assenza di alcun ruolo delle Regioni. La richiesta di anticipazione è, infatti, fortemente disincentivata dagli stringenti termini di decadenza e dalla necessità di presentare un'ulteriore e domanda all'Inps del tutto separata dalla domanda di Cig in deroga. Restano inoltre intatti e non semplificati tutti gli altri adempimenti, quali il modello Sr41 finalizzato a conguagliare l'anticipo ricevuto, cui si aggiunge il nuovo obbligo per il datore di lavoro di recuperare le eventuali somme percepite in eccesso dal lavoratore in sede di anticipazione[33].

Pur semplificando i rapporti Stato-Regioni, il D.L. 34/2020 ha mancato la semplificazione degli adempimenti in materia di ammortizzatori sociali in deroga.

---

[31] Art. 22 *quater*, D.L. n. 18/2020.

[32] L'immediatezza sarebbe peraltro discutibile, dal momento che i termini per domandare l'anticipo del 40% dell'indennità di Cig sono di 15 giorni dall'inizio della sospensione e l'Inps ha 15 giorni ulteriori di tempo per disporre il pagamento, comportando di fatto un mese di attesa per il solo anticipo dell'indennità di Cig.

[33] Per le modalità applicative si veda la circolare Inps del 27 giugno 2020 n. 78.

4. *Relazioni industriali: informativa, esame congiunto e accordo aziendale*

In base al sistema disegnato dal c.d. T.U. sugli ammortizzatori sociali (D.lgs. 148/2015), l'erogazione delle integrazioni salariali presuppone sempre la consultazione sindacale[34]. Più precisamente, al datore di lavoro è richiesto di informare le rappresentanze sindacali esistenti in azienda e le articolazioni territoriali delle associazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale circa l'intenzione di avvalersi dell'integrazione salariale, le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, l'entità e la durata prevedibile, il numero dei lavoratori interessati. A seguito dell'informativa, una delle parti può richiedere l'*esame congiunto* della situazione, avente ad oggetto «*la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa*»[35].

L'esame congiunto, nel nostro ordinamento, ha un ruolo cruciale nella gestione delle crisi d'impresa, ed è riproposto dal legislatore – invero recependo le indicazioni dell'Unione Europea[36] – anche nella disciplina dei licenziamenti collettivi[37].

La funzione dell'esame congiunto è consentire alle parti sociali di esaminare le cause che hanno contribuito a creare la situazione di crisi, valutarne le ricadute occupazionali e concordare le misure per ridurre l'impatto sui lavoratori[38]. Non solo, in taluni casi l'esame è il luogo di sintesi tra potere organizzativo del datore di lavoro e diritti sociali dei lavoratori[39]. Paradigmatico sotto questo profilo appare l'esame congiunto previsto dall'art. 24 del D.lgs. 148/2015 in materia di Cigs[40].

In buona sostanza, l'esame congiunto ha anche la precisa funzione di verificare che le sospensioni siano correlate all'esigenza che ha determinato il ricorso

---

[34] Si vedano gli artt. 14 e 24 D.lgs. n. 148/2015 in tema di Cigo e Cigs, gli artt. 30 e 31 in materia di assegno ordinario e di solidarietà a carico del Fis e l'art. 8 del regolamento 30 aprile 2019 per il Fondo solidarietà bilaterale dell'artigianato (Fsba).

[35] Art. 24, D.lgs. n. 148/2015, co. 2.

[36] Dir. 98/59 CE del 20 luglio 1998.

[37] Art. 4, L. 23 luglio 1991 n. 223, co. 5.

[38] L. Valente, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2017, p. 730.

[39] Per un'ampia ricostruzione sulle teorie della funzione dell'esame congiunto si veda M. T. Salimbeni, *L'irresistibile forza centripeta dell'esame congiunto: la procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 3, 2018, pp. 557-584.

[40] Art. 24, D.lgs. 148/2015, co. 3: «*Costituiscono oggetto dell'esame congiunto il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione o riduzione di orario e delle ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario, nonché' delle misure previste per la gestione delle eventuali eccedenze di personale, i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, che devono essere coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento, e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione*».

all'integrazione salariale, in modo che nessun lavoratore subisca pretestuose riduzioni del reddito e che il sacrificio sia condiviso il più possibile tra il personale coinvolto. La sintesi dei sopra esposti interessi, in caso di esito positivo dell'esame, trova la propria consacrazione in un contratto collettivo aziendale, che diventa quindi fonte regolatrice dell'integrazione salariale.

In occasione dell'emergenza Covid-19, l'esame congiunto ha avuto vicende molto contrastate: da un lato il legislatore non voleva abdicare alla tutela degli interessi sociali che questo assicura, dall'altro lo ha vissuto come freno alla pronta erogazione delle indennità ai lavoratori. Si è quindi avuto un quadro di parziali deroghe all'obbligo di informazione e consultazione sindacale per gli ammortizzatori sociali con causale Covid-19. Le deroghe in parola sono state innestate sul D.lgs. 148/2015 con modalità estremamente variabili sia in relazione al singolo ammortizzatore previsto, sia in relazione alla disciplina per tempo applicabile.

Per la Cigo e l'assegno ordinario a carico del Fis, si è previsto dapprima l'obbligo di informazione e consultazione sindacale anche in via telematica (art. 19, co. 2, D.Lgs. 18/2020), salvo poi abrogarlo in sede di conversione del medesimo decreto (L. 27/2020), per poi essere reintrodotto dall'art. 68 del D.L. 34/2020 mediante novella dello stesso art. 19, D.L. 18/2020. Per quanto attiene alla Cig in deroga, invece, il requisito dell'esame è stato disciplinato dalle singole intese tra le parti sociali definite a livello regionale, tipicamente prevedendo che le aziende beneficiarie fino a 5 dipendenti possano limitarsi ad una informativa nei confronti delle organizzazioni sindacali, dovendo al contrario stipulare un vero e proprio accordo qualora abbiano una superiore dimensione occupazionale[41]. Per quanto attiene, infine, alle prestazioni del Fondo di solidarietà bilaterale dell'artigianato l'accordo è sempre obbligatorio, sebbene stipulato in via telematica mediante un *template* messo a disposizione sul sito del Fondo stesso.

Nei fatti, una certa schizofrenia normativa ha determinato l'esistenza di procedure sindacali ad intensità variabile: a) *procedura sostanzialmente forte:* per i soli datori di lavoro soggetti alla Cig in deroga purché occupino più di cinque dipendenti, ai quali è imposto sia l'esame congiunto che la stipula dell'accordo sindacale; b) *procedura sostanzialmente forte ma eventuale*: nei casi di Cigo e Fis, ove, l'esame congiunto può esserci in va telematica entro tre giorni dall'informativa, ma non vi è alcun obbligo di concludere l'accordo sindacale[42]; c) *procedura formalmente forte e sostanzialmente debole*: per i datori di lavoro artigiani soggetti al Fsba, ai quali è imposta la stipula di un accordo sindacale generato da un

[41] M. Marazza, *Procedure sindacali e Cigd causale "Covid-19": la commedia degli equivoci*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020. La rassegna completa degli Accordi regionali è consultabile in http://www.bollettinoadapt.it/covid-19-accordi-regionali-cassa-integrazione-in-deroga, ultimo accesso 30 luglio 2020.

[42] Da ultimo sul punto si veda il messaggio Inps 28 luglio 2020 n. 2981.

sistema informatizzato (*Sinaweb*) e senza alcun preventivo esame congiunto[43]; d) *procedura debole*: per le sole domande di Cig in deroga nelle aziende fino a 5 lavoratori e per le domande di Fis e Cigo intervenute tra la conversione in legge del D.L. 18/2020 (24 aprile 2020) e l'entrata in vigore del D.L. 34/2020 (19 maggio 2020), in relazione alle quali sussiste il semplice obbligo di informativa alle OO.SS. territoriali.

Le procedure sopra evidenziate non rispondono neppure a criteri di ragionevolezza. Creano infatti disparità nell'accesso al trattamento di integrazioni salariali tra lavoratori sulla base dei requisiti aziendali per l'accesso all'uno o all'altro trattamento. Inoltre, in linea tendenziale, sacrificano le procedure sindacali proprio dove le stesse hanno maggiormente ragion d'essere: è evidente che l'esigenza della rotazione o la verifica dell'effettiva sussistenza della crisi aziendale è tanto più imperativa ove le aziende siano di maggiori dimensioni occupazionali.

Un quadro normativo siffatto crea il pericolo che l'esame congiunto sia vissuto dalle parti sociali come mero adempimento burocratico, più che occasione di tutela dei diritti dei lavoratori nelle crisi d'impresa. La riduzione del contratto collettivo aziendale a mera eventualità, o a *fac simile* da precompilare e sottoscrivere per mera presa visione, a ben vedere, snatura anche il ruolo che lo stesso ricopre nell'ordinamento giuridico. Questo, peraltro, in palese contraddizione con l'efficace ruolo svolto dalla contrattazione collettiva sul piano della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemiologica: non solo in sede di stipula dei Protocolli del 14 marzo 2020 e del 24 aprile 2020 ma anche e proprio a livello aziendale[44].

5. *Conclusioni*

Il quadro sopra evidenziato induce ad un'ultima considerazione. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha creato una universale ed immediata esigenza di sostegno al reddito, peraltro condivisa da tutti i lavoratori: dipendenti, autonomi e parasubordinati. Eppure la stessa non è stata determinata da crisi aziendali – semmai ne è la ragione.

L'utilizzo degli ammortizzatori sociali, pensati per la gestione di situazioni di crisi, semplicemente emendati *à la carte* dal legislatore, è stato perciò quanto

[43] Delibera d'urgenza del Fondo di solidarietà bilaterale dell'artigianato del 2 marzo 2020. Si noti, peraltro, che in occasione delle proroghe degli interventi di integrazione salariale ordinario l'Fsba non ha previsto adempimenti di carattere sindacale, neppure a livello informativo.

[44] Si veda ad esempio L. Citterio, V. Marini, *La contrattazione collettiva aziendale dei grandi gruppi aziendali del settore metalmeccanico ai tempi del Covid-19*, in *Bollettino ADAPT*, 23 marzo 2020, www.bollettinoadapt.it.

mai improvvido. Ha comportato le sopra esposte distorsioni nei rapporti tra parti sociali, tra Stato e Regioni nonché inique differenziazioni tra lavoratori. Il tutto contando di snellire la percezione delle indennità da parte di lavoratori, senza raggiungere l'obiettivo.

Il sostegno al reddito sarebbe stato meglio realizzato mediante la corresponsione a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro *status*, di indennizzi *una tantum*, a erogazione diretta da parte dell'Inps[45] o della Cassa di Previdenza d'appartenenza, prevedendo adempimenti semplificati, quali l'(auto)certificazione del reddito perduto in ciascun mese. Un intervento di questo tipo, da limitarsi al momento di maggior intensità dell'emergenza, avrebbe soddisfatto nell'immediato la necessità di integrare il reddito e conservato liquidità per tutte le imprese nell'incertezza del momento.

Gli ammortizzatori sociali, anche in forma dell'auspicabile ammortizzatore sociale unico[46], al contrario, avrebbero dovuto e dovrebbero essere riservati alla gestione delle crisi aziendali *conseguenti* l'emergenza epidemiologica. Il subentro degli ammortizzatori sociali agli indennizzi, da prevedere a partire dal periodo immediatamente successivo alla riapertura delle attività produttive, avrebbe garantito l'appropriato coinvolgimento delle organizzazioni sindacali territoriali e delle loro rappresentanze aziendali a salvaguardia dei diritti sociali dei lavoratori sospesi.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Ballestrero M. V., De Simone G., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019[4].

Barbieri M., *Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia*, in *Ammortizzatori sociali: regole, deroghe, prospettive,* a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2009.

Boeri T., Perotti R., *La cura d'aprile che non cura*, la Repubblica, 22 aprile 2020.

Brisciani M., *CIG in deroga Covid: le aziende plurilocalizzate sono (di nuovo) nel caos*, Ipsoa Quotidiano, 21 luglio 2020.

Carinci F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2003, pp. 243-285.

Citterio L., Marini V., *La contrattazione collettiva aziendale dei grandi gruppi aziendali del settore metalmeccanico ai tempi del Covid-19*, in *Bollettino ADAPT*, 23 marzo 2020, www.bollettinoadapt.it.

[45] M. Faioli, *La prospettiva del* more than just *per il sostegno al reddito durante e dopo la pandemia*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 417.

[46] T. Boeri, R. Perotti, *La cura d'aprile che non cura,* cit., si veda inoltre il *dossier* predisposto dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro in occasione della manifestazione del 30 luglio 2020 http://www.consulentidellavoro.it/, ultimo accesso 30 luglio 2020.

Faioli M., *La prospettiva del* more than just *per il sostegno al reddito durante e dopo la pandemia,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, pp. 410-420.

Marazza M., *Procedure sindacali e Cigd causale "Covid-19": la commedia degli equivoci*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020.

Marrucci M. *Covid e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020.

Neri A., Zanichelli F., *Principali risultati dell'indagine straordinaria sulle famiglie italiane nel 2020*, Banca d'Italia, www.bancaditalia.it, ultimo accesso 7 luglio 2020.

Nogler L., Marinelli M., *La riforma del mercato del lavoro: Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 2012.

Pallini M., *Sono compatibili gli ammortizzatori sociali "in deroga" con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato?*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2009, pp. 353-370.

Salimbeni M. T., *L'irresistibile forza centripeta dell'esame congiunto: la procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 3, 2018, pp. 557-584.

Scarpelli F., *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Essediesse, Roma, 2020.

Tucci M., *Cig in deroga, migliaia di lavoratori ancora in attesa. È scontro Inps-Regioni*, Il Sole 24 Ore, 6 maggio 2020.

Valente L., *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2017, pp. 729-772.

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEL PAZIENTE ED EMERGENZA DA COVID-19

ANGELO VENCHIARUTTI*

1. *Riservatezza e emergenza epidemiologica da Covid-19*

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha sottoposto le strutture sanitarie e il personale medico e infermieristico ad uno sforzo altamente significativo e lodevole negli interventi volti alla cura e al contenimento dell'epidemia.

In mancanza di specifiche terapie, e in attesa dei risultati della ricerca sul vaccino, le misure volte al contrasto alla diffusione del virus si sono concentrate, più che altro, oltre che nel ricovero dei contagiati in strutture ospedaliere, nell'isolamento volontario degli individui e nell'imposizione della quarantena agli infetti. Misure che sono suscettibili di sollevare una serie di problematiche anche sul fronte della tutela della riservatezza nella relazione medico-paziente.

Sinteticamente, la questione può essere riassunta nel modo seguente. Accanto al rispetto della riservatezza dei contagiati, possono sussistere esigenze di segno opposto[1]. Mi riferisco in particolare alla necessità, in vista di circoscrivere e/o di prevenire la diffusione del contagio, di informare chi ha avuto, o è presumibilmente destinato ad avere, contatti stretti con il contagiato (partner, familiari, personale infermieristico o di custodia, volontari, ecc.) rischia di rima-

* Professore associato di Diritto privato nell'Università di Trieste. Un prima stesura del testo è stata pubblicata nel Supplemento digitale de *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 3/2020.

[1] Nel nostro Paese, uno specifico obbligo di segretezza a carico di alcune figure professionali di non rivelare o pubblicizzare informazioni, delle quali esse vengano a conoscenza, per motivi di lavoro, discende dall'art. 622 c.p. Per i medici, l'obbligo di mantenere il segreto è enunciato dall'art. 10, Segreto professionale, del Codice di Deontologia Medica (2018): regole, equivalenti, e talvolta anche più rigide, sono dettate dai Codici Deontologici per psicologi, infermieri, etc. Sul tema, M. Barni, *I doveri del medico*, in *Trattato di biodiritto*, dir. S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, Giuffré, Milano, 2011, p. 161.

nere a sua volta vittima del contagio. La comunicazione a terzi del proprio stato di salute potrà naturalmente essere autorizzata dall'interessato. Cosa succede però se il paziente non dà il proprio consenso, o in ragione delle sue condizioni di salute non è in grado di esprimerlo?

Proprio l'emergenza da Covid-19 ha indotto il Governo ad emanare una serie di regolamentazioni volte, in particolare, a consentire ai soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile e le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale ad effettuare trattamenti, ivi inclusa, la comunicazione tra di loro dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del Regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del Covid-19[2]. Quanto al rapporto medico-paziente, alcune specifiche indicazioni sono desumibili dalla documentazione messa a disposizione dal Garante per la Protezione dei Dati Personali. Tra le indicazioni di maggior rilievo per il tema di cui ci si sta occupando, figurano le risposte alle domande frequenti (FAQ) etichettate "*Trattamento dati nel contesto sanitario nell'ambito dell'emergenza sanitaria*"[3].

Anzitutto viene affermata la liceità per l'operatore sanitario di chiedere al paziente, durante l'esecuzione del tampone Covid-19, l'identità delle persone con le quali ha avuto contati stretti - e ciò al fine di ricostruire la filiera dei rapporti personali del soggetto risultato positivo al tampone[4]. Non vi sono indicazioni invece in ordine alla legittimazione dell'operatore sanitario di comunicare l'esito (ahimè) positivo del tampone alle persone con le quali il contagiato è destinato ad avere "contatti stretti". Si afferma però che nulla osta a che la struttura, sanitaria ove sia avvenuto il decesso, comunichi all'impresa funebre lo stato di positività al Covid-19 del defunto – stante il fatto che le disposizioni adottate nel corso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, hanno previsto che, nei casi di sospetto o accertato decesso da Covid-19, gli operatori del servizio funebre debbano adottare particolari precauzioni, analoghe a quelle già previste per il decesso di persone con malattie infettive e diffusive, al fine di evitare ulteriori contagi[5].

Il Garante affronta inoltre il delicato tema relativo alla comunicazione di informazioni ai familiari, da parte delle strutture sanitarie, sullo stato di salute

---

[2] Si veda in particolare, l'art. 17-*bis*, *Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*, L. 24 aprile 2020 n. 27*, 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.*

[3] V. *https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq*.

[4] Si veda FAQ n. 3.

[5] Si veda FAQ n. 5.

dei pazienti Covid-19, che non sono in grado di comunicare in via autonoma[6]. Al riguardo il Garante precisa che, in contesti del genere, nulla osta a che la struttura di ricovero dedichi un numero verde per fornire tali informazioni prevedendo adeguate misure per identificare le persone effettivamente legittimate a conoscere le informazioni sullo stato di salute del familiare ricoverato.

Da questa precisazione può dunque evincersi che il dovere di preservare la riservatezza permane anche per il paziente di Covid-19: le informazioni possono essere fornite soltanto a persone "*legittimate*" a riceverle. Considerazione quest'ultima che trova conferma nella risposta alla domanda: "*È possibile diffondere i dati identificativi delle persone positive al Covid-19 o che sono state poste in isolamento domiciliare?*". A questo riguardo il Garante ricorda che "*La disciplina vigente vieta la diffusione dei dati relativi alla salute. Tale divieto non è stato derogato dalla normativa d'urgenza sull'emergenza epidemiologica da Covid-19. Pertanto, le aziende sanitarie e qualsiasi altro soggetto pubblico o privato non possono diffondere, attraverso siti web o altri canali, i nominativi dei casi accertati di Covid-19 o dei soggetti sottoposti alla misura dell'isolamento per finalità di contenimento della diffusione dell'epidemia*"[7].

Paiono peraltro destinate ad aver ricadute sul tema della riservatezza anche alcune delle prescrizioni adottate dal Governo in vista del contenimento della pandemia. Si pensi alla disciplina della "*misura della quarantena con sorveglianza attiva*": in essa si prevede che le "autorità sanitarie territorialmente competenti" la adottino (tra l'altro) nei confronti degli "*individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva COVID-19*" [8]. Ebbene, al fine di attivare nei confronti di qualche individuo la quarantena precauzionale, sarà presumibilmente necessario informare l'interessato della ragione per le quali viene sottoposto (per almeno quattordici giorni) ad una misura limitativa della libertà personale: dunque si tratterà di informarlo sull'identità del "*caso confermato*" di COVID-19 con il quale ha avuto contatti stretti (anche in mancanza del consenso di quest'ultimo).

Pur in difetto di ulteriori approfondimenti, il quadro che si ricava dai dati che sono stati fin qui esaminati figura alquanto frammentario. Al fine di cercare di fornire una risposta alla domanda formulata in apertura di questo breve saggio pare opportuno allora considerare altre situazioni. In passato, non sono mancati in effetti i casi nei quali, nell'ambito di un rapporto terapeutico, si è profilato un pericolo per un terzo e il medico si è trovato ad affrontare il seguente delicato dilemma: preservare la riservatezza del paziente o invece informare la persona minacciata per proteggerla.

---

[6] Si veda FAQ n. 4.

[7] Si veda FAQ n. 8.

[8] Circolare del Ministero della Salute, 22 febbraio 2020; e poi D.L. 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

2. *Uno sguardo oltre i nostri confini: il duty to protect dello psicoterapeuta*

Qualche interessante indicazione si ricava volgendo lo sguardo oltre i nostri confini nazionali. La brevità di questo contributo consente peraltro di effettuare solo alcuni brevi cenni sull'esperienza comparatistica. Nei sistemi giuridici di *common law*, è ben radicato in particolare il principio secondo il quale il dovere di riservatezza del medico nei confronti del paziente non è assoluto. In determinate circostanze, l'interesse alla divulgazione può superare quello a mantenere la riservatezza.

Grande clamore hanno suscitato, all'epoca, le pronunce della *Supreme Court of California* sul caso Tarasoff. In quella circostanza, la Corte ha affermato che in capo allo psicoterapeuta, in ragione della speciale relazione esistente tra lui e il paziente, sorga uno specifico dovere di proteggere la potenziale vittima dal pericolo suscitato dal paziente[9]. I fatti del caso possono essere così brevemente riassunti: Prosenjit Poddar, studente dell'University of California (UC) Berkeley, confidava al suo terapeuta, dipendente dalla stessa università, che intendeva prendere una pistola e uccidere la donna oggetto della sua infatuazione, Tatiana Tarasoff. Il terapeuta informava la polizia del campus della minaccia. Però né la polizia né il terapista avvertivano la ragazza - che al ritorno dalle vacanze estive al campus veniva uccisa da Poddar. A seguito dell'uccisione della ragazza, i genitori di Tatiana citavano in giudizio dunque la polizia del campus e l'amministrazione dell'Università (*UC Regents*) per non aver avvertito del pericolo la figlia. La Corte Suprema della California, in ragione della speciale relazione tra il medico e il paziente riconosceva la sussistenza per lo psicoterapeuta di un "*duty to warn others who are in foreseeable danger from the therapists'patients*"[10]. Con una seconda sentenza, la Corte temperava il *duty to warn* in un *duty to protect*, inteso come il dovere "*to use reasonable care to protect the intended victim against such danger*"[11].

[9] Le due decisioni *Tarasoff* furono fortemente influenzate dal saggio di J. Fleming & B. Maximov, *The Patient or His Victim: The Therapist's Dilemma*, dato alle stampe mentre il caso era ancora all'esame della *Supreme Court of California* (in *California Law Review*, vol. 62, 1974, pp. 1025 ss). Per un commento critico delle due decisioni, v. A.A. Stone, *The* Tarasoff *Decisions: Suing Psychotherapist to Safeguard Society*, in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1976, pp. 358 ss.

[10] Tarasoff v. Regents of University of California, 529 P.2d 553, 118 Cal. Rptr.129 (1974).

[11] Tarasoff v. Regents of the University of California, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr.14 (1976): la opinion di maggioranza ha invocato in particolare la section 315 del Restatement .(second) of Torts: "*There is no duty so to control the conduct of a third person as to prevent him from causing physical harm to another unless (a) a special relation exists between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third person's conduct, or (b) a special relation exists between the actor and the other which gives to the other a right to protection*".

Le due decisioni non hanno mancato di suscitare critiche e riserve sia nell'ambito della comunità medica[12] che tra gli studiosi di diritto[13]: in particolare, si è evidenziato come la relazione tra lo psicoterapeuta e il ragazzo fosse troppo flebile per configurare in capo al primo un dovere di controllo sulla condotta del secondo[14].

In ogni caso, pur a fronte delle critiche, la *Tarasoff Doctrine* non è rimasta senza seguito. Alcune corti nordamericane, anche di giurisdizioni diverse da quella californiana, hanno applicato, le regole elaborate dai giudici del caso Tarasoff[15]. Inoltre, nella maggior parte degli Stati, specifiche normative hanno declinato il dovere dello psicoterapeuta di informare la potenziale vittima del proprio paziente[16]. In ragione però delle differenze esistenti tra l'una e l'altra normativa e la varietà degli orientamenti giurisprudenziali che le Corti hanno sviluppato nel corso del tempo[17], permangono ampi margini di incertezza in

---

[12] Ricorda, tra l'altro, E. Klinka, *It's been a Privilege: Advising Patients of the Tarasoff Duty and its Legal Consequences for the Federal Psychotherapist-Patient Privilege*, in *Fordham Law Review,* vol. 78, 2009, p. 866, che, già all'indomani delle due decisioni, più di un commentatore aveva prospettato vari effetti negativi della *Tarasoff Doctrine*: in caso di violazione della riservatezza, i pazienti già in terapia si sarebbero sentiti traditi dal loro medico; stante un'eventualità del genere – ossia la divulgazione di quanto il paziente avrebbe confidato al medico - quelli non ancora in terapia sarebbero stati dissuasi dall'iniziarla. Sul tema, per il nostro ambiente, v. F. Cecere, *Attività epidemiologica e diritto alla riservatezza delle informazioni sanitarie*, in *Politica del Diritto*, 1991, p. 303.

[13] Più di un autore ricorda come in *common law* non vi sia un *"general duty to take affirmative action to prevent harm to another"*: tra i tanti, v. T. J. Murfhy, *Affirmative Duties in Tort Following Tarasoff*, in *St. John's Law Review*, vol. 56, 1984, p. 492 ss., il quale rinvia anche alla section 314, del Restatement (Second) of Torts. In generale, v. F. V. Harper & P. M. Kime, *The Duty to Control the Conduct of Another*, in *Yale Law Journal*, vol. 43, 1934, pp. 886, 898; F. H. Bohlen, *The Moral Duty to Aid Others as a Basis of Tort Liability*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 56, 1908, p. 217 ss.

[14] V., in particolare, A.A. Stone, *The* Tarasoff *Decisions*, cit., pp. 365 ss.

[15] Un'esplicita applicazione della *Tarasoff Doctrine* al di fuori dello Stato della California, è stata fatto nel New Jersey: v. Mcintosh v. Milano, 168 N.J. Super. 466 A. 2d. 500. Sul tema, tra gli altri, E. M. Crocker, *Judicial Expansion of the Tarasoff Doctrine: Doctors' Dilemma*, in *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 13, 1985, pp. 83, 88; L. T. Greenberg, *The Evolution of Tarasoff: Recent Developments in the Psychiatrist's Duties to Warn Potential Victims, Protect the Public, and Predict Dangerousness*, in *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 12, 1984, pp. 315, 322.

[16] A. R. Felthous, *Warning a Potential Victim of a Person's Dangerousness: Clinician's Duty or Victim's Right*, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 34, 2006, p. 341.

[17] V., per una sintesi delle impostazioni seguite nelle diverse giurisdizioni nordamericane, P. B. Herbert & K.A. Young, *Tarasoff at Twenty-Five*, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 30, 2002, p. 277; R. Johnson, R. Persad, & D. Sisti, *The* Tarasoff *Rule: The Implications of Interstate Variation and Gaps in Professional Training*, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 42, 2014, pp. 470 ss.

ordine alle circostanze nelle quali gli psicoterapeuti sono tenuti ad informare le potenziali vittime dei loro pazienti[18].

A chiusura di questo paragrafo, va osservato come non sia estrano, al nostro ambiente giuridico il riconoscimento nell'ambito del tema della responsabilità medica di una posizione di garanzia del medico, nascente dall'instaurazione della relazione terapeutica con il paziente. Circostanza che talvolta ha condotto i nostri giudici a ritenere la sussistenza, in capo agli psichiatri, di un obbligo di protezione nei confronti di terzi[19].

3. *Riservatezza del paziente e malattie contagiose*

Sempre nell'ambiente nord-americano, anche il progressivo incremento delle persone affette dalla sindrome da immunodeficienza acquisita (AIDS) ha suscitato delicati interrogativi[20]. In particolare, oltre a prospettare ipotesi di responsabilità civile nei confronti dei soggetti responsabili della trasmissione del virus dell'AIDS[21], più di un autore si è chiesto se medici e strutture sanitarie potessero essere ritenuti responsabili del contagio per non aver fornito informazioni a terzi circa il rischio di contrarre il virus dell'AIDS da portatori identificati[22].

---

[18] Tra gli altri, v. R. Johnson, R. Persad, & D. Sisti, *The Tarasoff Rule: The Implications of Interstate Variation and Gaps in Professional Training*, cit., p. 476; E. Klinka, *It's been a Privilege: Advising Patients of the Tarasoff Duty and its Legal Consequences for the Federal Psychotherapist-Patient Privilege*, cit., p. 886.

[19] Cass. pen. 11 marzo 2008, n. 10795, in *https://www.neldiritto.it*, che ha confermato la condanna dello psichiatra per la morte di uno degli operatori: costui era stato aggredito ed ucciso da un paziente ricoverato nella struttura psichiatrica, al quale il medico aveva sospeso imprudentemente il trattamento farmacologico, determinando un aggravamento della patologia e una riacutizzazione dell'aggressività. Nella motivazione della sentenza, la Corte precisava che l'attuale sistema di cura della malattia mentale - finalizzato alla tutela della salute del paziente, e in cui il contenimento personale è limitato ai soli casi di necessità in una prospettiva di cura e di superamento, ove possibile, del disagio e della malattia - non esclude l'attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio a tutela anche dei terzi. Sul tema, di recente, v. F. Poggi, *Sul cammino di Basaglia. Problemi e proposte di modifica della normativa sul TSO per malattia mentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, pp. 127 ss.

[20] Negli Stati Uniti, il primo caso di AIDS viene registrato nel mese di giugno del 1981: lo ricorda, tra gli altri, J. S. Talbot, *The Conflict Between a Doctor's Duty to Warn a Patient's Sexual Partner that the Patient has AIDS and a Doctor's Duty to Maintain Patient Confidentiality*, in *Washington & Lee Law Review*, vol. 45, 1988, p. 355.

[21] *Ex multis* D. W. Baruch, *AIDS in the Courts: Tort Liability for the Sexual Transmission of Acquired Immune Deficiency Syndrome*, in *Tort & Insurance Law Journal*, vol. 22, 1987, pp. 165, 169; nonché J. P. Darby, *Tort Liability for the Transmission of the AIDS Virus: Damages for Fear of AIDS and Prospective AIDS*, in *Washington & Lee Law Review*, vol. 45, 1988, pp. 185.

[22] Così D. H. J. Hermann, *AIDS: Malpractice and Transmission Liability*, in *University of Colorado Law Review*, vol. 58, 1987, p. 74.

Pur riconoscendo la particolare importanza del rispetto della riservatezza del paziente in questo contesto[23], vari *law scholars* hanno evidenziato come il diritto alla privacy non sia assoluto. In particolare – si è scritto - il medico potrà violare il dovere di riservatezza là dove la divulgazione di informazioni riservate figuri necessaria per prevenire la diffusione di una infezione contagiosa. A tacer d'altro si tratta di ipotesi alle quali già avevano fatto riferimento i giudici del caso *Tarasoff*[24]. E in effetti non sono mancati coloro che hanno agito nei confronti di medici per chiedere il risarcimento dei danni subiti per non essere stati informati dell'infezione del partner[25]. Forti riserve tuttavia sono state manifestate, nel corso degli anni, sia da parte della comunità medica che da parte di quella giuridica verso l'ipotesi di estensione di un *duty to warn* in caso ai medici curanti di pazienti affetti da AIDS[26]. In ogni caso – si è osservato - l'obbligo il medico andrebbe circoscritto ad un numero alquanto limitato di persone: ossia alle persone che, in base alle conoscenze del medico, hanno la probabilità di contrarre la patologia dal paziente[27].

---

[23] Tra gli altri, v. R. Doughty, *The Confidentiality of HIV-Related Information: Responding to the Resurgence of Aggressive Public Health Interventions in the AIDS Epidemic*, in *California Law Review*, vol. 82, 1994, pp. 113 ss.

[24] Nella decisione del caso Tarasoff, la Corte Suprema della California aveva precisato che "*The courts hold that a doctor is liable to persons infected by his patient if he negligently fails to diagnose a contagious disease (…) or, having diagnosed the illness, fails to warn members of the patient's family (…)*": v. *Tarasoff* v. *Regents of the Univ. of California* 551 P.2d 344, 131 Cal. Rptr. 24 (1976).

[25] All'onore delle cronache è giunto il caso in cui l'ex amante di Rock Hudson - Marc Christian - citò in giudizio, sia gli eredi che i medici dell'attore, morto a causa dell'AIDS. Christian lamentava di non essere stato informato delle condizioni di Hudson, pur se costoro erano a conoscenza della malattia dell'attore e del fatto che continuava ad avere rapporti sessuali con lui. Anche se Christian non aveva manifestato alcun sintomo della malattia, il giudice di primo grado ritenne di accogliere la richiesta di risarcimento del danno per *Intentional Infliction of Emotional Distress*. Visto che la somma liquidata era inferiore a quella richiesta, Christian impugnò la decisione di primo grado. Nel 1991 fu raggiunto fra le parti un accordo extragiudiziale che pose fine alla controversia: v. D. H. J. Hermann & S. Burris, *Torts: Private Law suits about HIV*, in S. Burris, H. L. Dalton, J. L. Miller, *AIDS Law Today*, in *Yale University Press*, 1993, pp. 341 ss.

[26] J. S. Talbot, *The Conflict Between a Doctor's Duty to Warn a Patient's Sexual Partner that the Patient has AIDS and a Doctor's Duty to Maintain Patient Confidentiality*, cit., p. 375. Per l'ambiente francese, v. R. Henrion, Rapport n° 37, *Secret professionnel et sida*, in *Bull. Acad. Nat. Méd.*, séance du 1er mars 1994, p. 378.

[27] Ad esempio, in Simonsen v. Swenson, 104 Neb. 224, 177 N.W. 831 (1920), la *Supreme Court* del Nebraska ha stabilito che il medico può rivelare informazioni riservate di un paziente quando la divulgazione è necessaria per prevenire la diffusione di una malattia contagiosa; allo stesso modo, in Davis v. Rodman, 147 Ark. 385, 227 S.W. 612 (1921), la *Supreme Court* dell'Arkansas ha stabilito che il medico ha il dovere di informare i familiari della paziente in trattamento per una malattia contagiosa; ancora in Hofmann v. Blackmon, 241 So. 2d 752 (Fla. Dist. Ct. App. 1970), *cert. denied*, 245 So. 2d 257 (Fla. 1971), la *Florida District Court of*

Nel nostro Paese, all'eccezionale situazione di emergenza determinata dalla diffusione dell'infezione da HIV il legislatore ha inteso dare una risposta organica con la L. 5 giugno 1990, n. 135 ("*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*")[28]. Quanto alla tutela della riservatezza, l'art. 5, al co. 4° co., ha stabilito che *"(l)a comunicazione dei risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per infezione da HIV può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti*"[29]. La legge non ha preso dunque esplicita posizione sul delicato tema del rapporto tra appunto tutela della riservatezza del paziente e tutela della salute del partner o dei partners che conservino rapporti con la persona colpita dall'infezione[30]. Va ricordato però che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di altri due commi dell'art. 5 (3° e 5°), la Corte Costituzionale ha sviluppato alcune significative considerazioni sul contenuto della tutela della salute della persona[31]. Di rilievo (anche, per il tema di cui si sta scrivendo) è

Appeal ha ritenuto che il medico, una volta diagnostica una malattia contagiosa, ha il dovere di avvertire i familiari del malato; J. C. Ensor, *Doctor-Patient Confidentiality Versus Duty to Warn in the Context of AIDS Patients and Their Partners*, in *Maryland Law Review*, vol. 47, 1988, pp. 674 ss.

[28] Sul tema v. C. Casonato, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1995, pp. 230 ss.

[29] Sul tema v. Cass. 30 gennaio 2009, n. 2468, in *https://www.altalex.comhttps://www.altalex.com*, nonché l'Ordinanza del Garante Privacy. nei confronti di Casa di cura Abano Terme (24 gennaio 2013) con la quale una casa di cura è stata condanna a pagare una sanzione pecuniaria per aver illecitamente effettuato la comunicazione dei dati relativi all'esito del test HIV di un paziente. AA. VV. *Aids e segretezza professionale* a cura di P. Cattorini, Liviana Editrice, Padova, 1992.

[30] Non sono mancate le proposte di intervenire espressamente sul tema: v., ad esempio, Camera dei Deputati, Proposta di legge, n. 591, *Modifiche alla legge 5 giugno 1990, n.135, recante "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS"*, 9 maggio 1996, ove all'art. 3 si prevedeva: "1. *Al comma 4 dell'articolo 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135, le parole: "può essere data esclusivamente" sono sostituite dalle seguenti: "è data". 2. Dopo il comma 4 dell'articolo 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135, come modificato dal comma 1 del presente articolo, sono inseriti i seguenti: "4-bis. Il sanitario che accerta, con esami diagnostici diretti o indiretti, la infezione da HIV in un paziente che intrattiene con una o più persone, di cui abbia conoscenza lo stesso sanitario, rapporti idonei alla trasmissione dell'infezione, avvia una procedura di informazione-consiglio per sollecitare e convincere il paziente a prestare il consenso ed a cooperare per informare i terzi del suo stato di sieropositività. 4-ter. Dinanzi al persistente rifiuto del paziente a cooperare all'informazione di cui al comma 4-bis il sanitario, apprezzata ogni altra circostanza idonea alla tutela della salute dei terzi qualificati, direttamente conosciuti dal sanitario stesso, procede direttamente alla informazione dei pericoli di contagio. 4-quater. L'adempimento del dovere di informazione di cui al comma 4-ter costituisce giusta causa di esclusione del reato di rivelazione del segreto professionale di cui all'articolo 622 del codice penale".*

[31] Si tratta della sentenza della Corte Cost. 2 giugno 1994, n. 218 (in *Foro Italiano*, 1995, I, 46, nota di U. Izzo,), che ha dichiarato "*l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n. 135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS), nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi.*"

l'affermazione che la tutela della salute implica e comprende "*il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri*". Ebbene la Corte ha ritenuto che nel caso di malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, l'interesse comune della salute e l'esigenza della preventiva protezione dei tersi consentano, e talvolta, rendano obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti. Facendo leva sulle stesse argomentazioni, pare plausibile ipotizzare che, fermo restando il diritto alla riservatezza della persona, possa essere consentita la comunicazione da parte del medico curante di dati sullo stato di salute per consentire al terzo di sottrarsi al contagio. E del resto, pur se riferito ad un caso con una diversa patologia infettiva (HCV cronica), la Corte di Cassazione, ha ritenuto prevalente il diritto all'incolumità fisica del terzo o della collettività contro il diritto alla difesa dei dati personali[32].

4. *Le informazioni relative a malattie genetiche*

Anche nell'ambito delle malattie di carattere genetico, i progressi della scienza rendono problematico dirimere il conflitto tra il diritto alla segretezza e quello all'informazione. Proprio di recente la *High Court of Justice* inglese è stata chiamata a pronunciarsi su un problema del genere[33]. Il contesto dal quale prende le mosse il giudizio della Corte inglese è contrassegnato da una serie di eventi tragici e singolari. Ad un uomo che era stato internato in alcune strutture sanitarie (in base al *Mental Health Act*), per aver ucciso la madre della figlia, viene diagnosticato l'*Huntington's disease*[34]. Dopo qualche tempo, lo staff medico viene a sapere che la figlia dell'uomo è incinta. In considerazione dell'alto ri-

[32] Cass. 6 maggio 2017, n. 11994, in *https://www.privacy.it*. La domanda giudiziale aveva ad oggetto il risarcimento del danno subito dall'attore per aver contratto una grave malattia infettiva (che ne ha poi provocato la morte), trasmessagli dalla moglie ammalatasi a seguito di trasfusioni di sangue infetto. I sanitari, pur se a conoscenza della grave patologia, avevano ritenuto di dover tutelare il diritto alla privacy su dati sensibili non fornendo alcuna comunicazione a soggetti terzi (marito). La Corte ha ritenuto invece la prevalenza del diritto all'incolumità fisica del marito o della collettività sul diritto alla difesa dei dati personali.

[33] ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors [2020] EWHC 455 (QB) (28 February 2020).

[34] La malattia di Huntington (corea di Huntington) è una patologia ereditaria causata dalla degenerazione di neuroni situati in specifiche aree cerebrali – striato e corteccia cerebrale – e caratterizzata da una generale atrofia del cervello. La malattia si trasmette con modalità autosomico dominante: un genitore affetto ha cioè una probabilità del 50% di trasmetterla a ciascuno dei propri figli. Allo stato attuale non esiste una cura. Solo di recente, in alcuni centri clinici, anche italiani, è cominciata la sperimentazione di una terapia innovativa.

schio di trasmissione genetica i medici vorrebbero informarla di quanto è stato diagnosticato al padre. L'uomo tuttavia non acconsentiva alla divulgazione di quelle informazioni e dunque nulla veniva comunicato alla donna (identificata con la sigla *ABC* nella vicenda giudiziaria). Soltanto dopo alcuni anni, la donna scopriva di essere affetta dalla stessa patologia genetica del padre. Angosciata per la propria situazione e profondamente preoccupata per il figlio, *ABC* citava in giudizio le tre strutture sanitarie nelle quali era stato ricoverato il padre[35]: chiedeva il risarcimento per il danno psichico subito e gli ulteriori danni conseguenza. Secondo la donna, in ragione anche del suo stato di gravidanza, le tre strutture sanitarie avevano l'obbligo di informarla della malattia che era stata accertata al padre: i medici e gli altri operatori sanitari avrebbero dovuto ritenere prevalenti i suoi diritti e interessi rispetto a quelli di tutelare la riservatezza del padre. Se fosse stata informata – aggiungeva - si sarebbe sottoposta tempestivamente ad un test. E qualora il test avesse accertato la sussistenza della patologia - affermava ancora la donna - lei avrebbe interrotto la gravidanza: in tal modo il figlio non sarebbe stato esposto al rischio di dipendere (in futuro) da un genitore single gravemente ammalato (o di diventare precocemente orfano) e di ereditare anche lui la malattia.

Mrs Justice Yip della *High Court* è però di diverso avviso[36]. Essa riconosce la sussistenza, in capo ad alcuni degli operatori sanitari coinvolti nella cura dell'uomo, di un obbligo legale di bilanciare i diritti e gli interessi del paziente con quelli della donna: da un lato, la tutela della riservatezza, dall'altro il diritto di conoscere il rischio di aver contratto la malattia genetica diagnosticata al padre. Precisa poi il giudice che quell'obbligo sorge soltanto in particolari circostanze: ossia quando vi è una stretta relazione tra i medici e la persona a rischio[37]. Con riguardo al caso specifico, il giudice Yip ritiene peraltro che gli operatori sanitari non avevano violato quel *duty,* giacché avevano svolto, secondo uno standard ragionevole, il bilanciamento tra gli interessi contrapposti del paziente e della figlia. In particolare, si legge nella parte conclusiva della sentenza: "*I have not found any actionable breach of duty on the part of the second defendant. The decision not to disclose was supported by a responsible body of medical opinion and was a matter of judgment open to the second defendant after balancing the competing interests*"[38].

[35] Oltre che nei confronti del St George's Healthcare NHS Trust, l'azione giudiziale è promossa contro il South West London and St George's Mental Health NHS Trust, e il Sussex Partnership NHS Foundation Trust.

[36] La sentenza della *High Court* e giunge dopo l'annullamento da parte della *Court of Appeal* di una prima sentenza di rigetto delle pretese della donna: ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors [2017] EWCA Civ 336 (16 May 2017).

[37] ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors [2020] EWHC 455 (QB) § 260.

[38] ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors [2020] EWHC 455 (QB) § 262.

Fin dai primi commenti, il riconoscimento in capo ai medici di un dovere di bilanciare gli interessi del paziente con quelli dei terzi è stato ritenuto significativo[39]. Rimane aperta la questione chiave relativa a quali in concreto siano le circostanze in cui, per il medico, sia giustificato violare la riservatezza di un paziente e informare il terzo. La stessa Corte inglese riconosce che si tratta di una decisione difficile. E quale indicazione generale afferma che il *legal duty* si affianca a quello stabilito in ambito professionale e deve essere esercitato seguendo, in via generale, le *Guidelines* del *General Medical Council*[40].

4. *Qualche conclusione*

È tempo di formulare qualche nota conclusiva. Dalla pur sintetica illustrazione della casistica sono formulabili i seguenti commenti: in base alle regole generali, il medico deve serbare il segreto su tutto ciò che gli è confidato dal paziente o che può conoscere in ragione della sua professione. In certe circostanze però la *disclosure* di quelle informazioni può essere giustificata da interessi di carattere generale. In altri termini, il medico può trovarsi a dover fronteggiare situazioni nelle quali, in ragione della sussistenza di interessi di altri soggetti o della collettività, la tutela della riservatezza del paziente conosce delle limitazioni.

Ebbene torniamo al tema dal quale si sono sviluppate le riflessioni contenute in queste pagine. La situazione di emergenza sanitaria da Covid-19 mette proprio in luce la necessità di contemperare la tutela della riservatezza della persona malata con le contrapposte esigenze di celerità e di urgenza di intervento a garanzia della salute (oltre che del paziente) dei terzi. In circostanze del genere, si tratta comunque di valutare la situazione con particolare cautela.

Nelle pagine iniziali, si è ricordato che il legislatore italiano ha autorizzato, con vari interventi, la comunicazione dei dati personali dei contagiati tra le diverse strutture competenti in ambito sanitario per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19. Anzi alcuni di quei provvedimenti stabiliscono che la comunicazione di dati personali sia effettuata anche a soggetti pubblici e privati diversi dalle strutture sanitarie (e della protezione civile). Né, come si è evidenziato, mancano le circostanze nelle quali il medico, o la struttura sanitaria, si trovano nella necessità di informare i terzi sulle condizioni di sa-

[39] J. Thornton, *Judgment in ABC case rules on confidentiality*, in *www.the lancet.com*, vol. 395, March 7, 2020, pp. 771, ss.

[40] Come ricorda la stessa High Court, in ragione di *pubblic interests* che possono profilarsi in concorrenza con il mantenimento della riservatezza medica, il *General Medical Council* ha elaborato alcune linee guida per i medici, che si sono evolute nel corso del tempo (le più recenti risalgono al 2009, mentre ai tempi dei fatti esaminati dalla Corte era in vigore quelle pubblicate nel 2004).

lute del contagiato. Ci si riferisce ai casi in cui le autorità sanitarie competenti adottano la misura della *"quarantena con sorveglianza attiva*" nei confronti degli "*individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva COVID-19*".

Da più parti sono stati sollecitati interventi volti a disciplinare in modo organico le situazioni emergenziali suscitate dal coronavirus, soprattutto per la regolamentazione delle misure limitative di diritti e libertà fondamentali[41]. Potrebbe essere l'occasione per disciplinare pure il tema del rapporto tra tutela della riservatezza del paziente e tutela della salute dei terzi. Va ricordato peraltro che l'attuale versione del Codice di Deontologia Medica contempla già alcune ipotesi di giusta causa di rivelazione per il medico di quanto gli è stato confidato o ha potuto conoscere in ragione della sua professione[42]. In ragione delle questioni che sono emerse nel corso di questo breve scritto si potrebbe pensare ad un loro aggiornamento, anche alla luce dell'esperienza straniera[43]. L'articolazione delle *Guidelines* del *General Medical Council*, richiamata dalla *High Court* of Justice nella decisione sopra citata può essere presa a modello: in esse si legge, in particolare: "*Personal information may, therefore, be disclosed in the public interest, without patients' consent, and in exceptional cases where patients have withheld consent, if the benefits to an individual or society outweigh both the public and the patient's interest in keeping the information confidential. You must weigh the harms that are likely to arise from nondisclosure of information against the possible harm, both to the patient and to the overall trust between doctors and patients, arising from the release of that information*"[44].

---

[41] Tra gli altri, v. G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *https://www.sistemapenale.it,* 2 aprile 2020.

[42] In particolare, l'art. 9, del Codice di Deontologia Medica, al 2° co., recita: "*Costituiscono giusta causa di rivelazione, oltre alle inderogabili ottemperanze a specifiche norme legislative (referti, denunce, notifiche e certificazioni obbligatorie): a) la richiesta o l'autorizzazione da parte della persona assistita o del suo legale rappresentante, previa specifica informazione sulle conseguenze o sull'opportunità o meno della rivelazione stessa; b) l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute dell'interessato o di terzi, nel caso in cui l'interessato stesso non sia in grado di prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere e di volere; c) l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute di terzi, anche nel caso di diniego dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali*".

[43] In Francia, si ricorda che la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, ha previsto, all'articolo 11, che «*par dérogation à l'exigence fixée à l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, les données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par le covid-19 et des personnes en contact avec elles peuvent être traitées et partagées, sans le consentement des intéressés, dans le cadre d'un système d'information ad hoc ainsi que dans le cadre d'une adaptation des systèmes d'information relatifs aux données de santé déjà existants*». Dal suo canto il *Conseil constitutionnel*, nella sua decisione n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, ha ritenuto che la tutela della salute pubblica potese determinare un sacrificio per la *vie privée* (v., in particolare, §§ 63 ss). In senso critico, B. Py, *Secret professionnel, que n'avons-nous pas retenu de l'expérience du sida*?, in *https://www.dalloz-actualite.fr/*.

[44] ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors [2020] EWHC 455 (QB) § 42.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Barni M., *I doveri del medico*, in *Trattato di biodiritto*, dir. S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, Giuffré, Milano, 2011, pp. 139-171

Casonato C., *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1995

Fleming J. & Maximov B., *The Patient or His Victim: The Therapist's Dilemma*, in *California Law Review*, vol. 62, 1974, pp. 1025-1068.

Harper F. V. & Kime P. M., *The Duty to Control the Conduct of Another*, in *Yale Law Journal*, vol. 43, 1934, pp. 886 – 905.

Hermann D. H. J., *AIDS: Malpractice and Transmission Liability*, in *University of Colorado Law Review*, vol. 58, 1987, pp. 74-90.

Stone A.A., *The* Tarasoff *Decisions: Suing Psychotherapist to Safeguard Society*, in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1976, pp. 358-378.

Talbot J. S., *The Conflict Between a Doctor's Duty to Warn a Patient's Sexual Partner that the Patient has AIDS and a Doctor's Duty to Maintain Patient Confidentiality*, in *Washington & Lee Law Review,* vol. 45, 1988, pp. 355-380.

Thornton J., *Judgment in ABC case rules on confidentiality*, in *www.the lancet.com*, vol. 395, March 7, 2020, pp. 771-772.

CONSIDERAZIONI SULL'APP IMMUNI

GIUSEPPE CITARELLA*

1. *Introduzione*

La recente uscita dell'app Immuni sul mercato italiano offre allo studioso l'opportunità di riflettere riguardo ai rapporti tra diritto e tecnologia, e in particolar modo riguardo al ruolo svolto dai dati personali, nelle nostre società postindustriali[1].

Se, per un lunghissimo periodo, il diritto ha prevalso (inglobandole volta a volta[2]) sulle diverse tecnologie, negli ultimi vent'anni (almeno), la relazione tra diritto e tecnologia ha decisamente finito per assumere una duplice direzione[3]. Da un lato, appare indubitabile la circostanza che il diritto continui a regolare, non senza affanno, la tecnologia; dall'altro, altrettanto vero risulta che la tecnologia si presta ad attuare, regolandolo a "suo modo", il diritto[4].

Quasi inutile dire che simili considerazioni manchino del tutto dei caratteri della novità e dell'originalità. Dovendo operare una cernita tra i molti autori

* Ricercatore di Diritto privato nell'Università di Trieste.

[1] A riguardo si veda il recentissimo contributo di V. Cuffaro, R. D'Orazio, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Il Corriere Giuridico*, v. VI, 2020, p. 729. Suggestive, in una chiave tanto ampia quanto sociologica, le prospettive aperte da S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

[2] Potremmo etichettare questa fase come "*Law is Code*".

[3] Esemplare in questo senso G. Pascuzzi, *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 13.

[4] Significativi riscontri in questo senso, ossia dell'idea secondo la quale *Code is Law*, si possono trovare nelle applicazioni legate alla tecnologia *Blockchain*. Si veda a riguardo T. Wu, *The Bitcoin Boom: In code we trust*, The New York Times, 18 dicembre 2017. Sulla stessa lunghezza d'onda, circa la fiducia riposta nella tecnologia dopo la vicenda Snowden, Y. Benkler, *We cannot trust our Government, so we trust Technology,* The Guardian, 22 febbraio 2016.

che hanno dedicato le loro energie a chiarire i rapporti tra diritto e tecnologia, riteniamo opportuno rivolgere la nostra attenzione a Lawrence Lessig, la cui idea - graficamente rappresentata dalla nota figura della *pathetic dot theory*, inizialmente pubblicata con il titolo di *Chicago new school*[5], e poi opportunamente "travasata" ed ampliata in *Code*[6] - verrà da noi rielaborata per comporre gli snodi di questo contributo.

Crediamo infatti fruttuoso non limitarsi a prendere in esame gli aspetti strettamente giuridici dell'App in questione, ma provare a verificare altresì se prassi sociali, mercato e architettura – come nella *quadripartita* struttura del lavoro di Lessig poco sopra citato - si prestino a mettere in evidenza l'impatto sulle fonti dell'applicazione Immuni, le conseguenze della stessa sulla vita dei cittadini per provare, in chiusura, ad immaginare la transitorietà o la permanenza di un siffatto strumento di tracciamento automatico dei contatti.

L'indagine si propone, in altre parole, di esplorare l'inevitabile iato tra *law in books* e *law in action*, iato che rimane tale anche nell'era dell'informazione tra, sia consentito "l'aggiornamento" di Roscoe Pound, *app in the phone* e *app in action*.

2. *Regole dell'app Immuni*

Dal momento che il centro della nostra indagine è rappresentato dall'App Immuni, appare pressoché obbligatorio prendere le mosse dal suo contenuto normativo[7].

Questo contenuto, come sempre accade nel mondo delle piattaforme[8], si può ricondurre a due distinti, ma ovviamente correlati, territori, legati principalmente alla disciplina del contratto, da un lato, e a quella della tutela dei dati personali, dall'altro. I documenti denominati "Termini d'utilizzo" prima e "Informativa privacy", poi, formeranno quindi l'oggetto della nostra analisi, *strictu sensu*, legale, la quale, anche per ragioni di spazio, si limiterà ad evidenziare gli aspetti salienti e legati alle domande che ci siamo posti nel paragrafo precedente.

---

[5] L. Lessig, *The new Chicago School,* in *Journal of Legal Studies*, v. XXVII, 1988, p. 661.

[6] L. Lessig, *Code version 2.0*, Basics Books, New, York, 2006, p. 130 ss. Il volume è anche liberamente scaricabile in http://codev2.cc/download+remix. Forse è appena il caso di ricordare che l'autore è il creatore delle licenze Creative Commons.

[7] Rinvenibile al seguente URL https://www.immuni.italia.it/app-tou.html, aggiornata al 30 maggio 2020; per gli aspetti tecnici il rimando va, in primis, alla F.A.Q. dell'App stessa https://www.immuni.italia.it/faq.html. Un valido riassunto operativo del funzionamento è altresì rinvenibile qui https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/immuni-come-funziona-lapp-italiana-contro-il-coronavirus/.

[8] Di recente, sul tema piattaforme, concorrenza e tutela del consumatore: G. Resta, *Digital platforms and the law. Contested issues*, in *Medialaws*, v. I, 2018, p. 231.

2.1 *Regole: i termini di utilizzo*[9]

I termini contrattuali tra utente e Ministero della salute – questa è infatti la controparte dell'utente, come si evince implicitamente dai termini di utilizzo ed esplicitamente dall'informativa privacy di cui al paragrafo seguente - contengono, innanzitutto, al Punto 1. Informazioni generali, una clausola di stampo *shrink-wrap license*, generalmente molto comune nei cc.dd. contratti ad oggetto informatico, secondo la quale il *download*, installazione o utilizzo dell'App importa gli effetti di cui all'art. 1341 del codice civile, ossia la conoscenza e l'accettazione del contenuto del contratto stesso (oltre che dei successivi aggiornamenti, estremamente frequenti in questo settore). Si tratta di una statuizione, giova evidenziarlo, tanto ampia, generica e comune, quanto fortemente sbilanciata a favore del predisponente.

Spiccano poi un'ulteriore coppia di clausole di esonero e limitazioni che meritano di essere esplicitamente evidenziate.

In primo luogo, l'attenzione dell'interprete viene infatti attratta, sempre al Punto 1. Informazioni generali, anche graficamente per il corpo nerettato, dalla clausola che esclude la qualificazione dell'App alla stregua di un dispositivo medico. Siamo di fronte ad un'indicazione tutt'altro che marginale, e che si pone nella stessa prospettiva di vantaggio del predisponente, visto che una scelta in senso opposto obbligherebbe il Ministero della Salute ad una procedura di certificazione, con tutte le relative conseguenze in termini di qualità, responsabilità da prodotto e tutela del consumatore.

In secondo luogo, gli utenti minori di quattordici anni, ad affermarlo è il Punto 4. Limiti della licenza, sono totalmente esclusi dall'utilizzo dell'applicazione similmente peraltro a quanto previsto in materia dall'art. 8 del reg. 16/679 UE del 27 aprile 2016 con riguardo all'accesso dei minori di età ai «*servizi della società dell'informazione*»[10]. Sono invece ammessi, con il consenso di almeno di un genitore (o del legale rappresentante), gli infradiciottenni. Anche questa delimitazione, a ben guardare, appare tutt'altro che secondaria, dal momento che finisce per incidere su di un aspetto tecnicamente molto importante, quello del coinvolgimento *volontario* della maggior parte possibile della popolazione italiana, e che prenderemo in considerazione - nell'immediato seguito - attraverso le lenti di quello che, nella terminologia di Lawrence Lessig, chiameremo anche noi mercato.

La maggior parte delle rimanenti predisposizioni contrattuali, infine, sembra indugiare su aspetti più vicini all'orbita del diritto industriale, e in particolar

[9] I termini in questioni sono consultabili al seguente indirizzo https://get.immuni.gov.it/docs/app-tou-it.html.

[10] In tema di minori e tutela dei personali, si vedano, innanzitutto, i materiali predisposti dall'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali: https://protezionedatipersonali.it/minori-e-protezione-dati-personali.

modo del *copyright*, con delle previsioni estremamente (fin troppo, a parere di chi scrive) dettagliate in materia di manleva a favore di Apple e Google che, come è noto, mettendo a disposizione le proprie A.P.I. dedicate, hanno consentito di mettere a punto un'applicazione con una tecnologia parzialmente decentrata (circostanza questa seguita da praticamente quasi tutti i paesi dell'area Ue[11]). Un simile dettaglio, secondo noi, fa nuovamente emergere il potere contrattuale di chi controlla il mercato delle applicazioni, questa volta nei confronti delle istituzioni stesse. Si tratta infatti di clausole talmente standardizzate nel mondo della tecnologia, cc.dd. *boilerplate clauses*, da tradire la loro schietta origine nordamericana. Questo "sospetto", specialmente riguardo la parte Apple[12] è altresì confermato dal fatto che un siffatto dettaglio si ritrova nelle condizioni di uso dell'omologa applicazione di tracciamento dei contatti tedesca[13].

Con una semplificazione (probabilmente) brutale, potremmo affermare che se dai Termini di utilizzo viene rimosso il Punto 1, ci troviamo di fronte a delle previsioni contrattuali *bonne à tout* faire. Siamo quindi in presenza dell'emblema di contratto standardizzato ed unilateralmente predisposto.

2.2 *Regole: l'informativa privacy*[14]

Volendo anticipare le conclusioni del presente paragrafo, possiamo affermare che anche una prima lettura dell'Informativa privacy lascia all'interprete una sensazione di chiarezza, quanto alla forma, e una impressione rassicurante, per ciò che concerne la sostanza[15]. Percezioni queste che, come appena

[11] https://www.technologyreview.com/2020/05/20/1002001/apple-and-googles-covid-tracing-tech-has-been-released-to-22-countries.

[12] https://www.apple.com/covid19/contacttracing.

[13] https://www.coronawarn.app/assets/documents/cwa-eula-de.pdf.

[14] https://get.immuni.gov.it/docs/app-pn-it.html, l'informativa risulta aggiornata al 15 giugno 2020.

[15] Che non si tratti solo di una sensazione è suffragato altresì dal fatto che, a livello nazionale, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali è intervenuta, sin dall'inizio, sull'intero procedimento, attraverso un parere sulla proposta normativa prima (https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050); seguito da un provvedimento di autorizzazione dell'App il 1 giugno 2020 (https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356568) e mediante la valutazione d'impatto del 3 giugno 2020, accompagnata dal suggerimento di adozione di ulteriori miglioramenti tecnici, (https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9357972). Da ultimo il garante ha fornito indicazioni pratiche, in forma di FAQ, il 17 luglio 2020 (https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9435552). A riguardo si veda anche F. Pizzetti, *Pandemia, Immuni ed app di tracciamento tra* GDPR *ed evoluzione del ruolo dei garanti*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 11-33. A livello Europeo, prima ancora, vi è stata una presa di

rilevato, non siamo riusciti ad ottenere dalla lettura dei Termini d'uso. Ma andiamo con ordine.

Innanzitutto, l'informativa appare divisa in due ben distinte parti: la prima, di stampo decisamente discorsivo, si articola in cinque snodi - non numerati - volti a spiegare, in termini estremamente semplificati e comprensibili, il funzionamento dell'App; la seconda parte del documento, invece, si articola in otto punti dal contenuto decisamente più prescrittivo ed analitico.

Venendo alla prima parte, ciò che appare di centrale importanza per l'intero nostro ragionamento è che l'App sia basata su un modello di dati pseudonimizzati (art. 4, n. 5, reg. 16/679/UE)[16] . Siamo in uno spazio intermedio, con tutto quello che una simile zona grigia comporta[17], tra un'associazione univoca di dispositivo ed utente, tipica ad esempio delle applicazioni commerciali comunemente adoperate nella vita quotidiana, e quello dell'utilizzo di dati anonimi, che renderebbe superflua la sottoposizione dell'App stessa alla disciplina relativa alla tutela dei dati personali e del reg. 16/679/UE.

Chiarito questo punto, lo ribadiamo nuovamente, assolutamente centrale dell'intera struttura dell'App, possiamo passare a considerare gli snodi numerati dell'Informativa, che raggrupperemo in: a) Titolarità, finalità e base giuridica del trattamento; b) Tipologie dei dati; c) Flusso e conservazione dei dati; d) Responsabili dei dati; e) Diritti dell'interessato.

Quanto al punto a), le circostanze appaiono estremamente chiare e puntuali. I dati che permettono all'App di fornire un'indicazione del rischio di contagio – di questo si tratta infatti – vedono nella veste del Titolare del trattamento (ai sensi dell'art. 4, n.7, reg. 16/679/UE) il Ministero della Salute, il quale persegue le finalità di allerta delle persone e di tutela della loro salute, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 6 del D.L. 30 aprile 2020 n.28. convertito con modificazioni in L. 25 giugno 2020, n.7*0*.

Venendo al punto b), relativo alla Tipologia dei dati, il sistema opera un'ulteriore disaggregazione tra: elenco A, concernente i dati riguardanti tutti i titolari (provincia di domicilio, indicatori di corretto funzionamento, *token* temporanei e indirizzo I.P.); elenco B, dati specificamente attinenti ai titolari risultati esposti al rischio, (ricezione notifica di esposizione, data dell'ultimo contatto a rischio); ed infine elenco C, dati dei soggetti risultati positivi (chiavi di esposizione, in-

posizione dell'Epdb (https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316030).

[16] Sulla pseudonimizzazione: G. D'Acquisto, *Pseudonymization as a data protection by design instrument*, 2019, https://www.enisa.europa.eu/events/uld-enisa-workshop/giuseppe-d2019acquisto-garante-italian-dpa.

[17] Esemplare, sul punto E. Pellecchia, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, v. II, 2020, pp. 360-373.

dicatori di rischio di precedenti contatti, codice O.T.P., data di comparsa dei sintomi o di prelievo del tampone). Preme sottolineare che, per ognuna di tali sub-categorie di dati sono specificatamente indicate definizioni, finalità e soprattutto – siamo qui veramente al cuore del sistema - la durata massima di conservazione dei dati in questione, che spazia dalla cancellazione pressocché immediata degli indirizzi I.P. (una volta connessi temporaneamente al *server* centrale del Ministero) entro la fine dell'emergenza, in ogni caso fissata al più tardi al 31 dicembre 2020. Siamo in presenza, detta in altre parole, ad una vera e propria *sunset rule*, che ben va a bilanciare la possibile invasività dell'App nella vita delle persone[18].

La voce c), Trasmissione e flusso dei dati, descrive il *flow chart,* sia consentita questa espressione, dall'App al Dipartimento di prevenzione dell'Asl competente. È forse appena il caso di ricordare che l'applicazione di tracciamento dei contagi in questione rappresento solo una tessera del più ampio mosaico costituito dalle misure di contenimento, tracciamento e intervento riguardo la pandemia. Essendo il flusso dei dati l'aggregato di quanto visto *supra* al punto b), rimangono validi i relativi limiti temporali. Non oltre il 31 dicembre 2020, se non auspicabilmente prima, il destino di tutti questi dati appare la cancellazione o aggregazione/anonimizzazione, con conseguente uscita dal raggio di operatività del reg. 16/679/UE.

Nell'operare quanto previsto sopra, siamo ora al punto d), il Ministero potrà avvalersi, ai sensi dell'art. 28 reg. 16/679/UE. dei cc.dd. *responsabili del trattamento*. In ogni caso, in virtù della particolarità dei dati l'accesso è consentito solamente a soggetti autorizzati e a tal proposito istruiti.

Infine, ed eccoci veramente alla parte vitale relativamente alla tutela dei dati personali, il punto 8 dell'Informativa privacy, che abbiamo sub-catalogata con la lettera e). Questa detta delle regole operative le quali, proprio in virtù della pseudonimizzazione di partenza, si riflettono sui diritti dell'interessato di cui agli artt.15-20 reg. 16/679/UE (in materia di diritti di rettifica, cancellazione, limitazione di trattamento, e portabilità dei dati) non tanto derogandoli, quanto rendendoli sostanzialmente inapplicabili. Stante la non semplice riconducibilità dell'identificativo alla persona interessata, infatti, il diritto di cancellazione dei dati, volendo fare un esempio, viene praticamente svuotato di portata pratica. Sono questi, da un lato, gli effetti di una *privacy by design* come da art. 25 reg. 16/679/UE. Dall'altra, siamo di fronte all'ennesima conferma di come le scelte tecnologiche (in questo caso, lo ripetiamo, pseudonimizzazione) si riflettano sui diritti.

[18] Particolarmente attenta al bilanciamento G. Finocchiaro, *Il punto sull'app Immuni. Bilanciamento tra i diritti*, http://www.medialaws.eu/il-punto-sullapp-immuni-bilanciamento-tra-diritti/. Nella medesima prospettiva si veda anche M. Plutino, "Immuni". *Un* exposure notification app *alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 173-193.

3. *Prassi sociali e mercato*

Esplorata la parte più familiare alla sensibilità del privatista, costituita da regole scritte (nel caso di specie, unilateralmente predisposte) in materia di contratto e tutela dei dati personali, è il momento ora di cercare di mettere a fuoco gli aspetti legati ai comportamenti sociali, prima, e quelli influenzati da scelte – *lato sensu* – di mercato, poi. È bene però chiarire che - come spesso accade alle costruzioni teoriche, allorquando queste vengano messe a confronto con la realtà operazionale - andremo sicuramente incontro a delle sovrapposizioni. Detto in altri termini, sarà deluso chi si aspetti di trovarsi di fronte ad un serie di categorie costituite quali compartimenti stagni e non comunicanti tra di loro. Nel mondo reale, o *law in action* se si preferisce - le regole giuridiche, sociali, di mercato e tecnologiche (architettura) finiscono fatalmente per sovrapporsi e a dare luogo ad interazioni tra di loro. Di questa circostanza è conscio, ovviamente, anche l'autore della teoria che abbiamo presa a prestito per svolgere le presenti considerazioni[19].

La principale interferenza tra regole sociali, sprovviste quindi di una sanzione in senso strettamente giuridico, e quelle strettamente giuridiche, emerge allorquando si vada a considerare la non obbligatorietà dell'installazione dell'applicazione stessa. Questa basilare circostanza[20], rinvenibile sin dal fondamento normativo del trattamento dei dati costituito dall'art. 6, co. 4, D.L. 30 aprile 2020 n. 28 (convertito con modifiche in L. 25 giugno 2020 n.70), fa quindi sì che la mancata installazione - o utilizzo, si pensi a chi installi sì l'applicazione, ma la tenga poi costantemente disattivata - del programma di tracciamento non vada a pregiudicare non solo i dati personali del cittadino, ma, ancor prima, la più ampia sfera costituita dai propri diritti fondamentali. In altre parole, un'applicazione la cui installazione (ed utilizzo) venga configurata alla stregua di un obbligo per poter fruire dell'intero raggio della proprie prerogative personali si porrebbe in rotta di collisione con i nostri precetti costituzionali, europei ed internazionali in materia di libertà e dignità delle persone.[21] Senza considerare poi la compromissione delle libertà dei minori, vista sopra, esclusi dall'utilizzo dall'applicazione di tracciamento e di chi si trovi ad essere, per le più svariate

[19] L. Lessig, *Code version 2.0*, cit., p. 124.

[20] È interessante riportare anche il punto di vista etico a riguardo J. Morley, J. Cowls, M. Taddeo, L. Floridi, *Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps*, in *Nature*, v. DLXXXII, 2020, pp. 29-31.

[21] Si veda a riguardo O. Pollicino, *Fighting Covid-19 and protecting privacy. A proposal in the light of the roots of European Constitutional law*, http://www.medialaws.eu/fighting-covid-19-and-protecting-privacy-a-proposal-in-the-light-of-the-roots-of-european-constitutional-law/ e G. Della Morte, *Necessità e proporzionalità in "Immuni"*, http://www.medialaws.eu/necessita-e-proporzionalita-in-immuni/.

circostanze, vittima di un *digital divide,* che finirebbe per escludere completamente anche una minima partecipazione alla vita sociale.

Riassumendo, la volontarietà, imposta dalla legge stessa, dell'installazione e utilizzo dell'App immuni, configura tale atto alla stregua di una regola sociale, sprovvista di una sanzione giuridica.

Venendo ora alla prospettiva di ciò che possiamo chiamare *mercato*, tema del quale si inizia oramai a discutere - recentemente - sempre di più allorquando lo scambio venga a coinvolgere i dati personali[22], sembra opportuno osservare che, a parità di sostrato giuridico, spicca il caso della Germania, la quale, pur avendo rilasciato l'applicazione in questione ben più tardi del nostro paese, è tuttavia riuscita ad innestare un "circolo virtuoso", documentato non solo in termini di numero di *download*, ma anche dal ruolo giocato dalla app stessa nel contenimento e tracciamento della pandemia[23].

Nel nostro paese, invece, sembra che al numero di utilizzatori ben al di sotto delle aspettative si stia altresì accompagnando un numero di contagi rilevati a mezzo App piuttosto limitato[24].

Quali la ragione di questa *débâcle*? Appare probabile che, di fronte al rischio di una notifica di avvenuta esposizione al rischio, che l'App quantifica attraverso un contatto prolungato almeno 15 minuti ad una distanza inferiore ai 2 metri, e alla conseguente necessità di autoisolamento in attesa del dato risolutivo del test, una significativa parte dei cittadini italiani preferisca non installare l'App in questione, rinunciando in tal modo a contribuire ad una sorta

---

[22] Sull'importantissima questione, da ultimo, in termini critici circa la configurabilità di un *mercato dei dati* V. Zeno-Zencovich, *Do data markets exist?*, in *MediaLaws*, v. II, 2019, pp. 22-38 e V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, v. IV, 2018, pp. 689-726.

[23] Interessanti i dati rinvenibili in https://www.wired.it/internet/web/2020/07/27/app-contact-tracing-italia-germania/. L'Istituto Robert Koch, l'ente del Governo tedesco incaricato della ricerca e prevenzione delle malattie infettive, per parte sua, ha di recente (28 luglio 2020) pubblicato un riassunto dei *download*/chiamate al call center e numero di casi sospetti https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/WarnApp/Kennzahlen.pdf?__blob=publicationFile. Per una panoramica globale, circa l'impiego di *digital trackers*, si veda il sito (costantemente aggiornato) https://www.top10vpn.com/research/investigations/covid-19-digital-rights-tracker/.

[24] Fonti giornalistiche (https://www.wired.it/attualita/tech/2020/07/23/pisano-wired-next-fest-immuni/) riportano che il Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione quantifica, alla data del 20 luglio 2020, 43 casi positivi segnalati a mezzo App Immuni, con un numero di *download* sotto i quattro milioni e mezzo, pari al 12% della popolazione. Potremmo certo anche consolarci pensando a chi - la Norvegia - https://www.technologyreview.com/2020/06/15/1003562/norway-halts-coronavirus-app-over-privacy-concerns/ , ad esempio, ha deciso, di fatto, di uscire da siffatto "mercato", per decisione della propria Autorità per la tutela dei dati, per lo sbilanciamento tra compressione dei diritti personali e rischio rappresentato dal Covid-19.

di solidarietà digitale[25] rappresentata dalla condivisione, controllata e confinata, dei propri dati.

A questo punto, crediamo di poter avanzare una prima conclusione interlocutoria: a determinare il riscontro di mercato dell'applicazione, da parte dei cittadini/utilizzatori, concorre non solo il formante giuridico e tecnologico - con le loro, lo ripetiamo, innegabili interazioni e sovrapposizioni - ma anche ciò che potremmo più genericamente chiamare *fiducia* nel sistema complessivo, che crediamo sia possibile misurare[26] attraverso il numero di installazioni dell'applicazione.

4. *Architettura*

È ora giunto il momento, avvicinandosi la chiusura, di andare a considerare quali siano gli elementi strutturali della tecnologia impiegata e quali i loro riflessi, nella prospettiva indicata in apertura, sugli effetti dell'App in questione nella nostra vita quotidiana.

Della pseudonimizzazione si è già detto *supra sub* 2.2, dalla prospettiva legata alla tutela dei dati personali. Si tratta ora di andare a considerare un ulteriore aspetto tecnico, ossia all'impiego della tecnologia B.L.E. (*Bluetooth Low Energy*), che permette ai dispositivi mobili di riconoscersi tra di loro, senza necessariamente utilizzare altri strumenti di tracciamento, quali i segnali G.P.S, Wi-Fi, reti mobili e sensori o interpolazioni tra questi segnali[27]. Questa scelta tecnica appare di fondamentale importanza per l'equilibrio complessivo tra circolazione di dati personali e prevenzione/contenimento/tracciamento del contagio. Questa tecnologia, in effetti, permette senza dubbio di tracciare i movimenti delle persone, e di segnalare l'avvenuto raggiungimento di una soglia di rischio, qualora i dispositivi sui quali viene installata l'App Immuni permangano prolungatamente in prossimità. Ma, nel fare ciò, grazie alla ridotta invasività della tecnologia scelta, questo avviene in uno spazio svincolato da una precisa locazione geografica. Siamo di fronte, in altre parole, sì ad un grafo di contatti, ma tale

[25] Interessante, a riguardo, la categoria della *privacy cooperativa* di C. Camardi, C. Tabarrini, Contact tracing *ed emergenza sanitaria. "ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* in corso di pubblicazione.

[26] Consci della complessità dei problemi connessi dalla misurazione di fenomeni sociali, ed in particolar modo del diritto (A. Gambaro *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Aa. Vv., Esi, Napoli, 2012, pp. 17-47, crediamo comunque utile rimandare al più recente aggiornamento dell'*Edelman Trust Barometer* in materia di COVID-19 https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2020-05/2020%20Edelman%20Trust%20Barometer%20Spring%20Update.pdf.

[27] Si tratta della soluzione tecnica, ad esempio, seguita dal sistema Android, per ottenere dati maggiormente precisi dal punto di vista geografico (https://support.google.com/accounts/answer/3467281?hl=it).

grafo appare (sufficientemente) svincolato rispetto ad una mappa geografica vera e propria, in modo da garantire la tutela dei dati personali degli interessati. Adoperando un altro termine tecnico, oramai entrato nel linguaggio pressoché comune, manca la *georeferenziazione* dei dati e soprattutto manca il riferimento geografico della mappa dei contatti che tali dati contribuiscono a creare.

Questo aspetto strutturale/tecnologico, unito al fatto che la mappa dei contatti viene conservata localmente[28], garantisce che il tracciamento vada ad invadere il meno possibile la sfera personale[29], riflettendosi altresì sui diritti del titolare che, come visto *supra* al par. 2.3, non ha la possibilità di ottenere, volendo fare un esempio, la cancellazione/rettifica/integrazione dei propri dati.

5. *Conclusioni*

Volendo concludere, possiamo affermare di essere al cospetto di un'applicazione che, senza stravolgere il consolidato sistema delle fonti, finisce per coinvolgere tutte, da quelle più tradizionali e consolidate a quelle più recenti e meno facilmente classificabili, come – ad esempio quel *soft law* rappresentato dai pareri delle autorità amministrative indipendenti nazionali e dell'Unione Europea[30].

Per ciò che concerne la vita dei cittadini, le circostanze empiriche attuali indicano una portata limitata, circostanza questa in qualche modo prevista oltreoceano non solo da giuristi[31], ma anche da esperti di sicurezza informatica[32].

Quanto all'ultimo e più interessante - dal punto di vista operativo - aspetto, relativo alla permanenza/transitorietà dell'App stessa, la recente decisione del Governo (Delibera del Consiglio dei ministri 29 luglio 2020), di prorogare lo stato di emergenza al 15 ottobre 2020, rappresenta una vera e propria cartina

[28] È questa la caratteristica saliente del sistema *semidecentralizzato* introdotto con le A.P.I. Apple/Google e il modello P.P.C.T. (*Privacy-Preserving Contact Tracing*).

[29] Il Garante per la protezione dei dati personali si mostra conscio dei rischi e, in tal senso, segnala la possibile vulnerabilità del modello scelto ad un cc.dd. "*Paparazzi attack*", nella sua Valutazione d'impatto del 3 giugno 2020, cit.

[30] Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati Personali, successore dell'*Article 29 Working Party* a seguito dell'entrata in vigore del reg. 16/679/UE, è intervenuto, con delle linee guida a riguardo il 21 aprile 2020 (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_en.pdf).

[31] J. Zittrain, *Is digital tracking over before it began?*, in https://medium.com/berkman-klein-center/is-digital-contact-tracing-over-before-it-began-925c72036ee7.

[32] Estremamente *tranchant* il giudizio, in generale, sull'efficacia delle app di tracciamento di B. Schneier, secondo il quale gli errori, di prima e seconda specie (rispettivamente falsi positivi e falsi negativi), rendono sostanzialmente inutili questi programmi. Cfr. B. Schneier, *Me on Covid-19 contact tracing apps*, https://www.schneier.com/blog/archives/2020/05/me_on_covad-19_.html.

al tornasole per l'App stessa. L'intera operazione di raccolta e di utilizzo dei dati a mezzo App Immuni, infatti, è soggetta ad una vera e propria *sunset rule* intravista *supra* al par. 2.2. Ci auguriamo tutti, come cittadini prima ancora che studiosi, che il Paese possa tornare alla normalità e che con questa i dati raccolti a mezzo App. vengano completamente *anonimizzati*, se mostreranno di poter contribuire alla conoscenza scientifica, o definitivamente cancellati.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Benkler Y., *We cannot trust our Government, so we trust Technology,* The Guardian, 22 febbraio 2016.

Camardi C., Tabarrini C., Contact tracing *ed emergenza sanitaria. "ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* in corso di pubblicazione.

Cuffaro V., D'Orazio R., *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Il Corriere Giuridico*, v. VI, 2020, pp. 729-739.

D'Acquisto G., *Pseudonymization as a data protection by design instrument,* 2019, https://www.enisa.europa.eu/events/uld-enisa-workshop/giuseppe-d2019acquisto-garante-italian-dpa.

Della Morte G., *Necessità e proporzionalità in "Immuni"*, http://www.medialaws.eu/necessita-e-proporzionalita-in-immuni/.

Finocchiaro G., *Il punto sull'app Immuni. Bilanciamento tra i diritti*, http://www.medialaws.eu/il-punto-sullapp-immuni-bilanciamento-tra-diritti/.

Gambaro A., *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Aa. Vv., Esi, Napoli, 2012, pp. 17-47.

Lessig L., *Code version 2.0*, Basics Books, New, York, 2006.

Lessig L., *The new Chicago School,* in *Journal of Legal Studies*, v. XXVII, 1988, pp. 661-691.

Morley J., Cowls J., Taddeo M., Floridi L., *Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps*, in *Nature*, v. DLXXXII, 2020, pp. 29-31.

Pascuzzi G., *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 13-39.

Pellecchia E., *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, v. II, 2020, pp. 360-373.

Pizzetti F., *Pandemia, Immuni ed app di tracciamento tra* GDPR *ed evoluzione del ruolo dei garanti*, in *Rivista di Diritto dei Media*, v. II, 2020, pp. 11-33.

Plutino M., "Immuni". *Un* exposure notification app *alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 173-193.

Pollicino O., *Fighting Covid-19 and protecting privacy. A proposal in the light of the roots of European Constitutional law*, http://www.medialaws.eu/fighting-covid-

19-and-protecting-privacy-a-proposal-in-the-light-of-the-roots-of-european-constitutional-law/

Resta G., *Digital plattfomrs and the law. Contested issues*, in *Medialaws*, v. I, 2018, pp. 231-248.

Ricciuto V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, v. IV, 2018, pp. 689-726.

Schneier B., *Me on Covid-19 contact tracing apps*, https://www.schneier.com/blog/archives/2020/05/me_on_covad-19_.html.

Wu T., *The Bitcoin Boom: In code we trust*, The New York Times, 18 dicembre 2017

Zeno-Zencovich V., *Do data markets exist?*, in *MediaLaws*, v. II, 2019, pp. 22-38.

Zittrain J., *Is digital tracking over before it began?*, https://medium.com/berkman-klein-center/is-digital-contact-tracing-over-before-it-began-925c72036ee7.

Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

SEMINARIO DIDATTICO

LA PANDEMIA NELLE AULE TRIESTINE

PAOLO FERRETTI, DAVIDE ROSSI*

Nel momento in cui stavano cominciando le lezioni del secondo semestre dell'anno accademico 2019/2020, dall'Oriente prendevano corpo notizie sempre più inquietanti su un virus che, di lì a poco, avrebbe modificato la quotidianità non soltanto dell'Università o del nostro Paese, ma del mondo intero.

La frenesia e i ritmi cui si è di solito abituati sono stati completamente spazzati via da un morbo che ha cambiato la vita di tutti, addirittura portando via affetti e colpendo mortalmente centinaia di migliaia di persone.

Si è così sperimentata un'esperienza che si credeva lontana nel tempo, e per questo quasi percepita come artefatta, impossibile da riprodursi, vissuta da altre generazioni, relegata nei manuali scolastici o nei ricordi adolescenziali delle stupende pagine manzoniane dedicate alla peste milanese.

La didattica offerta agli studenti ha così perso il suo elemento più qualificante, la dialettica generazionale tra il docente e il discente, quel confronto che anima il senso della conoscenza e che si è potuto in parte preservare tramite l'insegnamento a distanza, attraverso quella tecnologica sempre più immanente nelle nostre vite e nella socialità del XXI secolo.

La presenza di un pubblico di studenti di *Corsi* avanzati – tutte e tre gli insegnamenti coinvolti *(Diritto del Lavoro Avanzato, Storia e Tecnica delle Costituzioni e Codificazioni Europee, Tutela Costituzionale dei Diritti Fondamentali*) sono indirizzati agli iscritti degli ultimi anni – ha quindi indotto i docenti a modificare gli argomenti usualmente trattati per volgere l'attenzione sui risvolti che accadimenti così incredibili stavano inducendo sul diritto e sulle Istituzioni. Di conseguenza è, quasi naturalmente, emersa la volontà di coinvolgere i frequentanti in un confronto tra la pandemia in corso, le scelte adottate dai poteri pubblici, le conseguenze sui cittadini, le teorie giuridiche fondanti, gli equilibri tra esigenze

* Il primo è il Coordinatore del Corso di Laurea a ciclo Unico in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trieste, il secondo interviene quale Curatore del presente volume.

sanitarie ed economiche. Docenti e studenti, per la prima volta alle prese con piattaforme digitali e dialoghi a distanza, hanno così cominciato un confronto, prima all'interno dei propri *Corsi*, quindi tramite seminari collettivi ed interventi di esperti esterni, che sono confluiti nella declinazione di questioni specifiche, su cui poi ciascuno ha sviluppato ricerche individuali.

Altra caratteristica di questi approfondimenti è stata l'impossibilità di ricorrere a fonti a stampa, posta la necessaria chiusura delle biblioteche e dei centri di studio. Senza particolari sussidi, gli studenti hanno cominciato a ricercare materiali presenti in rete, sia in lingua italiana ma spesso anche in lingua straniera: documenti il più delle volte riferiti ad esperienze comparative differenti, oppure ancora acerbi. Sono partorite tre linee di ricerca, una per *Corso,* che coprono aspetti storici e teorici, profili costituzionali e di tutela del lavoro e dei lavoratori, prospettive comparative a fianco di logiche prettamente locali.

Un compito non facile, che ha messo a dura prova le capacità di sintesi – i contributi avevano un limitato spazio a fronte di un'ampiezza tematica spesso difficilmente comprimibile – di allievi che hanno con passione e dedizione affrontato un compito inatteso. Da qui l'intenzione di premiare questi sforzi con una pubblicazione, che è stata consapevolmente lasciata nella forma rivestita a fine maggio, alla conclusione del percorso didattico, senza poter sfruttare l'ulteriore materiale normativo e dottrinale che con l'estate è stato nuovamente messo a disposizione dalla comunità scientifica.

Mesi complicati sono diventati per questi studenti occasione di crescita formativa, momento di elaborazione scritta in un percorso di studio quasi sempre dal taglio orale, esigenza di costante aggiornamento con la realtà che ci circonda.

Se c'è uno scopo formativo attribuibile all'Accademia, crediamo che questo lavoro lo abbia pienamente centrato, costringendo a fare i conti con l'attualità, affrontata, però, non in modo superficiale, ma con rigore metodologico e costruttivo; a ciò si è aggiunto il fattivo confronto tra gli studenti e i docenti, in un'ottica di multidisciplinarietà che non vuole chiudere la conoscenza giuridica in angusti comparti disciplinari, ma cerca di elevarsi, nel tentativo di mettere a fuoco e comprendere pienamente il sapere giuridico, quale sapere tecnico, all'interno della grande realtà socio-economica e politica. Soltanto in questa dimensione si può comprendere a fondo il ruolo del giurista, che non deve cercare di incanalare e piegare la realtà negli schemi e negli istituti creati dalla scienza giuridica, ma, al contrario, vivificare il diritto nel suo formarsi nella storia e nella carnalità della vita, richiamandosi alla «elementare ma salvante verità che quel punto (il diritto positivo) non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea (la storicità del diritto) che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro»[1].

[1] P. Grossi, *Storicità del diritto*, Jovene, Napoli, 2006, p. 9: «lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto

Il risultato – lo potrete constatare dalla lettura – è ampiamente positivo: senza fatica emerge lo sforzo compiuto dagli studenti, sia dal punto di vista contenutistico che di capacità di sintesi e di esposizione. Se alle volte può trasparire un po' di acerbità, è certamente compensata dall'impegno e dal desiderio di confrontarsi con temi e situazioni molto delicate e particolari e complesse, cui aggiungere quel senso di inquietudine per l'ignoto che si stava vivendo.

Si percepisce il profondo valore dell'Università, al di là e oltre la specifica funzionalità, le cui radici plurisecolari la pongono al centro del panorama istituzionale della cultura occidentale: il costante rapporto tra docente e discenti, quale fulcro del modello organizzativo medievale[2] sopravvissuto fino ad oggi – basti pensare alla presenza degli studenti nella *governance* accademica – è sempre stato volto alla ricerca di una coesione con le esigenze della società, banco privilegiato per il reclutamento del mondo del lavoro, fucina di approfondimenti e di scienza, alla costante scoperta di quell'equilibrio sottile di teoria e prassi.

La speranza è quella di aver lanciato – e lasciato – un messaggio metodologico, che consiste nel non accumulare in modo neutro informazioni e dati, ma di riuscire a sviluppare capacità critica e desiderio di trasformare quanto recepito in nuove forme di conoscenza e dottrina[3].

---

positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolandolo e immobilizzandolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro». Si riprende una celebre metafora utilizzata dal Maestro fiorentino ancora negli anni Novanta e ora consultabile in Id., *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista),* in *Società, diritto, Stato*, Giuffrè, Milano, 2006.

[2] *Università in Europa: le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento. Atti del Convegno internazionale di studi, Milazzo, 28 settembre-2 ottobre 1993,* a cura di A. Romano, Rubettino, Catanzaro, 1995.

[3] Celebre in questo senso l'insegnamento di Emilio Betti, basti il riferimento alla *Teoria Generale dell'interpretazione,* II Tomi, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990 (ma 1955).

L'*ÉTAT DE SIÈGE* NELL'ESPERIENZA FRANCESE

MATTIA BIANCHI

1. *Nascita ed evoluzione normativa dell'état de siège*

L'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, cartina tornasole della moderna civiltà giuridica europea, afferma che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una Costituzione». Tale norma sancisce uno dei principi fondamentali del mondo del diritto d'oggigiorno: la "sacralizzazione"[1] della legge come condizione, come limite all'attività dell'amministrazione.

Le situazioni d'emergenza qui trattate e i conseguenti poteri straordinari ideati per porvi rimedio mettono palesemente in crisi questa concezione-pilastro. I fenomeni che rendono necessaria l'instaurazione di un regime del tutto eccezionale, ossia lo stato d'assedio[2], proprio per permettere di affrontarli e gestirli,

[1] P. Passaglia, *Poteri emergenziali e limiti al principio di legalità*, con contributi di C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, M.T. Rörig, 2011, pp. 1-19, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf. In primo luogo, è necessario precisare che il portato valoriale dell'art. 16 non è proprio della singola norma in questione, ma della Dichiarazione nel suo complesso, o ancora meglio, dell'intero periodo rivoluzionario. In secondo luogo, si deve evidenziare come l'inossidabile principio di legalità nel corso della storia ed in particolar modo nel corso di quella francese, ricca di agitazioni e stravolgimenti, sia stato "elasticizzato" a seconda della gravità delle circostanze eccezionali che si potevano di volta in volta verificare. In modo tale da permettere alle autorità competenti di fronteggiarle con la stessa eccezionalità, ossia, non rimanendo imbrigliate nelle regole che, in via ordinaria, disciplinavano la loro azione.

[2] Cfr. P.G. Grasso, *Figure di stato d'assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, v. XXIV, 2, 1959, pp. 76-123. Storicamente, già a partire dal periodo delle roccaforti medievali che durante l'*Ancien Régime* costellavano il territorio francese, l'emergenza veniva incarnata dallo stato d'assedio che oggigiorno si potrebbe definire come l'assetto eccezionale al quale un territorio è sottoposto temporaneamente per superare condizioni di turbativa

sono ontologicamente mutevoli ed imprevedibili. Ciò, di conseguenza, implica valutazioni del tutto variabili sulla base delle esigenze pratiche del momento.

Si può affermare, quindi, che lo stato d'assedio sfugge, almeno in parte, al principio di legalità e ad una sua precisa determinazione a priori. Va considerato come una primordiale espressione del principio giuridico dell'autoconservazione[3], una trasposizione allo Stato del diritto alla legittima difesa spettante all'individuo.

Sono questi i termini della problematica giuridica che vengono a delinearsi, i due poli che si intrecciano e si scontrano nell'emergenza: Stato ed individuo. Da un lato la «*salus populi suprema lex esto*»[4] di Cicerone e dall'altro la «necessità come fonte prima del diritto» di Santi Romano[5].

Solo con tali premesse è possibile affrontare l'argomento nell'ambito di quella culla di esperienze rivoluzionarie e sovversive che, storicamente, è stata la Francia.

Il punto di partenza non può che essere la Rivoluzione del 1789. Essa portò all'affermazione incontrastata, sul palcoscenico giuridico, del potere legislativo, ossia del potere di legiferare spettante alle assemblee rappresentative di quel popolo che la Rivoluzione l'aveva fatta. Il pensiero illuminista, di matrice rousseauiana e montesquieuana, che fece da sfondo e da supporto all'intera esperienza rivoluzionaria, pose il Corpo Legislativo ed il suo dettato dispositivo al centro del nuovo ordine giuridico-costituzionale (sancito poi con la Carta del 1791).

In linea di principio, pertanto, non era previsto che il potere normativo assembleare potesse subire deleghe di alcun tipo in virtù di quella separazione dei poteri che costituiva l'asse portante del nuovo ordinamento. Tuttavia, fu pro-

---

sociale mediante la concentrazione dei poteri autoritativi nello Stato e la correlativa restrizione delle libertà dei cittadini.

[3] L. Rossi, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, v. I, 20, 1936, pp. 261-277. Lo stato d'assedio è da considerarsi come perennemente presente, ma in forma implicita e sottintesa, dal momento che rappresenta solo l'ultima soluzione dello Stato per agire in sua propria difesa. È una regolamentazione giuridica straordinaria prevista per affrontare un momento politico-sociale altrettanto straordinario.

[4] Ivi, p. 277.

[5] V. Iacovissi, *Il Diritto dell'emergenza nelle democrazie pluraliste europee*, in *Gnosis-Rivista italiana di intelligence*, 3, 2016, pp. 61-69. Santi Romano incarna alla perfezione quel filone di pensiero di ambito pubblicistico (opposto al decisionismo di impronta schmittiana che interpreta l'emergenza come articolazione della sovranità) che richiama il concetto di "necessità" per offrire un solido fondamento allo stato d'eccezione. Tale impostazione trova, dunque, nell'estrema necessità prodotta dalle situazioni emergenziali la legittimità giuridica degli atti compiuti per provvedervi. Questo particolare approccio arriverebbe a giustificare il compimento di atti "*contra legem*" che rimarrebbero illegali (in quanto posti in essere da un potere o da una fonte non previsti costituzionalmente) ma legittimi, proprio in quanto fondati sulla necessità di adottarli.

prio la presa in considerazione dello stato eccezionale d'assedio a determinare la prima apertura tra le strettissime maglie dell'assetto post-rivoluzionario. Il 10 luglio 1791[6], infatti, venne emanata in Francia la prima legge sull'*état de siège*.

Una fondamentale espansione di tale previsione si ebbe, poco dopo, con la legge del 27 agosto 1797, ad opera della quale vennero accomunati alle zone di guerra, previste nel 1791, tutti i comuni della Francia. In tal modo venne ad estendersi notevolmente la disciplina dello stato d'assedio.

Con tale nuova normativa esso perse la sua più intima connotazione di "stato di guerra", cioè di strumento diretto a contrastare l'improvvisa conflagrazione di un conflitto esterno[7], di carattere internazionale. Al contrario, assunse un'accezione che ne giustificherà il frequente ricorso nel succedersi degli eventi propri del contesto francese, ossia di mezzo ultimo per il mantenimento dell'ordine pubblico, minacciato da rivolte, turbamenti, tumulti propriamente interni, di carattere intestino[8].

2. *L'instabilità ed i disordini dell'800*

Il periodo ottocentesco e quello immediatamente precedente, in Francia, possono considerarsi come il perfetto riflesso di una caratteristica tipica della storia politico-istituzionale d'oltralpe. Si fa riferimento alla particolare "legge pendolare"[9] che ha regolato la costante alternanza tra momenti estremi di net-

[6] M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, vol. XXXV, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata: Nuova serie, Giuffrè, Milano, 2009, p. 41. L'intervento normativo del 1791 stabiliva che in caso di attacco da parte del nemico tutti i poteri sarebbero passati nelle mani del comando militare, al fine di conservare e mantenere in sicurezza le aree territoriali colpite dal conflitto.

[7] L. Rossi, *L'ordinamento dello stato d'assedio*, cit., 263-266. Si sostanzia, così, la differenza, all'interno del *genus* dello stato d'assedio, tra le due *species* dello "stato di guerra" e dello "stato di pericolo pubblico". L'applicazione della prima deriva direttamente dalla necessità di fronteggiare le conseguenze di una guerra internazionale. La messa in atto della seconda, invece, dall'affrontare un accadimento di disordine sostanzialmente interno allo Stato. Pur non essendo possibile paragonare le azioni compiute per reprimere gli scompigli interni con quelle richieste nell'ambito delle "logiche" operazioni di guerra, entrambe le figure sono assimilate da un tratto essenziale: l'emergenza contro cui sono chiamate ad opporsi.

[8] M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo*, cit., pp. 41-43. Tale evoluzione della concezione di stato d'assedio è da considerarsi fondamentale perché ne permise l'applicazione durante gli eventi che caratterizzarono quell'*état de troubles civils* che sarà l'intero '800 transalpino.

[9] G. Fubini, *Caratteri della Costituzione francese del 28 settembre 1958*, in *Il Foro Italiano*, v. LXXXII, 1, 1959, pp. 30-36. Così, ad esempio, si passa da un massimo picco del legislativo con la Costituzione giacobina del 1793, ad un'estrema centralità dell'esecutivo con la Carta di stampo bonapartista del 1799, attraversando un fugace momento d'equilibrio con il testo costituzionale girondino del 1795.

ta preponderanza dell'organo legislativo, con il conseguente indebolimento di quello esecutivo, e viceversa, passando per periodi, più o meno duraturi, di stabile equilibrio.

Il colpo di stato di Brumaio del 1799 fissò, senza dubbio, la lancetta istituzionale sul quadrante dell'esecutivo sancendo l'affermazione politica del bonapartismo, poi "ufficializzato" con una nuova Costituzione promulgata il 13 Dicembre dello stesso anno[10].

Un esempio perfetto di tale impronta venne offerto, di per certo, dalla considerazione che la Carta del 1799 ebbe dello stato d'assedio, ormai evolutosi in un più generico "stato d'emergenza". L'art. 92 della Costituzione, in caso di rivolta a mano armata o di agitazioni, permetteva di sospenderne la vigenza, l'efficacia e, quindi, l'intero funzionamento, per mezzo di un semplice atto del governo[11]. Un'interruzione così totalizzante della Costituzione e, conseguentemente, della legalità di cui si faceva portatrice ed espressione, rappresenterà un *unicum* nella storia francese, tanto da spingere il giurista Joseph Barthélemy (1874-1945) a definirla come una chiara forma di «dittatura»[12].

La fine dell'esperienza napoleonica, in tutta Europa, si tradusse nel ripristino del potere monarchico ed in Francia, più specificatamente, nella concessione della *Charte* da parte di Luigi XVIII nel 1814[13]. Dall'articolo 14 del testo si evince che il re deteneva il potere di emanare anche atti aventi forza di legge (le

[10] E. Di Rienzio, *L'impero-nazione di Napoleone Bonaparte*, in *Filosofia politica*, 1, 2002, pp. 65-69. Il testo costituzionale diede vita ad un assetto monocratico ed accentrato, gettando le prime basi per il successivo regime imperial-dittatoriale di Napoleone. Basato su principi semplici e per nulla inediti come l'ordine e l'autorità, ma con un netto squilibrio verso il governo e l'amministrazione.

[11] M. Fioravanti, *Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna, 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione; 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di G. Ruocco e L. Scuccimarra, 43, 2014, pp. 845-854. Il governo a cui si consentiva la deroga dell'ordine costituzionale per poterne imporre uno totalmente eccezionale, giova ricordare, al tempo era concentrato, in teoria, nelle mani di tre consoli, tra cui il Bonaparte, ma che in pratica ricadeva interamente su Napoleone data la natura meramente consultiva del ruolo rivestito dagli altri due (Jean-Jacques-Régis de Cambacérès e Charles-François Lebrun).

[12] J. Barthélemy, *Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre*, in *Revue du droit public et de le science politique en France et à l'étranger*, 1, 1915, p. 137. Considerazione avvalorata dalla marcata differenza che separerà lo stato d'eccezione napoleonico da quei successivi interventi normativi (leggi del 9 Agosto 1849 e del 3 Aprile 1878) che hanno costituito il quadro giuridico di riferimento della disciplina dell'emergenza durante la Terza Repubblica e di gran parte anche di quella attuale.

[13] M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo*, cit., pp. 73-77. Frutto di uno stretto compromesso tra l'eco del vissuto rivoluzionario ed i dettami della Restaurazione, trovò il suo fulcro, nei termini qui di interesse, nell'art. 14, regolante le potestà normative del governo ed espressione più chiara possibile della sua natura concessoria.

ordonnances) in casi di necessità ed urgenza (si parlava genericamente di *sûreté de l'État*, ossia di sicurezza dello Stato).

L'estrema vaghezza della norma venne sfruttata da Carlo X (salito al trono dieci anni dopo, nel 1824) per restaurare il potere personale ed assoluto del sovrano, sospendendo alcune delle libertà fondamentali, da poco conquistate, come quella di stampa, e sciogliendo la Camera dei deputati. Le giornate rivoluzionarie del 1830, che decretarono la fine della *Charte* del 1814 e la destituzione di Carlo X in favore di Luigi Filippo d'Orléans, furono, pertanto, intimamente connesse proprio a questa particolare interpretazione data all'art. 14 e all'uso fatto del concetto d'urgenza[14].

Se possibile, nella seconda metà del XIX secolo i fermenti e le agitazioni, si fecero ancora più burrascosi. Lo spartiacque del lungo ottocento transalpino fu segnato dal 1848[15] e dai facinorosi eventi che diedero vita alla "terza Rivoluzione francese"[16].

L'*extrema ratio* d'affrontare la situazione d'emergenza concentrando unicamente il potere nelle ruvide mani dell'autorità militare, visti i macabri risultati verificatisi[17], portò a dei ripensamenti in termini di regolazione dello stato d'assedio, quantomeno sotto gli aspetti procedimentali. Per questo motivo la

---

[14] Ivi, pp. 81-84. La Costituzione del 1830, poi, eliminò il nebuloso riferimento alla "sicurezza dello Stato" aggiungendo una disposizione espressamente finalizzata a limitare il potere dell'esecutivo, e quindi del Re, d'emanare *ordonnances*. L'art. 13, infatti, stabilendo che le ordinanze in questione non potessero in alcun modo né sospendere le leggi, né dispensare dalla loro esecuzione, evitò chiaramente ulteriori abusi alla maniera di Carlo X.

[15] M. Fioravanti, *Il governo del popolo*, cit., pp. 852-854. In questa stagione, caratterizzata dalle lotte parigine per il suffragio universale e per le conquiste lavorative e sociali, tornarono ad essere centrali i fervori del popolo, in continuità storica con le strenue battaglie per l'eguaglianza avviate nel 1789. Sebbene le spinte rivoluzionarie portarono all'instaurazione della Seconda Repubblica, gettando nell'oblio la giovane monarchia orleanista, le rivolte non accennarono a placarsi.

[16] Cfr. M. Battini, *Società e diritto costituzionale: Francia 1848-1875*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, s. III, v. XIX, 4, 1989, pp. 1415-1422. Con le elezioni generali d'aprile venne a formarsi un'Assemblea costituente riempita da "repubblicani del giorno dopo", ossia da personalità reazionarie, conservatrici ed asserragliate dietro ai propri privilegi che, sostanzialmente, continuarono ad alimentare un clima di insicurezza e di totale emergenza che avrebbe condotto alla crisi della Seconda Repubblica. I lavori della Costituente sancirono la vittoria dell'idea del "governo forte", espresso da un legislativo unico e da un esecutivo dotato di notevoli poteri. Incrinando ancora una volta, in tal modo, il pensiero di matrice strettamente liberale.

[17] Cfr. F.A. de Luna, *The French Republic under Cavaignac, 1848*, in *The French Review*, v. XLIII, 4, 1970, pp. 723-724. Per affrontare l'eccezionalità del contesto si decise, con un energico ritorno al passato, di conferire pieni poteri al capo dell'esercito, il generale Cavaignac, nominandolo dittatore di Parigi. La gestione dello stato d'assedio da parte del plenipotenziario potere militare condusse all'eccidio di operai e socialisti per mano della

Costituzione francese del 1848, figlia degli eventi, previde espressamente, per la prima volta dal 1799, una norma dedicata a tale tematica: l'articolo 106[18].

3. *Dalle due guerre alla crisi d'Algeria sino agli attentati del 2013*

A partire dalla seconda metà dell'800 nacque un modello di stato d'assedio, o meglio, un approccio alle situazioni emergenziali interne, maggiormente garantista. Non più lasciato alle piene discrezionalità dell'esecutivo o alle sconfinate deleghe in favore del potere militare, ma ben incardinato in precisi limiti legislativamente decretati.

I nuovi margini considerati invalicabili dalla legge del 1878 si individuarono nel contesto (il pericolo imminente per la sicurezza interna o esterna dello Stato doveva necessariamente tradursi in un conflitto internazionale o in insurrezione armata) e nella durata (che avrebbe dovuto essere specificatamente determinata nella dichiarazione dello stato d'assedio, alla fine della quale, questo sarebbe automaticamente decaduto a meno che non fosse stato esteso con un altro intervento di ordine legislativo). Novità epocali nella tradizionale e storica disciplina dell'*état de siège* che, tuttavia, non impedirono il sorgere di situazioni problematiche nel corso del XX secolo, dilaniato dai due conflitti mondiali e dagli scontri armati in terre coloniali.

La dichiarazione dello stato d'assedio del 1914, da parte del presidente Poincaré, segnò un momento involutivo di forte autoritarismo, dal momento che fu sì approvato con legge, ma venne esteso temporalmente all'intera durata della guerra, tradendo uno dei limiti guida introdotti nel 1878 (lo stato d'assedio, infatti, venne rimosso nell'ottobre del 1919, quasi un anno dopo l'armistizio di Compiègne)[19].

Nell'eterno rimbalzo tra la riconduzione della gestione dello stato d'assedio sotto le più ampie manovre dell'esecutivo, vedendo sacrificato il ruolo del

---

Guardia nazionale, lugubre anticipazione della "settimana di sangue" che, più avanti, porrà tristemente fine all'esperienza della Comune di Parigi nel maggio del 1871.

[18] Cfr. M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo*, cit. Al fine di garantire la minor arbitrarietà possibile, sarebbe stata una legge, infatti, a determinare precisamente i casi in cui lo stato d'assedio avrebbe potuto essere dichiarato, regolando, al contempo, le forme e gli effetti di questa misura. La legge a cui la Carta si riferisce sarà quella del 9 agosto 1849, i cui tratti essenziali e caratterizzanti (dall'ampiezza del regime alle libertà individuali sacrificabili sull'altare della necessità statale, come quelle di stampa, di riunione e di domicilio) rappresentarono la spina dorsale del successivo intervento del 3 aprile 1878 quale sua miglioria evolutiva.

[19] J. Barthélemy, *Notes de droit public*, cit., pp. 137 e 159. Inoltre, alcune misure adottate dall'esecutivo, con le spalle pretestuosamente coperte dalla vigenza dello stato d'assedio, andarono ben oltre i suoi limiti naturali: come quelle di matrice proibizionistica (l'assenzio venne bandito nel 1915) o economica (riduzione del libero scambio e statalizzazione dei prezzi).

Parlamento[20] a mero garante formale, e l'assurgere, invece, di quest'ultimo ad "*authority*" del rispetto dei limiti che ne determinino la necessità effettiva, il secondo dopoguerra può inserirsi in quest'ultimo indirizzo.

Tuttavia, dopo l'occupazione del paese da parte della Germania nazista tra il 1940 ed il 1944 e l'affidamento dello stesso ai pieni poteri d'azione del governo guidato dal maresciallo Philippe Pétain, la Costituzione repubblicana del 1946, nella sua formulazione originaria, nulla statuì sullo stato d'assedio. Si limitò semplicemente a prevedere che la guerra avrebbe dovuto essere dichiarata soltanto in seguito all'approvazione delle due camere parlamentari. Bisognerà attendere la sua integrazione tramite la legge costituzionale del 7 dicembre 1954 per la riaffermazione del legislativo sul controllo dei limiti e delle condizioni dello stato d'assedio.

In tal modo, ci si ricollega, temporalmente, ad un altro intervento normativo chiave nell'ambito dell'*état de siège*, proiettandolo in una differente dimensione: la legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. Al fine di controllare le azioni armate indipendentiste in Algeria, condotte dal Fronte di Liberazione Nazionale, e di affrontare il più efficacemente possibile tale conflitto di natura asimmetrica, il legislatore predispose un nuovo strumento giuridico: l'*état d'urgence*[21]. Il provvedimento in questione era diretto a contrastare le attività di bande fuorilegge che sotto l'egida del FLN causavano insicurezza e preoccupante sfiducia, verso l'amministrazione francese, nei cittadini algerini.

Il diritto comune francese era privo di strumenti giuridici adatti a contrastare tali circostanze. Lo stato d'assedio rappresentava una soluzione troppo estrema che, oltre a non essere normativamente consentita[22], avrebbe assegnato vaste facoltà d'azione alle autorità militari. Quest'ultime, a loro volta, avrebbero ripristinato l'ordine solo a costo di pesanti sconvolgimenti sociali ed economici.

Ecco che, quindi, lo stato d'urgenza nacque sostanzialmente come misura intermedia tra la normalità del diritto comune e la perentoria eccezionalità dello stato d'assedio[23].

---

[20] Sul ruolo del Parlamento v. A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, pp. 495-500.

[21] R. Casella, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato d'emergenza e la proposta di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos: le attualità del diritto*, 3, 2015, pp. 1-17.

[22] *Ibid.* La disciplina dello stato d'assedio era del tutto inapplicabile al contesto algerino in quanto ai sensi della legge del 9 agosto 1849 (modificata dalla legge del 3 aprile 1878) ciò era possibile esclusivamente "in caso di pericolo imminente risultante da una guerra straniera o da un'insurrezione armata" (art.1). Circostanze verificatesi in precedenza durante l'esperienza della Comune (1871) e durante entrambi i conflitti mondiali (1914, 1939), ma non riconducibili a quelle allora presenti.

[23] Cfr. E.J., *Algeria*, in *Oriente Moderno*, 4, 1955, pp. 183-184. I tratti di tutela di questo regime d'urgenza, a differenza della forte arbitrarietà che caratterizzò le misure emergen-

L'alternatività rappresentata dallo stato d'emergenza (che infatti attribuisce poteri eccezionali alle autorità civili, mettendo da parte l'intervento delle forze militari) influì, non poco, anche sull'intervento compiuto dalla Costituzione del 1958 circa il panorama degli stati d'eccezione. La Carta, infatti, introdusse sia l'ipotesi dell'attribuzione di poteri eccezionali al presidente della Repubblica (art. 16), figura cardine del nuovo sistema istituzionale propugnato da Charles de Gaulle, sia una nuova e più stringente, più controllata regolamentazione dello stato d'assedio (art. 36). Ai sensi del quale lo stesso avrebbe potuto essere decretato dal Consiglio dei ministri, per una durata massima di dodici giorni (prorogabile su autorizzazione del Parlamento).

Al cospetto di una nuova Costituzione già "intrinsecamente emergenzialista", che risentì non solo del clima e del contesto storico nel quale prese forma, ma anche dell'influenza del suo principale artefice politico (il Generale de Gaulle), lo stato d'urgenza rimase escluso dal circuito costituzionale[24].

L'aspetto più evidente e peculiare del contesto francese, alla luce di quanto detto finora, è indubbiamente rappresentato dalla continua elaborazione di differenti *législations de crise*[25] come diretta risposta, oppure come naturale con-

ziali lungo larga parte dell'800 e nel corso delle due guerre mondiali, sono ben visibili. Da un lato, infatti, nacque proprio per evitare la dichiarazione dello stato d'assedio e quindi il trasferimento massiccio di poteri dalle autorità civili a quelle militari; dall'altro, consapevole delle pesanti limitazioni alle libertà fondamentali che comportava (come quella di circolazione, di riunione, di soggiorno, d'esercizio di attività economiche e culturali), si previde che potesse essere dichiarato esclusivamente tramite una legge che ne determinasse la durata, i territori interessati e le modalità di applicazione. Solo un'altra legge avrebbe potuto prorogarne ulteriormente la durata. L'essenziale finalità, quindi, dell'*état d'urgence* fu quella di parametrare attentamente l'effettiva gravità della crisi da affrontare a misure appropriate e ad essa corrispondenti.

[24] Cfr. G. Roma, *Francia: gli attentati del 13 novembre e l'evoluzione dello stato d'emergenza. L'impatto giuridico delle misure approvate dopo gli attacchi di Parigi*, in *Questione giustizia. Osservatorio internazionale/Europa*, 2015, http://www.questionegiustizia.it/articolo/francia_gli-attentati-del-13-novembre-e-l-evoluzione-dello-stato-d-emergenza_23-11-2015.php. Tuttavia, una costituzionalizzazione dell'*état d'urgence* venne fortemente caldeggiata dal Presidente Hollande, in seguito agli attentati parigini del 13 novembre 2015, con l'intento di creare un sistema emergenziale di crisi più "snello", finalizzato a combattere quello che lui stesso definì come "terrorismo di guerra". Un sistema, dunque, a cui poter ricorrere con immediatezza, senza dover passare attraverso la procedura aggravata della dichiarazione dello stato d'assedio e senza reprimere oltremodo le libertà pubbliche dei cittadini.

[25] R. Casella, *La Francia dopo gli attentati*, cit. Il testo sapientemente opera la distinzione tra quelle improntate a privilegiare l'efficacia delle misure necessarie da adottare, a scapito degli aspetti costituzionali, e quelle caratterizzate, invece, dall'avere fondamento normativo al di fuori della Costituzione, proprio come avviene con lo stato d'emergenza instaurato nel 1955.

seguenza, ai continui tumulti civili e conflitti armati connotanti la travagliata storia istituzionale d'oltralpe. I più grandi eventi di disordine interno hanno sempre mobilitato il legislatore transalpino a trovare pratiche ed immediate soluzioni nel diritto. La costruzione di precisi sistemi giuridici, adattati alle più varie situazioni emergenziali "viventi", come unica possibile contromisura alla ciclica questione dell'ordine pubblico e del suo controllo[26].

Concludendo, l'espressa previsione e regolamentazione giuridica degli stati eccezionali d'emergenza (a partire, in maniera compiuta, dal 1849) ha fornito uno strumento di pronta reazione all'eccezionalità degli eventi che storicamente si sono abbattuti in territorio francese. Questa tendenza poi, negli interventi del secondo dopoguerra, è servita soprattutto ad individuare limiti netti e precisi all'operatività di tali strumenti, sempre più improntati alla necessaria coesistenza col sistema di libertà e diritti personali fondamentali[27].

[26] M. Cavino, *Sécurité, Égalité, Fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta Online*, 3, 2015, pp. 821-834. Si rimanda all'articolo per un approfondimento circa il possibile cambiamento del valore della norma costituzionale all'interno degli ambiti emergenziali: da garanzia principe dei diritti individuali, a garanzia procedurale della pubblica sicurezza, soprattutto alla luce delle misure proposte ed attuate nel 2005 (devastazioni nelle *banlieues*) e nel 2015 (attacchi terroristici di matrice islamica).

[27] Cfr. J. De Vivo, *Sicurezza e diritti fondamentali: la risposta italiana e francese al terrorismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2016, pp. 715-734.

LO STATO DI ECCEZIONE NELLA COSTITUZIONE DI WEIMAR

COSTANZA PAPPALARDO

1. *I panorami della Repubblica di Weimar: l'eredità del primo conflitto mondiale, l'interesse collettivo e la crisi della rappresentanza*

L'esperienza, e paradigma costituzionale, della Repubblica di Weimar si innesta nel prospero fenomeno di produzione di testi costituzionali, immediatamente successivo al primo conflitto mondiale. Per poter comprendere le cause di questa genesi costituzionale, è necessario indagare due distinti panorami.

Il primo, il più immediato, è la fine della Prima Guerra Mondiale. L'eredità di questo conflitto è un intrinseco sconvolgimento della realtà sociale e della dimensione giuridica dell'epoca; un intimo disordine, figlio di un modo privo di certezze, tra milioni di morti e generazioni scomparse[1]. Il primo scontro tra potenze mondiali rompe gli argini e ci consegna un mondo diverso da quello fin ad allora conosciuto.

Il secondo panorama è più profondo. Già intorno agli anni Venti del 1800 l'Europa è attraversata da una forte tensione sociale. L'Ottocento, un secolo permeato dal timore del riproporsi di nuove rivoluzioni, memore degli esiti della Rivoluzione francese, è il contesto storico in cui scoppia una nuova lotta di classe per la conquista sociale. Non più la borghesia del 1789, ma un ceto inedito, che spinge alla ricerca di uno spazio istituzionale in cui realizzare le proprie prerogative: il proletariato. Fra queste pressanti spinte sociali è infatti la problematica del diritto del lavoro a dominare lo scenario giuridico[2]. La nuova classe sociale reclama tutele e garanzie inducendo il diritto del lavoro ad evol-

[1] A. Scalone, *Comunità, identità e omogeneità fra Schmitt, Heller e Kelsen*, in *Nomos: le attualità del diritto*, 1, 2019, pp. 1-16.

[2] G. Gozzi, *Democrazia e pluralismo da Weimar alla Repubblica Federale Tedesca*, in *Sistema politico e costituzione in Germania da Weimar alla Repubblica Federale Tedesca*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 85-106.

versi, passando dall'essere una materia di diritto prettamente privatistica, ad una disciplina giuridica intrisa di influenze ed accezioni, anche pubblicistiche. È su questa incalzante richiesta di tutele giuridiche che, tra fine Ottocento ed inizio Novecento, si costruisce il concetto di interesse collettivo. Un interesse né privato né pubblico, ma quello di una cerchia sociale di persone che hanno degli interessi privati personali singoli, ma paralleli, non interamente sovrapponibili. L'altro elemento su cui si incardina l'interesse collettivo è la rappresentanza. È necessario ampliare la sfera di rappresentatività per rendere possibile all'interesse collettivo di penetrare all'interno dell'organigramma istituzionale. Anche ora come allora, la nuova classe sociale esige di entrare a far parte del circuito di comunicazione politica: tuttavia possiamo dire essere una certezza, che laddove le dirompenti pretese sociali non trovino uno spazio istituzionale, la risposta sia quella della crisi della rappresentanza.

Infine, il filone culturale-ideologico che soggiace all'intero costituzionalismo novecentesco è quello marxista. Marx è il filosofo che si rifà alla Rivoluzione francese ascrivendole la colpa di un percorso avviato ma non portato a compimento, avendo conseguito l'obiettivo della sovranità nazionale, ma non quello della sovranità popolare. Il pensiero marxista è tendenzialmente rivoluzionario: abbattere le ingiuste forme sociali predominanti del tempo per affermarne di nuove, instaurando un regime di eguaglianza, formale e sostanziale. Le reazioni a questo disegno ideologico saranno due e tra loro divergenti: da una parte vi è il tentativo di coloro che su tale spirito innesteranno un pensiero rivoluzionario, come nel caso della Russia Sovietica; dall'altra vi è chi vedrà il pensiero marxista come un nemico da combattere e tenterà di arginarlo, come nel caso della Repubblica di Weimar.

2. *L'equilibrio dei poteri nella Costituzione di Weimar, tra parlamentarismo e presidenzialismo*

Per poter comprendere il portato della disposizione dell'art. 48, è indispensabile ripercorrere l'equilibrio dei poteri prescelto dalla Costituzione di Weimar.

Una contraddizione profonda sottende all'ordinamento costituzionale inaugurato dalla neonata Repubblica: la compresenza di un assetto di governo parlamentare e al contempo presidenziale[3]. Questa insolita scelta risponde ad una duplice esigenza: evitare la preponderanza dell'organo rappresentativo, al suo

[3] «Nell'esaminare la Repubblica di Weimar […] Mortati analizza l'organizzazione dei poteri, in cui confluiscono elementi appartenenti a diversi tipi di governo (presidenziale, parlamentare, di quello a *premier* e di gabinetto)». Cfr. S. Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale*, in *Nomos: le attualità del diritto*, 3, 2017, p. 6.

interno fisiologicamente frammentato[4], e d'altra parte il non voler abbandonare del tutto la tradizione cesaristica, che aveva condotto pur sempre all'unificazione tedesca del 1817. Invero, l'intenzione dei padri costituenti è quella di scongiurare la deriva dell'assolutismo parlamentare. Per questa ragione, nel dettato weimariano, convivono un momento plebiscitario e un momento parlamentare. La stagione costituzionale del 1919 si apre all'insegna del capovolgimento dell'apparato statale autoritario del Secondo *Reich*, rielaborando il concetto di sovranità in un pluralismo che avrebbe dovuto costituire la premessa di una partecipazione politica della società dal basso[5].

La figura più emblematica dell'esperienza repubblicana è indubbiamente quella del Presidente del *Reich*. Per garantirne un'autorità e un potere indipendenti, il dettato costituzionale ne dispone la legittimazione popolare, optando tuttavia al tempo stesso, per un regime parlamentare[6]. Queste due dimensioni, in conflittualità latente tra loro, possono coesistere solo attraverso un articolato sistema di poteri e contropoteri. La Costituzione di Weimar realizza il principio montesquiano attraverso un peculiare equilibrio istituzionale, ponendo come contropotere alle possibili deviazioni o degenerazioni del parlamentarismo, la figura del Presidente della Repubblica. Ciò che preme ai costituenti è di porre rimedio alla frammentazione del quadro politico tedesco: l'espediente, in forte continuità con l'esperienza imperiale, è un'istituzione che rappresenti il principio di unità politica del *Reich*. Si è inteso dunque colmare con l'elezione popolare del Presidente il vuoto lasciato dalla caduta del *Kaiser*.

Un'analisi sistematica delle disposizioni costituzionali consente di rilevare tre prerogative presidenziali particolarmente significative: la potestà di nomina del Governo; la facoltà di sciogliere il Parlamento[7]; i poteri dittatoriali previsti dall'art. 48. Rinviando ad una successiva trattazione le osservazioni concernenti l'art. 48, si esaminano ora le prime due prerogative.

In base al dettato costituzionale, spetta al Presidente del Reich nominare il Cancelliere, e su proposta di questo, i ministri. Il Governo, per poter esercitare le proprie funzioni, necessita di una duplice fiducia: quella preliminare del Presidente, e quella del *Reichstag*, da verificarsi successivamente alla nomina. Dunque non un mero esecutivo di una rappresentanza parlamentare, ma un organo

---

[4] «A causa del sistema proporzionale costituzionalizzato». Cfr. M. Carducci, *Il "compromesso" di Weimar e il problema della scrittura costituzionale*, in *Revista Juridica*, v. XVIII, 37, 2014, p. 8.

[5] Cfr. P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *AIC*, 2, 2014, pp. 11-12.

[6] D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in *Nomos: le attualità del diritto*, 2, 2012, pp. 1-4.

[7] C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, in Id., *Collana Testi e documenti costituzionali promossa dal Ministero per la costituente*, vol. XV, Sansoni, Roma, 1946, pp. 152-153.

in posizione di duplice dipendenza, in equilibrio tra due poteri contrapposti, con una funzione distinta[8], sia da quella coordinativa del Capo dello Stato, che da quella legislativa del Parlamento.

In forza del disposto dell'art. 25, il Presidente, legittimato dalla controfirma del Cancelliere, ha la facoltà di sciogliere il *Reichstag*. La stessa norma impone tuttavia una condizione: che ciò possa avvenire «solo una volta con lo stesso motivo». La Costituzione di Weimar, temendo un ricorso frequente alle urne nell'eventualità di una crisi, inserisce questa clausola, al fine di scongiurare un ripetuto scioglimento del Parlamento. Un limite nondimeno facilmente superabile, posto che si sarebbero potute fornire motivazioni diverse, senza che la ragione strutturale cambiasse.

Pertanto, nell'idea costituente, da una parte l'obbligo della fiducia avrebbe dovuto garantire al Governo una solida base parlamentare; dall'altra la facoltà del Presidente del *Reich* di designare l'organo esecutivo, avrebbe dovuto impedire che le difficoltà parlamentari di negoziazione sulla maggioranza ricadessero sul gabinetto. Oltretutto è opportuno sottolineare che, sebbene il Presidente, teoricamente, non possa discostarsi dalle consultazioni parlamentari e nominare quindi, un governo incapace di ottenere la fiducia del *Reichstag*, questo rimarrebbe al suo posto grazie al preventivo scioglimento della Camera elettiva[9]. Lo dimostra la prassi invalsa negli ultimi anni della Repubblica, durante i quali diventerà usuale considerare la minaccia di scioglimento del Parlamento come uno strumento per salvaguardare un Governo minacciato di sfiducia, così come per imporne uno sgradito al Parlamento. Inoltre, qualora il *Reichstag* venisse sciolto e il Governo nominato, le elezioni diventerebbero una sorta di referendum sul Governo, in questo senso, quasi eletto dal popolo. Nella Repubblica di Weimar, dinanzi ad un fallimento dell'organo parlamentare, il passaggio ad un sistema di governo presidenziale sembrerà essere l'unica soluzione possibile.

3. *Il precedente dell'art. 48: lo stato di eccezione*

L'affermazione dello stato di emergenza come una vera e propria tecnica di governo, e non una misura meramente eccezionale, è l'esito di un processo di lunga data che trova la sua origine fra le due Grandi Guerre, nel tentativo di rimediare alla crisi dello stato democratico[10].

La più celebre disciplina dello stato di eccezione è indubbiamente quella predisposta dall'art. 48 della Costituzione di Weimar. Il 28 febbraio 1933, a

---

[8] Cfr. A. Gilardoni, *Carl Schmitt e la distruzione della Repubblica di Weimar*, in *La Rose de Personne*, 2008, pp. 217-240.

[9] *Ibid.*

[10] Cfr. R. Simoncini, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 8, 2008, pp. 197-211.

seguito dell'incendio del *Reichstag*, il Presidente Hindenburg dichiara lo stato di emergenza attraverso un'ordinanza emessa in virtù del disposto dell'art. 48, attribuendo al Governo Nazionalsocialista la facoltà di sospendere gran parte dei diritti civili costituzionalmente garantiti. Il Decreto per la protezione del Popolo e dello Stato non sarà mai revocato, sicché il Terzo *Reich* può considerarsi un lungo stato di eccezione durato dodici anni, nel corso del quale la Costituzione della Repubblica di Weimar non verrà mai abolita, ma resterà in vigore in forma sospesa[11].

In base all'art. 48, al Presidente della Repubblica spetta la facoltà di assumere tutte le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante[12]; a tale scopo gli è inoltre consentito sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia di alcuni diritti costituzionalmente sanciti[13]. Nonostante l'attribuzione presidenziale sia subordinata alla facoltà del *Reichstag* di chiederne la revoca, questa prerogativa parlamentare risulta contrastata dal potere, in capo al Presidente, di procedere allo scioglimento del Parlamento. Pertanto, nell'eventualità di un disaccordo in merito alle determinazioni presidenziali, al *Reichstag* non resta altra possibilità che quella di chiedere una votazione popolare su una sua iniziativa volta ad ottenere la rimozione del Presidente[14]. Oltretutto le misure emergenziali necessitano della controfirma del Cancelliere per poter essere emanate, ma il Presidente potrebbe agevolmente aggirare un eventuale rifiuto destituendolo, e sostituendolo con un nuovo Cancelliere disposto a controfirmare l'ordinanza.

Benché il testo costituzionale non attribuisca esplicitamente al Presidente il potere di emanare ordinanze emergenziali, la dottrina, a partire dal secondo comma dell'art. 48, ricava la facoltà per il Capo dello Stato di produrre atti giuridici. Questa interpretazione viene legittimata sulla scorta della storia giuridica tedesca[15]: in effetti, il *Kaiser* aveva il diritto di dichiarare lo stato di assedio, ma in questo ambito non avrebbe potuto emanare provvedimenti sostitutivi della legge. La questione viene risolta dai comandanti militari che, a partire dall'art. 68 della Costituzione del Secondo *Reich*, e dalla legge prussiana sullo stato di assedio, derivano la prerogativa in capo al *Kaiser* di emanare ordinanze autonome.

---

[11] Cfr. E. Redaelli, *Legge ed eccezione: Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema*, 7-2, 2016, pp. 1-4.

[12] Cfr. P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica*, cit., pp. 1-27.

[13] C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit., pp.149-153, dagli art. 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153.

[14] Ivi, p. 151. La proposta determina la sospensione del Presidente dalle sue funzioni, e, nel caso che non sia accolta dal popolo, ha per conseguenza l'automatico scioglimento del *Reichstag*.

[15] E.R. Huber, *Bismarck und das Reich*, in Id., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. III, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1978, pp. 444 e 447.

La decisione concernente la sussistenza di una causa necessitante il ricorso allo stato di eccezione e le modalità di svolgimento di questo, spettano in via esclusiva al Presidente[16]. Per di più, concordemente con la dottrina maggioritaria, si ritiene che le ordinanze presidenziali non debbano essere limitate nel tempo, essendo queste regole durature aventi forza di legge. Ancora, le ordinanze dittatoriali emesse in virtù dell'art. 48 possono modificare leggi già in vigore, o addirittura abrogarle laddove ciò sia ritenuto necessario. Di conseguenza, sebbene la Costituzione di Weimar disponga una riserva di legge come prerequisito ai fini della limitazione dei diritti fondamentali, dal momento che le ordinanze dittatoriali possono sostituirsi alla legge, le stesse possono del pari limitare gli stessi diritti costituzionalmente garantiti.

Durante l'epoca repubblicana svariati Presidenti si sono avvalsi dei poteri dittatoriali loro conferiti dalla Costituzione di Weimar, per tentare di porre rimedio alle numerose situazioni emergenziali verificatesi in quegli anni, in particolare nei periodi durante i quali, posta la necessità di emanare leggi urgenti, l'ordinamento veniva a bloccarsi a causa dell'impossibilità di riunire il Parlamento. Nell'intento di restituire conformità costituzionale alla prassi, nel marzo 1925[17] un inedito progetto di legge suggerisce di attribuire all'esecutivo la facoltà di legiferare. Si tratta di una "legislazione semplificata", che nell'idea dei proponenti avrebbe consentito di differenziare lo stato di eccezione militare da quello economico-finanziario. Inutile dire che il progetto non passò il vaglio della Camera elettiva. Pertanto la legislazione dittatoriale del Presidente resta l'unico strumento a disposizione dell'ordinamento per fronteggiare una situazione di emergenza.

Il diritto emergenziale weimariano è largamente informale ed altrettanto discrezionale: non è infatti richiesta alcuna proclamazione ufficiale per poter assumere le misure ritenute necessarie, né una cessazione formale dello stato di eccezione non avendo quest'ultimo una durata prestabilita. Tuttavia, come nel precedente stato d'assedio, non vi è nemmeno nella Repubblica di Weimar alcuna licenza all'arbitrio: non si tratta di pieni poteri al di fuori di qualsiasi legge, bensì della facoltà di agire entro i limiti del diritto[18]. In merito al contenuto il diritto emergenziale è senz'altro limitato al ripristino dello *status quo ante*. Il Presidente è un organo le cui stesse prerogative sono istituite dalla Costituzione e di conseguenza la presuppongono: i poteri dittatoriali hanno perciò come limite il loro stesso fine, ovvero la difesa della Costituzione.

La prassi dittatoriale legalizzata dall'art. 48 trasformerà lo stato di eccezione in un'ordinaria anomalia. Nei suoi ultimi anni la Repubblica muterà in un regi-

[16] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928; trad. it. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

[17] Cfr. A. Gilardoni, *Carl Schmitt*, cit., pp. 217-240.

[18] *Ibid.*

me di pieni poteri, in cui intervenire con violenza contro gli attentati all'esistenza e alla sicurezza statale e dove sostituire al potere legislativo ordinario, quello dittatorio presidenziale. La prima esperienza democratica tedesca divampa e si spegne in un dispotismo presidenziale legittimato dalla Costituzione.

La Costituzione di Weimar rappresenta indubbiamente un'esperienza suggestiva, pur essendo stata drammatica nei suoi esiti. Il suo fallimento non è dipeso unicamente da errori costituenti[19], bensì anche dall'incapacità del disegno costituzionale di imbrigliare al suo interno i forti antagonismi, spesso radicali, della società tedesca sorti in seguito alla dissoluzione del *Reich* guglielmino. Nonostante le sue contraddizioni, il testo weimariano costituisce l'archetipo del costituzionalismo novecentesco: ha infatti profondamente innovato l'articolazione dei diritti delle Costituzioni democratiche, da una parte tentando di riprodurre nel testo costituzionale i complessi equilibri di una società pluralista, dall'altra accorciando la distanza tra costituzione materiale e realtà sociale[20].

[19] «Da un lato gli elementi della Costituzione di Weimar, che sono stati considerati la causa del fallimento della democrazia e dell'ascesa di Hitler al potere, non rappresentano un'anomalia, bensì sono rintracciabili in molte Costituzioni dell'epoca senza che abbiano condotto alle stesse conseguenze». Cfr. D. Grimm, *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 4.

[20] «Venuta meno l'antica pretesa di ordine della sfera politica, a causa della crescente complessità e differenziazione dei sistemi sociali, che hanno prodotto inedite tensioni e ricchezza di alternative in tutte le sfere della società, la dogmatica dei diritti fondamentali si è trovata stretta tra vecchie verità e nuove più complicate realtà. […] Per effetto di profonde trasformazioni del contenuto e delle funzioni delle costituzioni, i diritti sono anzitutto la traduzione in principi costituzionali degli ultimi e più alti contenuti di senso che costituiscono il connettivo di un ordine sociale differenziato e pluralistico. Né è stata tratta la conseguenza che tutta l'elaborazione dei diritti, proprio in quanto essi sono connessi intimamente con i contenuti di valore che sono il fondamento delle costituzioni, non può più essere condotta esclusivamente sul metro del testo costituzionale, poiché essa richiede di aver sempre presente, in una stretta interrelazione fra il criterio testuale e la ricerca degli orientamenti e dei principi fondamentali, una visione generale dell'assetto costituzionale e dei suoi contenuti fondanti. […]. Il dibattito weimariano ha segnato una svolta fondamentale nell'elaborazione dei diritti costituzionali, e l'idea che i diritti siano il fondamento dell'assetto costituzionale, dopo la conclusione della parentesi totalitaria della prima metà del Novecento, è divenuta acquisizione sostanzialmente indiscussa del patrimonio costituzionale europeo e della giurisprudenza delle corti costituzionali». Cfr. P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica*, cit., pp. 16-17.

LO *AUSNAHMEZUSTAND* DELLA COSTITUZIONE WEIMARIANA ATTRAVERSO CARL SCHMITT

FEDERICO PILLON

1. *Dittatura, stato d'eccezione e sovranità*

La dottrina schmittiana è permeata dalle istanze storico-sociali[1] che alimentano il substrato della neonata Repubblica weimariana, permettendo all'autore di estrapolare principi e concetti che lo pongono senz'altro come un «pensatore della crisi»[2] concreta. Le sue opere, particolarmente concentrandosi in *Die Diktatur*[3] e *Politische Thelogie*[4], permettono di individuarne il nucleo fondamentale, e, nel *Der Hüter der Verfassung*[5], trovano sintesi nella figura presidenziale. Schmitt si appella al *Reichspräsident* ed ai suoi poteri emergenziali per superare le forze centrifughe che minacciano la stabilità della neonata Repubblica.

Il potere dittatoriale[6] conferito dalla Costituzione di Weimar concerne l'istituzione di uno *Ausnahmezustand:* legalmente autorizzando, durante una situa-

---

[1] E.C. Sferrazza Papa, *Crisi e decisione: su Carl Schmitt,* in *Giornale Critico di Storia delle Idee*, 11, 2014, pp. 235-244, http://www.giornalecritico.it/archivio/11/GCSI_11_Papa.pdf.

[2] Ivi, p. 235.

[3] C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, Monaco-Leipzig, 1921.

[4] C. Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität,* Duncker & Hublot, Monaco-Leipzig, 1922, trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità,* in *Le categorie del "politico",* Il Mulino, Bologna, 1972.

[5] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Hublot, Berlino, 2016, trad. it. *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981.

[6] Pietra angolare nell'elaborazione dell'opera *Die Diktatur*, è la distinzione operata tra "Dittatura Sovrana", tesa alla negazione del precedente potere costituito, e "Dittatura Commissaria": quest'ultima è descritta come necessaria, in una situazione di crisi concreta, ai fini di superamento della stessa ed il successivo ripristino dell'ordine costituzionale. La dittatura commissaria si prefigge il mero risolvimento di una circostanza fattuale straordinaria che rende attuabile la sospensione della Costituzione stessa. Cfr. C. Schmitt, *Die Diktatur*, cit.

zione emergenziale concreta, misure che permettono di sospendere alcuni diritti fondamentali[7] della Carta, ai fini di restaurazione dell'ordine. In quest'ottica il Presidente permette di far fronte ad una circostanza fattuale non prevedibile, quale è lo stato d'eccezione. Ben si coglie, da questo punto di vista, la grande frattura col normativismo kelseniano[8]: «Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caso. Prima deve esser stabilito l'ordine: solo allora ha un senso l'ordinamento giuridico»[9]. L'impossibilità di prevedere normativamente la situazione emergenziale concreta[10] induce a chiedersi chi decida sullo stato d'eccezione, quesito a cui l'autore risponde all'interno di *Politische Thelogie*: «Sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione»[11] ed egli «[…] Decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa esser sospesa»[12]. L'indeterminatezza dello stato d'eccezione fonda quindi la *Gewalt*[13] sovrana: la situazione di crisi sospende ogni istanza di possibile valutazione normativa e fonda la personalità[14] della decisione, apparendo come momento necessariamente ineliminabile. Di fronte alle innumerevoli forze centrifughe animanti Weimar, Schmitt si appella al *Reichspräsident* ai fini di esercitare un atto politico concreto, volto al ripristino della unità politica attraverso una dittatura commissaria, preservando la Costituzione.

2. *Il Custode della Costituzione*

Il decisionismo schmittiano trova finalmente sintesi, attraverso le coordinate precedentemente richiamate, nella figura del Presidente del *Reich* come

[7] In particolare: 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Schmitt comunque dà un'interpretazione estensiva di tale potere, non limitato meramente agli artt. menzionati.

[8] I normativisti sono tesi alla ricerca dell'"obiettiva scientificità" della legge, analizzandola e interpretandola all'interno della "cornice normativa". Secondo Schmitt non si può prescindere da ulteriori coordinate non giuridiche, quali la politica e la sociologia.

[9] C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli*, cit., p. 39.

[10] Anche in questo si comprende il termine utilizzato *Notstandgesetz*.

[11] C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli*, cit., p. 33.

[12] Ivi, p. 34.

[13] Come rilevato da G. Agamben, la riflessione dello stato d'eccezione chiarisce i rapporti tra violenza e diritto. Secondo l'Autore, si può notare un dialogo esoterico fra Walter Benjamin e Carl Schmitt ove l'ultima ricostruzione del politologo della *Gewalt* nella "decisione" sia individuabile in un tentativo di risposta alla *Reine Gewalt* elaborata da W. Benjamin. Cfr. G. Agamben, *Stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

[14] «Alla concretezza del momento storico, alla sua contingenza, può corrispondere solamente una decisione concreta altrettanto contingente, personale, che non può derivare dall'astrattezza della norma giuridica». Cfr. E.C. Sferrazza Papa, *Crisi e decisione*, cit., pp. 235-244.

pouvouir neutrual ed autorità decisoria, nel gioco-forza del pluralismo partitico e nella crisi di rappresentanza del XX secolo. Ai fini di capire il perché il politologo ricerchi tale ruolo nel Presidente, è necessario anzitutto partire dalle coordinate normative: l'art 48.2 attribuisce all'Istituzione il potere di «[..] prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica [..] e, se necessario, intervenire con la forza armata. [..]» ed i precedenti artt. 41[15] e 42[16] individuano la legittimazione plebiscitaria della figura presidenziale e la finalità di «[…] preservarlo [*il popolo tedesco N.d.A.*] da danni […]»[17]. L'art. 48.2 non si insidia nelle questioni contenutistiche né nei presupposti dello stato d'eccezione: lasciando potere illimitato al Presidente[18].

«Tutti possono esser responsabili di tutto, quindi nessuno lo è. La rete dei rapporti "incestuosi" è infinita, la negoziazione, come la discussione, autoreferenziale e ripetitiva. Lo "Stato sociale", che Schmitt interpreta […] come un illogico Stato della società frammentata, [...] trova nel "Legislativo" la sua cassa di Risonanza»[19].

All'interno di *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* Schmitt osserva la debolezza del sistema parlamentare tedesco, ormai lontano dagli ideali liberali su cui poggiavano le sue radici nel secolo scorso, abbandonato ad una logica pluripartitica che evidenzia la sua inoperosità: tale sistema parlamentare risulta «troppo debole per reggere allo scontro ideologico con i partiti radicali che al sistema parlamentare preferiscono "l'azione diretta"»[20]. Il politologo non è certo entusiasta della forma repubblicana scelta dalla Costituente del 1919, ma lo Stato ancora continua a rappresentare una *entità superiore* in termini hegeliani[21], poiché raffigura la sublimazione del popolo tedesco: per tali ragioni, lo Stato necessita di essere conservato. L'entità statale appare minacciata non solo da circostanze esterne, ma anche interne[22]; la mancanza di una maggioranza stabile – e la possibile apertura ad estremismi – importano nella dottrina schmittiana

[15] «Il presidente del Reich viene eletto da tutto il popolo tedesco», v. Costituzione di Weimar, 11/08/1919.

[16] «Il presidente presta […] il seguente giuramento: "Io giuro che dedicherò le mie forze al bene del popolo tedesco onde accrescere la sua prosperità e preservarlo da danni, che osserverò la costituzione e le leggi del Reich, e che adempirò il mio dovere con coscienza e giustizia verso ciascuno"», v. Costituzione di Weimar, 11/08/1919.

[17] In proposito, si veda nota 12.

[18] Seppur comunque vincolato dal terzo comma del suddetto articolo.

[19] G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 41-42.

[20] G. Stefano, *Il dibattito giusfilosofico tra Carl Schmitt, Hans Kelsen e Rudolf Smend sullo sfondo della crisi della Repubblica di Weimar,* Tesi di laurea, Università degli Studi di Macerata, a.a. 2016-2017, p. 116.

[21] Specificatamente, è la forma «più intensa di unità politica», minacciata alla disgregazione di fronte alle istanze social-economiche che si rappresentano all'interno del Parlamento.

[22] La necessità di unità sostanziale imporrerà la riattivazione dello schema amico-nemico.

una diversa lettura degli apparati istituzionali previsti, e dell'intera Costituzione[23]. Schmitt non pensa ad un cambio di legittimità attraverso l'art. 76[24], ma al recupero politico di tutte le istanze di potere che la società ospita[25]. È secondo questa direttrice che ricerca la volontà unitaria all'interno della stessa Carta.

«Cosa è in una simile situazione lo Stato e la totalità dell'unità politica di un popolo?»[26]: a tale domanda, Schmitt risponde in *Il Custode della Costituzione* attraverso un'analisi dal carattere storico. Sono la ricerca di equilibrio[27] ed il contro-bilanciamento partitico[28] che permetterebbero una mediazione nei conflitti. Qualora tale mediazione non risulti perseguibile all'interno delle logiche democratiche – come già ampiamente visto esser la situazione palesemente di *normalità* del periodo weimariano – si rende necessaria una figura terza e superiore, capace di sedare il conflitto e produrre una autentica «decisione eminente». Se Schmitt pensa alla Costituzione come momento unitario del popolo tedesco e come contesto giuridico entro cui muovere la propria tesi, il ricercato equilibrio può esser incarnato solamente da una figura ivi presente, che sappia porsi come potere indipendente e neutrale[29], capace di formare una forte volontà politica[30]. Il giusfilosofo nega tale ruolo al *Reichstag*, mentre i giudici ritengono che l'ago della bilancia sia il *Reichspräsident*, in quanto «[...] punto centrale di un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza, costruito su un presupposto plebiscitario»[31]: in tal senso Schmitt rileva che i poteri del Presidente come configurati, lo rendono una figura terza, partiticamente neutrale, ma direttamente connessa con la totalità statale[32].

---

[23] L'Autorità dello Stato tedesco non poggia sulle singole disposizioni della Costituzione, ma sulla essenza politica del popolo tedesco, rappresentata nel valore della Costituzione nella sua totalità.

[24] Oltre per quanto ampiamente detto precedentemente, anche perché Schmitt vede tali cambiamenti come «vere e proprie rivoluzioni». Cfr. C. Galli, *Schmitt: politica ed economia nella crisi di Weimar,* in *Filosofia Politica*, 1, 2019.

[25] Ivi, pp.45-54.

[26] C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 215.

[27] Non solo per quanto si vedrà a seguito, ma anche per lo schema di incompatibilità d'uffici appositamente previsti fra i vari poteri, affinché potesse esser adempiuto efficacemente un sistema di *check and balance* reciproco. (Es. l'art. 44 sancisce la incompatibilità della carica del Presidente con quella del deputato).

[28] Nello Stato liberale, tale sarebbe il naturale confronto dialettico parlamentare.

[29] Si vedano le note 27 e 28.

[30] Egli analizza il carattere della "indipendenza" dei giudici e del Parlamento all'interno dell'Opera, in quanto fondamentale per contrastare la dissolvenza cagionata dallo "Stato pluralistico dei Partiti".

[31] G. Stefano, *Il dibattito giusfilosofico*, cit., p. 170.

[32] Al Presidente è data la rappresentanza dello Stato (art. 45) ed il potere delle forze armate, oltre quanto concernente l'art 48.2. V. Costituzione di Weimar, 11/08/1919; J.W.

Il suo ruolo di custode è ulteriormente rafforzato da quanto segue nell'opera: il momento plebiscitario della sua elezione permette che i poteri politici da lui concretamente esercitati siano vero e proprio «appello al popolo»; e, conseguentemente, giustifica l'agire come custode e difensore dell'unità costituzionale e della totalità del popolo tedesco[33].

3. *Le istanze del pensiero: crisi e parlamentarismo*

Parlare di Carl Schmitt e dei concetti da lui sviluppati, in un'ottica orientata alla Costituzione di Weimar, significa tener presente le istanze non solo teoriche, ma parimenti storiche che caratterizzano il suo pensiero. È testimone della sconfitta tedesca, del crollo della Monarchia Guglielmina, della umiliazione versagliese[34] e della grande instabilità politico-economica[35] caratterizzante la timida esperienza repubblicana del dopoguerra; egli recepisce tali coordinate storiche elaborando una visione quanto più concreta del diritto[36], attingendo dalla realtà sociale[37]. Ciò permette al filosofo di Plattenberg di riflettere sulla debolezza del parlamentarismo tedesco e sulla *crisi della rappresentanza* caratterizzante il panorama politico weimariano, oltreché sulle più sottese istanze di un popolo privo di vera identità[38]: tali esperienze si riflettono nei principi da lui ela-

---

Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton Univerisity Press, Princeton, 1983, trad. it. *Carl Schmitt teorico del Reich*, Il Mulino, Bologna, 1989.

[33] C. Schmitt, *Custode della Costituzione*, cit.

[34] Questa umiliazione versagliese è evidenziata, nella teoria dei "grandi spazi schmittiani", all'interno di Jacopo Rosatelli, *Gli imperi oltre gli Stati. Sul concetto di Reich secondo Carl Schmitt,* ove accompagna il lettore nell'analisi delle ricerche in campo internazionale effettuate dal giurista e sottolinea come la "situazione concreta" esistente sia quanto più distante dal quadro normativo internazionale: «[..] accusa il pensiero giuridico positivista di esser, sostanzialmente, uno strumento ideologico al servizio degli assetti politici fortemente punitivi nei confronti della Germania». Cfr. J. Rosatelli, *Gli imperi oltre gli Stati. Sul concetto di Reich secondo Carl Schmitt*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 2, 2010, pp. 387-416.

[35] Non mancano riflessioni anche in campo economico: Schmitt elabora la figura di uno Stato interventista capace di abbracciare anche i settori monetario e mobiliare, fornendo un quadro pubblicistico guidante il *laissez faire*. Non a caso, alcuni autori avvicinano questa riflessione all'ordoliberismo di matrice *keynesiana*. Cfr. O. Malatesta, *L'ordoliberismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar. Walter Eucken su Sombar, Schumpeter e Schmitt,* in *Filosofia Politica*, 1, 2019.

[36] La stessa nozione di "stato di eccezione" sviluppatasi da Schmitt fa rilievo alla "situazione emergenziale concreta", sì anche la forte critica del normativismo giuridico kelseniano, incapace di cogliere le profonde tensioni politiche nel diritto stesso, non solo costituzionale, ma parimenti internazionale. Schmitt afferma come diritto e politica non sono separati.

[37] C. Galli, *Schmitt: politica ed economia*, cit., pp. 45-54.

[38] J. Rosatelli, *Gli imperi oltre gli Stati*, cit., pp. 387-416.

borati [39]. Egli teorizza ed auspica una visione di uno Stato "totale per energia", che possa contrapporsi e superare quanto più affligge il contesto tedesco. Del fatto che tali forze centrifughe si riflettano negli animi interni al *Reichstag* – data la sua impossibilità di produrre maggioranze politiche[40] – si è già ampiamente trattato. L'instabilità politica, di conseguenza, lo induce a «convergere la residua energia politica del sistema nel Presidente-custode»[41].

La figura ed il decisionismo schmittiano sono certamente oggetto di notevoli scritti a lui successivi, ove si evidenzia particolarmente il collegamento agli ideali del regime nazionalsocialista ed i suoi riflessi nell'ambito economico, sociale e soprattutto geo-politico[42]. Definito come «*Kronjurist des Dritten Reiches*»[43] , il giurista è stato tacciato di opportunismo innanzi al clima delle leggi razziali vista la sua vicinanza al NSDAP[44], senza poi dimenticare le dichiarazioni antisemite da lui rilasciate solamente negli anni successivi al 1933[45]. Di questa vicinanza al *Reich* è esempio chiaro la sua partecipazione al processo di Norimberga[46]: accusato di aver dato terreno fertile[47] all'ascesa di Hitler ed alla successiva aggressione internazionale compiuta dalla Germania nazista, egli richiama il suo ruolo di teorico e osservatore del diritto concreto e vivente. In altra sede, afferma: «Mi sento al cento per cento un giurista e nient'altro. E non voglio esser altro. Io sono un giurista e lo rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta»[48]. Il suo influsso nella discesa politica tedesca, dovuta all'insediamento del *Führer*, non deve trarre in inganno: per cogliere il pensiero schmittiano, è necessario calarsi – non solo giuridicamente – nella Germania post-guglielmina, di cui lo stesso politologo è un attento

[39] J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico*, cit.

[40] Ben si intenda, lo stesso politologo afferma che il pluralismo abbia la tendenza a diventare "Stato totale", ma sarà uno stato totale "per debolezza", poiché incapace di raccogliere un'istanza di potere unitaria.

[41] Ormai la società pluriclassiste agli albori del XX secolo impone una sempre maggiore contrattazione social-istituzionale, decadendo in un pluralismo irrimediabile. Cfr. C. Galli, *Schmitt: politica ed economia*, cit., p. 47.

[42] Come già menzionato, la "teoria dei grandi spazi" si rifletterà anche nell'esigenza dell'intero popolo tedesco a accogliere e perpetrare la «missione del Reich». Cfr. J. Rosatelli, *Gli imperi oltre gli Stati*, cit., pp. 387-414.

[43] F. Ruschi, *Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist*, in *Jura Gentium*, v. IX, 2012.

[44] Il 1° maggio del 1933 ne diventa membro.

[45] G. Stefano, *Il dibattito giusfilosofico*, cit., p. 170.

[46] In proposito, si veda C. Schmitt, *Antworten in Nürnberg,* Duncker & Humblot, Berlin, 2000, trad. it. *Risposte a Norimberga,* a cura di H. Quaritsch, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[47] Grazie alla "teoria dei grandi spazi*"*.

[48] C. Schmitt, *Un giurista davanti a sé stesso. Saggi e interviste,* a cura di G. Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2005.

osservatore. Il suo pensiero, i nodi e gli sviluppi nascono e sono giustificati dall'epoca in cui visse, fortemente in crisi di fronte alle nuove esigenze sociali. Tale contesto storico è il campo di nuove sperimentazioni, di un'attenzione maggiore al reale rispetto al razionale e dell'immane inconciliabilità di questi: l'ordine non appare all'interno dello stato d'eccezione, ma la ricomposizione della frattura tra il concreto e il giuridico avviene nel momento della decisione, fondando l'agire politico. Nulla di quanto elaborato da Schmitt antecedentemente al *Terzo Reich* può esser compreso senza uno sguardo al clima del periodo storico in cui vive[49].

[49] J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico*, cit.

STATO DI GUERRA ED EMERGENZA NEI LAVORI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE

ILARIA MIAN

1. *Contesto storico: la prova del sistema statutario nella Prima guerra mondiale, la "Lezione di Weimar"*

Fu un compito arduo quello che spettò ai Padri Costituenti, chiamati ad occuparsi della tematica dello stato d'emergenza alla metà del Novecento, dopo due guerre mondiali.

Per tutto il secolo precedente, a partire dal 1848, lo Stato venne retto dallo Statuto Albertino, costituzione ottriata la quale assegnava ampi poteri alla figura del sovrano, che, ai sensi dell'articolo 5, *«[…] comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra; fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune [...]»*[1].

Fu questo inciso a consentire nella primavera del 1915, la sigla – in segreto e senza alcuna informativa né deliberazione preventiva delle Camere – del Patto di Londra, col quale il Regno abbandonò gli Imperi centrali sposando la causa della Triplice intesa. Nei quattro anni di guerra, l'assetto dei poteri delimitato dallo Statuto non resse l'urto. L'utilizzo massiccio da parte dei governi Salandra, Boselli e Orlando della delegazione legislativa conferitagli con la legge 273/1915, nonché dello strumento del decreto legge, sfuggì quasi completamente dal controllo del Parlamento[2]. Questo permise la produzione di normativa maggiormente ampia rispetto alla delega, che consentiva normazione limitata al periodo e alla condizione di guerra.

L'ordinamento statutario, figlio di una stagione politica molto differente rispetto a quella del primo Novecento, non riuscì ad arginare l'avvento del regi-

[1] Art. 5 Statuto Albertino.

[2] G. De Vergottini, *Stato di guerra e assetto dei poteri costituzionali*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, pp. 9-16.

me mussoliniano nel 1922, il quale, diciotto anni dopo, si servirà dei poteri che l'articolo 5 conferiva al sovrano, scegliendo di entrare in guerra al fianco della Germania hitleriana.

Il regime nazista, come ricostruito da autorevole dottrina, ebbe la possibilità di raggiungere il potere a causa anche di alcune scelte compiute nel 1919 dai costituzionalisti di Weimar. La prima esperienza costituzionale moderna tentò un esperimento notevole, ovvero realizzare una forma di stato all'interno della quale tutti i poteri coinvolti fossero equamente bilanciati. Si trattava però di un testo modificabile con legge ordinaria, e sovrinteso da un tribunale costituzionale dai poteri non sufficientemente incisivi. Il problema però risiedeva nella figura del Presidente della Repubblica, concepito come un "notaio", posto al di fuori delle dinamiche esecutive, ma dotato della titolarità dei poteri connessi allo s*tato d'emergenza,* compresi quelli di sospendere i diritti fondamentali per la necessità di ristabilire l'ordine pubblico. La norma dell'articolo 48 non faceva menzione del lasso di tempo in cui questi provvedimenti potevano perdurare, e ciò consentì nel 1933 a Hitler di stabilire uno *stato di emergenza perenne*.

Come affermava Helmut Kohl, «occorre cautela per camminare sul suolo tedesco, poiché i demoni sono sepolti poco sotto la superficie». Fantasmi che impongono al costituzionalismo novecentesco di prendere atto della "lezione" impartita: perché lo stato di diritto regga, non è sufficiente l'esistenza stessa di una Costituzione, ma questa deve esprimere principi eterni ed immodificabili che possano arginare il potere esecutivo[3].

Gli errori commessi sul suolo tedesco erano chiari ai costituzionalisti italiani, i quali in prima persona sperimentarono la degenerazione della Repubblica tedesca, a cui si legò sciaguratamente lo Stato fascista.

La dottrina non fornisce una definizione univoca di stato d'eccezione, benché questo possa essere inteso come una situazione temporanea, in cui il normale flusso del diritto è ostacolato dalla necessità di superare la congiuntura determinatasi. I fatti da cui si origina sono estranei alla tipizzazione del legislatore, ed impongono a quest'ultimo parziali deroghe all'ordine tradizionale dei poteri[4].

Dopo la lezione impartita dall'esperienza di Weimar, il costituzionalismo novecentesco relegò l'eccezione a quelle situazioni talmente gravi da minacciare l'esistenza stessa dello Stato.

Poiché è la Costituzione stessa a definire quali fra i diritti concessi ai cittadini sono qualificati come fondamentali; tali diritti vengono compressi in situazioni di eccezione, ma l'ordinamento può decidere di tipizzare l'eccezione, fissando l'asticella al livello di compressione che risulta sopportabile. La dottrina

[3] S. Cassese, *Democrazia e mondo, quello che ancora ci insegna la Costituzione di Weimar,* in *Il Foglio*, 24, 2019.

[4] G. Pagliarulo, *Lo Stato d'eccezione,* in *Patria*, 2012, https://www.anpi.it/media/uploads/patria/2013/pagliarulo_statoeccezione_dicembre_2012.pdf.

contemporanea, in antitesi con Schmitt che considerava l'esercizio della deroga come una realtà immanente connaturata alla natura del sovrano posizionata *extra ordinem*, ritiene che il fondamento debba trovarsi nella Costituzione stessa[5].

Parafrasando le parole di Costantino Mortati, sono ammissibili quelle deroghe che non contrastano con i fini della Costituzione, ma che li salvaguardano dinanzi ad eventi sopravvenuti.

2. *Il dibattito sullo stato di emergenza e la guerra nell'Assemblea Costituente*

Le vicende belliche influirono profondamente sulle posizioni assunte in Assemblea Costituente circa la possibilità di regolamentare la derogabilità dei principi fondamentali nel caso in cui eventi eccezionali mettano a rischio la tenuta stessa dell'ordinamento; lo sciagurato destino che legò il Terzo *Reich* al regime fascista riunì l'opinione dominante attorno alla contrarietà a normare lo stato d'eccezione.

La prima sottocommissione respinse la possibilità di esplicitare quali dei diritti e delle garanzie fondamentali siano sospendibili in caso di *pericolo* della Repubblica; si temette che ciò si sarebbe tradotto nell'assegnazione al vertice dell'esecutivo di ampi poteri personali, che avrebbero potuto permettere decisioni potenzialmente arbitrarie. Pesava profondamente quanto accaduto sei anni prima, quando nel giugno del 1940 la decisione unilaterale del "capo del governo" aveva portato la nazione verso il conflitto e la guerra civile.

La sfiducia nei confronti dell'accentramento di potere nel vertice dell'esecutivo portò l'Assemblea ad un atteggiamento decisamente prudenziale, poiché la medesima scelta altrove aprì le porte alla deriva totalitaria. Si scelse pertanto "di non scegliere", evitando di vestire di legittimazione formale i medesimi schemi. Tuttavia, sono comunque isolabili alcuni criteri orientativi desunti dalle posizioni tenute dai padri costituenti nel dibattito scaturito sul tema; anzitutto, in antitesi con un passato nel quale si erano assommati i poteri in capo al sovrano, si decise di scindere il momento della formazione della volontà di entrare in guerra, con quello della sua estrinsecazione. Il primo venne affidato alle assemblee legislative, mentre il secondo venne affidato al capo dello Stato[6].

Successivamente, l'autonomia dell'esecutivo venne circoscritta ai poteri necessari per superare l'*impasse*. Compete al Parlamento la delimitazione dell'alveo in cui l'esecutivo potrà muoversi. La dottrina, successivamente, si divise sul portato dell'articolo 78, poiché alcune voci ne auspicarono l'estensione anche oltre lo stato di guerra.

Nella sua relazione nella seconda sottocommissione, Vincenzo La Rocca riassunse precipuamente i dubbi e le contraddizioni che serpeggiavano nell'As-

[5] F. Cerquozzi, *"Stato d'emergenza" e Costituzione*, in *Ius in Itinere*, 2020.

[6] Art. 87, co. 4, Cost.

semblea. Il tema delle misure eccezionali, necessarie per tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, è colmo di pericoli per cui è necessario costruire un'imponente barriera di solide garanzie che presidino questo tipo di potestà, per evitarne la degenerazione.

Lo Statuto concesso da Carlo Alberto vietò al sovrano di sospendere le leggi; così fece Carlo X di Borbone, causando la rivolta del popolo. In seguito, il conte di Cavour affermò che in condizioni di eccezionalità il potere esecutivo dovesse avere il coraggio di allontanarsi dalle leggi scritte per permettere la sopravvivenza dell'ordinamento stesso.

In ragione delle ampie libertà concesse dall'ordinamento statutario in tema di eccezione, si poté realizzare nella quasi legalità il colpo di stato delle camicie nere; come Weimar insegna, è sufficiente un articolo, che concede uno spropositato potere ad un organo unipersonale, per sterilizzare tutta la Costituzione.

Pertanto, la scelta migliore dalla prospettiva del costituente è quella di conferire al Parlamento il potere di «sospendere la democrazia», ma le tempistiche assembleari non permisero la velocità necessaria. Sarà comunque necessario che il Capo dello Stato presidi l'agire dell'esecutivo, evitando che travalichi dall'esercizio dei poteri necessari per dirimere la situazione eccezionale determinatasi[7], creando quella situazione di "necessità perenne" che aveva concesso l'instaurazione e il consolidamento del regime hitleriano.

3. *La genesi degli articoli 11, 78, 87*

La Costituzione repubblicana menziona espressamente la guerra in tre occasioni, l'articolo 11, 78 e 87, mentre non vi è alcun riferimento allo stato d'eccezione, segno che presumibilmente prevalse la linea di non esplicitazione dei poteri di emergenza.

I tre articoli succitati offrono importanti spunti, volti a delineare la posizione dominante all'interno dell'assemblea, per cui, a fronte dell'enunciazione di principio che venne inserita nell'art. 11, ovvero che l'Italia «ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli», si optò, qualora fosse necessario procedere a dichiarare guerra, per la scissione del momento assembleare della formazione della volontà da quello unipersonale della dichiarazione di guerra.

La discussione sul primo inciso dell'articolo 11 si avviò[8] con la contrapposizione sul ruolo degli organismi sovranazionali; Mario Cevolotto espresse il proprio scetticismo circa l'eventualità di inserire nel testo il riferimento esplicito alle Nazioni Unite, poiché ciò avrebbe significato cristallizzare una materia di sua natura mutevole come quella dei rapporti internazionali, inoltre, se queste

[7] Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, Relazione del deputato La Rocca Vincenzo sul potere esecutivo, in https://www.nascitacostituzione.it/.

[8] Assemblea Costituente 03/12/1947, in https://www.nascitacostituzione.it/.

non avessero dovuto compiere il ruolo per cui vennero costituite, ci si sarebbe trovati con una disposizione vuota all'interno della Carta.

Non furono dello stesso avviso Corsanego e Togliatti, che ritennero necessario esplicitare l'adesione della neonata Repubblica al movimento globale che considera la guerra di aggressione fuori legge, in modo da spezzare la catena di nazionalismi che ha trascinato il continente in due guerre mondiali in meno di cinquant'anni. Si trattò di un progetto estremamente lungimirante che andò oltre il semplice dettato normativo, proponendosi di intervenire sulla coscienza nazionale. Nella seduta dell'8 marzo 1947, l'onorevole Damiani affermò appunto che non fosse sufficiente rendere esplicito il ripudio della guerra, ma educare le giovani generazioni alla pace e non alla cultura militarista come d'uso nel Terzo *Reich*.

Gli sbagli della storia pesarono sulle posizioni sostenute in Assemblea; si trattò infatti di compiere un delicato bilanciamento tra la necessità di mettere al riparo il nuovo ordinamento ed evitare le degenerazioni del passato. Crispo, nella seduta del 13 marzo 1947 propose di sostituire il lemma *rinuncia* con *ripudia* la guerra, in modo che la Repubblica si distanziasse della storia precedente del Regno. Potrebbe sembrare una sostituzione di poco conto ma non lo fu, poiché così si intese sgomberare il campo dal dubbio che la Repubblica potesse considerare l'azione militare come una facoltà legittima. Sarà in seguito l'impostazione che prevarrà, con l'approvazione della formula definitiva.

Poste le condizioni preliminari, si esaminò la possibilità di regolamentare l'eventualità in cui si renda necessario procedere alla dichiarazione di guerra, oggi contenuta nell'articolo 78.

Bencivegna, nell'intervento del 13 marzo 1947, espresse dubbi in merito all'eventualità di lasciare priva di regolamentazione la fase di formazione della volontà, soprattutto perché le eventuali discussioni avrebbero potuto essere lunghe ed inconcludenti e lasciare troppo margine di espressione al popolo, che nella Grande Guerra ebbe l'ultima parola, con le conseguenze che seguirono. D'altra parte, i tempi che la particolare situazione richiede non permettono nemmeno di procedere affidando al Governo deleghe circoscritte per l'emanazione di singoli provvedimenti, ma, come sostenne Crispo[9], sarebbe preferibile assegnare una delega generale circoscritta per i provvedimenti necessari al tempo di guerra.

Crispo presenta successivamente un emendamento che propose di regolamentare la sospensione dei diritti di libertà ai soli casi di necessità, convocando le Camere a ratificare o respingere lo stato d'assedio e i provvedimenti necessari. In risposta, Codacci Pisanelli chiese che fosse permesso l'utilizzo della facoltà di decretazione concessa dal precedentemente approvato articolo 77.

[9] Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione 10 settembre 1947, in https://www.nascitacostituzione.it/.

La linea che prevalse fu quella di Tosato, il quale sostenne che, come in tutti gli ordinamenti repubblicani contemporanei, le Camere debbano deliberare lo stato di guerra agli effetti interni mentre agli effetti esterni il compito spetti al Presidente della Repubblica, per cui sarà approvata in seguito la formula:

«Le camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari».

In ultima istanza, il potere di dichiarare formalmente guerra venne assegnato dall'articolo 87 al Capo dello Stato, congiuntamente al comando delle forze armate. Si fronteggiarono in Assemblea posizioni scettiche in merito a quest'ultimo assunto poiché eccessivamente riecheggiante l'esperienza monarchica[10], tuttavia, come successivamente sostenuto da Nobile, nell'ordinamento repubblicano questo formale potere risulterà vincolato dalla deliberazione parlamentare, che venne deputata a formare la volontà di entrare in guerra. Era infatti diffusa una certa sfiducia nei confronti dei vertici militari, agli occhi dell'opinione pubblica eccessivamente connessi con la politica del regime mussoliniano.

Con la riorganizzazione istituzionale si colse l'opportunità di regolamentare il rapporto con le forze armate, superando quella situazione di confusa commistione che aveva portato nell'estate del 1940 la delega di funzioni militari al capo del governo, riunendo in capo al medesimo soggetto l'esercizio di funzioni militari ed esecutive. Fu necessario compiere in sede costituente una delicata operazione, che consentisse di non umiliare la funzione dei corpi militari ma nello stesso momento di conciliarne le prerogative con quelle di uno stato democratico. Il risultato fu un raffinato compromesso. Posta la premessa principale, ovvero il ripudio della guerra d'aggressione, si diede il comando delle forze armate al Capo dello Stato, seguendo da un lato la tradizione statutaria, ma parimenti affidandosi a un organo espressione di rappresentatività come il Parlamento, deputato alla dichiarazione di guerra. Questi fornirà all'esecutivo le indicazioni necessarie alle operazioni belliche, realizzando pertanto quel rapporto di interdipendenza che le gerarchie militari auspicavano nel dibattito scientifico sul tema; le forze armate non saranno d'ora in poi suddite della politica, ma questa darà loro le direttive necessarie allo svolgimento della propria attività, assumendosene la responsabilità[11].

Il presidente Terracini rievocò quanto previsto dalla Costituzione svizzera, la quale rimetteva alle Camere l'elezione del capo di stato maggiore. Si trattò di un'impostazione che non passò, poiché si temette che così procedendo si ledesse il prestigio delle forze militari[12].

---

[10] La Rocca, 4 gennaio 1947 sul comando delle forze armate, in https://www.nascitacostituzione.it/.

[11] D. Rossi, *Forze armate e Costituzione*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi e figure della cultura politica italiana (1943-48)*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Carocci, Roma, 2010.

[12] Bencivegna, 13 marzo 1947 in risposta a Terracini, in *nascitacostituzione.it*.

In conclusione, il dibattito svoltosi in Assemblea sul tema dello stato d'eccezione e di guerra venne profondamente e comprensibilmente influenzato dalle vicende del primo Novecento, costringendo il legislatore costituente a cercare un delicato equilibrio tra le esigenze dello Stato nuovo in costruzione e la necessità di non compiere i medesimi errori del passato. L'impostazione che prevalse fu sicuramente di grande prudenza, bilanciando la tutela della rappresentatività con l'esigenza di rapidi tempi decisionali.

Comunque sia, le fortunate circostanze dei decenni successivi non consentirono di testare lo schema delineato, anche grazie alla scelta di rinunciare all'uso individuale della forza per devolverlo alle istituzioni sovranazionali deputate al mantenimento della pace.

IL DECRETO LEGGE IN UNA PROSPETTIVA DI STORIA COSTITUZIONALE

ARIANNA RIGATO

1. *L'ordinamento statutario e la mancata previsione della decretazione d'urgenza*

Nel Regno di Sardegna, sull'onda delle forti spinte liberali, per concessione Sovrana con «lealtà di Re e con affetto di padre», venne stabilita la «Legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia»[1]: lo Statuto Albertino. Nel 1848 infatti veniva approvata dal Re Carlo Alberto la prima Costituzione del Regno, la quale verrà trasposta e applicata anche al Regno d'Italia. Si tratta di una Carta Costituzionale, facente parte delle costituzioni ottriate (*octroyée*) perfettamente corrispondente alle esigenze di uno stato di diritto classico, poggiante su di una società monoclasse, dove il potere regio si limitava esclusivamente a non esercitare i poteri in maniera dispotica, ma con la collaborazione delle Camere. Nonostante le caratteristiche di rigidità enunciate, non era presente alcuna disposizione che prevedesse un particolare procedimento per la modificazione o l'abrogazione delle norme statutarie. È prospettabile che le caratteristiche di perpetuità e irrevocabilità, oltre a concretizzare l'impegno del Sovrano al rispetto delle autolimitazioni del potere regio, volessero significare una non modificabilità dello stesso. Le cose però andarono diversamente.

Sono i primordi del costituzionalismo italiano, tuttavia, ancora oggi è fondamentale ricordare l'importanza dello Statuto, non tanto per quanto si rinviene nell'articolato, bensì per una serie di elementi presenti nel quadro costituzionale statutario che non si trovano attraverso la mera lettura del testo. Infatti, a pochi mesi dall'emanazione, la flessibilità della costituzione comportò l'inevitabile suo mutamento in merito a molti aspetti fondamentali della vita istituzionale, in particolare con riferimento ai poteri legislativi in capo al governo[2]. L'art. 6 dello

[1] Il testo dello Statuto Albertino è consultabile sul sito www.dircost.unito.it.

[2] Cfr. R. Ferrari Zumbini, *Tra finzione e realtà. Riflessioni su tendenze storiografiche dal 1866 a oggi*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, v. II, 36, 2018, pp. 53-67, sono presenti molti riferi-

Statuto Albertino vietava l'emanazione di atti aventi forza di legge governativi, ma sin dagli inizi si fece ricorso a diversi strumenti emergenziali: i pieni poteri e i poteri straordinari, i quali diedero vita a strumenti normativi come i decreti delegati e i decreti legge[3]. Per quanto concerne la decretazione d'urgenza, non vi era una disposizione nell'ordinamento che contemplasse la possibilità che, in determinate circostanze, l'esecutivo potesse attribuirsi una competenza temporanea ed eccezionale. Il problema dell'interferenza del governo nella sfera legislativa si concretizzò già durante la I guerra d'indipendenza, con l'approvazione dei primi decreti legge, culminata poi nella famosa legge sui pieni poteri (2 agosto 1848 n.759)[4].

2. *La graduale affermazione della prassi della decretazione d'urgenza*

A dispetto di quello che può sembrare non si verificò alcuna rottura, bensì l'elasticità, la duttilità, la spontaneità dello Statuto[5], permisero la germinazione di istituti e fonti normative nuove, attraverso il mutamento graduale nell'evoluzione e nella denominazione degli atti regi. La giustificazione che si diede in riferimento ai primi "sconfinamenti" dell'esecutivo attraverso il decreto legge, venne legata comunque alla necessità di un *bill of indemnity*[6] da parte del Parlamento, come sanatoria della lesione del sistema nell'ambito della separazione dei poteri.

La maggior parte della dottrina a sostegno dei provvedimenti (spesso anche nello sforzo di costruirne la legittimazione) rinveniva nelle situazioni di ecce-

---

menti e spunti per una analisi dell'evoluzione dello Statuto, infatti, già nel marzo '48 si era innovato introducendo le figure del presidente del Consiglio dei ministri incaricato e del Luogotenente del Re, in aprile si era concretizzato il controllo fiduciario del Parlamento sul governo. Lo stesso avvenne anche per l'istituzione di organi come le commissioni di inchiesta, ovvero le interrogazioni parlamentari.

[3] Cfr. C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2005, per una puntuale analisi della differenza fra pieni poteri e poteri straordinari, relativa all'evoluzione che ha avuto nel corso dell'Ottocento.

[4] Cfr. R. Ferrari Zumbini*, Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXXI, 2, 2011, pp. 303-312.

[5] Sul concetto di spontaneità si rinvia al pensiero di R. Ferrari Zumbini, *Tra idealità e ideologia. Il rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 493 ss. Ma anche Id., *Nota a margine del libro Tra norma e vita*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2018, pp. 25-29.

[6] Cfr. P. Bonetti *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna 2006, p. 122 ss., riferimento ad una accurata analisi del sistema britannico delle emergenze, dove la legge Parlamentare è abilitata all'introduzione di regimi derogatori della libertà. Ma è altresì possibile derogare alla disciplina legislativa da parte del Governo, purché vengano approvate ex post dal Parlamento attraverso un *act of indemnity*.

zionalità il potere del Governo di affrontarle ed interpretare le necessità del momento attraverso l'emanazione di atti aventi forza di legge. In tal senso si può ricordare la posizione di Santi Romano, secondo il quale la necessità diventa essa stessa fonte del diritto, elevandola a fonte primaria e originaria di tutto il diritto, rispetto ad essa le altre sono da considerarsi in un certo modo derivate[7]. È doveroso evidenziare come questa posizione "legittimante" non fosse condivisa da tutti i giuristi, anzi, è possibile rinvenire posizioni molto critiche rispetto alla legittimità di questi istituti[8].

Quindi si ammetteva la potestà normativa del governo attraverso due figure fondamentali: il decreto legge, caratterizzato dalla temporanea sostituzione della legge fino al momento di conversione[9] (ove il rischio della mancata conversione faceva perdere efficacia all'atto *ex tunc*); e le ordinanze di necessità, le quali rispondevano ad esigenze eccezionali (come lo stato d'assedio civile, lo stato di guerra internazionale, lo stato di emergenza), al termine delle quali le potestà straordinarie del governo venivano meno[10]. L'utilizzo di questi strumenti di legislazione eccezionale non fu infrequente, in particolare nelle regioni meridionali per la repressione del brigantaggio.

Agli inizi del Novecento furono numerosi gli eventi sismici che portarono il governo del Regno d'Italia a rapportarsi con la gestione delle emergenze, dove per la prima volta venne dichiarato lo stato d'assedio per rispondere alle esigenze causate da una calamità naturale[11].

---

[7] Come rinvio ad alcune opere sul pensiero del famoso giurista: S. Romano, *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 194 ss.; Id., *Sui decreti- legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1, 1909, pp. 252-272.

[8] A.P. Tanda, *Riflessioni sui Decreti Legge*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1, 1982, pp. 233-267: per esempio Federico Cammeo riteneva che una analisi storico-letterale dell'art. 6 dello Statuto Albertino dovrebbe escludere la possibilità di tali poteri in capo alle forze governative.

[9] In riferimento all'evoluzione giurisprudenziale sulla applicabilità del decreto legge si rinvia a P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze d'Urgenza*, in *Archivio di Diritto Pubblico,* v. V, 1895, pp. 336-347. L'opinione del giurista era positiva in merito all'applicabilità al caso concreto del decreto legge, emanato in casi di necessità ed urgenza, con l'espressa riserva di rinvio alle Camere per l'approvazione. Era quindi da ritenersi atto avente forza di legge.

[10] Per un'analisi più approfondita rispetto alle differenze fra gli istituti del decreto legge e le ordinanze di necessità si rinvia a M. Fioravanti, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia D'Ancien Régime all'Italia liberale*, vol. XXXV, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata: Nuova serie, Giuffré, Roma, 2009. La differenza caratterizzante fra i due istituti è legata al fatto che le ordinanze di necessità conferivano al governo la facoltà di intervenire con provvedimenti di carattere legislativo, senza la necessità di presentarli alle Camere per una loro conversione.

[11] Il riferimento riguarda il terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908, si rinvia al testo di C. Latini, *L'emergenza e la disgrazia. Terremoto, guerra e poteri straordinari in Italia agli inizi del*

Risulta evidente che la prassi della decretazione d'urgenza fosse ampiamente consolidata, anche se la prima regolamentazione legislativa del decreto legge avvenne solo con la legge n. 100/1926; essa conferiva al Governo la facoltà di adottare norme aventi forza di legge in casi straordinari, nei quali lo richiedessero ragioni di urgente ed assoluta necessità[12]. In questa disciplina il controllo democratico era ridotto al minino, con il conseguente rischio di arbitrarietà nell'introduzione dei provvedimenti, i quali non erano stati assolutamente previsti nella carta statutaria.

L'istituto della decretazione d'urgenza è, per sua natura intrinseca, uno strumento transitorio. Qualora ci sia una stabilizzazione nel tempo, o addirittura un'esondazione dalle reali esigenze di necessità ed urgenza, cui dovrebbe essere sotteso, allora si produce un cambiamento radicale, che, da una parte della dottrina, è stato definito come una delle cd. "modificazioni tacite della Costituzione"[13]. Nell'ambito delle costituzioni flessibili, come lo Statuto, queste modificazioni facevano parte del sistema, la spontaneità della Carta ne ha permesso l'evoluzione ed infine l'abuso nell'ambito dell'esperienza fascista.

3. *I concetti di necessità ed urgenza: la costituzionalizzazione del decreto legge*

L'emergenza, da un punto di vista giuridico, si configura come una «situazione imprevista che, rendendo il diritto normalmente vigente inadeguato, pone la necessità di uno stato d'eccezione capace di fronteggiarla»[14]. Queste

---

Novecento, in *Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna Historia et ius*, 13, 2018, pp. 1-22. La legislazione emergenziale per il terremoto introdusse attraverso i poteri attribuiti al governo una serie di istituti che difficilmente si conciliavano con le previsioni statutarie (per esempio, i tribunali militari straordinari dichiarati tribunali di guerra che andavano a sostituire i tribunali ordinari, evidente violazione dell'art. 71 dello Stato). Inoltre, è opportuno ricordare che la particolarità della decretazione derivante dallo stato d'assedio, diversamente dal decreto legge, non necessitava di una validazione successiva delle Camere.

Un'interessante analisi delle leggi emanate nello stato d'assedio, è rinvenibili in L. Rossi, *L'ordinamento dello Stato d'Assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, v. I, 20, 1936, pp. 261-277.

[12] Secondo tale disciplina il decreto legge andava presentato, a pena di decadenza entro 60 giorni al Parlamento, e perdeva efficacia *ex nunc* qualora ci fosse un rifiuto alla conversione, o in caso di inerzia parlamentare, alla scadenza di due anni dalla pubblicazione, un termine così lasco da non avere una vera funzione deterrente.

[13] Le modificazioni tacite della Costituzione sono da intendersi come un'alterazione del disegno costituzionale, avvenute senza intaccare di fatto le disposizioni costituzionali, ad es. attraverso le fonti fatto o le consuetudini costituzionali.

[14] G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffré, Milano, 2003, p. 17 ss. Sull'intera tematica dell'emergenza si rinvia anche a P. Pinna*, L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffré, Milano, 1988.

necessità possono essere affrontate dallo Stato attraverso due modelli contrapposti: il modello monistico e il modello dualistico.

Nell'ambito del modello monistico il regime giuridico derogatorio è contemplato all'interno del sistema giuridico stesso, tramite la previsione di apposite competenze straordinarie parzialmente sospensive/derogatorie della disciplina ordinaria. In queste ipotesi l'eccezione è "normativizzata". L'ordinamento si adopera per rispondere alla crisi emergenziale, in via congrua e provvisoria, relativamente alle circostanze eccezionali. La fonte del potere emergenziale risiede in una norma implicita o esplicita, ma comunque ricavabile all'interno del diritto "ordinario".

Nel modello dualistico invece l'emergenza è esterna al sistema giuridico e richiede una normativa straordinaria specifica per rispondere all'emergenza[15]. Il potere emergenziale trae la propria origine dalla necessità, che si assurge a vera e propria fonte del diritto, seppur trattandosi di una fonte *extra ordinem*.

A seguito dell'esperienze dei primi del '900, per scongiurare la deriva autoritaria e l'inevitabile aumento del potere normativo al governo in situazioni di emergenza, la tendenza è stata quella della generale costituzionalizzazione dell'eccezione, per delimitare, per quanto possibile, all'interno di una cornice legale i poteri in capo all'esecutivo, non soltanto per la possibilità di normare, ma soprattutto per la possibilità di intervenire in deroga al diritto ordinario. È doveroso precisare che il governo non è necessariamente l'attore esclusivo nelle situazioni emergenziali, anzi, una vasta parte della dottrina ha sostenuto come auspicabile un intervento chiaro della volontà parlamentare, la quale per esigenze di celerità spesso viene oscurata.

In Italia, con l'avvento della Repubblica la questione della decretazione d'urgenza si concretizzò nelle scelte adottate dall'Assemblea costituente. Il dibattito della I Sottocommissione dei 75 si è articolato cercando di rispondere alla necessità di tipizzare degli strumenti funzionali a rispondere alle situazioni di necessità ed urgenza, per dare un ordine alla magmatica evoluzione degli istituti che la prassi aveva ormai consolidato nell'esperienza statutaria. Come disciplinare ipotesi come lo stato d'assedio e il decreto legge?

Erano molti a sostenere la necessità di inserire un divieto assoluto di stato d'assedio, perché, trattandosi di una disciplina sospensiva o derogatoria delle libertà, un'eventuale previsione sarebbe stata estremamente pericolosa[16]. Di diver-

[15] Per una panoramica sulle differenze fra i sistemi si rinvia a V. Iacovissi, *Il diritto dell'emergenza, nelle democrazie pluraliste europee*, in *Gnosis-Rivista italiana di Intelligence*, 3, 2016, pp. 61-69.

[16] In tal senso possiamo ricordare l'opinione dell'onorevole Togliatti: «lo stato d'assedio è stato proclamato molte volte a scopo di sopprimere la libertà ed impedire lo sviluppo della democrazia. Una volta soltanto è stato proclamato in funzione antifascista ed è durato tre quarti d'ora. Queste esperienze non devono essere dimenticate». Altri invece come

so avviso invece era Costantino Mortati, il quale sostenne che era possibile autorizzare lo stato d'assedio, purché ci fosse una disciplina che ne limitasse i poteri e una serie di garanzie volte a scongiurarne l'abuso[17]. Alla fine dei lavori della Sottocommisione, prevalse la paura che una disposizione in materia di emergenze interne facesse scaturire nuovi abusi da parte del governo. Si giunse invece alla redazione di un articolo che vietasse espressamente lo stato d'assedio[18].

Questo divieto non venne poi approvato da parte dell'Assemblea costituente. Molti autori come Livio Paladin hanno proposto una particolare lettura relativa all'estromissione del divieto dal testo costituzionale: il silenzio sulla questione della legittimità dello stato d'assedio, sarebbe da intendersi come «tanto più significativo, in quanto le misure straordinarie da adottare nei casi di emergenza erano ben note e sperimentate nell'ordinamento statutario»[19]. Si trattava di strumenti conosciuti attraverso l'esperienza statutaria; era lecito aspettarsi una chiara enunciazione per stabilirne l'illegittimità costituzionale. Questa interpretazione permette di considerare lo stato d'assedio come in un certo senso legittimo, in quanto non vietato in Costituzione. Il "mancato divieto espresso" in tema di stato d'assedio va comunque armonizzato con l'unica previsione in merito alla possibilità di un regime derogatorio, attraverso l'esercizio dei poteri necessari conferibili al governo in caso di guerra (art. 78), pur non trattandosi di pieni poteri.

Per quanto riguarda il decreto legge, il dibattito nelle Sottocommissioni fu estremamente vivace, arrivando addirittura all'approvazione di un divieto espresso di decretazione d'urgenza. Il decreto legge venne poi configurato nell'art. 77, dove si prevede che debba sussistere un fatto eccezionale (straor-

---

l'On. Crispo sostennero la necessità di inserire un articolo che disciplinasse espressamente questa possibilità, il contenuto prospettato era: «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi». V. Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, https://www.nascitacostituzione.it/.

[17] Per quanto concerne il pensiero di Mortati si rinvia a G. De Vergottini, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza: in margine al pensiero di Costantino Mortati,* in *Diritto e società*, 2, 1994, p. 217 ss. Va ricordato che secondo Mortati la mancata previsione, o addirittura il divieto di regime derogatorio, non elimina i pericoli diretti ad instaurare una dittatura, bensì la vera tutela deve rinvenirsi nella previsione esplicita affinché sia meglio garantita all'interno dell'ordinamento.

[18] Fortemente sostenuto dagli On. La Rocca, Tosato e Nobile, il testo approvato dalla prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione era il seguente: «È vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione», 11 gennaio 1947.

[19] V. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano,* Il Mulino, Bologna, 1996, p. 230 ss.

dinario), che imponga in modo inevitabile la necessità e l'immediata urgenza di provvedere[20].

Nonostante l'iniziale avversione verso l'istituto del decreto legge, esso si qualificò come uno degli strumenti a disposizione dell'esecutivo per fronteggiare le emergenze. Si tratta di un istituto di cui si è fatto largo uso nell'esperienza della Repubblica, abusandone e sconfinando al di là delle previsioni costituzionali. Soltanto grazie all'intervento della Corte costituzionale ed agli ulteriori limiti introdotti tramite la legge n. 400/88[21], si è cercato di razionalizzarne l'uso.

Tali brevi riflessioni evidenziano il fatto che la disciplina di questi strumenti – funzionali all'esigenza di rispondere ad istanze emergenziali, non aprioristicamente prevedibili (quantomeno per ciò che concerne le cause o i fattori scatenanti) – sia di cruciale importanza in tutte le diverse esperienze giuridiche.

[20] Per una analisi dei concetti di necessità ed urgenza, come presupposti fondanti la legittimità del decreto legge si rinvia a R. Nevola, *La Decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, Corte Costituzionale – Servizio Studi, 2017, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_304_Decretazione_urgenza.pdf.

[21] Il riferimento riguarda i limiti imposti dall'art. 15 della L. 23 agosto 1988, n. 400 sul piano formale. È doveroso ricordare che prima dell'intervento normativo menzionato la disciplina di dettaglio del decreto legge rimase quella prevista dalla legge n. 100/1926.

GUIDA RAGIONATA ALLA LETTURA DEGLI ATTI

NICOLE PICCOZZI, FRANCESCA QUAIA,
NICOLE GALLIANI

1. *Premessa*

Il presente contributo offre una raccolta degli atti delle varie autorità, centrali e periferiche (Regione FVG), emanati per far fronte all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In ragione della quantità e della complessa stratificazione delle fonti occorsa, nonché della continua evoluzione dello scenario emergenziale e quindi degli atti adottati per farvi fronte, il documento potrebbe non risultare completo. Nonostante ciò, esso può costituire un utile strumento per approcciarsi con maggior semplicità alla complessa disciplina oggetto del lavoro.

Si illustrano così gli atti atti emanati dal Governo, dai vari Ministeri, dal Dipartimento della protezione civile, dalla Regione Friuli-Venezia Giulia ed alcune decisioni emesse dai TAR in seguito al contenzioso che è scaturito dall'emanazione di determinati provvedimenti.

2. *Tabella riepilogativa degli atti*

GOVERNO	DPCM	MINISTERI Salute, Interno etc …	ORDINANZE PROTEZIONE CIVILE	ORDINANZE REGIONE FVG	Decisioni TAR
Delibera Consiglio dei Ministri 31 gennaio (stato di emergenza)		ORDINANZE Ministero Salute 25 gennaio 30 gennaio 21 febbraio	N 630, 3 febbraio N 631, 6 febbraio N 633, 12 febbraio N 635, 13 febbraio N 637, 21 febbraio N 638, 22 febbraio		
DL n 6 / 23 febbraio	DPCM 23 febbraio DPCM 25 febbraio DPCM 1 marzo	ORDINANZE Ministero Salute 23 febbraio 24 febbraio Ministero dell'Economia e delle Finanze Decreto 24 febbraio	N 639, 25 febbraio N 640, 27 febbraio N 641, 28 febbraio N 642, 29 febbraio N 643, 1 marzo	Ordinanza 23.02.2020 Ordinanza 25.02.2020 Ordinanza contingibile ed urgente Ordinanza n.1 del 1 marzo	TAR MARCHE 27 febbraio
DL n 9 / 2 marzo Delibera del Consiglio dei Ministri 5 marzo Legge n 13 / 5 marzo	DPCM 4 marzo		N 644, 4 marzo		Ordinanza TAR Marche n. 63/4 marzo 2020
DL n 11 / 8 marzo	DPCM 8 marzo DPCM 9 marzo		N 645, 8 marzo N 646, 8 marzo		

GOVERNO	DPCM	MINISTERI Salute, Interno etc …	ORDINANZE PROTEZIONE CIVILE	ORDINANZE REGIONE FVG	Decisioni TAR
DL n 14 / 9 marzo	DPCM 11 marzo #IoRestoa Casa	ORDINANZE Ministero Salute 12 marzo 14 marzo 15 marzo	N 648, 9 marzo N 650, 16 marzo	Ordinanza contingibile ed urgente Ordinanza n. 2 del 13 marzo	
DL n 18 / 17 marzo Decreto "Cura Italia"	DPCM 22 marzo	ORDINANZE Ministero Salute 20 marzo 22 marzo	N 651, 19 marzo N 652, 19 marzo N 654, 20 marzo	Ordinanza contingibile ed urgente Ordinanza n. 3 del 19 marzo superata da Ordinanza n. 4 del 21 marzo	TAR Campania 18 marzo Rigetto dell'istanza di annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'Ordinanza del Presidente della Giunta regionale n.15 del 13 marzo 2020, e del Chiarimento del Presidente della Giunta regionale n.6 del 14 marzo 2020, atti che vietavano l'attività sportiva all'aperto. TAR Campania 24 marzo Rigetto di analoga istanza.
DL n 19 / 25 marzo	Modifiche allegato 1 DPCM 22 marzo DPCM 28 marzo DPCM 1 aprile	Ministero dell'Economia e delle Finanze Decreto 25 marzo Ministero dello Sviluppo Economico Decreto 25 marzo Ministero dell'Interno Circolare 31 marzo (rivolta ai prefetti: interpretazione norme in vigore riguardo agli spostamenti)	N 655, 25 marzo N 656, 26 marzo N 658, 29 marzo N 659, 1 aprile N 660, 5 aprile	Ordinanza contingibile ed urgente Ordinanza n. 5 del 25 marzo Ordinanza n. 6 del 3 aprile (trasporto) Ordinanza n. 7 del 3 aprile	Parere del Consiglio di Stato n. 260/7 aprile 2020

GOVERNO	DPCM	MINISTERI Salute, Interno etc …	ORDINANZE PROTEZIONE CIVILE	ORDINANZE REGIONE FVG	Decisioni TAR
DL n 22 / 8 aprile "Decreto Scuola" DL n 23 / 8 aprile 400 miliardi di prestiti alle imprese Decreto del Presidente della Repubblica 9 aprile	DPCM 10 aprile		N 663 / 18 aprile N 664 / 18 aprile N 665 / 22 aprile N 666 / 22 aprile N 667 / 22 aprile	Ordinanza n. 8 del 7 aprile (mascherine obbligatorie su mezzi di trasporto pubblici, chiusura supermercati per lunedì 13.04.2020 - Pasquetta) Ordinanza n. 9 del 11 aprile Ordinanza n. 10 del 13 aprile	
LEGGE n 27 / 24 aprile Conversione in legge del DL "Cura Italia" DL n 28 / 30 aprile Intercettazioni ed allerta Covid 19	DPCM 26 aprile "Fase 2" Convivenza con il virus	23 aprile CIRCOLARE n. 0108129 Ministero dello Sviluppo Economico 26 aprile ORDINANZA del Commissario straordinario emergenza epidemiologica Covid 19 n. 11 Prezzi massimi di vendita al consumo delle mascherine facciali 30 aprile DECRETO Ministero della Salute Adozione criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui allegato 10, DPCM 26 aprile	N 669 / 24 aprile	Ordinanza n. 11 del 26 aprile È permesso svolgere "servizio da asporto" a ristoranti e bar. È consentito svolgere attività motoria e in bicicletta nel comune. Ordinanza n. 12 del 3 maggio "Fase 2" Deroghe spostamenti Ordinanza n. 13 del 3 maggio Trasporto pubblico locale (TPL)	

GOVERNO	DPCM	MINISTERI Salute, Interno etc …	ORDINANZE PROTEZIONE CIVILE	ORDINANZE REGIONE FVG	Decisioni TAR
DL n 29 / 10 maggio Decreto anti-scarcerazioni mafiosi DL n 30 / 10 maggio Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2 DL n 33 / 16 maggio DL n 34 / 19 maggio "Decreto Rilancio" Legge n 35 / 22 maggio Conversione in legge del DL n 19 / 25 marzo	DPCM 17 maggio DPCM 18 maggio	4 maggio DECRETO Ministero dello Sviluppo Economico Modifica degli allegati 1, 2 e 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020	N 672 / 12 maggio N 673 / 15 maggio	Ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'articolo 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 Ordinanza n. 14 del 17 maggio "Fase 2" Linee guida per le riaperture Ordinanza n. 15 del 17 maggio in materia di Trasporto Pubblico Locale Ordinanza n. 16 del 3 giugno Validità 3.06 – 30.06 + ALLEGATO Linee Guida	Sentenza del TAR Calabria n. 841/2020 del 9 maggio

LA MAPPATURA DEGLI ATTI DELL'EMERGENZA COVID-19

NICOLE PICCOZZI, FRANCESCA QUAIA,
NICOLE GALLIANI

1. *Breve excursus sugli atti emanati dalle autorità centrali e periferiche*

A seguito dell'insorgenza in Cina della nuova epidemia di Coronavirus e della sua rapida diffusione anche in altri Paesi, tra cui l'Italia, il 30 gennaio 2020 l'OMS[1] ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 "un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale" e l'11 marzo 2020 l'ha definita una "situazione pandemica"[2]. Di conseguenza, in data 22 gennaio viene istituita una *task force*[3] con il compito di coordinare le azioni da mettere in atto per evitare la diffusione dell'epidemia da Coronavirus nel nostro Paese. Il 25 gennaio 2020 viene adottata dal Ministero della Salute un'ordinanza sulle misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus ed il 30 gennaio, dopo che sono stati confermati i primi due casi di contagio in Italia, sempre il Ministero della Salute ne ha adottata un'altra. Tutte le misure adottate fino ad allora, prevedevano la sospensione di tutti i voli da e per la Cina.

L'Italia, vista la drammatica situazione che stava vivendo, si è attivata, adottando significative misure di prevenzione, dichiarando, con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, lo "stato di emergenza"[4] per sei mesi

[1] Organizzazione mondiale della sanità.

[2] Sul punto, World Health Organization, cfr. il sito www.who.int

[3] La *task force* è composta da un contingente multidisciplinare di 74 esperti, scelti in collaborazione con il Ministero della Salute, l'Istituto Superiore di Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità e tra componenti direttamente designati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali, in base a comprovata esperienza nelle rispettive discipline di riferimento, che partecipano a titolo gratuito. Il compito di questo gruppo di lavoro è individuare e valutare soluzioni tecnologiche *data driven* per supportare il Governo e gli altri pubblici decisori nella definizione di politiche di contenimento del contagio da Covid-19.

[4] Lo stato di emergenza è una misura adottata da un governo in caso di un pericolo imminente che minaccia la Nazione.

(fino al 31 luglio 2020) provvedendo, successivamente, con una serie di ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile (a partire dal 3 febbraio 2020 con Ordinanza n. 630, nella quale è stato istituito il Comitato Tecnico Scientifico[5]) o dal Presidente del Consiglio dei Ministri in deroga ad ogni disposizione vigente sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e del diritto dell'Unione Europea.

Quando la diffusione del contagio ha assunto le proporzioni di un'epidemia, a partire dal 21 febbraio 2020, sono state adottate altre due ordinanze (queste di carattere contingibile ed urgente in materia di igiene e sanità pubblica) da parte del Ministero della Salute.

A distanza di due giorni il Governo ha però ritenuto opportuno adottare un decreto-legge (D.L. 23 febbraio 2020 n. 6), il primo recante *"misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19"*.

L'adozione delle varie misure indicate nel D.L. 6/2020 per fronteggiare la situazione emergenziale è avvenuta per mezzo di sette D.P.C.M., emanati in rapida successione nei mesi di febbraio e marzo. Tali decreti hanno dapprima dettato una serie di misure di contenimento con specifico riguardo alle zone maggiormente colpite dall'emergenza; successivamente, gli interventi del governo sono stati estesi e resi omogenei per l'intero territorio nazionale.

Le misure urgenti di contenimento del contagio che sono state adottate con questi atti hanno seguito lo sviluppo e la diffusione dell'epidemia, facendosi progressivamente più restrittive. I primi interventi hanno inteso disciplinare la permanenza domiciliare fiduciaria e la sospensione di alcune attività (quali viaggi d'istruzione, eventi sportivi a porte aperte, attività didattiche ed altri). Successivamente, sono stati imposti limiti via via più stringenti alla circolazione delle persone, con l'indicazione tassativa delle ragioni che consentono spostamenti in deroga a tali limitazioni (ragioni lavorative, di salute o di comprovate necessità). Si è così giunti a vietare ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Anche le attività lavorative sono state assoggettate a vincoli sempre più pesanti: sin dall'inizio è stato incentivato il ricorso al "lavoro agile", in seguito l'orario di apertura dei locali di ristorazione è stato limitato alla fascia oraria compresa tra le 6.00 e le 18.00;

In ultimo, all'apice del *lockdown*, è stata disposta la chiusura di tutte le attività commerciali al dettaglio (ad eccezione di quelle relative ai generi alimentari o di prima necessità, delle farmacie e delle parafarmacie), delle attività di ristorazione, nonché dei servizi alla persona.

[5] Il CTS deve fornire consulenza al capo del dipartimento della Protezione Civile in merito all'adozione delle misure di prevenzione per fronteggiare la diffusione del Coronavirus. Si riunisce tutti i giorni nella sede della Protezione Civile. Studia, approfondisce e fornisce pareri alle Regioni, oltre che al governo.

Parallelamente a questa serie di D.P.C.M., sono state adottate anche varie ordinanze da parte del Dipartimento della Protezione Civile e dei vari ministeri, *in primis* il Ministero della salute. Con tali ordinanze, gli organi competenti hanno inteso disciplinare con interventi mirati e specifici – sempre seguendo la linea dettata dai decreti-legge e dai D.P.C.M. – le rispettive materie di competenza.

Nello stesso periodo, inoltre, sono stati emanati dal governo tre ulteriori decreti-legge: il primo di questi (D.L. 2 marzo 2020 n. 9) ha dettato una serie di misure a sostegno delle famiglie, dei lavoratori e delle imprese; il secondo (D.L. 8 marzo 2020 n. 11) si è occupato di contenere gli effetti negativi dell'emergenza sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Infine, un terzo decreto-legge (D.L. 9 marzo 2020 n. 14) ha dettato una serie di disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale.

Sempre durante il mese di marzo è stato emanato il decreto-legge "Cura Italia" (D.L. 17 marzo 2020 n. 18), che è considerato il primo decreto economico per l'emergenza con misure che hanno un impatto notevole su molti settori. È seguito da altri tre D.P.C.M. e dal D.L. 25 marzo 2020 n. 19, con il quale si vanno a definire ulteriori misure più stringenti riguardo agli spostamenti e alle attività economiche per evitare la diffusione del Covid-19.

Nei mesi di aprile e maggio sono stati emanati altri decreti-legge per fronteggiare l'emergenza. Si segnalano il "Decreto scuola", il "Decreto liquidità" ed il "Decreto Rilancio". Si devono anche segnalare altri cinque D.P.C.M. In particolare, il D.P.C.M. del 26 aprile da inizio alla cosiddetta "Fase 2" di convivenza con il virus. Invece, il D.P.C.M. del 17 maggio detta le "linee guida" da seguire.

Ovviamente, in quest'arco temporale, la produzione normativa da parte della Protezione civile e dei vari Ministeri non si è placata: sono state emanate numerose ordinanze e circolari attraverso le quali sono state specificate le misure da adottare in concreto.

Invece, nel mese di giugno, a partire dal 15 giugno, è stata avviata la "Fase 3". Quella che consente la libera circolazione in tutta Italia senza condizione e senza altre restrizioni che non siano quelle in vigore per tutti: divieto di assembramento, mantenimento della distanza interpersonale e uso della mascherina nei luoghi chiusi. Ovviamente, sono susseguiti ulteriori provvedimenti da parte delle autorità centrali. In particolare, si segnalano il D.P.C.M. dell'11 giungo ed il decreto-legge 16 giugno 2020 n. 52.

Inoltre, in attuazione delle disposizioni che sono state adottate dal Governo centrale per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, sono stati emessi diversi provvedimenti da parte delle autorità periferiche regionali. Nello specifico, all'interno della "Guida ragionata alla lettura degli atti", sono stati raccolti quelli emanati dalla Regione Friuli-Venezia Giulia[6].

[6] Tutte le ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Presidente della Regione Friuli-Venezia Giulia, Massimiliano Fedriga, per far fronte all'emergenza epidemiologica da Covid-19, sono consultabili sul sito della Regione FVG www.regione.fvg.it

2. *Il microsistema delle fonti*

2.1. *Il microsistema disegnato dai decreti-legge 23 febbraio 2020 n. 6 e 25 marzo 2020 n. 19*

L'emergenza sanitaria da Covid-19 è una situazione del tutto inedita per il nostro ordinamento, così che è nata la necessità di individuare con chiarezza non solo gli strumenti di cui il Governo dispone per gestire una simile crisi (decreti-legge, D.P.C.M., leggi di conversione), ma anche gli strumenti che possiedono le autorità periferiche (Regioni e Comuni) per fronteggiare l'emergenza.

Pertanto, si è resa necessaria l'adozione di un sistema *ad hoc* volto a gestire tale emergenza, stimolando la produzione di numerosi provvedimenti da parte delle varie autorità.

Il propagarsi dell'epidemia ha così spinto i Presidenti di Regione ed i Sindaci ad emanare ordinanze allo scopo di dettare misure specifiche per ciascuna realtà territoriale. Queste ordinanze sono state emanate ai sensi dell'art 32, comma 3 della Legge 23 dicembre 1978 n. 833, che istituisce il Servizio sanitario nazionale e conferisce al Presidente della Giunta regionale e ai sindaci la possibilità di emanare ordinanze contingibili ed urgenti nelle materie di igiene e sanità pubblica.

Inoltre, il potere di emettere ordinanze sindacali contingibili ed urgenti trova la propria legittimazione negli art. 50 e 54 del T.U.E.L. (Testo Unico degli Enti locali) adottato con D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267. L'art. 50 prevede questa possibilità nei casi di "emergenze sanitarie o di igiene pubblica", ma anche in relazione alle "necessità urgenti". Invece, secondo l'art. 54 "il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato, provvedimenti anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

In questo contesto, composto da più provvedimenti, il criterio di priorità è stato dato dal primo provvedimento governativo emesso per fronteggiare l'emergenza: il decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6, recante "misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19" (successivamente quasi integralmente abrogato dal D.L. 25 marzo 2020 n. 19, fatti salvi gli artt. 3, comma 6-bis e 4).

Questo decreto-legge rappresenta la fonte del diritto che dovrebbe fondare la lunga catena di atti adottati successivamente. Il Governo ha ritenuto necessaria l'adozione del suddetto decreto-legge e ha previsto agli artt. 1 e 2 che le "autorità competenti" sono autorizzate "ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologia".

Poi, all'art. 3, comma 1 ha indicato le forme attraverso le quali le misure di contenimento possono essere adottate: "uno o più decreti del Presidente del

Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale". Segue il comma 2, che prevede, in assenza dei D.P.C.M. di cui sopra e nei casi di estrema necessità ed urgenza, che "le misure di contenimento possano essere adottate dal Ministro della salute, dai Presidenti di regione e dai sindaci, ai sensi dell'art. 32 della L. 23 dicembre 1978 n. 833, dell'art. 117 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112 e dell'art. 50 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali".

Questo inciso è particolarmente problematico. In sostanza, le misure possono essere adottate, rispettivamente, dal Ministero della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco. Dunque, è prevista una sorta di "delega in bianco"[7], che lascia spazi di discrezionalità in capo ai destinatari.

È stata così individuata una gerarchia delle fonti: le misure di contenimento dell'emergenza devono essere disposte con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.); unicamente nel caso in cui, in una determinata materia, non vi fosse una previsione da parte di un D.P.C.M. e nei casi di estrema necessità ed urgenza, possono essere emanate ordinanze contigibili ed urgenti da parte delle Regioni e dei Comuni. In altri termini, assume prevalenza la disciplina nazionale dettata dai decreti-legge e dai vari D.P.C.M. e solo in via sussidiaria e per misure non già regolamentate dai D.P.C.M. possono essere emanante ordinanze regionali e comunali.

Di conseguenza, le autorità regionali e comunali hanno prodotto una gran quantità di ordinanze per fronteggiare le criticità emerse nei rispettivi territori. Queste ordinanze si sono intrecciate e sovrapposte ai provvedimenti nazionali, finendo per compromettere la strategia unitaria di gestione della crisi per generare così disordine, caos ed incertezza nella normativa emergenziale

Pertanto, il Governo, per risolvere le criticità emerse a livello territoriale e locale con il D.L. n. 6/2020, è intervenuto con l'emanazione del D.L. n. 19/2020, che ha cercato di costruire degli 'argini' all'esercizio dei poteri d'ordinanza, stabilendo che le Regioni ed i Comuni potranno sì emettere ordinanze, ma soltanto per uno dei vari motivi indicati dal suddetto decreto e mai in contrasto con le leggi nazionali ed i D.P.C.M.

Il decreto-legge n. 19 rappresenta così la base giuridica del potere di ordinanza regionale e sindacale di carattere contingibile e urgente, fissando i limiti, gli ambiti di intervento, le finalità del relativo potere ed i tempi di durata dei

[7] Sul punto, V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, 1, 2020.

provvedimenti[8] . In tal modo, nel contesto emergenziale, le Regioni possono emettere ordinanze contingibili e urgenti nella materia di tutela della sanità pubblica, al verificarsi di specifiche situazioni di aggravamento sopravvenute del rischio sanitario nel proprio territorio, negli ambiti individuati nell'art 1, comma 2 del suddetto decreto-legge.

Per quanto riguarda l'articolazione delle competenze, il decreto-legge n. 19 cerca di razionalizzare e regolare il rapporto tra Stato e Regioni, prevedendo espressamente all'articolo 2 che, nell'emanazione degli atti, il Presidente del Consiglio dei Ministri deve preventivamente sentire i Presidenti delle Regioni, nel caso in cui il provvedimento interessi solo una o alcune delle Regioni o il Presidente della Conferenza delle Regioni nel caso in cui il provvedimento sia di interesse nazionale. Inoltre, è previsto che le misure di contenimento devono essere emesse *in primis* con i D.P.C.M. e, solo in presenza di determinate condizioni, con ordinanze regionali e/o comunali.

Invece, l'art. 3, comma 1 stabilisce la possibilità per le Regioni ed i Comuni di prendere decisioni *soltanto più restrittive* in caso di "situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso" mantenendosi però "esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale". Questo articolo ha lo scopo di mettere ordine e di porre dei limiti puntualmente definiti al potere d'ordinanza regionale.

Questi articoli sono stati emanati allo specifico scopo di riparare al caos di ordinanze regionali e locali. Da un lato, infatti, il potere di adozione viene concentrato nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, che dovrebbe, in questo modo, mantenere la "regia" dell'operazione di gestione emergenziale, e dall'altro, si prevede che il relativo esercizio, da parte delle Regioni e dei Comuni, avvenga nel rispetto del principio di leale collaborazione.

2.2. *Il principio di leale collaborazione in rapporto alla situazione emergenziale da Covid-19*

La situazione emergenziale richiede il raggiungimento di un equilibrio tra le prerogative dello Stato, quale ente preposto alla gestione dell'emergenza, e quelle delle Regioni, quali enti territoriali maggiormente vicini alle esigenze della popolazione. Tuttavia, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha posto in essere la necessità, da parte dello Stato, di intervenire su materie di cui non ha la competenza esclusiva, come la sanità, per avere una normativa omogenea ed uniforme su tutto il territorio, evitando così che ciascuna Regione decida autonomamente ed in difformità rispetto alle altre. Lo Stato

[8] Sul punto, Report Conferenza Stato-regioni, Posizione sul decreto-legge 25 marzo 2020 n. 19, recante: *"Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19"*, svoltosi in data 8 aprile 2020 in statoregioni.it.

ha rinvenuto la competenza legislativa innanzitutto nell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di «profilassi internazionale», e poi nel terzo comma del medesimo art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di «tutela della salute» e «protezione civile».

Di conseguenza, si è venuto a creare un intreccio complesso nei rapporti tra Stato e Regioni e sono emerse diverse criticità con riguardo al principio di leale collaborazione.

Il principio di leale collaborazione rappresenta il pilastro al quale devono informarsi i rapporti Stato-Regioni. Infatti, è il loro principio ispiratore. È stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina[9] per poi essere positivizzato, solo dopo la riforma del Titolo V del 2001, nella Carta costituzionale. Però, il concetto di leale collaborazione[10] non è definito espressamente in Costituzione: vi è un riferimento *de quo* all'art 120, comma 2, Cost[11]. Solitamente trova la sua espressione in quelle fattispecie in cui si verificano intrecci di competenze statali e regionali, che implicano una co-gestione degli interessi nazionali e regionali.

---

[9] In dottrina, è opportuno menzionare, S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 1972. Si rinvia anche alla lettura di G. D'Auria, *Misure di politica economica generale, attrazione in sussidiarietà di funzioni regionali da parte dello Stato, leale collaborazione fra Stato e autonomie*, in *Il Foro italiano*, 10, 2018, pp. 3010-3014.

[10] Sul principio di leale collaborazione e sulla rilevanza che esso riveste quale vera condizione della regola sussidiaria si riportano alcuni passaggi significativi della giurisprudenza costituzionale. La Corte Cost. 14 ottobre 1996 n. 341 definisce la leale collaborazione "un permanente fattore di composizione di un disegno autonomistico che è basato sì sulla distinzione e sull'articolazione delle competenze, ma anche, talvolta, sulla loro interferenza e sul loro reciproco legame". La Corte Cost. 23 gennaio 2006 n. 31 ha affermato che il principio di leale collaborazione "deve presiedere a tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e Regioni", dato che "la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti". Quello della leale collaborazione costituisce un principio interpretativo generale delle norme sul riparto di competenza e più in generale delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni; cfr. Corte Cost. 14 ottobre n. 341 e 18 luglio 1997 n. 242. Sulla rilevanza del principio di leale collaborazione quale "strumento imprescindibile" nella regolazione dei rapporti tra Stato e Regioni si veda L. Antonini, M. Bergo, *Il principio di leale collaborazione e la* remuntada *delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12, 2018, p. 2, www.federalismi.it

[11] L'art. 120, comma 2, Cost. prevede i presupposti sostanziali per l'esercizio del potere sostitutivo straordinario del Governo, in assenza dei quali tale potere sarebbe inammissibile. Tale potere può essere, quindi, esercitato: nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali.

In questo caso, il principio di leale collaborazione ha trovato qualche spazio di applicazione ed è stato assicurato attraverso il seguente schema: i provvedimenti diretti a regolamentare la materia (ovvero i D.P.C.M.) devono essere adottati "sentiti" i Presidenti di Regione coinvolti o il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, o su loro proposta, senza intese formalizzate che risulterebbero inconciliabili con le tempistiche indispensabili in periodi emergenziali.

Tuttavia, nella gestione dell'emergenza da Covid-19, le seguenti forme di coordinamento inter-istituzionale non sono state sufficienti. In particolar modo, i provvedimenti del Governo avrebbero dovuto implicare una maggiore collaborazione con le autorità periferiche, anche attraverso lo strumento dell'intesa o della Conferenza Stato-Regioni e autonomie locali, in considerazione della loro maggiore conoscenza delle specificità delle singole aree e delle varie esigenze contingenti. Pertanto, l'amministrazione centrale avrebbe dovuto valutare più attentamente gli strumenti di raccordo, poiché, in assenza di uno spirito collaborativo, qualsiasi tentativo di dare una forma giuridica tra i vari livelli di governo rimane fine a sé stesso. Si è così sviluppato un ordinamento emergenziale di carattere duale e concorrenziale, in cui Stato e Regioni non riescono a coordinarsi facendo così venir meno il principio di leale collaborazione.

3. *Gli atti dell'emergenza: analisi e problematiche*

3.1. *Gli atti emanati dalle varie autorità durante la situazione emergenziale: natura e collocamento tra le fonti*

Occorre ora soffermarsi sulla collocazione sistematica[12] dei principali provvedimenti adottati per far fronte all'emergenza Covid-19[13].

– Decreto-legge:

Il decreto-legge è uno degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico italiano per far fronte a situazioni emergenziali. Si tratta di un atto normativo avente forza di legge, la cui emanazione è di competenza del Governo. La sua previsione, quindi, realizza uno scostamento rispetto alla regola secondo cui la

[12] R.Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 323-333, pp. 361-420.

[13] Per un ulteriore approfondimento, cfr. 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 *AIC, Osservatorio Costituzionale,* 3, 2020, pp. 7-8. Si veda anche M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC,* 2, 2020.

funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere del Parlamento, nel rispetto di una specifica procedura di approvazione del testo legislativo che è descritta dagli articoli 70 e seguenti della Costituzione. Questa deroga al sistema ordinario è eccezionalmente riconosciuta dall'art. 77, comma 2, Cost. a fronte di situazioni di 'straordinaria necessità ed urgenza' che non consentano di ricorrere all'iter parlamentare per via delle lunghe tempistiche che di norma questo richiede. Al fine di sanare la carenza di democraticità che è insita nell'attribuzione al Governo del potere di emanare atti aventi forza di legge, questi ultimi sono assoggettati ad una serie di controlli previsti dalla Costituzione: approvazione delle due Camere entro 60 giorni (pena la perdita di efficacia *sin dall'inizio*), promulgazione del Presidente della Repubblica ed eventuale sindacato da parte della Corte Costituzionale[14].

– Legge di conversione del decreto-legge:

Il decreto-legge, dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, diventa efficace immediatamente. Tuttavia, se non convertito dalle Camere entro 60 giorni, decade retroattivamente.

Dunque, affinché gli effetti del decreto-legge possano essere stabilizzati, è necessaria una legge di conversione del Parlamento, la quale può anche inserire emendamenti che vadano a modificare il testo iniziale del decreto. Il procedimento di conversione presenta, rispetto alla procedura legislativa ordinaria, alcune variazioni, che sono introdotte nei regolamenti parlamentari. Tali variazioni sono dettate in parte dalla necessità di assicurare l'approvazione del disegno di legge in tempi brevi, in parte dall'esigenza di consentire alle Camere di svolgere un controllo diligente sulla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza[15].

– D.P.C.M. e O.P.C.M.:

A un grado inferiore nella gerarchia delle fonti si collocano i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) e le Ordinanze della Presidenza del Consiglio dei ministri (O.P.C.M.).

---

[14] Per V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale,* vol. II, Cedam, Padova, 1984, p. 104, il decreto-legge nasce proprio quale "strumento di eccezione utilizzato per la «gestione» di stati di emergenza diversi dalla guerra" in cui deve assicurarsi "la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento". Nel medesimo senso cfr. anche F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 519, che rilevano come – nella vigente Costituzione – siano gli articoli 77 e 78 Cost. le statuizioni attorno alle quali ruota il problema delle misure da adottare nelle situazioni di crisi o di emergenza.

[15] Sul punto, S. Curreri, *Il parlamento dell'emergenza*, in *AIC*, *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020, pp. 20-21, www.osservatorioaic.it

Il D.P.C.M. non è annoverato tra le fonti del diritto indicate all'art. 1 delle *Preleggi*. Infatti, si tratta di un atto "amministrativo" che non ha forza di legge: la sua finalità è quella di dare attuazione a disposizioni legislative. In sostanza, è un atto di natura regolamentare.

Il D.P.C.M. è un atto di rango secondario, che non passa né al vaglio del Parlamento né a quello del Capo dello Stato. Tuttavia, nella sostanza, pare opportuno definirlo un *atto normativo "atipico"*, che allo scopo di fronteggiare la situazione emergenziale può sostituirsi alle fonti normative primarie, pur essendo libero dai vincoli prescritti dall'ordinamento per queste ultime[16]. Inoltre, essendo il D.P.C.M. – sotto il profilo formale – un atto amministrativo, esso non è soggetto ad alcun controllo da parte del potere pubblico e costituzionale, se non a quello costituito dal possibile sindacato del giudice amministrativo, che deve avvenire però nel rispetto degli stringenti termini di impugnazione previsti dal *codice del processo amministrativo*.

Pertanto, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri finiscono per essere atti sostanzialmente insindacabili, e ciò solleva non pochi dubbi, soprattutto visto come questi atti siano stati adoperati nel corso dell'emergenza da Covid-19 anche per limitare alcune libertà fondamentali costituzionalmente garantite.

Per quanto riguarda le O.P.C.M., l'art. 5 del codice della protezione civile[17] disciplina i poteri di ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri, che sono esercitati per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile. Tali ordinanze sono caratterizzate da una duplice natura : da un lato, infatti, provenendo da un'autorità amministrativa assumono formalmente la veste di atti amministrativi; dall'altro, sono da considerarsi atti sostanzialmente normativi, in quanto sono indirizzati alla generalità dei consociati e dettano regole di condotta dotate di carattere "innovativo", le quali possono eccezionalmente e temporaneamente derogare alle vigenti leggi dell'ordinamento giuridico, sebbene con il limite del rispetto dei principi costituzionali.

Quindi si differenziano dagli altri atti amministrativi in quanto caratterizzate dalla *atipicità*, la quale consente loro di svolgere una funzione di sussidiarietà rispetto agli strumenti "tipici" previsti dall'ordinamento per fronteggiare situazioni emergenziali.

---

[16] Per altre voci, come G. Azzariti, *Il Diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020. I decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri adottati per fronteggiare l'odierna emergenza epidemica non possono essere ritenuti illegittimi, benché la loro adozione non sia conforme a Costituzione, in quanto si tratta di "autoassunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità".

[17] D.Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1.

– Circolari:

Le Circolari sono atti di natura eterogenea e ciò impedisce di ricondurle ad un *unicum* giuridico. Esse non costituiscono fonti del diritto, in quanto sono considerate alla stregua di "meri atti interni dell'amministrazione". Nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza hanno proposto diverse classificazioni al fine di individuarne il regime d'impugnazione, prendendo come modello le "circolari inter-organiche", vale a dire quelle che intervengono tra organi appartenenti al medesimo plesso amministrativo e collocati tra loro in rapporto di gerarchia; queste circolari si distinguono in interpretative, informative e normative[18].

Le "circolari normative", con riferimento all'emergenza sanitaria in atto, sembrano costituire la categoria meglio sovrapponibile alle circolari adottate dal Ministero della Salute. In particolare, le circolari normative contengono regole che hanno la funzione di integrare le disposizioni legislative, alla stregua di veri e propri atti regolamentari; di conseguenza, esse vengono assoggettate al regime previsto, appunto, per i regolamenti.

– Ordinanze di necessità ed urgenza (Regioni e sindaci):

Le ordinanze di necessità ed urgenza (o ordinanze contingibili e urgenti) sono provvedimenti amministrativi[19] che impongono doveri positivi o negativi. Esse possono essere emanate in casi eccezionali di particolare gravità da taluni organi della Pubblica Amministrazione.

In particolare, sono ordinanze di necessità ed urgenza quelle emanate dal sindaco, quale ufficiale del Governo, nonché dal prefetto in caso d'inerzia del sindaco; oppure quelle emanate dal Presidente della Giunta Regionale in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica.

Queste ordinanze possono derogare alle leggi vigenti dell'ordinamento e sospenderle, ma solo temporaneamente. Infatti, esse possono avere efficacia solo per il periodo di tempo necessario, corrispondente alla durata dell'emergenza. Inoltre, il controllo sull'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti non è rimesso ad un vaglio parlamentare, bensì al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

[18] V. Lopilato, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 94.

[19] Per un approfondimento sulla natura amministrativa e non di atto avente forza di legge delle ordinanze, si veda R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza,* in *Giustizia insieme*, 2020, www.giustiziainsieme.it

3.2. *L'utilizzo della decretazione d'urgenza e delle ordinanze di necessità ed urgenza nelle situazioni di emergenza*

Il decreto-legge nasce quale strumento di eccezione utilizzato per la gestione di stati straordinari di necessità ed urgenza in situazioni di emergenza, diverse dalla guerra in cui deve assicurarsi la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento mediante l'esercizio straordinario da parte del Governo di potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare.[20] Il decreto-legge, infatti, costituisce proprio lo strumento designato appositamente nel nostro sistema costituzionale per fronteggiare le situazioni di necessità ed urgenza[21] prevedendo anche limitazioni dei diritti individuali necessarie per prevenire la diffusione, in questo caso, del contagio ed è costituzionalmente regolamentato dall'art 77. È bene sin da subito sottolineare come il decreto, dopo la deliberazione del Consiglio dei Ministri e l'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, entri in vigore subito dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, proprio a causa della funzione che dovrebbe assolvere e cioè quella di far fronte a particolari situazioni emergenziali urgenti ed indifferibili temporalmente, indi per cui prevedere un periodo di *vacatio*, sarebbe del tutto antitetico alla *ratio* di questo fondamentale atto dotato di forza di legge. Ed inoltre, un'altra fondamentale caratteristica della decretazione d'urgenza, è data dal fatto che gli effetti prodotti dalla stessa, siano sì istantanei, ma anche del tutto provvisori, in quanto i decreti-legge perdono efficacia *ab initio* se il Parlamento non provvede a convertirli in legge entro e non oltre sessanta giorni dalla loro pubblicazione in G.U.[22]. La disciplina del decreto-legge è, come sopra detto, contenuta nell'art. 77 della Costituzione, e, nella legge 23 agosto 1988 n. 400, in particolare, nell'art. 15; l'art. 15 della L. 400/88 ha disposto che i provvedimenti provvisori con forza di legge devono essere presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con l'indicazione nel preambolo delle circostanze straordinarie di necessità ed urgenza che ne giustificano l'adozione e che i decreti devono contenere misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. Il potere di adottare decreti-legge può essere esercitato solamente quando ricorrano tre presupposti (fissati in maniera chiara, precisa e circostanziata dall'art. 77, comma 2, Cost.); si tratta di:

[20] Sul punto, si veda F. Petrini, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1, 2020, www.nomos-leattualitaneldiritto.it

[21] Per ulteriori precisazioni sul punto si veda Redazione Giuridica, *La decretazione d'urgenza al tempo del Coronavirus*, in *Brocardi.it*, www.brocardi.it

[22] In tal senso, si veda anche F. Muzzati, *Uso e abuso della decretazione d'urgenza e l'attuale situazione sanitaria emergenziale*, in *Ius in itinere*, 2020. www.iusinitinere.it

1. "Casi straordinari"
2. Di "necessità"
3. Di "urgenza"

Per caso straordinario si deve intendere ogni fatto imprevedibile, naturale o sociale, che mette in pericolo la vita, l'incolumità o i beni della persona; mentre necessità ed urgenza derivano da un giudizio espresso dal Governo per cui si rende necessario non affrontare l'*iter parlamentare*[23] e ciò che è indispensabile è che gli effetti vengano prodotti immediatamente.

Il Governo ha travisato il significato dei tre requisiti previsti costituzionalmente, attraverso cui si può addivenire alla decretazione di urgenza, iniziando ad abusare in maniera davvero ampia e preponderante di questo strumento. L'iter di conversione in legge dei decreti-legge, unita alle difficoltà crescenti che la stessa diffusione del contagio da Coronavirus sta determinando rispetto alla possibilità "fattiva" di riunirsi dei parlamentari, rende quanto mai straordinariamente necessario e urgente che, ai sensi dell'art. 77 Cost., il perdurare dell'emergenza Covid19 sia regolata da poteri normativi del Governo, senza intervento del Parlamento. Qualora si dovesse realizzare la mancata conversione del decreto-legge, il Governo non risulta spogliato dal potere di intervenire nella stessa materia con lo strumento della decretazione d'urgenza, ma l'intervento governativo "*non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito (come accade con l'iterazione e con la reiterazione), ma dovrà, in ogni caso, risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura "straordinaria*".[24]

Per fronteggiare l'attuale situazione sanitaria emergenziale, non solo italiana, ma mondiale, sulla scorta delle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO), l'esecutivo, ha prontamente emanato un decreto-legge, il numero 6, in data 23 febbraio 2020, intitolato "*misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*". Lo scopo principale del decreto è quello di cercare, per quanto possibile, di contenere e limitare, il contagio, e l'epidemia che è in atto nel nostro Paese, andando a prevedere per i soggetti che sono stati a contatto con chi poi sia risultato positivo al tampone, la misura preventiva dell'isolamento domiciliare, o c.d. quarantena, per evitare la propagazione incontrollata di questo nuovo virus.

La situazione dal 23 febbraio, ad oggi, è decisamente evoluta rapidamente, indi per cui, anche le misure governative, hanno dovuto susseguirsi a stretto giro più volte, per provare ad attuare ancor più specificamente, dettagliata-

[23] Sul punto, F. Valentini, *Necessità ed urgenza: i poteri dell'amministrazione per fronteggiare l'emergenza,* in *Quotidiano Altalex*, 2020.

[24] M. Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 116.

mente, e territorialmente, le generali previsioni di gestione e di contenimento dell'attuale epidemia in corso previste dal D.L. 6/2020.

Per fare ciò, il Governo si è correttamente avvalso della possibilità offerta dai vari decreti-legge e ha proseguito l'azione anti-contagio facendo in seguito ripetutamente ricorso (in modo del tutto legale e costituzionale) ai propri D.P.C.M. (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri)[25], per garantire l'applicazione tempestiva di misure urgenti e concrete (e di volta in volta mutevoli in base all'andamento epidemiologico) volte al contenimento della diffusione del virus Covid-19. Il D.P.C.M. è, al pari dei decreti ministeriali, un atto amministrativo[26], che non ha forza di legge (al contrario del decreto-legge e del decreto legislativo delegato), e che al pari dei decreti ministeriali, ha il carattere di fonte normativa secondaria, e ha lo scopo di attuare norme giuridiche, ovvero di varare eventualmente dei regolamenti. A differenza del decreto-legge non è soggetto ad alcuna conversione da parte del Parlamento, ed è sottratto, a seguito di eventuale sollevamento di questione di legittimità costituzionale, al vaglio della Consulta. Ecco, perciò, come è ben intuibile, il motivo per cui nel caso di specie si è ricorsi a tale tipo di strumento, e cioè, per dare dettagliata, chiara, e specifica attuazione, volta per volta, alle generali norme di contenimento dell'epidemia in corso, previste nel decreto-legge n. 6/2020, intervenendo per fronteggiare le nuove emergenze, e sfide, che si stanno susseguendo in Italia.

Oltre alle norme costituzionali attributive di poteri straordinari, la legislazione vigente conferisce ulteriormente poteri ad organi amministrativi volti ad adottare ordinanze in deroga al diritto vigente con il precipuo fine di far fronte a situazioni di emergenza.

Le ordinanze di necessità ed urgenza sono atti straordinari adottati da autorità amministrative in deroga alla normativa vigente in casi imprevisti, eccezionali ed urgenti, ma devono comunque osservare i principi generali dell'ordinamento giuridico vigente e le norme costituzionali, a fronte dei quali i poteri amministrativi ordinari sarebbero del tutto insoddisfacenti. È doveroso porre attenzione su un sottotipo delle ordinanze ultime citate, ossia le ordinanze contingibili ed urgenti; nell'ipotesi di ordinanze contingibili ed urgenti il relativo potere può derogare al diritto vigente al fine di far fronte a situazioni straordinarie, da affrontare e risolvere tempestivamente, tramite ordinanze (atipiche) il cui contenuto è determinato dall'autorità amministrativa in relazione alla si-

[25] Che, peraltro, sono anch'essi delle ordinanze, pur se adottate nella forma – tipica per quell'organo – di decreto (cfr. E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Instant Forum "Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del coronavirus", 2, 2020, p. 4).

[26] In tal senso, si veda anche R. Dubini, *Coronavirus: DL e DPCM sono conformi alla Costituzione?*, in *Quotidiano Punto Sicuro*, 2020, www.puntosicuro.it

tuazione emergenziale determinatasi in concreto. Ne deriva che le ordinanze contingibili ed urgenti dovrebbero avere un campo di applicazione assai limitato e circoscritto. Nelle ordinanze di necessità (non contingibili ed urgenti) l'esercizio del potere derogatorio opera nel rispetto del principio di legalità in quanto il legislatore non si limita all'indicazione dei presupposti legittimanti, prevedendone espressamente la tipologia e consistenza. In presenza del potere di ordinanza, si attua una proporzione tra due elementi: i presupposti di tale potere (necessità e urgenza) e la deroga più o meno ampia all'ordinario criterio di separazione delle competenze dei diversi pubblici poteri.

La relazione tra detti elementi è inscindibile in quanto il fatto emergenziale determina e porta alla luce interessi meritevoli di tutela che non possono essere garantiti con l'esercizio dei poteri ordinari e pertanto la *forza* derogatoria, riconosciuta in termini di eccezione, costituisce il mezzo attraverso il quale i citati interessi vengono presi in considerazione dall'ordinamento. Naturalmente l'esercizio del potere d'ordinanza deve essere strettamente congruo e adeguato all'evento emergenziale presentatosi in concreto. La *ratio* del potere d'ordinanza contingibile ed urgente è dato dal necessario suo radicamento su un evento che effettivamente presenti i caratteri della *contingibilità* (intesa come esistenza di un fatto non prevedibile di durata limitata), della *necessità* (intesa come inefficienza ed inutilità dei mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento), e dell'*urgenza* (cioè la non rinviabilità dell'azione in relazione alla previsione di danno incombente).

Nella prassi, però, si è assistito ad un continuo e massiccio ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza anche in situazioni che non avevano nulla di imprevedibile ed urgente, così che la dottrina si è espressa in termini di "normalizzazione del potere emergenziale", di "emergenza permanente", di passaggio dal "diritto dell'emergenza all'emergenza del diritto".

In conclusione, in tale contesto, la novità per l'Italia è stata l'adozione di un'ingente decretazione d'urgenza, che a livello legislativo si traduce nell'emissione di decreti o ordinanze di Protezione Civile, che potranno essere poi selezionati, dal Presidente del Consiglio dei Ministri e in via sussidiaria dal Presidente della giunta regionale o in via residuale dai Sindaci, rispettivamente con decreti (in luogo alle ordinanze di Protezione Civile) o con ordinanze contingibili ed urgenti, fermo restando per tutti i limiti dettati dal "principio di adeguatezza" o dal "principio di proporzionalità", entrambe in ragione del rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o in parti di esso[27].

[27] Cfr. R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti*, cit.

DISCIPLINA DELL'EMERGENZA

ANDREA CONZUTTI, IRENE MALARODA,
SOFIA FAGGIONATO

1. *La disciplina dell'emergenza alla luce del nuovo Codice della Protezione Civile*

1.1. *Il Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 1: continuità e novità*

La vetustà della legge 24 febbraio 1992 n. 225[1], istitutiva del Servizio nazionale della Protezione Civile, congiuntamente al mutamento del quadro ordinamentale entro il quale essa era stata originariamente collocata, avvenuto attraverso la riforma del titolo V della Costituzione[2] che ha determinato la traslazione della materia della Protezione Civile alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni, hanno portato il legislatore italiano ad elaborare una riforma del Servizio nazionale per ricondurre a sistema una materia oggetto di ripetuti interventi disorganici e non sempre coerenti fra loro[3].

Sul solco di tale moto rinnovatore, con il D.Lgs. 2 gennaio 2018 n.1, è stato introdotto nel nostro ordinamento il nuovo Codice della protezione civile. L'articolato normativo[4], comprensivo di 50 articoli, sostituisce la vecchia legge del '92 di istituzione della protezione civile, ponendosi il fine di irrobustire e semplificare un sistema reputato un'eccellenza anche all'estero[5]. Il nuovo Codice, sulla scorta di quanto era già stato previsto dalla legge 225/92, portatrice di una nuova cultura di protezione civile, delinea una struttura di *governance* delle

[1] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale in data 17 marzo 1992, n. 64.

[2] Ad opera della Legge Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3.

[3] Che hanno seguito l'andamento storico delle emergenze del Paese.

[4] Successivamente oggetto di modifiche ad opera del Decreto Legislativo 6 febbraio 2020 n. 4 contenente «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1, recante: "Codice della protezione civile"».

[5] In tale senso, E. Musco, "*Prevenire è meglio che curare" entra in vigore il nuovo codice della protezione civile*, in *Laboratorio per l'Innovazione Pubblica,* in *Lab-IP*, 2020, www.lab-ip.net.

emergenze improntata ai principi di previsione, prevenzione e pianificazione delle emergenze.

Tuttavia, sebbene il D.Lgs. 1/2018 si ponga in una linea di continuità con la legge 255/92, numerosi sono i punti di rottura[6] con la stessa, in favore di una visione volta a rendere pienamente operativo l'istituto della protezione civile. La novità più rilevante della nuova disciplina può essere individuata nella possibilità di deliberare uno stato di mobilitazione che consenta all'ente territoriale di impiegare le proprie risorse e di ricorrere a quelle nazionali in una fase prodromica rispetto alla dichiarazione del vero e proprio stato di emergenza.

1.2. *L'inquadramento costituzionale del bene giuridico protetto dal Codice di Protezione Civile: alla luce del connesso riparto competenziale*

Ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 16, commi 1 e 2, i beni giuridici da tutelare sono costituiti: dalla vita, dall'integrità fisica, dai beni, dagli insediamenti, dagli animali e dall'ambiente. L'elenco potrebbe essere allargato, per comprendervi anche la flora e il territorio, eventualmente danneggiati dagli eventi naturali[7]. Proprio per la tutela dei suddetti beni giuridici il Codice della protezione civile impone una serie di attività di previsione e prevenzione di quei rischi che potrebbero pregiudicarli. In particolare, tra i vari rischi in relazione ai quali si esplica l'azione del Servizio nazionale rientra, anche, quello di carattere igienico-sanitario, che conferma indiscutibilmente la competenza e la responsabilità del D.Lgs. 1/2018 a governare l'attuale epidemia da Covid-19.

Occorre inoltre valutare come il D.Lgs. 1/2018 si inserisce all'interno del riparto di competenze fissato dalla Costituzione all'art 117.

Prima facie, parrebbe che l'esercizio del potere legislativo consacratosi nel D.Lgs. 1/2018 sia riconducibile esclusivamente alla materia della protezione civile, introdotta dalla riforma costituzionale del 2001 tra le competenze concorrenti in cui, allo Stato spetta la fissazione dei principi fondamentali[8], mentre la disciplina di dettaglio viene delegata alle Regioni.

---

[6] Cfr. V. Pepe*, La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *Federalismi.it*, 2020, www.federalismi.it

[7] Come correttamente osservato da Allegretti, secondo cui, centrali, appaiono, infatti, tali elementi della natura tanto per la conservazione di molti beni materiali, quanto per il loro riflesso sui valori morali, storici e sociali di interi territori. Cfr. U. Allegretti*, Il Codice della Protezione Civile (d.l. 2 gennaio 2018 n.1)*, in *Aedon*, 1, 2018.

[8] Contenuti proprio nel Codice della protezione civile il quale all'articolo 1, comma 3, prevede espressamente che «Le norme del presente decreto costituiscono principi fondamentali in materia di protezione civile ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente».

In realtà, la normativa contenuta nel D.Lgs. 1/2018 presenta dei rilevanti collegamenti con due ulteriori materie di competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., ossia la tutela della salute e il governo del territorio. Inoltre, a seguito di un'analisi maggiormente approfondita, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, si può notare come la disciplina del nuovo Codice della protezione civile risulti soprattutto espressione della materia dell'ordine pubblico e sicurezza, oggetto di competenza esclusiva statale[9].

A tal proposito, tanto il campo della protezione civile quanto quello dell'ordine pubblico e sicurezza presentano dei rilevanti collegamenti ed intrecci reciproci, atteso che si tratta di materie che tutelano tutte il bene giuridico dell'incolumità pubblica[10]: ossia l' «effettiva cura dell'integrità fisica della popolazione»[11]. In tale ottica, proprio la tutela dell'incolumità pubblica sottesa alla disciplina del D.Lgs. 1/2018 contribuisce ad avvicinare la disciplina dell'emergenza alle "materie compito"[12] di esclusiva competenza statale, riconosciute dalla Consulta come trasversali[13] e dunque non rigidamente circoscrivibili ad una precisa competenza di carattere squisitamente descrittivo. Pertanto, appare chiaramente come non ci si trovi dinanzi ad una materia in senso proprio, delimitabile ad uno specifico settore, ma, piuttosto, di fronte ad un obiettivo da realizzare per il legislatore, stante la suscettibilità della disciplina emergenziale a toccare ambiti rimessi alla potestà esclusiva dello Stato quali proprio l'ordine pubblico e la sicurezza [14]. Detto in estrema sintesi, il carattere finalistico sot-

[9] La disciplina dell'emergenza contenuta nel Codice della protezione civile presenta collegamenti anche con un'ulteriore materia di competenza esclusiva statale, ossia la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Cfr. Corte Cost. 3 luglio 2006 n. 284; v., inoltre, sul punto F. Di Lascio*, La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2004, pp. 385 ss.

[10] Cfr. Corte Cost. 5 maggio 2006 n. 182 secondo cui la tutela dell'incolumità pubblica fa capo alla materia della protezione civile; nonché Corte Cost. 7 luglio 2010 n. 254; Corte Cost. 5 novembre 2019 n. 264.

[11] A. Mitrotti, *La disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche ed il valore dell'incolumità pubblica nei principi fondamentali delle materie di 'governo del territorio' e di 'protezione civile'*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, pp. 209 ss.

[12] È quanto ha affermato la Corte costituzionale in relazione alla legge 225/92, sancendo che la protezione civile consiste «in un complesso di attività che, relativamente al fine di tutelare da eventi calami tosi beni fondamentali degli individui e della collettività, potenzialmente coinvolgono - come si è già osservato - l'intero arco dell'azione delle amministrazioni, degli enti e delle istituzioni presenti sul territorio.». Cfr. sent. Corte Cost. 22 ottobre 1992.

[13] Sulla questione v. F. Di Lascio, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, in *Astrid online*, pp. 385 ss., www.astrid-online.it

[14] Lo nota correttamente A. Mitrotti, *La disciplina degli interventi*, cit., pp. 216 ss.

teso alla, peculiare, disciplina emergenziale può ragionevolmente giustificare la possibilità che in una materia di competenza concorrente come la protezione civile si diano delle ingerenze[15] statali ulteriori rispetto alla pura e semplice fissazione dei principi fondamentali, a fronte della indefettibile esigenza di garanzia delle ineludibili ragioni di unitarietà ed infrazionabilità repubblicana (*ex* art. 5 Cost.): che prima della riforma del Titolo V della Costituzione avrebbero potuto fondarsi sul richiamo alla clausola generale dell'interesse nazionale[16] ed oggi continuano, comunque, ad essere soddisfatte sub specie della trasversalità di materie come la protezione civile (nonché come la materia di ordine pubblico e sicurezza), oltre che tramite il pregnante funzionamento del fondamentale principio di sussidiarietà[17].

1.3. *Dalla fase prodromica di mobilitazione alla dichiarazione dello stato di emergenza*

All'interno del nuovo Codice[18] riveste, indubbiamente, importanza focale il Capo IV (artt. 23 – 30), dedicato alla «Gestione delle emergenze di rilievo nazionale». Difatti, l'intervento legislativo ha l'obiettivo di rafforzare l'azione del Servizio Nazionale di protezione civile, con particolare attenzione alle attività

---

[15] Occorre però ricordare che secondo la Corte Costituzionale «L'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – <pur di precipuo e stringente rilievo> – non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. 7 ottobre 1983 n. 307, considerato in diritto, n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali». Così Corte Cost. 5 aprile 1995 n. 127.

[16] Prevista dal vecchio art. 117 della Costituzione e di cui le materie compito costituiscono ora una sorta di positivizzazione. cfr. A. Mitrotti, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

[17] Cfr. sent. Tar Calabria 9 maggio 2020 n. 841 a mente della quale «il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost» atteso che il principio di sussidiarietà «impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario.». Ne consegue che, in ossequio alla teoria della c.d. chiamata in sussidiarietà nonché al principio di legalità dell'azione amministrativa: all'avocazione della funzione amministrativa debba accompagnarsi l'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, e dunque «l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la "tutela della salute" e la "protezione civile"». V. sul punto, Corte Cost. 1° ottobre 2003 n. 303; Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 278 che sottolinea la necessità per cui all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa.

[18] Che delinea, in particolar modo, le finalità, le attività e la composizione del Servizio nazionale della protezione civile.

di emergenza. In tale ottica viene delineata una serie di fasi per la gestione delle emergenze nazionali.

L'art. 23 disciplina, in particolare, come prodromica alla deliberazione dello stato di emergenza, la dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio Nazionale della Protezione Civile, che viene deliberata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile e su richiesta del Presidente della Regione, in occasione o in vista di eventi emergenziali che possano manifestarsi con intensità tale da compromettere l'integrità della vita e dei beni primari. A tal fine il D.P.C.M. sancisce la mobilitazione del Servizio nazionale a sostegno dei sistemi regionali interessati attraverso il coinvolgimento delle colonne mobili delle altre Regioni e Province autonome e del volontariato organizzato di protezione civile, nonché delle strutture operative nazionali. In relazione all'evoluzione dell'evento, con un ulteriore D.P.C.M., può essere prevista la cessazione dello stato di mobilitazione, salvo che si proceda alla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell'articolo 24.

Alla fase di cui *supra* può seguire, difatti, proprio la deliberazione[19] dello stato di emergenza di rilievo nazionale di cui all'art. 24, articolata su due livelli:

1. una preveniva valutazione speditiva compiuta dal Dipartimento della Protezione Civile, sulla base dei dati e delle informazioni a disposizione e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate, diretta alla verifica della sussistenza dei requisiti necessari a qualificare l'evento[20] emergenziale quale emergenza di rilievo nazionale, che necessita, *ex* articolo 7, comma 1, lettera c), di essere affrontata con interventi immediati nonché con mezzi e poteri straordinari. All'esito di tale valutazione il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione ovvero della Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, procede alla deliberazione dello stato di emergenza.

2. a seguito della valutazione dell'effettiva portata dell'evento calamitoso, effettuata congiuntamente dal Dipartimento della Protezione Civile e dalle Regioni e Province autonome interessate, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei Ministri individua, con propria deliberazione, le ulteriori risorse finanziarie necessarie per:

- il completamento degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione,
- il ripristino della funzionalità dei servizi pubblici, di gestione dei rifiuti e delle macerie e delle misure economiche di sostegno *ex* art. 25, comma 2,

[19] Inoltre, l'art 24, comma 5 conferma le disposizioni previgenti secondo le quali le deliberazioni dello stato di emergenza sono sottratte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.

[20] Per quanto attiene ai presupposti necessari per la deliberazione, viene fatto riferimento non solamente al verificarsi degli eventi, ma anche alla loro imminenza.

lettere a), b) e c) nonché l'avvio degli interventi più urgenti per la tutela dell'incolumità di cui all'art. 25, comma 2, lettera d), acconsentendo alla spesa nell'ambito del Fondo previsto per le emergenze nazionali.

2. *Rapporto tra fonti nazionali e locali nella disciplina dell'emergenza*

2.1. *Modello previsto dal D.Lgs. 1/2018: soggetti coinvolti e rispettiva area di competenza*

Scopo di questa trattazione è delineare l'ambito delle competenze statali e regionali nella gestione delle emergenze e, nello specifico, indagare se e come la distribuzione di queste competenze abbia subito variazioni con il verificarsi dell'emergenza Covid-19. Nell'ordinamento italiano il sistema di gestione delle emergenze non è pienamente costituzionalizzato[21]; anzi, una parte rilevante di esso ha carattere sub-costituzionale e si sostanzia nel D.Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1, cd. Codice della protezione civile[22].

Prima di procedere a una ricognizione delle previsioni del D.Lgs. 1/2018 rilevanti al nostro scopo, giova sottolineare che la 'protezione civile' viene inserita dall'art. 117 Cost. tra le materie di legislazione concorrente. Da ciò consegue che quanto previsto in termini di principi generali dal Codice della protezione civile può essere integrato da interventi legislativi regionali[23].

Il Servizio nazionale della protezione civile è costituito da una pluralità di soggetti – sia di natura pubblica che privata – e organi politici, amministrativi e tecnici.

Il D.Lgs. 1/2018 individua all'art. 3, comma 1, le autorità facenti parte del Servizio nazionale di protezione civile, che sono il Presidente del Consiglio dei Ministri, in qualità di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia, i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano e i Sindaci metropolitani e i Sindaci, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni.

Al comma 2 viene poi stabilito che il Servizio nazionale si articola in 'componenti', 'strutture operative nazionali e regionali', nonché 'soggetti concorrenti'. In coerenza con i rispettivi ordinamenti e a quanto stabilito dal Codice, si specifica che operano con riferimento agli ambiti di governo delle rispettive autorità di protezione civile (di cui al comma 1) i seguenti soggetti: il Dipartimento della protezione civile – di cui si avvale il Presidente del Consiglio nell'e-

[21] Cfr. B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, pp. V-VI.

[22] Cfr. U. Allegretti, *Il Codice della Protezione Civile*, cit.

[23] Cfr. S. Cimini, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, p. 101.

sercizio della sua funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale – e le Prefetture, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, i Comuni (anche in forma associata), le Città metropolitane e le Province.

All'art. 4 vengono individuate le 'componenti' del Servizio nazionale di protezione civile: si tratta di Stato, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano ed enti locali. In seguito il Codice elenca i numerosi soggetti facenti pare delle 'strutture operative', tra cui il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, le strutture del Servizio sanitario nazionale, le Forze armate e di polizia e molti altri.

All'art. 5, il Codice assegna al Presidente del Consiglio un ruolo di coordinamento e di indirizzo. Infatti, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, il Presidente ha poteri di ordinanza in materia di protezione civile, da esercitare per il tramite del Capo del Dipartimento di protezione civile, salvo quanto diversamente stabilito dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, di cui all'art. 24. Inoltre, il Presidente del Consiglio determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato e degli enti locali, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale.

Al comma 2 viene stabilito che il Presidente del Consiglio, con direttive da adottarsi ai sensi dell'art. 15, predispone gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata delle attività di protezione civile (di cui all'art. 2), al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori.

A tal proposito, l'art. 15 stabilisce che le direttive del Presidente del Consiglio sono adottate su proposta del Capo del Dipartimento di protezione civile e previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni in ragione delle competenze interessate dalle disposizioni ivi contenute, ferme restando le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

Nel rispetto delle direttive di cui all'art. 15 e di quanto previsto dalla legislazione regionale, il Codice assegna alle autorità territoriali di protezione civile l'esercizio delle funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle attività da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni (art. 6, comma 1).

Sotto un profilo oggettivo, è rilevante sottolineare come il Codice preveda all'art. 7 una distribuzione delle emergenze su tre livelli, a seconda della loro intensità. Gli eventi emergenziali più gravi sono costituiti dalle emergenze di rilievo nazionale, che in ragione della loro intensità o estensione devono essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, ai sensi dell'art. 24 (con cui è disciplinata la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale).

Proprio al verificarsi di emergenze di rilievo nazionale, il Capo del Dipartimento della protezione civile convoca (e presiede) il Comitato operativo nazio-

nale della protezione civile, al fine di coordinare gli interventi delle 'componenti' e delle 'strutture operative' del Servizio nazionale. Esso opera nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composto da tre rappresentanti del Dipartimento della protezione civile, dai rappresentanti di Stato, Regioni ed Enti Locali ('componenti' del Servizio nazionale) e dal Capo del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco (art. 14).

Alla luce di questa panoramica è corretto osservare che il sistema di protezione civile è un sistema piramidale, per cui più aumenta l'intensità dell'evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l'alto. In altre parole, il criterio di attribuzione delle competenze si rifà al principio di sussidiarietà verticale (oltre che a quelli di cooperazione e di adeguatezza).

2.2. *Superamento del modello previsto dal D.Lgs. 1/2018: competenze statali e regionali*

Con l'approvazione del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6 e poi del D.L. 25 marzo 2020 n. 19 si è venuto a creare un sistema di disciplina dell'emergenza inedito rispetto a quello originariamente configurato dal D.Lgs. 1/2018 e derogatorio di quest'ultimo.

Al fine di fare chiarezza sul riparto di competenze statali e regionali alla luce di questi ultimi interventi è utile esaminare la recente pronuncia del TAR Calabria, Sez. I, del 9 maggio 2020 n. 841, che ha annullato l'ordinanza della Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020 n. 37, nella parte in cui consentiva sul territorio regionale la ripresa delle attività all'aperto di bar e ristoranti. Questa sentenza è rilevante sotto diversi profili.

Innanzitutto, il TAR Calabria ha escluso, per il caso di specie, la presenza degli estremi per sospendere il giudizio e sollevare davanti alla Corte Costituzionale questione di legittimità del D.L. 19/2020, poiché:

a) *Lo Stato aveva la competenza legislativa ad adottare il D.L. 19/2020.* Questo è vero sulla base sia dell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di 'profilassi internazionale', sia dell'art. 117, comma 3 Cost., che gli attribuisce competenza concorrente in materia di 'tutela della salute' e 'protezione civile'.

b) *La restrizione alla libertà di iniziativa economica è predeterminata dalla legge.* Il contenuto del provvedimento adottato sulla base del D.L. 19/2020 risulta predeterminato dal decreto stesso, il quale rende possibile la «limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande». Alla discrezionalità dell'autorità amministrativa è demandata la sola individuazione dell'ampiezza di tale limitazione in ragione dell'esame epidemiologico.

c) *Il principio di sussidiarietà giustifica l'avocazione da parte dello Stato della funzione amministrativa, a cui consegue la chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa.* Il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio il potere di individuare

in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost.[24]: poiché si tratta di un'emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali deve essere operata a livello amministrativo unitario, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Poiché all'avocazione da parte dello Stato della funzione amministrativa deve seguire l'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina – pur in materie concorrenti quali la 'tutela della salute' e la 'protezione civile' – si assiste al fenomeno della chiamata in sussidiarietà di quest'ultima[25].

Va precisato che la condizione affinché ciò si verifichi è che all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni[26] nell'esercizio della funzione amministrativa.

Secondo il TAR Calabria, questa condizione è da ritenersi soddisfatta dalla previsione dell'art. 2 D.L. 19/2020, che prevede che il Presidente del Consiglio adotti i decreti sentiti, fra gli altri, i Presidenti delle Regioni interessate (nel caso in cui riguardino specifiche Regioni) ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale).

Risolte queste questioni relative alla legittimità costituzionale del D.L. 19/2020, il TAR afferma che l'ordinanza regionale non può trovare fondamento nell'art. 32, L. 23 dicembre 1978 n. 833, che al comma 3 disciplina il potere del Presidente della Regione di emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica (con efficacia estesa alla Regione o a parte di essa). La disposizione della L. 833/78 risulta infatti derogata dall'art. 3, comma 3 D.L. 19/2020, che stabilisce che i limiti al potere di ordinanza del Presidente della Regione, delineati al comma 1, valgono per tutti gli «atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente».

Il TAR giunge quindi a dichiarare l'illegittimità dell'ordinanza della Presidente della Regione Calabria, in quanto le Regioni possono intervenire solo nei termini delineati dall'art. 3, comma 1 D.L. 19/2020, non integrati nel caso di specie.

Possiamo dunque concludere che il nuovo sistema delineatosi con l'intervento dei DD.LL. 6/2020 e 19/2020 è risultato in larga parte sostitutivo del sistema previsto dal D.Lgs. 1/2018, a cui è lasciato qualche spazio di intervento in via residuale.

Nel nuovo sistema lo spazio collaborativo tra Stato e Regioni è andato restringendosi e si sostanzia principalmente nell'elaborazione degli atti centrali. Al di fuori di questo scenario, l'intervento regionale è limitato alla possibilità di adotta-

---

[24] Sulla chiamata in sussidiarietà v. C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato – Regioni,* in *Le Regioni*, 2-3, 2011, pp. 455 ss.

[25] In tal senso anche A. Mitrotti, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genersi ed evoluzione di un'araba fenice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 220 ss.

[26] Sulla leale collaborazione, nuovamente, v. C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà*, cit.

re misure di efficacia locale «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale», a tre condizioni: che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo D.P.C.M.; che si tratti di interventi giustificati da «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» proprie della Regione interessata; che si tratti di misure «ulteriormente restrittive» delle attività sociali e produttive esercitabili nella Regione (art. 3, comma 1 D.L. 19/2020).

3. *Rapporti tra gli atti adottati e il Codice della protezione civile (D.Lgs. 1/2018)*

3.1. *Dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*

Lo stato di emergenza è un istituto previsto dal cd. Codice della protezione civile (D.Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1)[27], attivabile nelle ipotesi espressamente previsti dall'art. 7; tra le quali, figurano le "emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo".

Ai sensi dell'art. 25, comma 1, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, di competenza del Consiglio dei ministri possono adottarsi "ordinanze di protezione civile, in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea".

Nel caso di specie, il Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020[28] con delibera ha dichiarato lo "stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", per la durata di 6 mesi.

A seguito della delibera del Consiglio dei ministri, il Capo del dipartimento della protezione civile ha emanato un'ordinanza (3 febbraio 2020 n. 630) avente ad oggetto "i primi interventi urgenti di protezione civile".

A fronte dell'"emergenza coronavirus" il Governo italiano si è servito dell'unico strumento previsto dalla Costituzione per le situazioni di emergenza diverse dalla guerra: la decretazione d'urgenza.

La regolazione dell'emergenza è quindi rimessa ad atti amministrativi, ossia ordinanze emergenziali, che operano come atti normativi, derogando a fonti primarie, talvolta anche a diritti costituzionalmente previsti[29].

---

[27] U. Allegretti, *Il Codice della Protezione Civile*, cit., p. 101.

[28] Adottata ai sensi dell'art. 7 comma 1, lettera c).

[29] M. Cavino*, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, www.federalismi.it; G. Comazzetto, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Ri-*

In un primo momento, l'emergenza è stata fronteggiata con l'utilizzo di due strumenti paralleli: il potere di ordinanza in materia sanitaria e il potere di ordinanza della protezione civile, poi abbandonato, prediligendo l'utilizzo di decreti-legge e i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

3.2. *Discostamenti dalla disciplina del D.Lgs. 1/2018*

Nella gestione concreta dell'emergenza, la disciplina designata dal D.Lgs. 1/2018 non è stata del tutto rispettata.

Partendo dalla dichiarazione dello stato di emergenza, avvenuta il 31 gennaio 2020, con delibera del Consiglio dei Ministri, preceduta soltanto da alcune ordinanze del Ministro della salute. Rispetto alla disciplina del D.Lgs. 1/2018, è mancata una dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile, previsto dall'art. 23 come prodromico alla delibera dello stato di emergenza.

Come previsto dall'art. 24 D.Lgs. 1/2018, la dichiarazione dello stato di emergenza viene adottata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri su richiesta del Presidente della Regione interessata e si basa su una preventiva valutazione speditiva ad opera del Dipartimento della protezione civile, tuttavia nella Delibera del Consiglio, tale valutazione risulta assente.

Nel caso concreto il presupposto per la dichiarazione va individuato nella considerazione secondo cui la situazione verificatasi, "per intensità ed estensione non è fronteggiabile con i mezzi e i poteri ordinari" in modo tale da rendere necessaria la dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), che fa riferimento a situazioni di carattere nazionale, pur in assenza della valutazione del Dipartimento di protezione civile.

L'art. 25 D.Lgs. 1/2018 prevede che per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale, si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati dalla delibera dello stato di emergenza. Il primo provvedimento del Capo del Dipartimento della protezione civile è stata l'ordinanza 3 febbraio 2020 n. 630, avente ad oggetto i "primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa la rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

L'attribuzione del potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, contenuto nella Dichiarazione dello stato di emergenza, da un lato risulta essere una previsione superflua, in quanto l'attribuzione di tale potere è già implicito nella dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, dall'al-

---

flessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, www.biodiritto.org.

tro è carente di alcuni elementi, nello specifico riguardo ai limiti e le modalità del potere di ordinanza.

I limiti e le modalità del potere di ordinanza sono quelli tipici delle ordinanze contingibili ed urgenti.

Il D.Lgs. 1/2018 indica quali limiti al potere di ordinanza, i principi generali dell'ordinamento giuridico, nonché le norme dell'Unione Europea. La delibera si riferisce solamente ai principi generali dell'ordinamento giuridico, mentre l'ordinanza n. 630 fa riferimento solo genericamente ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo.

L'art. 25 inoltre prescrive l'indicazione delle modalità di esercizio del potere di ordinanza, mancante nella deliberazione del Consiglio dei Ministri, mentre l'ordinanza 630/2020 all'art. 1 indica solo genericamente i provvedimenti che potranno essere adottati. Ciò appare una logica conseguenza del fatto che la situazione di emergenza è per sua definizione di difficile previsione, rendendo difficile una preventiva elencazione delle modalità e dei provvedimenti da adottare.

Ulteriore discostamento dalla disciplina di cui all'art. 25, riguarda l'indicazione delle principali norme alle quali si intende derogare. Tale disposizione risulta da un lato superflua, infatti il contenuto delle ordinanze *extra ordinem* dovrebbe essere tale da permettere la facile individuazione delle norme derogate, mentre dall'altro di difficile attuazione nelle situazioni concrete, data la difficoltà di previsione dell'evoluzione delle situazioni di emergenza. La previsione adottata nell'ordinanza 630/2020 è quella di "deroga alle norme vigenti", previsione che risulta piuttosto generica, meramente ricognitiva delle previsioni delle modalità organizzative e delle procedure già contenute nella legge.

Nello specifico, all'art. 3 l'ordinanza prevede la possibilità di derogare leggi e altre disposizioni regionali strettamente connesse alle attività previste dall'ordinanza. Si tratta di una disposizione che desta qualche dubbio, in quanto limita la possibilità di deroga alle sole leggi regionali strettamente connesse alle attività dell'ordinanza, e conseguentemente sottoponendole ad uno stringente onere di motivazione. Si tratta di un ulteriore discostamento dalla disciplina *ex* art. 25 D.Lgs. 1/2018, che nel disporre che le ordinanze della protezione civile possono derogare ad ogni disposizione vigente, non fa alcuna distinzione tra leggi statali e leggi regionali.

Sempre l'art. 25 prevede che, le ordinanze vadano emanate acquisita l'intesa con le Regioni e Provincie autonome territorialmente interessate. Pur in assenza di un'esplicita previsione, dal testo della norma, sembra che il raggiungimento dell'intesa sia un presupposto indispensabile, potendo così qualificare l'intesa come "forte". Nel caso concreto, l'ordinanza 630/2020 è stata emanata, acquisita l'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome.

Con l'ordinanza 630/2020, si è provveduto alla nomina del Comitato tecnico-scientifico, per la realizzazione degli interventi previsti dalla medesima ordi-

nanza. La composizione del comitato è stata successivamente modificata sempre con ordinanza del Capo della protezione civile (ordinanza 18 aprile 2020 n. 633).

La scelta di inserire tale previsione nell'ordinanza desta alcune perplessità, sia perché trattandosi di un atto sostanzialmente organizzativo esula dal contenuto tipico delle ordinanze contingibili ed urgenti, sia perché trattandosi di una fonte secondaria non verrebbe del tutto rispettato il principio di legalità di cui all'art. 97 della Costituzione.

Senza fare ricorso al potere di ordinanza gli artt. 13 e 14 del D.Lgs. 1/2018 avrebbero potuto fornire una base legale per la nomina del comitato tecnico-scientifico[30].

Infine, l'ordinanza 630/2020, riporta erroneamente nella propria intestazione "Capo del Dipartimento della protezione civile" e non "Capo della protezione civile".

L'ordinanza in discorso non è stata adottata nel pieno rispetto della disciplina dettata dal Codice della protezione civile e la sua struttura non sembra essere quella tipica delle ordinanze di necessità ed urgenza, contenendo disposizioni di vario tipo.

Dalla gestione dell'emergenza successiva all'ordinanza 630/2020 si può notare un più ampio discostamento dalla disciplina del D.Lgs. 1/2018; sono infatti stati adottati provvedimenti di natura diversa e di autorità diverse, rispetto alle ordinanze di protezione civile.

Gli atti adottati si discostano sensibilmente dalla disciplina tipica di gestione dell'emergenza prevista dal D.Lgs. 1/2018, infatti salvo la formale dichiarazione dello stato di emergenza e la prima ordinanza di protezione civile, si è preferito fare ricorso agli strumenti tipici dell'emergenza: decreti-legge, ordinanze di necessità ed urgenza, nonché i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, utilizzati in una versione inedita.

Tale situazione è stata resa possibile dalla natura della fonte che prevede il sistema di Protezione civile, infatti trattandosi di una fonte di rango legislativo, consente agli atti di pari grado di derogarla, disegnando uno scenario diverso, come di fatto è avvenuto con il D.L. 6/2020.

[30] M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2002; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

EMERGENZA E TUTELA DEI DIRITTI

ROBERTA MANGANO, GIUSTINA CARTA,
MICHELA FRANCO, FIAMMETTA TOMBACCO,
PIERLUCA IUS, GIULIO LA MASSA

1. *Il diritto alla salute nel contesto dell'emergenza Covid-19*

1.1. *Il rafforzamento e l'ampliamento della tutela del diritto alla salute nel contesto dell'emergenza Covid-19*

a. *Misure per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale*

Molti sono stati gli interventi previsti volti a rafforzare il Ssn a fronte dell'emergenza Covid-19[1]: misure specifiche per il personale (dagli straordinari alla possibilità per Asl e ospedali di trattenere in servizio il personale prossimo alla pensione), misure per il potenziamento dei posti letto in terapia intensiva, pneumologia e malattie infettive anche ricorrendo al privato, requisizione di spazi per la creazione di aree sanitarie temporanee, incentivi per la produzione di dispositivi medici, requisizione di presidi sanitari e medico chirurgici e anche di strutture alberghiere e similari per ospitare persone in sorveglianza sanitaria. È prevista l'istituzione di un Fondo di solidarietà per i familiari di medici, infermieri e OSS vittime del Covid-19 e viene dato il via libera alle Unità speciali di continuità assistenziale per la gestione a domicilio dei pazienti Covid-19 che non necessitano di ricovero. La laurea magistrale a ciclo unico in Medicina e Chirurgia diventa immediatamente abilitante per l'esercizio della professione di medico-chirurgo, senza più rendere necessario lo svolgimento dell'esame di Stato.

[1] Per il dettaglio degli interventi in ambito sanitario, si rimanda agli artt. 1-18 bis, L. 24 aprile 2020 n. 24.

b. *Il sistema delle 3A a confronto con l'emergenza sanitaria Covid-19*

L'attuale organizzazione del Servizio sanitario nazionale, pur nella varietà delle configurazioni regionali, ruota attorno ad alcuni concetti emersi progressivamente nel corso degli anni '90 a seguito della riforma sanitaria permanente e sono riconducibili alla triade autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali[2]. Il decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502[3], riformato dal successivo decreto legislativo 19 giugno 1999 n. 229, definisce i criteri generali di organizzazione e funzionamento del Ssn fondati su una politica generale di collaborazione e cooperazione, una vera e propria programmazione negoziata, fra i soggetti del Ssn.

L'autorizzazione (art. 8 ter, d. lgs 502/92) consente la costruzione di nuove strutture e l'esercizio di attività sanitarie[4]. Essa sembra assumere natura discrezionale, subordinata da un lato al possesso di specifici requisiti minimi di carattere strutturale, tecnico e organizzativo per la tutela della sicurezza del paziente e degli operatori, dall'altro anche alla verifica di compatibilità del progetto da parte della Regione, che viene effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti sul territorio[5].

L'accreditamento istituzionale (art. 8 quater, D.Lgs. 502/92) è il meccanismo attraverso cui il Ssn seleziona le strutture private, erogatrici di prestazioni, nell'ambito delle quali potrà esplicarsi la libertà di scelta da parte dell'utente[6]. Esso viene rilasciato alle sole strutture che abbiano una serie di requisiti: l'aver ottenuto l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio; la richiesta del provvedimento di accreditamento, obbligatoria per i soggetti pubblici; la rispondenza a ulteriori requisiti di qualificazione rispetto a quelli previsti per l'autorizzazione, come specificato dal D.Lgs. 229/99. Dallo stretto legame esistente tra la programmazione, la pianificazione e l'atto di accreditamento stesso, deriva la sua natura di atto discrezionale-concessorio, non quindi meramente autorizzatorio. Per di più la Regione svolge anche delle attività di controllo ex post che

---

[2] Cfr. F. Taroni, *Le 3 A: autorizzazione, accreditamento, accordi contrattuali*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi, G. Carpani, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 427-439.

[3] V. artt. 8 ter, quater, quinquies.

[4] V. C. Corbetta, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in *Sanità pubblica e privata,* 1, 2005, pp. 10-11.

[5] Non esiste un diritto all'ottenimento dell'autorizzazione, ma la situazione è di interesse legittimo, vista l'esistenza di un potere discrezionale di valutazione da parte dell'Amministrazione: in questo senso Cons. Stato, sez IV, 11 novembre 2002 n. 6191, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 10, 2002, p. 2829.

[6] Occorre precisare che nel caso delle strutture pubbliche, queste entreranno certamente a far parte del Ssn, quindi, limitatamente a tale caso, la selezione è operata già dall'origine, sebbene il provvedimento di accreditamento debba comunque essere ottenuto secondo la procedura.

consistono nella valutazione sul se la struttura abbia svolto positivamente o negativamente la sua attività e abbia raggiunto determinati risultati[7].

La terza fase del sistema è costituita dagli accordi contrattuali (art. 8 quinquies, D.Lgs. 502/92): si tratta di contratti di natura pubblicistica che legano la struttura privata alla pubblica amministrazione. Essi hanno la funzione di stabilire il volume, la qualità e le remunerazioni delle prestazioni che le strutture stesse potranno erogare per conto ed a carico del Ssn.

La Corte costituzionale[8] ha ribadito che la competenza regionale in materia di autorizzazione ed accreditamento di istituzioni sanitarie private deve essere inquadrata nella più generale potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3 Cost.) in materia di tutela della salute, vincolando le Regioni al rispetto dei princìpi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato. Fino ad ora dunque, i princìpi fondamentali sull'assistenza sanitaria volti ad orientare la legislazione concorrente regionale, si ritengono quelli desumibili dal D.Lgs. 502/92 e dal D.Lgs. 229/99: questi sono considerati ancora come i paletti entro i quali la legislazione regionale deve muoversi. Alla luce di questo quindi si potrebbe dire che la L. 27/2020, pur per la sola durata dello stato di emergenza, ha fornito con una fonte di rango legislativo dei nuovi princìpi fondamentali per le Regioni nell'ambito della tutela della salute. La suddetta legge ha permesso di derogare al sistema delle 3A: le Regioni, Province autonome e Asl possono stipulare contratti in deroga al limite di spesa previsto all'articolo 45, comma 1 ter, decreto legge 26 ottobre 2019 n. 124 (art. 3, comma 1, a)); in seconda battuta gli stessi soggetti sono ammessi a stipulare contratti con strutture autorizzate anche non accreditate (art. 3, comma 2); infine, viene prevista la possibilità di attivare strutture nuove in deroga ai requisiti autorizzativi e di accreditamento (art. 4, comma 1).

Così facendo vengono ridotti i limiti posti a tutela della qualità del servizio sanitario, ma si alza il numero delle prestazioni erogabili, potendo così applicare i princìpi di universalità e globalità di copertura del Ssn senza "vincoli": entro che limiti è potenzialmente accettabile ridurre la qualità delle cure ma aumentarne la quantità per garantirle a tutti?

Va detto che queste deroghe sono ammesse nei limiti in cui sono volte a permettere una cura di completa efficacia, basandosi su criteri scientifici, sebbene possano venire meno gli standard per l'accreditamento. Nel primo dei tre casi ammessi dalla legge, la qualità delle prestazioni non risulta intaccata in nessun modo, anzi, il potenziamento del Ssn come qui previsto opera in maniera assoluta. Le risorse ovviamente non sono infinite, ma in questa situazione è ammessa una deroga al tetto massimo di spesa. Nel secondo caso, i contratti possono essere conclusi con soggetti non accreditati: viene però richiesta l'au-

[7] Cfr. C. Corbetta, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica*, cit., pp. 12-14.

[8] Corte Cost. 7 giugno 2013 n. 132, in *Foro italiano,* 7/8, 2013, p. 2073 e ss.

torizzazione, infatti, senza di questa la struttura nemmeno potrebbe esistere ed essere attiva. L'ultima deroga è quella in cui si manifesta maggiormente lo stato di emergenza e di crisi dell'intero sistema sanitario: di fronte alla mancanza di strutture, non sarebbe stato possibile, vista la necessità di agire rapidamente, svolgere le procedure di autorizzazione e accreditamento. Queste deroghe possono essere giustificate sulla base del principio di specialità, criterio utilizzato per risolvere le antinomie tra le norme e secondo il quale la norma speciale va preferita alla norma generale[9]. Tale preferenza non si esprime né con riferimento all'efficacia della norma (come per l'abrogazione) né con riferimento alla sua validità (come per l'annullamento), ma entrambe le norme rimangono efficaci e valide: l'interprete opera solamente una scelta circa quale norma deve essere applicata, l'altra semplicemente "non è applicata". La deroga è anzi l'effetto tipico della prevalenza della norma speciale su quella generale. Nel caso in esame si tratta di due disposizioni normative di pari rango primario dove è la L. 27/2020 ad aver introdotto una disciplina specifica e speciale per gestire l'emergenza, rispetto a quella generale del D.Lgs. 502/92.

Alla luce di quanto detto quindi, la disciplina ordinaria in materia di accreditamento del D.Lgs. 502/92 continuerà a trovare applicazione nella generalità dei casi diversi da quelli necessari per fronteggiare l'emergenza, e i princìpi generali da esso sanciti non troveranno applicazione nel perdurare dell'emergenza.

1.2. *La rimodulazione delle prestazioni attinenti i Livelli essenziali di assistenza sanitari*

a. *Il quadro generale*

Con l'articolo 13, comma 1, decreto legge 9 marzo 2020 n. 14, successivamente inserito nella legge 24 aprile 2020 n. 27 di conversione del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 con l'articolo 5-*sexies*, le Regioni sono state autorizzate a sospendere o rimodulare le attività di ricovero e ambulatoriali differibili e non urgenti al fine di impiegare il personale nella gestione dell'emergenza e prevenire la diffusione del virus; la Circolare del Ministero della Salute del 16 marzo 2020 n. 7422 ha indicato ulteriori criteri uniformi e specifici per tutte le Regioni, le Asl e gli altri operatori del settore in ordine alla modalità con cui attuare tale rimodulazione. Le prestazioni sono state suddivise secondo indici comuni in non procrastinabili e procrastinabili; quelle che rientrano in quest'ultima categoria devono essere riprogrammate «non appena possibile». Oltre alla necessità di far fronte all'emergenza dell'epidemia, entrano in gioco ulteriori aspetti della tutela della salute riguardanti la sfera individuale e più nello specifico le prestazioni attinenti i Lea che lo Stato eroga ponendole a carico del Ssn

[9] Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2014, pp. 340-342.

in toto o almeno in parte e su cui tali provvedimenti hanno inciso fortemente nella dimensione temporale.

La legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Ssn, prevede che «la legge dello Stato fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini» (art. 3, comma 2); il successivo articolo dispone che «con legge dello Stato sono dettate norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale». La caratteristica della *uniformità* è mantenuta anche dall'articolo 1, comma 1, D.Lgs. 502/92 nella sua originaria versione. Con il D.Lgs. 229/99, a tale elemento dei livelli delle prestazioni viene accostato anche quello della *essenzialità*. Da ultimo, con la riforma del titolo V della Costituzione, è avvenuta la costituzionalizzazione dei «livelli essenziali e uniformi di assistenza» per il tramite del disposto dell'articolo 117, comma 2, m). Quest'ultimo attribuisce allo Stato competenza esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Trattandosi di una competenza trasversale che incide su una serie di altre materie, tra cui certamente quella concorrente della salute, va riconosciuto un margine di intervento anche alle Regioni in ordine alla valutazione del *quando* e del *quomodo*[10], allo Stato spetta il compito di determinare le singole prestazioni rientranti tra i Lea secondo una specifica procedura, tenendo conto della dignità della persona, dell'equità nell'accesso, delle risorse finanziarie e in base ai criteri di appropriatezza clinica, organizzativo-funzionale e temporale (art. 1, D.Lgs. 502/92)[11].

Le modalità concrete di determinazione delle prestazioni attinenti i Lea sono individuate nell'articolo 1, commi 553-559, legge 28 dicembre 2015 n. 208. Tale legge non fa altro che copiare pari passo l'articolo 6, legge 16 novembre 2001 n. 405 e dispone che i Lea siano individuati in un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Alla luce di questo rilievo, pare ragionevole ritenere validi per la legge del 2015 le conclusioni della Corte costituzionale sulla procedura in oggetto quando ancora era contenuta nella legge del 2001. La Corte non si era pronunciata sul merito della procedura, ma aveva riconosciuto la costituzionalità del D.P.C.M. come atto conclusivo della procedura in quanto quest'ultimo trova il proprio fondamento in una legge e non è manifestazione

[10] Corte Cost. 19 giugno 2002 n. 282, in *Foro italico*, 2, 2003, pp. 394-414. Cfr. V. Molaschi, "*Livelli essenziali delle prestazioni" e Lea sanitari: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Foro amministrativo T.A.R.*, 1, 2003, p. 182.

[11] Il criterio dell'appropriatezza riguarda tre sfere: clinica (Corte Cost. 19 giugno 2002 n. 282, cit.); organizzativo-funzionale (Cons. Stato, Sez. III, 6 febbraio 2015 n. 604 che ha riformato T.A.R. Piemonte 31 gennaio 2014 n. 199, v. F. Giglioni, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle Regioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2015, pp. 532-533); temporale (Corte. Cost. 16 marzo 2007 n. 80, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2007, pp. 525-524).

diretta della potestà legislativa attribuita dal testo costituzionale allo Stato[12]. La materia è cioè coperta da una riserva relativa di legge, soddisfatta dalla L. 208/2015. Attualmente i Lea risultano contenuti nel D.P.C.M. 12 gennaio 2017.

b. *Legittimità degli interventi nel contesto dell'emergenza*

Il D.L. 14/2020 prima e poi la L. 27/2020 costituiscono la base legislativa su cui si fondano tutti i successivi interventi rimodulatori delle prestazioni differibili e non urgenti attinenti i Lea, che rimangono inalterati quanto al contenuto e sono incisi solo nel *quando*. Risulta pertanto rispettata la riserva di legge relativa, poiché, oltre ad autorizzare con specifico provvedimento di rango legislativo le Regioni e le Province autonome, il Governo fornisce già in sede di decreto-legge e poi con la successiva circolare del Ministero della Salute del 16 marzo 2020 e infine con la L. 27/2020 anche delle indicazioni sui criteri da seguire. Quanto alla possibilità di prevedere una procedura diversa da quella della legge 208/2015, la Corte stessa si era espressa senza entrare nel merito della procedura, aveva rimarcato solo la necessità che intervenisse un atto avente forza di legge quando si trattasse di agire nel campo dell'articolo 117, comma 2, m) Cost.

Un punto dubbio si pone quanto allo spazio lasciato a Regioni e Province autonome di intervenire sui Lea, alla luce del fatto che si rientra nell'ambito della tutela della salute di competenza concorrente (art. 117, comma 3 Cost.), ma anche nella previsione dell'art. 117, comma 2, m) Cost. che, invece, attribuisce competenza esclusiva allo Stato. Bisogna considerare che lo Stato, lasciando ai singoli enti locali chiamati in causa la decisione sul *se* avvalersi del potere di incidere solo sul *quando* delle prestazioni, ha potenzialmente permesso di evitare che in certi casi avvenisse tale rimodulazione e così i Lea fossero garantiti in maniera piena. Inoltre, sono stati forniti criteri stringenti con cui operare, nel rispetto del generale e fondamentale principio di legalità inteso in senso sostanziale[13], essendo stato lasciato alle amministrazioni margine di scelta solamente in ordine al *se* avvalersi di un determinato potere e non anche al modo con cui esercitarlo. Così si è evitato di accentuare la differenziazione[14] del Servizio sanitario nazionale su base regionale già ampiamente marcata, tenuto conto che le Regioni avevano già iniziato ad agire in via autonoma[15]. Gli interventi nazionali hanno

[12] Corte Cost. 27 marzo 2003 n. 88, in *Foro italico*, 11, 2003, pp. 2915-2920.

[13] Corte Cost. 7 aprile 2011 n. 115, in *Foro amministraivo C.d.S.*, 5, 2011, pp. 1428-1434; Corte Cost. 5 aprile 2018 n. 69, in *Foro italiano*, 11, 2019, p. 3407 e ss.

[14] A. Pioggia, *La differenziazione regionale in sanità: l'organizzazione,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019, pp. 292-299; F. Laus, *La differenziazione regionale in sanità: le prestazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019, pp. 283-291.

[15] Per una elencazione delle misure adottate dalle Regioni si rinvia a *Emergenza Covid-19. Quadro normativo nazionale e regionale*, in *Associazione italiana ospedalità privata,* 1, 2020, https://

favorito l'uniformità delle prestazioni, principio cardine di tutto il nostro sistema, nonché fine perseguito in maniera esplicita dalla circolare ministeriale del 16 marzo 2020 n. 7422[16]. La *ratio* di tale scelta non è nel senso di far fronte ad una situazione patologica e perdurante del sistema sanitario comprimendo un diritto costituzionalmente garantito allo scopo di riequilibrare il sistema stesso e le sue carenze organizzative. L'intento è quello di contemperare – si badi bene per il solo periodo dell'emergenza – differenti esigenze comunque attinenti il diritto alla salute[17]. Da un lato si colloca la necessità di utilizzare tutte le forze possibili per far fronte a tale situazione inedita, dall'altro quella di garantire anche a chi non è colpito dal virus le prestazioni sanitarie in un regime di sicurezza, tenuto conto del fatto che l'ambiente ospedaliero è un luogo di contagio[18].

Per poter fornire un giudizio completo manca però un elemento che allo stato dei fatti non è conoscibile, ossia la durata effettiva di tale rimodulazione delle prestazioni[19]. Il rinvio prolungato si scontrerebbe certamente con la necessità di garantire il diritto alla salute così come concepito nell'ordinamento italiano.

2. *Diritto all'istruzione e allo studio*

2.1. *Il rafforzamento e l'ampliamento della tutela del diritto all'istruzione nel contesto dell'emergenza Covid-19*

a. *Misure adottate*

Allo scopo di contenere ed evitare la diffusione del Covid-19, è stato per primo emanato il D.L. 23 febbraio 2020 n. 6[20] che ha previsto la possibilità di sospensione con D.P.C.M, nei comuni o nelle aree nei quali risultava positiva almeno una persona[21], del funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia e delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione, salvo le attività formative svolte a distanza[22]. In attuazione sono stati adottati una serie di

www.sicp.it/wp-content/uploads/2020/03/Normative-nazionali-e-regionali_Dossier-AIOP_-20-mar-2020.pdf.

[16] Art. 1, comma 1, D.Lgs. 502/92; artt. 4 e 10, L. 833/78, art. 117, comma 2, m) Cost.

[17] Il legislatore ha operato una sorta di bilanciamento "infradiritto".

[18] V. World Health Organization, *Report on the burden of endemic health care-associated infection worldwide*, WHO Document Production Services, Ginevra, 2011.

[19] Le varie Regioni e Asl sono libere di ripristinare le prestazioni senza un intervento del Governo o del legislatore nazionale.

[20] Decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020 n. 13, in G.U. 9 marzo 2020, n. 61.

[21] Cfr. Art 1, comma 1, D.L. 23 febbraio 2020 n. 6.

[22] Art 1, comma 2, lettera d), D.L. 23 febbraio 2020 n. 6.

D.P.C.M i quali hanno specificato ed esteso, in termini territoriali e temporali, tali previsioni.

Successivamente, è stato emanato il D.L. 17 marzo 2020 n. 18, cd. "Cura Italia"[23]. Di particolare interesse, ai fini della presente trattazione, è l'articolo 120 il quale incrementa di 85 milioni, per l'anno 2020, le risorse del Fondo per l'innovazione digitale e la didattica laboratoriale specificando le modalità di riparto delle risorse e di controllo sull'utilizzo delle stesse.

Il D.L. 25 marzo 2020 n. 19 ha confermato ulteriormente la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, ferma restando la possibilità di svolgimento delle attività con modalità a distanza[24].

Infine, il D.L. 8 aprile 2020 n. 22 ha disciplinato la regolare conclusione dell'anno scolastico 2019/2020, anche con riferimento agli esami di Stato, e l'ordinato avvio dell'a.s. 2020/2021.

Le misure adottate hanno dunque bilanciato la tutela della salute[25] – in particolare degli studenti, ma più in generale la salute pubblica – con la salvaguardia del diritto allo studio e all'istruzione[26].

Nella tecnica del bilanciamento di diritti costituzionalmente tutelati nessuna restrizione può avere carattere indeterminato, dovendo essere limitata nel tempo e strettamente giustificata dalla situazione di emergenza, nel pieno rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza[27]. Sulla base delle misure adottate, si può affermare che il diritto all'istruzione sia quello che la situazione

---

[23] Recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19. Decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020 n. 27, in S.O. n. 16, relativo alla G.U. 29 aprile 2020 n. 110.

[24] Art. 1, comma 2, lettere p e q) e art. 2, comma 1).

[25] La Costituzione italiana riconosce il diritto alla salute all'art 32: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

[26] Diritto tutelato *ex* art 34, comma 1 della Costituzione Italiana il quale stabilisce che "la scuola è aperta a tutti".

[27] Sul bilanciamento dei diritti v. pronuncia Corte Cost. sul caso ILVA, 9 aprile 2013 n. 85, in cui si afferma «La Costituzione italiana […] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto».

emergenziale abbia compresso meno, anche se le dimensioni educative e di socializzazione risultano essere quelle evidentemente più sacrificate.

b. *Emergenza sanitaria e apprendimento a distanza*

In tutti i provvedimenti attuativi del D.L. 6/2020 (l. 13/2020) di contenimento dell'emergenza sanitaria, si stabilisce che i dirigenti scolastici attivano, per la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità.

La didattica a distanza può essere definita genericamente come l'insieme delle attività formative svolte senza la presenza fisica di alunni e insegnanti nello stesso luogo[28].

Sulla base delle indicazioni fornite dal Ministero dell'Istruzione[29], i docenti hanno progettato e ideato in maniera creativa nuovi metodi di insegnamento, cercando di non limitarsi al mero invio di materiali o alla mera assegnazione di compiti ai propri alunni. In proposito, indicazioni più dettagliate sono contenute nella nota n. 388 del 17 marzo 2020, che distingue la progettazione delle attività didattiche a distanza tra scuole dell'infanzia, scuola primaria e scuola secondaria di primo e di secondo grado.

Per quanto concerne le modalità di valutazione degli apprendimenti e la verifica delle presenze nella didattica a distanza, nella nota n. 279 del Ministero dell'Istruzione si afferma che, a seconda delle piattaforme utilizzate, vi è una varietà di strumenti a disposizione e si ricorda che la legge vigente[30], al di là dei momenti formalizzati relativi agli scrutini e agli esami di Stato, lascia la dimensione docimologica ai docenti, senza istruire particolari protocolli che sono più fonte di tradizione che di normativa.

2.2. *Profili costituzionali: le situazioni di disuguaglianza*

L'articolo 34 della Costituzione sancisce al suo primo comma che "la scuola è aperta a tutti", implicando così che lo Stato garantisce a tutti il diritto a un'istruzione adeguata. Il diritto allo studio rappresenta uno degli strumenti più importanti per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono

[28] Nella nota n. 279 dell'8 marzo 2020 il Ministero dell'Istruzione ha specificato le modalità di svolgimento della didattica a distanza, che vanno dalla mera trasmissione di materiali, alla registrazione delle lezioni, all'utilizzo di piattaforme per la didattica a distanza, presso l'istituzione scolastica, presso il domicilio o altre strutture.

[29] V. in particolare nota del Ministero dell'Istruzione n. 278 del 6 marzo 2020 e nota n. 388 del 17 marzo 2020.

[30] D.P.R. 122/2009; D.Lgs. 62/2017.

il pieno sviluppo della persona umana e per dare attuazione, quindi, a quell'eguaglianza sostanziale fra cittadini che è alla base dell'art. 3 della Costituzione [31].

Tra diritto allo studio e principio di uguaglianza si coglie un evidente nesso di reciprocità: se non si tutela il primo non può garantirsi l'uguaglianza fra i cittadini. Ebbene, la situazione attuale ha comportato sicuramente un pregiudizio al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione. Infatti, non si può non mettere in luce come *di fatto* molti studenti siano ancora, per la scarsa disponibilità economica, svantaggiati se non addirittura impossibilitati a seguire in maniera continuativa e regolare le lezioni scolastiche.

Lo Stato dunque, nonostante si impegni a garantire a tutti il diritto all'istruzione e allo studio, si è visto, suo malgrado, nella impossibilità di attuare in concreto il principio di uguaglianza e dunque di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che da sempre si prefigge, appunto, di rimuovere.

2.3. *Le iniziative per garantire il diritto allo studio e i provvedimenti in materia di esami di Stato*

Numerose sono state le iniziative promosse da più parti: ricordiamo qui, tra le tante, l'accordo sancito tra UNICEF e Microsoft Corp. per il potenziamento di una piattaforma di apprendimento globale per aiutare i bambini e i giovani coinvolti dalle misure legate al Covid-19 a portare avanti la loro istruzione a casa[32]; e la campagna #LaScuolaNonSiFerma promossa dal Ministro all'istruzione di concerto con il presidente Rai per modificare l'intero palinsesto in favore dei ragazzi.

All'ordine del giorno poi è il dibattito circa le sorti dell'esame di Stato della Scuola secondaria di secondo grado. Con il D.L. 22 aprile 2020 n. 8 sono state predisposte tutte le misure per permettere agli studenti del quinto anno delle Scuole Superiori di portare a termine il proprio programma scolastico e di conseguire dunque il diploma.

Molteplici le novità apportate: in primo luogo, non sono previste le tanto temute prove scritte in quanto l'esame consterà di un'unica prova orale in presenza – se le condizioni epidemiologiche lo permetteranno – con una commissione formata da 6 commissari interni e dal presidente esterno[33]. In secondo luogo, il

---

[31] Art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

[32] Sul punto, *Coronavirus, UNICEF e Microsoft lanciano una piattaforma per facilitare l' apprendimento a distanza*, 2020, https://www.unicef.it/doc/9847/coronavirus-unicef-e-microsoft-lanciano-una-piattaforma-per-facilitare-l-apprendimento-a-distanza.htm.

[33] Sul punto, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca, Comunicato 18 aprile 2020: Esami di Stato del II ciclo, Azzolina firma ordinanza: cambia la composizione

credito del triennio finale viene rivisto e aumentato: potrà valere fino a 60 punti, anziché 40, come prima dell'emergenza. Al colloquio orale si potranno conseguire fino a 40 punti. Il voto massimo finale possibile resta, infatti, 100/100.

2.4. *Conclusioni: il sistema scolastico italiano si è dimostrato non essere pronto a gestire un'emergenza di tale entità?*

Giunti al termine di questo elaborato, si deve notare come l'emergenza attuale abbia profondamente inciso sul diritto all'istruzione: tuttavia, nonostante le più buone intenzioni, molteplici sono le problematiche che forse per la prima volta in maniera così evidente sono emerse.

Prescindendo dal grave pregiudizio che può comportare l'improvvisa interruzione dell'anno scolastico (si pensi solo al ruolo centrale che assume la Scuola nella formazione e crescita di un ragazzo, specie in età preadolescenziale, il quale ha *bisogno* di confrontarsi con altri giovani per la formazione del sé), si deve considerare come tale situazione abbia concorso ancora maggiormente ad evidenziare le falle del sistema scolastico italiano.

Bambini e ragazzi grazie alla Didattica a Distanza non hanno smesso di studiare: tuttavia, sin da subito sono affiorate forse ancora più prepotentemente le disuguaglianze sociali, economiche e culturali che interessano il nostro Paese. Nonostante già con L. 24 dicembre 2003 n. 350[34] e poi ora con il decreto "Cura Italia" sia stato autorizzato un incremento di spesa per la digitalizzazione del sistema scolastico, ci troviamo oggi a dover assistere, senza strumenti, a circa un milione e mezzo di studenti che sono, come ha detto lo stesso Ministro all'Istruzione Lucia Azzolina, "*tagliati fuori dal digital device*".

Si deve dunque giungere alla conclusione che, sebbene da molti anni la direzione intrapresa è quella verso una sempre più completa digitalizzazione, il sistema scolastico italiano non si è trovato del tutto preparato ad affrontare la situazione emergenziale attuale. Tuttavia, di ogni esperienza si deve far tesoro: per questo motivo, senza alcun dubbio la Scuola terrà bene a mente tutte le difficoltà riscontrate nonché tutti gli aspetti positivi che ne sono emersi, per giungere così ad un sistema scolastico il più efficiente e raffinato possibile.

---

della commissione. Tutti interni, solo il Presidente esterno, v. il sito https://www.miur.gov.it/web/guest/-/esami-di-stato-del-ii-ciclo-azzolina-firma-ordinanza-cambia-la-composizione-della-commissione-tutti-interni-solo-il-presidente-esterno.

[34] Legge 24 dicembre 2003 n. 350 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, 27 dicembre 2003 n. 299.

3. *La libertà di circolazione*

3.1. *Profili costituzionali. Problema circa la natura della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost.*

Non pochi problemi interpretativi hanno interessato l'art. 16 Cost., a partire dal significato da attribuire al termine "generale" in riferimento ai limiti che la legge può imporre per motivi di sanità e sicurezza, espressione che si rivelerà anche fondamentale per qualificare il tipo di riserva che interessa questo articolo, posto che non pochi dibattiti si sono avuti in materia.

Alcuni hanno affacciato il dubbio che con riferimento al termine "generale" si intendesse che il limite debba riferirsi a situazioni di carattere generale quali epidemie, calamità e simili, ma, avendo riguardo ai lavori dell'Assemblea costituente, questa ipotesi era stata scartata, lasciando spazio all'interpretazione che si debba intendere il provvedimento legislativo come applicabile alla generalità dei cittadini e non a singole categorie[35].Intendendolo in questo senso si potrebbe sostenere, come è avvenuto, che la norma costituzionale escluda però qualsiasi limitazione che possa avere carattere individuale, in quanto comporterebbe un giudizio sulla personalità e sui comportamenti dei soggetti. Tuttavia, anche questa tesi non può essere sostenuta, dal momento che la formula di cui all' art. 16 Cost. è una semplice, quanto fondamentale, riaffermazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. È ben possibile che motivi di sanità o sicurezza possano nascere anche da situazioni particolari. Il dettato costituzionale va inteso nel senso che anche qualora queste limitazioni siano di questo tipo non creino illegittime discriminazioni contro singoli o gruppi [36].

Chiarito dunque il significato da attribuire al termine "generale", è rilevante ora fare qualche considerazione in merito alla tipologia di riserva di legge che il costituente ha previsto all' art. 16 comma 1 Cost. Indubbio è che preliminarmente va dato rilievo al fatto che di certo si tratti di una riserva "rinforzata", in quanto il contenuto della legge che impone determinati limiti a questo diritto di libertà è predeterminato dalla norma costituzionale, circoscrivendo tali limiti alla sanità e alla sicurezza.

Ciò posto, nella lunga discussione dottrinale che vede nell' art. 16 Cost. ora una riserva di tipo assoluto, ora una di tipo relativo, non si dovrebbe mettere in secondo piano la considerazione che nella pratica giurisprudenziale la già sottile linea che divide le due ipotesi tende ad assottigliarsi sempre più, non rendendo facile il compito di distinguere in quale delle due la norma intenda fare riferimento, affidando dunque alla Corte il compito di precisare in che modo possa svolgersi l'attività amministrativa o se addirittura tale attività non possa essere consentita.

---

[35] Corte Cost. 23 giugno 1956 n. 2.

[36] Corte Cost. 30 giugno 1964 n. 68.

La tendenza ad estendere l'attività della p.a. è funzionale allo scopo di evitare di gravare ulteriormente il lavoro del Parlamento, sollevandolo dall'incarico di una normazione di dettaglio che verosimilmente può essere svolta dal binomio Governo-Amministrazione. Tuttavia va ricordato che il concetto di riserva di legge non va separato da quel principio di legalità, alla base dello Stato di diritto, che se declinato nel suo significato sostanziale non ammette una assoluta indeterminatezza della legge fondante il potere concesso alla p.a. e che di conseguenza sarebbe rispettato solamente nel suo profilo "formale".

Andando ora ad analizzare il contenuto dell'art. 16 Cost, difficilmente sembrerà aversi una riserva di tipo relativo che si affianchi ad una riserva "rinforzata". Ponendo infatti l'articolo solamente in capo al legislatore la possibilità di prevedere dei limiti, avendo riguardo solamente a motivi di sanità e sicurezza pubblica e il fatto che questi debbano essere stabiliti "in via generale", si desume come la competenza di governo e p.a. sia residuale e rimanga circoscritta ad una attività meramente esecutiva, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello provvedimentale[37].

Tale prescrizione comporta necessariamente che è compito del legislatore non lasciare vuoti di disciplina e adoperarsi per essere il più specifico possibile quando debba dare un significato ai termini "sanità" e "sicurezza", di modo che non si attribuisca alla p.a. un ampio margine di discrezionalità, con il pericolo che ne derivi un suo troppo generico potere, dando luogo ad abusi.

Vero è, però, che sarebbe impensabile un'esecuzione di una legge da parte della p.a. che sia completamente priva di un qualche profilo di discrezionalità, in quanto, avendo come destinatari soggetti o categorie determinati, dovrà certamente valutare i casi concreti che ben si distanziano dalle astratte previsioni legislative.

Tutto ciò non deve essere un indicatore dal quale desumere che sia possibile per la pubblica amministrazione integrare e prevedere ulteriori limiti, la disciplina dei quali è materia riservata al solo legislatore.

La Corte Costituzionale, infatti, nelle sue numerose pronunce riguardanti l'articolo in esame, non si è mai espressa a favore della tesi che vede la riserva di cui all'art. 16 Cost. come relativa, anzi, sottolineando come sia fisiologica, nell'attività esecutiva della p.a., quella discrezionalità che si qualifica come naturalmente inscindibile da un provvedimento amministrativo, senza smentire mai il fatto che il limite di questo si debba ricercare nella legge di copertura, e che nel caso di specie saranno i motivi di sanità e sicurezza cosi come declinati nel provvedimento legislativo.

Argomento decisivo, che porta, a mio avviso, inconfutabilmente ad univoche conclusioni, sembrano essere proprio le stesse parole della Corte, le quali, diversamente dalle varie tesi prospettate dalla dottrina, che sostengono l'una o

[37] A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, p. 283.

l'alta ipotesi, paiono esaurire il problema, risolvendolo nella direzione che si è cercato di sostenere in questa trattazione. Infatti laddove afferma, nella sentenza 4 aprile 2011 n. 115: «La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo (riferendosi qui all'art. 23 Cost.), nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione.» la Corte, indirettamente, qualifica in modo inequivoco la riserva contenuta nell'art. 16 Cost.

È inoltre da segnalare che non si tratta di un *unicum* nella giurisprudenza della Corte, dal momento che già con la sentenza 20 giugno 1964 n. 68, trattando della diversità tra misure di sicurezza e di polizia, la Corte così si espresse: «(…) si può comprendere che nessuna limitazione, quale che essa sia, dei diritti di libertà può essere disposta fuori dei casi previsti dalla legge (…)», utilizzando una espressione che tende ad uniformare la disciplina giuridica degli artt. 13 e 16 Cost. limitatamente a questo aspetto, senza ovviamente estendere al secondo la riserva di giurisdizione che attiene solamente al primo.

3.2. *Problema di bilanciamento tra libertà di circolazione e diritto alla salute*

L'emergenza Covid-19 e la mole di provvedimenti emanati ha inevitabilmente posto sul piatto della bilancia due diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione: libertà di circolazione, art. 16 e diritto alla salute, art. 32. Il tema del bilanciamento in questo caso non può essere evitato. Bilanciare non è tecnica facile, soprattutto quando entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti, ritenuti parimenti fondamentali. Ritengo però che in questo caso, un aiuto venga dato direttamente dalla Costituzione e dalla formulazione letterale dell'art. 16. Lo stesso prevede che «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata per ragioni politiche».

A ben vedere, la Corte Costituzionale, che si espresse in diverse occasioni analoghe, non preclude che il legislatore possa limitare la circolazione quando il sacrificio venga disposto per salvaguardia di un interesse pubblico determinato da una norma costituzionale[38]. Non è azzardato infatti affermare che in questo specifico caso siamo difronte ad una forma di "bilanciamento naturale". La previsione che la libertà di circolazione e soggiorno possa essere limitata dalla legge per motivi di sanità o di sicurezza, comporta, secondo il mio parere, un'intrinseca ed automatica limitazione della stessa di fronte ad eventi estremamente pericolosi per l'integrità della persona, tra i quali possiamo inevitabilmente comprendere l'emergenza epidemiologica Covid-19.

[38] Corte Cost. 30 giugno 1964 n. 68.

Ritenendo però che il bilanciamento non significa mai sacrificare un diritto a favore dell'altro, quanto piuttosto rendere possibile la coesistenza di due diritti in conflitto trovando un punto di equilibrio[39], occorre interrogarsi se le misure adottate dall'esecutivo abbiano raggiunto la giusta ponderazione anche in questa delicatissima situazione. In particolare, come osservato più volte dalla Corte, le misure impeditive della circolazione devono rispettare il criterio della ragionevolezza, ossia il profilo «del giusto rapporto dell'atto allo scopo»[40]. Posto questo fondamentale passo, occorre ora chiedersi sulla base di quali criteri possiamo valutare la ragionevolezza delle misure nel contesto dell'emergenza epidemiologica. La Corte sul punto proseguì affermando che non è possibile predeterminare tali criteri, in quanto gli stessi «devono essere in ogni caso concretamente riscontrati e valutati in base alle diverse situazioni offerte dalla realtà». Ed è qui che sorge il problema maggiore: il contesto di cui siamo stati sfortunati protagonisti è del tutto nuovo, senza precedenti. Il nostro ordinamento conosce lo "stato di guerra", ma non lo "stato di emergenza" dichiarato con Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020.

Alla luce del contesto appena menzionato, pare che le limitazioni siano eccessivamente severe nei confronti della libertà di circolazione, lasciandole uno spazio di autonomia decisamente minimo, per la salvaguardia del "solo" diritto alla salute. Non è giuridicamente accettabile che un diritto prevalga e sopprima gli altri, se non ritengo, a questo punto, in ipotesi emergenziali, sempreché venga garantita una certa proporzionalità ma ancor di più necessità. Ed è in tal senso che possiamo concepire la compressione della libertà di circolazione, necessaria alla salvaguardia della salute, sia come «diritto dell'individuo» ma soprattutto come tutela «dell'interesse della collettività».

In conclusione, difficili sono le giustificazioni in grado di spiegare la limitazione della libertà di circolazione, così come di molte altre libertà fondamentali. L'epidemia Covid-19 ha messo alla prova il nostro sistema giuridico ma ancor di più, il nostro sistema di valori. Continueremo ancora per molto ad interrogarci se fosse necessario sacrificare, con un tal grado d'intensità, i nostri diritti e le nostre libertà inviolabili, oppure se fosse percorribile una via alternativa e meno gravosa. Quel che è certo, è che le scelte a favore di un diritto sono costose e mai come prima d'ora abbiamo potuto constatarlo personalmente.

---

[39] G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 1, 2007.

[40] Corte Cost. 19 luglio 1996 n. 264; Cfr. A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in *Quaderni Costituzionali,* 1, 2020.

LA SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO E LE ESIGENZE DI TUTELA DELLA RISERVATEZZA ALLA LUCE DELL'EMERGENZA COVID-19

FABIANO CANZIO, MATTEO MANNUCCI, ERIKA MASATTI, DANIA NIZZOLI, FRANCESCA PATRIARCA, RACHELE VOLPI

1. *La salute e sicurezza alla luce delle diverse fonti regolatrici nello stato di pandemia*

Mai come in questo periodo storico la salute e la sicurezza dell'uomo è stata messa di fronte a sfide e cambiamenti che hanno determinato l'assoluta centralità dei temi collegati alla protezione e alla prevenzione nei luoghi di lavoro. L'emergenza sanitaria si è presto tradotta in un'emergenza di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

L'esame del quadro regolativo prende avvio dalla lettura del D.P.C.M. 11 marzo 2020, con cui il Governo ha dettato le misure volte a contenere il contagio da Covid-19, a seguito della qualificazione dello stesso come pandemia da parte dell'Oms[1].

All'esigenza di tutela della sicurezza della salute dei cittadini l'Esecutivo ha risposto utilizzando lo strumento dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Questa modalità ha assunto una rilevanza ed un ruolo sempre maggiore in relazione all'aumento dei contagi all'interno del territorio nazionale. Risulta in particolar modo importante il citato D.P.C.M. 11 marzo 2020 per due precisi motivi: in primo luogo, perché è di fatto il decreto emanato successivamente alla dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'Oms; in secondo luogo, esso limita in maniera uniforme sul territorio nazionale molte attività economiche e non solo.

Il decreto dispone le misure urgenti per sospendere diversi tipi di attività commerciale, industriale e inerenti ai servizi della persona come parrucchieri, barbieri e centri estetici, fatta eccezione per quelle di generi alimentari. Inoltre, è intervenuto a disciplinare le misure necessarie all'interno dei luoghi di lavoro,

[1] Dichiarazione avvenuta durante la conferenza stampa su Covid-19, in data 11 marzo 2020, da parte del Direttore Generale Tedros Adhanom Ghebreyesus.

al fine di ridurre al minimo il contagio e permettere al Sistema sanitario nazionale di far fronte alla diffusione del virus.

Pertanto, di fronte ad una calamità di livello globale è apparsa subito evidente la crucialità del ruolo dell'Esecutivo non solo per fronteggiare l'emergenza sanitaria ma anche per rispondere all'emergenza economica e sociale.

Centrali sono in questo senso le disposizioni di cui all'art. 1, co. 7, lett. d) - e), e co. 8, 9 e 10, in base alle quali si è consentita l'apertura dei soli reparti strettamente collegati alla produzione. Ove ciò non fosse stato possibile, si è incentivato il massimo ricorso a forme di lavoro agile. Oltre a questo, le imprese hanno dovuto adottare i protocolli anti-contagio nei quali si sancisce la sanificazione costante dei luoghi di lavoro, l'adozione di un'organizzazione dei turni aziendali in grado di ridurre gli assembramenti e le misure necessarie volte a garantire un metro di distanza tra i dipendenti.

Già da una prima lettura si può notare come il Governo non intervenga in modo invasivo nei confronti delle imprese, poiché non si dettano le linee precise sul come le aziende debbano attuare queste misure, bensì si rimanda alle previsioni della contrattazione collettiva[2]. Questa funzione del Governo nei confronti del soggetto privato è il sintomo della necessità di lavorare, in queste fasi così drammatiche, in collaborazione con le parti sociali affinché sia possibile individuare soluzioni efficaci e condivise[3].

In questa ottica si può segnalare una considerazione preliminare. L'Esecutivo ha assunto una funzione di indirizzo, lasciando il compito di delineare il contenuto degli interventi al dialogo sociale con gli attori collettivi. Tale ruolo viene chiarito e precisato nel Protocollo condiviso siglato dalle parti sociali il 14 marzo 2020 e successivamente integrato dal Protocollo del 24 aprile 2020. I Protocolli risultano essere fondamentali non solo per il contenuto (analizzato

[2] Tra i primi accordi va menzionato quello siglato il 9 aprile 2020 tra Fca N.V. e le Organizzazioni sindacali nazionali Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Uglm, Aqcfr e Fiom-Cgil, e contenente le linee guida per la regolamentazione condivisa delle misure atte a consentire la progressiva ripresa delle attività del Gruppo Fca in Italia, anche cosiddette non essenziali, nei tempi e nei limiti fissati dal Governo.

[3] In generale, cfr. P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2019, p. 98; P. Tullini, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 335; S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT–417/2020; G. Ludovico, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 353; G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*–413/2020; M.T. Carinci, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro I test sierologici rapidi*, in *Working paper ADAPT,* 3/2020.

successivamente) ma soprattutto per il valore che hanno assunto. Il Governo, operando un rinvio all'accordo collettivo, conferisce crucialità alla collaborazione nei diversi livelli di contrattazione, soprattutto in momenti di crisi generale. Li considera, in effetti, lo strumento maggiormente idoneo a individuare la soluzione più adeguata alle realtà produttive e maggiormente condivisa dalle imprese a tutela degli interessi dei lavoratori. A dimostrazione di ciò, va rilevato come, soprattutto in vista delle riaperture della c.d. Fase 2, sono stati siglati numerosi Protocolli di settore (es. edilizia, agricoltura, ristorazione […]) e aziendali a cui si aggiungono le altrettanto numerose linee guida e circolari dell'Inail.

In questo contesto, il Protocollo del 14 marzo 2020 non assume solo una rilevanza valoriale, bensì gioca un importante ruolo anche per quanto attiene il suo contenuto. Questo infatti prevede l'adozione di misure pratiche volte a garantire un *"adeguato livello di protezione"*.

L'espressione si riferisce al fatto che le imprese devono garantire innanzitutto i dispositivi necessari per prevenire il contagio, come la fornitura di mascherine e guanti; in aggiunta, devono essere garantiti prodotti igienizzanti per le mani al fine di assicurarsi che il lavoratore abbia tutti gli strumenti utili ad attuare le misure atte alla prevenzione. Ancora, si precisa che la prevenzione non si fa solo fornendo i mezzi idonei a prevenire il contagio ma anche attraverso la riorganizzazione dei turni aziendali, ovvero pianificando il lavoro in maniera tale che non si creino assembramenti. A compimento dell'obiettivo appena citato, si ipotizza che il datore debba incentivare, quanto più possibile, le forme di *smart working* per tutti i lavoratori che non siano impegnati strettamente nel reparto produttivo.

Gli obblighi dell'azienda non si esauriscono qui ma vanno ben oltre. Ci si riferisce, in particolare, sia all'obbligo di riorganizzare la modalità di ingresso in azienda, consentendo di sottoporre il personale alla misurazione della temperatura corporea, sia all'obbligo di una diversa gestione degli spazi comuni come le mense, gli spogliatoi, le aree fumatori, i distributori di bevande e/ snack, e simili.

Già da una prima lettura di questo elenco si comprende come il Protocollo non abbia l'intenzione di tutelare i lavoratori nel solo svolgimento della propria mansione quanto piuttosto quello di salvaguardarli in quanto persone e cittadini, proteggendoli dall'ingresso all'uscita dai locali di lavoro. A conferma di quanto detto, l'art. 66, D.L. 19 maggio 2020 n. 34 (c.d. *Decreto Rilancio*) estende le suddette misure anche ai volontari (sanitari e non) ed ai lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari[4].

Un ultimo profilo, inerente al Protocollo, che merita attenzione riguarda gli obblighi del lavoratore. Si stabilisce, infatti, che quest'ultimo debba rispettare tutte le regole affinché le misure adottate non vengano vanificate da un

[4] In tal senso il citato articolo novella l'art. 16, D.L. 17 marzo 2020 n. 18, c.d. *Cura Italia*, convertito con modificazioni in L. 24 aprile 2020 n. 27.

comportamento irresponsabile. Ciò anche in ossequio al modello di sicurezza partecipata di matrice europea, recepito nel Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

Si deve inoltre segnalare che al fine di favorire l'attuazione delle disposizioni di cui al *Protocollo di regolamentazione delle misure per il contenimento ed il contrasto della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, l'Inail promuove interventi straordinari per le imprese[5] che abbiano introdotto strumenti volti a prevenire il rischio di contagio attraverso l'acquisto di apparecchiature e dispositivi idonei[6]. Si prevede anche l'erogazione di ulteriori finanziamenti sempre per le imprese rientranti nei requisiti previsti dall'art. 95, D.L. 34/2020. Si stabilisce, infine, un credito di imposta per la sanificazione, l'acquisto di dispositivi di protezione individuale e per l'adeguamento negli ambienti di lavoro, rispettivamente agli articoli 125 e 120 dello stesso D.L.

Oltre al Protocollo, particolare rilievo assume l'art. 44, D.Lgs. 81/2008, sul tema della violazione degli obblighi di sicurezza e della possibile reazione immediata del lavoratore in presenza dell'inadempimento del datore di lavoro. Questo, pur di portata generale, ha assunto nuove connotazioni alla luce dell'attuale emergenza sanitaria.

La pandemia, in effetti, nonostante abbia origine da fattori esterni all'attività produttiva, si diffonde con il contatto tra le persone e per tale ragione la riguarda strettamente. Ai fini dell'applicazione dell'art. 44, devono essere prese in considerazione quelle situazioni la cui violazione sia in grado di determinare un "*pericolo grave e immediato*". Si pensi al caso in cui il lavoratore sia costretto a lavorare in assenza di mascherine o qualsiasi dispositivo di protezione conforme alle previsioni specifiche delle autorità sanitarie; oppure al caso in cui non venga garantito il metro di distanza. In queste situazioni è ipotizzabile l'allontanamento immediato dal posto di lavoro, poiché non va dimenticato che il virus si trasmette con il contatto ravvicinato tra le persone e, quindi, le violazioni sopra descritte potrebbero determinare il contagio.

---

[5] Ai sensi dell'articolo 95, co.1, D.L. 34/2020, si intendono le imprese iscritte al Registro delle imprese o all'Albo delle imprese artigiane, le imprese agricole iscritte nella sezione speciale del Registro delle imprese, le imprese agrituristiche e le imprese sociali di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 112, mentre sono esclusi da detti interventi i datori di lavoro non imprenditori.

[6] Gli strumenti previsti all'articolo 95, co.1, D.L. 34/2020, sono: *a) apparecchiature e attrezzature per l'isolamento o il distanziamento dei lavoratori, compresi i relativi costi di installazione; b) dispositivi elettronici e sensoristica per il distanziamento dei lavoratori; c) apparecchiature per l'isolamento o il distanziamento dei lavoratori rispetto agli utenti esterni e rispetto agli addetti di aziende terze fornitrici di beni e servizi; d) dispositivi per la sanificazione dei luoghi di lavoro; sistemi e strumentazione per il controllo degli accessi nei luoghi di lavoro utili a rilevare gli indicatori di un possibile stato di contagio; e) dispositivi ed altri strumenti di protezione individuale.*

In tutte le ipotesi illustrate il pericolo sarebbe "*grave*", in considerazione dei potenziali effetti lesivi del virus che, come visto in questi mesi, ha determinato un numero elevato di decessi. Esso sarebbe anche "*immediato*", in quanto si tratterebbe di un potenziale contagio a carattere addirittura imminente (accertata oramai la rapidità di trasmissione). Il pericolo inoltre sarebbe "*inevitabile*" perché non esistono strumenti alternativi rispetto al distanziamento fisico con gli altri lavoratori e all'utilizzo dei dispositivi di protezione.

La ricorrenza delle descritte condizioni previste dall'art. 44, D.Lgs. 81/2008 determina quindi sia il diritto ad allontanarsi dal posto di lavoro, ma anche il diritto alla retribuzione e l'eventuale risarcimento del danno, senza necessità di accertamenti ulteriori[7].

Da ultimo, si segnalano come fonte in tema di sicurezza dei lavoratori nell'ambito dell'emergenza epidemiologica in atto i protocolli concertati dalle parti sociali a livello azienda. A titolo di esempio, si può analizzare il protocollo per il contenimento del coronavirus adottato negli stabilimenti italiani di Fiat Chrysler Automobiles N.V. (Fca), che recepisce in modo innovativo il Protocollo del 14 marzo 2020 in relazione a tre principali profili: la prospettiva temporale, la sua efficacia e il suo contenuto.

Per quanto concerne il profilo temporale, il Protocollo in parola è stato firmato il 9 aprile del 2020, ovvero, quasi un mese dopo la firma del Protocollo del 14 marzo 2020. Il Protocollo Fca, pertanto, diversamente da quest'ultimo, si inserisce in un contesto completamente diverso, in cui l'alta percentuale di contagi è destinata a diminuire ed è perciò valutata nell'ottica di una possibile riapertura in sicurezza per evitare irreparabili danni economici.

Questo fattore è determinante perché se il Protocollo del 14 marzo è nato al fine del contenimento del virus, in un contesto di incremento complessivo dei contagi, il Protocollo Fca è nato con la contezza che il numero dei contagi deve sì esser contenuto ma, al tempo stesso, è in fase discendente. Questo ha permesso di indirizzare il contenuto dell'accordo non solo verso il contenimento del Covid-19 ma anche verso la progressiva ripresa dell'attività economica e produttiva nella maniera più efficiente possibile.

Per quanto attiene invece al profilo dell'efficacia, a differenza del Protocollo del 14 marzo, quello del 9 aprile rappresenta il primo esempio di accordo aziendale al tempo del Covid-19. Infine, è da considerare il contenuto di quest'ultimo. Infatti, il testo del 9 aprile 2020 attua un livello di dettaglio delle misure preventive decisamente superiore rispetto a quanto previsto dal Protocollo del 14 marzo[8].

---

[7] V. Speziale, *Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'articolo 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 nell'emergenza Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 83.

[8] Basti pensare al semplice fatto che alla lettera c), l'Accordo Fca stabilisce: "*Una superficie può essere considerata sanificata quando tramite l'utilizzazione di prodotti atti a garantire l'eli-*

2. *Il confine tra obblighi del datore di lavoro e responsabilità dei lavoratori*

In seguito a quanto previsto nel D.P.C.M 11 marzo 2020, tutte le attività produttive del territorio nazionale, ad eccezione di quelle considerate "essenziali", sono state costrette a chiudere per limitare il contagio da Covid-19.

La situazione è cambiata a partire dal 4 maggio 2020, con la cosiddetta Fase 2, in cui è stata prevista una parziale ripartenza degli esercizi commerciali e delle attività produttive nel "*massimo della sicurezza*".

La tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro è sempre stata un punto centrale nella disciplina giuslavoristica. Assicurare le condizioni di lavoro che non siano lesive della salute e sicurezza dei lavoratori deriva da precise indicazioni di carattere costituzionale, ossia dall'art 32 della Costituzione ("*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività […]"*) nonchè dal generale obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro secondo l'art. 2087 c.c.

Gli adempimenti prescritti sono sostanzialmente tre: immediato aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, con la specifica inclusione delle misure da adottare per fronteggiare il rischio pandemico; formazione continua e tracciata di tutto il personale; controllo, effettivo e documentato, nel rispetto delle prescrizioni emanate in tema di sicurezza sul posto di lavoro[9].

Alla luce degli ultimi avvenimenti l'attenzione si è concentrata sulla figura del datore di lavoro. Sia mediante disposizioni governative nei vari D.P.C.M susseguitisi, sia per il tramite delle circolari Inail, i numerosi obblighi previsti dal D.Lgs. 81/2008 sono stati corroborati da una serie di disposizioni di dettaglio volte a contrastare l'emergenza sanitaria. Tra le novità più importanti, sempre nell'ottica del riaprire le attività in sicurezza, sono da menzionare le seguenti:

- attuazione delle misure di distanziamento sociale (privilegiare le riunioni da remoto; tenere conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei locali al fine di garantire la distanza fisica di almeno un metro);
- mettere a disposizione dei lavoratori soluzioni idroalcoliche per il lavaggio delle mani;
- esporre nei bagni le indicazioni ministeriali sul lavaggio delle mani;
- incrementare la frequenza della pulizia delle superfici e degli oggetti condivisi;

---

minazione della presenza di germi, non c'è evidenza di sporcizia, la superficie non è grassa al tocco, non c'è odore sgradevole, un fazzoletto di carta passato sulla superficie mantiene il suo colore originale, l'acqua passata sulla superficie scorre in maniera uniforme". Ulteriore prova del maggior livello di dettaglio è la presenza di rinvii ad ulteriori protocolli per l'individuazione di procedure e prodotti igienizzanti da adottare.

[9] F.M. D'Andrea, *Ripartire con più sicurezza e più formazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 maggio 2020, p. 23.

- distribuzione di dispositivi di protezione individuale (mascherine e guanti monouso);
- garantire sempre un adeguato ricambio d'aria nei locali condivisi.

Pur non dovendo farsi carico dell'applicazione del Titolo X del D.Lgs. 81/2008 sull'esposizione di agenti biologici, il datore di lavoro deve comunque garantire l'applicazione delle misure dettate dalla pubblica autorità. Resta quindi incerta la qualificazione del rischio Covid-19 come un rischio specifico collegato alla prestazione lavorativa. Di conseguenza è anche dubbio se esso sia da trattare, valutare e prevenire ai sensi delle norme di protezione sancite dal D.Lgs. n. 81/2008.

Proprio per evidenziare le grandi responsabilità datoriali, si deve far riferimento a quanto previsto all'interno del decreto c.d. *Cura Italia* (D.L. 17 marzo 2020 n. 18), il quale identifica il contagio da Covid-19 in ambito di lavoro come un infortunio meritevole di ricevere copertura assicurativa dall'Inail. Il datore di lavoro è pertanto soggetto a responsabilità penale e civile, aggravate dalla violazione delle norme antinfortunistiche, laddove non abbia adottato le misure necessarie per prevenire il rischio del contagio, cagionando così la malattia o la morte del lavoratore. L'Inail, infatti, ha precisato nella circolare n. 13 del 3 aprile 2020 che, essendo le malattie infettive e parassitarie pacificamente inquadrabili nella categoria degli infortuni sul lavoro, lo stesso potrà dirsi delle infezioni da Covid-19. Il contagio in occasione di lavoro si qualifica così come un infortunio e, come tale, schiude un potenziale profilo di responsabilità civile e penale per il datore di lavoro che non abbia adottato le misure necessarie a prevenirne il rischio[10].

L'Inail, tuttavia, si è espresso con la circolare n. 22 del 20 maggio 2020, affermando che non sia attribuibile al datore di lavoro la responsabilità per il contagio da Covid-19 dei propri dipendenti a condizione che lo stesso abbia applicato i protocolli di sicurezza emergenziali. Sempre in tal senso, la L. 5 giugno 2020 n. 40 di conversione del c.d *Decreto Liquidità* (D.L. 8 aprile 2020 n. 23), introduce, all'art. 29-bis, una presunzione di adempimento dell'art. 2087 c.c. da parte dei datori di lavoro che osservino ed attuino all'interno dei loro luoghi di lavoro i protocolli emanati dalle parti sociali.

Di conseguenza l'applicazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 costituisce a tutti gli effetti pieno assolvimento degli obblighi, nella specifica materia di cui all'art. 2087 c.c. ed al D.Lgs. 81/2008, e mette al riparo il datore di lavoro da profili di responsabilità civile e penale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 83, D.L. 34/2020, il datore di lavoro ha l'obbligo di rafforzare la sorveglianza sanitaria nei confronti dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio (in ragione dell'età, immunodepressi, lavoratori affetti da patologie oncologiche e altri soggetti caratterizzati da un maggior

[10] G. Briola, C. Capuzzo, *La responsabilità penale del datore di lavoro per contagio da Covid-19,* www.quotidianogiuridico.it.

rischio), anche ove non sia soggetto all'obbligo di nomina del medico competente[11]. Al fine di verificare che siano adottate le adeguate misure di prevenzione, il Ministero del Lavoro può avvalersi del Comando dei Carabinieri per la tutela del lavoro[12].

Al termine del periodo di *lockdown* la grave situazione di difficoltà economica di famiglie e imprese ha indotto il Governo a procedere ad una graduale – ma necessaria e non differibile - riapertura delle attività produttive. In tal senso, lo stesso ha emanato le disposizioni sopra esposte cercando di bilanciare l'interesse alla tutela della salute con quello della tutela del reddito e della libertà d'impresa.

In tal senso, il ruolo del datore di lavoro è stato ed è tutt'ora centrale nei dibattiti e discorsi sulla c.d. "riapertura in sicurezza".

Le misure adottate per il contenimento del virus tuttavia richiedono l'inevitabile cooperazione di ciascun lavoratore. Si pone dunque l'ulteriore tema del confine tra la responsabilità del datore di lavoro e la responsabilità, il senso civico e la coscienza del lavoratore.

Secondo quanto previsto dal D.Lgs. 81/2008, infatti, ciascun lavoratore ha come obbligo quello di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni, conformemente alla formazione e i mezzi forniti dal datore di lavoro.

Da ciò emerge che anche lo stesso lavoratore è tenuto ad assolvere alcuni obblighi fondamentali per tutelare la sua salute e sicurezza e allo stesso tempo quella degli altri. In tal senso si deve leggere l'indicazione di cui all'allegato 4 del D.P.C.M. 26 aprile 2020, ove si stabiliscono nuovi e ulteriori obblighi in capo al lavoratore: indossare la mascherina, sanificare la propria postazione e così via dicendo.

La disciplina da questo punto di vista non è molto ricca di novità a livello normativo. La generale situazione creatasi e le indicazioni scientifiche nonché i dati forniti ogni giorno dalla Protezione Civile, tuttavia, hanno dimostrato la facilità del contagio tra le persone. Pertanto per la "riapertura in sicurezza" un ruolo fondamentale sarà giocato dal senso di responsabilità morale dei lavoratori. Laddove gli stessi dovessero rilevare difficoltà nel gestire gli spazi e nell'indossare i dispositivi di protezione individuale, sarà compito loro denunciare l'impossibilità di "lavorare in sicurezza".

La normativa emergenziale si trova altresì a dover risolvere il problema del bilanciamento tra tutela della salute e tutela della riservatezza. Il medesimo contemperamento di interessi assume rilievo fondamentale in tema di lavoro,

[11] In base all'art. 83 i datori di lavoro su cui non grava l'obbligo di nomina del medico competente secondo il D.L. 81/2008 possono richiedere la sorveglianza ai servizi territoriali Inail i quali provvedono con i propri medici del lavoro.

[12] Art. 100, D.L. 34/2020.

dovendosi coniugare con le particolari tutele fissate per il lavoratore ed i relativi obblighi posti a carico del datore di lavoro.

Il *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, in effetti, si combina in modo complesso con le posizioni assunte da altre autorità in materia, con particolare riguardo al Garante della Privacy.

Il D.P.C.M. 11 marzo 2020 attribuisce alle attività produttive e alle attività professionali l'importante ruolo di implementazione dei protocolli anti-contagio. Si pensi, ad esempio, all'ingresso nei locali: detti protocolli si applicano a qualsiasi soggetto effettui l'accesso nelle sedi aziendali. In tale contesto, i dati necessari ai fini del contrasto e contenimento della diffusione del Covid-19 risultano essere la temperatura corporea e il precedente contatto con i soggetti positivi[13].

Al datore di lavoro è consentito rilevare la temperatura corporea e impedire l'accesso del soggetto che risulti superare la soglia dei 37,5°. Inoltre, vige un vero e proprio obbligo di informazione nei confronti di chi effettui l'accesso nei locali di lavoro, che si concreta nel divieto di ingresso per quei soggetti entrati in contatto con persone risultate positive al Covid-19 nei quattordici giorni precedenti.

L'acquisizione e il trattamento dei predetti dati personali deve avvenire nell'assoluto rispetto del reg. 2016/679 UE del 27 aprile 2016. Per questo motivo, i protocolli interni che stabiliscono la misurazione della temperatura corporea - non obbligatoria ma rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro[14]- richiedono la registrazione del solo dato positivo, che dovrà essere adeguatamente protetto e trattato unicamente dai soggetti a ciò preposti. Tali limitazioni, se esaminate congiuntamente all'obbligo di cancellazione dei dati al termine del periodo emergenziale, determinano la liceità dell'acquisizione e del trattamento dei dati personali del lavoratore. È da sottolineare che l'asserita illiceità del trattamento si scontrerebbe - in ogni caso - con gli obblighi posti dal D.Lgs. 81/2008 a carico del datore di lavoro a garanzia di salute e sicurezza dei propri dipendenti.

Sicuramente più problematica è l'acquisizione e il trattamento di quei dati che riguardano la sfera privata del lavoratore, inclusi spostamenti e contatti interpersonali. A tale riguardo si segnala come la normativa sia piuttosto lacunosa.

Sotto questo profilo, si osserva come i protocolli interni che prevedono scenari specifici in cui si conferiscono i più disparati poteri di indagine, informazione e disposizione in capo al datore di lavoro, siano di attuazione critica se visti in luce della tutela della *privacy*.

---

[13] E. Dagnino, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo, 2020, p. 4.

[14] F. Bacchini, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, pp. 4-5.

3. *L'impatto dell'emergenza nel lavoro agile: riservatezza e controllo*

Il principio espresso dall'art. 115 del Codice della privacy (D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196), secondo il quale il datore di lavoro deve garantire al lavoratore agile il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale, si declina attraverso le modalità del controllo della prestazione[15] previste dall'art. 21, L. 22 maggio 2017 n. 81.

È con riferimento a detta norma, in combinato con l'art. 4, commi 1 e 2 dello Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300), che si registra un apparente cortocircuito normativo.

Sotto il profilo del controllo a distanza, l'art. 4 dello Statuto, così come sostituito dall'art. 23, D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151, precisa al comma 2 che la disposizione di cui al comma 1 non si applichi agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e ai dispositivi di registrazione degli accessi e delle presenze. Si potrebbe, quindi, ipotizzare che gli strumenti fondamentali della prestazione in lavoro agile, il computer e il collegamento con la rete aziendale, possano sfuggire ai limiti del controllo a distanza previsti dal primo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Supponendo ciò, sarebbe ammessa e legittima una forma di controllo[16] della prestazione attraverso il computer utilizzato e il relativo collegamento con la rete aziendale, in quanto non ricadente nell'ambito di operatività dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e della sanzione di cui all'art. 117 del Codice della privacy.

L'art. 21 della L. 81/2017, rubricato *"Potere di controllo e disciplinare"*, dispone al comma 1: "*L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*". Il richiamo all'art. 4, tuttavia, citato *sic et simpliciter*, potrebbe essere vanificato dalla previsione del suo comma 2. È evidente che il collegamento telematico consentirebbe di svolgere un controllo puntuale di ogni singola fase della prestazione lavorativa, ma anche dell'eventuale utilizzo delle attrezzature informatiche a scopi estranei all'ambito della prestazione.

Una lettura contestuale delle norme in argomento, comunque, smentisce tale eventualità. L'obbligo di rispettare la personalità e la libertà morale del lavoratore (art. 115 Codice della privacy) risulta infatti non adempiuto in caso di verifica della prestazione in corso. Inoltre, la previsione dell'articolazione della prestazione "*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*" (art. 18, co. 1, L. 81/2017) dimostra la

[15] S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, p. 6.

[16] G. Di Corrado, *Lavoro agile: anche il potere di controllo del datore diventa smart?,* in *Giustiziacivile.com*, 5, 2018, p. 2.

sostanziale indifferenza dell'istituto del lavoro agile rispetto alla configurazione tradizionale dell'attività lavorativa subordinata quale prestazione di mezzi. Lo *smart working*, infatti, nella tradizionale ripartizione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, sembrerebbe maggiormente assimilabile al secondo.

Ma se così è, che utilità avrebbe per il datore di lavoro il controllo della prestazione lavorativa nell'ambito dell'orario di lavoro quando il suo interesse dovrebbe piuttosto essere rivolto al risultato?

L'apparente cortocircuito normativo, quindi, andrà risolto nell'ambito dell'accordo tra le parti, ma è abbastanza evidente che l'oggetto del controllo sarà condizionato da criteri di *accountability*, cioè del "render conto" del proprio rendimento attraverso i risultati della prestazione o attraverso altri dati quantitativi (numero di clienti contattati, numero di contratti conclusi ecc.). Tuttavia, come è noto, la disciplina emergenziale sul lavoro agile ha fortemente compresso e azzerato la funzione dell'accordo individuale, rimettendo l'accesso e la modalità della prestazione agile alla decisione unilaterale del datore di lavoro. In quest'ottica lo stesso controllo assume un significato che andrà verificato nel tempo, con l'evolversi dell'istituto nella sua concreta applicazione.

4. *Il* contact tracing *e l'applicazione "Immuni": cenni*

Il *contact tracing*[17] tecnologico è il sistema scelto per tracciare i soggetti che sono venuti a contatto con un caso accertato positivo. A tal fine sono stati istituiti otto gruppi di lavoro, su iniziativa del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione (Mid), per studiare soluzioni e implicazioni.

Il gruppo 6 - *Tecnologie per il governo dell'emergenza* - ha individuato diverse opzioni tecnico-organizzative che impattano su salute pubblica e tutela della *privacy*, chiedendo al decisore politico di scegliere tra le principali soluzioni di seguito elencate:

Innanzitutto, è stato richiesto di individuare la *policy* per le tecnologie di *contact tracing* tra le seguenti:

a) Solo tecnologie di prossimità senza geolocalizzazione (*Bluetooth-LE*) come da modello europeo proposto da PEPP-PT (*Pan-European Privacy Preserving Proximity Tracing*). Vantaggi: migliore protezione dei dati grazie a codici identificativi univoci che contraddistinguono le installazioni delle applicazioni, resi sufficientemente anonimi, in aderenza al modello PEPP-PT. Svantaggi: minore copertura di situazioni con bassa presenza di *device* abilitati, mancata indicazione di luoghi di possibile contaminazione ambientale da sanitizzare.

[17] Il *contact tracing* o tracciamento dei contatti è un'azione di sanità pubblica finalizzata alla prevenzione e al contenimento della diffusione di malattie infettive, consistente nell'individuazione di persone potenzialmente infette attraverso la rilevazione dei contatti avuti con persone contagiate.

b) *Bluetooth-LE* + *GPS* e/o altre tecnologie che consentano la geolocalizzazione (solo dei singoli punti di potenziale contagio, non dei percorsi personali, con criptazione dei dati e dietro *opt-in* informato). Vantaggi: maggiore copertura rispetto alla base di *smartphone* diffusi in Italia ed Europa, maggiore potenziale per l'identificazione di luoghi da sanitizzare. Svantaggi: uso di informazioni riconducibili a dati di carattere personale (posizione del *device*).

In secondo luogo, il gruppo 6 ha proposto le seguenti *policy* da applicare per allertamento a seguito di contagio:

a) Procedura manuale e volontaria: (come da modello PEPP-PT) questa opzione prevede un'autorizzazione esplicita e un'azione tecnica da parte del cittadino (foto di un codice QR o immissione di un codice rilasciato dall'autorità sanitaria in caso di test positivo al virus) affinché la propria storia dei contatti anonimizzati venga trasmessa ai server delle autorità e quindi consenta di avviare il processo di allerta. Vantaggi: i dati sui contatti risiedono solo sul *device* del soggetto. Svantaggi: maggior rischio di malfunzionamenti nella procedura di invio dati, nonché di mancato adempimento spontaneo e/o di ritardo temporale nell'adempimento da parte del cittadino, con l'effetto di ridurre l'efficacia del *contact tracing*.

b) Procedura pre-autorizzata automatica: la seconda opzione prevede che la lista dei contatti anonimizzati sia a disposizione dell'autorità sanitaria, con preautorizzazione concessa dal cittadino al momento dell'installazione della *app*. Vantaggi: massima tempestività ed efficacia del processo di allertamento dei contatti. Svantaggi: i dati dei contatti risiedono sui server dell'autorità pubblica, con i rischi caratteristici della centralizzazione di una base dati, mitigabili con opportune soluzioni tecnologiche.

Da ultimo, sono state individuate le seguenti *policy* alternative da applicare per garantire l'*enforcement* delle azioni di carattere sanitario:

a) Procedura volontaria: questa opzione prevede che i contatti esposti al rischio di contagio rimangano non identificati (quindi non conosciuti alle autorità sanitarie) e che pertanto essi si assoggettino spontaneamente ai provvedimenti di contenimento indicati nel messaggio di allertamento inviato al loro *device*. Vantaggi: maggior protezione dei dati personali, anche dopo un possibile allertamento sul rischio di contagio. Svantaggi: maggiori rischi di mancata adesione e/o di ritardo temporale nell'adesione alle misure di contenimento da parte del contatto allertato, con l'effetto di ridurre l'efficacia del *contact tracing*.

b) Procedura proattiva: questa opzione prevede (come da corrente prassi di *contact tracing* manuale su linee guida OMS/ECDC) che l'autorità sanitaria richieda e ottenga l'identificazione nominale da parte dei soggetti destinatari dei messaggi di allertamento a seguito di avvenuto contatto con pazienti positivi, prevedendo opportune sanzioni per le eventuali inadempienze. Vantaggi: massima tempestività ed efficacia delle azioni di contenimento dei contatti esposti a potenziale trasmissione del contagio, migliore *compliance* attesa. Svantaggi:

raccolta di dati dell'*app*, a priori ed indipendentemente dal processo di *contact tracing*, necessità di opportuna comunicazione e coinvolgimento dei cittadini.

Il gruppo 8, denominato "*Profili giuridici della gestione dei dati connessa all'emergenza*", analizza *l'app Immuni* descrivendone il funzionamento e il trattamento dei dati. I dati inerenti allo stato di salute vengono memorizzati ed elaborati soltanto in locale senza essere associati ad un'identità o a dati anagrafici. L'applicazione è basata sulla tecnologia *Bluetooth LE*, che consente il *contact tracing* basandosi su una serie di ID temporanei non associati all'utente (la geolocalizzazione non è prevista, ma può essere implementata). È presente una funzione di *alerting* che permette all'utente, su sua iniziativa o su richiesta dell'autorità sanitaria, di inviare una copia del database locale (contenente gli ID crittografati con i quali è entrato in contatto) ad un server remoto. L'operatore sanitario potrà poi procedere ad inviare notifiche *push,* con opportuni messaggi, ai dispositivi che si siano trovati in prossimità con quell'utente, senza rendere noti i dati personali dei destinatari. Per eseguire queste operazioni, l'operatore sanitario fornirà un codice da inserire nell'applicazione che permetterà l'invio dei dati in remoto (*dump*). Si evidenzia che la geolocalizzazione porterebbe ad un rischio per la libertà e gli interessi degli utenti, diventando un disincentivo all'adozione volontaria. Nella conclusione del rapporto, il gruppo raccomanda di effettuare test di sicurezza informatica prima del rilascio in quanto non è stata fornita documentazione in merito alla *cyber-security* e altre misure di sicurezza informatica.

L'applicazione *Immuni* è stata scelta dal Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 in data 16 aprile 2020 con ordinanza n. 10. Il sistema è operativo dal mese di giugno ed il Governo lo ha regolamentato attraverso D.L. 30 aprile 2020, n. 28, una volta acquisito parere positivo dal Garante per il trattamento dei dati personali il 29 aprile 2020. In particolare, nell'art. 6 del D.L 28/2020, viene individuato il titolare del trattamento dei dati personali nel Ministero della sanità e viene espressamente indicato l'uso dei dati esclusivamente per fini di sanità pubblica, profilassi, statistica o di ricerca scientifica. L'uso dell'applicazione sarà solo su base volontaria. L'utente è informato, in modo chiaro e trasparente, sul trattamento dei dati personali prima dell'attivazione dell'applicazione. L'informativa contiene anche le tecniche di pseudonimizzazione[18] utilizzate e i tempi di conservazione dei dati. I dati personali raccolti dall'applicazione sono esclusivamente quelli necessari ad avvisare l'utente di essere entrato in contatto stretto con persone accertate positive al Covid-19, oltre al fine di agevolare l'assistenza sanitaria dello stesso. Viene specificato

[18] La pseudonimizzazione comporta il trattamento dei dati personali in modo tale che gli stessi dati non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile.

che il sistema si basa su dati di prossimità con altri dispositivi (esclusa la geolocalizzazione) e come questi vengano resi anonimi o pseudonimizzati e salvati anche sui dispositivi mobili. Infine, tutti i dati tratti devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi entro il 31 dicembre 2020, mentre l'utilizzo della piattaforma e dell'applicazione è previsto fino a fine emergenza.

La fonte giuridica che rende legittimo l'utilizzo di questo strumento è il reg. 2016/679/UE, il quale autorizza, in via derogatoria, il trattamento dei dati personali "*per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica*" (art. 9, paragrafo 2). Su questa linea si ritrova la stessa legittimazione nel D.Lgs. 196/2003 e nel più recente D.L. 18/2020.

Strumenti di *contact tracing* potrebbero essere utilizzati anche in ambienti lavorativi per individuare la diffusione del virus. Ferrari s.p.a., ad esempio, ha annunciato l'intenzione di voler utilizzare anche sistemi di *contact tracing* tecnologici, per implementare le misure di sicurezza già predisposte in relazione all'emergenza. Un tale sistema di controllo potrebbe essere paragonato ai *wearable device* e quindi rientrare negli "*altri strumenti*" di controllo a distanza di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Ferrari intende utilizzare questo strumento per fornire assistenza medica ai dipendenti, ai loro familiari e ai fornitori. Un'inedita forma di controllo che non si limita ai luoghi di lavoro e coinvolge non solo dipendenti e fornitori, ma anche il contesto familiare[19].

Come da parere del Garante per il trattamento dei dati personali, la piattaforma per il tracciamento elettronico rispetta tutte le norme vigenti in materia di *privacy* e risulta coerente con le Linee guida 4/2020 adottate il 21 aprile 2020 dal Comitato europeo per la protezione dei dati. Si può concludere che l'applicazione sarà gestita nel rispetto delle regole in tema di *privacy*, allo scopo di acquisire le informazioni strettamente necessarie ai fini del contenimento dell'epidemia. Mentre restano ancora dubbi sul funzionamento dell'applicazione e che potrebbero incidere sulla sua efficienza ed efficacia. Questi profili critici, come osservato dal gruppo 6, impattano su salute pubblica e tutela della *privacy* e sono sintetizzati nella relazione per cui "*maggiore è la tutela della privacy, minore è l'efficienza dello strumento e viceversa*". Ma se così è, ci costerebbe tanto rinunciare a parte della nostra *privacy* in favore di un fine che è la salute pubblica, quando non abbiamo nessun problema a concedere l'accesso ad una infinità di nostri dati sensibili, ogni giorno, ad organizzazioni globali private?

[19] L. D'Arcangelo, *Contact Tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nei rapporti di lavoro)*, in *Giustiziacivile.com*, 8 maggio 2020, p. 2.

5. *Considerazioni conclusive*

A tutt'oggi la situazione che si presenta ai cittadini è caratterizzata sicuramente dall'incertezza, non solo dal punto di vista lavorativo, ma anche da tutto ciò che riguarda la vita dei lavoratori sotto tanti profili. In primo luogo, la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori deve essere garantita in modo globale anche in relazione alle connessioni con gli aspetti della *privacy*, in conformità con quanto prescritto a livello europeo dal reg. 2016/679/UE, dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (art. 16) e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 8).

Nel corso dell'attuale pandemia da Covid-19 il diritto alla riservatezza di ogni persona fisica risulta chiaramente indebolito in ragione della tutela di interessi superiori, in particolare:

> per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale[20].

Proprio per questo motivo, è importante che il dibattito sulla protezione dei dati personali nei prossimi mesi sia sempre presente e costante, in modo da garantire ai cittadini il più alto livello di protezione possibile, non solo dal virus stesso, ma anche dall'uso improprio di dati personali.

Pensando più concretamente alla situazione delle aziende in un futuro prossimo, non si può che parlare di incertezza. Di fronte ad un periodo storico senza precedenti, potranno vedersi i risultati delle misure adottate soltanto nei prossimi mesi.

Al fine di identificare le attività produttive che gradualmente potrebbero garantire un'adeguata sicurezza per i lavoratori e allo stesso tempo la sostenibilità complessiva delle politiche di contrasto all'epidemia, si ritiene che si debbano prendere in considerazione i seguenti fattori: l'analisi del processo lavorativo nell'ottica del distanziamento sociale fra i lavoratori; il rischio di contagio connesso con la tipologia di attività specifica; il coinvolgimento di terzi nei processi lavorativi e il rischio di aggregazione sociale.

Si tratta di aspetti che sono e saranno sicuramente funzionali a coniugare l'esigenza del contenimento del virus con quella di una necessaria ripresa delle attività economiche. Ciò che però suscita preoccupazione è l'impatto, anche

[20] Art 9, co. 2, lett. i), reg. 2016/679/UE.

futuro, di queste misure eccezionali sugli istituti del diritto del lavoro terminata l'emergenza sanitaria.

Fino a quando non si potrà avere la certezza che la situazione sarà sotto controllo, grazie alla scoperta di un vaccino, è certo che la vita dell'impresa non potrà essere la stessa che abbiamo finora conosciuto.

Qualora la situazione emergenziale dovesse prolungarsi nel tempo, l'utilizzo di nuovi strumenti sui luoghi di lavoro (quali una rivalutazione dell'orario di lavoro; il divieto di assembramenti; una nuova concezione del *layout* degli spazi di lavoro e lo *smart working*) non potranno essere facilmente abbandonati.

In ogni caso, sarà necessario tornare ad una "nuova" normalità. "Nuova" dal momento che si spera la pandemia porti con sé una generale volontà, del singolo individuo come quella di tutti gli stati della comunità internazionale, di modificare lo sviluppo economico e allo stesso tempo contrastare fenomeni epidemici. Per questo motivo il legislatore, attento anche agli sviluppi della ricerca scientifica di contenimento del virus, dovrebbe promuovere un diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro capace di creare condizioni, tanto per le organizzazioni pubbliche quanto per quelle private, che vadano ad ampliare il quadro del D.Lgs. 81/2008[21].

In tal senso, sarebbe auspicabile adottare un approccio di genere nella valutazione e misurazione preventiva dei rischi connessi all'attività lavorativa. Va ricordato l'art. 28 del medesimo decreto che prevede, in attuazione di indicazioni di stampo europeo, una concezione non neutra di salute e sicurezza, in relazione al fatto che la probabilità di verificarsi di un evento lesivo non dipenda solo dal tipo e dall'entità dell'esposizione al rischio, ma anche dalle condizioni dei soggetti esposti[22].

In conclusione, ci si augura che la ripresa delle attività produttive avvenga nel rispetto delle nuove prescrizioni e dei protocolli, con il presupposto che la salute nei luoghi di lavoro debba essere tutelata *sempre,* come "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"* (art. 32 Cost.).

[21] C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto alla salute e della sicurezza sul lavoro*: *primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2020, p. 143.

[22] C. Lazzari, *Sicurezza sul lavoro Covid-19*. *Appunti per una prospettiva di genere*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2020, p. 10.

SOSTEGNO ALLE IMPRESE E AI LAVORATORI TRA AMMORTIZZATORI SOCIALI E LAVORO AGILE AL TEMPO DEL COVID-19

LUCA DE ROSA, FRANCESCA GUARRERA, CRISTINA MAVILIA, LISA PIZZO, LORENZO SAVARIN, ELISA SOŠIĆ

1. *Premessa*

A seguito dell'emergenza sanitaria dichiarata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (Oms) e degli episodi di diffusione del virus che si sono verificati nel nostro Paese, sono state adottate dal Governo disposizioni di urgenza con il D.L. 17 marzo 2020, n. 18 recante «misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse dall'emergenza epidemiologica da Covid-19» (in seguito, Decreto *Cura Italia* o D.L. n. 18/2020) e precedentemente, nonché successivamente, diversi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Per ultimo è stato emanato, in data 19 maggio 2020, il decreto legge n. 34 (c.d. Decreto *Rilancio*).

Vista la natura eccezionale e la necessità di un intervento rapido, pare di poter cogliere come tratto caratterizzante di queste misure un *trend* che si sostanzia in un deciso intervento statale su diversi istituti del diritto del lavoro, interferendo però anche sulla struttura e sul funzionamento di essi. Per quanto riguarda le singole fattispecie, nel lavoro agile è stata sacrificata l'autonomia contrattuale e l'accordo individuale. Inoltre, anche nella gestione della cassa in deroga si marginalizza fortemente la partecipazione degli attori sindacali.

Da una diversa prospettiva, però, si rileva che le nuove misure si connotano per una maggiore ampiezza del sostegno garantito dallo Stato ai lavoratori medesimi, ampliando il campo di applicazione di alcuni istituti (es. cassa integrazione) ed estendendo le misure di sostegno al reddito ad una più ampia platea di beneficiari, come è avvenuto, a titolo esemplificativo, per i congedi e per le misure a sostegno dei lavoratori e delle imprese.

2. *Il lavoro agile covid-19: un nuovo modello?*

Nel corso di questi ultimi mesi l'evoluzione dell'epidemia da Covid-19 ha modificato lo svolgersi dei rapporti sociali e lavorativi, richiedendo vari interventi normativi.

Il primo provvedimento al riguardo è il D.P.C.M. 23 febbraio 2020 che, nel rispetto della L. n. 81 del 22 maggio 2017, artt. 18-23, all'articolo 3 prevede l'utilizzo del lavoro agile, la cui finalità è quella di garantire la continuità del lavoro stesso; inizialmente circoscritto alle zone rosse, a seguire è stato esteso a tutta Italia. I D.P.C.M. 8, 9 e 11 marzo 2020 segnano un'ulteriore evoluzione della finalità del lavoro agile nella decretazione di emergenza: il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 rimanda a quanto disposto dalla legge del 2017; il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 sancisce la doverosità dell'utilizzo dello *Smart Working* per le attività che lo consentono.

Nella disciplina del lavoro agile, debole e parziale è stato il coinvolgimento delle OO.SS., per cui la tutela del lavoratore è stata lasciata, spesso, all'arbitrio del datore di lavoro, specie nel settore privato.

Il protocollo sottoscritto lo scorso 3 aprile tra il Ministero per la Pubblica Amministrazione e le OO.SS. Cgil, Cisl e Uil ha previsto la possibilità di utilizzare questo periodo di emergenza per la formazione da remoto, nei casi in cui il lavoratore non possa essere impegnato nel lavoro agile e non possa usufruire delle ferie maturate, per migliorare la qualificazione e l'aggiornamento di molti dipendenti.

Tanto nel lavoro pubblico quanto in quello privato, il lavoratore ha degli obblighi ben precisi, esplicitati nei vari D.P.C.M. e nei provvedimenti regionali. Il lavoratore agile è responsabile per l'uso improprio dei dispositivi tecnologici che gli sono stati assegnati, risponde per la violazione delle direttive aziendali contenenti le indicazioni sul corretto utilizzo di tali mezzi ed è anche responsabile della riservatezza dei dati aziendali.

Egli dovrà adottare tutte le misure di prevenzione necessarie, stabilite dal datore di lavoro, per evitare i rischi collegati allo svolgimento della prestazione lavorativa. Il lavoratore, nel settore privato, è tenuto anche ad assicurare che nessun soggetto estraneo possa avere accesso ai dati dell'azienda e dovrà essere sempre reperibile per il datore di lavoro, telefonicamente oppure in videoconferenza, negli orari di lavoro.

Di solito la modalità di lavoro agile si sottoscrive per una migliore conciliazione vita-lavoro, ma può anche essere utilizzata per facilitare l'accesso al lavoro a persone con disabilità.

Sia nel pubblico impiego sia nel settore privato l'art. 39, co. 1, D.P.C.M. 30 aprile 2020, fa riferimento all'applicazione del lavoro agile ai lavoratori disabili e a coloro che, all'interno del nucleo familiare, abbiano una persona con disabilità (legge n. 104 del 5 febbraio 1992).

Inoltre, l'art. 24, co. 1, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, prevede che «il numero di giorni di permesso retribuito coperto da contribuzione figurativa […] è incrementato di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile 2020». La norma determina una mera estensione temporale del godimento del beneficio, non mutandone la configurazione giuridica e la conseguente portata applicativa[1]. Tale ampliamento attiene anche all'ipotesi in cui il beneficiario, lavoratore dipendente, sia esso stesso il destinatario dell'assistenza fornita[2].

Sia per il lavoratore pubblico che per quello privato è prevista la tutela in caso di infortuni e malattie professionali secondo le modalità stabilite dall'Inail (Circolare n. 48/2017). Per gli infortuni sul lavoro la tutela è garantita se l'infortunio è occorso nei locali aziendali e/o durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello lavorativo.

La legge non fissa una fascia di reperibilità, ma soltanto il diritto di disconnessione. Questa fattispecie, infatti, viene lasciata alla disciplina dei contratti individuali che, nonostante dovrebbero regolamentare sia gli orari di disconnessione che la fascia di reperibilità, nella maggior parte dei casi definiscono unicamente gli orari del diritto di disconnessione con ricadute sulla salute psico-fisica del lavoratore.

Come già evidenziato, il D.L. n. 34/2020 continua a ritenere il lavoro agile la modalità di lavoro ordinaria per le pubbliche amministrazioni. È noto come nei settori della pubblica amministrazione prevalgano le lavoratrici donne[3]. Ciò può comportare un maggiore impatto negativo sulla salute delle lavoratrici, in quanto esse si ritrovano a dover conciliare due ambiti di vita, quello lavorativo e quello familiare, senza la possibilità di poter separare le due realtà.

Si pone altresì il problema dell'eventuale stato di malattia[4] di un lavoratore pubblico adibito a servizio indifferibile. Si ritiene che l'amministrazione non possa disporre una verifica sulla diagnosi di malattia in cui versi il lavoratore disposta dal medico curante. È competenza di quest'ultimo verificare e diagnosticare l'eventuale sussistenza di sintomi da Covid-19 manifestati dal lavoratore,

---

[1] L. Tamassia, A.M. Savazzi, *La richiesta di aiuto degli enti chiamati ad applicare le norme anti-pandemia*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 9 aprile 2020.

[2] La circolare Inps n. 45 del 25 marzo riconosce espressamente la fruibilità di tale estensione temporale del permesso anche a beneficio dello stesso lavoratore disabile: "il lavoratore disabile che assiste altro soggetto disabile, potrà cumulare, per i mesi di marzo e aprile 2020, i permessi a lui complessivamente spettanti (3+3+12) con lo stesso numero di giorni di permesso fruibili per l'assistenza all'altro familiare disabile (3+3+12)".

[3] A. Coveri, M.G. Montesano, "*Perché la pandemia non ci rende tutti uguali*", in *www.ingenere.it*, 26 marzo 2020.

[4] L. Tamassia, A.M. Savazzi, *Ancora dubbi ed incertezze degli enti sull'applicazione di norme ed istituti introdotti dalla legislazione d'urgenza*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 6 aprile 2020.

attivando, in caso di accertamento positivo, il protocollo medico-sanitario previsto per queste particolari circostanze.

Per quanto concerne le modalità di applicazione del lavoro agile, l'art. 3 del D.P.C.M. 23 febbraio 2020 sancisce che esso deve essere applicato «[…]ad ogni rapporto di lavoro subordinato […]».

Il datore di lavoro ha, quindi, l'obbligo di garantire, ove possibile, l'attivazione del lavoro agile, prima di poter prendere in considerazione altri tipi di strumenti, che restano assoggettati alla richiesta del lavoratore. Resta inteso che la disciplina d'emergenza permette l'applicazione degli istituti previsti: il datore di lavoro, garantendo le effettive misure di sicurezza, può applicare il lavoro da remoto solo se ciò sia tecnicamente[5] possibile. Il datore di lavoro, dovendo applicare ad ogni rapporto di lavoro subordinato il lavoro agile, supera e, di fatto, rende inefficaci le clausole dei contratti collettivi applicabili allo specifico rapporto che non permettono l'applicazione di tale modalità a causa di particolari criteri di anzianità o di specifici contratti di lavoro. Quindi il datore di lavoro si ritrova a dover applicare una disciplina non omogena, che non ricopre tutte le fattispecie e non tutela al massimo il lavoratore.

Secondo la L. n. 81/2017, il datore di lavoro è tenuto a fornire gli strumenti tecnologici per svolgere la prestazione di lavoro in modalità "agile", allo stesso modo, però, il D.L. n. 18/2020 stabilisce che possano essere utilizzati strumenti informatici nella disponibilità del dipendente, qualora non siano forniti dall'amministrazione. Alla luce di ciò, non è azzardato ritenere che a seguito di questa emergenza le amministrazioni pubbliche, in futuro, potrebbero dover richiedere, come criterio di selezione nell'ambito delle procedure selettive, la disponibilità e la capacità di svolgere la prestazione di lavoro anche in modalità agile.

In ogni caso, il D.L. n. 18/2020 rileva che le amministrazioni pubbliche non possono tenere sul luogo di lavoro un dipendente per la cui prestazione lavorativa non sia indispensabile[6] la presenza sul luogo di lavoro[7]. Inoltre, l'art. 87 chiama in causa i dirigenti e i responsabili dei servizi, sancendo che sono tenuti

---

[5] Per "tecnicamente" si può far riferimento alla strumentazione utile al lavoratore, alla facilità o meno di collegamento, ad una logistica adeguata, all'utilizzo di soluzioni "*cloud*" per agevolare l'accesso condiviso a dati, informazioni e documenti, all'uso di strumenti per la partecipazione a riunioni di lavoro, insomma ad un contesto operativo tale da permettere una performance lavorativa ottimale.

[6] L. Tamassia, A.M. Savazzi, *I dubbi delle amministrazioni pubbliche sull'applicazione della normativa emergenziale*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 8 aprile 2020.

[7] Il dipendente può non recarsi sul posto di lavoro senza temere sanzioni giacché di fronte all'inadempimento del datore di lavoro del suo obbligo di motivare la ragione della sua presenza fisica (che costituisce un'eccezione), può opporre una eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c. rifiutandosi di lavorare in una situazione di pericolo riconosciuta dalla legge. Inoltre, l'art. 2087 c.c., applicabile ai lavoratori sia pubblici che privati, impone

all'elencazione delle attività[8] che ritengono indifferibili e che quindi richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro. I datori di lavoro devono altresì esprimersi nella formulazione di un piano di lavoro, concernente l'organizzazione dell'attività da remoto e l'assegnazione di obiettivi da raggiungere. L'art. 87 si pone nel più ampio contesto delle scelte gestionali rimesse al dirigente laddove impone l'utilizzo di una serie di strumenti (ferie pregresse[9], congedo, banca ore, rotazione) per distanziare i lavoratori qualora il lavoro agile non sia possibile, fino ad arrivare all'*extrema ratio* dell'esenzione dal servizio[10].

Con il D.L. n. 34/2020 si sancisce, all'art. 263, co. 3, che le pubbliche amministrazioni debbano assicurare «adeguate forme di aggiornamento professionale alla dirigenza». L'attuazione di queste misure è valutata ai fini della *performance*.

In generale la legge sul lavoro agile, specie nel settore privato, valorizza molto l'accordo individuale, dando più flessibilità organizzativa alle imprese e ai lavoratori.

Nell'attuale situazione di emergenza l'art. 3, comma 1, del D.P.C.M. 23 febbraio 2020 fa riferimento all'obbligatorietà dell'applicazione del lavoro agile anche «[…] in assenza di accordi individuali».

In seguito, il D.L. n. 18/2020 stabilisce sia che «il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni» sia che il ricorso a tale modalità di lavoro possa essere attuata prescindendo dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi.

Con la conseguenza che, come è stato rilevato in dottrina[11],

> […] in assenza di tali specificazioni la disciplina applicabile nel regime emergenziale riguardo a questioni quali, ad esempio, l'orario di lavoro, i controlli e il potere direttivo, sarà ricostruibile unicamente alla stregua delle scarne norme legislative. In altri termini, l'effetto dei decreti governativi non è quello di sovvertire i fondamenti concettuali dell'istituto del lavoro agile, ma quello più circoscritto di semplificare e velocizzare sul piano della forma e dell'avvio di tale modalità di esecuzione del rapporto in conformità alle esigenze dettate dalla eccezionale situazione esterna.

---

l'adozione di misure che "[…] sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

[8] D. D'Alfonso, C. Ziggiotto, *Ai dirigenti la decisione sulle attività indifferibili che vanno oltre i servizi essenziali*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 6 aprile 2020.

[9] La circolare n. 3/2020 specifica che il concetto di "ferie pregresse" comprende sia quelle arretrate che quelle maturate, comprese quelle del 2020.

[10] R. Schiavone, *Le novità della normativa emergenziale del DL 18/2020 in materia organizzativa, finanziaria e tributaria*, Videoseminari Anutel, in *anutel.it*, 20 marzo 2020.

[11] Cfr. S. Bini, *Lo* smart working *al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, p. 11 ss.

Pertanto, la dottrina ha sollevato molti dubbi sul fatto che il rapporto di lavoro subordinato privato possa essere modificato anche in assenza di un accordo individuale attribuendo così al datore di lavoro poteri unilaterali, compromettendo quindi la tutela del lavoratore.

L'essenza dell'istituto così disciplinato risulta stravolta: infatti il datore di lavoro applica il lavoro agile, non concordando orari, diritto di disconnessione, potere di controllo e direttivo.

Anche a seguito del D.L. n. 34/2020 si può prescindere dall'accordo individuale per l'applicazione della modalità agile e si introduce un diritto allo svolgimento del lavoro in modalità agile in favore dei genitori di figli minori di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario o che non vi sia genitore non lavoratore. Affinché il genitore possa usufruire della modalità agile, il datore di lavoro del settore privato dovrà comunicare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali i nominativi dei lavoratori e la data di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile[12].

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha emanato il 1° marzo 2020 un altro decreto che interviene sulle modalità di accesso al lavoro agile, confermate dal Decreto 4 marzo 2020 e dal D.P.C.M. 11 marzo 2020 che introduce la possibilità di "massimo utilizzo" del lavoro agile, consentendo al datore di lavoro di sfruttare tale fattispecie per contenere il diffondersi del virus nei luoghi di lavoro e quindi nell'ottica della tutela della salute pubblica. L'articolo 1, n. 7, lett. b) del D.P.C.M. 11 marzo 2020 raccomanda che siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva, qualora non sia possibile applicare il lavoro da remoto.

Nasce qui un dubbio in relazione all'uso disinvolto delle ferie, nel settore privato, per gestire l'emergenza, dal momento che le ferie rappresentano un diritto costituzionalmente tutelato (art. 36 Cost.) necessario per consentire il ristoro fisico e psicologico del lavoratore. Ci si domanda come possa esservi ristoro fisico e psicologico del lavoratore, se questi è costretto, in base alle restrizioni alla libera circolazione, a rimanere nella propria abitazione per effetto dei numerosi provvedimenti restrittivi emanati al riguardo.

Per i dipendenti pubblici non impegnati nel lavoro agile, non utilizzati nello svolgimento di attività indifferibili (che quindi richiedono la presenza negli uffici) e che hanno utilizzato tutte le ferie pregresse, i riposi compensativi, la banca delle ore ed i congedi previsti dalla normativa e dai contratti, può essere utilizzata la formazione da remoto in alternativa e prima del collocamento in esenzione[13].

---

[12] D.L. n. 34/2020.

[13] A. Bianco, *Formazione da remoto in alternativa al collocamento in esenzione*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 7 aprile 2020.

L'art. 87, comma 3, del D.L. n. 18/2020 stabilisce che per i casi di dipendenti non assegnabili né ad attività da svolgere in presenza né a mansioni che si prestino al lavoro agile si consente l'esenzione dal servizio. La circolare della Funzione Pubblica n. 2/2020 evidenzia che questa è una *extrema ratio* da motivare puntualmente. L'esenzione deve essere disposta senza ripercussioni sulla retribuzione dei dipendenti esentati e «senza che l'istituto incida negativamente ai fini della valutazione e dell'erogazione del trattamento accessorio».

Con l'emanazione del D.L. n. 34/2020 le amministrazioni pubbliche hanno dovuto adeguare l'art. 87 del D.L. n. 18/2020 organizzando, fino al 31 dicembre 2020, il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro.

3. Oltre il lavoro agile: gli strumenti a tutela della conciliazione vita/lavoro

Nell'eventualità in cui il ricorso al lavoro agile non sia possibile, a causa dell'incompatibilità con la prestazione lavorativa o a causa dell'impossibilità stessa del datore di lavoro o del lavoratore, sono previsti altri strumenti di supporto ai lavoratori con il fine di tutelare l'impiego pubblico o privato[14].

Il ricorso a tali strumenti ha anche lo scopo di evitare gli spostamenti non necessari, così come specificato dall'art. 1, n. 7, lett. b) del D.P.C.M. 11 marzo 2020, il quale dispone che vengano incentivate «le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva».

L'obbiettivo di queste misure infatti è proprio quello di assicurare un supporto economico ai cittadini e alle imprese che affrontano problemi di liquidità finanziaria e di «fronteggiare gli effetti negativi determinati sulle attività economiche dalle misure di prevenzione e contenimento del COVID-19»[15].

A fronte dell'emergenza dovuta al COVID-19, il Decreto Cura Italia ha dato origine a nuovi strumenti a tutela dei lavoratori anche per quanto riguarda l'orario di lavoro, descritti nello specifico dalle disposizioni del Titolo II, Capo II.

In seguito alla sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine, l'art. 23 del Decreto Cura Italia introduce un congedo e un'indennità straordinari indirizzati a diverse categorie di genitori lavoratori con bambini di età inferiore ai 12 anni o, secondo il co. 5, anche maggiore di 12 in caso di «figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, della legge n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale». I lavoratori dipendenti nel settore privato hanno diritto a fruire del congedo per un periodo continua-

[14] L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 153.

[15] P. Rivetti, *Bonus per imprenditori autonomi e dipendenti*, in *Eutekne Schede di Aggiornamento,* 23 marzo 2020, p. 1.

tivo o frazionato non superiore ai 15 giorni e per il quale viene riconosciuta un'indennità pari al 50 per cento della retribuzione. Con il Decreto Rilancio questo strumento viene aumentato ad un massimo di 30 giorni. Qualsiasi periodo di congedo parentale, cui agli artt. 32 e 33 del D.L. 26 marzo 2001, n. 151, utilizzato in data successiva al 5 marzo, verrà convertito nel congedo straordinario previsto dal decreto Cura Italia. Per i lavoratori iscritti alla Gestione separata di cui all'art. 2 co. 26 della legge 8 agosto 1995, n. 335, il congedo ha uguale durata e prevede un'indennità, «per ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50 per cento di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità».

Infine, per i genitori lavoratori autonomi iscritti all'Inps, l'indennità «è commisurata, per ciascuna giornata indennizzabile, al 50 per cento della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro autonomo svolto».

Il congedo è concesso alternativamente ad entrambi i genitori, fino al raggiungimento complessivo di 15 giorni, 30 dopo il Decreto Rilancio. Tale possibilità è subordinata alla condizione che all'interno del nucleo familiare «non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore».

Inizialmente il periodo di fruibilità del congedo doveva terminare il giorno 3 aprile 2020, data poi prorogata al 13 aprile con D.P.C.M. del 1° aprile 2020. Il messaggio dell'Inps n. 1648 del 16 aprile 2020 proroga ulteriormente la data di termine entro il quale è possibile presentare la domanda, data nuovamente prorogata al 31 luglio dal Decreto Rilancio.

Secondo l'art. 23, co. 7, il congedo e l'indennità possono essere estesi ai genitori affidatari di minori che rispettino i requisiti di assegnazione. È l'Inps a determinare le modalità operative attraverso le quali è possibile fare richiesta per il congedo. L'ente stesso ha il compito di raccogliere le domande e comunicarne le risultanze al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Ministero dell'economia e delle finanze. I benefici erogabili non possono oltrepassare il limite complessivo di 1.261,1 milioni di euro, aumentato a 1.569 milioni dal Decreto Rilancio. I congedi e i permessi qui trattati dovranno poi transitare attraverso il Libro Unico del lavoro obbligatorio ai sensi dell'art. 39 del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008[16].

Al contrario della disciplina del congedo parentale ordinario, regolata dal D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, il permesso straordinario ha la stessa durata sia per la madre che per il padre. Inoltre, a seguito della riforma dell'art. 34 T.U., ad opera del D.Lgs. n. 80/2015, nel congedo ordinario l'indennità giornaliera

[16] G. Nobis, *Libro unico del lavoro alla prova del decreto Cura Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 aprile 2020.

prevista è pari al 30% solo fino al sesto anno di vita del bambino. Nel congedo straordinario l'età prevista è di 12 anni.

L'art. 23, co. 6, del Decreto Cura Italia introduce un'ulteriore opzione in caso di genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli di età compresa tra i 12 e 16 anni. Questa opportunità è concessa alle medesime condizioni del congedo precedentemente visto. In questo caso non v'è corresponsione di indennità, né il riconoscimento di contribuzione figurativa. Il divieto di licenziamento, così come il diritto alla conservazione del posto di lavoro sono misure adottate per tutelare i lavoratori che volessero usufruire di questo congedo a causa delle difficoltà nel gestire la situazione familiare e quella lavorativa allo stesso tempo.

Per i dipendenti del settore pubblico, il congedo può essere fruito per tutto il periodo della sospensione dei servizi educativi e mantiene le caratteristiche previste per i lavoratori dipendenti del settore privato. L'erogazione di tale prestazione è curata dalla pubblica amministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro.

Secondo l'art. 2 della circolare n. 44/2020 dell'Inps, il *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* si origina come alternativa alla fruizione del congedo straordinario. Tale prestazione è fruibile anche dai lavoratori autonomi non iscritti al suddetto ente, previa comunicazione relativa al numero dei beneficiari da parte delle rispettive casse previdenziali direttamente all'Inps. L'ammontare del bonus è pari ad un massimo di 1200 euro[17], a prescindere dalla numerosità del nucleo familiare. L'art. 72 co. 1 del Decreto Rilancio introduce nuove motivazioni per le quali è possibile richiedere il *bonus*, ossia «iscrizione ai centri estivi, ai servizi integrativi per l'infanzia […], ai servizi socio-educativi territoriali, ai centri con funzione educativa e ricreativa e ai servizi integrativi o innovativi per la prima infanzia». Tuttavia, in caso di «dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato, appartenenti alla categoria dei medici, degli infermieri, dei tecnici di laboratorio biomedico, dei tecnici di radiologia medica e degli operatori sociosanitari», la somma massima può raggiungere i 1000 euro, aumentata a 2000 dal D.L. n. 34/2020. Tale somma è accessibile anche «al personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». Il limite complessivo massimo erogabile a disposizione di questi specifici *bonus* è 30 milioni di euro, aumentati a 60 dal Decreto Rilancio. Nella circolare n. 44/2020 dell'Inps, l'ente stesso fornisce informazioni relative alle misure del *bonus* e alle modalità di domanda ed erogazione. In caso di genitori non appartenenti allo stesso nucleo familiare, il lavoratore che avrà diritto a tale *bonus* sarà il genitore che convive con il figlio, che si determinerà tramite autodichiarazione. Il *bonus* viene erogato tramite il Libretto Famiglia previa registrazione del beneficiario sulla piattaforma delle prestazioni occasionali presso il sito dell'Inps.

[17] Prima del Decreto *Rilancio*, la cifra massima erogabile era pari a 600 euro.

L'art. 24 del Decreto Cura Italia ha previsto la possibilità di estendere i permessi retribuiti di cui all'art. 33, co. 3 e 6, della legge n. 104/92, a 12 giornate complessive, usufruibili nei mesi di marzo e aprile 2020[18]. Il D.L. n. 34/2020 ha aggiunto altre 12 giornate nei mesi di maggio e giugno 2020. Il comma 2 amplia tale permesso anche al personale sanitario nella misura in cui tali permessi non vadano in contrasto con «le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale»[19].

4. *Le misure a sostegno delle imprese*

Allo scopo di fronteggiare il blocco delle attività produttive e sostenere sia le imprese sia i lavoratori, il Decreto Cura Italia ha stabilito una capillare disciplina in tema di ammortizzatori sociali oltre a misure di tutela nel rapporto di lavoro come il divieto di licenziamento.

L'ambito che prevede la più ingente quantità di somme stanziate è quello per il rafforzamento degli ammortizzatori sociali, in modo da renderli fruibili anche a soggetti che in condizioni ordinarie non potrebbero beneficiarne. Sono previste dal decreto estensioni della cassa integrazione ordinaria per tutte le imprese che intendono adottarla e l'attuazione di una procedura semplificata, con un meccanismo di deroga al limite massimo di 24 mesi. Inoltre, il decreto introduce estensioni e potenziamenti della cassa integrazione in deroga per i datori di lavoro che contano meno di 6 dipendenti, a favore di tutti quei settori non coperti dalla cassa integrazione ordinaria e non tutelati da Fondi di solidarietà. Infine, sono stati stanziati 500 milioni[20] a favore del Fondo di integrazione salariale per le microimprese che contano tra i 5 e i 15 dipendenti e per quelle ancora più piccole, tra 1 e 5 dipendenti, che non possono contare su ammortizzatori sociali ordinari.

Nelle intenzioni del legislatore, attraverso il ricorso ad ammortizzatori sociali con carisma di specialità, l'intervento dovrebbe garantire, tra l'altro, il sostegno al reddito dei dipendenti di tutti i datori di lavoro coinvolti dalla sospensione o riduzione dell'orario di lavoro derivante da eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica, seppure entro determinati limiti di spesa il cui monitoraggio è demandato all'Inps[21].

Originariamente, le domande di concessione dei diversi tipi di trattamento

---

[18] S. Imbriaci, *Emergenza COVID-19, proroga dei congedi e permessi retribuiti*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2020.

[19] Art. 24, comma 2, Decreto *Cura Italia*.

[20] C. Cominotto e C. S. Baracchia, *Il Decreto "Cura Italia" e l'iniezione di liquidità a sostegno del Paese*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 marzo 2020.

[21] M. Marrucci, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020, p. 1 ss.

di integrazione salariale potevano essere presentate per una durata massima di nove settimane che decorrevano dal 23 febbraio 2020 al 31 agosto 2020 nel limite di una durata complessivamente non superiore a nove settimane. Il Decreto Rilancio ha provveduto all'estensione della durata dell'assegno ordinario della Cassa integrazione guadagni ordinaria (Cigo) e del possibile ricorso alla Cassa integrazione guadagni in deroga (Cigd) fino a 5 dipendenti e, per le imprese con oltre 50 dipendenti che accedono alla Cassa integrazione guadagni straordinaria, ma che sono escluse dalla Cigo, per ulteriori 5 settimane, fino al 31 agosto, solo dopo aver interamente fruito delle nove settimane sancite dal Cura Italia. Queste stesse modalità di estensione valgono anche per i datori di lavoro che avevano in corso un trattamento di integrazione salariale e che hanno presentato domanda di Cigo. Altre quattro settimane di ammortizzatori in costanza di rapporto possono essere fruite dal 1° settembre al 31 ottobre[22, 23, 24].

Inoltre, gli ammortizzatori devono essere riconosciuti anche ai lavoratori assunti dal 24 febbraio 2020 al 17 marzo 2020. È consentito, infine, ai datori di lavoro che accedono agli ammortizzatori sociali, di procedere, durante lo stesso periodo, al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato, anche a scopo di somministrazione.

I datori di lavoro, che nell'anno 2020 sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19, hanno la possibilità di presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale o assegno ordinario.

Per l'accesso alla Cigo, il Decreto Rilancio ha confermato che non occorre l'accordo sindacale previsto dall'art. 14 del D.Lgs. n. 148/2015 e non vale il termine di 15 giorni dall'inizio della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa entro il quale le relative domande devono essere presentate. Per il Fondo di integrazione salariale viene invece previsto che l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto devono essere svolti entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva, anche in via telematica[25].

Le domande, originariamente, potevano essere presentate entro la fine del quarto mese successivo a quello in cui ha avuto inizio il periodo di sospen-

---

[22] Nel limite massimo di spesa di 828,6 milioni di euro per l'anno 2020.

[23] I datori di lavoro dei settori turismo, fiere, congressi e parchi divertimento, spettacolo dal vivo e sale cinematografiche che potranno usufruire di queste quattro settimane anche prima del 1° settembre. Tutti questi periodi non vengono computati nelle durate massime complessive di tredici settimane continuative o cinquantadue settimane in un biennio mobile per periodi non continuativi (Cigo) e di 26 settimane in un biennio mobile per il Fis.

[24] La legge di conversione ha previsto la possibilità di presentare domanda per un periodo aggiuntivo di tre mesi ai datori di lavoro con unità produttive site nella "zona rossa".

[25] G. Bocchieri, *Cig d'emergenza arriva la proroga in due tranche*, *Decreto Rilancio. Le regole sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 maggio 2020.

sione o di riduzione dell'attività lavorativa con causale «*emergenza COVID-19*». Questo termine è stato ridotto dal Decreto Rilancio ad un mese, superato il quale il trattamento è riconosciuto solo fino ad una settimana precedente la data di presentazione[26].

La causale non sarà sottoposta a verifica da parte dell'Inps che potrà procedere all'adozione di un provvedimento di carattere autorizzatorio qualora siano rispettati tutti gli altri requisiti[27]. L'azienda dovrà allegare alla domanda solo l'elenco dei lavoratori destinatari. Le prestazioni possono essere anticipate dai datori di lavoro e successivamente conguagliate con i contributi previdenziali dovuti oppure richieste con pagamento diretto da parte dell'Inps. I datori di lavoro che non anticipano i relativi trattamenti possono fare richiesta di pagamento diretto all'Inps In questo caso si applicano le nuove regole relative al pagamento diretto con l'acconto del 40%. L'Inps autorizza le domande e dispone l'anticipazione di pagamento entro 15 giorni dal recepimento delle domande[28].

L'assegno ordinario è concesso, limitatamente per il periodo indicato e nell'anno 2020, anche ai lavoratori dipendenti presso datori di lavoro iscritti al Fondo di integrazione salariale (Fis) che occupano mediamente più di 5 dipendenti. L'assegno ordinario può, inoltre, essere concesso dai fondi di solidarietà previsti dall'articolo 27 del decreto n. 148/2015 e da quelli di solidarietà bilaterali del Trentino e dell'Alto Adige. I datori di lavoro iscritti al Fondo di integrazione salariale e aventi in corso un assegno di solidarietà possono presentare domanda di concessione dell'assegno ordinario. La concessione del trattamento ordinario sospende e sostituisce l'assegno di solidarietà già in corso. La concessione dell'assegno ordinario può riguardare anche i medesimi lavoratori beneficiari dell'assegno di solidarietà a totale copertura dell'orario di lavoro.

Alle imprese che hanno in corso un trattamento di integrazione salariale straordinario è consentita la possibilità di sospendere il programma di Cassa integrazione straordinaria e presentare domanda per la concessione del trattamento di integrazione salariale ordinario. La concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale può riguardare anche i medesimi lavoratori beneficiari delle integrazioni salariali straordinarie a totale copertura dell'orario di lavoro. La Direzione Generale degli Ammortizzatori Sociali e della Formazione, su istanza dell'azienda interessata, adotta un unico decreto direttoriale,

---

[26] Le domande riferite a periodi di sospensione compresi tra il 23 febbraio 2020 e il 30 aprile 2020 devono essere presentate entro il 31 maggio.

[27] Le aziende non dovranno fornire alcuna prova in ordine alla transitorietà dell'evento né dimostrare la sussistenza del requisito di non imputabilità dell'evento stesso all'imprenditore o ai lavoratori.

[28] E. De Fusco, *Cassa integrazione, l'Inps anticipa all'impresa il 40% entro 15 giorni*, *Decreto Rilancio Le regole sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 maggio 2020.

senza soluzione di continuità, che dispone sia la sospensione del trattamento Cigs in corso[29], sia la riassunzione del provvedimento sospeso con la nuova data finale del trattamento Cigs[30].

È consentito alle Regioni e alle Provincie autonome il riconoscimento, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, di trattamenti di cassa integrazione salariale in deroga[31]. La cassa integrazione in deroga si applicherà ai datori di lavoro del settore privato, ivi inclusi quelli agricoli, della pesca e del terzo settore, compresi gli enti religiosi civilmente riconosciuti, per i quali non trovino applicazione le tutele previste dalle disposizioni in materia di sospensione o riduzione di orario[32]. Essa è riconosciuta solo ai dipendenti già in forza alla data del 25 marzo 2020.

Prima di accedere alla misura di sostegno in deroga, il datore di lavoro dovrà quindi verificare se risulta essere potenziale beneficiario di tutele di altro genere. In altre parole, i datori di lavoro, già assoggettati ai fondi di solidarietà alternativi, sono obbligati a rivolgersi ad essi nell'attuale modalità de-burocratizzata, e non alla Cigd[33].

Le domande di accesso alla prestazione devono essere presentate alle Regioni e alle Province autonome. Il datore di lavoro è soggetto all'obbligo di inviare tutti i dati necessari per il pagamento entro il giorno 20 di ogni mensilità successiva a quella in cui è collocato il periodo di integrazione salariale. Le stesse, poi, vengono inviate all'Inps che provvede all'erogazione della predetta prestazione. Il decreto Rilancio si riferisce alla possibilità di ottenere, per i soli periodi successivi alle nove settimane già riconosciuti dalle Regioni, tali trattamenti di integrazione salariale direttamente dall'Inps[34].

---

[29] A tal fine il datore di lavoro dovrà indicare nell'istanza la data di decorrenza della richiesta di sospensione del suddetto trattamento, il numero di settimane di Cigo che l'azienda ha richiesto con la causale "COVID-19 nazionale-sospensione Cigs".

[30] Per i datori di lavoro con unità produttive site nella "zona rossa" il limite di spesa massimo per il periodo aggiuntivo è di 900.000,00€ per il 2020.

[31] Il trattamento in questione è riconosciuto nel limite massimo di 3.293,2 milioni.

[32] Possono accedere al trattamento di cassa integrazione in deroga anche i datori di lavoro che avendo accesso esclusivamente alla cassa integrazione guadagni straordinaria non possono accedere alla Cigo "Covid-19" e "COVID 19 Nazionale". Sono esclusi i datori di lavoro domestico.

[33] M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020 p. 178.

[34] G. Bocchieri, *Cig d'emergenza*, cit.; G. Bocchieri, *Per le aziende plurilocalizzate ancora un percorso a ostacoli, Decreto Rilancio Le regole sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 maggio 2020; E. De Fusco, *Cassa integrazione, l'Inps anticipa*, cit. Per i datori di lavoro con unità produttive site in cinque o più Regioni, il trattamento di Cassa in deroga è riconosciuto direttamente dal Ministero del Lavoro. Con specifico riferimento a tali realtà aziendali il Decreto Rilancio si limita ad aggiungere la facoltà per il datore di lavoro di effettuare l'anticipazione del trattamento

La cassa integrazione in deroga sarà autorizzata dalle Regioni e Province autonome previo accordo, raggiunto anche in via telematica, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro, come previsto espressamente al comma 1 dell'articolo 22, del D.L. n. 18/2020. L'obbligo dell'accordo sindacale non è previsto per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti[35].

5. *Gli strumenti a sostegno dei lavoratori*

Tra gli interventi posti in essere dal Governo, particolare rilievo hanno assunto gli strumenti a sostegno dei lavoratori previsti nel Decreto Cura Italia[36] e dal Decreto Rilancio emanato nel mese di maggio.

In virtù degli articoli 27, 28, 29, 30 e 38 del Decreto Cura Italia, è prevista, da parte dell'Istituzione Nazionale Previdenza sociale, l'erogazione di indennità di importo pari a 600,00 euro (previa presentazione di domanda a partire dal 1° aprile 2020), a determinate categorie di soggetti individuati dal decreto[37, 38].

Le indennità non sono tra loro cumulabili[39] e non sono riconosciute ai percettori del reddito di cittadinanza. Inoltre, alla data di presentazione della domanda, i soggetti non devono essere titolari di un trattamento pensionistico diretto.

Il D.L. n. 34/2020 ha rifinanziato, per i mesi di aprile e maggio 2020, le suddette indennità modificandone alcuni presupposti per poterne beneficiare. L'art. 84 stabilisce che, per quanto riguarda il mese di aprile, l'indennità viene erogata automaticamente (per coloro che hanno già ricevuto l'indennità relativa al mese di marzo) nella misura di 600,00 euro; per il mese di maggio invece le indennità

---

di integrazione salariale in deroga dei propri dipendenti, con il conseguente conguaglio fra contributi dovuti all'Inps e prestazioni anticipate ai lavoratori.

[35] G. Vigliotti, *Note sulla Cassa Integrazione in Deroga al tempo del diritto emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 28 aprile 2020, pp. 1 ss.

[36] Convertito con la L. 24 aprile 2020, n. 27.

[37] In relazione all'articolo 27 è sorto un dubbio circa l'accesso all'indennità per gli amministratori di società di capitali. A riguardo recentemente è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite (sent. n. 1545/2017) sancendo che il rapporto esistente tra amministratore e società non rientra tra i rapporti di collaboratore coordinata e continuativa, trattandosi in questo caso di un rapporto societario. Si ritiene dunque che questi soggetti non rientrerebbero tra quelli previsti *ex* art. 27.

[38] In particolare: i liberi professionisti e i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, iscritti alla Gestione separata Inps; i lavoratori autonomi iscritti alle Gestioni speciali dell'Ago per artigiani, commerciali coltivatori diretti, mezzadri e coloni; i lavoratori dipendenti con qualifica di stagionali del settore del turismo e degli stabilimenti termali ed infine i lavoratori dello spettacolo.

[39] Invece, secondo quanto riportato dal sito ufficiale dell'Inps, è prevista la cumulabilità con l'indennità di disoccupazione DIS-COLL e con la NASpI.

verranno erogate solo ad alcune categorie e con importi variabili[40]. È stata inoltre istituita una nuova indennità per i lavoratori domestici, nella misura di 500,000 euro, per i mesi di aprile e maggio, a condizione che il soggetto sia titolare di uno o più contratti di lavoro per una durata complessiva superiore a 10 ore settimanali (inoltre il lavoratore non deve essere convivente con il datore di lavoro).

Infine, il decreto, all'art. 44 del decreto Cura Italia, così come modificato dall'art. 78 del D.L. n. 34/2020, istituisce un fondo per il reddito di ultima istanza a favore dei lavoratori danneggiati dal *virus* COVID-19; in quest'ultimo caso l'indennità viene erogata da un ente previdenziale privato[41]. Per beneficiare di questa indennità i soggetti beneficiari, alla data di presentazione della domanda, non dovranno essere titolari di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, né titolari di pensione.

Il D.L. n. 18/2020, all'art. 33, ha fissato una proroga dei termini per quanto riguarda la presentazione delle domande di disoccupazione NASpI e DISCOLL; tali domande, per gli eventi di cessazione involontaria dei rapporti di lavoro intervenuti dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2020, possono essere presentate entro il termine di decadenza di centoventotto giorni, sancendo così un ampliamento di sessanta giorni dei termini di decadenza. La dilatazione del termine di sessanta giorni riguarda anche la domanda di incentivo all'autoimprenditorialità e i termini relativi agli adempimenti dei soggetti beneficiari dei trattamenti di disoccupazione[42].

Successivamente, il D.L. n. 34/2020, all'art. 92, ha disposto una proroga di ulteriori due mesi dal giorno di scadenza, per la presentazione delle domande di disoccupazione (il cui periodo di fruizione termini nel periodo compreso tra il 1° marzo 2020 e il 30 aprile 2020).

L'ultima misura che verrà analizzata concerne la sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti, come disciplinata dall'art. 46 del Decreto

---

[40] L'indennità è incrementata a 1.000,00 euro ed è erogata ai collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla Gestione separata Inps che abbiano cessato il rapporto di lavoro al 19 maggio 2020, ai lavoratori autonomi iscritti alla Gestione separata Inps che abbiano subito una riduzione di almeno il 33% del reddito nel secondo bimestre 2020, ed infine ai lavoratori dipendenti, anche in somministrazione, del settore del turismo e degli stabilimenti balneari che abbiano cessato involontariamente il rapporto di lavoro nel periodo compreso tra il 1 gennaio 2019 ed il 17 marzo 2020.

[41] M. Prioschi, *Indennità di 600 euro anche per iscritti alle Casse private*, in il *Sole 24 ore*, 30 marzo 2020.

[42] D. Silvestro, *Sessanta giorni in più per chiedere l'incentivo all'autoimprenditorialità*, in *Il quotidiano del commercialista*, in *Eutekne.info*, 1° aprile 2020. Come conseguenza alla proroga dei termini le domande che sono decadute per il mancato adempimento degli obblighi di comunicazione sopra indicati, verranno riesaminate d'ufficio qualora l'attività lavorativa per la quale è richiesta la comunicazione del reddito annuo presunto sia stata intrapresa dal 1° gennaio 2020.

Cura Italia, così come modificato dall'art. 80 del D.L. n. 34/2020. Dal 17 marzo 2020 al 16 agosto 2020 sono sospesi i licenziamenti legati a motivi economici, ossia legati all'andamento dell'azienda. La moratoria è prevista sui licenziamenti collettivi e quelli individuali per giustificato motivo oggettivo[43]. La misura è volta ad evitare che la scelta imprenditoriale vada nel senso di una risoluzione del rapporto di lavoro a scapito dell'utilizzo degli strumenti di sostegno al reddito previsti dal decreto[44]. Si tratta di un provvedimento assolutamente straordinario, il cui precedente risale al decreto legislativo luogotenenziale n. 532 del 31 agosto 1945, emanato al termine del secondo conflitto bellico mondiale[45]. Dopo l'entrata in vigore della norma parte della dottrina[46] ha sollevato un dubbio di legittimità costituzionale per contrasto all'art. 41 della Costituzione; altra parte della dottrina, però, non ravvisa l'incostituzionalità della norma in quanto non è stata introdotta una interruzione *ad libitum*[47].

Per quanto riguarda il campo di applicazione, invece, dal divieto di licenziamento sono esclusi i datori di lavoro domestico[48]. È inoltre sempre possibile procedere con i licenziamenti disciplinari sia per giustificato motivo soggettivo, determinato da notevoli inadempimenti contrattuali da parte del datore di lavoro, sia per giusta causa qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, neanche provvisoria, del rapporto di lavoro[49]. Sarà possibile inoltre procedere con la risoluzione dei rapporti di lavoro conseguenti al mancato superamento del periodo di prova, del periodo di comporto ed infine potrà procedersi con la risoluzione dei rapporti di lavoro dipendenti a tempo determinato.

In caso di licenziamento per g.m.o. l'ipotesi sembrerebbe essere riconducibile non ad una semplice illegittimità, bensì ad una nullità per violazione di

---

[43] Ai sensi dell'art. 3, L. n. 604/1966, il carattere oggettivo è basato su ragioni inerenti all'organizzazione e all'attività d'impresa. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si differenzia dal licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa. Inoltre, per lo stesso periodo, sono sospese le procedure che siano state avviate dopo il 23 febbraio 2020.

[44] L. Negrini, *Nessun licenziamento per motivi economici per due mesi,* in *Il quotidiano del commercialista*, in *Eutekne.info*, 17 marzo 2020.

[45] U. Gargiulo e V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 205.

[46] G. Pera, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti*, in *La riduzione del personale e la Cassa Integrazione Guadagni*, a cura di A. Aranguren, E. Auteri, G. Branca, P. Fanfani, R. Flammia, G. Mazzoni, M. Papaleoni, G. Pera, V. Simi, Giuffré, Milano, 1980, p. 22.

[47] P. Iervolino, *Sospensione (Rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Giustiziacivile.com,* 24 aprile 2020, p. 4-5.

[48] In questo caso sarà dunque possibile recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 2118 c.c., fatto salvo l'obbligo del preavviso o del pagamento della relativa indennità sostitutiva.

[49] G. Falasca e M. Prioschi, *Nelle aziende sono sospesi i licenziamenti economici*, in *Il sole 24 ore*, 8 aprile 2020, p. 4.

norma imperativa; per cui il dipendente avrebbe diritto alla tutela reintegratoria piena[50]. Invece, per i licenziamenti collettivi si avrà violazione delle procedure dell'art. 4 comma 12, legge n. 223 del 23 luglio 1991[51].

Infine, è prevista la possibilità, per i datori di lavoro che abbiano comminato un licenziamento nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 16 marzo 2020, di revocare la risoluzione del rapporto, facendo una contestuale richiesta per fruire di uno degli ammortizzatori sociali previsti dal D.L. n. 18/2020, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27.

6. *Riflessioni conclusive*

Da questa disamina sulle finalità e sulle modalità di applicazione del lavoro agile, si evince che esso, per la sua versatilità, duttilità ed elasticità organizzativa, ha assunto un ruolo fondamentale, quale strumento operativo in questo momento di emergenza.

Per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, l'obiettivo fissato dall'articolo 14 della legge n. 124 del 7 agosto 2015, cioè il coinvolgimento in *smart working* del 10% dei dipendenti entro tre anni, è stato raggiunto solo grazie ad una pandemia. Infatti, con l'articolo 87 del D.L. n. 18/2020 il lavoro agile diviene «la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa» in questo ambito.

A fronte delle criticità rilevate, è necessario rivedere i processi ed individuare obiettivi veri per le *performance* organizzative ed individuali, procedere ad una forte alfabetizzazione informatica e ridisegnare gli uffici creando postazioni in *sharing* (consentendo una più agile collaborazione da remoto). Serve, per attuare una disposizione di tale portata, un cambiamento culturale che sposti l'attenzione dal controllo della presenza al controllo del lavoro effettuato[52].

Per quanto riguarda le misure a sostegno dei lavoratori e delle imprese, si tratta sicuramente di strumenti adottati in un'ottica preventiva e temporanea per fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto.

Questa situazione ha impattato gravemente sull'economia nazionale e globale, motivo per cui si ravvisa che sarebbe necessario un intervento da parte

[50] L. Negrini, *Nessun licenziamento per motivi economici*, cit. La sanzione dovrebbe applicarsi indipendentemente dal numero di dipendenti occupati in azienda e dal fatto che il lavoratore abbia un contratto a tutele crescenti (in quanto assunto dopo il 7 marzo 2015).

[51] Sarà prevista un'indennità onnicomprensiva tra dodici e ventiquattro mensilità per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, mentre sarà prevista un'indennità tra sei e trentasei mensilità per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. M. Verzaro, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia",* in *Giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020, p. 6.

[52] F. Verbaro, *Il lavoro smart deve liberare i dirigenti dalla burocrazia*, Rassegna Stampa il Sole 24 Ore, Quotidiano digitale Enti locali & PA, in *quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*, 6 aprile 2020.

del legislatore affinché dia stabilità a certi istituti, quali, ad esempio, la cassa integrazione in deroga che ne ha permesso la fruibilità a soggetti che, in circostanze normali, non potrebbero beneficarne.

Il discorso che preme maggiormente in questo momento riguarda la stabilità e la tutela dei posti di lavoro, messi a rischio dalla crisi economica che il nostro Paese sta vivendo. Sicuramente il divieto di licenziamenti per motivi oggettivi è una delle misure più efficaci per raggiungere lo scopo previsto, seppur in un'ottica di breve periodo, non potendo essere configurato come la soluzione definitiva.

Una riflessione può essere fatta anche per quanto concerne la Cassa integrazione, vista la natura dello strumento volto a affrontare eventi transitori non imputabili all'imprenditore o agli operai. Nonostante le possibili proroghe e l'estensione a una platea di beneficiari più ampia, si ritiene che la funzionalità dello strumento dipenderà molto da quelle che saranno le decisioni prese a livello europeo, in particolare dall'entità dei fondi destinati a fronteggiare l'emergenza. Anche perché, le prime indiscrezioni sugli strumenti messi sul tavolo dall'Eurogruppo (vedi Sure)[53] parlano di fondi che, una volta che l'emergenza sarà conclusa, andranno restituiti.

Infine, per quanto riguarda i congedi, considerando le circostanze d'emergenza che hanno portato all'introduzione di questi strumenti, è molto probabile che la loro applicazione si interromperà nel momento in cui la crisi rientrerà. Analoga considerazione può essere fatta a riguardo dell'indennità prevista *ex* art. 44 del Decreto *Cura Italia* in quanto la sua fruibilità è legata all'interruzione temporanea dell'attività o del rapporto di lavoro; nel momento in cui le attività riprenderanno tale indennità non avrà più ragione di esistere. Difficilmente il congedo straordinario verrà integrato nella disciplina del congedo ordinario, considerando che prevede un aumento della retribuzione prevista dall'indennità fino al 50% e con l'aumento dell'età massima dei figli per cui il congedo è usufruibile da 6 anni a 12 anni. Potrebbe essere eventualmente mantenuto il congedo straordinario senza indennità, che potrebbe integrarsi con maggior facilità alla normativa vigente.

Alcune di queste tematiche sono già al centro del dibattito parlamentare, si è in attesa infatti di una proroga della concessione di tali previsioni, sancendo, in alcuni ambiti, anche un aumento delle risorse stanziate e della sfera di applicazione. Sarebbe necessario però un intervento mirato, con linee guida chiare e univoche, atto a contrastare, non solo nel breve termine, ma anche nel medio-lungo termine, una situazione senza precedenti.

[53] Cfr. Regolamento UE 2020/672 del 19 maggio 2020.

MISURE IN MATERIA DI GIUSTIZIA

LAURA SANCILIO

1. *Introduzione: diritto di agire in giudizio e limiti imposti al suo esercizio*

Come noto, tra i diritti fondamentali solennemente garantiti dalla nostra Carta Costituzionale vi è il diritto di agire in giudizio - per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi - contemplato dall'articolo 24, comma 1 della Costituzione.

Quello che stiamo vivendo è senz'altro un difficile momento istituzionale, di estrema imprevedibilità, oltre che assai peculiare rispetto a quanto sin qui storicamente accaduto a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del '48.

Certo non è la prima volta che, sfortunatamente, si riscontra la presenza di gravi situazioni critiche per il nostro Paese; ad esempio si sono verificate in diversi luoghi e tempi molte calamità naturali, i cui effetti però sono sempre rimasti oggettivamente circoscritti ad una o più zone specifiche, perciò le decisioni in merito alla gestione dell'emergenza hanno riguardato solo parte dei cittadini italiani.

Anche in alcune di quelle circostanze si è ritenuto opportuno intervenire sulla materia della Giustizia e questo, spesso, tramite l'utilizzo dello strumento del decreto-legge: ne è un risalente esempio il D.L. 914/1966, che disponeva, per le zone colpite dalle alluvioni e dalle mareggiate dell'autunno 1966, la sospensione dei termini di prescrizione e dei termini perentori legali o convenzionali.

Sul punto già allora si espresse autorevolmente la Corte Costituzionale, ritenendo l'intervento sulla sospensione dei termini non contrastante con l'art. 24 Cost [1].

[1] La Corte Costituzionale con sent. 20 marzo 1969 n. 47 dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale concernente la sospensione dei termini di prescrizione e dei termini perentori legali o convenzionali, affermando che «non può condividersi l'opinione

Ma di questa tipologia di decreti-legge si trova traccia anche in tempi più recenti; si pensi al D.L. 73/2018 (Sospensione dei termini e dei procedimenti penali pendenti dinanzi al Tribunale di Bari) o al D.L. 189/2016 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016) e molti altri ancora[2].

Oggi, a differenza di quanto accaduto in passato, la situazione d'emergenza riguarda tutti i cittadini e l'articolo 24 della Costituzione, quindi, così come molti altri, ha subìto un inevitabile ridimensionamento dovuto all'esigenza di dover salvaguardare il rilevante diritto alla salute, previsto dall'articolo 32 Cost., e l'implicito diritto alla vita, senza il quale molti diritti costituzionali non avrebbero ragione di esistere.

I provvedimenti del Governo hanno riguardato, conseguentemente, anche altri articoli della Costituzione, tra cui, ad esempio, l'articolo 111 Cost., che assicura la ragionevole durata del processo e l'articolo 112 Cost., disciplinante il principio di obbligatorietà, in capo al pubblico ministero, dell'esercizio dell'azione penale.

Di seguito si tenterà di interpretare i provvedimenti emanati in questo periodo emergenziale – ponendo particolare attenzione al D.L. 11/2020 - e di esporre in che misura tali provvedimenti abbiano limitato il diritto di agire in giudizio, oltre che gli altri diritti costituzionali ad esso connessi.

2. *Analisi del D.L. 8 marzo 2020 n. 11 e profili di criticità:*

a. Giustizia civile, penale, tributaria e militare. *Discrezionalità dei capi degli uffici giudiziari e scelta di rinviare solo alcune udienze: ratio*

L'articolo 1 del D.L. 11/2020 detta regole generali su udienze e decorso di termini da applicarsi nel periodo dal 9 al 22 marzo 2020 (con il D.L. 18/2020 la data conclusiva è stata posticipata al 15 aprile e con il D.L. 23/2020 all'11 maggio). Viene disposto al primo comma il *rinvio* a data successiva al 22 marzo delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, fatta eccezione per quei procedimenti elencati all'art. 2, comma 2, lettera *g.* Al

---

che quella sospensione contrasti col diritto di difesa tutelato dall'art. 24, comma primo, […] né, in genere, con le garanzie della tutela giurisdizionale previste dall'art. 101 […]. Certo, entro questi limiti, l'attività giurisdizionale resta intralciata e quindi in parte paralizzata. Ma ciò è stato previsto per breve tempo e in via del tutto eccezionale, e sulla base di un consistente fondamento razionale, poiché la legge ha collegato gli effetti che il tribunale ritiene censurabili a *eventi straordinari* che rendono, quando non impossibile, almeno assai difficile l'esercizio dell'attività giurisdizionale».

[2] Per un elenco dettagliato si rinvia all'articolo di L. Fidelio, A. Natale*, Emergenza Covid-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Questione Giustizia,* 2020.

secondo e al terzo comma (che rinvia ai commi 4 e 5 dell'art. 2), poi, si prevede anche la *sospensione del corso della prescrizione* e di una serie di *termini* rilevanti, quali, ad esempio, i termini per il compimento di *qualsiasi atto* del procedimento [3] (nel caso in cui il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo) e quelli di durata massima della *custodia cautelare*.

Una volta trascorso il periodo di sospensione di cui all'art.1, comma 1, i termini riprenderanno a decorrere regolarmente. La sospensione dei suddetti termini non opera, chiaramente, per tutti quei procedimenti che proseguono il loro corso, *ex* art. 2.

Infine, al quarto comma si estendono, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 1 anche alle commissioni tributarie e alla magistratura militare.

Al primo comma dell'articolo 2 del D.L. 11/2020 viene disposto un periodo di tempo di circa due mesi (che potremmo definire "*periodo cuscinetto*") - subito successivo al 22 marzo - nel quale è possibile riprendere le udienze, ma con l'adozione di misure idonee ad evitare assembramenti all'interno degli uffici giudiziari. Il Governo ha individuato questo "*periodo cuscinetto"* tra il 23 marzo e il 31 maggio 2020 (ad oggi il periodo va dal 12 maggio, secondo quanto previsto dal D.L. 23/2020, fino al 31 luglio, come da D.L. 28/2020) [4].

Mentre per il periodo dal 9 al 22 marzo 2020 le misure da applicarsi al settore dell'amministrazione della Giustizia sono state stabilite dal Governo, per il "periodo cuscinetto" successivo si è lasciata alla *discrezionalità* dei singoli capi degli uffici giudiziari la scelta di adottare le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, maggiormente utili a garantire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dai Ministeri preposti e tenuto conto di quanto riportato nel D.P.C.M. dell'8 marzo 2020.

Tuttavia, per l'adozione delle suddette misure, i capi degli uffici giudiziari devono seguire un particolare procedimento: è previsto che sentano i *pareri* (obbligatori ma non vincolanti) dell'autorità sanitaria regionale e del Consiglio dell'ordine degli avvocati, e che trovino un'*intesa* con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

Quindi il Governo conferisce un potere molto ampio ai capi degli uffici giudiziari, ma impone anche una sorta di *vincolo di collaborazione* con altri soggetti e

[3] La Corte Suprema di Cassazione nella Relazione n. 28 del 1° aprile 2020, ha chiarito che «la sospensione dei termini opera poi per tutti gli atti processuali, compresi quelli *necessari per avviare un giudizio* di cognizione o esecutivo (atto di citazione o ricorso, ovvero atto di precetto)».

[4] Il *periodo cuscinetto* è stato modificato in prima battuta dal D.L. 18/2020, che ha posticipato l'inizio al 16 aprile e la conclusione al 30 giugno, ed in seguito dai D.L. 23/2020 e 28/2020.

previene potenziali conflitti tra Uffici stabilendo in maniera chiara quali sono i capi degli uffici giudiziari che devono avere l'ultima parola su tali misure.

La Corte suprema di cassazione e la Procura generale presso la Corte di cassazione nell'adottare le misure – pur dovendo comunque acquisire i menzionati pareri obbligatori dell'autorità sanitaria regionale e del Consiglio dell'ordine degli avvocati - non necessitano dell'intesa con alcun altro Ufficio giudiziario, chiaramente.

Una possibile conseguenza della scelta di attribuire il potere di adottare queste misure ai capi degli uffici giudiziari è che si avrà una potenziale disparità di trattamento tra i soggetti che eserciteranno, nel periodo cuscinetto, davanti ad uffici diversi il proprio diritto di agire. In merito a questo potrebbe evidenziarsi, però, che è proprio la discrezionalità dei singoli Uffici che permette di meglio assicurare le finalità perseguite con questo decreto-legge e con gli altri provvedimenti adottati dal Governo, perché il Covid-19 non ha colpito con la medesima intensità le varie aree del territorio italiano.

Delle singole misure da adottare troviamo un corposo elenco al secondo comma.

A parere di chi scrive, l'elenco in questione deve intendersi come tassativo, e non meramente esemplificativo. Per comprendere il significato autentico di una disposizione non si può prescindere dal farne anzitutto una corretta interpretazione, ed è l'art. 12 delle Preleggi a darci indicazioni chiare su come farlo. La tassatività delle misure è suggerita sia dall' interpretazione letterale del testo della disposizione, che al secondo comma utilizza la locuzione "seguenti misure" (enumerandole poi attraverso le lettere dell'alfabeto), sia da una interpretazione logica: la *ratio* sottesa alla norma è quella di attribuire ai capi degli uffici giudiziari poteri maggiori rispetto a quelli ordinariamente previsti, e questo, solo ed esclusivamente, in ragione della situazione emergenziale.

Se permettessimo un'interpretazione estensiva della disposizione il capo dell'ufficio giudiziario si vedrebbe investito di una variegata gamma di poteri provvedimentali impliciti e questo contrasterebbe, *ex se*, con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e con il più ampio principio di legalità sostanziale ad esso sotteso che governa l'agire della Pubblica Amministrazione.

Stando alla lettera della legge, durante il sopramenzionato "periodo cuscinetto", i capi degli uffici giudiziari possono, ad esempio, limitare *l'accesso del pubblico* agli uffici giudiziari, disporre *la celebrazione a porte chiuse* delle udienze pubbliche penali e civili, prevedere che le udienze si svolgano *da remoto* nei casi in cui non sia necessaria la presenza di soggetti diversi dalle parti e i loro difensori, ed anche *rinviare a data successiva al 31 maggio 2020* (con il D.L. 28/2020 posticipata al 31 luglio) *le udienze di tutti i procedimenti civili e penali*, ad esclusione di quelle indicate all'art. 2, comma 2, lettera *g*.

Alcune di queste misure sono molto incisive e, per questo motivo, il Consiglio Superiore della Magistratura ha sottolineato che è necessario adottare la misura del rinvio delle udienze «per iscritto ed attraverso procedure partecipate» [5].

Inoltre, questo potere molto esteso attribuito ai capi degli uffici giudiziari è ridimensionato dalla previsione della *prosecuzione del corso di un nucleo circoscritto di procedimenti,* imposta sia per il periodo dal 9 al 22 marzo che per quello successivo. Infatti la scelta del Governo è andata nella direzione di bilanciare il diritto alla salute con il diritto di agire in giudizio, limitando quest'ultimo, ma non sopprimendolo interamente. L'art. 2, comma 2, alla lettera *g*, elenca i procedimenti da iniziarsi o proseguirsi, che potremmo dividere in due macrocategorie.

Nella *prima categoria* rientrano le udienze il cui rinvio potrebbe arrecare, per diversi motivi, grave pregiudizio agli interessati: il D.L. fornisce massima tutela alle persone più fragili, alle situazioni che necessitano di un intervento tempestivo per la salute fisica e psichica dei soggetti coinvolti o per il rischio di lesione imminente dei diritti fondamentali. Ad esempio, proseguono il loro corso i procedimenti di competenza del tribunale per i minorenni relativi alle *dichiarazioni di adottabilità* e i procedimenti relativi *ad alimenti* o *ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia*, di parentela, di matrimonio o di affinità. Il D.L. dispone poi che debbano proseguire il loro corso tutti quei procedimenti, in generale, la cui ritardata trattazione comporterebbe un grave pregiudizio alle parti.

Nella *seconda categoria* rientrano quei procedimenti riguardanti direttamente o indirettamente la restrizione della libertà personale, la quale deve sempre essere disposta da un provvedimento del giudice (e nei soli casi e modi previsti dalla legge, *ex* art. 13 Cost.). Dal momento che la restrizione della libertà personale è assoggettata, quindi, ad una doppia riserva, i provvedimenti del giudice che la dispongono o confermano devono essere emanati tempestivamente e devono poter essere impugnati e annullati senza ritardo in caso di illegittima adozione. Per questo motivo non si dispone il rinvio delle udienze dei procedimenti, ad esempio, di *convalida dell'arresto o del fermo*.

L'art. 2 del decreto-legge 11/2020 si chiude con una clausola generale, che dispone la prosecuzione di tutti quei procedimenti che presentano carattere di *urgenza*, per la necessità di assumere prove indifferibili, *ex* art. 392 c.p.p.

Concludendo: la trattazione della maggior parte delle udienze è parsa al Governo differibile ad un momento successivo all'emergenza, ma si dà anche istantanea tutela a situazioni estremamente delicate, per le quali la macchina giudiziaria non si ferma.

---

[5] Inciso estrapolato dalle "Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte" adottate dal CSM in data 26 marzo 2020, pratica num. 186/VV/2020.

b. Giustizia amministrativa. La decisione sulla base degli atti: decreti-legge a confronto

Secondo il D.L. 11/2020, le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti presso gli uffici della giustizia amministrativa sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo, ad eccezione delle udienze e camere di consiglio cautelari, elettorali e quelle la cui mancata trattazione produrrebbe grave pregiudizio alle parti.

Le domande cautelari, se anche solo una delle parti ne fa richiesta, sono decise con decreto monocratico. L'esigenza cautelare deve essere soddisfatta, altrimenti si lederebbe il *principio di effettività della tutela giurisdizionale*, perché la tutela cautelare nasce proprio per evitare che risulti inutile una sentenza che intervenga tardivamente.

Per le udienze dei procedimenti pendenti, il regime è quello del rinvio, ma cosa succede invece, secondo il D.L. 11/2020, alle controversie già fissate per la trattazione?

Il comma 4 dell'art. 3 prevede un procedimento semplificato - in deroga a quanto previsto dal d.lgs 104/2010 - in base al quale le controversie fissate per la trattazione passano in decisione direttamente *sulla base degli atti*; è fatta salva però la possibilità che una delle parti chieda con apposita istanza (da depositarsi almeno 2 giorni prima della data fissata per la trattazione) la discussione in udienza camerale o pubblica.

L'art. 84 del successivo D.L. 18/2020, però, ha stravolto questa impostazione e introdotto un "doppio binario" procedimentale. Così, dal 6 al 15 aprile 2020, la previsione della *decisione allo stato degli atti salvo istanza di parte* passa da essere regola ad eccezione. Invece per le controversie con udienze fissate dal 15 aprile al 30 giugno 2020, il meccanismo della decisione senza discussione orale opera *ope legis* e senza nessuna eccezione. In questo ultimo caso ci troviamo davanti ad una evidente deroga al principio del contraddittorio orale tra le parti in udienza. Tuttavia, la nuova norma introduce un contraddittorio cartolare; le parti possono presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione della causa[6].

3. *Riflessioni sullo svolgimento delle udienze da remoto*

Sono richieste, dal D.L. 11/2020, due condizioni essenziali per poter svolgere da remoto le udienze dei procedimenti civili e penali: la salvaguardia del *principio del contraddittorio* e l'*effettività della partecipazione* delle parti. Ciononostante, la previsione dello svolgimento delle udienze da remoto ha sollevato e solleva tutt'ora molti dubbi tra gli operatori del diritto, che ritengono l'uso di

[6] D. Profili, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sul processo amministrativo alla luce della recente legislazione d'urgenza*, in *Rivista giuridica. Il diritto amministrativo*, 2020, p. 7.

apparecchi audiovisivi rischioso sotto molteplici aspetti. Il settore più a rischio è probabilmente quello penale: sono posti in pericolo i principi di *oralità* e *immediatezza* [7]. Oltre a questo, si aggiunge il problema del valore da attribuire alle dichiarazioni rese in udienza dalle parti, le quali rischiano di subire l'influenza di soggetti estranei al procedimento che si trovano nella medesima stanza, senza, però, che il giudice ne possa evincere la presenza.

A questo problema, le Linee Giuda del CSM del 26 marzo 2020, che pongono una prima soluzione prevedendo che il giudice può, al momento dell'apertura dell'udienza richiedere una esplicita dichiarazione al difensore sull'assenza di soggetti estranei all'udienza.

Il CSM è intervenuto in maniera più garantista, invece, nel settore civile; infatti ha stabilito che il giudice nel verbale di udienza «prende atto […] della dichiarazione della parte che si colleghi da un luogo diverso da quello da cui si collega il difensore che non sono presenti fisicamente soggetti non legittimati».

Ci si può chiedere se queste previsioni appena illustrate siano sufficienti a scacciare ogni pericolo di inquinamento del processo penale. Difficile dare una risposta.

Questi interventi, sebbene di grande aiuto, potrebbero essere insufficienti, a parere di chi scrive, a realizzarne le finalità. Il *vulnus* sta nella mancata previsione, in tutte queste disposizioni, di una sanzione da irrogare nei confronti di chi dichiari falsamente che non siano presenti fisicamente nella stanza soggetti diversi da quelli legittimati.

Va sottolineato, comunque, che non è la prima volta in assoluto che il nostro ordinamento riconosce la possibilità di operare con strumenti audiovisivi; se ne fa già ampio uso nel procedimento penale (la disciplina è inserita agli artt. 146-bis e 147-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale).

Il collegamento da remoto per i processi amministrativi invece era una possibilità prevista espressamente dal D.L. 11/2020, che, all'art. 3, comma 5, ne consentiva l'uso per le udienze pubbliche e camerali che non richiedessero la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti. Però questa previsione non è stata poi richiamata espressamente nel successivo D.L. 18/2020, che ha previsto solamente che le camere di consiglio decisorie possano essere effettuate mediante collegamenti da remoto, purché sia garantita la *collegialità*. Alcuni hanno tentato di ricavare dal D.L. 18/2020 una implicita possibilità di svolgere le udienze da remoto, facendo leva sull'art. 84, comma 4, lettera *d*, in cui è previsto che si possano adottare direttive vincolanti per la fissazione e la tratta-

[7] Di questa opinione è l'Associazione tra gli studiosi del processo penale. Si rimanda al "Documento del Consiglio direttivo della ASPP" del 13 aprile 2020.

zione delle udienze. Ma ragioni di ordine testuale e di pratica processuale non consentono questo tipo di interpretazione [8].

In ogni caso, un vero bilancio delle scelte operate in questo periodo in materia di Giustizia potrà farsi solamente a posteriori, augurandoci nel frattempo che il fondamentale diritto di agire in giudizio sia garantito con effettività entro la cornice costituzionalmente disegnata dai Costituenti e il più possibile nei limiti delle prescrizioni legislative adottate dal Governo *ex* art. 77 della Carta Costituzionale.

[8] Per approfondimenti si rimanda all'articolo di S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *Giustizia amministrativa,* 2020, p. 9, www.giustizia-amministrativa.it

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA IN GERMANIA

COSTANZA PAPPALARDO

1. *Disciplina dell'emergenza*

La Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca contiene una disciplina articolata degli stati di emergenza, introdotta nel 1968 a fronte della diciassettesima revisione del testo costituzionale. La normativa in questione è dotata di una struttura garantista, che attribuisce al Parlamento il primato in materia di diritti e libertà fondamentali e di dichiarazione degli stati di emergenza. La legge parlamentare, in quest'ambito, è dunque l'unica fonte competente ad incidere sul godimento dei diritti costituzionalmente tutelati, relativamente ai diversi livelli e alle diverse tipologie di emergenza in cui la Germania può incorrere. La disciplina degli stati di emergenza comprende diverse situazioni, tra cui: lo stato di difesa o stato di emergenza esterno (*Verteidigungsfall*); lo stato di tensione, precedente allo stato di difesa (*Spannungsfall*); lo stato di catastrofe, regionale o sovraregionale, inteso come catastrofe naturale o disastro particolarmente grave, che può colpire un *Land* o il territorio di più *Länder* (*Katastrophennotstand*); lo stato di emergenza interno, che in senso stretto fa riferimento ad un pericolo imminente per l'esistenza e per l'ordinamento fondamentale liberale e democratico della Federazione o di un *Land*. L'attuale emergenza sanitaria causata dalla pandemia di Covid-19, dovrebbe inserirsi nella categoria delle catastrofi naturali, ma laddove il Parlamento dovesse essere impossibilitato a riunirsi, la crisi potrebbe legittimare la dichiarazione dello stato di emergenza interno. In ogni caso la Germania non si è finora avvalsa di questa normativa costituzionale, la quale resta ad oggi inapplicata.

2. *Disciplina dell'emergenza Covid-19*

Al fine di fronteggiare la crisi causata dall'emergenza Coronavirus, la Germania ha, per il momento, fatto ricorso alle misure predisposte dall'*Infec-*

tionsschutgesetz (IfSG), adottato dalla Repubblica federale nel luglio 2000 ed entrato in vigore il primo gennaio 2001.

L'*Infectionsschutgesetz* è una legge federale che si incentra espressamente sulla cooperazione tra le autorità della Federazione e quelle dei singoli Stati federati. L'attuazione di quest'ultima è rimessa ai singoli *Länder* secondo quanto disposto dall'art. 83 della Costituzione: così le misure predisposte dall'*Infectionsschutgesetz* possono essere attuate dalle sole autorità locali o dalle autorità dei singoli Stati federati. Infatti in quest'ambito il Governo federale non ha l'autorità per poter emettere delle direttive (*Richtlinien*), dovendosi limitare a fornire raccomandazioni (*Empfehlungen*). La legge tedesca riguardante le malattie infettive permette alle autorità competenti di adottare svariate misure al fine di prevenire e contenere la pandemia: nei confronti di soggetti malati, soggetti che si sospetta siano malati o infetti e soggetti asintomatici, mentre altre ancora possono essere assunte nei confronti dell'intera cittadinanza. Tutte queste misure possono essere imposte ai cittadini attraverso un atto amministrativo (*Verwaltungsakt*), come anche attraverso regolamenti esecutivi (*Rechtsverordnungen*) dei Ministri della Salute dei *Länder*. Inoltre, le autorità competenti possono emettere atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügung*), ad esempio per proibire eventi di massa e per imporre la quarantena. Le misure assunte in virtù dell'*Infectionsschutgesetz* possono da sole limitare il godimento di alcuni diritti fondamentali indicati dalla stessa legge federale (§28 IfSG), tra cui la libertà personale, la libertà di movimento, il diritto di associazione e di riunione e il diritto all'inviolabilità del domicilio.

Attualmente gli Stati federati hanno disposto la quarantena per coloro i quali siano entrati in contatto con soggetti infetti e per i cittadini dei *Länder* più a rischio (qualificati come tali in base al numero di contagiati presenti sul territorio). È stato inoltre proibito lo svolgersi di eventi di massa, al fine di evitare la creazione di assembramenti. Per lo stesso motivo scuole e università restano al momento chiuse. Nel caso di un'epidemia, il §56 *IfSG* concede a chi è stato allontanato dal luogo di lavoro o a chi è stato messo in quarantena dalla pubblica autorità, un risarcimento che per le prime sei settimane copre interamente l'ammontare della perdita dei propri guadagni (comportando tutto ciò un notevole onere finanziario per i *Länder*, è stata proposta la creazione, da parte della Federazione, di un fondo speciale per le indennità e si procede alla predisposizione di uno speciale risarcimento per i liberi professionisti e per i lavoratori dei settori culturali che stanno attualmente soffrendo delle serie perdite). Nella maggior parte delle città negozi (salvo supermercati e farmacie, così da consentire alla popolazione l'acquisto di beni di prima necessità), bar e ristoranti hanno sospeso l'attività, così come impianti sportivi e palestre, non essendo in grado di rispettare le distanze minime di sicurezza e le norme igieniche disposte dall'autorità. Tutte queste misure sono state disposte dai *Länder* attraverso atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügung*), concordemente a quanto disposto

dal §28 *IfSG* e risultano omogenee tra di loro, grazie al carattere fortemente cooperativo ed unitario del sistema federale tedesco.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA IN SPAGNA

ARIANNA CADORE

1. *Disciplina dell'emergenza*

La Costituzione spagnola (1978) prevede, all'articolo 116, tre gradi di stato di emergenza in ordine di restrittività: *estado de alarma*, *estado de excepción*, ed *estado de sitio*. La regolazione dei tre stati di emergenza è demandata a una legge organica ed è stata attuata dalla *Ley Orgánica* 4/1981.

2. *Precedenti*

La disciplina dell'emergenza prevista dall'art. 116 Cost. venne applicata per la prima volta il 4 dicembre del 2010, quando il Presidente del Governo José Luis Rodríguez Zapatero dichiarò lo stato di allarme a seguito di uno sciopero generale dei controllori di volo che paralizzò il traffico aereo in Spagna.

3. *Disciplina dell'emergenza Covid-19*

Per la gestione della crisi sanitaria, il 14 marzo 2020 il Governo spagnolo ha dichiarato, con il *Real Decreto* n. 463, lo stato di allarme in tutto il territorio nazionale, con una durata di quindici giorni (più volte prorogata). Il *Real Decreto* 463/2020 ha previsto delle limitazioni alla libertà di circolazione delle persone fisiche; ha disposto la chiusura di tutte le scuole e università; ha sospeso – con alcune eccezioni – le attività commerciali al dettaglio; ha disposto la chiusura di musei, monumenti, biblioteche, teatri e stadi e la chiusura di bar, ristoranti e strutture ricettive; ha sospeso le parate, le feste popolari, le sagre; ha consentito le cerimonie religiose, incluse quelle funebri, purché nel rispetto della distanza di un metro. Il decreto ha inoltre previsto la sospensione dei termini processuali e ha paralizzato l'attività giudiziale, con alcune eccezioni.

Il 16 marzo è stata disposta la chiusura delle frontiere terrestri, in linea con la decisione dell'Unione europea.

Con i Decreti-Legge Reali adottati tra marzo e aprile, la Spagna ha assunto misure sanitarie e socioeconomiche per un valore complessivo di 18 miliardi di euro, corrispondenti a circa l'1,6% del PIL.

Il 28 aprile il Presidente Sánchez ha presentato il piano di transizione verso la c.d. *"nueva normalidad",* consistente in quattro fasi caratterizzate da un progressivo alleggerimento delle restrizioni.

In seguito alla dichiarazione dello stato di allarme, tra i costituzionalisti spagnoli è nato un ricco dibattito: per alcuni lo stato di allarme non è stato lo strumento adeguato per far fronte alla crisi sanitaria in quanto, procedendo a una sospensione di diritti fondamentali come avvenuto in questo caso, si sarebbe dovuti passare allo stato di eccezione. L'art.55 Cost. Infatti, prevede che il diritto alla libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la segretezza delle comunicazioni, la libertà di residenza e circolazione, la libertà di espressione, il diritto di riunione, il diritto di sciopero e vertenze collettive possano essere sospesi nei casi in cui sia dichiarato lo stato di eccezione o quello di assedio e non lo stato di allarme.

Il *Tribunal Constitucional*, operando un bilanciamento tra il diritto di riunione e il diritto alla salute, ha ritenuto lecito vietare una manifestazione del Primo Maggio per evitare la propagazione del virus, che avrebbe rischiato di portare al collasso i servizi pubblici di assistenza sanitaria. Si è in attesa di una pronuncia del *Tribunal Constitucional* sul ricorso di incostituzionalità promosso dai deputati del partito Vox contro il *Real Decreto* 463/2020 e i successivi decreti di proroga dello stato di allarme.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA IN FRANCIA

ESMERALDA NIKOLLA

1. *Disciplina dell'emergenza*

Dal 21 settembre 1792 la Francia ha avuto cinque Repubbliche e undici Costituzioni. La Costituzione attuale della quinta Repubblica è entrata in vigore il 4 ottobre del 1958. Essa organizza i poteri pubblici, definisce il loro ruolo e le loro relazioni. La Costituzione non menziona i diritti fondamentali e non fa una lista di essi. Tali diritti sono assicurati dal preambolo della costituzione composta da tre fonti: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (DDHC), il preambolo della Costituzione di quarta Repubblica di 1946 e la Carta dell'ambiente (Charte de l'environnement), inserita nella Costituzione del 2005. È necessario vedere quindi come questi poteri pubblici siano organizzati di fronte alla situazione di emergenza sanitaria, e l'impatto portato sui diritti fondamentali.

2. *Precedenti*

In Francia la nozione dello stato di emergenza è stata introdotta nella quarta Repubblica dalla legge del 3 aprile 1955 durante la guerra di Algeria. Tale legge è stata in seguito dichiarata più volte per fronteggiare le emergenze, come nel 1980 nei paesi di oltre mare *Outre Mer* e nel 2015 e nel 2017 a seguito degli attentati terroristici. Nel quadro di questa legge lo stato di emergenza è applicabile in caso di pericolo imminente o avvenimenti che presentono dalla loro natura o la loro gravità, il carettere della calamità pubblica.

3. *Disciplina dell'emergenza Covid-19*

Il 22 marzo 2020 viene adottata la legge di emergenza sanitaria la quale precisa e completa gli articoli del codice della sanità pubblica, ad esempio l'articolo

L. 3131-15 del codice della sanità pubblica, il quale conferisce poteri eccezionali al Primo Ministro permettendogli di prendere misure precauzionali; secondo il rapporto del ministro della sanità per assicurare la salute, limitando la libertà di circolazione e la libertà di riunione, inoltre ha la possibilità di ordinare ogni requisizione dei beni e servizi. La legge viene prorogata l'11 maggio 2020 fino al 10 luglio 2020. Con l'applicazione della legge d'emergenza sanitaria, vengono presentate varie ordinanze in tempo record, cosa mai avvenuta nella quinta Repubblica. Per giustificare le misure restrittive delle libertà, il Consiglio di Stato ha adoperato la teoria delle circostanze eccezionali che si basa sulla sentenza del 28 giugno 1918 *Heyriès* del Consiglio di Stato, nella quale quest'ultimo ametteva che in periodo di crisi i poteri pubblici dispongono dei poteri eccezionali per assicurare la continuità dei servizi pubblici. Questi poteri sono sotto il controllo del giudice amministrativo, il quale verifica che l'amministrazione sia effettivamente nell'impossibilità di prendere delle misure in maniera regolare e verifica che questi atti siano presi nell'interesse generale e che siano resi necessari dalle circostanze particolari del momento.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA NEL REGNO UNITO

MATTEO ZOVI

1. *Disciplina dell'emergenza*

Il Regno Unito è uno dei pochi Paesi non dotati di una Costituzione scritta o, meglio, di un singolo documento costituzionale. Infatti, la costituzione britannica è composta da leggi aventi natura costituzionale, ma anche convenzioni e consuetudini. È dunque evidente come, nell'analizzare la disciplina dell'emergenza in questo Paese, sia necessario confrontarsi con le principali disposizioni di legge che hanno regolato la normativa emergenziale, orientando il legislatore e la giurisprudenza nel tempo.

2. *Precedenti*

Le due principali leggi che hanno disciplinato i potenziali scenari epidemiologici e più in generale le situazioni emergenziali sono il *Public Health (Control of Disease) Act* del 1984 e il *Civil contingencies Act* del 2004. La prima, ad avviso di buona parte della dottrina britannica, contiene già numerosissime disposizioni che avrebbero potuto essere utilizzate dal legislatore per affrontare l'emergenza Covid-19 (in particolare, si fa qui riferimento alla sezione 45).

La seconda è stata scritta pensando soprattutto a calamità naturali. Pur tuttavia, anche in quest'ultima sono presenti norme che avrebbero potuto assolvere alla funzione di disciplinare determinati poteri governativi necessari per affrontare la pandemia (in particolare, parte II, ss. 19-21).

3. *Disciplina dell'emergenza Covid-19*

Il Regno unito ha deciso di fronteggiare l'emergenza sanitaria nota come Coronavirus attraverso un provvedimento ad hoc, introdotto in Parlamento il

19 Marzo 2020, approvato dalla Camera dei Comuni il 23 Marzo senza votazione e il 25 Marzo dalla camera dei Lord. In esso sono previste tutta una serie di limitazioni alle libertà fondamentali, quali la libertà personale, la libertà di circolazione e l'esercizio dell'attività d'impresa. È previsto anche l'obbligo di rimanere in un determinato luogo, che può essere la propria abitazione ma anche una struttura sanitaria; perché possano essere applicate suddette misure, è necessario che un medico abbia accertato la positività al virus o che comunque ritenga che sussistano elementi sufficienti per poter instaurare questo meccanismo di prevenzione. Il periodo della quarantena viene individuato in quattordici giorni. È ulteriormente prevista l'ipotesi che la quarantena venga imposta tramite esecuzione forzata, così come è disposto che sia possibile fare ricorso contro suddetta esecuzione.

L'atto avrà efficacia per due anni (periodo che può però essere abbreviato ai sensi della sezione 90) e sarà prorogabile per sei mesi. Ciò si rende possibile attraverso l'utilizzo delle cd. *sunset clauses*, "clausole del tramonto", che conferiscono efficacia ad una norma entro un periodo di tempo determinato, al termine del quale sarà necessaria una votazione parlamentare perché la legge rimanga in vigore. Si noterà dunque una forte somiglianza con le normative stabilite nella maggior parte dei Paesi, compresa l'Italia; differenza notevole, come si anticipava, è la presenza di leggi che di per sé avrebbero probabilmente potuto disciplinare l'emergenza autonomamente, senza che il governo legiferasse con un provvedimento *ad hoc* che solleva, per le sue disposizioni, l'utilizzo delle *sunset clauses* e le modalità di pubblicazione, dubbi di costituzionalità nella dottrina britannica.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA IN CINA

YASMINA ABU SHARAR

1. *Sistema di reazione alle emergenze*

Le "Norme sulla prontezza per e reazione a emergenti pericoli per la salute pubblica", adottate dall'Assemblea Nazionale del Popolo il 12 maggio del 2003 e la "Legge di reazione alle emergenze della Repubblica Popolare Cinese" adottate il 30 agosto 2007 sono i due testi legislativi fondamentali in materia di emergenze.

Nella legge sulla reazione alle emergenze il termine "emergenza" si riferisce a disastri naturali, disastri accidentali, incidenti di sanità pubblica o incidenti di sicurezza sociale.

A seconda del grado di danno sociale causato, dell'estensione delle ripercussioni e di altri fattori, le emergenze sono classificate in quattro gradi: particolarmente seria (I), seria (II), relativamente seria (III) e comune (IV). La classificazione di un'emergenza è effettuata dal Consiglio di Stato, ovvero da un dipartimento designato dal Consiglio di Stato secondo criteri predefiniti.

Nel 1983 la Cina ha istituito il centro per la prevenzione e il controllo delle malattie (CDC), istituzione che ha giocato un ruolo di primo piano nella salvaguardia della sanità della Repubblica Popolare negli ultimi 40 anni, soprattutto per quanto concerne le epidemie.

2. *Precedenti*

Prima della legge adottata nel 2003, la legislazione primaria in materia di prevenzione e trattamento delle malattie infettive era la Legge sulle Malattie Infettive del 1989. Detta legge divideva le malattie contagiose in tre categorie (A, B, C) a seconda della gravità, ciascuna delle quali richiedeva l'applicazione di diverse misure di prevenzione e controllo. La malattia SARS fu dichiarata di

tipo "B". In assenza del sistema strutturato di cui dispone oggi la Repubblica Popolare, l'epidemia di SARS del 2003 fu gestita a livello centralizzato, con l'insediamento di un quartier generale nel CDC. I tempi di reazione furono lunghi e la possibilità di tracciare ed isolare i soggetti contagiati molto limitata.

Dopo l'epidemia SARS la Cina ha messo in atto un'importante risistemazione del sistema di allerta medico. È stato istituito un poderoso sistema di segnalazione diretta delle epidemie, teoricamente capace di avvisare in maniera immediata il governo centrale riguardo alla diffusione di qualsiasi malattia. Allo stesso tempo, la Cina ha messo a punto un sistema che permette di testare e mettere in quarantena un numero di pazienti che dovrebbe essere sufficiente ad isolare le malattie ed impedirne la diffusione.

3. *Norme sulla gestione dei portatori asintomatici di Covid-19*

Le norme sono state emanate dal Meccanismo di Cooperazione del Consiglio di Stato per la prevenzione e il controllo dell'epidemia Covid-19 l'8 aprile 2020. I portatoti asintomatici di Covid-19 sono coloro che non hanno manifestazioni cliniche come febbre, tosse, o dolore alla gola dopo 14 giorni di quarantena e osservazione medica, ma che risultano positivi al test per il Covid-19. Costoro sono esplicitamente definiti contagiosi ed "una minaccia di trasmissione". Con l'obiettivo di rafforzare il monitoraggio e la scoperta dei portatori asintomatici, le norme in questione prevedono l'esecuzione di test a tappeto innanzitutto per coloro che hanno avuto contatti con soggetti positivi al Covid-19; in secondo luogo, per la popolazione esposta nel corso del tracciamento delle fonti del virus e durante le investigazioni epidemiologiche nei focolai; in fine per le persone che hanno soggiornato in aree con numerosi casi positivi registrati, sia all'estero che sul territorio nazionale.

Le norme prevedono inoltre la tempestiva segnalazione dei portatori asintomatici. Infatti, gli istituti sanitari di ogni tipo ed ogni livello che rilevino un portatore asintomatico, devono segnalarlo online sul Sistema Informatizzato di Segnalazione e Monitoraggio delle Malattie Infettive entro due ore dalla scoperta. In seguito alla segnalazione a livello locale, i corpi di controllo dell'epidemia che ricevono la segnalazione devono completare un'investigazione sul caso entro ventiquattro ore, procedendo poi alla registrazione dei soggetti che hanno avuto contatti ravvicinati con il portatore asintomatico registrato.

4. *Poteri delle forze dell'ordine durante l'epidemia Coronavirus*

Il Ministero della Giustizia cinese ha emanato, in data 24 febbraio 2020, un atto volto a disciplinare e facilitare lo svolgimento dei poteri delle forze dell'ordine durante l'epidemia Coronavirus. Dall'atto emergono tre temi, che

indicano quali sono le priorità del Ministero. Innanzitutto, molta enfasi viene posta sulla "civiltà" nell'esercizio dei poteri di polizia, con ripetuta evidenziazione del fatto che la pubblica opinione e sentimenti possono essere instabili e ed esplosivi durate l'epidemia; in secondo luogo, viene sottolineata l'importanza dell'utilizzo della tecnologia e dei metodi online quando possibile, al fine di permettere interventi di polizia senza contatto e fuori sede; in fine, viene posta grande attenzione sul bisogno di considerare sia l'epidemia che il bisogno di ritornare al lavoro e allo sviluppo economico.

5. *Divieto di commercio e indiscriminata consumazione di animali selvatici*

L'assemblea legislativa cinese, come parte dell'opera di contenimento e gestione della pandemia, ha assunto, con legge emanata il 24 febbraio 2020, la decisione di proibire e punire il commercio illegale di fauna selvatica ed eliminare la cattiva abitudine della indiscriminata consumazione di animali selvatici, con il fine di salvaguardare la sicurezza biologica ed ecologica, prevenire efficacemente i grandi rischi per la sicurezza e la sanità pubblica, e costruire una civiltà ecologica, promuovendo la coesistenza tra essere umano e natura.